

czerwiec



PALESTRA

6/2024

Pismo Adwokatury Polskiej

od 1924 roku



100-lecie
PALESTRY

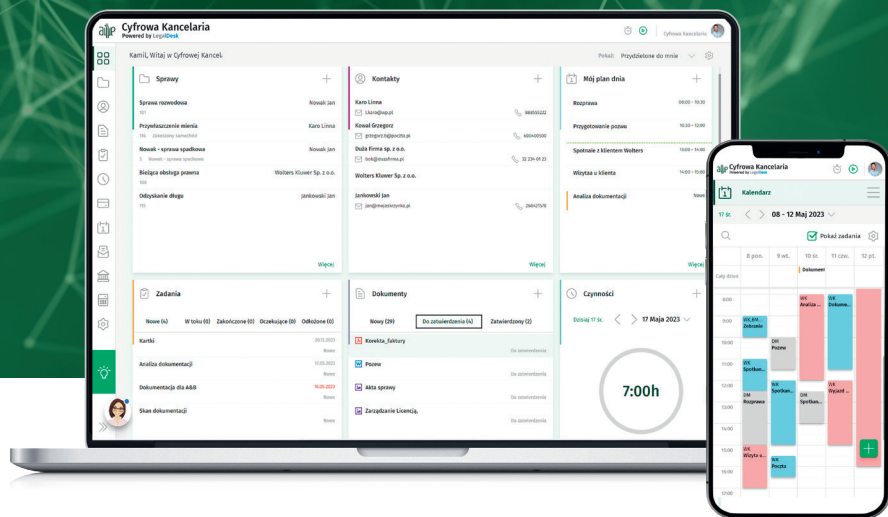


PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

Teraz możesz zyskać więcej!

Cyfrowa Kancelaria + LEX w specjalnej ofercie



Cyfrowa Kancelaria

Aplikacja do
zarządzania kancelarią

- pobieranie danych z PISP
- rejestrowanie czasu pracy
- zarządzanie zadaniami i współdzielenie dokumentów
- pobieranie danych z GUS
- rozliczanie klientów

Już od 15 zł/mies.

2 pierwsze miesiące bezpłatnie

LEX dla użytkowników Cyfrowej Kancelarii

System Informacji Prawnej

- baza aktów prawnych i orzecznictwa prawa polskiego i EU
- komentarze kanon ze wszystkich dziedzin prawa
- LEX Kompas Orzecznicy 2.0
- moduły dodatkowe z wybranej dziedziny prawa

Już od 199 zł/mies.


ADWOKATURA
POLSKA


Wolters
Kluwer

Sprawdź szczegóły
www.LEX.pl



6/2024



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

Rok LXIX nr 799



ADWOKATURA
POLSKA

Szanowni Czytelnicy!

W szóstym numerze „Palestry” w jubileuszowym roku obchodów 100-lecia Pisma Adwokatury Polskiej dominują kwestie związane z nowymi rozwiązaniami prawnymi w różnych gałęziach prawa, a także wskazywane są współczesne problemy i wyzwania prawne w polskim prawodawstwie. W aktualnym numerze „Palestry” można przeczytać artykuły: apl. adw. Barbary Sikoń pt. *Sztuczna inteligencja a prawo ochrony konkurencji i konsumentów*, adw. dr Aleksandry Fruk pt. *Nowe regulacje dotyczące zapisu na sąd polubowny – (re)kodyfikacja czy dyskredytacja? Uwagi na tle zmian wprowadzonych do Kodeksu postępowania cywilnego nowelizacjami z 2023 r.*, adw. Pawła Karkowskiego pt. *Możliwość rozpoznania zarzutu potrącenia przez sąd arbitrażowy*, adw. dr Małgorzaty Grześków pt. *Zamiar zawarcia kolejnej umowy o pracę po ustaniu okresu próbnego*, apl. adw. Natalii Kozłowskiej pt. *Mechanizm dostosowania cen na granicach z uwzględnieniem emisji CO₂ (CBAM) – teoria a rzeczywistość*, dr Patrycji Brózek pt. *O problemie łączenia (kumulacji) kary grzywny z obowiązkiem naprawienia szkody lub zadośćuczynieniem za doznaną krzywdę*, a także mgr. Michała Rachalskiego pt. *O kwalifikacji i ocenie czynów o złożonej strukturze na przykładzie relacji pomiędzy wymuszeniem wierzytelności a wymuszeniem rozbójniczym*. Ponadto w numerze 6/2024 „Palestry” na Czytelników czeka glosa autorstwa mgr. Tomasza Łodziany pt. *Glosa (aprobująca) do wyroku Sądu Najwyższego z 7.05.2019 r., sygn. akt V KK 180/18*.

Redaktor naczelny: Michał Bieniak; **Sekretarz redakcji:** Adam Kozień;

Redaktor języka angielskiego: Anna Setkowicz;

Członkowie Kolegium Redakcyjnego: Stanislav Balik, Zbigniew Banaszczyk, Jacek Barcik, Wojciech Bergier, Józef Forystek, Piotr Fiedorczyk, Lech Gardocki, Paweł Gieras, Roman Hauser, Joseph Hoffmann, Krzysztof Kostański, Andrzej Kubas, Jan Kuklewicz, Katalin Ligeti, Erik Luna, Frank Meyer, Kamila Mrozek, Dariusz Mucha, Marek Antoni Nowicki, Piotr Ochwat, Szymon Pawelec, Krzysztof Piesiewicz, Piotr Piesiewicz, Krzysztof Pietrzykowski, Jerzy Pisuliński, Paweł Podrecki, Janusz Raglewski, Anna Rakowska-Trela, 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

Wydawca: Naczelna Rada Adwokacka, ul. Świętojska 16/33, 00-202 Warszawa

Kontakt do redakcji: tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35, e-mail: redakcja@palestra.pl

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

Projekt i przygotowanie okładki: Michał Kupidura – qpidu.com; **Skład, łamanie i druk:** 811 sp. z o.o.

Spis treści

OD REDAKCJI

Michał Bieniak

Fenomen Polskiego Prawa.....5

Barbara Sikoń

Sztuczna inteligencja a prawo ochrony konkurencji i konsumentów.....7

Aleksandra Fruk

*Nowe regulacje dotyczące zapisu na sąd polubowny – (re)kodyfikacja
czy dyskredytacja? Uwagi na tle zmian wprowadzonych do Kodeksu
postępowania cywilnego nowelizacjami z 2023 r.*.....26

Paweł Karkowski

Możliwość rozpoznania zarzutu potrącenia przez sąd arbitrażowy.....48

Małgorzata Grześków

Zamiar zawarcia kolejnej umowy o pracę po ustaniu okresu próbnego.....63

Natalia Kozłowska

*Mechanizm dostosowania cen na granicach z uwzględnieniem emisji
CO₂ (CBAM) – teoria a rzeczywistość*.....75

Patrycja Brózek

*O problemie łączenia (kumulacji) kary grzywny z obowiązkiem naprawienia
szkody lub zadośćuczynieniem za doznaną krzywdę*.....92

Michał Rachalski

*O kwalifikacji i ocenie czynów o złożonej strukturze na przykładzie relacji
pomiędzy wymuszeniem wierzytelności a wymuszeniem rozbójniczym*.....108

GŁOSA

Tomasz Łodziana

Glosa (aprobująca) do wyroku Sądu Najwyższego z 7.05.2019 r.,

sygn. akt V KK 180/18.....127

Fenomen Polskiego Prawa

Z rozmów z obcokrajowcami możemy łatwo wysnuć wniosek, że historia Polski nie jest im szczególnie znana. Mnie najbardziej uderzyła opowieść mojego amerykańskiego kuzyna, który wspominał, jak jego znajomy (Amerykanin niemieckiego pochodzenia) opowiadał mu z oburzeniem, jak to Polacy mordowali Żydów w czasie II wojny światowej. O ile jest to naszą przypadłością, że od lat nie potrafimy przedstawić naszej historii innym narodom, to jednak wewnątrz Polski dyskusje o historii można było uznać za nasz sport narodowy. Myślę jednak, że niewielu z Polaków zdaje sobie sprawę, że Polska była w swojej historii również fenomenem prawniczym.

W czasie II wojny światowej istniały bowiem de facto dwa konkurujące ze sobą systemy prawne. Prawo państw okupacyjnych (niemieckiej III Rzeszy i Rosji sowieckiej) oraz prawo Polski podziemnej, uznającej władze londyńskie, stanowiące legalną kontynuację władz przedwojennych. Oba porządki miały swoje przepisy, swoje sądy, swoją egzekutywę.

Za pierwszym stała naga siła, za drugim – legitymacja prawna, aczkolwiek system ten też posiadał aparat przymusu. Tamta sytuacja nie doczekała się dotychczas wystarczającej analizy z zakresu filozofii i teorii prawa, pomimo że na to zasługiwała.

Jeżeli się jednak przyjrzymy czasom dzisiejszym, to musimy dojść do przekonania, że my również – niestety – żyjemy w sytuacji takiego prawniczego „rozdwojenia jaźni”. Zaczęło się ono wiele lat temu w chwili braku publikacji wyroku Trybunału Konstytucyjnego, ale trwa nadal i tylko narasta.

Zaczęliśmy mianowicie żyć w systemie prawnym, w którym musimy sobie zadać pytania:

- a. czy nieopublikowany wyrok legalnie wybranego Trybunału Konstytucyjnego uchyla skutecznie przepisy, czy nie?
- b. czy nieopublikowane i wydane poza wszelkim trybem postanowienie o zabezpieczeniu wydane przez obecny Trybunał/nie-Trybunał Konstytucyjny wywołuje jakiegokolwiek skutki prawne?
- c. czy nieuchylone przepisy sprzeczne z Konstytucją, których ważność podważono uchwałą sejmową, wywołują skutki prawne, jeżeli przepisy te są sprzeczne z Konstytucją i jednocześnie brak jest organu uprawnionego do zbadania ich konstytucyjności?
- d. czy jeżeli coś, co stanowiło materię ustawową, zostało uregulowane rozporządzeniem, ale nie ma organu, który mógłby stwierdzić niekonstytucyjność

tegoż rozporządzenia, obowiązuje, czy nie? Czy może zostać poddane rozproszonej kontroli konstytucyjności?

- e. czy Trybunał Konstytucyjny, obsadzony niezgodnie z Konstytucją, jest Trybunałem Konstytucyjnym?
- f. czy jeżeli pewien system informatyczny nie pozwala na zgłoszenie pewnych danych, a jednocześnie ustawa nakłada na adresata normy prawnej obowiązek zgłoszenia takich danych, to adresat ten – nie zgłaszając danych – działa niezgodnie z prawem? Co się stanie dodatkowo, jeżeli organ wydał okólnik, z którego wynika, że nie będzie karał adresatów tej normy prawnej?

To tylko kilka absurdów, z którymi nam prawnikom wypada się mierzyć. Niektóre z nich mają wymiar ustrojowy; inne – bardzo praktyczny; wszystkie – fatalnie wpływają na stan naszego Państwa oraz naszego prawa.

Myślę, że Fuller, Hart i Dworkin, wsparci przez Radbrucha, nie byłiby w stanie wytłumaczyć, co dzisiaj jest w Polsce prawem, a co nim nie jest. Ja osobiście wolałbym jednak, żebyśmy przestali być tak ciekawym krajem, czego i Państwu życzę.

adw. dr Michał Bieniak

redaktor naczelny miesięcznika „Palestra”

Pojęcia kluczowe: sztuczna inteligencja, prawo antymonopolowe, prawo ochrony konkurencji i konsumentów, praktyki ograniczające konkurencję, akt w sprawie sztucznej inteligencji, odpowiedzialność deliktowa

Barbara Sikoń

Sztuczna inteligencja a prawo ochrony konkurencji i konsumentów

ABSTRAKT

Głównym celem niniejszego artykułu jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, jak zgodnie z *de lege lata* obowiązującymi przepisami prawa prawidłowo określić status prawny i definicję sztucznej inteligencji. Niniejsze opracowanie ma za zadanie przedstawić również funkcje, jakie może pełnić sztuczna inteligencja w prawie ochrony konkurencji i konsumentów. Tezą opracowania jest konstatacja, iż sztuczna inteligencja może stanowić efektywne narzędzie służące przedsiębiorcom do jeszcze bardziej opłacalnego prowadzenia działalności gospodarczej. Do najpowszechniej używanych przez przedsiębiorców zaawansowanych algorytmów należą chatboty, voiceboty, inteligentni asystenci i silniki rekomendacji. Inną tezę stanowi twierdzenie, że odpowiedzialność deliktowa przedsiębiorców z tytułu działania lub zaniechania działania sztucznej inteligencji w obszarze prawa antymonopolowego nie może być wyłączona nawet w sytuacji, w której mamy do czynienia z zaawansowanymi, samouczącymi się w sposób nienadzorowany algorytmami. Przeciwna konkluzja bowiem wiązałaby się ze zbyt dużym ryzykiem nadużyć i poważną potencjalną szkodą dla konsumentów. Artykuł przedstawia również sposoby, za pomocą których sztuczna inteligencja może przyczynić się do ulepszenia działania organów antymonopolowych. Tytułem wniosków *de lege ferenda* ustawodawca powinien wprowadzić kompleksową i precyzyjną regulację prawną dotyczącą statusu prawnego sztucznej inteligencji oraz kwestii odpowiedzialności deliktowej za działania lub zaniechania zaawansowanych algorytmów.

I. WPROWADZENIE

Sztuczna inteligencja (dalej także jako: AI) przez wiele lat pozostawała w sferze zainteresowania jedynie naukowców oraz twórców dzieł fantastyki naukowej. Dopiero

na przestrzeni ostatnich lat sztuczną inteligencją – za sprawą pojawiania się coraz to nowszych rozwiązań opartych na AI a dostępnych już dla każdego – zainteresowało się szersze grono odbiorców, a w odpowiedzi na ten trend również ustawodawcy. Można wysnuć konkluzję, że potrzeba prawnego uregulowania kwestii związanych z korelacją sztucznej inteligencji na gruncie różnych gałęzi prawa jest czymś zdecydowanie więcej niż tylko suchym wymogiem prawodawcy. Wręcz przeciwnie, w tym przypadku to regulacje prawne niejednokrotnie nie nadążają za zmianami w dynamicznym rozwoju sztucznej inteligencji¹.

Obecnie sztuczna inteligencja jest jednym z głównych tematów debaty publicznej z zakresu kwestii społeczno-gospodarczych zarówno na szczeblu międzynarodowym, unijnym, jak i krajowym oraz jest powszechnie postrzegana za jeden z najbardziej relevantnych czynników wpływających na przemiany społeczne oraz rozwój gospodarczy².

Do najpopularniejszego rodzaju generatywnej sztucznej inteligencji należy CHAT GPT, mający już ponad 100 milionów użytkowników, którzy zadają mu bardzo szeroki wachlarz pytań – zaczynając od tych pytań dotyczących obaw o miejsce człowieka w przyszłości w świecie zdominowanym przez zaawansowane algorytmy, poprzez specjalistyczne pytania zawodowe czy odnoszące się do pracy domowej zadawanej w szkole, po pytania osobiste, a nawet tak trywialne kwestie jak przepisy kulinarne³.

Celem artykułu jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, jak sztuczna inteligencja może być wykorzystywana przez przedsiębiorców w prowadzeniu przez nich działalności gospodarczej i w kontakcie z konsumentami. Niniejsze opracowanie odnosi się także do kwestii ustalenia, w jaki sposób organy antymonopolowe mogą korzystać z zaawansowanych algorytmów, aby weryfikować, czy uczestnicy obrotu gospodarczego przestrzegają przepisów prawa ochrony konkurencji i konsumentów. Praca formułuje również postulaty *de lege ferenda* odnoszące się do stworzenia odpowiednich przepisów mających charakter norm *ius cogens* celem stworzenia odpowiedniej płaszczyzny legislacyjnej umożliwiającej korzystanie ze sztucznej inteligencji.

Tezę badawczą niniejszego opracowania stanowi założenie, że sztuczna inteligencja może przyczynić się do urzeczywistnienia zasad prawa antymonopolowego w praktyce. Inną tezę badawczą jest konstatacja, że zaawansowane algorytmy mogą pełnić praktyki ograniczające konkurencję i c celu zapewnienia właściwego poziomu bezpieczeństwa obrotu prawno-gospodarczego nie powinno się zwalniać przedsiębiorców korzystających z nich z odpowiedzialności za potencjalne szkody spowodowane działaniem lub zaniechaniem sztucznej inteligencji⁴.

1 T. Zalewski, *Prawo sztucznej inteligencji*, Warszawa 2020, s. 1–2.

2 A. Piskorz-Ryń, *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, Warszawa 2022, s. 32–34.

3 M. Sewastianowicz, *Sztuczna inteligencja dużo może, także rozpowszechnić firmowe tajemnice*, Warszawa 2023, s. 65–67.

4 M. Derdak, *Czy androidy śnią o zmowach cenowych? Algorytmy cenowe, sztuczna inteligencja i prawo konkurencji*, „Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018/7, s. 80.

W niniejszej pracy wykorzystano metodę badawczą analityczną, metodę porównawczą i metodę dogmatyczną rozumianą jako analiza i wykładnia obecnie obowiązujących przepisów prawa, przy uwzględnieniu poglądów wyrażonych w orzecznictwie oraz doktrynie. Uzasadnieniem dla podjęcia rozważań we wskazanym powyżej zakresie jest brak wyczerpującego opracowania przedmiotowych zagadnień w nauce prawa i coraz powszechniejsze wykorzystanie sztucznej inteligencji w obrocie gospodarczym.

II. DEFINICJA POJĘCIA „SZTUCZNA INTELIGENCJA”

Samo zdefiniowanie pojęcia „sztuczna inteligencja” następuje już pewnych trudności. Wynika to przede wszystkim z trzech czynników. Po pierwsze, o ile samo prowadzenie analiz na temat możliwości zastosowania sztucznej inteligencji w różnych obszarach ludzkiej aktywności jest częste, o tyle rzadko prowadzone są szersze dyskusje dotyczące definicji terminu „sztuczna inteligencja”, dlatego *de lege lata* też próżno szukać definicji legalnej pojęcia „sztuczna inteligencja” w aktach prawnych⁵.

Po drugie, sama definicja pojęcia „inteligencja” jest newralgiczna i różnorodnie pojmowana. Termin „inteligencja” fluktuował na przestrzeni ostatnich dekad od rozumienia tego pojęcia tylko jako zdolności intelektualnych i umiejętności przyswajania nowych wiadomości do interpretowania tegoż pojęcia jako umiejętności kooperacji ze zdolnościami kreowanymi w sferze emocjonalnej czy też interpersonalnej ludzkiej psychiki.

Po trzecie, nauka na obecnym poziomie nie jest w stanie precyzyjnie określić stopnia ludzkiego pierwiastka w sztucznej inteligencji z powodu braku dostatecznej wiedzy o funkcjonowaniu mózgu człowieka, chociaż warte wspomnienia jest, że dosyć prędko rozwija się dziedzina zajmująca się sieciami neuronowymi, które mają do celowo imitować ludzki mózg⁶.

Adekwatna, choć relatywnie ogólna definicja pojęcia „sztuczna inteligencja” wywodzi się bezpośrednio od analiz naukowca Alana Turinga. W świetle tej definicji sztuczna inteligencja oznacza zdolność maszyny do naśladowania lub imitowania ludzkiej inteligencji. Test przeprowadzony przez Alana Turinga przedstawia się następująco: sędzia – człowiek – prowadzi rozmowę w języku naturalnym z pozostałymi stronami. Jeśli sędzia nie jest w stanie wiarygodnie określić, czy któraś ze stron jest maszyną, czy człowiekiem, wtedy stwierdza się, iż maszyna przeszła pomyślnie test. Podstawowym założeniem tego eksperymentu jest to, że zarówno człowiek, jak

5 M. Nowakowski, *Na styku regulacji, czyli sztuczna inteligencja w sektorze finansowym – status quo i kierunki rozwoju prawa*, Warszawa 2019, s. 124–125.

6 M. Nowakowski, *Na styku regulacji...*, s. 134–136.

i maszyna próbują przejść test, zachowując się w sposób możliwie jak najbardziej zbliżony do ludzkiego behawioryzmu⁷.

Definicja zaproponowana przez Alana Turinga koresponduje z definicją ukształtowaną w Słowniku języka polskiego PWN, zgodnie z którą sztuczna inteligencja stanowi dział informatyki badający reguły rządzące zachowaniami umysłowymi człowieka i tworzący programy lub systemy komputerowe symulujące ludzkie myślenie⁸.

W doktrynie niekiedy wskazuje się na korelację pomiędzy istotą sztucznej inteligencji a pojęciem „produkt niebezpieczny” w rozumieniu art. 449¹ k.c.⁹ Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 449¹ § 3 k.c. za produkt niebezpieczny uznaje się produkt niezapewniający bezpieczeństwa, jakiego można oczekiwać, uwzględniając normalne jego użycie¹⁰. O tym, czy produkt jest bezpieczny, decydują okoliczności z chwili wprowadzenia go do obrotu. W ślad za judykaturą niebezpieczeństwo produktu wynikać może z jego naturalnych właściwości (tzw. produkty niebezpieczne *per se*), jak to ma miejsce w odniesieniu do materiałów wybuchowych, broni, materiałów toksycznych, itp., czy też z jego nieodpowiedniej jakości, wywołanej wadami konstrukcyjnymi, produkcyjnymi lub instrukcyjnymi, w tym z jego nieodpowiednią prezentacją, reklamą czy instrukcjami użytkowania i konserwacji¹¹. Mając na względzie szerokie rozumienie potencjalnego niebezpieczeństwa produktu, można by uznać sztuczną inteligencję za wchodzącą w zakres terminu „produkt niebezpieczny”.

Takiej konstatacji przeczy jednak dosłowne brzmienie art. 449¹ § 2 k.c., zgodnie z którym produkt niebezpieczny jako rzecz ruchoma stosownie do art. 45 k.c. może mieć wyłącznie materialną formę. W związku z powyższą wykładnią za produkt nie mogą zostać uznane dobra niematerialne takie jak projekty techniczne lub programy komputerowe, nawet kiedy zostaną utrwalone na określonym nośniku informacji czy wprowadzone do urządzenia, z uwagi właśnie na brak wymaganej dla rzeczy postaci materialnej¹².

W literaturze przedmiotu pojawiają się jednakże głosy, zgodnie z którymi pojęcie produktu zostało określone przez ustawodawcę w art. 449¹ § 2 zbyt wąsko. Wykładnia funkcjonalna tego przepisu i wszechobecna cyfryzacja przemawiają za rozszerzającą interpretacją terminu „produkt niebezpieczny”. Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny produkty takie jak oprogramowanie komputerowe, o ile

7 <https://web.archive.org/web/20110726153108/http://orium.homelinux.org/paper/turingai.pdf> (dostęp: 14.11.2023 r.).

8 <https://sjp.pwn.pl/sjp/sztuczna-inteligencja;2466532.html> (dostęp: 14.11.2023 r.).

9 Ustawa z 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 z późn. zm.).

10 M. Woźniak-Cichuta, *Kto ponosi odpowiedzialność w gospodarce nowych technologii? Bezpieczeństwo produktów w erze sztucznej inteligencji, Internetu Rzeczy i robotyki* (w:) *Wyzwania dla prawa konsumenckiego w wymiarze globalnym, regionalnym i lokalnym*, red. M. Namysłowska, K. Podgórski, E. Sługocka-Krupa, Warszawa 2022, s. 357–358.

11 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29.04.2016 r., (I Aca 20/16), LEX nr 2056671.

12 Z. Banaszczyk, *Art. 449¹ k.c.* (w:) K. Pietrzykowski, *Komentarz. Kodeks cywilny*, Warszawa 2008, t. 1, s. 1331.

tylko zostały inkorporowane do innego produktu, np. komputera lub telefonu, można uznać za produkt¹³.

Wobec sporu w doktrynie co do pojęcia „produkt niebezpieczny” oraz braku innej adekwatnej definicji legalnej odpowiadającej istocie sztucznej inteligencji słusznym postulatem *de lege ferenda* jest wprowadzenie przez ustawodawcę definicji legalnej tegoż terminu.

III. AKT W SPRAWIE SZTUCZNEJ INTELIGENCJI

Konsekwencją wzrostu popularności oraz powszechności użytkowania sztucznej inteligencji jest próba zapewnienia bezpiecznych i zgodnych z *de lege lata* obowiązującymi przepisami w obszarze praw podstawowych, a także z innymi wartościami systemów sztucznej inteligencji wprowadzanych na rynek państw członkowskich UE¹⁴. Powyższa konstatacja stanowi *ratio legis* unijnego projektu aktu w sprawie sztucznej inteligencji. Uzgodniony przez Radę UE wyżej wspomniany projekt rozporządzenia został już zaopiniowany pozytywnie przez Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny, Europejski Bank Centralny oraz Europejski Komitet Regionów. Aktualnie jest przedmiotem negocjacji pomiędzy Radą UE a Parlamentem Europejskim¹⁵.

W przedmiotowym projekcie rozporządzenia zaaprobowano podejście oparte na analizie ryzyka i ustanowiono jednolite, horyzontalne ramy prawne dotyczące sztucznej inteligencji, aby zapewnić możliwie jak najbardziej stabilną pewność prawa. W założeniu ma się to przyczynić do wspierania innowacji w zakresie AI, umożliwić efektywne wdrażanie *de lege lata* i *de lege ferenda* obowiązujących przepisów o prawach podstawowych i bezpieczeństwie, a także stworzyć jednolity rynek dla zastosowań sztucznej inteligencji¹⁶.

We wspomnianym projekcie zawężono termin „sztuczna inteligencja” do systemów opracowanych przy wykorzystaniu mechanizmów uczenia się maszyn oraz podejść opartych na logice i wiedzy, aby odróżnić sztuczną inteligencję od mniej skomplikowanych systemów. Ponadto wprowadzono zakaz wykorzystywania AI do celów oceny punktowej zachowań społecznych obywateli oraz zakazano korzystania z systemów sztucznej inteligencji wykorzystujących podatność osób znajdujących się w ciężkim położeniu z uwagi na kryteria społeczne lub ekonomiczne¹⁷. Na gruncie projektu wypracowano też kompromis, zgodnie z którym uznano, że organy ścigania są uprawnione do korzystania z systemów zdalnej identyfikacji biometrycznej

13 J. Rajski, *Odpowiedzialność za produkt niebezpieczny w świetle nowych przepisów kodeksu cywilnego*, „PPH” 2001/100, s. 25.

14 R. Bujalski, *Akt o sztucznej inteligencji [projekt UE]*, Warszawa 2022, s. 23–24.

15 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/HIS/?uri=CELEX:52021PC0206&qid=1671031275662> (dostęp: 14.11.2023 r.).

16 R. Bujalski, *Akt o sztucznej...*, s. 27–28.

17 I. Małobęcka-Szwast, *Akt w sprawie sztucznej inteligencji – nowe wyzwania dla prawników*, „Prawo i Praktyka” 2022/4, s. 33–34.

w czasie rzeczywistym w przestrzeni publicznej jedynie w ściśle określonych przypadkach. Wprowadzono również kategorię systemów wysokiego ryzyka sztucznej inteligencji, która może powodować poważne naruszenia praw podstawowych lub inne istotne zagrożenia. Kryteria, które muszą zostać spełnione przez sztuczną inteligencję wysokiego ryzyka, są precyzyjne technicznie, dzięki czemu są czytelne i relatywnie łatwe do oceny oraz raportowania w dokumentacji technicznej, do sporządzania której są zobligowani na podstawie Kodeksu spółek handlowych, ustawy z 29.09.1994 r. o rachunkowości i innych aktów prawnych przedsiębiorcy¹⁸.

W oparciu o rozporządzenie Akt w sprawie sztucznej inteligencji ma zostać powołany specjalny organ, jakim będzie Rada ds. Sztucznej Inteligencji. Organ ten ma w założeniu posiadać stosunkowo dużą autonomię i relatywnie szeroki zakres kompetencji w strukturze zarządzania przewidzianej w akcie o sztucznej inteligencji. Rada ta ma utworzyć stałą podgrupę służącą jako platforma dla szerokiego grona zainteresowanych stron. Warto w tym miejscu podkreślić, że w kontekście kar za naruszenia przepisów aktu o sztucznej inteligencji projekt rozporządzenia przewiduje proporcjonalne pułapy administracyjnych kar pieniężnych dla przedsiębiorców należących do sektora małych i średnich przedsiębiorców oraz przedsiębiorstw typu *start-up* w celu zachęcania ich do wdrażania innowacyjnych rozwiązań związanych z zaawansowanymi algorytmami¹⁹.

IV. RELACJE POMIĘDZY SZTUCZNĄ INTELIGENCJĄ A URZĘDEM OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Dyskusje dotyczące korelacji sztucznej inteligencji z prawem odbywają się również w obszarze prawa konkurencji, tj. na rynku intensywnie korzystającym z technologii cyfrowych. Sztuczna inteligencja z wysokim stopniem prawdopodobieństwa odgrywać będzie coraz bardziej doniosłą rolę zarówno w stosunkach prywatnych pomiędzy przedsiębiorcami, jak i z punktu widzenia publicznoprawnych relacji przedsiębiorcy na linii – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów a przedsiębiorca²⁰.

Sztuczna inteligencja może stać się sprzymierzeńcem wykorzystywanym przez Prezesa UOKiK w ochronie prawa konsumentów. Ośrodek Przetwarzania Informacji – Państwowy Instytut Badawczy (OPI PIB) wygrał w 2022 r. ogłoszony przez Prezesa UOKiK konkurs na opracowanie i wdrożenie narzędzia, które pomoże w prosty sposób wykryć abuzywne zapisy w umowach zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami. Zwycięski projekt zakłada, że umowy będą zbierane za pomocą *web crawler*, czyli internetowego robota indeksującego, a zaawansowane algorytmy je przeanalizują

18 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15698_2022_INIT&from=PL (dostęp: 14.11.2023 r.).

19 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15698_2022_INIT&from=PL (dostęp: 14.11.2023 r.).

20 <https://www.pwc.pl/artykuly/ai-a-prawo-konkurencji.html> (dostęp: 20.05.2023 r.).

i dokonają porównania ich postanowień z rejestrem klauzul niedozwolonych, w którym znajduje się ponad 10.000 zapisów. Co istotne, narzędzie ma docelowo wyszukiwać nie tylko zapisy literalnie identyczne, a również zapisy podobne, zawierające na przykład wyrazy bliskoznaczne. Baza abuzywnych klauzul powstała zarówno w oparciu o wzory umów udostępnione w Internecie, jak i na podstawie danych dostarczonych przez konsumentów wraz z zawiadomieniem w związku z podejrzeniem naruszenia zakazu stosowania niedozwolonych postanowień umownych składanym do Prezesa UOKiK, o którym to zawiadomieniu jest mowa *explicite* w art. 99a ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów²¹. Stosownie do art. 99a ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. w zw. z art. 23a u.o.k.i.k. i art. art. 385¹ § 1 k.c. zawiadomienie powinno zawierać wskazanie postanowienia wzorca umowy naruszającego zakaz stosowania we wzorcach umów zawieranych z konsumentami niedozwolonych postanowień umownych, o których mowa w 385¹ § 1 k.c. Wyżej wskazane narzędzie będzie wykorzystywane do wyszukiwania klauzul abuzywnych w umowach zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami, regulaminach oraz na stronach internetowych firm, platformach e-commerce i sklepów internetowych. Dzięki zastosowaniu sztucznej inteligencji będzie możliwa relatywnie szybka weryfikacja zdecydowanie większej ilości danych niż obecnie²².

Z punktu widzenia dzisiejszego stopnia zaawansowania techniki jak najbardziej realne wydaje się zastosowanie sztucznej inteligencji w pracy biegłych sądowych. Co prawda w Założeniach do strategii AI w Polsce dostrzeżono taką możliwość w odniesieniu do biegłych tylko w sprawach karnych, ale nie ma żadnych przeciwwskazań do stosowania ich w sprawach administracyjnych, sądownoadministracyjnych oraz cywilnych²³. Mając na względzie możliwość gromadzenia i analizowania niemal nieskończonej ilości na bieżąco pojawiającej się literatury przedmiotu oraz orzeczeń, sztuczna inteligencja może w niedalekiej przyszłości wspomóc, a nawet zastąpić organ w rozstrzyganiu kwestii takich jak to, czy w danym stanie faktycznym doszło przykładowo do popełnienia praktyk ograniczających konkurencję czy też koncentracji przedsiębiorców²⁴.

Obecnie do najbardziej znanych systemów AI służących do analizy prawa należy ROSS, który specjalizuje się w prawie upadłościowym, prawie własności intelektualnej i prawie pracy w USA. Przygotowując odpowiedź na pytanie, ROSS znajduje właściwe przepisy prawa i orzecznictwo oraz przygotowuje projekt notatki, która jest następnie oceniana przez ludzi. Pozwala to zaoszczędzić nawet do 30 godzin podczas

21 Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 594), dalej u.o.k.i.k.

22 <https://www.gazetaprawna.pl/firma-i-prawo/artykuly/8571586,sztuczna-inteligencja-uokik.html> (dostęp: 14.11.2023 r.).

23 A. Bieliński, *Potencjalne obszary zastosowania sztucznej inteligencji w postępowaniu cywilnym – czy obecnie ma to rację bytu i czy jesteśmy na takie rozwiązania gotowi?*, „Studia Prawnicze: rozprawy i materiały” 2022/33, s. 22.

24 M. Tegmark, *Życie 3.0. Człowiek w erze sztucznej inteligencji*, Warszawa 2019, s. 245–246.

analizy jednej sprawy²⁵. W Polsce natomiast coraz większym zainteresowaniem cieszy się projekt dotyczący pozasądowego postępowania a wdrażany przez IUS.AI spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Ultima Ratio – Sądu Arbitrażowego przy Stowarzyszeniu Notariuszy. System ten zajmuje się stosunkowo prostymi, lecz czasochłonnymi czynnościami takimi jak analiza porównawcza spraw oraz judykatury, opracowanie projektu uzasadnienia orzeczenia po dokonaniu analizy materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i stanowisk stron²⁶.

V. SZTUCZNA INTELIGENCJA JAKO NARZĘDZIE UŻYwane PRZEZ PRZEDSIĘBIORCÓW

Z perspektywy prywatnoprawnej sytuacji przedsiębiorcy technologia oparta na działaniu zaawansowanych algorytmów w sposób diametralny zmieniła proces decyzyjny przedsiębiorców, zwłaszcza w zakresie polityki cenowej, analityki predykcyjnej, a także automatyzacji podejmowania decyzji. Przede wszystkim decyzje mogą być podejmowane przez przedsiębiorców znacznie szybciej, albowiem dane pułapy cenowe są automatycznie dopasowywane do konkretnych grup docelowych, a produkty w sposób bardzo kompatybilny dopasowywane do indywidualnych potrzeb danych konsumentów. Tym samym przedsiębiorcy mogą również oszczędzić i nie zatrudniać sztabu specjalistów, którzy tradycyjnie analizowaliby różne czynniki. Powyższe zjawiska oddziałują pozytywnie na wydajność produkcji i pracy, koszty inwestycji oraz znacząco skracają długość procesu decyzyjnego²⁷.

Sztuczna inteligencja jest wykorzystywana przez przedsiębiorców głównie w postaci chatbotów. Działanie chatbotów przejawia się w prowadzeniu konwersacji z klientem w formie pisemnej lub ustnej w celu jak najszybszego sklasyfikowania i rozwiązania problemu²⁸.

Wart zasygnalizowania jest w tym miejscu problem związany z voicebotami i chatbotami, z których przedsiębiorcy coraz częściej korzystają w kontaktach z konsumentami. Samo korzystanie z voicebotów i chatbotów nie stanowi jeszcze deliktu prawa ochrony konkurencji, lecz z danych, którymi dysponuje UOKiK, wynika, że konsumenci zgłaszają wiele zastrzeżeń co do działania tych narzędzi. Dotyczy to w szczególności postępowań reklamacyjnych, gdyż odpowiedzi chatbotów lub voicebotów są niejednokrotnie niemerytoryczne i nie prowadzą do rozwiązania

25 M. Araszkiewicz, *Sztuczna inteligencja i prawo do wyjaśnienia*, Kraków 2018, s. 36.

26 Ł. Goździaszek, *Perspektywy wykorzystania sztucznej inteligencji w postępowaniu sądowym*, „Przegląd Sądowy” 2015/10, s. 34–35.

27 P. Książak, *Prawo cyborgów (1). Wprowadzenie w problematykę*, „Głos Prawa. Przegląd Prawniczy Allerharda” 2022/9, s. 11–12.

28 M. Dargas-Draganik, *Wykorzystanie sztucznej inteligencji w postępowaniach sądowych na przykładzie Chin i Estonii*, „Czasopismo Naukowe Uniwersytetu Gdańskiego” 2022/22, s. 19–21.

danego problemu. Innym mankamentem jest brak możliwości przejścia na rozmowę z człowiekiem²⁹.

Następnym narzędziem, z którego chętnie korzystają przedsiębiorcy, są tzw. inteligentni asystenci. Inteligentnych asystentów można określić jako programy wykorzystywane przez przedsiębiorców w celu podziału bieżących zadań i poprawienia organizacji działań wewnątrz firmy. Mają priorytetowe znaczenie dla działania dużych przedsiębiorców³⁰.

Innym narzędziem używanym przez przedsiębiorców są silniki rekomendacji. Silniki rekomendacji stanowią inteligentne zaawansowane algorytmy, które segregują dane pod kątem ich użyteczności na potrzeby wyszukiwania konkretnych informacji czy przeprowadzania raportu. Silniki rekomendacji są szczególnie skuteczne w przypadku, gdy przedsiębiorca potrzebuje dostępu do określonych danych znajdujących się na różnych nośnikach³¹.

VI. SZTUCZNA INTELIGENCJA JAKO NARZĘDZIE DO POPEŁNIENIA DELIKTÓW PRAWA OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Korzystanie ze sztucznej inteligencji wiąże się również z pewnym stopniem ryzyka. Odnośnie do wyżej wspomnianego procesu decyzyjnego należy podkreślić, że zautomatyzowane procesy decyzyjne oparte na zaawansowanych algorytmicznych systemach z uwagi właśnie na ten mechaniczny, zero-jedynkowy, wysoce stronniczy charakter mogą utrwaląc krzywdzące podziały społeczne oraz powielać szkodliwe stereotypy³².

Sztuczna inteligencja tworzy także nowe płaszczyzny do zmów cenowych stanowiących rodzaj zakazanych porozumień ograniczających konkurencję stosownie do art. 6 ust 1 pkt 1 u.o.k.i.k. Artykuł 6 ust. 1 u.o.k.i.k. można podzielić na dwie części. W pierwszej części w ust. 1 zamieszczono klauzulę generalną, ustanawiającą zakaz porozumień antykonkurencyjnych. W drugiej części zawarty został katalog tego rodzaju porozumień. Przedmiotowy katalog ma tylko przykładowy charakter, o czym świadczy zawarty w art. 6 ust 1 *in fine* zwrot „w szczególności”³³. Zakazem z art. 6 ust. 1 pkt 1 objęte są zarówno porozumienia między przedsiębiorcami reprezentującymi stronę popytu, czyli ustalającymi ceny zakupu, jak i występującymi po stronie podaży, czyli ustalającymi ceny sprzedaży. W ślad za orzecznictwem należy wskazać,

29 M. Boroń, *Sztuczna inteligencja w służbie praw konsumenta. UOKiK planuje wdrożyć nowe narzędzia*, „Gazeta Prawna” 2022/10, s. 23–24.

30 A. Grendys, *Elektroniczny sąd arbitrażowy dla przedsiębiorców dostanie wsparcie AI*, Warszawa 2019, s. 43–33.

31 M. Hetmański, *Słaba i silna sztuczna inteligencja*, „Computerworld” 2017/5, s. 21.

32 <https://ksiegowosc.infor.pl/wiadomosci/5722900,chatboty-algorytmy-sztuczna-inteligencja-a-prawa-konsumenta-stanowisko-uokik.html> (dostęp: 14.11.2023 r.).

33 K. Kohutek, Art. 6 (w): K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 243–244.

że dla istoty porozumienia cenowego nie jest konieczne, aby porozumienie to zawiązali wszyscy konkurenci funkcjonujący na rynku. Wystarczy, że uczynią to co najmniej dwa podmioty³⁴.

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k. zakazuje zarówno porozumień ustalających ceny w sposób bezpośredni, jak i tylko pośredni. Z bezpośrednim ustalaniem cen mamy do czynienia w razie jednoznacznego określania ceny towaru, czyli wskazania konkretnej kwoty, za którą towar ma zostać zbyty bądź poniżej lub powyżej jakiej wysokości nie może być sprzedawany. Pośrednie ustalenie ceny interpretuje się jako osiągnięcie przez strony porozumienia odnośnie do czynników wpływających na wysokość ceny takich jak ograniczenia w zakresie udzielania promocji, ustalenie zasad kalkulacji cen przykładowo poprzez odwołanie się do stawek za godzinę pracy albo przez przyjęcie określonego wzoru matematycznego dla kalkulacji lub ustalenia wspólnej ceny sprzedaży, terminów płatności³⁵. Sztuczna inteligencja może znaleźć zastosowanie zwłaszcza w przypadku analizy ewentualnego wystąpienia pośredniego ustalania cen, ponieważ może generować, przetwarzać i porównywać bardzo szeroki zakres informacji.

Porozumienia stanowiące delikt prawa konkurencji mogą zostać wdrożone za pomocą zaawansowanych algorytmów, które pełnią wówczas rolę środka komunikacji. W tej sytuacji sztuczną inteligencję można porównać do zaawansowanych technologicznie narzędzi³⁶.

Orzecznictwo wskazuje, że – jak wynika już z samej wykładni językowej art. 6 ust. 1 u.o.k.i.k. – zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Posłużenie się spójnikiem „lub” oznacza, że sklasyfikowanie określonego porozumienia jako mającego antykonkurencyjny cel zwalnia z wymogu udowodnienia antykonkurencyjnego skutku tego porozumienia³⁷. Oznacza to, że już samo zawarcie porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k., jest zakazane. Nie ma znaczenia, czy postanowienia przedmiotowego porozumienia doszły do skutku. Zatem już same uzgodnienia w zakresie ograniczeń cenowych w ramach danego porozumienia z wykorzystaniem sztucznej inteligencji można uznać za niedozwoloną praktykę.

Wobec powyższego optymalne rozwiązanie, które pomogłoby wyeliminować popełnianie praktyk ograniczających konkurencję przy użyciu sztucznej inteligencji w przyszłości, mógłby stanowić na przykład system, który wykrywałby tzw. „słowa kluczowe” świadczące o możliwości zawarcia bezpośrednio lub pośrednio porozumienia będącego deliktem prawa antymonopolowego. Powinien także istnieć system, który

34 Wyrok Sądu Antymonopolowego z 1.03.1993 r. (XVII Amr 37/92), LEX nr 10983.

35 K. Kohutek, *Art. 6 (w.) K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o...*, s. 245–247.

36 M. Derdak, *Czy androidy śnią o...*, s. 82.

37 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie z 24.03.2004 r., (XVII Ama 29/03), LEX nr 124535.

przeciwdziałałby usuwaniu treści wiadomości wygenerowanych przez sztuczną inteligencję, aby uniemożliwić zacieranie dowodów popełnienia zakazanych praktyk ograniczających konkurencję *post factum*.

Jak doprecyzowuje judykatura, nie są przejawem porozumienia ograniczającego konkurencję, a w szczególności mającego postać uzgodnionego zachowania z art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k., tzw. paralelne zachowania przedsiębiorców, świadomie dopasowujących się do powstałej sytuacji na danym rynku właściwym. Jako normalna reakcja rynkowa, świadome dopasowywanie się do zmieniających wymagań rynku, między innymi w zakresie ofert cenowych konkurentów, nie jest zakazane. Różnica pomiędzy dozwolonym zachowaniem paralelnym a niedozwolonym porozumieniem ograniczającym konkurencję tkwi w tym, że w pierwszym przypadku mamy do czynienia jedynie z racjonalnie uzasadnionym naśladownictwem zachowań innych konkurentów, w drugim zaś – z zawartym w jakikolwiek sposób i w jakiegokolwiek formie porozumieniem konkurentów. Jeżeli podążanie przez przedsiębiorców za cenami konkurentów poprzedzone jest jakimikolwiek bezpośrednimi lub pośrednimi kontaktami między przedsiębiorcami, których celem lub skutkiem jest wpływanie na decyzje rynkowe niektórych z nich lub ujawnienie ich zamierzeń, objęte jest ono zakazem porozumień cenowych. Istotne znaczenie dla ustalenia istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję zawartego w formie poufnej zmowy mają skoordynowane zachowania na rynku uczestników tego porozumienia nakierowane na osiągnięcie celu sprzecznego z prawem³⁸.

Sztuczna inteligencja poprzez dokładną analizę konkretnych zachowań przedsiębiorców połączoną z interpretacją właściwych przepisów prawa mogłaby pomóc w odróżnianiu porozumień ograniczających konkurencję od dozwolonych paralelnych zachowań.

Na gruncie polskiego orzecznictwa nie ma jeszcze przykładów deliktów popełnionych za pomocą sztucznej inteligencji lub przez sztuczną inteligencję. Wartą uwagi jest sprawa, w której na koreańską spółkę NAVER została nałożona w dniu 6.10.2020 r. kara pieniężna przez koreańską komisję ochrony konkurencji. Spółka NAVER prowadziła platformę wyszukiującą i porównującą oferty większości sklepów internetowych działających na terenie Korei Południowej. Koreańska komisja antymonopolowa uznała, że spółka NAVER dostosowała kryteria rankingów wyszukiwania w ten sposób, że kryteria rankingów w znaczący sposób faworyzowały spółkę³⁹. Przekładając powyższy stan faktyczny na grunt polskiego ustawodawstwa, powyższe działanie odpowiadałoby naruszeniu prawa antymonopolowego z art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.i.k., tj. przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków

38 Wyrok Sądu Najwyższego z 9.08.2006 r., (III SK 6/06), LEX nr 354144.

39 <https://m.koreaherald.com/view.php?ud=2021006000715> (dostęp: 14.11.2023 r.).

niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji jest równoznaczne z podejmowaniem działań, które znacząco utrudniają, bądź też nawet zupełnie uniemożliwiają podjęcie lub rozwój działalności gospodarczej konkurentom dominującego przedsiębiorcy, a w rezultacie prowadzą do wykluczenia wspomnianych konkurentów z danego rynku właściwego⁴⁰. Delikt z art. 9 ust. 1 pkt 2 u.o.k.i.k. należy do ograniczeń konkurencji o charakterze wykluczającym i wymierzony jest wprost przeciwko funkcjonowaniu mechanizmu konkurencji⁴¹. Nadużycia pozycji dominującej wskazane w art. 9 ust. 2 pkt 2 może dopuścić się jedynie ten przedsiębiorca, który ogranicza produkcję, zbyt lub postęp techniczny pomimo posiadanych przez siebie stosownych możliwości, składających się łącznie na jego potencjał produkcyjny, dystrybucyjny, badawczo-rozwojowy oraz potencjał w zakresie możliwości zbytu, uwarunkowany istnieniem stosownego popytu na przedmiotowe produkty.⁴² Szkoda w brzmieniu art. 9 ust. 2 pkt 2 powinna być rozumiana nie jako każde naruszenie prywatnych interesów kontrahentów czy konsumentów, ale takie naruszenie, które jednocześnie stanowi naruszenie interesu publicznego, uzasadniające interwencję antymonopolową organu ochrony konkurencji⁴³.

W świetle powyższych rozważań optymalnym rozwiązaniem byłoby zaopatrzenie sztucznej inteligencji, z której korzystałby przedsiębiorcy, w mechanizmy bezpieczeństwa takie jak zapory uniemożliwiające manipulację danymi.

Do tej pory raportowane sprawozdania organów antymonopolowych związane z korzystaniem ze sztucznej inteligencji były dość mocno ograniczone i sprowadzają się do szablonowych spraw związanych z ustalaniem cen sprzedaży pomiędzy konkurentami oraz pomiędzy dostawcą a odbiorcą, w których przedsiębiorcy w celu wdrożenia uprzednio zawartego porozumienia korzystali z programów komputerowych monitorujących lub dostosowujących ceny sprzedaży towarów. Mającym precedensowy charakter rozstrzygnięciem była decyzja brytyjskiego organu ochrony konkurencji (tj. *Competition and Markets Authority*) z dnia 12.08.2016 r. w sprawie *Trod Ltd v. GB eye Ltd*³. Przedmiotowa sprawa dotyczyła dwóch przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w zakresie internetowej sprzedaży plakatów za pośrednictwem brytyjskiego oddziału spółki Amazon. Przedsiębiorcy ci korzystali wspólnie ze specjalnie dostosowanego oprogramowania, które automatycznie korygowało ceny produktów oferowanych przez nich za pośrednictwem sprzedażowej platformy internetowej. Założeniem działania tego algorytmu było wdrożenie uprzedniego porozumienia przedsiębiorców odnośnie do niekonkurowania w zakresie

40 C. Banasiński, *Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2018, s. 149–153.

41 Wyrok Sądu Najwyższego z 13.05.2008 r., (III SK 30/07), LEX nr 511741.

42 M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej*, Warszawa 2010, s. 163.

43 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie z 12.05.2014 r., (XVII AmA 16/13), LEX nr 2155801.

cen⁴⁴. Przekładając powyższy stan faktyczny na grunt polskiego ustawodawstwa, należy stwierdzić, że takie zachowanie przedsiębiorców stanowiłoby delikt z art. 6 ust. 1 pkt 6, tj. ograniczanie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Skutek ograniczania dostępu do rynku oznacza, że w konsekwencji obowiązywania danego porozumienia działalność na rynku staje się dla przedsiębiorców ekonomicznie nieopłacalna. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, czy ograniczenie dostępu do rynku odnosi się do przedsiębiorców, którzy dopiero planują wejść na dany rynek, czy do przedsiębiorców, którzy już na danym rynku prowadzą działalność gospodarczą. Ponadto ograniczenie dostępu do rynku powstaje zarówno w przypadku pogorszenia sytuacji podmiotów niebędących stroną porozumienia, jak i poprzez polepszenie sytuacji jego uczestników⁴⁵.

Podobnie za praktykę ograniczającą konkurencję w postaci utrudnienia dostępu do rynku lub eliminowania z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem można uznać działania dwóch konkurujących ze sobą brytyjskich dostawców gazu i energii elektrycznej (Economy i EGEL), którzy zawarli znowę cenową z firmą Dyball. Spółka Dyball dostarczała Economy oraz Egel oprogramowanie, które informowało konkurujące ze sobą spółki o zasięgu klientów. W ten sposób Economy i Egel agresywnie pozyskiwali klientów innych firm. Wszyscy uczestnicy tej znowy (w tym firma IT) zostali ukarani finansowo w 2019 r. przez U.K. Gas and Electricity Markets Authority, nie wykluczając spółki dostarczającej oprogramowanie bazujące na sztucznej inteligencji⁴⁶.

Komisja Europejska w dniu 24.07.2018 r. wydała cztery decyzje, kolejno w sprawie *COMP/40465 Asus*, *COMP/40469 Denon & Marantz*, *COMP/40181 Philips* oraz *COMP/40182 Pioneer*, w których to sprawach po raz pierwszy uznała, że sztuczna inteligencja została użyta do praktyk antykonkurencyjnych. Producenci sprzętu komputerowego wyznaczali swoim dystrybutorom ceny stałe lub ceny minimalne, a później wpływali pośrednio na ich decyzje cenowe za pomocą oprogramowania opartego na zaawansowanych algorytmach poprzez to, że w przypadku stwierdzenia przez producentów odchylenia od narzuconej ceny, dystrybutorzy byli karani ze strony producentów sankcjami takimi jak nagłe wstrzymanie dostaw⁴⁷. Komisja Europejska w swoich rozstrzygnięciach podkreśliła, że ze względu na stosowanie przez innych uczestników rynku algorytmów cenowych, dla których danymi wejściowymi są ceny

44 <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf> (dostęp: 14.11.2023 r.).

45 Wyrok Sądu Najwyższego z 14.01.2009 r., (III SK 26/08), LEX nr 584997.

46 [https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I47f90210823111e9adfea82903531a62/Ofgem-fines-Economy-Energy-E-Gas-and-Electricity-and-Dyball-Associates-for-infringing-the-Chapter-1-prohibition?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I47f90210823111e9adfea82903531a62/Ofgem-fines-Economy-Energy-E-Gas-and-Electricity-and-Dyball-Associates-for-infringing-the-Chapter-1-prohibition?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) (dostęp: 14.11.2023 r.).

47 https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40181/40181_417_3.pdf (dostęp: 14.11.2023 r.).

stosowane przez tych dystrybutorów, taka praktyka może mieć szczególnie istotny negatywny wpływ na dany rynek właściwy⁴⁸.

VII. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA DELIKT ANTYMONOPOŁOWY POPEŁNIANY PRZEZ SZTUCZNĄ INTELIGENCJĘ

Newralgiczną kwestią jest zwłaszcza sytuacja, kiedy sztuczna inteligencja skonstruowana zostaje w sposób umyślnie prowadzący do niedozwolonego w świetle prawa antymonopolowego porozumienia. Tytułem przykładu sztuczna inteligencja może zostać zaprojektowana w taki sposób, aby mogła wymieniać się szczegółowymi informacjami wrażliwymi i w skojarzony sposób ustalać wysokość cen dwóch lub więcej przedsiębiorców. Powyższy przypadek należałoby uznać za przejaw uzgodnionej koordynacji działań przedsiębiorców, która mieści się w szerokim pojęciu „porozumienia w prawie konkurencji”. W świetle tego zagadnienia najbardziej kluczowa wydaje się kwestia odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji przy użyciu sztucznej inteligencji. W ślad za powyższym relewantne jest pytanie, w którym momencie sztuczna inteligencja przestaje być tylko narzędziem służącym człowiekowi do wdrożenia jego zamiarów, a staje się samodzielnym bytem o określonej autonomii, zdolnym do podejmowania własnych, niezależnych decyzji, których rezultaty mogą być odmienne od intencji człowieka⁴⁹.

Prima facie, ewidentne jest w wyżej przytoczonym przykładzie zawinienie ze strony przedsiębiorcy, który korzystając z takiego zaawansowanego algorytmu, powinien mieć świadomość, że w przypadku użycia przez innego przedsiębiorcę podobnego algorytmu nastąpi zmowa cenowa lub inny rodzaj deliktu prawa ochrony konkurencji⁵⁰.

Nawet w sytuacji, w której przedsiębiorca korzysta ze sztucznej inteligencji, która nie została docelowo skonstruowana tak, aby umożliwić przedsiębiorcom popełnianie praktyk ograniczających konkurencję, ale zawiera luki lub błędy, których reperkusję stanowi koordynacja cen z rywalizującymi algorytmami, na przedsiębiorcę może zostać nałożona administracyjna kara pieniężna przez Prezesa UOKiK, albowiem na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k. na przedsiębiorcę można nałożyć karę, jeżeli chociażby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu zawierania porozumień naruszających konkurencję⁵¹. Możliwość nałożenia kary pieniężnej wskazanej w art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k. nie jest bowiem uzależniona od tego, czy przedsiębiorca miał zamiar stosowania niedozwolonych praktyk, czy też dopuścił się tych praktyk nieumyślnie, tj. nie mając świadomości, że postępuje w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi

48 https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40469/40469_329_3.pdf (dostęp: 14.11.2023 r.).

49 M. Derdak, *Czy androidy śnią o...*, s. 24–25.

50 M. Derdak, *Czy androidy śnią o...*, s. 24–25.

51 T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014, s. 1336.

obyczajami. Tym samym przesłankę do nałożenia kary pieniężnej nie stanowi wina, w tym wina umyślna. Niemniej jednak okoliczność, czy naruszenie prawa antymonopolowego nastąpiło w sposób zawiniony, czy też nieumyślny, jest relevantnym czynnikiem brany pod uwagę w szczególności przy ustalaniu wysokości kary. Faktyczna wysokość kary musi być bowiem, w pierwszej kolejności, odzwierciedleniem winy, z jaką związane jest naruszenie zakazu⁵².

Kolejną sytuację do hipotetycznego rozważania stanowi przypadek, w którym pomimo dochowania należytej staranności w projektowaniu, wdrażaniu i korzystaniu ze sztucznej inteligencji, jej działanie prowadzi do rezultatów odmiennych od intencji człowieka. Z takim stanem rzeczy możemy mieć do czynienia w przypadku wysoce zaawansowanej sztucznej inteligencji samouczącej się, która może korzystać z procesu nienadzorowanego uczenia maszynowego⁵³.

W tym miejscu warto wskazać różnice pomiędzy samouczeniem się sztucznej inteligencji nadzorowanym a samouczeniem się nienadzorowanym. W uczeniu nadzorowanym mamy do czynienia z ludzkim nadzorem nad kreowaniem funkcji odwzorowującej sposób reakcji systemu na dane wejściowe. Taka kontrola przejawia się w tworzeniu zestawu danych uczących, czyli łączeniu wielu bodźców uczących oraz poszukiwanych przez nadzorcę odpowiedzi na nie. W konsekwencji system ma zapamiętać prawidłową odpowiedź na dany bodziec wejściowy i zgeneralizować dane wyuczone na nowe przypadki. Natomiast uczenie nienadzorowane opiera się na braku obecności precyzyjnej lub nawet zbliżonej odpowiedzi w danych uczących. Przykładem uczenia nienadzorowanego jest uczenie przez wzmacnianie, które jest niezbędne z punktu widzenia kształtowania przez przedsiębiorców polityki cenowej⁵⁴. Ta metoda przejawia się w wyznaczaniu przez sztuczną inteligencję optymalnej polityki działania w zupełnie nowym dla niej środowisku w oparciu o interakcje z tymże środowiskiem. Jedyną informacją, na której sztuczna inteligencja bazuje, jest sygnał wzmocnienia, który osiąga wysoką wartość, kiedy algorytm podejmuje właściwe decyzje, lub niską, gdy popełnia błąd⁵⁵.

Warte podkreślenia jest twierdzenie, iż nawet takich sytuacji nie powinno się postrzegać jako przypadki wyłączające odpowiedzialność przedsiębiorcy. Takie sytuacje należy bowiem traktować jako funkcje ukryte, za które przedsiębiorca bierze na siebie ryzyko w momencie podjęcia decyzji o korzystaniu ze sztucznej inteligencji. Przeciwna konstatacja tworzyłaby zbyt szerokie pole do potencjalnych nadużyć, ponieważ przedsiębiorcy mogliby wówczas chętniej korzystać z ryzykownych, słabo

52 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie z 24.05.2006 r., (XVII Ama 17/05), LEX nr 194953.

53 J. Wątor, *Robot odpowie za swoją pracę? Już musimy rozmawiać, jak to regulować*, „Business Insider” 2017/4, s. 16.

54 R. Skibiński, *Odpowiedzialność za sztuczną inteligencję będzie uregulowana*, „Prawo.pl” 2022/10, s. 18–19.

55 T. J. Sejnowski, *Deep Learning. Głęboka rewolucja. Kiedy sztuczna inteligencja spotyka się z ludzką*, Warszawa 2019, s. 57–58.

przetestowanych zaawansowanych algorytmów w celu dążenia jedynie do możliwie jak największej maksymalizacji zysków za wszelką cenę⁵⁶.

VIII. ZAKOŃCZENIE

Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że wdrożenie sztucznej inteligencji do różnych dziedzin życia będzie stanowić przełom na miarę pojawienia się sieci internetowych na przełomie XX i XXI wieku. Widoczny jest w ostatnich latach wzrost świadomości technologicznej wśród przedsiębiorców, którzy coraz częściej dostrzegają szereg korzyści płynących z korzystania ze sztucznej inteligencji w prowadzeniu działalności gospodarczej. Również organy administracji publicznej, w tym organy antymonopolowe, mogą używać zaawansowanych algorytmów w celu weryfikacji przestrzegania przez podmioty gospodarcze przepisów prawa ochrony konkurencji i konsumentów. Mając na względzie rosnącą popularność sztucznej inteligencji, przedsiębiorcy powinni postrzegać wydatki związane z wdrażaniem sztucznej inteligencji do swojej działalności nie przez pryzmat wydatków i kosztów prowadzenia działalności gospodarczej, a w kategorii budowania pozytywnej reputacji wśród klientów i odpowiedniej renomy na rynku właściwym oraz inwestycji na przyszłość. Nie bez znaczenia pozostaje, że zaawansowanie technologiczne ma korzystny wpływ na zwiększenie konkurencyjności danego przedsiębiorstwa⁵⁷.

W ramach wniosków *de lege ferenda* warto zauważyć, że sztuczna inteligencja może też stanowić zagrożenie na rynku właściwym. Ustawodawcy powinni stworzyć precyzyjne regulacje o charakterze *ius cogens*, które regulowałyby status prawny sztucznej inteligencji i kwestie odpowiedzialności deliktowej za działania i zaniechania zaawansowanych algorytmów. Ustawa w tym zakresie zachęciłaby efektywnie przedsiębiorców do wdrażania zaawansowanych technologii. Powyższe rozwiązanie legislacyjne zapewniłoby również odpowiedni stopień bezpieczeństwa konsumentom⁵⁸.

Właściwym postulatem *de lege ferenda* wydaje się być brak wyłączenia odpowiedzialności za działania lub zaniechania sztucznej inteligencji nawet w przypadku mechanizmów uczących się w sposób nienadzorowany. Taki postulat ma wskazane wyżej uzasadnienie prawne, etyczne i aksjologiczne. Przeciwna konstatacja rodziłaby zbyt duże ryzyko nadużyć i stanowiłaby płaszczyznę do wyrządzenia szkody konsumentom będącym słabszą stroną stosunku prawnego⁵⁹.

Oдноśnie do postulatów w zakresie sztucznej inteligencji, z której korzystałyby w nieodległej przyszłości przedsiębiorcy, to powinna ona być zaopatrzona

56 A. Chłopecki, *Sztuczna inteligencja – szkice prawnicze i futurologiczne*, Warszawa 2018, s. 156.

57 M. Boroń, *Sztuczna inteligencja w służbie...*, s. 18–19.

58 S. Cydzik, *Roboty odgrywają coraz większą rolę i wymagają odrębnych przepisów*, „Rzeczpospolita” 2017/4, s. 10.

59 J. Wątor, *Robot odpowie za swoją pracę?...*, s. 18.

w mechanizmy bezpieczeństwa takie jak zapory uniemożliwiające manipulację danymi. Ponadto powinna być w pewien sposób kontrolowana przez sztuczną inteligencję, która byłaby w posiadaniu organu antymonopolowego.

apl. adw. Barbara Sikoń

Doktorantka w Szkole Nauk Społecznych Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego (dyscyplina: nauki prawne), aplikantka adwokacka w Okręgowej Izbie Adwokackiej we Wrocławiu

Doctoral student at the School of Social Sciences at the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław (discipline: legal sciences), trainee advocate at the District Bar Association in Wrocław
ORCID: 0000-0003-2336-351

ABSTRACT

Keywords: *artificial intelligence, anti-monopoly law, competition and consumer protection law, competition-restrictive practices, act on artificial intelligence, tort liability*

Artificial intelligence in the context of competition and consumer protection law

The main purpose of this article is to answer the question how, in accordance with currently applicable law, the legal status and definition of artificial intelligence can be correctly determined. This study is also intended to present the functions that artificial intelligence can perform in competition and consumer protection law. The thesis statement of the article is that artificial intelligence can be an effective tool for entrepreneurs to run their business even more profitably. The advanced algorithms most commonly used by entrepreneurs include chatbots, voicebots, intelligent assistants and recommendation engines. Another thesis statement is that we cannot exclude tort liability of entrepreneurs for actions or omissions of artificial intelligence in the area of antitrust law, even in a situation when we are dealing with advanced unsupervised self-learning algorithms, because the contrary conclusion would involve too much risk of abuse and potential serious harm to consumers. The article also presents the ways in which artificial intelligence

can contribute to improving the work of antitrust authorities. As for proposals of legislative amendments, the legislator should introduce a comprehensive and precise legal regulation regarding the legal status of artificial intelligence and the issue of tort liability for actions or omissions of advanced algorithms.

Bibliografia:

- Banasiński Cezary**, *Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2018
- Banaszczyk Zbigniew**, Art. 449¹ k.c (w:) K.Pietrzykowski, *Komentarz. Kodeks cywilny*, Warszawa 2008, t. 1
- Bieliński Andrzej**, *Potencjalne obszary zastosowania sztucznej inteligencji w postępowaniu cywilnym – czy obecnie ma to rację bytu i czy jesteśmy na takie rozwiązania gotowi?*, „Studia Prawnicze: rozprawy i materiały” 2022/33
- Boroń Marek**, *Sztuczna inteligencja w służbie praw konsumenta. UOKiK planuje wdrożyć nowe narzędzia*, „Gazeta Prawna” 2022/10
- Bujalski Rafał**, *Akt o sztucznej inteligencji [projekt UE]*, Warszawa 2022
- Chłopecki Aleksander**, *Sztuczna inteligencja – szkice prawnicze i futurologiczne*, Warszawa 2018
- Cydzik Szymon**, *Roboty odgrywają coraz większą rolę i wymagają odrębnych przepisów*, „Rzeczpospolita” 2017/4
- Dargas-Draganik Monika**, *Wykorzystanie sztucznej inteligencji w postępowaniach sądowych na przykładzie Chin i Estonii*, „Czasopismo Naukowe Uniwersytetu Gdańskiego” 2022/22
- Derdak Michał Konrad**, *Czy androidy śnią o zмовach cenowych? Algorytmy cenowe, sztuczna inteligencja i prawo konkurencji*, „Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018/7
- Goździaszek Łukasz**, *Perspektywy wykorzystania sztucznej inteligencji w postępowaniu sądowym*, „Przegląd Sądowy” 2015/10
- Grendys Aleksandra**, *Elektroniczny sąd arbitrażowy dla przedsiębiorców dostanie wsparcie AI*, Warszawa 2019
- Hetmański Marek**, *Słaba i silna sztuczna inteligencja*, „Computerworld” 2017/5
- Kohutek Konrad**, Art. 6 (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014
- Księżak Paweł**, *Prawo cyborgów (1). Wprowadzenie w problematykę*, „Głos Prawa. Przegląd Prawniczy Allerharda” 2022/9
- Małobęcka-Szwast Iga**, *Akt w sprawie sztucznej inteligencji – nowe wyzwania dla prawników*, „Prawo i Praktyka” 2022/4
- Nowakowski Michał**, *Na styku regulacji, czyli sztuczna inteligencja w sektorze finansowym – status quo i kierunki rozwoju prawa*, Warszawa 2019

- Piskorz-Ryń Agnieszka**, *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, Warszawa 2022
- Rajski Jan**, *Odpowiedzialność za produkt niebezpieczny w świetle nowych przepisów kodeksu cywilnego*, „PPH” 2001/100
- Różański Krzysztof**, *Sztuczna inteligencja rozwój, szanse i zagrożenia*, „Zeszyty Naukowe Warszawskiej Wyższej Szkoły Informatyki” 2007/2
- Sejnowski Terrence**, *Deep Learning. Głęboka rewolucja. Kiedy sztuczna inteligencja spotyka się z ludzką*, Warszawa 2019
- Sewastianowicz Monika**, *Sztuczna inteligencja dużo może, także rozpowszechnić firmowe tajemnice*, Warszawa 2023
- Skibińska Regina**, *Odpowiedzialność za sztuczną inteligencję będzie uregulowana*, „Prawo.pl” 2022/10
- Skoczny Tadeusz**, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014
- Szydło Marek**, *Nadużywanie pozycji dominującej*, Warszawa 2010
- Tegmark Max**, *Życie 3.0. Człowiek w erze sztucznej inteligencji*, Warszawa 2019
- Widłak Tomasz**, *Robo-etyka cnót: o androidach, prawie i kształtowaniu ludzkiego charakteru (w:) Blade Runner. O prawach quasi-człowieka*, Gdańsk 2021
- Wątor Jakub**, *Robot odpowie za swoją pracę? Już musimy rozmawiać, jak to regulować*, „Business Insider” 2017/4
- Woźniak-Cichuta Monika**, *Kto ponosi odpowiedzialność w gospodarce nowych technologii? Bezpieczeństwo produktów w erze sztucznej inteligencji, Internetu Rzeczy i robotyki (w:) Wyzwania dla prawa konsumenckiego w wymiarze globalnym, regionalnym i lokalnym*, red. M. Namysłowska, K. Podgórski, E. Sługocka-Krupa, Warszawa 2022
- Zalewski Tomasz**, *Prawo sztucznej inteligencji*, Warszawa 2020

Pojęcia kluczowe: zapis na sąd polubowny, umowa arbitrażowa, konwersja postępowania sądowego na postępowanie arbitrażowe, fundacja rodzinna, testament

Aleksandra Fruk

Nowe regulacje dotyczące zapisu na sąd polubowny – (re)kodyfikacja czy dyskredytacja? Uwagi na tle zmian wprowadzonych do Kodeksu postępowania cywilnego nowelizacjami z 2023 r.

ABSTRAKT

Opracowanie traktuje na temat zmian odnoszących się do umowy arbitrażowej wprowadzonych nowelizacjami z 2023 r. W treści artykułu poddano krytycznej analizie nowe regulacje z art. 1161¹ i art. 1165 § 11 k.p.c. oraz zmieniony art. 1163 § 3 k.p.c. Przeprowadzone rozważania doprowadziły do wniosku, że rozwiązania przyjęte przez ustawodawcę wykazują relewantne dysonanse na gruncie systemowym – z pewnością nie przyczynią się zatem do popularyzacji sądownictwa polubownego. W konsekwencji stanowiło to podstawę do sformułowania licznych postulatów *de lege ferenda*: derogowania analizowanych przepisów bądź ich zmiany, a także w zakresie wprowadzenia do Kodeksu postępowania cywilnego nowych rozwiązań odnoszących się do omawianej instytucji zapisu na sąd polubowny.

I.

Nowa regulacja postępowania arbitrażowego [część piąta – sąd polubowny (arbitrażowy) – art. 1154 i n.] została wprowadzona do Kodeksu postępowania cywilnego¹ nowelizacją z 2005 r.² Pomimo tego, iż zmiany bazowały na ustawie modelowej

1 Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1550 z późn. zm.), która weszła w życie 1.01.1965 r., dalej: Kodeks postępowania cywilnego lub k.p.c.

2 Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego z 28.07.2005 r. (Dz.U. z 2005 r. nr 178 poz. 1478), która weszła w życie 17.10.2005 r., dalej: nowelizacja z 2005 r.

UNCITRAL z 1985 r.³ (miały zatem solidne i niepodważalne wzorce)⁴, w piśmiennictwie od samego początku pojawiały się liczne postulaty *de lege ferenda* w zakresie modyfikacji nowych przepisów regulujących postępowanie przed sądami polubowymi⁵. Uwagi krytyczne odnoszono również do regulacji zapisu na sąd polubowny (nazywanego – co do zasady synonimicznie – umową arbitrażową)⁶. Kwestia ta pozostaje szczególnie istotna, zważywszy na fakt, iż (co nie ulega absolutnie kwestii, bo jest zbieżnie i niezmiennie podkreślane w doktrynie) zapis na sąd polubowny stanowi centralną instytucję sądownictwa polubownego⁷. Umowa arbitrażowa statuuje zasadnicze i jedyne źródło kognicji sądu polubownego do rozpoznania i rozstrzygnięcia sporu. Ujmując syntetycznie, można zatem stwierdzić, że bez zapisu nie ma arbitrażu. Dotychczas ustawodawca wielokrotnie nowelizował przepisy dotyczące umowy arbitrażowej. Nie były to jednak zmiany kompleksowe, a jedynie fragmentaryczne modyfikacje⁸. Co więcej, nie uwzględniały wielu postulatów podnoszonych w tym zakresie w doktrynie⁹.

Nowelizacjami z 2023 r.¹⁰ legislator wprowadza kolejne *nova* normatywne dotyczące instytucji zapisu na sąd polubowny. Na mocy nowelizacji k.p.c. z 2023 r.¹¹ wprowadzona zostaje wyraźna regulacja umożliwiająca dokonanie konwersji postępowania sądowego na postępowanie arbitrażowe (art. 1161¹ i art. 1165 § 11 k.p.c.). Ustawą o fundacji rodzinnej¹² rozszerzony zostaje natomiast zakres podmiotowy regulacji z art. 1163 § 3 k.p.c. statuującej odtąd podstawy do zawarcia zapisu na sąd polubowny

3 Ustawa modelowa UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 11.12.1985 r.

4 Zamiast wielu zob. R. Morek, *Mediacja i arbitraż (art. 1831–18315, 1154–1217 k.p.c.)*, Warszawa 2006, s. 105–106.

5 Transparentny przykład w tym zakresie stanowi opracowanie *Diagnoza arbitrażu. Funkcjonowanie prawa o arbitrażu i kierunki postulowanych zmian*, red. B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, Wrocław 2014.

6 Szczegółowo zob. A. Budniak-Rogała, *Charakter prawny zapisu na sąd polubowny w postępowaniu cywilnym*, Wrocław 2015, s. 80 i n.

7 Stwierdzenie to (pierwotnie zaprezentowane przez M. Janowskiego, *Zapis na krajowy sąd polubowny de lege lata i w świetle projektowanych zmian (w:) Prace laureatów konkursu im. Prof. Jerzego Jakubowskiego. Edycja 2*, Warszawa 2005, s. 31) jest niezmiennie akceptowane i przywoływane w doktrynie. Por. przykładowo Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 76 oraz A. Budniak-Rogała, *Charakter...*, s. 73 wraz z powołaną tam literaturą.

8 (1) Nowelizacja z 2016 r. ustawą z 23.09.2026 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich (Dz.U. z 2016 r. poz. 1823), która weszła w życie 10.01.2017 r., wprowadziła nowy art. 1164¹ k.p.c. (2) Z kolei na mocy nowelizacji z 2019 r. ustawą z 31.07.2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1495), która weszła w życie 8.09.2019 r., zmienione zostały przepisy art. 1161 § 3 i art. 1163 k.p.c.

9 Przykładowo w zakresie derogowania przepisu odnoszącego się do zasady równości stron – art. 1161 § 2 k.p.c. Zapisy „naruszające” tę zasadę stosowane są bowiem z powodzeniem nie tylko w innych porządkach prawnych, ale przede wszystkim w obrocie międzynarodowym. Zasada ta – z punktu widzenia propagowania instytucji zapisu na sąd polubowny, a w efekcie również (czy przede wszystkim) samego arbitrażu – nie ma zatem racji bytu. Szczegółowo zob. A. W. Wiśniewski, *Zasada równości stron w umowie o arbitraż oraz w procesie powołania zespołu orzekającego: art. 1161 § 2 oraz art. 1169 § 3 k.p.c.* (w:) *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, red. J. Okolski, A. Calus, M. Pazdan, S. Sołtyśkiński, T. Wardyński, S. Włodyka, Warszawa 2010, s. 334 i n.

10 Nowelizacja k.p.c. z 2023 r. oraz ustawa o fundacji rodzinnej.

11 Ustawa z 9.03.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2023 r. poz. 614), która weszła w życie 1.07.2023 r., dalej: k.p.c. z 2023 r.

12 Ustawa z 26.01.2023 r. o fundacji rodzinnej (Dz.U. z 2023 r. poz. 326), która weszła w życie 22.05.2023 r., dalej: ustawa o fundacji rodzinnej albo u.f.r.

w statucie takiej właśnie organizacji¹³. W konsekwencji pojawia się zatem pytanie o ocenę zmian odnoszących się do umowy arbitrażowej wprowadzonych w 2023 r. Szczególnie istotne w analizowanym kontekście pozostaje ustalenie, czy przyjęte rozwiązania przyczynią się (zgodnie z intencją ustawodawcy) do popularyzacji sądownictwa polubownego¹⁴.

II.

Zapis na sąd polubowny zaliczany jest do kategorii umów procesowych nazywanych również umowami przedprocesowymi. Ostatnie z wymienionych określeń wynika z faktu, iż w piśmiennictwie dominowało dotychczas zapatrywanie, że do zawarcia umowy arbitrażowej dochodzi zasadniczo przed wszczęciem procesu¹⁵. Potwierdzenie rzeczonej argumentacji wywodzono przede wszystkim z treści art. 1165 § 1 k.p.c. wskazującego chwilę wdania się w spór co do istoty sprawy jako moment prekluzyjny dla skutecznego podniesienia zarzutu zapisu na sąd polubowny przed sądem powszechnym. Z jednej strony można bowiem argumentować, że skoro wwanie się w spór co do istoty sprawy następuje na początkowym etapie postępowania, to celowość dokonania umowy arbitrażowej po wszczęciu postępowania rodzi relewantne wątpliwości – na dalszym etapie tego postępowania brak jest bowiem możliwości skutecznego podniesienia wspomnianego zarzutu. Co więcej, w takim wypadku zawarcie zapisu na sąd polubowny musiałyby nastąpić *de facto* po powstaniu sporu, co w praktyce będzie wysoce problematyczne. Skoro bowiem skonfliktowane strony nie są w stanie dojść do porozumienia odnośnie do przedmiotu sporu, to trudno sobie wyobrazić osiągnięcie przez nie konsensusu w zakresie dotyczącym kognicji organu kompetentnego do jego rozstrzygnięcia. Z drugiej strony wypada jednak równocześnie podkreślić, że żaden obowiązujący przepis Kodeksu postępowania cywilnego nie statuuje *expresiss verbis* zakazu dokonania zapisu na sąd polubowny po wszczęciu postępowania przed sądem powszechnym – zakazu takiego nie sposób w szczególności wywodzić z treści wspomnianego art. 1165 § 1 k.p.c.

Na mocy nowego art. 1161¹ § 1 k.p.c. (wprowadzonego nowelizacją k.p.c. z 2023 r.) przewidziana została wyraźna regulacja w przedmiotowym zakresie. Zgodnie z treścią tego przepisu, w sprawie zawieszłej przed sądem strony mogą poddać spór pod

13 Art. 130 pkt 2 u.f.r.

14 W odniesieniu do instytucji konwersji na zasadzie nowych przepisów art. 1161¹ i art. 1165 § 11 k.p.c. por. przykładowo P. Sławicki, *Uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.09.2022 r. w zakresie polubownych metod rozwiązywania sporów*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2022/4, s. 40–41 i P. Dyrduł, *Konwersja postępowania sądowego w postępowanie arbitrażowe*, „Palestra” 2023/8, s. 205 oraz powołane przez autorów Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2650, s. 71–72. Z kolei w kontekście znowelizowanego art. 1163 § 3 k.p.c. na przedmiotową kwestię zwraca uwagę M. Dziurda, *Perspektywy arbitrażu w sprawach korporacyjnych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003/7, *passim*.

15 Szczegółowo zob. A. Budniak-Rogała, *Charakter...*, s. 100–101 i 315–316 wraz z powołaną przez autorkę literaturą.

rozstrzygnięcie sądu polubownego aż do momentu prawomocnego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd. Ustawodawca ustanawia zatem granice temporalne stosowania komentowanej regulacji. Mając na względzie treść powołanego art. 1161¹ k.p.c., można bowiem stwierdzić, że przepis ten będzie miał zastosowanie w sytuacji, gdy do zawarcia zapisu dojdzie w toku postępowania przed sądem powszechnym – od momentu doręczenia odpisu pozwu pozwanemu (odpisu wniosku uczestnikowi postępowania) (art. 192 k.p.c.)¹⁶ aż do chwili uprawomocnienia się wyroku (postanowienia co do istoty sprawy) wydanego przez sąd pierwszej instancji względnie wydania orzeczenia merytorycznego przez sąd drugiej instancji¹⁷. Ustawodawca dopuszcza zatem możliwość dokonania konwersji postępowania sądowego w postępowanie arbitrażowe w każdym jego stadium – zarówno w postępowaniu przed sądem pierwszej, jak i drugiej instancji¹⁸.

III.

Uwzględniając dotychczasowy stan prawny, w literaturze sugerowano dwojaki sposób postępowania w przypadku zawarcia zapisu na sąd polubowny w toku postępowania przed sądem powszechnym. Niektórzy przedstawiciele doktryny proponowali, aby w takiej sytuacji strony złożyły zgodny wniosek o zawieszenie postępowania (art. 178 k.p.c.), które następnie (po zakończeniu postępowania arbitrażowego) powinno zostać umorzone (art. 355 k.p.c.)¹⁹. Inni autorzy podnosili z kolei, że w takim wypadku powinno dojść (od razu) do umorzenia postępowania w efekcie cofnięcia pozwu przez pozwanego (art. 355 w zw. z art. 203 k.p.c.)²⁰.

Na mocy nowelizacji k.p.c. z 2023 r. ustawodawca przewidział adekwatny mechanizm procesowy w przedmiotowym zakresie. Zgodnie z treścią nowego art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c. sąd umorzy postępowanie na zgodny wniosek stron, złożony po zawarciu przez strony zapisu na sąd polubowny, chyba że z treści tego zapisu i z okoliczności sprawy wynika, że byłoby to sprzeczne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierzałoby do obejścia prawa, albo zapis na sąd polubowny jest nieważny lub bezskuteczny. Analizowany przepis statuuje zatem kolejno przesłanki o charakterze pozytywnym oraz przesłanki negatywne.

16 P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 205; Ł. Wydra, *Konwersja postępowania przed sądem polubownym w arbitraż według nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 9.03.2023 r.*, „Palestra” 2023/8, s. 197.

17 Konwersja będzie mogła zatem nastąpić również w postępowaniu odwoławczym. Por. J. Gołaczyński, *Kodeks postępowania cywilnego. Nowelizacja z 9.03.2023 r. Komentarz. Linia orzecznicza*, Legalis 2023, komentarz do art. 1161¹ k.p.c., nb 2.

18 P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 205.

19 A. Jakubecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 5, Artykuły 1096–1217, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, LEX 2013, komentarz do art. 1165 k.p.c., nb 12.

20 K. Weitz (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, red. T. Ereciński, Warszawa 2017, t. 6, komentarz do art. 1165 k.p.c., nb 11.

Wśród przesłanek dodatnich należy wymienić: (1) zawarcie przez strony zapisu na sąd polubowny oraz (2) złożenie przez nie zgodnego wniosku o umorzenie postępowania. Z jednej strony wykładnia językowa art. 1161¹ § 2 zd. 1 *in principio* k.p.c. prowadzi do wniosku, że strony muszą wyrazić zgodną wolę umorzenia postępowania i wyartykułować ją w postaci wniosku²¹. Nie ulega przy tym wątpliwości, że dokonanie umowy arbitrażowej musi poprzedzać złożenie wspomnianego wniosku²² – inaczej byłby on bowiem bezprzedmiotowy, co wynika z wykładni celowościowej regulacji z art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c.²³ Z drugiej strony uwzględnienie wniosku w przedmiocie umorzenia postępowania ma co do zasady charakter obligatoryjny (na co wskazuje użycie przez ustawodawcę sformułowania „sąd umorzy”, a nie „sąd może umorzyć”) – o ile nie nastąpi żadna z negatywnych przesłanek statuowanych na mocy art. 1161¹ § 2 zd. 1 *in fine* k.p.c.²⁴

Weryfikując przesłanki ujemne, sąd powinien dokonać oceny przedmiotowego wniosku przy uwzględnieniu dwóch aspektów. (1) Należy przede wszystkim zweryfikować, czy analizowana czynność nie jest sprzeczna z prawem, zasadami współżycia społecznego lub nie zmierza do obejścia prawa. W tym kontekście powinno się wziąć pod uwagę zarówno treść danego zapisu, jak i okoliczności sprawy. (2) Badaniu podlega również ważność i skuteczność samego zapisu na sąd polubowny²⁵. Odnosząc się *ad rem*, warto zwrócić uwagę na następujące kwestie.

Primo, zgodny wniosek stron o umorzenie postępowania stanowi niewątpliwie czynność dwustronną. Czynności takie (z punktu widzenia postępowania cywilnego) są wysoce niepożądane i wyraźnie limitowane – pozostają bowiem w ewidentnej sprzeczności z konstrukcją procesu jako postępowania toczącego się pomiędzy skonfliktowanymi stronami wiodącymi spór wobec organu sądowego²⁶. Wprowadzenie „nowej” (nieznanej dotąd procesowi cywilnemu) czynności o charakterze dwustronnym powinno zatem pozostawać szczególnie uzasadnione. Uzasadnienia takiego nie sposób jednak wywieść w odniesieniu do analizowanego zgodnego wniosku stron

21 Tak A. Fruk (Budniak-Rogała) (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, I. Gil, komentarz do art. 1161¹ k.p.c., nb 3.1. Por. też Ł. Wydra, *Konwersja...*, s. 195.

22 Por. też P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 209; K. Paczuska-Tokarska, A. Tujakowska, *Konwersja postępowania sądowego na postępowanie arbitrażowe – protokół konwersji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2023/1, s. 44; Ł. Wydra, *Konwersja...*, s. 198.

23 Zapis na sąd polubowny musi w takiej sytuacji spełniać wszelkie standardowe przewidziane w odniesieniu do niego wymogi statuowane w oparciu o regulacje z art. 1157 oraz art. 1161 i n. k.p.c. Por. P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 205–206 i 207–208 i Ł. Wydra, *Konwersja...*, s. 198.

24 A. Fruk (Budniak-Rogała) (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 1161¹ k.p.c., nb 3.1.

25 Tak: A. Fruk (Budniak-Rogała) (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 1161¹ k.p.c., nb 3.2 i powołane przez autorkę Uzasadnienie..., druk sejmowy nr 2650, s. 71.

26 Szczegółowo zob. A. Budniak, *Zastrzeżenie warunku lub terminu a charakter prawny zapisu na sąd polubowny* (w:) *Księga dla naszych kolegów. Prace prawnicze poświęcone pamięci doktora Andrzeja Ciska, doktora Zygmunta Masternaka i doktora Marka Zagrosika*, red. J. Mazurkiewicz, Wrocław 2013, s. 66–67 wraz z powołaną przez autorkę literaturą.

o umorzenie postępowania; nie przedstawia go również sam legislator w uzasadnieniu projektu wspomnianej nowelizacji k.p.c. z 2023 r.²⁷

Secundo, zgodnie z treścią analizowanego art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c., sąd winien dokonać każdorazowo oceny, czy umorzenie postępowania nie jest w takiej sytuacji sprzeczne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub nie zmierza do obejścia prawa. W dotychczasowym stanie prawnym w przypadku umorzenia postępowania sąd nie dokonywał (w żadnym innym aspekcie) weryfikacji w oparciu o przedmiotowe determinanty²⁸. Ustawodawca wskazuje w tym kontekście wyraźnie, iż omawiana czynność wykazuje (jego zdaniem) jednoznaczne podobieństwo do cofnięcia pozwu. Na mocy komentowanego art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c. ustanowione zostają bowiem identyczne podstawy kontroli wniosku o umorzenie postępowania, jak ma to miejsce w przypadku cofnięcia pozwu na zasadzie art. 203 § 4 k.p.c. Warto przy tym jednak podkreślić, że wspomniane przesłanki kontroli statuowane w oparciu o powołany art. 203 § 4 k.p.c. odnoszą się do czynności dyspozytywnych takich jak: (nie tylko) cofnięcie pozwu, (ale również) zrzeczenie się lub ograniczenie roszczenia, a także (na mocy odpowiednio stosowanego art. 203 § 4 k.p.c. w myśl art. 223 § 2 k.p.c.) do ugody sądowej. Analizowanego wniosku o umorzenie postępowania nie sposób zaliczyć do przedmiotowej klasy czynności. Skoro zatem wniosek ten nie stanowi aktu dyspozycji materialnej, to brak jest podstaw do dokonywania jego weryfikacji w oparciu o adekwatne w tym zakresie determinanty: sprzeczność z prawem, sprzeczność z zasadami współżycia społecznego, zmierzanie do obejścia prawa. Pewnego rodzaju podobieństwa można się zdecydowanie bardziej dopatrywać pomiędzy omawianym zgodnym wnioskiem o umorzenie postępowania a czynnością, jaką jest zgodny wniosek o zawieszenie postępowania. W odniesieniu do wspomnianego wniosku ustawodawca nie przewidział jednak (i słusznie) analogicznych przesłanek kontroli jak w przypadku aktów dyspozycji materialnej (*vide* art. 178 k.p.c.).

Tertio, na tle wykładni konstrukcji statuowanej w oparciu o komentowany art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c. po raz kolejny pojawia się wątpliwość, czy i w jakim stopniu ustawodawca (świadomie) nawiązuje do konkretnej koncepcji charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny²⁹. Z jednej bowiem strony przypisanie umowie arbitrażowej natury materialnoprawnej (a nie procesowej) mogłoby stanowić relewantny argument na rzecz poddania przedmiotowej czynności ocenie w oparciu o wspomniane determinanty dopuszczalności podlegające weryfikacji (co do zasady) w odniesieniu do czynności dyspozytywnych stanowiących akty dyspozycji materialnej. Z drugiej jednak strony

27 W treści powołanego uzasadnienia na próżno doszukiwać się jakiegokolwiek argumentacji w przedmiotowym zakresie. Por. Uzasadnienie..., druk sejmowy nr 2650, *passim*.

28 Por. przykładowo (jak się wydaje – najbardziej transparentną w tym zakresie regulację z) art. 355 k.p.c.

29 Szczegółowo odnośnie do prezentowanych w doktrynie koncepcji charakteru umowy arbitrażowej zob. A. Budniak-Rogała, *Arbitraż (w:) Meritum. Postępowanie cywilne, t. 2, Postępowanie egzekucyjne, arbitrażowe i międzynarodowe*, red. I. Gil, Warszawa 2021, nb 1059 i n., s. 868 i n.

nie ulega wątpliwości, że skutki zapisu nakierowane są wyłącznie na proces. Brak zatem w tym zakresie swoistego substratu mogącego podlegać ocenie adekwatnej czynnościom materialnoprawnym. Kwestia ta staje się tym bardziej kontrowersyjna przy uwzględnieniu aktualnych tendencji związanych z redukcyjnym ujęciem definicji czynności procesowej, zgodnie z którym rozstrzygające znaczenie dla uznania danej czynności za czynność procesową ma jej przedmiot i cel – irrelevantny pozostaje natomiast fakt, czy czynność ta dokonywana jest pomiędzy podmiotami procesu³⁰. W takim ujęciu umowa arbitrażowa będzie stanowiła niewątpliwie czynność procesową. W konsekwencji brak będzie podstaw do dokonywania jej weryfikacji w oparciu o determinanty przewidziane dla czynności materialnoprawnych (stanowiących – z punktu widzenia procesowego – akty dyspozycji materialnej).

W tym kontekście (już jedynie na marginesie) warto odnotować, że analogiczne wątpliwości można odnieść do regulacji z art. 1164¹ k.p.c. statuującej dopuszczalność i zasady związane z zawarciem zapisu na sąd polubowny z udziałem konsumenta. W oparciu o powołany przepis (obowiązujący od daty wejścia w życie nowelizacji z 2016 r.) ustawodawca wprowadził (wyraźnie) sankcję nieważności czynności. Pojęcie to pozostawało dotychczas obce procedurze cywilnej – Kodeks postępowania cywilnego przewidywał bowiem dotąd jedynie nieważność postępowania (w szczególności na zasadzie art. 379 k.p.c.)³¹.

Quatro, problematyczna pozostaje kwestia, jakie *de facto* czynniki winny stanowić przedmiot kontroli w oparciu o determinanty przepisane ustawowo na mocy analizowanego art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c. Z jednej strony analiza treści weryfikowanego przepisu może prowadzić do wniosku, że ocenie w przedmiotowym zakresie podlega samo umorzenie postępowania [„sąd umorzy postępowanie (...), chyba że (...) byłoby to sprzeczne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierzałoby do obejścia prawa”]. Z drugiej strony projektodawca wskazuje wyraźnie, że w takim wypadku przeszkodą do umorzenia postępowania będzie treść zapisu i okoliczności sprawy³². Analizowana konstrukcja budzi istotne wątpliwości (co najmniej) z uwagi na następujące kwestie.

Po pierwsze, mając na względzie brzmienie art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c., wypada uznać, że przesłanki (nie)dopuszczalności umorzenia postępowania będą podlegały analizie przy uwzględnieniu zarówno treści zapisu, jak i okoliczności sprawy. Warto przy tym zwrócić uwagę na fakt, iż ustawodawca posłużył się w omawianym zakresie koniunkcją – użyty został bowiem spójnik „i” [„z treści tego zapisu i okoliczności

30 Por. A. Fruk (Budniak-Rogała), *Czynności procesowe – wnioski i postulaty w kontekście relacji do czynności materialnoprawnych*, „Polski Proces Cywilny” 2023/2, s. 250–254 wraz z powołaną przez autorkę literaturą.

31 A. Budniak-Rogała, *Zapis na sąd polubowny z udziałem konsumenta – uwagi na tle regulacji z art. 1164¹ KPC – część III*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2017/4, s. 12–13.

32 Uzasadnienie..., druk sejmowy nr 2650, s. 71.

sprawy wynika, że (...)”³³. W konsekwencji należałoby wnioskować, że umorzenie postępowania nie będzie niedopuszczalne w sytuacji, w której negatywnie oceniona pod kątem realizacji wymienionych determinantów będzie jedynie treść samego zapisu lub jedynie same okoliczności sprawy. Interpretacja taka wydaje się jednak całkowicie nieracjonalna i nielogiczna – z punktu widzenia procesowej dopuszczalności rozstrzygające znaczenie winna bowiem mieć samodzielnie każda z wymienionych sytuacji, a nie (tylko) kumulatywnie obie z nich. Zdecydowanie bardziej operatywne byłoby zatem zastosowanie w analizowanym kontekście alternatywy łącznej i użycie spójnika „lub” [wówczas weryfikowany fragment komentowanego przepisu brzmiałby: „z treści tego zapisu lub okoliczności sprawy wynika, że (...)”].

Po drugie, relewantne wątpliwości pojawiają się na tle interpretacji pojęcia „okoliczności sprawy” w rozumieniu omawianego art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c. Skoro obok analizowanych okoliczności ustawodawca wyraźnie wymienia treść zapisu, wypada w konsekwencji wnioskować, iż nie będą to najpewniej okoliczności związane z zawarciem zapisu. Mając bowiem na względzie dyrektywy racjonalnej interpretacji, wypadałoby wnioskować, iż weryfikacji pod kątem przesłanek (nie)dopuszczalności umorzenia postępowania będzie podlegała jedynie sama treść umowy arbitrażowej (a nie jakiegokolwiek inne powiązane z nią kwestie) – w art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c. mowa jest bowiem *expressis verbis* wyłącznie o (samej) treści zapisu (i – oczywiście – okolicznościach sprawy). Co więcej, zgodnie z treścią powołanego przepisu, „sąd umorzy postępowanie na zgodny wniosek stron, złożony po zawarciu przez strony zapisu na sąd polubowny”. Uwzględniając powyższe, należy zatem uznać, że weryfikowane okoliczności sprawy będą najpewniej związane ze złożeniem wniosku o umorzenie postępowania – nie będą się natomiast odnosiły do samego zawarcia umowy arbitrażowej. W konsekwencji wypadałoby zatem przyjąć, iż ocenie w zakresie dopuszczalności powinien faktycznie podlegać (o ile w ogóle – to tylko i wyłącznie sam) zgodny wniosek stron o umorzenie postępowania. Nie sposób jednak pominąć faktu, iż złożenie przedmiotowego wniosku musi zostać poprzedzone zawarciem zapisu na sąd polubowny. Inaczej ujmując, podstawę do złożenia takiego wniosku powinna niewątpliwie stanowić ważna i skuteczna umowa arbitrażowa. Konsekwentnie należałoby więc uznać, że weryfikując zgodny wniosek stron o umorzenie postępowania, sąd powinien (każdorazowo) równocześnie badać sam zapis – analogicznie jak w przypadku podniesienia zarzutu istnienia umowy arbitrażowej (na zasadzie art. 1165 § 1 i 2 k.p.c.). Konkluzja ta wynika (już sama w sobie) *a priori* z istoty przedmiotowego wniosku. W takim ujęciu wyszczególnienie w treści analizowanego art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c. odrębnej przesłanki „treści zapisu” – jako podlegającej weryfikacji

33 Na przedmiotową kwestię zwraca również uwagę Ł. Wydra, *Konwersja...*, s. 198. Autor wyraźnie uwypukla negatywne stanowisko w analizowanym zakresie, podnosząc, iż (jego zdaniem) „nie wiadomo, dlaczego zdecydowano się na funktor koniunkcji przy przesłankach «treści zapisu» i «okoliczności sprawy»”.

w kontekście dopuszczalności umorzenia postępowania w oparciu o analizowany wniosek – należy uznać za całkowicie zbędne i nieuzasadnione.

Po trzecie wreszcie, przedmiotowa konstatacja znajduje niewątpliwie dodatkowe potwierdzenie w fakcie, iż analizowane rozwiązanie jest niespójne systemowo. Odmienne niż w przypadku umorzenia postępowania na zgodny wniosek stron na zasadzie art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c., sąd nie bada okoliczności sprawy w sytuacji, gdy ma dojść do odrzucenia pozwu w efekcie podniesienia przez pozwanego zarzutu istnienia zapisu na sąd polubowny w myśl art. 1165 § 1 k.p.c. W oparciu o regulację z art. 1165 § 2 k.p.c. sąd dokonuje jednak wówczas weryfikacji zasadności przedmiotowego zarzutu, który opiera się w swej istocie na umowie arbitrażowej. Zgodnie bowiem z treścią art. 1165 § 2 k.p.c., przepisu § 1 nie stosuje się, gdy zapis na sąd polubowny jest nieważny, bezskuteczny, niewykonalny albo utracił moc, jak również wtedy, gdy sąd polubowny orzekł o swej niewłaściwości. Wprawdzie również w omawianym przypadku (na zasadzie art. 1161¹ § 2 zd. 1 *in fine* k.p.c.) sąd winien dokonać oceny ważności i skuteczności zapisu. Znamienny pozostaje jednak w tym kontekście fakt, iż w treści analizowanego przepisu art. 1161¹ § 2 zd. 1 *in fine* k.p.c. mowa jest jedynie o nieważności i bezskuteczności zapisu. Natomiast regulacja odnosząca się do zarzutu umowy arbitrażowej³⁴ oraz przepisy dotyczące uznania i stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody zawartej przed tym sądem³⁵ i regulacje w przedmiocie skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego³⁶ odnoszą się *expressis verbis* dodatkowo do trzech innych rodzajów nieprawidłowości zapisu: nieistnienia, niewykonalności oraz utraty mocy³⁷. Nie sposób argumentować, iż wprowadzenie zróżnicowania w analizowanym zakresie stanowiło celowe działanie ustawodawcy – zwłaszcza że brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia ze strony legislatora³⁸. Nieracjonalne byłoby bowiem przyjęcie, jakoby weryfikowany wniosek o umorzenie postępowania miał nie zostać uwzględniony w sytuacji, gdy zapis jest nieważny lub bezskuteczny, ale miałby być skuteczny w przypadku nieistnienia, niewykonalności lub utraty mocy przez umowę arbitrażową. Na tej płaszczyźnie uwypukla się zresztą fakt, iż regulacja w przedmiotowym zakresie jest nie tylko błędna, ale i zbędna. Skoro bowiem na zasadzie art. 1161¹ § 2 zd. 1 *in medium* k.p.c. sąd będzie badał, czy wniosek o umorzenie postępowania nie jest sprzeczny z prawem, to w ramach tej weryfikacji dokona przecież również oceny wadliwości (czy też – ujmując szerzej – nieprawidłowości) zapisu na sąd polubowny stanowiącego poniekąd podstawę złożenia wspomnianego wniosku.

34 W treści art. 1165 § 2 k.p.c. mowa jest o nieważności, bezskuteczności, niewykonalności i utracie mocy przez zapis.

35 W treści art. 1215 § 2 pkt 1 k.p.c. mowa jest o sytuacjach, w których nie było zapisu na sąd polubowny, zapis na sąd polubowny jest nieważny, bezskuteczny albo utracił moc.

36 W treści art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c. mowa jest o sytuacjach, w których brak było zapisu na sąd polubowny, zapis na sąd polubowny jest nieważny, bezskuteczny albo utracił moc.

37 Szczegółowo nt. skutków nieprawidłowości i wadliwości zapisu na sąd polubowny zob. A. Budniak-Rogala, *Charakter...*, s. 443 i n.

38 Por. Uzasadnienie..., druk sejmowy nr 2650, *passim*.

Konstatując, wypada zatem stwierdzić, że konstrukcja przyjęta na mocy art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c. wykazuje na tle swej kompleksowej wykładni liczne uchybienia legislacyjne wymagające natychmiastowej korekty. Wydaje się, że w odniesieniu do analizowanej sytuacji (umorzenia postępowania na zgodny wniosek stron) wystarczające i odpowiednie byłoby zastosowanie normy statuującej wyłącznie przesłanki kontroli samego zapisu na sąd polubowny stanowiącego podstawę do złożenia takiego wniosku – analogicznie jak przy odrzuceniu pozwu w efekcie podniesienia zarzutu istnienia umowy arbitrażowej na zasadzie art. 1165 § 1 i 2 k.p.c. Zbędne i niezasadzone wydaje się natomiast utrzymywanie wymogów weryfikacji (nie)dopuszczalności umorzenia postępowania na zgodny wniosek stron – i ta część przepisu art. 1161¹ § 2 zd. 1 k.p.c. (zdaniem autorki) powinna zostać uchylona.

IV.

Przepis art. 1161¹ § 1 k.p.c. statuuje podstawę do zawarcia umowy arbitrażowej w sprawie zawisłej przed sądem. Nie ulega kwestii, że w takim wypadku dochodzi uprzednio do przerwania biegu terminu przedawnienia roszczeń, co następuje z momentem wniesienia pozwu lub wniosku o wszczęcie postępowania w danej sprawie – jest to bowiem czynność podjęta przed sądem, przedsięwzięta bezpośrednio w celu dochodzenia roszczenia (arg. z art. 123 § 1 pkt 1 k.c.³⁹). Konsekwentnie zgodnie z treścią nowego art. 1161¹ § 2 zd. 2 k.p.c., termin przedawnienia objętych zapisem na sąd polubowny roszczeń zaczyna biec od nowa od dnia uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu postępowania.

Wydaje się niestety, iż cytowana regulacja stanowi legislacyjne *superfluum*. Skutek implikowany w oparciu o powołany przepis art. 1161¹ § 2 zd. 2 k.p.c. można bowiem z powodzeniem wywieść bezpośrednio z prostej wykładni art. 124 k.c. w powiązaniu z sytuacją procesową kreowaną w oparciu o (poddane już wcześniej szczegółowej analizie) przepisy art. 1161¹ § 1 i 2 zd. 1 k.p.c. Wprawdzie w myśl art. 124 § 1 k.c., po każdym przerwaniu przedawnienie biegnie na nowo. Jednak zgodnie z treścią art. 124 § 2 k.c. (powoływanego selektywnie – wyłącznie w interesującym nas zakresie), w razie przerwania przedawnienia przez czynność w postępowaniu przed sądem, przedawnienie nie biegnie na nowo, dopóki postępowanie nie zostanie zakończone. Nie ulega przy tym wątpliwości, iż w będącej przedmiotem analizy sytuacji zakończenie postępowania następuje z momentem uprawomocnienia się postanowienia o jego umorzeniu. Regulacja z art. 1161¹ § 2 zd. 2 k.p.c. pozostaje zatem całkowicie zbędna – wynikający z tego przepisu wniosek jest bowiem oczywisty na tle wykładni art. 124 k.c. i kwestia ta nie wymaga w związku z tym szczególnego uregulowania.

39 Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 z późn. zm.), która weszła w życie 1.01.1965 r. – powoływana jako: k.c.

W konsekwencji wypadałoby zasugerować derogowanie analizowanego przepisu art. 1161¹ § 2 zd. 2 k.p.c., formułując wniosek *de lege ferenda* o jego uchylenie.

W uzupełnieniu powyższego warto zwrócić uwagę na fakt, iż pierwotnie w projekcie nowelizacji k.p.c. z 2023 r. nie przewidziano szczególnej regulacji odnoszącej się do przerwania biegu terminu przedawnienia w omawianej sytuacji. Komentowany art. 1161¹ § 2 zd. 2 k.p.c. został dodany na etapie prac legislacyjnych – ustawodawca przychylił się najpewniej (jak się wydaje) do sugestii podnoszonych wówczas w piśmiennictwie. Niektórzy przedstawiciele doktryny wskazywali na tym etapie, że przedmiotowa kwestia wymaga uregulowania w celu zapobieżenia nadużywaniu uprawnień procesowych. Nie sposób bowiem (ich zdaniem) wykluczyć sytuacji, w której strona doprowadzi do wszczęcia postępowania przed sądem powszechnym wyłącznie w celu przerwania biegu terminu przedawnienia, a *de facto* będzie *a priori* zamierzała prowadzić postępowanie przed sądem polubownym i wykorzysta w związku z tym instytucję konwersji nieadekwatnie do celu, dla którego została ona powołana⁴⁰. Stanowisko takie pozostaje jednak całkowicie nieuprawnione – mechanizm statuowany w oparciu o weryfikowany art. 1161¹ § 2 zd. 2 k.p.c. nie służy bowiem bezpośrednio przeciwdziałaniu nadużyciu prawa procesowego. Kodeks postępowania cywilnego zawiera w tym zakresie stosowną regulację o charakterze ogólnym – jest to art. 41, który (w razie potrzeby) znajdzie odpowiednie zastosowanie (również) w weryfikowanej sytuacji. Stanowi to niewątpliwie dodatkowy istotny argument na rzecz derogowania analizowanego art. 1161¹ § 2 zd. 2 k.p.c. W takim ujęciu regulacja z art. 1161¹ § 2 zd. 2 k.p.c. jawi się bowiem nie tylko jako zbędna, ale również nieadekwatna.

V.

Analizowany przepis art. 1161¹ k.p.c. (jak podkreślał projektodawca) ma na celu zachęcenie stron do podjęcia decyzji o poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. W związku z tym na mocy powołanej nowelizacji k.p.c. z 2023 r. ustawodawca wprowadza również nowy art. 79 ust. 1 pkt 2 lit. aa u.k.s.c.⁴¹, który zakłada zwrot trzech czwartych opłaty uiszczonej od pozwu w razie umorzenia postępowania na zgodny wniosek stron w następstwie zawarcia przez strony zapisu na sąd polubowny – o ile nastąpi to jeszcze przed sądem pierwszej instancji⁴².

Z jednej strony w piśmiennictwie podkreśla się, że skutecznie dokonana konwersja postępowania sądowego na arbitrażowe „może odciążać system sądownictwa

40 K. Gortad, *Konwersja postępowania przed sądem powszechnym w postępowanie przed sądem polubownym*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2022/3, s. 52–53.

41 Ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z 28.07.2005 r. (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1144 z późn. zm.), która weszła w życie 2.03.2006 r., dalej: u.k.s.c.

42 W tym zakresie por. też Uzasadnienie..., druk sejmowy nr 2650, s. 71. Zob. również A. Fruk (Budniak-Rogała) (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 1161¹ k.p.c., nb 3.3.

państwowego poprzez przenoszenie niektórych sporów do arbitrażu”, prowadząc w efekcie do przyspieszenia rozstrzygnięcia wielu sporów zawisłych w sądach powszechnych⁴³. Przemawia za tym przede wszystkim możliwość szybkiego wyznaczenia terminu rozprawy arbitrażowej i koncentracji na niej całego materiału dowodowego, co nie jest możliwe w przypadku postępowania przed sądem powszechnym, w którym termin i długość rozprawy uzależnione są przede wszystkim od obciążenia sędziego i możliwości technicznych danego sądu⁴⁴. Z drugiej jednak strony przedstawiciele doktryny podnoszą, że regulacja z art. 79 ust. 1 pkt 2 lit. aa u.k.s.c. jest niespójna z art. 1161¹ § 1 k.p.c., który zezwala na konwersję postępowania przed sądem państwowym do momentu prawomocnego rozpoznania sprawy – a więc do wydania orzeczenia merytorycznego w drugiej instancji. „Ustawa kosztowa promuje zatem tych powodów, którzy szybko zdecydowali się na konwersję. Zwrot powinien być natomiast możliwy w każdym przypadku, gdy zawarto ważny i skuteczny zapis na sąd polubowny”⁴⁵. Wprowadzenie w analizowanym zakresie ograniczenia wyłącznie do postępowania w pierwszej instancji wydaje się zatem nie mieć jakichkolwiek racjonalnych podstaw. Co więcej, (niezależnie od tego) w piśmiennictwie podkreśla się, że część opłaty podlegająca zwrotowi jest zbyt niska⁴⁶.

W związku z tym w literaturze podnosi się, że w takiej sytuacji opłata od pozwu inicjującego postępowanie przed sądem państwowym powinna być zwracana w całości, a nie jedynie w trzech czwartych jej wartości⁴⁷. Zwrot powinien natomiast dotyczyć nie tylko postępowania w pierwszej instancji, ale powinien odnosić się również do drugiej instancji. Proponuje się przy tym (ewentualne) uzależnienie wysokości zwracanej opłaty od etapu postępowania (przykładowo w odniesieniu do toku danej instancji)⁴⁸.

Warto mieć bowiem na względzie, iż w konsekwencji dokonania konwersji strona⁴⁹ będzie zmuszona ponieść dodatkowe koszty w arbitrażu, co może stanowić znaczące obciążenie. W takich sytuacjach możliwe byłoby wprowadzenie ewentualnego obniżenia opłat od pozwów lub opłat rejestracyjnych przez stałe sądy polubowne. W efekcie doszłoby jednak do zupełnie nieuzasadnionego obciążenia tych instytucji skutkami konwersji⁵⁰. Środowiska arbitrażowe nie podejmą zatem najpewniej (z oczywistych względów) inicjatywy w przedmiotowym zakresie. W konsekwencji

43 Por. K. Paczuska-Tokarska, A. Tujakowska, *Konwersja...*, s. 43 i 48.

44 P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 211.

45 Tak i więcej zob. Ł. Wydra, *Konwersja...*, s. 199.

46 Nie jest przy tym jasne, dlaczego w takim przypadku opłata podlegająca zwrotowi jest znacznie niższa niż opłata zwracana od pozwu w przypadku zawarcia ugody (por. art. 79 ust. 1 lit. g, art. 79 ust. 2 lit. a i art. 79 ust. 3 lit. b u.k.s.c.). Tak i więcej zob. K. Gortad, *Konwersja...*, s. 54.

47 Ł. Wydra, *Konwersja...*, s. 202.

48 W przypadku umorzenia w pierwszej instancji – zwrot całej opłaty, a w sytuacji, gdy umorzenie nastąpiło w drugiej instancji – zwrot połowy opłaty. W tym zakresie por. też K. Gortad, *Konwersja...*, s. 54; P. Ślawicki, *Uwagi...*, s. 49.

49 Ewentualnie – w zależności od realiów konkretnego przypadku – obie strony.

50 Tak i więcej zob. Ł. Wydra, *Konwersja...*, s. 200.

wyduje się, iż analizowane rozwiązanie przyjęte w oparciu o komentowany art. 79 ust. 1 pkt 2 lit. aa u.k.s.c. (w brzmieniu nadanym nowelizacją k.p.c. z 2023 r.) – wbrew intencji ustawodawcy – nie przyczyni się do popularyzacji sądownictwa polubownego.

VI.

Konstrukcję wprowadzoną na mocy nowego art. 1161¹ k.p.c. dopełnia (stanowiące również istotne *novum* normatywne) rozwiązanie statuowane w myśl art. 1165 § 11 k.p.c. Zgodnie z treścią tego ostatniego przepisu, jeżeli uprzednio doszło do umorzenia postępowania na zasadzie art. 1161¹ § 2 k.p.c., a następnie do sądu wniesiony został pozew lub wniosek o wszczęcie postępowania nieprocesowego dotyczący sporu stanowiącego przedmiot tej wcześniej umorzonej sprawy, to wówczas sąd odrzuca taki pozew lub wniosek z urzędu. Weryfikowana regulacja również budzi istotne wątpliwości – zarówno z punktu widzenia istoty instytucji umowy arbitrażowej, jak i na gruncie systemowym.

Primo, w dotychczasowym stanie prawnym nie ulegało zasadniczo kwestii, że zapis na sąd polubowny stanowi przesłankę procesową o charakterze względnym. Istnienie umowy arbitrażowej sąd bierze bowiem pod uwagę wyłącznie na zarzut podniesiony przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy (*vide* art. 1165 § 1 k.p.c.)⁵¹. Nowy przepis art. 1165 § 11 k.p.c. wprowadza relewantny dysonans w przedmiotowym zakresie – w oparciu o tę regulację odrzucenie pozwu lub wniosku o wszczęcie postępowania następuje bowiem z urzędu. W efekcie (po wejściu w życie – na mocy nowelizacji k.p.c. z 2023 r. – nowego art. 1165 § 11 k.p.c.) pojawia się pytanie, czy nie uległ zmianie charakter analizowanej przesłanki zapisu na sąd polubowny – z urzędu pod uwagę sąd bierze bowiem wyłącznie przesłanki bezwzględne (co stanowi niewątpliwie ich immanentną cechę), a nie przesłanki względne⁵².

W analizowanej sytuacji (art. 1165 § 11 w zw. z art. 1161¹ k.p.c.) – odmiennie niż w przypadku podniesienia zarzutu zapisu na sąd polubowny prowadzącego do odrzucenia pozwu lub wniosku (art. 1165 § 1 k.p.c.) – do odrzucenia pozwu z uwagi na wcześniejsze umorzenie postępowania nie dochodzi bezpośrednio z uwagi na dokonanie umowy arbitrażowej, ale jedynie „w powiązaniu z jej zaistnieniem”. Podstawą do odrzucenia przez sąd z urzędu pozwu na zasadzie art. 1165 § 11 k.p.c. jest bowiem wcześniejsze umorzenie postępowania na zgodny wniosek stron złożony po uprzednim zawarciu przez nie zapisu na sąd polubowny w toku sprawy zawisłej przed sądem. Odrzucenie pozwu i zawarcie umowy arbitrażowej dzieli zatem konglomerat czynności – w analizowanym przypadku odrzucenie pozwu jest bowiem poprzedzone zespołem zdarzeń inicjowanym jedynie poniekąd poprzez dokonanie zapisu na sąd polubowny.

51 Por. przykładowo wyrok SN z 8.04.2009 r. (V CSK 405/08), Legalis nr 232739.

52 E. Marszałkowska-Krześ (w:) *Postępowanie cywilne*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2013, s. 44–45.

W sytuacji kreowanej na mocy regulacji z art. 1165 § 11 w zw. z art. 1161¹ k.p.c. nie mamy więc do czynienia z odrzuceniem pozwu z urzędu ze względu na dokonanie zapisu – w takim wypadku chodzi bowiem o odrzucenie z urzędu pozwu odnoszącego się do sporu będącego przedmiotem postępowania umorzonego wcześniej na zgodny wniosek stron z uwagi na zawarcie zapisu. Nie sposób zatem argumentować, jakoby odrzucenie pozwu na zasadzie art. 1165 § 11 w zw. z art. 1161¹ k.p.c. następowało (bezpośrednio) z uwagi na (samo) dokonanie umowy arbitrażowej⁵³. W konsekwencji analizowane rozwiązanie nie może rzutować na odmienną niż dotychczas ocenę zapisu na sąd polubowny poprzez przypisanie mu charakteru przesłanki bezwzględnej⁵⁴. Dodatkowy argument w przedmiotowym zakresie stanowi fakt, iż (niezmiennie) zawarcie umowy arbitrażowej nie kreuje niedopuszczalności drogi sądowej, która to (sama w sobie – jako zupełnie odrębna przesłanka procesowa) zaliczana jest bez wątplenia do klasy przesłanek bezwzględnych⁵⁵.

Secundo, na tle wykładni konstrukcji statuowanej w oparciu o regulację z art. 1165 § 11 k.p.c. rodzi się jednak zdecydowanie bardziej istotne pytanie, czy w efekcie stosowania tego przepisu nie dochodzi do ograniczenia konstytucyjnego prawa do sądu. Nie przekonuje w tym zakresie stanowisko ustawodawcy, który (odnosząc się do projektu nowelizacji k.p.c. z 2023 r.) podnosił, że w jego ocenie sprawa, która zakończyła się umorzeniem postępowania na skutek poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, nie powinna być przedmiotem ponownej oceny sądu powszechnego i jego rozstrzygnięcia. „Z tego też względu projektowany art. 1165 § 11 k.p.c. przewiduje odrzucenie pozwu lub wniosku o wszczęcie postępowania nieprocesowego, który dotyczy sporu będącego przedmiotem sprawy umorzonej na podstawie art. 1161¹ § 2 k.p.c. Zdaniem projektodawcy ma to zmobilizować strony do przemyślenia decyzji poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Jeżeli rzeczywiście się na to zdecydują, ale rozstrzygnięcie sądu polubownego nie będzie dla nich satysfakcjonujące, nie będą mogły wystąpić ponownie z powództwem lub wnioskiem w postępowaniu nieprocesowym przed sądem powszechnym”⁵⁶. *Ad vocem* wystarczy jedynie skonkludować, że w przypadku umorzenia postępowania nie dochodzi do merytorycznego rozpoznania sprawy. Nie mamy więc do czynienia z powagą rzeczy osądzonej⁵⁷. Stronie nadal przysługuje zatem prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jej sprawy

53 Odmienne: K. Gortad, *Konwersja...*, s. 50. Odnosząc się do nowej regulacji z art. 1161¹ k.p.c., autor podnosi, że „ma to być zatem jedyny przypadek w Kodeksie postępowania cywilnego, w którym istnienie zapisu na sąd polubowny zostanie uwzględnione z urzędu”. Stanowisko takie stanowi jednak zbytnie uproszczenie, co wywiedziono powyżej.

54 Na potwierdzenie przedmiotowej konstatacji zob. przykładowo: M. Skibińska (w:) *Postępowanie cywilne*, red. M. Rzewuski, Warszawa 2022, s. 63 i M. Skibińska (w:) *Postępowanie cywilne*, red. M. Rzewuski, Warszawa 2023, s. 52. Znamienny pozostaje fakt, iż stanowisko autorki uznające zapis na sąd polubowny za przesłankę procesową o charakterze względnym nie uległo zmianie również przy uwzględnieniu analizowanych zmian wprowadzonych na mocy nowelizacji k.p.c. z 2023 r.

55 Zamiast wielu zob. przykładowo wyrok SN z 8.04.2009 r. (V CSK 405/08), Legalis nr 232739.

56 Tak i więcej zob. *Uzasadnienie...*, druk sejmowy nr 2650, s. 71–72.

57 Zamiast wielu zob. A. Olaś, *Umorzenie procesu cywilnego*, Warszawa 2016, s. 542.

bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (w myśl art. 45 ust. 1 Konstytucji RP⁵⁸). Konstrukcję przyjętą w oparciu o komentowany art. 1165 § 11 k.p.c. należy zatem uznać za absolutnie niedopuszczalną. Znamienny pozostaje jednak w tym kontekście fakt, iż do projektu nowelizacji k.p.c. z 2023 r. nie zgłoszono w tym zakresie żadnych uwag⁵⁹.

Przedmiotowa kwestia poddawana jest natomiast intensywnej dyskusji w aktualnym piśmiennictwie⁶⁰. Zwraca się w tym kontekście przede wszystkim uwagę na fakt, że sąd polubowny nie jest związany oceną dokonaną przez sąd powszechny na zasadzie art. 1161¹ § 2 k.p.c. – przepis ten nie wyłącza bowiem zastosowania art. 1180 k.p.c.⁶¹ Z niewiadomych przyczyn ustawodawca wprowadził w tym zakresie odmienne uregulowanie niż w przypadku podniesienia zarzutu zapisu na sąd polubowny⁶² (*vide* art. 1165 § 2 w zw. z art. 1180 § 1 zd. 1 k.p.c.). Ocena ważności i skuteczności umowy arbitrażowej może być zatem dokonana przez sąd polubowny niezależnie od adekwatnej oceny dokonanej wcześniej przez sąd powszechny. Nie można więc wykluczyć sytuacji, w której sąd arbitrażowy uzna, że dany zapis na sąd polubowny jest nieważny lub bezskuteczny, pomimo wcześniejszej odmiennej oceny dokonanej przez sąd państwowy⁶³. Zaistnienie takiego przypadku jest wysoce prawdopodobne – zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że przesłanki kontroli zapisu na zasadzie art. 1180 k.p.c. są szersze niż te statuowane w myśl art. 1161¹ § 2 k.p.c. – w treści art. 1180 k.p.c. mowa jest bowiem (dodatkowo) o istnieniu umowy arbitrażowej, a nie tylko o jej ważności i skuteczności⁶⁴. W takim stanie faktycznym, z uwagi na treść art. 1165 § 11 k.p.c., niedopuszczalne będzie ponowne wniesienie sprawy do sądu powszechnego, ponieważ będzie to powodowało odrzucenie pozwu lub wniosku przez ten sąd z urzędu⁶⁵. W konsekwencji może się okazać, że powód nie będzie miał forum do dochodzenia swoich roszczeń⁶⁶. Sytuacja taka jest absolutnie niedopuszczalna w kontekście konieczności zapewnienia stronie możliwości realizacji przysługującego jej konstytucyjnego prawa do sądu (na zasadzie art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Nie ulega zatem kwestii, iż analizowane rozwiązanie statuowane w oparciu o omawiany art. 1165 § 11 k.p.c. (wbrew założeniom przyjętym przez projektodawcę) z pewnością

58 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 z późn. zm.), która weszła w życie w dniu 17.10.1997 r., dalej: Konstytucja RP.

59 Por. opinie zamieszczone na stronie <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2650> (dostęp: 13.11.2023 r.).

60 Por. też P. Sławicki, *Uwagi...*, s. 48.

61 P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 212.

62 K. Gortad, *Konwersja...*, s. 51.

63 K. Gortad, *Konwersja...*, s. 51.

64 Na tym tle pojawiają się zresztą dodatkowo analogiczne wątpliwości jak w kontekście porównania przesłanek komentowanego art. 1161¹ § 2 k.p.c. z podstawami weryfikacji zapisu na zasadzie art. 1165 § 2 k.p.c. (o czym była już mowa w toku wcześniejszych rozważań).

65 P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 212.

66 Tak: K. Gortad, *Konwersja...*, s. 51. Podobnie: P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 212.

nie przyczyni się do popularyzacji sądownictwa polubownego. „Trudno bowiem sobie wyobrazić przychylność stron do skorzystania z postępowania arbitrażowego, gdy jednocześnie nieodwołalnie pozbawia się je możliwości dochodzenia swoich roszczeń w postępowaniu sądowym”⁶⁷.

Poszukując *remedium* na rozwiązanie tej (wysoce niepożądaney) sytuacji można by zaproponować wprowadzenie dodatkowego wyjątku w treści art. 1165 § 2 k.p.c. i rozszerzyć zakres zastosowania tego przepisu o przypadki, gdy zapis na sąd polubowny, zawarty stosownie do art. 1161¹ § 1 k.p.c., okaże się nieważny, bezskuteczny, niewykonalny albo utraci moc, jak również wtedy, gdy sąd polubowny orzeknie o swej niewłaściwości⁶⁸. Inaczej ujmując, w treści przepisu art. 1165 § 2 *in principio* k.p.c. obok wyjątku z § 1 należałoby dodać wyjątek z § 11⁶⁹. Wówczas zaistnienie (którejkolwiek) przesłanki negatywnej z art. 1165 § 2 k.p.c. tamowałyby (każdorazowo) możliwość odrzucenia pozwu – nie tylko (jak to jest obecnie) na zarzut (na zasadzie art. 1165 § 1 k.p.c.), ale również z urzędu (w myśl art. 1165 § 11 k.p.c.). W efekcie wyjątek z art. 1165 § 2 k.p.c. odnoszący się do zapisu na sąd polubowny dokonanego w sprawie niezawisłej (nieprzekonwertowanej) miałby również zastosowanie do umowy arbitrażowej zawartej w sprawie zawisłej (przekonwertowanej)⁷⁰. W takiej sytuacji (dążąc do ochrony interesów powoda lub wnioskodawcy) należałoby bowiem dopuścić rozpoznanie przekonwertowanej sprawy przez sąd powszechny poprzez zainicjowanie ponownego postępowania przed tym sądem⁷¹.

Ostatecznie (w uzupełnieniu powyższego) wypada mieć dodatkowo na względzie, że wprowadzenie do Kodeksu postępowania cywilnego regulacji z art. 1161¹ nie wyklucza (literalnie i systemowo) ani zawieszenia postępowania (na zasadzie art. 178 k.p.c.), ani jego umorzenia (w myśl art. 355 k.p.c.). Nowelizacja k.p.c. z 2023 r. statuuje jedynie dodatkowo szczególne rozwiązanie w przedmiotowym zakresie – na mocy analizowanego art. 1165 § 11 k.p.c.⁷² Skoro istnieją adekwatne mechanizmy procesowe o charakterze ogólnym⁷³, nic nie stoi zatem na przeszkodzie, by rozważyć derogowanie

67 Tak: P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 214. W piśmiennictwie podnosi się dodatkowo, że przepis art. 1165 § 11 k.p.c. w aktualnym brzmieniu *de facto* zrównuje rangą arbitraż z sądownictwem państwowym. Brak jest jednak jakiegokolwiek uzasadnienia, aby arbitraż „konwertowany” traktować na równi z postępowaniem przed sądem państwowym. Tak: Ł. Wydra, *Konwersja...*, s. 200 i 201.

68 Ł. Wydra, *Konwersja...*, s. 202.

69 Por. też P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 212–213.

70 Podobnie P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 212–213.

71 Podobnie P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 214.

72 Podobnie Ł. Wydra, *Konwersja...*, s. 198 i 200. Autor powołuje się jednak w tym kontekście na regulacje z art. 177 i art. 355 k.p.c., kładąc nacisk (jak się wydaje) na możliwość podjęcia rozstrzygnięcia w tym zakresie przez sąd z urzędu (a nie na zgodny wniosek stron – jak stanowi odnoszący się do zawieszenia postępowania art. 178 k.p.c.). Stanowisko takie jest o tyle dyskusyjne, iż żadna z przesłanek statutowanych w oparciu o wskazany art. 177 k.p.c. nie odnosi się do toczącego się (bądź mającego się potencjalnie rozpocząć) postępowania arbitrażowego – w szczególności nie jest to bowiem z pewnością „inne toczące się postępowanie cywilne” w rozumieniu art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c.

73 Art. 178 i art. 355 k.p.c.

tych (jak się wydaje – zbędnych) norm o charakterze szczególnym⁷⁴. Alternatywnie można by ewentualnie zaproponować uchylenie (wyłącznie) analizowanego art. 1165 § 11 k.p.c. przy równoczesnym dokonaniu modyfikacji weryfikowanego art. 1161¹ § 2 k.p.c. w taki sposób, że dokonanie konwersji nie będzie powodowało umorzenia postępowania przed sądem powszechnym, lecz będzie skutkowało (jedynie) obligatoryjnym zawieszeniem postępowania przed tym sądem⁷⁵.

VII.

Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem art. 1163 § 3 k.p.c.⁷⁶ przepisy art. 1163 § 1 i 2 k.p.c. (odnoszące się do sporów ze stosunku spółki określanych mianem sporów korporacyjnych)⁷⁷ miały odpowiednie zastosowanie do zapisów na sąd polubowny zawartych w statucie spółdzielni lub stowarzyszenia. Nowelizacja ustawą o fundacji rodzinnej dodała do przedmiotowej listy właśnie fundację rodzinną⁷⁸. Komentowana zmiana również rodzi liczne uwagi krytyczne natury systemowej.

Primo, ustawodawca nie uwzględnił uwag podnoszonych dotychczas w doktrynie odnośnie do zakresu podmiotowego zastosowania analizowanego przepisu – już w dacie wejścia w życie regulacji z art. 1163 k.p.c. A. W. Wiśniewski podkreślał, iż brak jest jakichkolwiek argumentów do ograniczenia stosowania analizowanej konstrukcji (wyłącznie) do spółek, spółdzielni i stowarzyszeń. Z wypowiedzi autora (jak się wydaje) można było wywieść postulat rozszerzenia zakresu zastosowania analizowanej regulacji do wszelkiego rodzaju podmiotów korporacyjnych⁷⁹ – bez wprowadzania nieuzasadnionych ograniczeń na mocy zamkniętej listy o charakterze *numerus clausus*. Postulatu tego ustawodawca nie wziął jednak pod uwagę, wprowadzając analizowaną modyfikację do komentowanego art. 1163 § 3 k.p.c. – zmiana ma bowiem charakter fragmentaryczny i dokonywana jest niejako „przy okazji” wprowadzenia nowej instytucji, jaką jest fundacja rodzinna, do rodzimego systemu prawnego⁸⁰. Co więcej, obecnie w doktrynie słusznie podnosi się, że rozstrzyganie przed sądem polubownym sporów dotyczących osoby prawnej typu fundacyjnego stawia pod znakiem zapytania

74 Art. 1161¹ § 2 i art. 1165 § 11 k.p.c.

75 Podobnie L. Wydra, *Konwersja...*, s. 201.

76 Pierwotnie art. 1163 § 2 k.p.c. wprowadzony na mocy nowelizacji z 2005 r. i przeniesiony nowelizacją z 2019 r. do art. 1163 § 3 k.p.c. z uwagi na dodanie nowej regulacji z art. 1163 § 2 k.p.c. statuującej reguły związane z poddaniem orzecznictwu sądu polubownego tzw. sporów uchwałowych.

77 Więcej zob. E. Marszałkowska-Krześ, A. Budniak-Rogała, *Zdatność arbitrażowa: uwagi wybrane na tle nowelizacji ustawy z 31.7.2019 r. (w:) Sto lat polskiego prawa handlowego: księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*. red. M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczotka, Warszawa 2020, t.2, s. 837 i n.

78 Art. 130 pkt 2 u.f.r.

79 Tj. „zrzeszeń prawa prywatnego mających zdolność prawną.” Tak i więcej zob. A. W. Wiśniewski, *Rozstrzyganie sporów korporacyjnych spółek kapitałowych przez sądy polubowne – perspektywa ustawowego rozstrzygnięcia (część 2)*, „Prawo Spółek” 2005/5, s. 11.

80 Por. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o fundacji rodzinnej, druk sejmowy nr 2798, s. 55–56.

aktualność określania sporów przewidzianych w art. 1163 k.p.c. mianem sporów korporacyjnych⁸¹. Nie ulega zatem kwestii, iż analizowana konstrukcja generuje relewantne dysonanse na gruncie systemowym.

Secundo, warto odnotować, że fundacja rodzinna może być kreowana na mocy aktu założycielskiego lub testamentu⁸². W uzasadnieniu projektu ustawy o fundacji rodzinnej legislator powołuje się wyraźnie na rozwiązania mające zastosowanie w innych porządkach prawnych – w tym m.in. na przepis § 1066 niemieckiego ZPO⁸³. Regulacja ta statuuje ogólną podstawę do dokonywania zapisów na sąd polubowny czynnościami jednostronnymi – nie pozostaje przy tym ograniczona wyłącznie do testamentu⁸⁴. W rodzinnej doktrynie od dawna zwracano uwagę, iż na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów Kodeksu postępowania cywilnego brak jest zasadniczo możliwości skutecznego zawierania zapisu na sąd polubowny w drodze (wiążących inne podmioty) czynności jednostronnych – w tym w szczególności w treści ostatniej woli testatora⁸⁵.

Rozwiązanie przyjęte w oparciu o weryfikowaną zmianę wprowadzoną do art. 1163 § 3 k.p.c. pozostaje zatem niespójne systemowo. Ustawodawca wprowadza bowiem regulację umożliwiającą utworzenie fundacji rodzinnej na mocy testamentu; w efekcie dochodzi do związania beneficjentów fundacji treścią zapisu na sąd polubowny zawartego w jej statucie kreowanym przez jedyne fundatora⁸⁶. Pozostając konsekwentnym, wypadałoby natomiast usankcjonować możliwość skutecznego zawarcia zapisu *in genere* (a nie tylko *in concreto* w analizowanej sytuacji) w efekcie dokonania rozporządzenia testamentowego⁸⁷. Warte rozważenia byłoby równocześnie dopuszczenie zawierania zapisu w drodze (wszelkiego rodzaju innych) czynności jednostronnych – a nie tylko w zakresie odnoszącym się (co do zasady wyłącznie) do testamentu – na wzór § 1066 niemieckiego ZPO⁸⁸. Rozwiązanie takie prowadziłyby bowiem do zachowania spójności systemowej, wychodząc równocześnie naprzeciw potrzebom społecznym i realizując tym samym standardy o charakterze międzynarodowym.

81 M. Dziurda, *Perspektywy...*, s. 31.

82 Art. 11 i art. 21 pkt 1 u.f.r.

83 Uzasadnienie..., druk sejmowy nr 2798, s. 56.

84 Szczegółowo zob. A. Budniak, *Forma zapisu na sąd polubowny w świetle polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego – zagadnienia prawnoporównawcze*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2009/4, s. 32–37 i 51–52.

85 Szczegółowo zob. A. Budniak-Rogala, *Charakter...*, s. 74–75, przypis nr 179.

86 Zgodnie bowiem z treścią art. 12 ust. 2 u.f.r., fundacja rodzinna ustanawiana w testamencie może mieć tylko jednego fundatora.

87 Warto przy tym podkreślić, że analogiczną konstrukcję przewidywał art. 524 d. k.p.c. Na mocy powołanego przepisu podstawą działania sądu polubownego (poza umową stron) mógł być (również) akt jednostronny (testament lub akt fundacyjny). Por. przykładowo T. Erciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 77, przypis nr 1; A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów*, Warszawa 2011, s. 374.

88 Zgodnie z treścią § 1066 niemieckiego ZPO, przepisy księgi 10 („postępowanie arbitrażowe”) mają odpowiednie zastosowanie dla sądów polubownych powołanych w prawie uzasadniony sposób przez rozporządzenie testamentowe lub inne rozporządzenie, którego podstawą nie jest porozumienie stron. Tłumaczenie moje – AF.

Co więcej, przyczyniłoby się z pewnością do popularyzacji arbitrażu, pozostając przy tym kompatybilne z założeniami przyjmowanymi przez ustawodawcę na mocy innych nowelizacji odnoszących się do sądownictwa polubownego (w tym w szczególności w zakresie zmian dotyczących samej umowy arbitrażowej).

W związku z powyższym zasadne wydaje się sformułowanie postulatu *de lege ferenda* uregulowania w treści przepisów części piątej Kodeksu postępowania cywilnego odnoszącej się do postępowania arbitrażowego kwestii dopuszczalności dokonania zapisu na sąd polubowny w drodze czynności jednostronnych – w tym w szczególności na mocy rozrządzenia testamentowego.

VIII.

Nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie zmian w odniesieniu do wielu aspektów odnoszących się do instytucji zapisu na sąd polubowny byłoby wysoce pożądane. Z tej perspektywy podjęcie działań legislacyjnych w przedmiotowym zakresie wypada niewątpliwie ocenić pozytywnie. Niestety pozytywnie można ocenić wyłącznie ten aspekt weryfikowanej kodyfikacji. Przepisy dotyczące umowy arbitrażowej wprowadzone na mocy omawianych nowelizacji z 2023 r. rodzą bowiem wiele relewantnych uwag krytycznych⁸⁹.

Przyjęte rozwiązania wykazują istotne dysonanse w kontekście systemowym – zarówno w ujęciu *in genere* (przy uwzględnieniu wymogów konstrukcyjnych procesu cywilnego), jak i w aspekcie *in concreto* (powiązaniem wyłącznie z instytucją zapisu na sąd polubowny). Co więcej, modyfikacje mają charakter fragmentaryczny. Dodatkowo – niezmiennie nie uwzględniają wielu konstruktywnych wniosków podnoszonych w dotychczasowej doktrynie. W konsekwencji (zdaniem autorki) weryfikowane zmiany wprowadzone na mocy nowelizacji z 2023 r. z pewnością nie przyczynią się do popularyzacji sądownictwa polubownego⁹⁰.

W związku z powyższym za w pełni uzasadnione należy uznać zaprezentowane postulaty *de lege ferenda* derogowania analizowanych przepisów bądź ich zmiany, a także w zakresie wprowadzenia do Kodeksu postępowania cywilnego nowych rozwiązań odnoszących się do omawianej instytucji zapisu na sąd polubowny.

89 Podobnie (w odniesieniu do instytucji konwersji): P. Sławicki, *Uwagi...*, s. 48–49; P. Dyrduł, *Konwersja...*, s. 214.

90 Słusznie podnosi się bowiem w doktrynie, że dla zwiększenia popularności arbitrażu potrzebne są przede wszystkim jasne i łatwe w stosowaniu przepisy. Tak: M. Dziurda, *Perspektywy...*, s. 27. Niestety regulacje komentowane w ramach niniejszego opracowania (co wykazano w toku powyższych wywodów) z pewnością takie nie są.

dr Aleksandra Fruk (wcześniej Budniak-Rogala), LL.M.

Autorka jest adiunktem w Zakładzie Postępowania Cywilnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz adwokatem (ORA Wrocław).

The author is an assistant professor at the Department of Civil Procedure at the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław and an advocate (District Bar Association in Wrocław).

aleksandra.fruk@uwr.edu.pl

ORCID 0000-0003-1391-3506

ABSTRACT

Keywords: *arbitration clause, arbitration agreement, conversion of court proceedings into arbitration proceedings, family foundation, last will*

New regulations regarding arbitration clauses – (re) codification or discreditation? Comments on the changes introduced in the Code of Civil Procedure by the amending acts of 2023

The study deals with the changes relating to arbitration agreements, introduced by the 2023 amending acts. The article critically analyses the new regulations of Art. 1161¹ and Art. 1165(11) of the Code of Civil Procedure and the amended Art. 1163(3) of the Code of Civil Procedure. The considerations lead to the conclusion that the solutions adopted by the legislator show relevant dissonances on a systemic basis - therefore they will certainly not contribute to making arbitration more popular. Consequently, this gives rise to numerous postulates as to what the law should be: derogating the analysed provisions or amending them, as well as introducing into the Code of Civil Procedure new solutions relating to the discussed institution of agreement clauses.

Bibliografia

- Błaszczak Łukasz, Ludwik Małgorzata**, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007
- Budniak Aleksandra**, *Forma zapisu na sąd polubowny w świetle polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego – zagadnienia prawnoporównawcze*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2009/4, s. 15 i n.
- Budniak Aleksandra**, *Zastrzeżenie warunku lub terminu a charakter prawny zapisu na sąd polubowny* (w:) *Księga dla naszych kolegów. Prace prawnicze poświęcone pamięci doktora Andrzeja Ciska, doktora Zygmunta Masternaka i doktora Marka Zagrosika*, red. J. Mazurkiewicz, Wrocław 2013, s. 63 i n.
- Budniak-Rogała Aleksandra**, *Arbitraż* (w:) *Meritum. Postępowanie cywilne*, t. 2, *Postępowanie egzekucyjne, arbitrażowe i międzynarodowe*, red. I. Gil, Warszawa 2021, s. 857 i n.
- Budniak-Rogała Aleksandra**, *Charakter prawny zapisu na sąd polubowny w postępowaniu cywilnym*, Wrocław 2015
- Budniak-Rogała Aleksandra**, *Zapis na sąd polubowny z udziałem konsumenta – uwagi na tle regulacji z art. 1164¹ k.p.c. – część III*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2017/4, s. 5 i n. *Diagnoza arbitrażu. Funkcjonowanie prawa o arbitrażu i kierunki postulowanych zmian*, red. B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, Wrocław 2014
- Dyrduł Paweł**, *Konwersja postępowania sądowego w postępowanie arbitrażowe*, „Palestra” 2023/8, s. 204 i n.
- Dziurda Marcin**, *Perspektywy arbitrażu w sprawach korporacyjnych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003/7, s. 26 i n.
- Erciński Tadeusz, Weitz Karol**, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008
- Fruk (Budniak-Rogała) Aleksandra**, *Czynności procesowe – wnioski i postulaty w kontekście relacji do czynności materialnoprawnych*, „Polski Proces Cywilny” 2023/2, s. 240 i n.
- Fruk (Budniak-Rogała) Aleksandra** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, I. Gil, Legalis 2023, komentarz do art. 1161¹ k.p.c.
- Gołaczyński Jacek**, *Kodeks postępowania cywilnego. Nowelizacja z 9.03.2023 r. Komentarz. Linia orzecznicza*, Legalis 2023
- Gortad Konrad**, *Konwersja postępowania przed sądem powszechnym w postępowanie przed sądem polubownym*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2022/3, s. 49 i n.
- Jakubecki Andrzej**, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 5, Artykuły 1096–1217, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, LEX 2013, komentarz do art. 1165 k.p.c.
- Janowski Michał**, *Zapis na krajowy sąd polubowny de lege lata i w świetle projektowanych zmian* (w:) *Prace laureatów konkursu im. Prof. Jerzego Jakubowskiego. Edycja 2*, Warszawa 2005, s. 27 i n.

- Marszałkowska-Krześ Elwira** (w:) *Postępowanie cywilne*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2013
- Marszałkowska-Krześ Elwira, Budniak-Rogała Aleksandra**, *Zdatność arbitrażowa: uwagi wybrane na tle nowelizacji ustawą z 31.7.2019 r.* (w:) *Sto lat polskiego prawa handlowego: księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, red. M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczołka, Warszawa 2020, t. 2, s. 837 i n.
- Morek Rafał**, *Mediacja i arbitraż (art. 183¹-183¹⁵, 1154-1217 k.p.c.)*, Warszawa 2006
- Ołaś Andrzej**, *Umorzenie procesu cywilnego*, Warszawa 2016
- Paczuska-Tokarska Katarzyna, Tujakowska Anna**, *Konwersja postępowania sądowego na postępowanie arbitrażowe – protokół konwersji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2023/1, s. 43 i n.
- Skibińska Magdalena** (w:) *Postępowanie cywilne*, red. M. Rzewuski, Warszawa 2022
- Skibińska Magdalena** (w:) *Postępowanie cywilne*, red. M. Rzewuski, Warszawa 2023
- Sławicki Piotr**, *Uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.09.2022 r. w zakresie polubownych metod rozwiązywania sporów*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2022/4, s. 39 i n.
- Weitz Karol** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, red. T. Ereciński, Warszawa 2017, t. 6, komentarz do art. 1165 k.p.c.
- Wiśniewski Andrzej W.**, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów*, Warszawa 2011
- Wiśniewski Andrzej W.**, *Rozstrzyganie sporów korporacyjnych spółek kapitałowych przez sądy polubowne – perspektywa ustawowego rozstrzygnięcia (część 2)*, „Prawo Spółek” 2005/5, s. 9 i n.
- Wiśniewski Andrzej W.**, *Zasada równości stron w umowie o arbitraż oraz w procesie powołania zespołu orzekającego: art. 1161 § 2 oraz art. 1169 § 3 k.p.c.* (w:) *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, red. J. Okolski, A. Całus, M. Pazdan, S. Sołtysiński, T. Wardyński, S. Włodyka, Warszawa 2010, s. 333 i n.
- Wydra Łukasz**, *Konwersja postępowania przed sądem polubownym w arbitraż według nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 9.03.2023 r.*, „Palestra” 2023/8, s. 193 i n.

Pojęcia kluczowe: arbitraż, potrącenie, zarzut potrącenia, kompetencja, klauzula arbitrażowa

Paweł Karkowski

Możliwość rozpoznania zarzutu potrącenia przez sąd arbitrażowy

ABSTRAKT

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie problematyki obrony w postępowaniu arbitrażowym poprzez podniesienie zarzutu potrącenia. Zarzut potrącenia jest powszechnie uznawany za instytucję obrony, niemniej jednak w praktyce może służyć również jako środek dochodzenia roszczenia, które jest sporne. W związku z tym wierzytelność przedstawiana do potrącenia musi być objęta zapisem na sąd polubowny, aby sąd ten miał kognicję do rozpoznania zarzutu potrącenia. Inaczej wyrok wydany w takiej sprawie może podlegać uchyleniu jako wydany w sprawie nieobjętej umową o arbitraż.

I. UWAGI OGÓLNE

Kwestia możliwości podniesienia zarzutu potrącenia w postępowaniu arbitrażowym nie została dotąd jednoznacznie rozstrzygnięta, zaś komentarze doktryny wraz z orzecnictwem są w tym zakresie skrajnie różne. Złożoność problemu można przedstawić, cytując słowa Alexis Mourre: „(...) problem potrącenia w arbitrażu do tej pory oparł się wszelkim próbom jego rozwiązania raz na zawsze [tłum. wł.]”¹.

Rozważając przedmiotowe zagadnienie na tle polskiego porządku prawnego², należy wskazać, że powstały problem prawny wynika przede wszystkim z trudności scharakteryzowania i stypizowania zarzutu potrącenia. Z jednej strony jest to środek obrony, gdyż pozwany wskazuje, że zaspokoił już swój dług w określonej części i z tej przyczyny powództwo powinno zostać oddalone. Z drugiej natomiast strony zarzut

1 A. Mourre, *The Set-off Paradox in International Arbitration*, „Arbitration International”, Volume 24 Issue 3, LCIA, 2018, s. 387.

2 Określenie „w polskim porządku prawnym” oznacza w niniejszym artykule, gdy zarówno dla przepisów arbitrażowych, jak i prawa materialnego regulującego stosunki podstawowe, z których pochodzą wierzytelności przedstawiane do potrącenia, właściwe jest prawo polskie.

potrącenia w praktyce często stanowi element dochodzenia roszczenia³. Jeżeli więc zakwalifikujemy potrącenie nie tylko jako środek obrony, to powstaje wątpliwość, czy sąd arbitrażowy będzie miał kognicję do jego rozpoznania. Sąd polubowny posiada kognicję do rozstrzygnięcia danych sporów wynikającą z umowy o arbitraż. Stosownie zaś do treści art. 1206 § 1 pkt 3 k.p.c.⁴ podstawą skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego jest fakt, że „wyrok sądu polubownego dotyczy sporu nieobjętego zapisem na sąd polubowny lub wykracza poza jego zakres”⁵.

Zazwyczaj umowa o arbitraż jest częścią innej umowy, z której może wynikać wiele roszczeń. W takim przypadku którakolwiek ze stron, w momencie zainicjowania przez drugą z nich postępowania arbitrażowego, może podnieść zarzut potrącenia według przewidzianych w tym postępowaniu reguł. Wyznaczony sąd arbitrażowy ma kognicję do rozstrzygnięcia tego sporu. Sąd polubowny jest bowiem uprawniony do rozstrzygnięcia wszystkich sporów z tego stosunku prawnego. Problem pojawia się wtedy, gdy wierzytelność wzajemna będąca częścią czynności prawnej, jaką jest potrącenie, nie wynika z tej samej umowy. W takim przypadku umowa, z której wynika ta wierzytelność, będzie objęta zapisem na sąd polubowny (tym samym lub innym) lub nie będzie objęta zapisem na sąd polubowny, a kognicja do rozstrzygnięcia tego sporu przynależy do sądu powszechnego.

Wierzytelność przedstawiana do potrącenia może być pewna lub sporna. O ile sama instytucja prawa materialnego potrącenia z k.c.⁶ nie wprowadza tego rozróżnienia, to już kwestia ta wpływa na aspekt procesowy. Implikuje bowiem niekiedy rozstrzygnięcie przez sąd (nie ma znaczenia, czy jest to sąd arbitrażowy czy powszechny) kompletnie innego stanu faktycznego na podstawie innych przepisów prawnych oraz innych dowodów. Stąd też polski ustawodawca uregulował w art. 203¹ § 1 k.p.c., że „podstawą zarzutu potrącenia może być tylko wierzytelność: 1) pozwanego z tego samego stosunku prawnego co wierzytelność dochodzona przez powoda, chyba że wierzytelność ta jest niesporna, stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, orzeczeniem

3 Jakkolwiek na gruncie polskiego postępowania cywilnego wydaje się, że dominujący pogląd stanowi, iż potrącenie nie stanowi środka dochodzenia roszczenia (co w dalszej kolejności przekłada się na inne zagadnienia procesowe, tj. brak zawisłości sporu oraz powagi rzeczy osądzonej przy rozstrzygnięciu zarzutu potrącenia), tak, po pierwsze, w nowszych opracowaniach często wskazuje się, że zarzut potrącenia w wielu przypadkach nie stanowi jedynie środka obrony, po drugie, sąd arbitrażowy nie jest związany przepisami kodeksu postępowania cywilnego, ale może je stosować *per analogiam*. Kwestia zarzutu potrącenia na gruncie postępowania cywilnego w Polsce została już szeroko omówiona w doktrynie i orzecznictwie, stąd też nie jest przedmiotem niniejszego opracowania. Autor stoi na stanowisku, że w praktyce zarzut potrącenia często jest wykorzystywany jako środek dochodzenia roszczenia i w niniejszym opracowaniu rozważa możliwość rozstrzygnięcia zarzutu potrącenia przez sąd arbitrażowy w takiej sytuacji. W celu szczegółowego zapoznania się z rozważaniami na temat konstrukcji i charakteru zarzutu potrącenia na gruncie postępowania cywilnego w Polsce Autor odsyła do szczegółowych opracowań w tej materii: por. Ł. Błaszczak, *Zarzut potrącenia w procesie cywilnym (art. 203¹ k.p.c.)*, Warszawa 2019, s. 185–211 oraz A. Olaś, *Zarzut potrącenia w procesie cywilnym*, Warszawa 2021, Legalis rozdział III, § 3 Zarzut potrącenia a funkcja potrącenia w procesie cywilnym.

4 Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2023 r. poz. 1550), tu i dalej: k.p.c.

5 Zob. również art. V pkt 1 lit. c Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku dnia 10.06.1958 r. (Dz.U. z 1962 r. nr 9 poz. 41).

6 Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610, 1615), tu i dalej: k.c.

sądu polubownego (...), lub uprawdopodobniona dokumentem potwierdzającym jej uznanie przez powoda; 2) o zwrot spełnionego świadczenia przysługująca jednemu z dłużników solidarnych wobec pozostałych współdłużników”. Przepis ten nie ma bezpośredniego zastosowania do postępowania prowadzonego przed sądem polubownym, gdyż sądy arbitrażowe nie są związane polskimi przepisami k.p.c.

II. STANOWISKO NA TLE POLSKIEGO PORZĄDKU PRAWNEGO

Zgodnie z art. 498 k.c. wzajemni wierzyciele i dłużnicy mogą dokonać potrącenia niezależnie od tego, w jakim trybie można dochodzić powyższych wierzytelności. Potrącenie jest instytucją prawa materialnego, a przesłankę zaskarżalności określoną w tym artykule należy rozumieć jako możliwość wytoczenia powództwa przed jakimkolwiek sądem⁷. Dopuszczalne jest więc dokonanie potrącenia w sytuacji, kiedy jedna z wierzytelności dochodzona jest w postępowaniu arbitrażowym, a druga przed sądem państwowym.

W wyniku złożenia oświadczenia woli o potrąceniu dochodzi do wzajemnego umorzenia wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej i dalece pożądanym byłoby, ze względów praktycznych, a także postulatu pewności prawa i orzeczeń sądowych, aby sąd polubowny mógł wziąć następnie pod uwagę zarzut potrącenia i zasądzić w swoim orzeczeniu wierzytelność pomniejszoną w wyniku dokonanego umorzenia. Stąd też część autorów podnosi, że sąd polubowny jest upoważniony do rozpatrzenia zarzutu potrącenia bez względu na zakres zapisu na sąd polubowny. Przemawia za tym stanowiskiem fakt, że potrącenie na gruncie polskiego porządku prawnego nie stanowi środka dochodzenia roszczeń, a zarzut potrącenia jest zbliżony do zarzutu zapłaty.

Reprezentantami tego stanowiska są m.in. T. Ereciński i K. Weitz. „Wydaje się, że prawidłowe jest założenie, iż sąd polubowny może uwzględnić zarzut potrącenia podniesiony przez pozwanego, choćby wierzytelność pozwanego nie była objęta zapisem i w wypadku, gdyby była dochodzona odrębnie, nie mogłaby być dochodzona przed tym samym sądem polubownym”⁸.

Na podobnym stanowisku stoi M. Manowska, która powołując się właśnie na względy praktyczne, wskazuje, że fakt potrącenia jest elementem stanu faktycznego, a „uwzględnienie zarzutu potrącenia nie narusza ram zapisu, albowiem według zapisu sąd ma ustalić, czy A jest dłużnikiem B i w jakiej wysokości”⁹.

7 K. Zagrobelny (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2017, Legalis, art. 498 k.c., powołując się na: T. Wiśniewski (w:) *Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Księga trzecia Zobowiązania*, red. G. Bieniek, Warszawa 2005, t. 1, s. 656. Odmienne orzeczenie SN z 19.08.1958 r. (4 CR 894/57), Legalis nr 1045490.

8 T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 154–155.

9 M. Manowska, *Wybrane zagadnienia dotyczące zarzutu potrącenia w postępowaniu arbitrażowym* (w:) *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010, s. 238–239; por. również wyrok SA w Warszawie z 15.01.2014 r. (VI ACa 663/13), Legalis nr 2123377.

Wreszcie Sąd Apelacyjny w Warszawie idzie jeszcze dalej, wskazując, że sąd polubowny jest zobligowany do rozpoznania zarzutu potrącenia (pomimo iż wierzytelność przedstawiana do potrącenia nie jest objęta zapisem na sąd polubowny), gdyż jego pominięcie stanowi nierozpoznanie istoty sprawy (wyrok zasądający nie uwzględnia umorzenia wierzytelności w wyniku potrącenia), co jest podstawą do uchylecia tego wyroku sądu polubownego z uwagi na naruszenie klauzuli porządku publicznego na podstawie art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c.¹⁰

Powyższe poglądy, pomimo że przedstawiają według różnych autorów stan pożądaný w polskiej praktyce arbitrażowej, to, w mojej opinii, nie odzwierciedlają one złożoności problemu, zbyt daleko go uproszczając. Ciężko nazwać bowiem elementem stanu faktycznego dokonane potrącenie w momencie, w którym istnieje spór co do wierzytelności będącej przedmiotem potrącenia. W mojej ocenie należy przychylić się do stanowiska W. Jurcewicza, że taka interpretacja jest dozwolona w momencie, kiedy wierzytelność przedstawiana do potrącenia jest wierzytelnością pewną¹¹ (jak zaznaczyłem powyżej, m.in. taka przesłanka została wprowadzona w k.p.c.), tzn. kiedy została stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu państwowego, sądu polubownego, bądź druga strona jej nie kwestionuje, ani co do jej istnienia, ani wysokości.

Jeżeli wierzytelność przedstawiona do potrącenia nie jest pewna i wywodzi się z zupełnie innego stanu faktycznego, to sąd musi rozstrzygnąć *de facto* inny spór. Nie można więc nie dostrzegać praktycznego wymiaru tej instytucji, gdyż mogłoby to prowadzić do omińnięcia istotnych zasad prawa procesowego. Do takich zasad zalicza się związanie sądu arbitrażowego zakresem zapisu na sąd polubowny i to, że sąd arbitrażowy wywodzi swoje kompetencje właśnie z owej woli stron wyrażonej umową o arbitraż¹². Ciężko bowiem w przypadku związania sądu polubownego zapisem na sąd polubowny twierdzić, że brak rozstrzygnięcia zarzutu potrącenia, który obejmuje wierzytelność niebędącą poddaną kognicji sądu polubownego stanowi brak rozstrzygnięcia istoty sprawy¹³.

Zdaniem W. Jurcewicza, jeżeli powód nie podniesie zarzutu braku właściwości sądu polubownego i wda się w spór co do niego, to wtedy sąd polubowny jest władny do rozpoznania tego zarzutu tak, jakby wierzytelność będąca jego przedmiotem była objęta zapisem na sąd polubowny, czyli – innymi słowy – może uznać się za właściwy

10 Wyrok SA w Warszawie z 18.11.2019 r. (VII Aga 804/19), Legalis nr 2288574.

11 W. Jurcewicz (w:) *Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz*, red. M. Łaszczuk, A. Szumański, Warszawa 2017, s. 294–295; W. Jurcewicz, *Potrącenie wierzytelności podlegającej właściwości sądu państwowego w postępowaniu arbitrażowym*, „Glosa” 2018/1, s. 85.

12 Przykładowo w orzecznictwie i doktrynie niemieckiej właśnie z tej przyczyny wskazuje się, że sąd arbitrażowy nie ma kompetencji do rozstrzygnięcia zarzutu potrącenia, jeżeli potrącana wierzytelność nie jest objęta zapisem na sąd polubowny; por. A. Olaś, *Kompetencja sądu arbitrażowego do rozpoznania zarzutu potrącenia opartego na wierzytelności wynikającej ze stosunku prawnego nieobjętego zapisem na sąd polubowny*, „ADR Arbitraż i Mediacja” 2020/4, s. 95 i wskazana tam literatura.

13 Takie stanowisko pojawia się w przypadku nierozstrzygnięcia zarzutu potrącenia w postępowaniu cywilnym, por. Ł. Błaszczak, *Zarzut...*, s. 266–272.

do jego rozpoznania¹⁴. Dochodzi bowiem wtedy do zawarcia umowy o arbitraż co do tego zapisu w sposób dorozumiany i w moim przekonaniu jest to najdalej idące stanowisko na gruncie polskiego porządku prawnego, które jest dopuszczalne. Wynika to z faktu, że przesłanką skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego, w przypadku przekroczenia zakresu zapisu na sąd polubowny, jest m.in. konieczność podniesienia takiego zarzutu w postępowaniu przed tym sądem.

III. ŚRODKI SŁUŻĄCE POZWANEMU W PRZYPADKU NIEMOŻLIWOŚCI ROZPOZNANIA ZARZUTU POTRĄCENIA PRZEZ SĄD POLUBOWNY

W przypadku gdy doszło do złożenia skutecznego oświadczenia o potrąceniu, a sprawa dotyczy wierzytelności dochodzonej przed sądem polubownym, to wydaje się celowe, aby sąd polubowny zawiesił postępowanie i umożliwił pozwanemu określenie stanu prawnego wierzytelności przedstawionej do potrącenia. Ewentualny wyrok wydany przez sąd arbitrażowy mógłby bowiem nie ucieleśniać rzeczywistej sytuacji faktycznej i prawnej¹⁵, co naraża taki wyrok na uchylenie na podstawie art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c.¹⁶

Niestety takie rozwiązanie niesie ze sobą wady. Zarzut potrącenia mógłby stanowić środek służący jeszcze większej obstrukcji postępowania. Nie dość bowiem, że w normalnym trybie (to samo postępowanie) rozpatrzenie tego zarzutu prowadziłyby do przeciągnięcia w czasie postępowania, to w przypadku konieczności rozstrzygnięcia go na drodze oddzielnego postępowania mógłby on w praktyce w ogóle uniemożliwić dochodzenie powodowi swojej wierzytelności, o którą wystąpił w postępowaniu arbitrażowym.

Ponadto pozwany w przypadku, gdy jego zarzut potrącenia nie może zostać rozpatrzony przez sąd polubowny, a sąd ten nie zawiesi toczącego się postępowania, może złożyć wniosek o zabezpieczenie do sądu państwowego poprzez nakazanie powodowi złożenia wniosku o zawieszenie postępowania arbitrażowego z tej przyczyny¹⁷, a także może złożyć powództwo przeciwegzekucyjne na podstawie art. 840 § 1 pkt 1¹⁸, ewentualnie pkt 2 k.p.c.¹⁹

Inaczej prezentuje się sytuacja, gdy przed sądem państwowym dochodzona jest wierzytelność i pozwany podnosi zarzut potrącenia wynikający z wierzytelności

14 W. Jurcewicz (w:) *Regulamin...*, s. 295.

15 W. Jurcewicz, *Potrącenie...*, s. 93.

16 Wyrok SA w Warszawie z 18.11.2019 r. (VII Aga 804/19), Legalis nr 2288574.

17 W. Jurcewicz, *Potrącenie...*, s. 81; postanowienie SA w Krakowie z 22.11.2016 r. (I ACz 1997/16), Legalis nr 1546413.

18 W. Jurcewicz, *Potrącenie...*, s. 89.

19 O dopuszczalności powództwa przeciwegzekucyjnego na podstawie później dokonanej potrącenia Sąd Najwyższy wypowiedział się wielokrotnie: uchwała SN z 30.07.1974 r. (III CZP 44/74), Legalis nr 18198; wyrok SN z 28.03.1972 r. (I CR 396/71), Legalis nr 16143; uchwała SN z 30.11.1973 r. (III CZP 73/73), Legalis nr 17542.

objętej zapisem na sąd polubowny. Po pierwsze, zapis na sąd polubowny jest względną przeszkodą procesową, tzn. sąd odrzuci pozew wyłącznie w przypadku, gdy pozwany podniesie zarzut przed wdaniem się w spór, co do jego istoty stosownie do treści art. 1165 § 1 k.p.c. Po drugie, spór przed sądem państwowym podlega rozpoznaniu na gruncie Kodeksu postępowania cywilnego. Należy się więc przychylić do stanowiska A. Olasia, który wskazuje, że „(...) procesowe zarzuty oparte na potrąceniu nie stanowią powództwa ani też czynności zrównanej z powództwem, nie mieszczą się w ramach zakreślonych tym przepisem [przyp.: 1165 k.p.c.], a co za tym idzie, sąd powszechny nie może odmówić na tej podstawie wzięcia pod uwagę i rozpoznania potrącenia opartego na wierzytelności objętej zapisem na sąd polubowny”²⁰. Wobec jednak treści 203¹ § 1 k.p.c. opisywana sytuacja należeć będzie do rzadkości.

IV. ZARZUT POTRĄCENIA W ARBITRAŻU MIĘDZYNARODOWYM – PRAWO WŁAŚCIWE DLA CZYNNOŚCI POTRĄCENIA

W różnych systemach prawnych występują odmienne uregulowania instytucji potrącenia. W niektórych krajach potrącenie jest regulowane podobnie, jak w prawie polskim, jako instytucja prawa materialnego, która dochodzi do skutku w wyniku złożenia oświadczenia woli przez jedną ze stron (takie uregulowanie występuje przede wszystkim w krajach kultury germańskiej), w innych jest to instytucja prawa procesowego (głównie kraje kręgu *common law*), a w jeszcze innych potrącenie wprawdzie jest instytucją prawa materialnego, ale dochodzi do umorzenia wierzytelności w wyniku jego zastosowania *ipso iure*.

W związku z powyższym w poszczególnych krajach występują odmienne normy kolizyjne w stosunku do instytucji potrącenia. W Unii Europejskiej normy kolizyjne zostały ustanowione w Rozporządzeniu (Rzym I). Ustanowiona została tam metoda poddania potrącenia prawu wierzytelności, z którą dokonywane jest potrącenie, wywodząca się z prawa niemieckiego. W krajach *common law* przeważa z kolei koncepcja *lex fori*, zgodnie z którą to prawo miejsca postępowania sądowego jest najbardziej adekwatne dla określenia prawa procesowego (do którego można w dużym uproszczeniu zaliczyć w tych krajach potrącenie²¹). Natomiast metodą, która zyskała dużą popularność we Francji, a jej wprowadzenie do Rozporządzenia (Rzym I) było też postulowane (zamiast metody poddania potrącenia prawu wierzytelności, z którą dokonywane jest potrącenie), jest metoda kumulatywnego stosowania obu systemów, z których pochodzą wierzytelności potrącanie²².

20 A. Olaś, *Potrącenie a zapis na sąd polubowny w prawie polskim – wybrane zagadnienia materialnoprawne i procesowe*, „Polski Proces Cywilny” 2014/1, s. 88.

21 C. Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration*, Oxford and Portland, Oregon 2011, s. 140.

22 C. Fountoulakis, *Set-off Defences...*, s. 146.

Biorąc pod uwagę fakt, że sąd arbitrażowy będzie musiał określić prawo właściwe dla stosunku podstawowego (umowy wiążącej strony)²³, to należy wskazać, jakimi kryteriami, w jakich okolicznościach sąd polubowny powinien się kierować, dokonując owego określenia. Zagadnienie to jest bowiem sporne. W doktrynie pojawiają się dwa główne nurty: rozstrzygnięcia należy szukać, stosując reguły kolizyjne, bądź w oderwaniu od tychże reguł kolizyjnych. Dodatkowo sporne jest, jakie reguły kolizyjne stosować. Możliwe jest bowiem stosowanie reguł kolizyjnych prawa miejsca arbitrażu, kumulatywnie różnych reguł kolizyjnych lub stosowanie ogólnych reguł kolizyjnych²⁴. Historycznie dominował pogląd o konieczności zastosowania reguł kolizyjnych obowiązujących w miejscu arbitrażu, jednakże obecnie w praktyce stosowane są różne koncepcje²⁵.

Poszukując więc najbardziej odpowiedniej koncepcji dla ustalenia prawa właściwego dla potrącenia w postępowaniu arbitrażowym, należy przywołać kryteria, które taki wybór powinny spełniać. Powszechnie powoływane w praktyce kryteria są następujące: przestrzeganie zasady autonomii woli stron w arbitrażu, zapewnienie przewidywalności rozwiązania, wyeliminowanie możliwości stosowania potrącenia jako niedozwolonej strategii procesowej, praktyczność oraz wszechstronność rozwiązania, a także zagwarantowanie stosowności takiego rozwiązania²⁶. Niestety podążając za C. Fountoulakis, należy wskazać, że każda ze wskazanych metod zastosowania reguł kolizyjnych jest wadliwa i nie może być w pełni stosowana²⁷. W moim przekonaniu takie stanowisko jest uzasadnione, ponieważ żadna z tych metod nie może być stosowana uniwersalnie z uwagi na różnice występujące w instytucji potrącenia w zależności od jurysdykcji, a stosowanie różnych rozwiązań w zależności od sytuacji nie spełnia postulatów przewidywalności, wszechstronności, praktyczności i wyeliminowania możliwości stosowania potrącenia jako nieuczciwej praktyki procesowej.

Stąd też rozważenia wymaga możliwość wyboru prawa właściwego, w oderwaniu od krajowych reguł kolizyjnych, poprzez wybór prawa najściślej związanego z umową. „Zasada najściślej związku była postulowana w nauce polskiej i zagranicznej oraz znalazła wyraz m.in. w prawie arbitrażowym Chorwacji, Niemiec i Szwajcarii, a także w kolizyjnym prawie UE”²⁸. Trudno nie dostrzec również wad takiego rozwiązania w przypadku potrącenia. Po pierwsze, nie jest łatwy wybór prawa najściślej związanego z transakcją, jeżeli w przypadku potrącenia mamy do czynienia z dwoma

23 W przypadku gdy strony nie dokonały takiego wyboru albo gdy nawet dokonały takowego wyboru, gdyż nie oznacza to automatycznie, że to samo prawo będzie właściwe dla instytucji potrącenia.

24 J. Poczobut (w:) *System Prawa Handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, Warszawa 2015, s. 237.

25 G. B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 2012, s. 39.

26 C. Fountoulakis, *Set-off...*, s. 153–154.

27 C. Fountoulakis, *Set-off...*, s. 179.

28 J. Poczobut (w:) *System...*, s. 240.

oddzielnymi wierzytelnościami wynikającymi z różnych transakcji. Po drugie, podnosi się, że „stosowanie reguł kolizyjnych w oderwaniu od jakiegokolwiek systemu prawnego nie zabezpiecza w dostatecznym stopniu pewności prawnej i przewidywalności rozstrzygnięcia, ponieważ stwarza dla sądu arbitrażowego zbyt duży margines swobodnego uznania”²⁹.

Sąd arbitrażowy (w odróżnieniu od sądu państwowego) nie jest w każdym wypadku zobligowany do rozstrzygnięcia sporu na podstawie przepisów prawa stanowionego. Wskazuje się, że sąd arbitrażowy może rozstrzygnąć spór na podstawie generalnych zasad prawa zwyczajowego, a także zasad słuszności. W polskim porządku prawnym rozwiązanie takie jest dopuszczalne po upoważnieniu do tego arbitrow przez strony na podstawie art. 1194 § 1 k.p.c.

Wydaje się więc, że jeżeli istnieje takowe upoważnienie, to zastosowanie reguł potrącenia występujących w Zasadach Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT (UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts UPICC z 2016 r.), Zasadach Europejskiego Prawa Umów (Principles of European Contract Law PECL z 2002 r.), a także Projekcie Wspólnych ram odniesienia (Draft Common Frame of Reference DCFR z 2001 r.) mogłoby stanowić odpowiednie rozwiązanie³⁰. Wszystkie powyższe projekty ustanawiają potrącenie jako instytucję dokonywaną poprzez oświadczenie jednej strony, które jest skuteczne w przypadku, gdy przesłanki potrącenia są spełnione, jednakże odrzucają retroaktywny skutek potrącenia, a także w pewnym stopniu wprowadzają wymóg pewności roszczenia lub powiązania wierzytelności przedstawianych do potrącenia³¹.

Na podstawie ogólnych zasad prawa orzekł Trybunał Arbitrażowy ICC w orzeczeniu nr 3540 w sprawie, w której strony upoważniły arbitrow do rozstrzygnięcia sporu jako przyjaznych rozjemców (*amiables compositeurs*), stwierdzając, że przesłankami instytucji potrącenia są: wzajemność świadczeń, jednorodzaowość świadczeń, pewność roszczeń, a także wymagalność i zaskarżalność roszczeń³².

Jeśli chodzi natomiast o konieczność przestrzegania swojej właściwości, wynikającej z umowy o arbitraż, to kwestię tę reguluje *lex loci arbitri*. I tak np. art. 377 § 1 szwajcarskiego kodeksu postępowania cywilnego ustanawia kognicję sądu polubownego do rozpatrzenia zarzutu nawet wtedy, gdy stosunek prawny, z którego wierzytelność się wywodzi, nie jest objęty zapisem na sąd polubowny. Jest to raczej reguła wyjątkowa we współczesnych ustawodawstwach i należy rozumieć ją w ten sposób, że sąd

29 J. Poczobut (w:) *System...*, s. 241.

30 Takie rodzaje ogólnych zasad prawa zostały wskazane w: J. Poczobut (w:) *System...*, s. 227; C. Fountoulakis, *Set-off...*, s. 198.

31 C. Fountoulakis, *Set-off...*, s. 200–204.

32 ICC Award No. 3540, YCA 1982, at 124 et seq. (published in: *Clunet* 1981, at 915 et seq.).

arbitrażowy jest właściwy do rozpatrzenia zarzutu potrącenia, jeżeli wszystkie kryteria wymienione w prawie właściwym są spełnione³³.

W praktyce sądy polubowne starają się jednak w jakiś sposób rozszerzyć zakres zapisu na sąd polubowny. I tak np. Sąd Arbitrażowy Izby Handlowej w Sofii w orzeczeniu 60/180 wskazał, że kontrakty: sprzedaży i pożyczki udzielonej w celu zawarcia umowy sprzedaży, z których pochodziły wierzytelności przedstawiane do potrącenia, są ze sobą nieodłącznie powiązane³⁴. Natomiast w orzeczeniu ICC nr 5971 Sąd Arbitrażowy wskazał, że umowy sprzedaży i *joint venture* oraz umowy o udostępnienie *know-how* są ze sobą blisko powiązane i przedstawiają wspólny cel, stąd też możliwe jest rozstrzygnięcie o potrąceniu³⁵.

Warto również zaznaczyć, że przesłanka pewności roszczenia lub powiązania wierzytelności co do potrącenia występuje w różnym stopniu w ogólnych zbiorach zasad prawa, tj. UPiCC, PECL, oraz DCFR (wskazane powyżej), które to mogą być w ogóle podstawą określającą możliwość dokonania potrącenia.

V. UNORMOWANIA W WYBRANYCH REGULAMINACH ARBITRAŻOWYCH

W praktyce arbitrażowej fundamentalne znaczenie mają regulaminy stałych sądów polubownych. Strony zazwyczaj powołują się na nie, zawierając umowę o arbitraż, gdyż same nie regulują oddzielnie każdej kwestii procesowej w momencie zawierania umowy o arbitraż.

Jedną z najważniejszych instytucji arbitrażowych w Polsce jest Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie (KiG) (SAKiG). Regulamin tego sądu (z 14.10.2014 r. wraz z późn zm.) stanowi w § 29 pkt 4, że pozwany jest upoważniony do podniesienia zarzutu potrącenia do zakończenia pierwszego posiedzenia, a po jego zakończeniu pozwany może podnieść ów zarzut, jednakże sąd może uznać go za spóźniony i odmówić jego rozpoznania, gdyby prowadziło to do nadmiernego opóźnienia postępowania, chyba że pozwany wskaże, że nie był zdolny do podniesienia tego zarzutu wcześniej. Wspomniany przepis dopuszcza więc możliwość podniesienia zarzutu potrącenia, jednak wyznaczając ramy czasowe, w których pozwany może dokonać takowego potrącenia, a sąd arbitrażowy nie ma kompetencji do odmowy jego rozpatrzenia, o ile sądowi arbitrażowemu w ogóle przysługuje kognicja do jego rozpatrzenia ze względu na zakres zapisu na sąd polubowny. W przeciwieństwie do postępowania cywilnego w Sądzie Arbitrażowym przy KIG pobierana jest opłata od zarzutu potrącenia, co pokazuje, że w praktyce jest to instytucja podobna do powództwa wzajemnego.

33 A. Mourre, *The Set-off...*, s. 393.

34 Orzeczenie Sądu Arbitrażowego Izby Handlowej w Sofii z 1.10.1980 r. nr 60/180 wskazane w A. Mourre, *The Set-off...*, s. 391.

35 Orzeczenie ICC nr 5971 wskazane w A. Mourre, *The Set-off...*, s. 392.

W kolejnej ważnej w Polsce instytucji arbitrażowej, tj. w Sądzie Arbitrażowym przy Konfederacji Lewiatan, zgodnie z § 19 pkt 3 regulaminu tego sądu (obowiązujący od 1.03.2012 r. wraz z późn. zm.), pozwany również może zgłosić zarzut potrącenia, jednakże ramy czasowe są określone tutaj jeszcze wężziej i pozwany może to zrobić wraz z odpowiedzią na pozew lub odpowiedzią na pozew wzajemny. Natomiast w późniejszej fazie postępowania, w przypadku złożenia takowego zarzutu, zespół orzekający jest kompetentny do rozstrzygnięcia tego zarzutu, o ile uzna to za uzasadnione. Również i ta instytucja arbitrażowa zrównuje pod względem finansowym instytucję potrącenia do pozwu wzajemnego. Z kolei regulamin Sądu Arbitrażowego przy Regionalnej Izbie Gospodarczej w Katowicach z 31.05.2021 r. w § 25 pkt 3 wyznacza termin do wniesienia zarzutu potrącenia do czasu zamknięcia rozprawy.

Jeśli zaś chodzi o zagraniczne instytucje arbitrażowe, to jednym z najczęściej używanych regulaminów jest regulamin arbitrażowy UNCITRAL³⁶. Stanowi on w art. 21 pkt 3, że strona może w swojej obronie podnieść zarzut potrącenia, jeśli trybunał arbitrażowy jest jurysdykcyjnie właściwy do jego rozstrzygnięcia. Ponadto, w celu zapewnienia szybkości i ekonomiki postępowania, nakazuje podniesienie owego zarzutu lub złożenie powództwa wzajemnego w czasie wskazanym przez skład orzekający do przedstawienia odpowiedzi na pozew, a w późniejszym czasie, jeżeli trybunał arbitrażowy stwierdzi, że jest to uzasadnione okolicznościami.

Z kolei Hong Kong International Arbitration Centre w swoim regulaminie³⁷ dopuszcza możliwość podniesienia zarzutu potrącenia, nie precyzując, w jakim zakresie sąd polubowny jest władny rozstrzygnąć takowy zarzut. Wprowadza on podobne ramy czasowe co Regulamin UNCITRAL, a także podobnie jak ów regulamin wskazuje okoliczności faktyczne i prawne, które pozwany musi przywołać wraz z zarzutem potrącenia. Oba regulaminy regulują zarówno zarzut potrącenia, jak i powództwo wzajemne w sposób praktycznie identyczny.

Natomiast Regulamin ICC³⁸ w art. 37 pkt 7 jeszcze bardziej sphyca różnicę między tymi instytucjami i nakazuje traktować zarzut potrącenia jak powództwo wzajemne w zakresie, w jakim sąd polubowny będzie musiał rozpatrzyć dodatkowe okoliczności. Jest to uregulowanie znajdujące się w przepisie o kosztach postępowania, stąd też można uznać, że zarzut potrącenia nie stanowi kluczowej kwestii dla autorów tego regulaminu.

Podobnie tylko napomknęli o zarzucie potrącenia autorzy VIAC Rules of Arbitration and Mediation z 2021 r., uwzględniając go w przepisach o kosztach oraz wskazując, że w trybie przyspieszonym pozwany może podnieść taki zarzut tylko do upływu terminu na złożenie odpowiedzi na pozew. „Komentatorzy do tego

36 UNCITRAL Arbitration Rules z 2013 r. wraz z późn. zm.

37 HKIAC Administered Arbitration Rules z 2018 r.

38 ICC Rules of Arbitration z 2021 r.

regulaminu wskazują, że zagadnienie to uznane zostało przez autorów regulaminów za zbyt skomplikowane, zwłaszcza w kontekście arbitrażu międzynarodowego, gdzie zastosowanie mogą znaleźć różne systemy prawa materialnego, aby kwestię tę uregulować w regulaminie postępowania arbitrażowego³⁹.

W przypadku jednak regulaminu Sztokholmskiej Izby Handlowej⁴⁰ (SIAC) należy wraz z podniesieniem zarzutu potrącenia wskazać umowę o arbitraż, która obowiązuje w przypadku takowej wierzytelności przedstawianej do potrącenia.

Natomiast uregulowanie Regulaminu Australijskiego Centrum Międzynarodowego Arbitrażu Handlowego przewiduje, że roszczenie przedstawione do potrącenia musi być co najmniej powiązane z umową⁴¹.

Bardzo ciekawe i odmienne uregulowanie znajduje się w Swiss Rules of International Arbitration z 2021 r. Bowiem zgodnie z art. 23 pkt 5 tego regulaminu sąd polubowny jest władny rozstrzygnąć zarzut potrącenia bez względu na to, czy roszczenie przedstawiane do potrącenia jest objęte zakresem tego zapisu na sąd polubowny, na podstawie którego toczy się postępowanie, albo w ogóle jakiegokolwiek zapisu na sąd polubowny, co jest wyrazem regulacji zawartej w art. 377 § 1 szwajcarskiego kodeksu postępowania cywilnego. Konsekwencją tego jest sytuacja prawna, w której jeżeli w jednej umowie zawrzemy klauzulę arbitrażową, powołując się na stały sąd polubowny ustanowiony przez Swiss Chambers' Arbitration Institution, to wtedy *de facto* poddajemy pod kognicję tego sądu wszelkie ewentualne spory pomiędzy tymi samymi podmiotami mogące wynikać z różnych stosunków prawnych. Regulacja ta bardzo rozszerza kompetencje sądu arbitrażowego i poprzez instytucję potrącenia pozwala niejako ominąć problem braku jurysdykcji sądu polubownego, który powstałby np. przy powództwie.

VI. MOŻLIWOŚĆ ROZSZERZENIA KOGNICJI SĄDU ARBITRAŻOWEGO W UMOWIE O ARBITRAŻ

W związku z wcześniejszymi rozważaniami i rozwiązaniem przyjętym w prawie szwajcarskim powstaje pytanie, czy rozwiązanie to jest zasadne i powinno stanowić wzór dla polskiego ustawodawcy oraz czy na gruncie obecnych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego strony mogłyby w umowie ustanowić podobne rozwiązanie, a co za tym idzie – czy takie rozwiązanie mogłoby się znaleźć w regulaminie stałego sądu polubownego.

Wprawdzie w doktrynie podnoszone jest, że na gruncie polskich uregulowań arbitrażowych istnieje możliwość wskazania w regulaminie sądu polubownego, że

39 W. Jurcewicz (w:) *Regulamin...*, s. 292.

40 Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce z 2023 r.

41 Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration z 2021 r.

jest on właściwy do rozstrzygnięcia zarzutu potrącenia w każdym wypadku, nawet jeśli roszczenie jest sporne, a rozstrzygnięcie owego sporu nie podlega kognicji tego sądu⁴². Niemniej jednak takie wskazanie prowadziłyby do określenia kognicji sądu polubownego bardzo szeroko, niejako do wszystkich sporów mogących wyniknąć pomiędzy tymi samymi podmiotami. Stąd też, moim zdaniem, dopuszczalność takiego rozwiązania jest wątpliwa przy braku podobnego rozwiązania ustawowego jak w szwajcarskim kodeksie postępowania cywilnego⁴³.

Z kolei nawet jeśli takie rozwiązanie byłoby dopuszczalne, to powstaje pytanie, czy byłoby ono właściwe. W doktrynie podnosi się, że takie rozwiązanie jest ryzykowne, gdyż przyznaje zbyt szeroką jurysdykcję sądom polubownym, a także nie do końca realizuje postulat ekonomiki postępowania⁴⁴. Warto zaznaczyć, że jeśli roszczenie jest sporne, to podniesienie zarzutu potrącenia może stanowić element nieuczciwej taktyki procesowej właśnie w postępowaniu arbitrażowym. Jeśli więc trybunał nie będzie uprawniony do rozstrzygnięcia sporu spoza umowy o arbitraż, czyli *de facto* z zupełnie odmiennego stanu faktycznego, to właśnie wtedy postępowanie arbitrażowe będzie realizować postulat szybkości i ekonomiki postępowania.

Wydaje się więc, że najszersze uprawnienia, które sąd polubowny mógłby uzyskać w zakresie możliwości rozstrzygnięcia zarzutu potrącenia, a jednocześnie rozwiązanie to byłoby celowe, to wprowadzenie ustawowo lub w regulaminach stałych instytucji polubownych⁴⁵ kognicji do rozstrzygnięcia o wysokości lub istnieniu spornego roszczenia wzajemnego, jeżeli roszczenie to byłoby w jakiś sposób związane z przedmiotem powództwa lub wynikało z tego samego stanu faktycznego. Byłoby to *de facto* odzwierciedleniem wskazanych powyżej orzeczeń sądów arbitrażowych, które starały się rozszerzyć klauzule arbitrażowe na oddzielne, lecz powiązane stosunki prawne.

Natomiast A. Olaś wskazuje, że w przypadku braku uregulowania kwestii zarzutu potrącenia w umowie o arbitraż (regulaminie stałego sądu arbitrażowego) to sąd arbitrażowy decyduje (zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej w arbitrażu) o możliwości rozpoznania tego zarzutu: czy jest to tylko środek obrony i może zostać rozpoznany, czy też jest instrumentem dochodzenia roszczenia⁴⁶. Autor jednak wskazuje, że wobec różnych koncepcji występujących w doktrynie i orzecznictwie strony powinny na etapie zawierania umowy o arbitraż zwrócić uwagę na tę kwestię:

42 M. Tomaszewski (w:) *System Prawa Handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, Warszawa 2015, s. 379.

43 Zob. również: postanowienie SN z 4.04.2012 r. (I CSK 354/11), Legalis nr 490982.

44 V. Pavic, *Counterclaim and set-off in international commercial arbitration*, https://anali.rs/xml/200-/2006c/2006-3e/Annals_2006_101-116.pdf (dostęp: 18.10.2023 r.), s. 115.

45 Zob. M. Tomaszewski (w:) *System...*, s. 379–380.

46 Por. A. Olaś, *Kompetencja sądu arbitrażowego...*, s. 94.

bądź regulując ją samodzielnie, bądź poprzez odpowiedni wybór miejsca arbitrażu i instytucji arbitrażowej⁴⁷.

VII. PODSUMOWANIE

Właściwość do rozpoznania sporu między stronami danego stosunku prawnego w postępowaniu przed sądem polubownym wynika z zawartej między nimi umowy o arbitraż. Umowa ta posiada swój z góry określony zakres przedmiotowy, który decyduje o tym, czy w danym przypadku sąd arbitrażowy jest właściwy. Sąd polubowny powinien z urzędu przestrzegać swojej właściwości, gdyż w przeciwnym wypadku naraża się na uchylene wydanego przez siebie wyroku przez sąd państwowy.

W konsekwencji sąd polubowny zarówno w Polsce, jak i w innych jurysdykcjach posiada kognicję do rozpatrzenia zarzutu potrącenia wyłącznie w przypadku, gdy wierzytelność przedstawiona do potrącenia jest pewna, czyli może w takim postępowaniu stanowić element stanu faktycznego, lub kiedy spór co do niej jest objęty zapisem na sąd polubowny, czyli w przypadku, gdy ten sąd władny jest rozstrzygnąć spór co do istnienia i wysokości takiej wierzytelności. Wyjątkiem pod tym względem jest prawo szwajcarskie, które wprowadziło zasadę, która rozszerzyła kognicję sądu polubownego do rozstrzygania o potrąceniu, nawet w przypadku gdy taka kognicja nie wynika z samego zapisu na sąd polubowny.

Niemniej jednak jeżeli strony chciałyby mieć możliwość obrony przed rozstrzygnięciem drugiej strony poprzez podniesienie zarzutu potrącenia wierzytelności spornej i nieobjętej *stricto* umową o arbitraż (inny zakres przedmiotowy niż umowa zawierająca klauzulę arbitrażową), to w mojej ocenie w najszerszym zakresie mogą to zrobić poprzez wskazanie w umowie o arbitraż (bądź wprost, bądź poprzez odesłanie do regulaminu stałego sądu arbitrażowego), że sąd arbitrażowy może również rozpoznać zarzut potrącenia w przypadku, gdy wierzytelność przedstawiana do potrącenia jest co najmniej powiązana z zakresem przedmiotowym umowy o arbitraż (*in abstracto*).

Zaznaczyć należy, że prezentowane powyżej stanowisko jest raczej mniejszościowe, a polska doktryna i orzecznictwo w większości sprowadzają zarzut potrącenia do zarzutu zapłaty i dają możliwość (wedle uznania arbitrów) lub nawet nakazują sądowi arbitrażowemu rozpoznanie takiego zarzutu bez względu na fakt, że wierzytelność przedstawiona do potrącenia nie jest objęta zapisem na sąd polubowny.

Wreszcie sąd arbitrażowy jest władny do rozstrzygnięcia, jakie prawo jest właściwe dla instytucji potrącenia. Niejednolite w praktyce i doktrynie jest zapatrywanie, czy w takim wypadku sąd polubowny jest zobligowany do stosowania reguł kolizyjnych, a jeśli tak, to jakich. W takim przypadku jednak wybór jakichkolwiek reguł kolizyjnych nie stanowiłby rozwiązania uniwersalnego i jednocześnie pożądanego, ze

⁴⁷ A. Olaś, *Kompetencja sądu arbitrażowego...*, s. 97.

względu na zróżnicowanie uregulowań odnoszących się do tej instytucji w zależności od modelu prawa, z którego się wywodzi. Wydaje się więc zasadne dążenie do oparcia w międzynarodowym arbitrażu rozstrzygania sporów w tej materii na stosowaniu przez sąd polubowny ogólnych zasad prawa, szczegółowo spisanych w aktach typu *soft law*.

adw. Paweł Karkowski

Adwokat w zespole rozwiązywania sporów kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr sp.k. oraz doktorant w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego, w której przygotowuje rozprawę doktorską z dziedziny arbitrażu i prawa prywatnego międzynarodowego.

An advocate in the dispute resolution team of the law firm WKB Wiercinski, Kwiecinski, Baehr sp.k. and a doctoral student at the Doctoral School of Social Sciences at the University of Warsaw, where he is preparing his dissertation on arbitration and private international law.

ABSTRACT

Keywords: *arbitration, set-off, set-off defence, competence, arbitration clause*

Possibility of arbitration tribunal examining the defence of set-off

The purpose of this article is to review the issue of the set-off defence in arbitration. While it is generally accepted that the defence of set-off is not intended to be a means of asserting a disputed claim, in practice it is often used for that purpose. Consequently, the claim presented for set-off must be covered by the arbitration clause in order for the tribunal to have jurisdiction to examine the set-off defence. Otherwise, an award made in such a case can be set aside as having been made on a matter not covered by the arbitration agreement.

BIBLIOGRAFIA

- Błaszczak Łukasz**, *Zarzut potrącenia w procesie cywilnym (art. 203¹ k.p.c.)*, Warszawa 2019
- Born Gary B.**, *International Arbitration: Law and Practice* 2012
- Ereciński Tadeusz, Weitz Karol**, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008

- Fountoulakis Christina**, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration*, Oxford and Portland, Oregon 2011
- Jurcewicz Witold**, *Potrącenie wierzytelności podlegającej właściwości sądu państwowego w postępowaniu arbitrażowym*, „Glosa” 2018/1
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2017, Legalis
- Manowska Małgorzata**, *Wybrane zagadnienia dotyczące zarzutu potrącenia w postępowaniu arbitrażowym (w:) Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010
- Mourre Alexis**, *The Set-off Paradox in International Arbitration*, „Arbitration International”, Volume 24 Issue 3, LCIA, 2018
- Olaś Andrzej**, *Kompetencja sądu arbitrażowego do rozpoznania zarzutu potrącenia opartego na wierzytelności wynikającej ze stosunku prawnego nieobjętego zapisem na sąd polubowny*, „ADR Arbitraż i Mediacja” 2020/4.
- Olaś Andrzej**, *Potrącenie a zapis na sąd polubowny w prawie polskim – wybrane zagadnienia materialnoprawne i procesowe*, „Polski Proces Cywilny” 2014/1
- Olaś Andrzej**, *Zarzut potrącenia w procesie cywilnym*, Warszawa 2021, Legalis
- Pavic Vladimir**, *Counterclaim and set-off in international commercial arbitration*, https://anali.rs/xml/200-/2006c/2006-3e/Annals_2006_101-116.pdf (dostęp: 18.10.2023 r.)
- System Prawa Handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, Warszawa 2015, s. 237

Pojęcia kluczowe: *zamiar, umowa na okres próbny, nowelizacja Kodeksu pracy*

Małgorzata Grzešków

Zamiar zawarcia kolejnej umowy o pracę po ustaniu okresu próbnego

ABSTRAKT

W ostatnim czasie Kodeks pracy uległ istotnym zmianom. Kierunek wyznaczony przez kolejne nowelizacje należy ocenić co do zasady pozytywnie, jednak poszczególne nowe regulacje mogą budzić liczne wątpliwości interpretacyjne. Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza zamiaru deklarowanego przez strony stosunku pracy przy nawiązywaniu umowy o pracę na okres próbny. Jest to nowy obowiązek, poprzez który ustawodawca chce limitować długość okresu próbnego. W praktyce konsekwencje braku realizacji tego zamiaru będą niezwykle trudne do oceny.

I. NOWELIZACJA

W kwietniu 2023 r. weszła w życie nowelizacja Kodeksu pracy, która miała na celu implementację dwóch unijnych dyrektyw, tj. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1152 z 20.06.2019 r. w sprawie przejrzystych i przewidywalnych warunków pracy w Unii Europejskiej¹ oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1158 z 20.06.2019 r. w sprawie równowagi między życiem zawodowym a prywatnym rodziców i opiekunów oraz uchylającej dyrektywę Rady 2010/18/UE².

Zmiany wprowadzone tą nowelizacją dotyczą m.in. umowy na okres próbny. Modyfikacje wprowadzone w obszarze tej umowy polegają przede wszystkim na skróceniu dopuszczalnego okresu próbnego i powiązaniu jego maksymalnej długości z perspektywą dalszego zatrudnienia pracownika u danego pracodawcy. Przyjęcie przez polskiego ustawodawcę właśnie takich zmian znajduje podstawy w regulacji dyrektywy 2019/1152. Zgodnie z art. 8 ust. 2 tej dyrektywy: „W przypadku stosunków pracy na czas określony państwa członkowskie zapewniają, aby długość takiego okresu próbnego była współmierna do przewidywanego czasu trwania umowy i do charakteru pracy

1 Dz. Urz. UE L 186 z 11.07.2019 r., s. 105.

2 Dz. Urz. UE L 188 z 12.07.2019 r., s. 79.

(...)”. Jak natomiast wskazano w jej motywie 28: „Znaczna liczba państw członkowskich ustanowiła powszechny maksymalny czas trwania okresu próbnego od trzech do sześciu miesięcy, który należy uznać za rozsądny. (...) W przypadku stosunków pracy na czas określony krótszy niż 12 miesięcy państwa członkowskie powinny zapewnić, by długość okresu próbnego była odpowiednia i współmierna do przewidywanego czasu trwania umowy i do charakteru pracy. Jeżeli jest to przewidziane prawem krajowym lub praktyką krajową, pracownicy powinni mieć możliwość zaliczenia okresu próbnego do okresu nabywania praw pracowniczych”.

O ile dyrektywa 2019/1152 nałożyła na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, aby długość okresu próbnego była współmierna do przewidywanego czasu trwania umowy i do charakteru pracy, o tyle polski ustawodawca zdecydował się na implementację tej regulacji w oparciu o instytucję „zamiaru”. Zamiar zawarcia umowy o pracę po okresie próbnym jest zatem kluczowy dla określenia dopuszczalnej długości okresu próby.

Stosowanie przepisów w obecnym kształcie, a zwłaszcza interpretacja pojęcia zamiaru stron stosunku pracy, może przysparzać licznych problemów interpretacyjnych. W szczególności mogą pojawić się pytania: 1) na jaki moment zamiar powinien być ustalony, 2) czy zamiar może ulec zmianie w czasie lub po okresie próby, 3) czy (i ewentualnie jakie) pracodawca (pracownik) ponosi konsekwencje w przypadku niezrealizowania deklarowanego zamiaru.

II. UMOWA NA OKRES PRÓBNY – OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA

Umowa na okres próbny jest jednym z rodzajów umowy o pracę, której celem jest umożliwienie pracodawcy sprawdzenia kwalifikacji pracownika i możliwości jego zatrudnienia w celu wykonywania pracy określonego rodzaju (art. 25 § 2 k.p.). Ten rodzaj umowy ma swoje społeczno-gospodarcze przeznaczenie oraz funkcje w systemie prawa pracy³. Celem umowy na okres próbny jest „wypробowanie” pracownika. Dotychczas w literaturze wskazywano, że w umowie na okres próbny strony nie mogą z góry zobowiązać się do zawarcia po upływie okresu próbnego umowy o pracę innego rodzaju (na czas nieokreślony, określony). „Byłoby to sprzeczne z przeznaczeniem próbnego stosunku pracy. Umowa na okres próbny nie może więc być równocześnie umową przedwstępną, zawierającą przyrzeczenie zawarcia w przyszłości innej umowy o pracę”⁴.

Cel umowy na okres próbny uzasadnia jej limitowanie⁵. W żadnym wypadku (podobnie jak przed nowelizacją) strony umowy na okres próbny nie mogą określić

3 M. Tomaszewska (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*. t. 1, art. 1–93, red. K. W. Baran, Warszawa 2022, art. 25.

4 G. Goździewicz, T. Zieliński (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. L. Florek, Warszawa 2017, art. 25.

5 K. Jaśkowski (w:) E. Maniewska, K. Jaśkowski, *Kodeks pracy. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 25.

czasu trwania takiej umowy na okres przekraczający trzy miesiące. W rzeczywistości okres ten może być jednak dłuższy – umowa ta będzie trwała dłużej w przypadku, gdy strony uzgodnią, że umowę tę przedłuża się o czas urlopu, a także o czas innej usprawiedliwionej nieobecności pracownika w pracy, jeżeli wystąpią takie nieobecności (art. 25 § 2¹ k.p.). W pozostałych przypadkach, w razie zastosowania zbyt długiego okresu próbnego, należy uznać nieważność tej umowy w części, która przekracza dozwolony czas jej trwania (art. 18 § 2 k.p.). Zatem w tych okolicznościach ponadnormatywna część umowy na okres próbny przekształca się w umowę na czas określony⁶.

Prawidłowa implementacja dyrektywy 2019/1152 wymagała od polskiego ustawodawcy powiązania maksymalnego okresu próbnego z przewidywanym czasem trwania umowy, która ma zostać zawarta po okresie próbnym. W oparciu o aktualną regulację przepisu art. 25 k.p. umowę o pracę na okres próbny zawiera się na okres nieprzekraczający: 1) 1 miesiąca – w przypadku zamiaru zawarcia umowy o pracę na czas określony krótszy niż 6 miesięcy; 2) 2 miesięcy – w przypadku zamiaru zawarcia umowy o pracę na czas określony wynoszący co najmniej 6 miesięcy i krótszy niż 12 miesięcy (art. 25 § 2² k.p.). Ustawodawca nie zdecydował się natomiast na uregulowanie sytuacji, w której strony zamierzają zawrzeć umowę na czas nieokreślony bezpośrednio po okresie próbnym. W takim przypadku należy dopuścić ustalenie przez strony maksymalnego (3-miesięcznego) okresu próbnego⁷.

Pracodawca i pracownik mogą jednokrotnie wydłużyć w umowie o pracę na okres próbny okresy 1- i 2-miesięczne, nie więcej jednak niż o 1 miesiąc, jeżeli jest to uzasadnione rodzajem pracy (art. 25 § 2³ k.p.). Z przepisu art. 29 § 1 pkt 6 b) k.p. wynika, że w takim przypadku strony umowy na okres próbny powinny już w samej umowie na okres próbny zawrzeć postanowienie o jej wydłużeniu. Przez rodzaj pracy, o którym mowa w tym przepisie, należy rozumieć „zespół czynności należących do obowiązków pracownika związanych z zajmowanym stanowiskiem”⁸.

Podobnie jak przed analizowaną nowelizacją, ponowne zawarcie umowy o pracę na okres próbny z tym samym pracownikiem jest dopuszczalne, jeżeli pracownik ma być zatrudniony w celu wykonywania innego rodzaju pracy. Z Kodeksu pracy zniknęła natomiast przesłanka ponownego zawarcia umowy na okres próbny po upływie trzech lat od dnia rozwiązania lub wygaśnięcia poprzedniej umowy o pracę. Zmiana w tym zakresie wynikała z konieczności dostosowania polskiej regulacji do przepisu art. 8 ust. 2 (zdanie drugie) dyrektywy 2019/1152, zgodnie z którym w przypadku ponownego zawarcia umowy na to samo stanowisko i dotyczącej takich samych funkcji i zadań, stosunek pracy nie może być uzależniony od nowego okresu próbnego.

6 K. Jaśkowski (w.): E. Maniewska, K. Jaśkowski, *Kodeks pracy. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 25.

7 Szerzej: K. Jaśkowski (w.): E. Maniewska, K. Jaśkowski, *Kodeks pracy. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 25.

8 K. Stefański (w.): *Kodeks pracy. Komentarz*, t. 2, Art. 94–304(5), red. K. W. Baran, Warszawa 2022, art. 140.

III. INTERPRETACJA ZAMIARU

III.I. ZAMIAR – DEFINICJA I ZNACZENIE W PRAWIE PRYWATNYM

Zgodnie z definicją słownikową „zamiar” oznacza „to, co ktoś zamierza zrobić”⁹.

Pojęcie zamiaru występuje częściej w prawie karnym i właśnie w tej gałęzi prawa znajduje szerokie opracowanie zarówno w literaturze, jak i orzecznictwie. W kontekście „zamiaru”, który pojawił się w regulacji art. 25 k.p., zdecydowanie bardziej przydatna jest jednak analiza tego terminu w ujęciu prawa prywatnego. Zamiar w prawie cywilnym (w obszarze odpowiedzialności) utożsamiany jest z subiektywnym elementem winy przejawiającym się w umyślności (zamiar bezpośredni lub ewentualny)¹⁰. Kryterium zamiaru literalnie pojawia się również w przepisie art. 65 § 2 k.c., zgodnie z którym: „W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu”. W tym sensie zamiar stron umowy rozumiany jest jako rzeczywiste uzgodnione intencje stron co do skutków prawnych, które mają nastąpić w związku z zawarciem umowy. Przy czym istotna w tych okolicznościach jest chwila złożenia oświadczenia woli przez strony (a nie później wyrażone intencje)¹¹. Kolejnym przykładem występowania zamiaru w przepisach Kodeksu cywilnego jest regulacja przepisu art. 25 k.c. (*domicilium*). W tym przepisie *animus manendi*, czyli element subiektywny w postaci zamiaru, interpretowany jest w sposób zobiektywizowany, tj. z punktu widzenia typowego obserwatora¹² (a nie z subiektywnej perspektywy stron umowy).

Zamiar, o którym mowa w przepisie art. 25 § 2² k.p., powinien być analizowany z punktu widzenia obu stron stosunku pracy, tj. zgodnego zamiaru pracodawcy i pracownika. Gdyby intencja ustawodawcy była inna (tj. gdyby chodziło jedynie o zamiar pracodawcy lub pracownika), z pewnością znalazłoby to odzwierciedlenie w treści przepisu. Zamiar ten należy rozumieć jako wola ukierunkowania zachowania stron na osiągnięcie określonego celu i sterowanie tym zachowaniem. Na zamiar składa się więc warunkowane wyobrażenie celu (strona intelektualna) i dążenie oparte na motywacji jego osiągnięcia (strona woluntatywna). Do takiej interpretacji zamiaru prowadzi analiza przepisu art. 25 § 22 k.p. przez prymat posiłkowo stosowanych regulacji prawa cywilnego z obszaru wykładni składanych oświadczeń woli (art. 65 k.c. w zw. z art. 300 k.p.).

9 <https://sjp.pwn.pl/slowniki/zamiar.html>

10 Szerzej: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011, s. 706.

11 P. Nazaruk (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, LEX/el. 2023, art. 65.

12 A. Lutkiewicz-Rucińska (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, LEX/el. 2023, art. 25.

W literaturze prawa cywilnego wskazuje się, że kryteria interpretacji oświadczeń akcentują taki sposób rozumienia treści oświadczeń woli, jaki może być zrekonstruowany na podstawie zewnętrznych, weryfikowalnych reguł znaczeniowych związanych z kontekstem, w jakim dochodzi do złożenia oświadczenia woli¹³. Zamiar stron stosunku pracy również powinien być analizowany w sposób zobiektywizowany, tj. z punktu widzenia typowego obserwatora. Wyłącznie subiektywna analiza tego zamiaru mogłaby bowiem doprowadzić do łatwego obejścia przepisu art. 25 § 2² k.p. Kryterium istnienia zamiaru o określonej treści powinno być więc oceniane w kontekście całokształtu zachowania obu stron stosunku pracy. Takie rozumienie tego zamiaru uzasadnia potrzeba ochrony pracownika i w sposób pośredni wynika z przepisu art. 18 § 1 k.p.

Zamiar, o którym mowa w przepisie art. 25 § 2² k.p., powinien być wyrażony w umowie na okres próbny, jednak jedynie w przypadkach zawarcia umowy na okres próbny nieprzekraczający: 1) 1 miesiąca – w przypadku zamiaru zawarcia umowy o pracę na czas określony krótszy niż 6 miesięcy; 2) 2 miesięcy – w przypadku zamiaru zawarcia umowy o pracę na czas określony wynoszący co najmniej 6 miesięcy i krótszy niż 12 miesięcy (art. 29 § 1 pkt 6 b k.p.). Kaskadowa konstrukcja tej regulacji (przepis art. 29 § 1 pkt 6 b k.p. odsyła do przepisu art. 25 § 2² k.p.) sprawia, że przywołana regulacja jest bardzo nieprecyzyjna. Pojawiają się bowiem wątpliwości dotyczące tego, czy strony stosunku pracy mają obowiązek wskazywać w umowie na okres próbny swój zamiar w przypadkach, gdy: 1) strony zamierzają zawrzeć po okresie próbnym umowę na okres przekraczający 2 miesiące, 2) strony zawierają umowę na okres próbny nieprzekraczający 1 miesiąca, jednak z zamiarem zawarcia po okresie próbnym umowy na okres co najmniej 12 miesięcy, 3) strony zawierają umowę na okres próbny nieprzekraczający 2 miesięcy, jednak z zamiarem zawarcia po okresie próbnym umowy na okres co najmniej 12 miesięcy. W żadnym z przedstawionych wyżej przypadków nie została spełniona dyspozycja przepisu art. 29 § 1 pkt 6 b k.p. w zw. z art. 25 § 2² k.p., co sugeruje, że w żadnym z przedstawionych przypadków nie zachodzi więc potrzeba wskazywania w umowie zamiaru zawarcia umowy na czas określony po zakończonym okresie próbnym. Fakt, że w określonych sytuacjach strony nie mają obowiązku wskazywania swojego zamiaru w samej umowie, nie oznacza jednak, że taki zamiar nie musi istnieć. W przypadku braku wyraźnego zapisu w umowie, zamiar stron powinien wynikać z zachowania pracodawcy i pracownika. Nie ma jednak wątpliwości, że w takich okolicznościach dowodzenie istnienia konkretnego zamiaru będzie bardzo trudne.

13 M. Safjan (w:) *Kodeks cywilny*, red. K. Pietrzykowski, 2018, t. 1, kom. do art. 65.

III.II. AKTUALNOŚĆ ZAMIARU I MOŻLIWOŚĆ JEGO ZMIANY

Zamiar stron stosunku pracy co do dalszego zatrudnienia po okresie próbnym powinien być ustalony na moment zawierania umowy na okres próbny. W ten sposób ustalony moment oceny zamiaru należy jednak zestawić z samym celem umowy na okres próbny. Analiza tej kwestii wydaje się bowiem potrzebna w kontekście ustalenia dopuszczalności zmiany zamiaru.

Jak wskazuje się w orzecznictwie: „Umowa na okres próbny ma sprawdzać przygotowanie pracownika do wykonywania pracy określonego rodzaju. Cechą charakterystyczną umowy na okres próbny jest jej «usługowy» charakter wobec pozostałych umów. Bezpośrednim celem tej umowy nie jest bowiem osiągnięcie gospodarczego celu zatrudnienia w sposób właściwy dla każdej z umów wymienionych w art. 25 § 1 k.p., ale «wypróbowanie» pracownika przed nawiązaniem właściwego zatrudnienia, tzn. sprawdzenie jego przydatności na zajmowanym stanowisku i zapewnienie niekłopotliwego (automatycznego) rozwiązania umowy w razie niepomyślnego wyniku próby. Dlatego umowa na okres próbny, jeżeli strony decydują się na jej zawarcie, z reguły poprzedza umowę innego rodzaju, którą nawiązuje się w razie pomyślnego wyniku próby”¹⁴. Mając zatem na względzie cel umowy na okres próbny, przepis art. 25 k.p. należy interpretować w ten sposób, że umowę o pracę na okres próbny zawiera się na okres nieprzekraczający: 1) 1 miesiąca – w przypadku zamiaru zawarcia umowy o pracę na czas określony krótszy niż 6 miesięcy, 2) 2 miesięcy – w przypadku zamiaru zawarcia umowy o pracę na czas określony wynoszący co najmniej 6 miesięcy i krótszy niż 12 miesięcy oraz 3) 3 miesięcy – w przypadku zamiaru zawarcia umowy o pracę na czas określony wynoszący co najmniej 12 miesięcy oraz na czas nieokreślony. Z takim jednak zastrzeżeniem, że w każdym z tych przypadków zamiar stron powinien mieć charakter wiążący (tj. powinien rodzić określone zobowiązanie po stronie pracodawcy i pracownika) jedynie pod warunkiem, że kwalifikacje pracownika i możliwości jego zatrudnienia w celu wykonywania określonego rodzaju pracy zostaną potwierdzone w okresie próby.

Konkludując tę część rozważań, należy uznać, że strony stosunku pracy nie mają możliwości zmiany początkowo deklarowanego zamiaru w okresie próby lub po jego zakończeniu. Jednak w przypadku niepotwierdzenia kwalifikacji pracownika lub możliwości jego zatrudnienia w okresie trwania umowy na okres próbny istnieją jednak podstawy, by nie nawiązywać z pracownikiem dalszej współpracy (mimo uprzednio wyrażonego zamiaru). W świetle takiej interpretacji ewentualne nienawiązanie umowy na deklarowany uprzednio okres (po okresie próby) nie oznacza więc zmiany zamiaru (który oceniany jest jedynie na moment zawierania umowy na okres próbny), a świadczy o niepotwierdzeniu kwalifikacji lub braku możliwości zatrudnienia pracownika.

¹⁴ Wyrok SN z 4.09.2013 r. (II PK 358/12), OSNP 2014/5, poz. 70.

Warto również zauważyć, że oprócz negatywnej oceny pracy pracownika dokonanej przez pracodawcę może wystąpić również sytuacja, w której sam pracownik nie będzie zainteresowany nawiązaniem stosunku pracy po upływie okresu próby. Okres próby może bowiem służyć również pracownikowi, który w tym czasie negatywnie oceni swoją współpracę z pracodawcą i nie będzie chciał nawiązać z nim kolejnej umowy.

III.III. KONSEKWENCJE NIEWYWIĄZANIA SIĘ Z ZAMIARU WOBEC DRUGIEJ STRONY STOSUNKU PRACY

Zamiar w umowie zawieranej na okres próbny deklarowany jest zarówno przez pracodawcę, jak i pracownika. Konsekwencje braku jego realizacji należy zatem ustalić w odniesieniu do obu stron stosunku pracy.

Analizy wymagają sytuacje, w których pracodawca odmawia zatrudniania pracownika pomimo uprzednio deklarowanego zamiaru jego zatrudnienia na wskazany okres. W tych okolicznościach rozważenia wymagają dwa przypadki: 1) pracodawca nie nawiązuje po okresie próby stosunku pracy na deklarowany okres w sytuacji, gdy pracownik również odmawia kontynuowania współpracy; 2) pracodawca nie nawiązuje po okresie próby stosunku pracy na deklarowany okres w sytuacji, gdy pracownik jest gotowy kontynuować taką współpracę. W obu wyżej wymienionych przypadkach nienawiązanie stosunku pracy po okresie próby należy uznać za dopuszczalne w sytuacji negatywnej oceny pracy pracownika dokonanej przez pracodawcę (w oparciu o przepis art. 25 § 2 k.p.). W pierwszej sytuacji (tj. w okolicznościach, w których zarówno pracodawca, jak i pracownik nie chcą nawiązać kolejnego stosunku pracy) początkowo zadeklarowany (przy nawiązywaniu umowy o pracę na okres próbny) zamiar zawarcia kolejnej umowy o pracę nie będzie rodził obowiązku pracy. Byłoby to bowiem oczywiście sprzeczne z podstawową zasadą prawa pracy, tj. zasadą wolności pracy. W myśl przepisu art. 11 k.p.: „Nawiązanie stosunku pracy oraz ustalenie warunków pracy i płacy, bez względu na podstawę prawną tego stosunku, wymaga zgodnego oświadczenia woli pracodawcy i pracownika”. W drugim z przedstawionych przypadków można natomiast rozważyć przysługiwanie pracownikowi określonych instrumentów prawnych w celu ochrony jego praw. Jednym z nich może być skorzystanie z przepisu art. 29⁴ § 3 k.p., który stanowi, że: „Jeżeli pracownik uważa, że przyczyną rozwiązania umowy o pracę na okres próbny za wypowiedzeniem albo zastosowania działania mającego skutek równoważny z rozwiązaniem umowy o pracę było jednoczesne pozostawanie w stosunku pracy z innym pracodawcą lub jednoczesne pozostawanie w stosunku prawnym innym niż stosunek pracy, lub dochodzenie udzielenia informacji, o których mowa w art. 29 § 3, 3² i 3³ oraz art. 291 § 2 i 4, lub skorzystanie z praw, o których mowa w art. 94¹³, może, w terminie 7 dni od dnia złożenia oświadczenia woli pracodawcy o rozwiązaniu umowy o pracę na okres

próbny za wypowiedzeniem albo zastosowania działania mającego skutek równoważny z rozwiązaniem umowy o pracę, złożyć do pracodawcy wnioski w postaci papierowej lub elektronicznej o wskazanie przyczyny uzasadniającej to rozwiązanie umowy o pracę albo zastosowanie działania”. W przedstawionej sytuacji „niewywiązanie się” z deklarowanego początkowo zamiaru można bowiem uznać za działanie mające skutek równoważny z rozwiązaniem umowy o pracę. Dalej idącym instrumentem, który mógłby przysługiwać pracownikowi, jest roszczenie o charakterze odszkodowawczym. W tej sytuacji zasadne byłoby wykorzystanie przepisu art. 300 k.p., który uprawnia do skorzystania z regulacji Kodeksu cywilnego. Pracownik mógłby zatem (pod warunkiem udowodnienia wszystkich przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej) dochodzić od pracodawcy odszkodowania. W grę mogłaby tu wchodzić zarówno odpowiedzialność kontraktowa, jak również odpowiedzialność deliktowa pracodawcy. W odniesieniu do odpowiedzialności kontraktowej w grę wchodziłaby przede wszystkim odpowiedzialność w ramach ujemnego interesu umownego. „W judykaturze i piśmiennictwie rozróżnia się odpowiedzialność za szkodę w granicach dodatniego oraz ujemnego interesu umownego. Szkada w granicach pozytywnego interesu umownego obejmuje uszczerbek powstały wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Natomiast negatywnym interesem umownym określa się szkodę powstałą przez niedojście do skutku zamierzonej umowy. Szkada w granicach ujemnego interesu umownego obejmuje więc głównie wydatki poniesione dla jej zawarcia. Przyjąć trzeba, iż obowiązek odszkodowawczy dłużnika ogranicza się do następstw, które w chwili zawarcia umowy były do przewidzenia w normalnym toku rzeczy, oraz tych, które można było rozsądnie przewidzieć na podstawie wiedzy o szczególnych okolicznościach danego przypadku”¹⁵. W obu rodzajach odpowiedzialności kwestią kluczową będzie udowodnienie tego, czy faktycznie zaistniały przesłanki uprawniające do negatywnej oceny tego pracownika w oparciu o przepis art. 25 § 2 k.p. W przypadku wykazania tych okoliczności, tj. w przypadku wykazania przez pracodawcę, że pracownik nie ma odpowiednich kwalifikacji lub nie ma możliwości jego zatrudnienia w celu wykonywania określonego rodzaju pracy, pracodawca mógłby od tej odpowiedzialności się uwolnić.

W końcu, najdalej idącym roszczeniem, które mogłoby przysługiwać pracownikowi, jest roszczenie o nawiązanie stosunku pracy (zgodnie z zamiarem deklarowanym w umowie na okres próbny). To roszczenie wymaga pogłębionej analizy jego ewentualnych podstaw. Jak wskazuje się w orzecznictwie: „W prawie pracy roszczenie o zatrudnienie, o zatrudnienie na określonym stanowisku lub o awans ma charakter wyjątkowy. Podstawową zasadą prawa pracy jest bowiem to, że nawiązanie stosunku pracy oraz ustalenie warunków pracy i płacy, bez względu na podstawę prawną tego stosunku, wymaga zgodnego oświadczenia woli pracodawcy i pracownika (art. 11

15 Wyrok SR w Kamiennej Górze z 30.11.2016 r. (I C 663/16), LEX nr 2171333.

k.p.). Dlatego, z reguły nikt nie ma roszczenia o zatrudnienie na konkretnym stanowisku pracy, a osoba już zatrudniona (pracownik) nie może skutecznie żądać nowego, korzystniejszego ukształtowania treści stosunku pracy, w tym zajęcia wyższego stanowiska, jeżeli pracodawca nie godzi się na taką zmianę. Odmienna sytuacja może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy roszczenie o nawiązanie stosunku pracy na konkretnym stanowisku wynika z przepisów prawa lub zobowiązania przyjętego przez pracodawcę (...)”¹⁶. Możliwość dochodzenia przez pracownika roszczenia o zawarcie umowy o pracę została potwierdzona w kontekście niewywiązywania się przez pracodawcę z zawartej umowy przedwstępnej o pracę¹⁷. W przypadku przedwstępnej umowy o pracę można jednak mówić o wyraźnym zobowiązaniu, którego podjął się pracodawca. Przedwstępna umowa o pracę powinna bowiem wyrażać zobowiązanie obu stron (pracownika i pracodawcy) do zawarcia oznaczonej umowy o pracę, a także określać istotne postanowienia tej umowy. Umowa przedwstępna niespełniająca tych wymagań jest nieważna¹⁸. „Zawarcie umowy przedwstępnej, przewidującej zawarcie w przyszłości umowy o pracę, daje stronom uprawnienia określone przepisami prawa cywilnego w celu prawidłowej realizacji zobowiązań przyjętych w treści umowy przedwstępnej. Jeżeli (przyszły) pracodawca uchyła się od zawarcia przyrzeczonej umowy o pracę, to (przyszłemu) pracownikowi przysługuje albo roszczenie o zawarcie umowy przyrzeczonej (art. 390 § 2 k.c.), albo roszczenie o naprawienie szkody, którą poniósł przez to, że liczył na zawarcie umowy przyrzeczonej (art. 390 § 1 k.c.)”¹⁹. Porównując przedwstępną umowę o pracę do zamiaru deklarowanego w umowie na okres próbny, należy uznać, że w tym drugim przypadku deklarowany zamiar nie stanowi jednoznacznego zobowiązania. O istnieniu konkretnego zobowiązania można więc mówić jedynie w przypadku zrealizowania zamiaru, który ze swojej istoty odnosi się do przyszłości. Dlatego też należy odrzucić możliwość dochodzenia przez pracownika roszczenia o nawiązanie stosunku pracy.

W przypadku, gdy to pracownik (wbrew początkowo deklarowanemu zamiarowi) nie chce nawiązać z pracodawcą kolejnego stosunku pracy po upływie okresu próbnego, wydaje się, że (z uwagi na zasadę wolności pracy) w grę może wchodzić jedynie odpowiedzialność odszkodowawcza tego pracownika. Podobnie jak pracownik, pracodawca musiałby wówczas wykazać wszelkie przesłanki odpowiedzialności deliktowej bądź kontraktowej. Wątpliwości może natomiast budzić to, czy pracownik mógłby się od tej odpowiedzialności uwolnić, powołując się na cel umowy na okres próbny, tj. poprzez wykazanie, że okres próby nie potwierdził posiadanych przez niego kwalifikacji, bądź możliwości zatrudnienia w celu wykonywania określonego rodzaju

16 Postanowienie SN z 27.04.2021 r. (III PSK 38/21), LEX nr 3358870.

17 Uchwała SN z 21.06.1972 r. (III PZP OSN CP).

18 Wyrok SA w Katowicach z 14.01.2000 r. (I ACa 914/99), OSA 2001/2, poz. 8.

19 Wyrok SN z 17.07.2009 r. (I PK 26/09), OSNP 2011/5-6, poz. 73.

pracy. Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy bliżej przyjrzeć się istocie samej umowy na okres próbny. Regulacja tego rodzaju umowy, a w szczególności limitowanie długości okresu próbnego, została ukształtowana przede wszystkim w sposób, który ma na celu uniknięcie stawiania pracownika w mniej korzystnej pozycji wobec dominacji pracodawcy. Nie zmienia to jednak faktu, że w następstwie odbytego okresu próby to pracownik może stwierdzić, że nie posiada odpowiednich kwalifikacji lub nie ma możliwości jego zatrudnienia w celu wykonywania określonego rodzaju pracy. Tym bardziej, że ustawodawca w przepisie art. 25 § 2 k.p. nie uniemożliwia dokonania negatywnej oceny pracownika na podstawie tego przepisu przez samego pracownika. Nie jest sytuacją wyjątkową okoliczność, w której to pracownik w toku okresu próbnego dochodzi do wniosku, że nie sprawdzi się na oferowanym przez pracodawcę stanowisku. W świetle powyższych ustaleń należy zatem uznać, że również pracownik ma możliwość powoływania się na cel umowy na okres próbny, który może uzasadniać nienawiązanie umowy o pracę po zakończonym okresie próbnym (mimo początkowo zadeklarowanego zamiaru).

IV. KONKLUZJE

Przeprowadzona w artykule analiza pozwoliła na sformułowanie następujących konkluzji:

1. Zamiar formułowany przez strony stosunku pracy przy zawieraniu umowy o pracę na okres próbny ma charakter wiążący, pod warunkiem jednak pozytywnego przebiegu okresu próby, tj. pod warunkiem potwierdzenia w tym okresie kwalifikacji pracownika oraz możliwości jego zatrudnienia w celu wykonywania określonego rodzaju pracy.
2. Podobnie jak w przypadku *domicilium*, zamiar w kontekście art. 25 § 2² k.p. należy rozumieć nie jako wolę wewnętrzną, ale wolę dającą się określić na podstawie obiektywnych, możliwych do stwierdzenia okoliczności. Przy ustalaniu zamiaru nie można poprzestawać tylko na oświadczeniach zainteresowanych osób²⁰.
3. Zamiar stron stosunku pracy co do zawarcia umowy o pracę po zakończeniu okresu próbnego ustala się na moment zawierania umowy na okres próbny. Strony stosunku pracy nie mają możliwości zmiany początkowo deklarowanego zamiaru w okresie próby lub po jego zakończeniu. W sytuacji niepotwierdzenia kwalifikacji pracownika lub braku możliwości jego zatrudnienia w celu wykonywania określonego rodzaju pracy istnieją jednak podstawy, by nie nawiązywać z pracownikiem dalszej współpracy (mimo

20 Postanowienie SN z 15.07.1978 r. (IV CR 242/79), OSNC 1979/6, poz. 120.

- upřednio wyrażonego zamiaru). Do takiej konkluzji prowadzi wykładnia funkcjonalna i celowościowa regulacji dotyczącej umowy na okres próbny.
4. Konsekwencje braku realizacji początkowo deklarowanego zamiaru należy odnosić do obu stron stosunku pracy. W tym przypadku w grę może wchodzić odpowiedzialność odszkodowawcza na zasadach Kodeksu cywilnego (art. 300 k.p.). Niezrealizowanie zamiaru kontynuacji współpracy nie daje natomiast podstaw do dochodzenia roszczeń o nawiązanie stosunku pracy.

adw dr Małgorzata Grześków

Adwokat wykonujący zawód we Wrocławiu. Adiunkt w Zakładzie Prawa Pracy na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Jej zainteresowania badawcze obejmują prawo indywidualnych stosunków pracy oraz stosunki służbowe. Autorka publikacji z zakresu prawa pracy, w tym m.in. monografii Nawiązywanie stosunków zatrudnienia w służbach zmilitaryzowanych (Warszawa 2020). Advocate practising in Wrocław, assistant professor at the Department of Labour Law at the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław. Her research interests include the law of individual employment relations and service relations. Author of academic publications in the field of labour law, including a monograph titled „Establishment employment relationships in militarized services”, Warsaw 2020.

ORCID: 0000-0002-8449-898X

malgorzata.grzeskow@uwr.edu.pl

ABSTRACT

Keywords: *intention, trial period contract, amendment of the Labour Code*

Intention to conclude another employment contract after the lapse of the trial period

The Labour Code has recently been subject to significant changes. In general, the direction set by successive amendments should be assessed positively, however, individual new regulations may raise numerous interpretational doubts. The subject of this article is an analysis of the intention declared by the parties to an employment relationship when entering into a contract of employment for a trial

period. This is a new obligation through which the legislator wishes to limit the length of the trial period. In practice, the consequences of failing to implement this intention will be extremely difficult to assess.

Bibliografia

- Gniewek Edward**, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011
- Grzegorz Goździewicz, Tadeusz Zieliński (w:)** *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. VII, red. L. Florek, Warszawa 2017, art. 25
- Jaśkowski Kazimierz (w:)** Eliza Maniewska, Kazimierz Jaśkowski, *Kodeks pracy. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023
- Lutkiewicz-Rucińska Anita (w:)** *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, LEX/el. 2023
- Nazaruk Piotr (w:)** *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, LEX/el. 2023, art. 65
- Safjan Marek (w:)** *Kodeks cywilny*, red. K. Pietrzykowski, 2018, t. 1, kom. do art. 65
- Stefański Krzysztof (w:)** *Kodeks pracy. Komentarz*, t. 2, Art. 94–304(5), red. K. Baran, Warszawa 2022, art. 140.
- Tomaszewska Monika (w:)** *Kodeks pracy. Komentarz*, t. 1. Art. 1-93, red. K. W. Baran, Warszawa 2022, art. 25.

Pojęcia kluczowe: CBAM, prawo Unii Europejskiej, Fitfor55

Natalia Kozłowska

Mechanizm dostosowania cen na granicach z uwzględnieniem emisji CO₂ (CBAM) – teoria a rzeczywistość

ABSTRAKT

W artykule zostały poruszone podstawowe informacje i kwestie związane z nowymi regulacjami Unii Europejskiej, tj. mechanizmem dostosowania cen na granicach z uwzględnieniem emisji CO₂ (CBAM). Od 1.10.2023 r. na określone podmioty zostały nałożone nowe obowiązki, których realizacja wymaga dużego zaangażowania. Co ważne, od 1.01.2026 r. obowiązki te zostaną w znacznym stopniu rozszerzone. W pracy zostaną również przedstawione cele wprowadzenia mechanizmu CBAM i możliwy wpływ tych regulacji na środowisko. Celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy nowych obowiązków związanych z regulacją CBAM i zaprezentowanie problemów praktycznych dla podmiotów zaangażowanych oraz przedstawienie wniosków *de lege ferenda* w zakresie koniecznych zmian w tych regulacjach.

I. WPROWADZENIE

Od 1.10.2023 r. w życie weszła część przepisów dotyczących mechanizmu CBAM, czyli mechanizmu dostosowania cen na granicach z uwzględnieniem emisji CO₂. Od tego czasu obowiązuje okres przejściowy, który ma być pewnego rodzaju przygotowaniem na wejście w życie już 1.01.2026 r. okresu docelowego. Mechanizm CBAM niesie za sobą wiele nowych obowiązków dla określonych w unijnych przepisach podmiotów, które to obowiązki w praktyce niekiedy wydają się trudne do zrealizowania. Celem wprowadzenia regulacji CBAM była przede wszystkim redukcja emisji gazów cieplarnianych i poprawa środowiska naturalnego. Regulacja ta jest wynikiem wieloletnich planów i założeń organów Unii Europejskiej, jednak ten doniosły cel, jaki przyświeca mechanizmowi, niesie za sobą wiele wątpliwości i problemów, które wyszły na jaw już po kilkumiesięcznym obowiązywaniu przepisów dotyczących CBAM.

W trakcie przedmiotowych analiz w zakresie problematyki nowych regulacji CBAM z uwzględnieniem zaprezentowania celów tej regulacji, podstawowych obowiązków prawnych i uwzględnienia problematyki, która pojawia się w praktycznym zastosowaniu przepisów CBAM, zastosowano metodę formalno-dogmatyczną w celu analizy aktów prawa powszechnie obowiązującego na poziomie unijnym, jak również wykorzystano metodę teoretycznoprawną w celu analizy warstwy pojęciowej oraz definicyjnej. W pewnym zakresie użyto również metody *case study* przez zaprezentowanie wątpliwości i problemów, jakie spotykane są już w praktycznym stosowaniu przepisów prawa, proponując jednocześnie określone rozwiązania.

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy nowych obowiązków związanych z regulacją CBAM i zaprezentowanie problemów praktycznych dla podmiotów zaangażowanych oraz przedstawienie wniosków *de lege ferenda* w zakresie koniecznych zmian regulacji CBAM.

II. MECHANIZM CBAM I CELE JEGO WPROWADZENIA

Mechanizm CBAM został wprowadzony poprzez rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/956 z 10.05.2023 r. ustanawiające mechanizm dostosowywania cen na granicach z uwzględnieniem emisji CO₂¹ i uzupełniony poprzez Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2023/1773 z 17.08.2023 r. ustanawiające zasady stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/956 w odniesieniu do obowiązków sprawozdawczych do celów mechanizmu dostosowywania cen na granicach z uwzględnieniem emisji CO₂ w okresie przejściowym². Mechanizm dostosowywania cen na granicach z uwzględnieniem emisji CO₂ to instrument, którego głównym celem jest zmniejszenie emisji gazów cieplarnianych³. Ma głównie przeciwdziałać ucieczce emisji, tzn. ma zminimalizować i zapobiegać przenoszeniu wysokoemisyjnych produkcji poza granice Unii Europejskiej w celu zmniejszenia kosztów produkcji. Powyższe zatem jest ściśle powiązane z ochroną środowiska i zachodzącymi zmianami klimatycznymi, poprzez dążenie do wyrównania kosztów emisji dwutlenku węgla w stosunku do produktów importowanych. Mechanizm CBAM ma być również zachętą dla przedsiębiorstw do stosowania mniej emisyjnych

1 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/956 z 10.05.2023 r. ustanawiające mechanizm dostosowywania cen na granicach z uwzględnieniem emisji CO₂ (Tekst mający znaczenie dla EOG), OJ L 130, 16.05.2023, p. 52–104, dalej: rozporządzenie CBAM.

2 Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2023/1773 z 17.08.2023 r. ustanawiające zasady stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/956 w odniesieniu do obowiązków sprawozdawczych do celów mechanizmu dostosowywania cen na granicach z uwzględnieniem emisji CO₂ w okresie przejściowym, OJ L 228, 15.09.2023, p. 94–195, dalej: rozporządzenie wykonawcze CBAM.

3 Zob. również J. Matarewicz, *Graniczny podatek węglowy (CBAM) od 1 października 2023 r.*, LEX/el. 2023.

technologii w produkcji i – co ważne – powiązany jest ze stopniowym wycofywaniem bezpłatnych uprawnień w ramach unijnego systemu handlu uprawnieniami do emisji⁴.

III. MECHANIZM CBAM I JEGO ETAPY

Mechanizm CBAM będzie wprowadzany poprzez dwa etapy. Pierwszy etap przejściowy, który rozpoczął się 1.10.2023 r. i zakończy się 31.12.2025 r., oraz drugi etap docelowy, który rozpocznie się 1.01.2026 r.

Regulacje CBAM dotyczą przede wszystkim importu na obszar celny Unii Europejskiej pewnych określonych towarów, które pochodzą z państw trzecich, tj. z państw poza obszarem celnym Unii, w sytuacji, gdy towary te lub produkty przetworzone powstałe z tych towarów w wyniku procedury uszlachetniania czynnego zgodnie z oddzielnymi przepisami są przywożone na obszar celny Unii⁵. Regulacjami CBAM objęte są aktualnie towary z takich sektorów, jak: żeliwo i stal, aluminium, energia elektryczna, cement, nawozy i chemikalia (wodór). Szczegółowy ich wykaz znajduje się w załączniku I do rozporządzenia CBAM. Zdaniem organów Unii Europejskiej to ww. towary są najbardziej narażone na ryzyko ucieczki⁶. Przy czym nie należy zapomnieć o tym, że zakres towarów objętych mechanizmem CBAM będzie stopniowo rozszerzany⁷, co wydaje się zasadne w celu osiągnięcia zamierzonych celów klimatycznych. Analiza i identyfikacja, które dokładnie towary zostały objęte mechanizmem CBAM, odbywa się poprzez wykorzystanie Nomenklatury scalonej^{8,9}. Tym samym kluczowa staje się znajomość ośmiocyfrowych kodów Nomenklatury (tzw. kody CN) importowanych towarów, gdzie w następstwie przyrównania ich do działu czy pozycji wymienionych w ww. załączniku będzie możliwe określenie, czy dany wyrób jest towarem CBAM. Przy czym do niektórych towarów, mimo posiadania przez nie stosownego kodu CN, nie zawsze będą miały zastosowanie regulacje CBAM. Dla przykładu wyłączone zostają towary o niewielkiej wartości, tj. gdy wartość towaru na przesyłkę nie przekracza 150 Euro¹⁰. Podobnie regulacje CBAM nie będą miały zastosowania do towarów CBAM pochodzących z niektórych krajów (Norwegia, Szwajcaria) lub terytoriów

4 Dyrektywa 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.10.2003 r. ustanawiająca system handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych w Unii oraz zmieniająca dyrektywę Rady 96/61/WE, Dz.U. L 275 z 25.10.2003 r., s. 32.

5 Zob. art. 2 ust. 1 i 2 rozporządzenia CBAM.

6 Zob. pkt 31 i 32 preambuły do rozporządzenia CBAM.

7 Zob. m.in. pkt 65 preambuły do rozporządzenia CBAM.

8 Rozporządzenie Rady (EWG) nr 2658/87 z 23.07.1987 r. w sprawie nomenklatury taryfowej i statystycznej oraz w sprawie Wspólnej Taryfy Celnej, Dz.U. L 256 z 7.09.1987r., s. 1.

9 „(...) systemem kodowania UE, obejmującym kody Systemu Zharmonizowanego (HS) z dalszymi podpodziałami UE. Służy ona wspólnej taryfie celnej UE (...)", <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/pl/content/nomenklatura-scalona-0>

10 Zob. art. 2 ust. 3 rozporządzenia CBAM.

(Helgoland, Livigno)¹¹. Co więcej, w okresie przejściowym przewidziano dodatkowe wyłączenia, tj. regulacje CBAM nie dotyczą produktów przetworzonych powstałych w wyniku procedury uszlachetniania biernego, zgodnie z oddzielnymi przepisami, czy towarów kwalifikujących się jako towary powracające zgodnie z oddzielnymi przepisami¹². Kluczowym pojęciem na gruncie mechanizmu CBAM są emisje wbudowane, czyli emisje gazów cieplarnianych wydzielanych przy produkcji towarów, które trzeba będzie raportować. Na emisje wbudowane składają się: emisje bezpośrednie¹³, które powstają w procesie produkcji, oraz emisje pośrednie¹⁴, pochodzące z wytwarzania energii elektrycznej zużywanej podczas produkcji. To właśnie zdobycie informacji o ww. emisjach wbudowanych będzie stanowiło wyzwanie dla podmiotów objętych przepisami CBAM i zarazem będzie jednym z głównych obowiązków w zakresie regulacji CBAM. Przy czym obowiązki te należy rozróżnić na etap przejściowy i docelowy.

IV. OKRES PRZEJŚCIOWY MECHANIZMU CBAM

W okresie przejściowym, który rozpoczął się w ubiegłym roku (1.10.2023 r.), główne obowiązki spoczywają na importerach lub pośrednich przedstawicielach celnych, czyli na zgłaszających objętych obowiązkiem sprawozdawczym¹⁵. Okres ten ma być dla podmiotów objętych tym mechanizmem czasem do stosownego i dobrego przygotowania się na okres docelowy, a dla organów ma stanowić podstawę do zgromadzenia bardziej szczegółowych danych w zakresie importowanych towarów. Dane zgromadzone w okresie przejściowym mają pomóc w określeniu stosownej metodyki monitorowania i następnie raportowania emisji wbudowanych w okresie od 1.01.2026 r.

Głównym obowiązkiem ciążącym na importerach lub pośrednich przedstawicielach celnych w okresie przejściowym jest składanie kwartalnych sprawozdań CBAM, zgodnie z art. 8 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego CBAM, w terminie nie później niż miesiąc od zakończenia danego kwartału. Przy czym kluczową datą dla realizacji obowiązków sprawozdawczych będzie data dopuszczenia tego towaru do obrotu na obszarze celnym UE (a w przypadku uszlachetniania czynnego będzie to data dopuszczenia do obrotu produktu).

11 Zob. załącznik III do rozporządzenia CBAM.

12 Zob. art. 34 ust. 2 rozporządzenia CBAM.

13 Zgodnie z art. 3 pkt 21 rozporządzenia CBAM emisje bezpośrednie to emisje pochodzące z procesów produkcji towarów, w tym emisje pochodzące z wytwarzania ogrzewania i chłodzenia zużywanych podczas procesów produkcyjnych, niezależnie od miejsca wytwarzania ogrzewania lub chłodzenia.

14 Zgodnie z art. 3 pkt 34 rozporządzenia CBAM emisje pośrednie to emisje pochodzące z wytwarzania energii elektrycznej zużywanej w procesach produkcji towarów, niezależnie od miejsca wytwarzania zużywanej energii elektrycznej.

15 Zob. art. 2 pkt 1 rozporządzenia wykonawczego CBAM.

Informacje, jakie powinny zostać przekazane w sprawozdaniu CBAM, zostały wymienione w załączniku I do rozporządzenia wykonawczego CBAM. Jak można zaobserwować, ilość danych tam wskazanych jest nie tylko znaczna, ale co ważne, bez głębszego zagłębienia się w przepisy, nie jest możliwe zrozumienie wszelkich terminów tam wskazanych. W sprawozdaniach tych należy ująć m.in. ilość przywiezionych towarów CBAM, ich kraj pochodzenia, dane o operatorze¹⁶ i instalacji¹⁷, dane dotyczące emisji wbudowanych czy informacje dotyczące należnej opłaty za emisję gazów cieplarnianych, która została uiszczona w kraju pochodzenia. Mimo iż w rozporządzeniu wykonawczym CBAM określono szereg danych, które powinny zostać wyszczególnione w sprawozdaniu CBAM, to nie wszystkie informacje są obowiązkowe do przekazania od samego początku wejścia w życie okresu przejściowego.

W rozporządzeniu wykonawczym CBAM określono, w jaki sposób (m.in. jakie metodyki monitorowania powinny zostać wybrane) powinno się wyliczać emisje wbudowane, bazując na rzeczywistych wartościach¹⁸. W pierwszych okresach przewidziano jednak możliwość skorzystania z pewnych uproszczeń. Do 31.07.2024 r. w przypadku braku stosownych informacji podmioty mogą zastosować wartości domyślne udostępnione przez organy Unii Europejskiej¹⁹. W praktyce oznacza to, że znacznie prostsze staje się wyliczenie emisji wbudowanych, jednak w dalszym ciągu konieczne jest posiadanie informacji m.in. o ilości przywiezionych towarów CBAM (ich masie netto lub w przypadku energii elektrycznej ilości w MWh), kraju ich pochodzenia, kodzie CN czy pewnych podstawowych informacji o operatorze i instalacji, z której pochodzą towary CBAM. Powyższe uproszczenie należy ocenić pozytywnie, ponieważ nie wywołuje u podmiotów zobowiązanych efektu „rzucania na głęboką wodę” i daje możliwość zaznajomienia się z przepisami i funkcjonowaniem rejestru przejściowego CBAM. W dalszej fazie do 31.12.2024 r. emisje wbudowane mogą być określone z wykorzystaniem innych metodologii, jeżeli zapewniają one podobny zakres i poziom dokładności danych²⁰. Jako trzecie uproszczenie na dalszych etapach raportowania CBAM pozostaje możliwość oparcia się jedynie do 20% całkowitej wielkości emisji wbudowanych²¹ z towarów złożonych na wartościach szacunkowych udostępnionych przez operatorów instalacji. Teoretycznie wydaje się, że powyższe jest dobrym rozwiązaniem, w szczególności w przypadku braku możliwości uzyskania stosownych danych od producentów czy dostawców, jednak w dalszym ciągu pozostaje pytanie, czy taki zakres procentowy będzie wystarczający. Obecnie nie jest niestety do

16 Zgodnie z art. 3 pkt 31 rozporządzenia CBAM to osoba, która eksploatuje lub kontroluje instalację w państwie trzecim.

17 Zgodnie z art. 3 pkt 30 rozporządzenia CBAM oznacza to stacjonarną jednostkę techniczną, w której prowadzony jest proces produkcji.

18 Zob. art. 4 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego CBAM i załącznik III do rozporządzenia wykonawczego CBAM.

19 Zob. art. 4 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego CBAM.

20 Zob. art. 4 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego CBAM.

21 Zob. art. 5 rozporządzenia wykonawczego CBAM.

końca wiadomo, w jaki sposób zastosować ww. uproszczenie w praktyce. W tym zakresie podmioty będą musiały poczekać na pewne wyjaśnienia ze strony organów Unii Europejskiej lub Krajowego Ośrodka Bilansowania i Zarządzania Emisjami²², który został wyznaczony jako organ właściwy do działań związanych z regulacjami CBAM²³. Z perspektywy podmiotowej główny ciężar wypełniania obowiązków CBAM formalnie spoczywa na importerach czy pośrednich przedstawicielach celnych. Jednak zupełnie inaczej wygląda to w praktyce, bowiem bez otrzymania konkretnych danych od operatora instalacji czy dostawcy towarów CBAM nie będzie możliwe prawidłowe uzupełnienie sprawozdania kwartalnego CBAM, o czym szczegółowo mowa w dalszej części.

Podmioty, które są zobowiązane do złożenia sprawozdań CBAM, powinny uprzednio uzyskać dostęp do rejestru przejściowego CBAM²⁴, czyli elektronicznego systemu, bowiem za jego pośrednictwem możliwe jest m.in. złożenie kwartalnego sprawozdania CBAM. Co ważne, kwortalne sprawozdania CBAM składane są elektronicznie, aczkolwiek nie jest do tego wymagane posiadanie specjalnego podpisu elektronicznego, co należy ocenić pozytywnie, bowiem nie nakłada to kolejnych, nowych obowiązków. Uzyskanie dostępu do ww. rejestru w Polsce odbywa się poprzez Platformę Usług Elektronicznych Skarbowo-Celnych²⁵. Cały proces składa się z wielu etapów, tj. m.in. utworzenia konta osoby fizycznej, udzielenia stosownych pełnomocnictw (z konkretnymi uprawnieniami), zarejestrowania danych firmy (w przypadku braku), zarejestrowania (zaktualizowania) reprezentacji firmy na platformie PUESC. Po uzyskaniu dostępu do rejestru przejściowego CBAM dla uproszczenia i ułatwienia uzupełniania kwartalnych sprawozdań ważne jest nie tyle zapoznanie się z całym rejestrem, ile uzupełnienie pewnych stałych danych o operatorach czy instalacjach, dzięki czemu na etapie wypełniania sprawozdań CBAM możliwe będzie posłużenie się już wprowadzonymi uprzednio danymi, co ma znaczenie w szczególności, kiedy m.in. podmioty raportują przywóz różnych towarów CBAM od tego samego operatora. Co ważne, sprawozdania CBAM mogą zostać zmodyfikowane po ich wysyłce, w okresie do dwóch miesięcy od zakończenia danego kwartału sprawozdawczego. Wyjątkowo za dwa pierwsze okresy sprawozdawcze, tj. za IV kwartał 2023 r. i I kwartał 2024 r., możliwe jest dokonanie ich modyfikacji, aż do 31.07.2024 r.²⁶. Nie jest to

22 Dalej jako: KOBIZE. Zgodnie z art. 11 rozporządzenia CBAM „Każde państwo członkowskie wyznacza właściwy organ do wypełniania funkcji i obowiązków wynikających z niniejszego rozporządzenia i powiadamia o tym fakcie Komisję”. W Polsce takim organem wybranym na okres przejściowy jest KOBIZE (https://taxation-customs.ec.europa.eu/document/download/5595ce5b-9fd-2-42f6-9908-ed6325338ffa_en?filename=20240220%20Updated%20provisional%20list%20of%20NCAs%20for%20CBAM.pdf&preflang=pl). Wybór właściwego organu należy do zadań stosownych krajów Unii Europejskiej, co jest powiązane z realizacją zasady autonomii instytucjonalnej państw członkowskich.

23 Provisional list of National Competent Authorities (NCAs) for the Carbon Border Adjustment Mechanism As of 19 March 2024, https://taxation-customs.ec.europa.eu/carbon-border-adjustment-mechanism_pl (dostęp: 5.05.2024 r.).

24 Zob. art. 10 rozporządzenia wykonawczego CBAM.

25 <https://puesc.gov.pl/> (dostęp: 5.05.2024 r.).

26 Zob. art. 9 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego CBAM.

jednak koniec możliwości dokonania zmian, bowiem na uzasadniony wniosek złożony do KOBIZE możliwe jest uzyskanie zezwolenia na ponowne złożenie sprawozdania CBAM lub jego korektę po upływie powyższych terminów w ciągu roku od zakończenia danego kwartału²⁷. Powyższe nie powinno jednak tworzyć pośród podmiotów zobowiązanych przeświadczenia, że możliwe jest podanie w sprawozdaniu niepełnych lub niewłaściwych danych, bowiem nie należy zapominać o należytej staranności i przewidzianych w rozporządzeniach CBAM karach pieniężnych.

Okres przejściowy jest etapem, w którym obowiązki są jedynie czysto formalne, bowiem nie występuje jeszcze konieczność dokonywania opłat, co znacznie odróżnia okres przejściowy od okresu docelowego.

V. CZY W OKRESIE PRZEJŚCIOWYM PRZEWIDZIANE SĄ KARY PIENIĘŻNE?

Dla podmiotów zaangażowanych w regulacje CBAM kluczowe jest również odnalezienie odpowiedzi na pytanie, czy jakiegokolwiek uchybienia lub całkowity brak podjęcia stosownych działań wiąże się z negatywnymi konsekwencjami, takimi jak nałożenie kary finansowej. Otóż właściwe organy Unii Europejskiej mają uprawnienie do przeprowadzenia kontroli złożonych sprawozdań CBAM, dlatego w sytuacji uznania sprawozdania CBAM za niekompletne lub nieprawidłowe Komisja Europejska przekaze do KOBIZE stosowne informacje²⁸. W dalszej kolejności to ww. polski organ dokona oceny i przeglądu sprawozdań CBAM w zakresie informacji przekazanych przez Komisję. Taka weryfikacja ze strony organów Unii Europejskiej ma zapewnić skuteczność mechanizmu CBAM, co wydaje się rozsądne i konieczne w celu realizacji założonych celów. W okresie przejściowym lub po jego zakończeniu przed jakimkolwiek nałożeniem kary pieniężnej KOBIZE może wszcząć procedurę korekty w razie nieprzedłożenia sprawozdania CBAM lub złożenia niekompletnego czy nieprawidłowego sprawozdania CBAM. Informacje o wszczęciu procedury korekty otrzymuje odpowiednio importer lub pośredni przedstawiciel celny. To jednak dopiero brak podjęcia stosownych działań (brak złożenia korekty sprawozdania lub jego nieprzedłożenie) będzie równoznaczny z możliwością nałożenia na taki podmiot kary pieniężnej, która ma być skuteczna, proporcjonalna i odstrasząca²⁹. Obecnie kara pieniężna nie została określona sztywno, a przewidziano pewien jej zakres – za tonę niezgłoszonych emisji może zostać nałożona kara od 10 do 50 EUR. Prawdopodobnie kara ta ma zostać naliczana z uwzględnieniem wartości domyślnych.

Zgodnie z preambułą do rozporządzenia CBAM „Państwa członkowskie powinny nakładać kary za naruszanie przepisów niniejszego rozporządzenia i zapewnić

27 Zob. art. 9 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego CBAM.

28 Zob. art. 12 i n. rozporządzenia wykonawczego CBAM.

29 Zob. art. 35 ust. 5 rozporządzenia CBAM.

egzekwowanie takich kar” oraz preambułą Rozporządzenia wykonawczego CBAM „Orientacyjny zakres kar, jakie należy nałożyć na zgłaszającego objętego obowiązkiem sprawozdawczym, który nie dopełnił obowiązków sprawozdawczych, powinien opierać się na wartościach domyślnych udostępnionych i opublikowanych przez Komisję na okres przejściowy w odniesieniu do emisji wbudowanych, których nie zgłoszono”, co oznacza, że wymierzanie kar należy do zadań poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej. W związku z tym, w wykazie prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów pojawił się nowy projekt ustawy o zmianie ustawy o systemie zarządzania emisjami gazów cieplarnianych i innych substancji oraz ustawy o systemie handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych (numer projektu: UC38³⁰). Planowana data przyjęcia projektu przez Radę Ministrów to III kwartał 2024 r.

Jak można przeczytać w oznaczeniu celu projektu ustawy CBAM: „Projektowana regulacja ma zapewnić stosowanie przepisów prawa Unii Europejskiej w zakresie odnoszącym się do okresu przejściowego funkcjonowania mechanizmu CBAM”. W związku z tym to zapewne w powyższym projekcie również zostaną uregulowane konkretne zapisy dotyczące kar za nieprzestrzeganie przepisów CBAM. Biorąc pod uwagę charakter przewidzianych w rozporządzeniach CBAM kar pieniężnych i składając na polskie regulacje, można wskazać, że będą one uznane za administracyjne kary pieniężne, o których mowa w art. 189a i n. ustawy z dnia 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego³¹, tj. sankcje o charakterze pieniężnym, nakładane przez organ administracji publicznej za określone naruszenia przepisów CBAM. Kary zatem powinny być nakładane na określony podmiot w formie decyzji administracyjnej.

VI. OKRES DOCELOWY MECHANIZMU CBAM

W okresie docelowym niemożliwy będzie przywóz towarów objętych CBAM bez posiadania statusu upoważnionego zgłaszającego CBAM³², co powinno uniemożliwić obchodzenie regulacji CBAM. W celu uzyskania takiego statusu konieczne będzie dokonanie stosownej rejestracji w rejestrze CBAM. Od 1.01.2026 r. również jednym z obowiązków nałożonych na upoważnionych zgłaszających CBAM będzie raportowanie emisji gazów cieplarnianych, które zostały wygenerowane podczas produkcji towarów objętych mechanizmem CBAM. W tym okresie jednak realizacja tego obowiązku będzie wyglądać inaczej. Emisje będą raportowane w rocznych deklaracjach

30 <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-systemie-zarzadzania-emisjami-gazow-cieplarnianych-i-innych-substancji-oraz-ustawy-o-systemie-handlu-uprawnieniami-do-emisji-gazow-cieplarnianych>, dalej: projekt ustawy CBAM.

31 Ustawa z 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2024 r., poz. 572).

32 Zob. art. 4 rozporządzenia CBAM.

CBAM³³ (składanych do dnia 31 maja każdego roku, a po raz pierwszy w roku 2027 na rok 2026), które swym zakresem będą obejmować:

- ilość poszczególnych towarów CBAM przewiezionych w poprzednim roku,
- całkowity poziom emisji wbudowanych związanych z towarami,
- liczbę certyfikatów CBAM do umorzenia, która odpowiada całkowitej wielkości emisji wbudowanych.

Do dnia 31 maja każdego roku (a po raz pierwszy w roku 2027 na rok 2026) upoważniony zgłaszający CBAM będzie miał obowiązek przekazać do umorzenia za pośrednictwem rejestru CBAM certyfikaty CBAM w liczbie odpowiadającej emisjom wbudowanym. Certyfikaty w odpowiedniej ilości powinny znajdować się na koncie upoważnionego zgłaszającego CBAM w rejestrze CBAM i będą zakupywane po cenach bazujących na cotygodniowej cenie aukcyjnej EU ETS. Powyższe tym samym wiąże się z koniecznością ponoszenia stosownych opłat, co odróżnia ten okres od etapu przejściowego. Podmioty zobowiązane dlatego powinny stopniowo przygotowywać się na konieczność ponoszenia dodatkowych ciężarów finansowych. Można dlatego spodziewać się, że okres docelowy CBAM przełoży się na wzrost cen towarów objętych CBAM, które zostaną dopuszczone do obrotu na terytorium Unii Europejskiej.

Kluczowe w systemie docelowym CBAM jest to, że upoważnieni zgłaszający będą mogli uwzględnić faktycznie poniesione opłaty za wyemitowane gazy cieplarniane, które zostały poniesione w państwie pochodzenia. W pierwszych latach uwzględniane również będą przydzielone bezpłatne uprawnienia w systemie EU ETS³⁴, które pomniejszą liczbę certyfikatów CBAM.

Naruszenie obowiązku rozliczania emisji będzie zagrożone nałożeniem kar pieniężnych przewidzianych w rozporządzeniu CBAM i może doprowadzić do cofnięcia statusu upoważnionego zgłaszającego, a zatem do braku możliwości dalszego importowania towarów objętych CBAM na obszar celny UE. Dodatkowo w tym okresie będzie występowała osoba akredytowana³⁵, która będzie zobowiązana do weryfikacji wyliczeń związanych z emisjami wbudowanymi. Pojawi się również obowiązek prowadzenia stosownej ewidencji³⁶ zawierającej informacje wymagane do wyliczenia emisji wbudowanych.

33 Zob. art. 6 rozporządzenia CBAM.

34 Europejski system handlu uprawnieniami do emisji, ang. European Union Emissions Trading System, dalej: EU ETS.

35 Zob. art. 8, art. 18 rozporządzenia CBAM.

36 Zob. art. 7 ust. 5 rozporządzenia CBAM.

VII. WĄTPLIWOŚCI CO DO MECHANIZMU CBAM

Mechanizm CBAM nie jest rozwiązaniem idealnym. Jak zaznacza A. Pirlot, regulacje granicznego podatku węglowego powinny objąć również towary eksportowane³⁷. S. Lowe wskazał natomiast na niebezpieczeństwo zwiększenia się różnic pomiędzy krajami rozwiniętymi a krajami rozwijającymi się³⁸. Krajom tym bowiem znacznie trudniej będzie „przejsć” na produkcję niskoemisyjną. Autor podkreśla nawet konieczność wyłączenia krajów najsłabiej rozwiniętych z mechanizmu CBAM³⁹. Powyższe słusznie podkreślone wątpliwości w kontekście wprowadzenia mechanizmu CBAM w szczególności urealnią się w fazie docelowej CBAM, kiedy znaczenie będą miały rzeczywiste dane o emisyjności, z czym będą związane stosowne opłaty. Mechanizm CBAM tak naprawdę będzie dotyczyć niemalże wszystkich krajów nienależących do Unii Europejskiej⁴⁰. Unia Europejska będzie musiała uważnie przeanalizować regulacje CBAM i wziąć pod uwagę wiele aspektów takich jak wolny handel czy wsparcie krajów rozwijających się. Już po przeczytaniu samej preambuły (pkt 77) jest możliwe stwierdzenie, że załącznik nr III, który określa państwa i terytoria wyłączone z regulacji CBAM, będzie rozszerzany, co jednak stanowi pewnego rodzaju wyzwanie. W literaturze przedmiotu wskazywano również na obawy, że graniczny podatek węglowy może być niezgodny z regulacjami WTO, w szczególności w zakresie zasady wolnego handlu⁴¹. Wielu autorów wskazuje również negatywny wpływ i konsekwencje wprowadzenia mechanizmu CBAM dla gospodarki unijnej⁴². Jak zauważają natomiast R. Leal-Arcas, M. Faktaufon, A. Kyprianou, mechanizmowi CBAM głównie sprzeciwiają się Indie, Chiny i kraje Ameryki Łacińskiej, jako główni producenci i eksporterzy towarów o łagodniejszych regulacjach środowiskowych⁴³.

37 A. Pirlot, *Carbon Border Adjustment Measures: A Straightforward Multi-Purpose Climate Change Instrument?*, „Journal of Environmental Law” 2022, t. 34, nr 1, s. 39–41, <https://doi.org/10.1093/jel/eqab028> (dostęp: 5.05.2024 r.).

38 S. Lowe, *The EU’s Carbon Border Adjustment Mechanism: How to Make It Work for Developing Countries*. <https://www.cer.eu/publications/archive/policy-brief/2021/eus-carbon-border-adjustment-mechanism-how-make-it-work> (dostęp: 5.05.2024 r.).

39 S. Lowe, *The EU’s Carbon...*, s. 2.

40 Z wyjątkiem krajów lub terytoriów określonych w załączniku III do Rozporządzenia CBAM, jak np. Norwegia czy Szwajcaria.

41 J. Englisch, T. Falco, *EU Carbon Border Adjustments for Imported Products and WTO Law*. 2021, pp. 14–75, <https://ssrn.com/abstract=3863038> (dostęp: 5.05.2024 r.); J. Bacchus, *Legal Issues with the European Carbon Border Adjustment Mechanism*; CATO Briefing Paper, No.125; CATO Institute: Washington, WA, USA, 2021; pp. 3–6.

42 G. Magacho, E. Espagne, A. Godi, *Impacts of the CBAM on EU trade partners: consequences for developing countries*, „Climate Policy” 2024/24(2), s. 243–259. J. Englisch, T. Falco, *EU Carbon Border...*; C. Bellora, L. Fontagné, *EU in search of a Carbon Border Adjustment Mechanism*, „Energy Economics” 2023, vol. 123, issue C.

43 R. Leal-Arcas, M. Faktaufon, A. Kyprianou, *A Legal Exploration of the European Union’s Carbon Border Adjustment Mechanism*, (2022), 31, „European Energy and Environmental Law Review”, Issue 4, pp. 227.

VIII. GENEZA CBAM I WPŁYW NA ŚRODOWISKA

Wskazuje się, że CBAM „jako instrument polityki ekologicznej ma cechy podatku ekologicznego, a nie instrumentu rynkowego, jakim jest EU ETS”⁴⁴. Obecnie dużo mówi się o tzw. zielonej transformacji. Pod koniec 2019 roku Komisja Europejska przedstawiła Europejski Zielony Ład⁴⁵, który choć nie był pierwszym projektem środowiskowym, znacznie wpłynął na wzmocnienie i rozszerzenie ochrony środowiska⁴⁶. Jednym z elementów Europejskiego Zielonego Ładu były „bardziej ambitne cele klimatyczne UE na lata 2023 i 2050”. W praktyce Unia Europejska postawiła za cel zredukowanie emisji gazów cieplarnianych do 2030 r. o 55%, z czym miały się wiązać ustalone opłaty za emisję gazów cieplarnianych. Takie działanie zdaniem organów unijnych zachęci „konsumentów i przedsiębiorstwa do zmiany zachowań oraz ułatwi wzrost zrównoważonych inwestycji publicznych i prywatnych”⁴⁷. Szczegółowe regulacje w zakresie realizacji ww. celu zostały opisane w dokumencie Fitfor55 (Gotowi na 55).

Pakiet Fitfor55 to bogata inicjatywa legislacyjna, mająca na celu zmianę obowiązujących przepisów i utworzenie nowych regulacji prawnych w kwestiach środowiskowych. Na pakiet ten składa się m.in. zmiana unijnego systemu handlu uprawnieniami do emisji, określone normy emisji CO₂ dla samochodów osobowych i dostawczych, wprowadzenie zrównoważonych paliw lotniczych, zwiększenie wykorzystywania odnawialnych źródeł energii oraz wreszcie sam mechanizm CBAM^{48,49}.

Jednym z założeń mechanizmu CBAM jest zminimalizowanie emisji dwutlenku węgla poprzez zachętę dla producentów poza Unią Europejską do stosowania bardziej prośrodowiskowych i mniej emisyjnych metod produkcji. W przypadku bowiem stosowania bardziej emisyjnych metod koszt importu towarów CBAM na rynek europejski będzie znacznie wyższy. To tym samym może zachęcać przyszłych i obecnych kontrahentów do poszukiwania alternatywnych producentów takich towarów.

44 A. Sosnowska, M. Pyrka, R. Jeszke, *Wprowadzenie podatku granicznego od emisji gazów cieplarnianych (CBAM) jako nowego instrumentu polityki klimatycznej UE i jego potencjalne skutki ekonomiczne dla Polski*, s. 156, studiabas.sejm.gov.pl

45 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Europejski Zielony Ład, Document 52019DC0640, COM(2019) 640 final (dostęp: 5.05.2024 r.); dalej: Europejski Zielony Ład.

46 Zob. również M. Stoczkiewicz, *Europejski Zielony Ład – nowe prawo klimatyczne Unii Europejskiej (w:) Prawo ochrony klimatu w kontekście praw człowieka*, Warszawa 2021.

47 Europejski Zielony Ład.

48 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_3541

49 Przykładem polskiego prawodawstwa wpisującego się w założenia i zamysł pakietu FitFor55 są m.in.: strefy czystego transportu uregulowane w art. 39 z 11.01.2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz.U. z 2023 r., poz. 875), czy kolorowe certyfikaty, czyli różnego rodzaju certyfikaty energetyczne, które są wsparciem dla producentów energii elektrycznej – co w literaturze zostało określone mianem „ekologicznych walorów giełdowych” w kontekście „ekologicznego rynku kapitałowego” (K. Zacharzewski, *W sprawie pojęcia ekologicznego rynku kapitałowego*, „PPOS” 2016/2, s. 9–28).

Wprowadzenie mechanizmu CBAM ma przeciwdziałać ucieczce producentów do krajów o niższych wymogach środowiskowych, co niweczyłoby sens wszelkich działań klimatycznych. Należy jednak stwierdzić, że graniczny podatek węglowy CBAM jest jednym z wielu narzędzi do realizacji założeń pakietu FitFor55 i realizacji założeń polityki klimatycznej Unii Europejskiej.

Mechanizm ten jest również odpowiedzią na Europejski system handlu uprawnieniami do emisji EU ETS. Podmioty w ramach EU ETS mają rozliczać wygenerowaną emisję gazów cieplarnianych poprzez nabycie i następnie umorzenie uprawnień do emisji (z uwzględnieniem darmowych uprawnień do emisji). Jak wskazuje się w Preambule w rozporządzeniu CBAM, „bezpłatny przydział uprawnień w ramach EU ETS dla instalacji osiągających największą wydajność był instrumentem polityki mającym przeciwdziałać ryzyku ucieczki emisji w niektórych sektorach przemysłu. Jednak w porównaniu ze sprzedażą wszystkich uprawnień na aukcji taki przydział bezpłatnych uprawnień osłabia sygnał cenowy z systemu, a zatem negatywnie wpływa na zachęty do inwestowania w dalsze ograniczanie emisji gazów cieplarnianych”. System ten „generuje jednak również niepożądane zjawiska uboczne. Nakładanie opłaty za emisje gazów cieplarnianych na producentów w EU ETS powoduje tym większe zmniejszanie się ich konkurencyjności, im wyższa jest cena uprawnień”⁵⁰. Odpowiedzią na powyższe i rozwiązaniem tego ma być właśnie mechanizm CBAM.

CBAM składa się na pewną całość pakietów prośrodowiskowych i jest małym krokiem do realizacji założeń zielonej Europy. Skutki tego będą zapewne dostrzeżone za kilka, może kilkanaście lat. Nie powinno się jednak tracić z pola widzenia tego, że jest to jedynie niewielki wpływ na ogólnoswiatowy stan środowiska naturalnego. Zmiany bowiem powinny być wdrażane na poziomie nie tylko europejskim, co nie jest celem prostym do osiągnięcia. Jak wskazuje F. Grzegorzcyk: „osiągnięcie jakichkolwiek sensownych rezultatów klimatycznych poza UE budzi poważne wątpliwości («ucieczka emisji»), a kluczowy jest globalny charakter emisji gazów cieplarnianych”⁵¹. Jak zaznaczają natomiast J. Zhong oraz J. Pei: „skuteczność CBAM w zapobieganiu ucieczce emisji w dużej mierze zależy od restrykcyjności polityki. Oznacza to, że im większa zawartość dwutlenku węgla objęta CBAM, im szerszy zakres produktów i im wyższa cena CBAM, tym większa skuteczność w zapobieganiu ucieczce emisji”⁵².

50 A. Sosnowska, M. Pyrka, R. Jeszke, *Wprowadzenie podatku granicznego od emisji gazów cieplarnianych (CBAM) jako nowego instrumentu polityki klimatycznej UE i jego potencjalne skutki ekonomiczne dla Polski*, s. 148, studiabas.sejm.gov.pl.

51 F. Grzegorzcyk, *Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) – kilka refleksji na kanwie Europejskiego Zielonego Ładu* (w:) *Gospodarka w synergii prawa gospodarczego, finansowego i prawnej ochrony środowiska*, red. A. Powałowski, *Economy in the synergy of economic, financial and environmental law*, Legalis 2022.

52 J. Zhong, J. Pei, *Carbon border adjustment mechanism: a systematic literature review of the latest developments*, „Climate Policy”, 2024/24(2), s. 239 (tłumaczenie własne).

Niektóre państwa jednak wskazują, że same rozważają wprowadzenie pewnego rodzaju odpowiednika CBAM w ich krajach⁵³. Ma to na tyle duże znaczenie, że na etapie docelowym konieczne będzie zakupywanie przez importerów certyfikatów, których cena będzie pomniejszona o cenę emisji dwutlenku węgla rzeczywiście zapłaconą w kraju pochodzenia towaru CBAM. Państwa poza rynkiem europejskim mogą zatem być zainteresowane podjęciem działań w zakresie dekarbonizacji przemysłu, co spowoduje, że znaczna część opłat związanych z mechanizmem CBAM „zostanie” w kraju produkcji. Wydaje się nieuniknione, że kraje trzecie będą stopniowo wprowadzać analogiczny system do mechanizmu CBAM w celu zredukowania i zniwelowania wpływu CBAM. Producenci będą bowiem czuli nacisk nie tylko ze strony regulacji unijnych, ale również krajowych do wprowadzenia produkcji mniej emisyjnej, choć należy pamiętać o problematyce krajów najslabiej rozwiniętych.

Obawy budzi jednak to, że z zieloną transformacją związane są liczne obowiązki, nowe regulacje prawne i częściowo nowe opłaty, co może przyczynić się i przyczyni się do zmian klimatycznych, aczkolwiek może wiązać się z licznymi problemami, nadmierną formalnością, w szczególności pośród przedsiębiorców.

IX. PRAKTYCZNE ASPEKTY CBAM

Przedsiębiorstwa zaangażowane w import towarów CBAM powinny podjąć już w okresie przejściowym stosowne kroki do wypełniania obowiązków. W pierwszej kolejności konieczna jest weryfikacja, czy dane przedsiębiorstwo importuje towary, które zostały wymienione w załączniku I do rozporządzenia CBAM, i czy w danym przypadku nie znajdują zastosowania pewnego rodzaju wyłączenia. Pozytywna weryfikacja oznaczać będzie konieczność współpracy z dostawcami czy producentami w zakresie zgromadzenia wszelkich stosownych danych. Ten etap jest szczególnie ważny, bowiem bez niego nie jest możliwe odpowiednie wypełnienie obowiązków CBAM, co w konsekwencji może przełożyć się na nałożenie na importera stosownej kary pieniężnej. Dobrą praktyką w ramach *compliance* będzie również stworzenie odpowiednich procedur w ramach własnego przedsiębiorstwa, w celu zminimalizowania ryzyk naruszeń przepisów CBAM, czy wyznaczenie odpowiednich osób do składania w imieniu przedsiębiorstwa sprawozdań CBAM. Niewykluczonym, a pewnie w niektórych przypadkach wręcz zalecanym działaniem będzie ustanowienie profesjonalnych doradców, którzy nie tylko przejmą realizację obowiązków, ale również będą merytorycznym wsparciem dla importerów.

Sam mechanizm CBAM, jak okazało się w praktyce już w okresie przejściowym, nie jest pozbawiony luk i tworzy wiele problemów dla przedsiębiorców. Graniczny podatek węglowy może wpłynąć i wpłynie pozytywnie na ekosystem, aczkolwiek na

53 <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pl/pdf/2023/11/pl-Net-Zero-Readiness-Report-2023.pdf>

pierwszych etapach jego wdrażania konieczne jest zaangażowanie znacznej ilości ludzi, zarówno w przedsiębiorstwach, jak również wśród organów państwowych i organów Unii Europejskiej, które są zaangażowane w przygotowanie odpowiednich systemów teleinformatycznych do realizacji obowiązków CBAM. Na problematykę kosztowności wdrożenia mechanizmu CBAM zwracają również uwagę B. Lim, K. Hong, J. Yoon, J.I. Chang, I. Cheong⁵⁴. Co ważne, w samej fazie przejściowej znaczne koszty pojawiają się po stronie m.in. importerów czy pośrednich przedstawicieli celnych.

Informacje wymagane do złożenia sprawozdania CBAM są określone m.in. w zgłoszeniu celnym jak m.in. kod CN towarów CBAM, ich masa (netto) czy kraj pochodzenia, jednak w dalszym ciągu kluczowe dane powinny zostać dostarczone przez dostawcę towarów lub bezpośrednio ich producenta. Problematyka w raportowaniu CBAM pojawia się w momencie, kiedy dostawca towarów CBAM/producent nie wyraża woli czy chęci, aby zaangażować się w proces przekazania właściwych danych do importera. Po zapoznaniu się z rozporządzeniem CBAM czy rozporządzeniem wykonawczym CBAM stwierdzić można, że zawarte w tych aktach liczne wzory do wyliczenia emisji wbudowanych są rozbudowane i wymagają zdobycia wielu danych wyjściowych do ich zastosowania. Nie każdy dostawca/producent może chcieć przekazać dane do wypełnienia i złożenia sprawozdania CBAM. Na pewnych etapach ze strony dostawcy/producenta może dojść do obawy naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym powstaje pytanie, czy m.in. importer ma dostęp do ewentualnego wyjścia z takiej sytuacji. Korzystanie bowiem z wartości domyślnych (przygotowanych i udośćnionych przez Unię Europejską) zostało przecież ograniczone czasowo. Najczęściej pojawia się pogląd, że możliwa jest przecież zmiana dostawcy i dokonywanie importu towarów od innego dostępnego na rynku podmiotu. Mechanizmem CBAM zostały jednak objęte sektory takie jak żeliwo i stal, aluminium, cement – zatem może zdarzyć się, że zakup pewnych określonych towarów jest znacznie ograniczony z przyczyn braku podmiotów oferujących takie same czy zbliżone pod kątem właściwości towaru. Importer może też przejawiać chęć współpracy z różnymi względów z konkretnie wybranym dostawcą/producentem. W celu uniknięcia obowiązków CBAM możliwe jest nabywanie towarów na rynku unijnym, tj. od podmiotu, który wprowadził towar na rynek Unii Europejskiej i dopełnił obowiązków CBAM. Powstaje jednak obawa, że zmiana kontrahenta lub zakup towarów z rynku europejskiego (po dokonanych wszelkich formalnościach) będą po prostu niemożliwe. W przepisach dotyczących mechanizmu CBAM nie znajdzie się rozwiązań w przypadku braku możliwości uzyskania danych od dostawców. Biorąc powyższe pod uwagę, należy wyprowadzić wniosek *de lege ferenda*, aby właściwe organy Unii Europejskiej dokonały zmian i uwzględniły takie sytuacje, czy to poprzez rozszerzenie możliwości dostosowania wartości domyślnych, czy rezygnację z nałożenia kar pieniężnych (poprzez instytucję odstąpienia od

54 B. Lim, K. Hong, J. Yoon, J. I. Chang, I. Cheong, *Pitfalls of the eu's carbon border adjustment mechanism*, „Energies” 2021/14(21).

nałożenia kary) za nieprzekazanie danych do sprawozdania CBAM z wykazaniem m.in. dołożenia przez importera/pośredniego przedstawiciela celnego należytej staranności, stosownie udokumentowanej w zakresie podjęcia prób uzyskania danych do sprawozdania CBAM. Problem ten może być napotykanym we wszystkich krajach Unii Europejskiej, ponieważ mechanizm CBAM został wprowadzony rozporządzeniem, co oznacza, że bez konieczności jego implementacji, jego zapisy obowiązują wszystkie kraje członkowskie Unii Europejskiej.

X. ZAKOŃCZENIE

Poprzez wejście w życie regulacji CBAM na pewne podmioty zaangażowane w import określonych towarów zostały nałożone liczne obowiązki, do których realizacji należy właściwie się przygotować. Obecnie obowiązuje okres przejściowy mechanizmu CBAM, w którym należy dopracować pewne procedury zbierania stosownych informacji od dostawców lub producentów z sektorów objętych regulacjami CBAM. Jak to zostało powyżej przedstawione, importerzy czy pośredni przedstawiciele celni mogą spotkać się z licznymi problemami, aby prawidłowo wypełnić obowiązki CBAM, w szczególności dotyczy to informacji o emisjach wbudowanych w zakresie importowanych towarów CBAM. Pewne kwestie wymagają zmian lub doprecyzowania ze strony organów Unii Europejskiej, jak np. kwestia braku przesłania od producentów danych o emisjach wbudowanych. W takiej sytuacji należałoby się zastanowić nad możliwością korzystania z wartości domyślnych, nawet po 31.07.2024 r., lub rezygnacji z nałożenia kar pieniężnych. Mechanizmowi CBAM przyświecają szczytne cele poprawy klimatu poprzez m.in. redukcję emisji dwutlenku węgla, jednak realizacja tego celu nie powinna zasłaniać problemów, z jakimi spotykają się podmioty zobowiązane do wypełniania obowiązków, jak np. złożenie kwartalnych sprawozdań CBAM. Przedstawiona pokrótce literatura przedmiotu również wskazuje na liczne zastrzeżenia i obawy co do samego mechanizmu CBAM. Obecnie podmioty powinny rozważyć zgłaszanie wszelkich uwag do rzeczywistego funkcjonowania mechanizmu CBAM, czy to do organów Unii Europejskiej, czy to do polskiego KOBIZE, dzięki czemu organy te będą posiadać aktualną wiedzę o problemach, z jakimi spotykają się m.in. importerzy towarów. Pozostaje tym samym nadzieja, że organy Unii Europejskiej uwzględnią powyższe uwagi poprzez zmianę pewnych zapisów w rozporządzeniach dotyczących CBAM.

apl. adw. Natalia Kozłowska

Aplikantka adwokacka w Krakowskiej Izbie Adwokackiej, sekretarz redakcji „Młodej Palestry – Czasopisma Aplikantów Adwokackich”, absolwentka studiów na kierunku prawo stacjonarne na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Autorka artykułów naukowych oraz prelegentka na licznych konferencjach międzynarodowych i ogólnopolskich. Główne obszary jej zainteresowań naukowych to prawo podatkowe, energetyczne, administracyjne, cywilne i celne.

A trainee attorney at the District Bar Association in Krakow, secretary of the editorial board of the Journal of Trainee Advocates “Młoda Palestra”. She graduated from the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow. Author of academic articles and speaker at numerous international and national conferences. Her main areas of research interest include tax law, energy law, administrative law, civil law and customs law.

ABSTRACT

Keywords: *CBAM, European Union law, Fitfor55*

Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) – theory versus reality ty

The article includes basic information and discusses basic issues related to the new European Union regulations, i.e. the Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM). From 1 October 2023, new obligations have been imposed on certain entities and discharging these obligations requires a high degree of involvement. Importantly, from 1 January 2026, these duties will be significantly extended. The article also presents the objectives of introducing the CBAM and the possible impact of these regulations on the environment. The purpose of this article is to analyse the new obligations associated with the regulation of CBAM and present practical problems for the entities involved, as well as to provide conclusions relating to necessary changes in these regulations.

Bibliografia

- Bacchus James**, *Legal Issues with the European Carbon Border Adjustment Mechanism; CATO Briefing Paper*, No.125; CATO Institute: Washington, WA, USA, 2021; pp. 3–6
- Bellora Cecilia, Fontagné Lionel**, *EU in search of a Carbon Border Adjustment Mechanism*, „Energy Economics” 2023/123

- Englich Joachim, Falco Tatiana**, *EU Carbon Border Adjustments for Imported Products and WTO Law*. 2021, pp. 14–75, <https://ssrn.com/abstract=3863038>
- Grzegorzczak Filip**, *Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) – kilka refleksji na kanwie Europejskiego Zielonego Ładu* (w:) *Gospodarka w synergii prawa gospodarczego, finansowego i prawnej ochrony środowiska*, red. A. Powalowski, Legalis 2022
- Lim Byeongho, Hong Kyoungseo, Yoon Jooyoung, Chang Jeong-In, Cheong Inkyo**, *Pitfalls of the eu's carbon border adjustment mechanism*, „Energies”, 2021/14(21)
- Lowe Sam**, *The EU's Carbon Border Adjustment Mechanism: How to Make It Work for Developing Countries*, <https://www.cer.eu/publications/archive/policy-brief/2021/eus-carbon-border-adjustment-mechanism-how-make-it-work>
- Magacho Guilherme, Espagne Etienne, Godin Antoine**, *Impacts of the CBAM on EU trade partners: consequences for developing countries*, „Climate Policy”, 2024/24(2), s. 243–259
- Matarewicz Jacek**, *Graniczny podatek węglowy (CBAM) od 1 października 2023 r.*, LEX/el. 2023
- Pirlot Alice**, *Carbon Border Adjustment Measures: A Straightforward Multi-Purpose Climate Change Instrument?*, „Journal of Environmental Law” 2022, t. 34, nr 1, s. 39–41, <https://doi.org/10.1093/jel/eqab028>
- Provisional list of National Competent Authorities (NCAs) for the Carbon Border Adjustment Mechanism*, https://taxation-customs.ec.europa.eu/carbon-border-adjustment-mechanism_pl
- Rafael Leal-Arcas, Manuliza Faktaufon, Anna Kyprianou**, *'A Legal Exploration of the European Union's Carbon Border Adjustment Mechanism'*, (2022), 31, *European Energy and Environmental Law Review*, Issue 4, pp. 227
- Sosnowska Anna, Pyrka Maciej, Jeszke Robert**, *Wprowadzenie podatku granicznego od emisji gazów cieplarnianych (CBAM) jako nowego instrumentu polityki klimatycznej UE i jego potencjalne skutki ekonomiczne dla Polski*, s. 156, studiabas.sejm.gov.pl
- Stoczkiewicz Marcin**, *Europejski Zielony Ład – nowe prawo klimatyczne Unii Europejskiej* (w:) *Prawo ochrony klimatu w kontekście praw człowieka*, Warszawa 2021
- Zacharzewski Konrad**, *W sprawie pojęcia ekologicznego rynku kapitałowego*, „Przegląd Prawa Ochrony Środowiska” 2016/2, s. 9–28
- Zhong Jiarui, Pei Jiansuo**, *Carbon border adjustment mechanism: a systematic literature review of the latest developments*, „Climate Policy”, 2024/24(2), s. 239

Pojęcia kluczowe: *grzywna, obowiązek naprawienia szkody, prawo karne, zadośćuczynienie za doznaną krzywdę, miarkowanie odszkodowania, sytuacja majątkowa sprawcy*

Patrycja Brózek

O problemie łączenia (kumulacji) kary grzywny z obowiązkiem naprawienia szkody lub zadośćuczynieniem za doznaną krzywdę

ABSTRAKT

Grzywna to jedna z kar, wymieniona na pozycji pierwszej w katalogu kar określonym w treści art. 32 k.k. W związku z możliwością łączenia jej w praktyce z innymi środkami reakcji karnej o charakterze finansowym istotne znaczenie posiada określenie takiej relacji w odniesieniu do obowiązku naprawienia szkody z uwagi m.in. na kwestię związaną z sytuacją majątkową sprawcy i pokrzywdzonego oraz wynikającą z tego *in concreto* dolegliwością wymierzanej kary, ale nadto również ze względu na aspekt związany ze społecznymi ocenami wymiaru sprawiedliwości. Należy bowiem zauważyć, iż bardzo często zobowiązanie sprawcy do naprawienia wyrządzonej pokrzywdzonemu szkody lub krzywdy w większym stopniu zaspokaja społeczne poczucie sprawiedliwości aniżeli zastosowanie wobec niego kary grzywny. Pomędzy tymi instytucjami występują jeszcze inne ważne różnice itp. Posiadają one także pewne cechy/właściwości wspólne. W związku z powyższym należy przede wszystkim odpowiedzieć na następujące pytania: czy zobowiązanie oskarżonego do naprawienia wyrządzonej szkody lub krzywdy może być uznane za okoliczność łagodzącą lub wpływającą w jakimś stopniu na obniżenie wymiaru kary grzywny, czy zatem w przypadku wystąpienia w praktyce możliwości łącznego zastosowania tych instytucji sąd może znacząco zmniejszyć karę grzywny lub nawet całkowicie odstąpić od jej orzeczenia na rzecz pełnej rekompensaty wyrządzonej pokrzywdzonemu szkody, kiedy sąd może orzec obowiązek naprawienia szkody tylko w części, łącząc go w miarę możliwości z karą grzywny, jakimi kryteriami powinien się on kierować, wymierzając karę grzywny orzekaną łącznie z obowiązkiem naprawienia szkody, w jakich przypadkach (wariantach) jest aktualnie możliwe łączne zastosowanie tych instytucji? Celem niniejszej publikacji jest próba odpowiedzi na postawione powyżej pytania i zwrócenie tym samym uwagi

na pewne kluczowe kwestie związane ze wzajemną relacją pomiędzy wskazanymi powyżej instytucjami.

Grzywna to jedna z kar, wymieniona na pozycji pierwszej w katalogu kar sprecyzowanym przez ustawodawcę w treści art. 32 k.k. Nie jest to usytuowanie przypadkowe, albowiem w uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego zaakcentowano, iż „Katalog kar jest ułożony według abstrakcyjnie ujętego stopnia dolegliwości – od kary najłagodniejszej do najsurowszej. Ten układ ma, wraz z zasadami określonymi w art. 3 i 53–59 k.k., wskazywać sędziemu ustawowe priorytety w wyborze kary”. Zgodnie z założeniami, które legły u podstaw rozwiązań przyjętych w Kodeksie karnym z 1997 r., kara grzywny samoistnej powinna być przede wszystkim instrumentem zwalczania przestępczości drobnej oraz średniej¹. Może mieć ona charakter samoistny lub niesamoistny. Relacja grzywny w odniesieniu do innych środków reakcji karnej o charakterze finansowym ma szczególne znaczenie z uwagi na pewne istotne kwestie związane m.in. z sytuacją majątkową sprawcy i pokrzywdzonego oraz łączącą się z tym *in concreto* dolegliwością wymierzanej kary, ale także ze względu na pewien aspekt związany ze społecznymi ocenami wymiaru sprawiedliwości. Trzeba bowiem zauważyć, iż w wielu przypadkach zobowiązanie sprawcy do naprawienia wyrządzonej pokrzywdzonemu szkody lub krzywdy zaspokaja często w większym stopniu społeczne poczucie sprawiedliwości aniżeli zastosowanie wobec niego kary grzywny. Zatem, jak słusznie stwierdził kiedyś Z. Gostyński, „grzywna wpływająca do Skarbu Państwa nie może zyskać takiej aprobaty społecznej, jak odszkodowanie na rzecz ofiary przestępstwa, gdyż może stwarzać wrażenie czerpania korzyści przez państwo”². Pomędzy tymi instytucjami występują jeszcze inne istotne różnice, a mianowicie m.in.: orzeczenie obowiązku naprawienia szkody następuje w zależności od jego postaci – z urzędu albo na wniosek, natomiast grzywnę sąd zasądza zawsze z urzędu; kara grzywny posiada charakter wyłącznie pieniężny, natomiast zobowiązanie sprawcy do naprawienia wyrządzonej szkody może mieć charakter pieniężny lub niepieniężny (tj. przywrócenie stanu poprzedniego – *restituto in integrum*); podstawę prawną orzeczenia grzywny stanowią wyłącznie przepisy prawa karnego, natomiast w odniesieniu do obowiązku naprawienia szkody sądy muszą tutaj również odpowiednio stosować pewne regulacje prawa cywilnego; przy wymierzaniu grzywny sąd musi stosować zasady i dyrektywy wymiaru kary, zaś przy obowiązku naprawienia szkody aktualnie już nie; w przypadku kary grzywny na pierwszy plan wysuwa się jej funkcja represyjna i wychowawcza, natomiast obowiązek naprawienia szkody pełni obecnie przede wszystkim funkcję kompensacyjną; grzywna jest karą, zaś obowiązek naprawienia szkody może być zastosowany jako środek kompensacyjny lub jako warunek probacyjny. Oczywiście

1 Zob. Uzasadnienie rządowego projektu Kodeksu Karnego dołączonego do wersji z 1995 r., s. 26.

2 Z. Gostyński, *Karnoprawny obowiązek naprawienia szkody*, Katowice 1984, s. 85.

instytucje te posiadają też pewne cechy/właściwości wspólne, m.in: konieczną przesłanką ich zastosowania jest stwierdzenie popełnienia czynu zabronionego; obie orzekane są przez sąd; obie mogą być wymierzone samoistnie lub obok innej sankcji karnej; obie w odpowiednim stopniu realizują funkcje wychowawcze wobec sprawcy. Zagadnienie wzajemnej relacji pomiędzy instytucją obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynieniem za doznaną krzywdę a karą grzywny ma więc szczególne znaczenie z powodu występowania w praktyce procesowej możliwości łącznego ich orzekania. W związku z tym należy przede wszystkim odpowiedzieć na pytania: czy zobowiązanie oskarżonego do naprawienia wyrządzonej szkody lub krzywdy może być uznane za okoliczność łagodzącą lub wpływającą na obniżenie wymiaru kary grzywny, czy zatem w przypadku wystąpienia możliwości łącznego zastosowania tych instytucji sąd może znacząco zmniejszyć karę grzywny lub nawet całkowicie odstąpić od jej orzeczenia na rzecz pełnej rekompensaty wyrządzonej pokrzywdzonemu szkody, kiedy sąd może orzec obowiązek naprawienia szkody tylko w części, łącząc go w miarę możliwości z karą grzywny, jakimi kryteriami powinien się on kierować, wymierzając karę grzywny orzekaną łącznie z obowiązkiem naprawienia szkody, w jakich przypadkach (wariantach) jest aktualnie możliwe łączne zastosowanie tych instytucji? Celem niniejszej publikacji jest więc próba odpowiedzi między innymi na postawione powyżej pytania i zwrócenie tym samym uwagi na pewne istotne kwestie związane ze wzajemną relacją pomiędzy tymi instytucjami.

Na wstępie niniejszych rozważań należy odpowiedzieć przede wszystkim na zasadnicze pytanie, a mianowicie: w jakich głównie konfiguracjach na gruncie aktualnego stanu prawnego może dochodzić do połączenia kary grzywny z obowiązkiem naprawienia szkody lub zadośćuczynieniem za doznana krzywdę?³ Należy przy tym zaznaczyć, że kara grzywny może być połączona z orzeczeniem takiego obowiązku zastosowanego w charakterze środka kompensacyjnego, jak i jako warunek probacyjny (może mieć on charakter fakultatywny lub obligatoryjny). Pierwszą z takich możliwości jest orzeczenie grzywny jako kary samoistnej łącznie z nałożeniem obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę w charakterze środka kompensacyjnego na podstawie art. 46 § 1 k.k. Druga sytuacja zachodzi w przypadku orzeczenia kary grzywny przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności i jednoczesnym zasądzeniu przy tym obowiązku naprawienia szkody jako środka kompensacyjnego (możliwość taka wynika *a contrario* z art. 72 § 2 k.k.)⁴. Trzecia opcja różni się od poprzednio wymienionej tym, że sąd orzeka na podstawie art. 72 § 2 k.k. obowiązek naprawienia szkody jako warunek probacyjny, nie zaś jako środek kompensacyjny. Czwarta możliwość to orzeczenie kary grzywny na podstawie art. 71 § 1 k.k. w związku z warunkowym zawieszeniem wykonania kary

3 Zob. Z. Gostyński, *Obowiązek naprawienia szkody w nowym ustawodawstwie karnym*, Kraków 1999, s. 35–36.

4 Zob. wyrok SA w Szczecinie z 3.07.2014 r. (II AKa 108/14), LEX nr 1499024.

pozbawienia wolności, jeżeli jej wymierzenie obok tej kary na innej podstawie nie jest możliwe (ma ona tutaj charakter fakultatywny), a połączone jest jednocześnie z zastosowaniem obowiązku naprawienia szkody jako środka kompensacyjnego (art. 72 § 2 k.k. *a contrario*)⁵. Piąty wariant polega na orzeczeniu kary grzywny w warunkach opisanych w ramach czwartego przypadku, z tym że obowiązek naprawienia szkody zostaje nałożony nie jako środek kompensacyjny, lecz jako warunek probacyjny (art. 72 § 2 k.k.)⁶. Należy stwierdzić, iż w związku z brakiem jednoznacznego ustawowego wyłączenia łączne orzeczenie grzywny oraz obowiązku naprawienia szkody w każdym z omówionych wyżej przypadków jest, co do zasady, obecnie możliwe⁷.

W związku z powyższymi ustaleniami trzeba wskazać, iż na gruncie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r. Sąd Najwyższy w wyroku z 18.05.1976 r.⁸ na tle art. 75 § 3 k.k. z 1969 r. wyraził pogląd, iż „(...) zobowiązanie oskarżonego do naprawienia wyrządzonej szkody nie może być uznane za okoliczność łagodzącą oraz wpływającą na obniżenie wymiaru kary grzywny”. Teza ta obecnie budzi jednak pewne wątpliwości. Sąd Najwyższy zaakcentował w ten sposób pewną niezależność wymierzania przez sądy kary grzywny od zasądzania obowiązku naprawienia szkody. Słuszne, a tym samym cały czas aktualne, jest więc stwierdzenie, że zależności pomiędzy orzekaniem poszczególnych środków reakcji karnej należy rozpatrywać przez pryzmat dyrektywy nakazującej sądowi traktować orzeczenie całościowo i odpowiednio dopasować do siebie poszczególne jego elementy, szczególnie w sytuacji, jeśli konkretne instytucje wiążą się przy tym jeszcze dodatkowo z pewną dolegliwością ekonomiczną (majątkową) dla sprawcy. Nałożenie na sprawcę obowiązku naprawienia szkody lub zasądzenie stosownego zadośćuczynienia za wyrządzone pokrzywdzonemu krzywdy nie powinno, a nawet nie może, być pominięte przy wymiarze kary grzywny w przypadku ich łącznego (kumulatywnego) zastosowania⁹. W związku z tym, iż ustawodawca w treści art. 56 k.k. w brzmieniu obowiązującym od 1.07.2015 r. wyłączył stosowanie zasad oraz dyrektyw wymiaru kary i środków karnych określonych w art. 53–55 k.k. w stosunku do obowiązku naprawienia szkody, przekształcając go jednocześnie w środek o charakterze kompensacyjnym (uregulowany w ramach art. 46 k.k.)¹⁰, można stwierdzić, że nie jest on już tak „mocno” zindywidualizowany, jak do czasu nowelizacji z 2015 r. W doktrynie jednak trafnie podnosi się, iż takiego rodzaju indywidualizacja jest nadal w pewnym zakresie wskazana (a czasami wręcz konieczna), podobnie jak przy

5 Zob. wyrok SN z 25.09.2015 r. (II KK 224/15), LEX nr 1797080.

6 Zob. wyrok SA w Warszawie z 19.12.2012 r. (II AKa 374/12), LEX nr 1267431.

7 Zob. wyrok SN z 30.05.2018 r. (V KK 446/17), LEX nr 2509711.

8 Wyrok SN z 18.05.1976 r. (VI KRN 63/76), OSNKW 1976/6, poz. 112.

9 M. Leonieni, *Glosa do wyroku SN z dnia 18 maja 1976 r.*, VI KRN 63/76, „Państwo i Prawo” 1977/10, s. 170 i n.; K. Buchała, *Glosa do wyroku SN z dnia 18 maja 1976 r.*, V KRN 63/76, „Nowe Prawo” 1977/9, s. 131.

10 Wyrok SA w Katowicach z 25.09.2015 r. (II AKa 303/15), LEX nr 1950318; wyrok SA w Gdańsku z 26.04.2018 r. (II AKa 325/17), LEX nr 2634965.

wymierzaniu kary grzywny w związku z chociażby sytuacją majątkową konkretnego sprawcy, jego zachowaniem się, czy też przyczynieniem się samego pokrzywdzonego do powstania szkody¹¹. Stosowania zasad i dyrektyw wymiaru kary przy orzekaniu obowiązku naprawienia szkody w pewnych sytuacjach nadal nie da się więc uniknąć, z tym że mają one obecnie zastosowanie przy uwzględnieniu odpowiednich regulacji prawa cywilnego dotyczących ustalania zakresu i sposobu naprawienia wyrządzonej szkody lub krzywdy. Natomiast w przypadku kary grzywny sądy cały czas są zobligowane do ich przestrzegania. Niewątpliwie zarówno przy orzekaniu kary grzywny, jak i obowiązku naprawienia szkody nadal istotne znaczenie ma sytuacja materialna sprawcy przestępstwa. Należy odnotować, że z treści art. 33 k.k. jednoznacznie wynika, iż sąd, ustalając stawkę dzienną grzywny, bierze pod uwagę dochody sprawcy, jego warunki osobiste, rodzinne, stosunki majątkowe i możliwości zarobkowe, a zatem powinien on też odpowiednio uwzględnić w takim przypadku wysokość odszkodowania lub zadośćuczynienia, które sprawca będzie musiał zapłacić po uprawomocnieniu się wyroku¹². Rozwiązanie to wprowadzono m.in. po to, aby uniknąć sytuacji, jaka występowała na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r., w której z powodu nieuiszczenia grzywny przez sprawcę lub niemożności jej wyegzekwowania duża część orzeczeń była wykonywana w postaci zastępczej kary pozbawienia wolności¹³. Należy jednak przy tym odnotować, że art. 58 § 2 k.k., zgodnie z którym: „grzywny nie orzeka się, jeżeli dochody sprawcy, jego stosunki majątkowe lub możliwości zarobkowe uzasadniają przekonanie, że sprawca grzywny nie uiszczy i nie będzie jej można ściągnąć w drodze egzekucji”, został uchylony w związku ze wspomnianą powyżej nowelizacją Kodeksu karnego z 2015 r. Zatem obecnie przy primacie wolnościowych kar (pomijając ostatnie nowelizacje k.k., które *de facto* wracają do prymatu bezwzględnej kary pozbawienia wolności) możliwe jest orzeczenie kary grzywny w sytuacji, gdy sprawca wprawdzie „odpowiednim” majątkiem nie dysponuje, ale może podjąć nadzwyczajne starania, zatrudnienie i spłacić orzeczoną karę grzywny¹⁴. Do czasu nowelizacji z 2015 r. kara grzywny (co do zasady) nie powinna być stosowana wówczas, gdy dochody sprawcy lub jego sytuacja ekonomiczna pozwalały przypuszczać, że nie będzie on w stanie jej zapłacić, a egzekucja również będzie mało skuteczna. Dotyczyło to każdej grzywny, zarówno samoistnej, jak i tej, która mogła być zastosowana wraz z inną karą/sankcją o charakterze majątkowym, w tym z obowiązkiem naprawienia szkody¹⁵. Trzeba przy

11 T. Dukiet-Nagórska, *Obowiązek naprawczy a specyfika prawa karnego* (w:) *Idea sprawiedliwości naprawczej a zasady kontynentalnego prawa karnego*, red. T. Dukiet-Nagórska, Katowice 2016, s. 62–63.

12 Zob. też wyrok SA w Szczecinie z 31.01.2018 r. (II AKa 157/17), LEX nr 2601463.

13 A. Guzik, *Wpływ warunków materialnych sprawcy na nakładanie obowiązku naprawienia szkody*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, s. 127.

14 Zob. szerzej W. Górowski, *Orzekanie kary grzywny po 1 lipca 2015 r.*, „Palestra” 2015/7-8, s. 65–72, <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/7-8-2015/artukul/orzekanie-kary-grzywny-po-1-lipca-2015-r> (dostęp: 16.05.2024 r.)

15 Zob. wyrok SN z 10.02.2017 r. (IV KK 440/16), LEX nr 2204946.

tym zauważyć, iż Sąd Najwyższy w wyroku z 16.04.2015 r. (który aktualność zachowuje do dziś) stwierdził, iż „Wykładnikiem surowości kary grzywny jest ilość, a nie wysokość stawek dziennych tej kary. Określenie przez sąd wysokości stawki dziennej grzywny nie jest zatem czynnością mającą na celu realizowanie bezpośrednio funkcji penalnej, lecz zmierza do ustalenia realnej dolegliwości fiskalnej tej kary dla indywidualnego sprawcy, zgodnie z dyrektywami zawartymi w art. 33 § 3 k.k.”¹⁶ W orzecznictwie słusznie akcentuje się, iż „wysokość stawki dziennej z zasady winna odpowiadać potencjałowi ekonomicznemu oskarżonego, a zatem to nie okoliczność, iż oskarżony aktualnie nie pracuje i nie ma majątku ma zasadnicze znaczenie, ale czy i jakie ma możliwości zarobkowania”¹⁷. Nadto stwierdza się trafnie przy tym, że ustaleń tych należy dokonywać w odniesieniu do czasu orzekania przez sąd w pierwszej instancji, a nie do czasu popełnienia przestępstwa, gdyż biorąc pod uwagę długotrwałość postępowania karnego, trzeba uwzględnić, że sytuacja majątkowa i rodzinna sprawcy oraz możliwość uzyskania przez niego zatrudnienia na rynku pracy mogą ulec w tym czasie zasadniczej zmianie¹⁸. Ilość stawek dziennych sąd wymierza na podstawie określonego czynu, który popełnił sprawca, biorąc zawsze pod uwagę okoliczności konkretnej sprawy, takie między innymi jak wina sprawcy i społeczna szkodliwość takiego czynu. Powyżej wspomniany zakaz orzekania kary grzywny niemożliwej do zapłacenia i nieściągalnej związany jest z argumentem, iż ma ona w swoim założeniu charakter osobisty i powinna dotyczyć samego sprawcę, a nie być przerzucana na barki jego osób najbliższych¹⁹. Zakaz ten dyktowany jest więc przede wszystkim konkretną sytuacją ekonomiczną sprawcy – jego dochodami, stosunkami majątkowymi lub możliwościami zarobkowymi, których właściwe rozpoznanie kształtuje przekonanie sądu co do możliwości uiszczenia grzywny²⁰. Pomimo formalnie zniesionego przez ustawodawcę, powyżej wspomnianego „zakazu” sąd, wymierzając karę grzywny oraz obowiązek naprawienia szkody, nadal powinien mieć w określonym zakresie zawsze na uwadze sytuację materialną sprawcy.

Należy też przy tym zauważyć, iż w pewnych sytuacjach w związku z treścią art. 59 k.k. sąd może czasami poprzestać na orzeczeniu samego środka karnego, czy też nawet kompensacyjnego (tj. np. właśnie obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę), gdy społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna, a cele kary zostaną w ten sposób osiągnięte, a zatem nie musi on wówczas orzekać np. kary grzywny²¹. Decyzję o odstąpieniu od wymierzenia kary i orzeczenia w to miejsce

16 Wyrok SN z 16.04.2015 r. (V KK 407/14), LEX nr 1683375.

17 Wyrok SA w Warszawie z 20.11.2019 r. (II AKa 211/19), LEX nr 3069823.

18 Wyrok SA w Warszawie z 26.06.2020 r. (II AKa 76/20), LEX nr 3046974.

19 V. Konarska-Wrzosek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 149.

20 J. Szumski, *Uwagi o samoistnej karze grzywny*, „Prokuratura i Prawo” 1999/1, s. 14.

21 V. Konarska-Wrzosek, *Dyrektywy wyboru...*, s. 153.

samoistnego środka karnego (czy też kompensacyjnego) sąd podejmuje, kierując się odpowiednimi zasadami i dyrektywami ogólnymi wymiaru kary. Instytucja ta musi spełniać w konkretnym przypadku cele kary, tj. cel szczególnie- i ogólnoprewencyjny oraz sprawiedliwościowy. W takiej sytuacji samoistne orzeczenie środka kompensacyjnego w postaci obowiązku naprawienia szkody jest oczywiście możliwe tylko wówczas, gdy sprawca, dopuszczając się określonego przestępstwa, spełni dodatkowo szczególne przesłanki stosowania środka danego rodzaju. W związku z występującą czasami w praktyce niekorzystną sytuacją ekonomiczną sprawcy należy również zauważyć, iż ewentualnie istnieje jeszcze możliwość rozłożenia grzywny na raty (art. 49 k.k.w.) lub możliwość odroczenia jej ściągnięcia. Takie rozłożenie grzywny na raty ułatwia skazanemu w pewnych przypadkach wykonanie orzeczonej wobec niego kary²². Można jednak uznać, że już sama dyrektywa zawarta w treści art. 33 § 3 k.k. miała też odpowiednio zabezpieczać to, aby grzywna była dolegliwością dla wszystkich sprawców równą, a więc by była to kara sprawiedliwa²³. Nadto należy odnotować, że w wyjątkowych sytuacjach kara grzywny może zostać przez sąd w całości lub w części umorzona na podstawie art. 51 k.k.w. Umorzenie to ma charakter fakultatywny i nie jest uzależnione od wysokości orzeczonej grzywny. W związku z tym, że kara ta może być łączona z obowiązkiem naprawienia szkody orzekanym w zależności od konkretnej sytuacji, albo jako środek kompensacyjny, albo jako warunek probacyjny, to należy przy tym zaznaczyć, iż suma dolegliwości płynąca z orzeczonych kar lub środków reakcji karnej, w tym zwłaszcza o charakterze majątkowym, nie powinna przekraczać miary dyktowanej *in concreto* względami sprawiedliwościowymi oraz potrzebami w zakresie obu rodzajów prewencji. Można przyjąć, że aktualnie grzywna pełni głównie funkcje represyjno-prewencyjne, zaś funkcja kompensacyjna (szczególnie *sensu stricto*) jest tutaj raczej znikoma, a jej orzekanie zostało powierzone swobodnemu uznaniu sądu. Przy właściwym wykorzystaniu środków pochodzących z grzywien może ona jednak służyć np. tworzeniu funduszy na kompensację szkód ponoszonych przez ofiary przestępstw²⁴. Trzeba jednak pamiętać, iż kara grzywny jest powszechnie uważana za wyjątkowo dogodny i użyteczny instrument zwalczania przestępczości, bowiem jest ona łatwa oraz tania w wykonaniu, a nadto nie dezorganizuje dotychczasowego życia sprawcy, a przy tym zapewnia realizację wszystkich podstawowych celów kary²⁵. Wskazuje ona na nieopłacalność popełniania przestępstw o charakterze majątkowym.

22 Zob. szerzej Kazimierz Postulski, Zmiany dotyczące wykonywania kary grzywny obowiązujące od 1 lipca 2015 r., „Palestra” -6/2015, s. 56-63. <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/5-6-2015/arttykul/zmiany-dotyczace-wykonywania-kary-grzywny-obowiazujace-od-1-lipca-2015-r> (dostęp: 16.05.2024 r.)

23 V. Konarska-Wrzosek, *Dyrektywy wyboru...*, s. 155.

24 Zob. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 267; M. Melezini, *W sprawie reformy kary grzywny*, „Przegląd Prawa Karnego” 1993/9, s. 16.

25 V. Konarska-Wrzosek, *Dyrektywy wyboru...*, s. 148.

Jednak należy mieć też na uwadze to, że w przypadku osób ekonomicznie powiązanych ze skazanym lub od niego zależnych, każda dolegliwość dotykająca jego dochodów lub stanu posiadania, tj. zastosowanie środków reakcji karnej o charakterze majątkowym, wpływa także w pewien sposób na poziom ich bytowania²⁶, na co sąd musi zwracać szczególną uwagę w przypadku ewentualnej kumulacji takiego rodzaju instytucji. Na kanwie powyższych rozważań warto jeszcze przy tej okazji nadmienić o konieczności w pewnych przypadkach wymierzania przez sądy łącznej kary grzywny, trafnie wskazuje się bowiem, że prawidłowa wykładnia dyspozycji art. 86 § 2 k.k. w połączeniu z art. 33 § 3 k.k. prowadzić musi do wniosku, iż co do zasady wysokość jednej stawki dziennej łącznej kary grzywny odpowiadać winna potencjałowi ekonomicznemu skazanego na chwilę wydawania wyroku łącznego. Skoro wysokość stawki dziennej kształtowana jest przez sytuację materialną skazanego w chwili orzekania, to słusznym rozwiązaniem jest, aby wysokość stawki dziennej łącznej kary grzywny była określana w sposób jednolity, by w ten sposób oddać tożsamą sytuację materialną sprawcy na chwilę wydawania wyroku łącznego²⁷.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe ustalenia i możliwość łącznego orzekania przez sądy kary grzywny oraz obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, trzeba wskazać, iż w doktrynie zasadnie zwraca się uwagę na to, że jednym z celów zastosowania takiego obowiązku (przede wszystkim w charakterze warunku probacyjnego) jest oprócz funkcji kompensacyjnej realizacja również pewnych określonych zadań wychowawczych wobec sprawcy, które mogą być osiągnięte tylko wówczas, gdy jego wykonanie jest realne, a więc nie powinien on przekraczać jego możliwości majątkowych²⁸. W związku z tym nadal konieczne jest, podobnie jak przy karze grzywny, odpowiednie dostosowywanie przez sąd wysokości zasądzanego odszkodowania do sytuacji materialnej sprawcy²⁹. Jest to zgodne między innymi z treścią art. 440 k.c., normującego kwestię miarkowania odszkodowania, a które polega na ograniczeniu zakresu obowiązku naprawienia szkody stosownie do okoliczności³⁰, jeżeli ze względu na stan majątkowy osoby odpowiedzialnej za szkodę (lub poszkodowanego) wymagają tego zasady współżycia społecznego³¹. Należy stwierdzić, iż na gruncie aktualnego stanu prawnego nie ma już przeciwwskazań do stosowania tej regulacji³². Do czasu nowelizacji z 2015 r. wskazywano, iż ewentualne ograniczenie

26 M. Melezini, *System wymiaru grzywnien w nowym kodeksie karnym*, „Monitor Prawniczy” 1998/3.

27 Zob. wyrok SA w Katowicach z 6.04.2017 r. (II AKa 83/17), LEX nr 2333060; P. Petasz, *Granice kary łącznej grzywny i wysokości stawki dziennej w wyroku łącznym. Glosa do uchwały SN z dnia 29 października 2012 r.*, I KZP 17/12, GSP-Prz.Orz. 2015/3, s. 67–72.

28 Z. Gostyński, *Obowiązek naprawienia...*, s. 185–186.

29 Zob. SA w Krakowie w wyroku z 9.05.2002 r. (II AKa 98/02), KZS 2002/6, poz. 13.

30 Zob. M. Łukasiewicz, A. Ostapa, *Obowiązek naprawienia szkody – wybrane zagadnienia*, „Prokuratura i Prawo” 2001/9, s. 56.

31 Zob. wyrok SA w Warszawie z 5.12.2016 r. (II AKa 392/16), LEX nr 2191558.

32 Z. Gostyński, *Obowiązek naprawienia...*, s. 183–184; R. Giętkowski, *Hierarchia funkcji karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody i jej znaczenie w praktyce*, „Palestra” 2003/11–12, s. 134.

wysokości zasądanego odszkodowania orzecanego przez sąd karny mogło być rezultatem oceny sądu, dokonanej przede wszystkim na podstawie art. 53 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 56 k.k.³³ W piśmiennictwie słusznie podnosi się, że jeśli obowiązek naprawienia szkody ma pełnić funkcję kompensacyjną, to sytuacja majątkowa sprawcy przy jego orzekaniu powinna mieć wpływ na wysokość nakładanej razem z nim kary grzywny³⁴, bowiem nie do przyjęcia byłoby orzekanie jej kosztem zmniejszenia zakresu nakładanego na sprawcę takiego obowiązku³⁵. Zasadnie zauważa się również, iż tam, gdzie ustawa przewiduje fakultatywne zasądzenie takiego obowiązku, ustalenia w zakresie sytuacji materialnej oskarżonego mogą mieć czasami decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia o jego zastosowaniu lub niezastosowaniu³⁶. Trzeba przy tym zauważyć, że również sytuacja ekonomiczna pokrzywdzonego może zgodnie z treścią wspomnianego powyżej art. 440 k.c. prowadzić do zmniejszenia zakresu obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przez sprawcę, przy oczywiście jednoczesnym zaistnieniu pewnych dodatkowych przesłanek przemawiających *in concreto* za ograniczeniem wysokości zasądanego odszkodowania³⁷. Na gruncie aktualnego stanu prawnego możliwe jest również zastosowanie w prawie karnym art. 362 k.c., regulującego kwestię ewentualnego pomniejszenia odszkodowania lub zadośćuczynienia ze względu na przy czynienie się pokrzywdzonego do wyrządzonej przez sprawcę szkody lub krzywdy³⁸. Niewątpliwie regulacje te mają szczególnie istotne znaczenie w przypadku łącznego wymierzania obowiązku naprawienia szkody oraz kary grzywny³⁹. W orzecnictwie trafnie wskazuje się, iż o tym, czy i w jakim zakresie należy ewentualnie *in concreto* obniżyć odszkodowanie, decydują okoliczności, takie między innymi jak: porównanie stopnia winy obu stron oraz stopnia przyczynienia się do powstania konkretnej szkody przez każdą z nich, wiek pokrzywdzonego, ciężar naruszonych przez sprawcę obowiązków i stopień ich naruszenia, rozmiar i waga uchybień po stronie pokrzywdzonego, sposób działania sprawcy i jego zachowanie się po wyrządzeniu szkody, itp.⁴⁰ Obecnie regułą powinno być zastosowanie w prawie karnym art. 361 § 1 k.c., który określa zasadę pełnego odszkodowania, natomiast odstępstwa od niej muszą być uzasadnione bardzo ważnymi względami⁴¹. Należy więc w tym

33 M. Łukaszewicz, A. Ostapa, *Obowiązek naprawienia...*, s. 56.

34 Wyrok SN z 16.05.2019 r. (III KK 157/18), LEX nr 2657437.

35 Zob. wyrok SA w Łodzi z 22.03.2016 r. (II AKa 112/15), LEX nr 2050841.

36 Zob. wyrok SA w Katowicach z 9.11.2016 r. (II AKa 307/16), LEX nr 2171140.

37 Zob. wyrok SA w Krakowie z 22.07.2016 r. (I ACa 699/16), LEX nr 2108540; J. Misztal-Konecka, *Roszczenia majątkowe osób najbliższych dla pokrzywdzonego*, Warszawa 2008, s. 69.

38 Wyrok SA w Krakowie z 24.03.2017 r. (I ACa 1800/16), LEX nr 2300295; wyrok SA w Łodzi z 17.01.2017 r. (I ACa 889/16), LEX nr 2250120; wyrok SA w Krakowie z 4.06.2019 r. (I ACa 1343/18), LEX nr 2776044.

39 Wyrok SA w Gdańsku z 27.06.2018 r. (II AKa 134/18), KSAG 2018/4, poz. 148–165.

40 Wyrok SA w Łodzi z 17.01.2017 r. (I ACa 889/16), LEX nr 2250120.

41 Z. Gostyński, *Obowiązek naprawienia szkody w nowym ustawodawstwie karnym*, Kraków 1999, s. 181; W. Daszkiewicz, *Naprawienie szkody w prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 22; wyrok SA w Warszawie z 14.04.2016 r. (I ACa 950/15), LEX nr 2044269.

miejscu odpowiedzieć na pytanie, kiedy sąd może ewentualnie orzec obowiązek naprawienia szkody tylko w części, łącząc go wówczas w miarę możliwości i potrzeb z karą grzywny, szczególnie jeśli w świetle okoliczności konkretnej sprawy sąd obli-gatoryjnie powinien taki obowiązek zastosować. Trzeba tutaj wskazać postanowienie Sądu Najwyższego z 11.05.2012 r.⁴², w którym stwierdził on, iż odstępowanie przez sąd od zobowiązania sprawcy do naprawienia szkody w całości może występować między innymi wówczas, gdy ujawniony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie jej w pełnej wysokości, gdy jej naprawienie w całości byłoby nierealne lub też gdy zachowanie się pokrzywdzonego przed popełnieniem przestępstwa czy w czasie jego popełnienia nie uzasadnia naprawienia mu szkody w całości albo gdy on sam przyczynił się do jej powstania. Przesłanki te są więc w określonym zakresie zgodne ze wskazanymi powyżej regulacjami prawa cywilnego, które mają obecnie kluczowe znaczenie przy orzekaniu obowiązku naprawienia szkody. Należy przy tym zaznaczyć, iż w toku procesu karnego priorytetowe znaczenie posiada ustalenie oko-liczności niezbędnych dla rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej sprawcy, natomiast jeśli występują przy tym trudności w dokładnym oszacowaniu wysokości wyrządzonej przez niego szkody lub krzywdy, których nie można usunąć bez obawy przedłużenia konkretnego postępowania, to wówczas dozwolone, a wręcz czasami konieczne, jest orzekanie o naprawieniu szkody, tylko w części⁴³, pozostawia-jąc przy tym ewentualnie pokrzywdzonemu otwartą drogę do dochodzenia niezaspokojonej części roszczenia w toku procesu cywilnego, aczkolwiek takie sytuacje powinny stanowić wyjątek⁴⁴. Wskazuje się, iż sposób i zakres naprawienia szkody nie mają w prawie karnym dominującego znaczenia, w związku z tym mogą być kształtowane przez chociażby taki czynnik jak np. sytuacja materialna pokrzywdzonego, czy też zachowanie się sprawcy⁴⁵. Należy jednak zaznaczyć, iż w sytuacji złożenia przez po-krzywdzonego lub inny uprawniony podmiot stosownego wniosku na podstawie art. 46 k.k. sąd w razie skazania musi orzec, stosując przepisy prawa cywilnego, obo-wiązek naprawienia, w całości albo w części, wyrządzonej przestępstwem szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę⁴⁶. Można przy tym przyjąć, że czasami zasądzenie takiego obowiązku naprawienia szkody tylko w części łatwiej jest w razie ko-nieczności połączyć z karą grzywny. Wydaje się jednak, iż ze względu na mocno ak-centowaną obecnie funkcję kompensacyjną prawa karnego bardzo często to obowiązek naprawienia szkody będzie miał pierwszorzędne znaczenie w stosunku do kary

42 Postanowienie SN z 11.05.2012 r. (IV KK 365/11), LEX nr 1215334.

43 Zob. wyrok SA w Warszawie z 12.06.2019 r. (II AKa 471/18), LEX nr 2699273; Z. Gostyński, *Obowiązek naprawienia...*, s. 183.

44 Z. Gostyński, *Obowiązek naprawienia...*, s. 126; J. Misztal-Konecka, *Roszczenia majątkowe...*, s. 175.

45 A. Guzik, *Wpływ warunków...*, s. 140.

46 Zob. też P. Brózek, *Utracone korzyści (lucrum cessans) i tzw. szkoda ewentualna w prawie karnym*, „Przeegląd Sądowy” 2020/11–12, s. 100–109.

grzywny, nawet jeśli jego zastosowanie w pewnych sytuacjach ma w świetle obowiązujących przepisów charakter tylko fakultatywny. Instytucja ta nadal oprócz tej funkcji pełni również w pewnym stopniu funkcję wychowawczą, a więc może ona w pewnych przypadkach z powodzeniem zastąpić w określonym zakresie karę grzywny. Należy przy tym również wskazać, że obowiązek naprawienia szkody może być czasami orzekany na rzecz Skarbu Państwa, a zatem na rzecz takiego samego podmiotu jak grzywna. Warto jeszcze nadmienić, iż na gruncie aktualnego stanu prawnego można uznać za dopuszczalne, aby podobnie jak kara grzywny obowiązek naprawienia szkody orzekany zarówno jako środek kompensacyjny, jak i jako warunek probacyjny był w pewnych wyjątkowych sytuacjach rozkładany na raty. Taki wniosek o rozłożenie na raty spłaty odszkodowania sprawca powinien złożyć wówczas, gdy jego stan majątkowy nie pozwala na uiszczenie zobowiązania w całości⁴⁷. Trzeba jednak zauważyć, iż aktualnie obowiązek ten może być orzekany nie tylko w formie pieniężnej, ale również poprzez zastosowanie formy przywrócenia stanu poprzedniego (*restituto in integrum*). Zobowiązanie sprawcy do naprawienia szkody w ten drugi sposób z powodu określonych walorów wychowawczych może być czasami dla niego bardziej dotkliwe⁴⁸. Zastosowanie przez sąd takiej formy może być w pewnych sytuacjach łatwiejsze w przypadku konieczności wymierzenia dodatkowo również kary grzywny, ze względu na łączącą się z tym dolegliwość ekonomiczną w stosunku do sprawcy. Jeśli sposób naprawienia szkody przez sprawcę będzie miał charakter niemajątkowy, to wówczas jego status majątkowy często nie ma tu większego znaczenia, np. przy zobowiązaniu go do wykonania na rzecz pokrzywdzonego określonej czynności. Naprawienie szkody w drodze restytucji naturalnej może mieć różną postać, zależną od rodzaju naruszonego dobra, rodzaju wyrządzonej szkody oraz innych okoliczności temu towarzyszących. W przypadku obowiązku naprawienia szkody mającego charakter fakultatywny zła sytuacja majątkowa sprawcy może czasami uzasadniać odstąpienie przez sąd od jego orzeczenia, aczkolwiek musi on zawsze wziąć też pod uwagę to, czy w konkretnym przypadku zastosowanie innej formy rekompensaty jest również niemożliwe⁴⁹. Jak już powyżej wspomniano, grzywna może być łączona nie tylko z obowiązkiem naprawienia szkody, ale również z zadośćuczynieniem pieniężnym⁵⁰. Zakres swobody sądu w kwestii określania jego wysokości jest tutaj znacznie większy niż przy szacowaniu odszkodowania w związku z naprawianiem przez sprawcę szkody majątkowej, bowiem szkoda niemajątkowa podlega najczęściej naprawieniu jedynie w sposób

47 E. Wdzięczna, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego w świetle koncepcji sprawiedliwości naprawczej*, Toruń 2010, s. 358; wyrok SN z 16.06.2016 r. (III UK 166/15), LEX nr 2071139.

48 A. Marek, T. Oczkowski (w:) *System prawa...*, s. 715–716.

49 A. Guzik, *Wpływ warunków...*, s. 138.

50 W. Daszkiewicz, *Naprawienie szkody...*, s. 68.

przybliżony⁵¹. Aczkolwiek trzeba też pamiętać o tym, że niezależnie od zastosowanego *in concreto* sposobu kompensacji wyrządzonej przez sprawcę szkody lub krzywdy i połączenia tej instytucji z karą grzywny jedną z istotnych reguł mających znaczenie przy określaniu przez sąd wysokości odszkodowania (lub zadośćuczynienia) jest niedopuszczenie do nieuzasadnionego wzbogacenia się pokrzywdzonego⁵². Szkoda, którą powinien naprawić sprawca, nie może przewyższać wartości szkody rzeczywistej, której doznał pokrzywdzony⁵³. Trzeba więc jeszcze przy tej okazji na koniec odnotować, iż kara grzywny może być też w pewnych przypadkach łączona z nawiązką lub świadczeniem pieniężnym. Nawiązka może być orzekana na podstawie m.in. art. 46 § 2 k.k., a także może być ona zastosowana przy konkretnych przestępstwach, np. z art. 212 § 3, art. 216 § 4, i wykroczeniach. W doktrynie wskazuje się, iż instytucja nawiązki stanowi z jednej strony swoiste zadośćuczynienie⁵⁴, natomiast z drugiej strony eksponuje się jej element represji⁵⁵. Posiada więc ona mieszany kompensacyjno-penalny charakter (z przewagą jednego lub drugiego elementu, w zależności od konkretnej podstawy orzekania). Jednak pełni ona aktualnie raczej rolę drugorzędną w stosunku do obowiązku naprawienia szkody, który ma na celu, co do zasady, pełną rekompensatę szkód oraz krzywd wyrządzonych przez sprawcę pokrzywdzonemu⁵⁶. Jeżeli zaś chodzi o świadczenie pieniężne, to na podstawie analizy art. 43a k.k., który określa treść, istotę oraz zakres tej instytucji, trzeba stwierdzić, iż może być ono orzeczone wyłącznie na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej, nie zaś na rzecz „indywidualnego” (konkretnego) pokrzywdzonego. W związku z tym można przyjąć, że ma ono raczej odmienny charakter i spełnia nieco inne funkcje niż obowiązek naprawienia szkody⁵⁷. Instytucji tej ustawodawca przypisał głównie funkcje represyjne z elementami prewencyjnymi⁵⁸. Stanowi ona dolegliwość dla sprawcy o charakterze pieniężnym (majątkowym), jednak nie można tu mówić o naprawieniu szkody (kompensacji) *sensu stricto*.

Konkludując powyższe rozważania, należy wyraźnie stwierdzić, iż możliwość łącznego orzekania (kumulacji) środków reakcji karnej o charakterze majątkowym z karą grzywny, a przede wszystkim z obowiązkiem naprawienia szkody lub zadośćuczynieniem za doznaną krzywdę, nie powinna prowadzić do nadmiernego zwiększenia stopnia dolegliwości pieniężnej dla sprawcy, czego efektem może być niemożność

51 Wyrok SA w Warszawie z 20.09.2018 r. (I ACa 572/17), LEX nr 2581365; wyrok SN z 30.01.2004 r. (I CK 131/03), OSNC 2005/2, poz. 40.

52 Tak np. wyrok SN z 27.02.2008 r. (IV KK 15/08), „Prokuratura i Prawo – wkładka” 2008/7–8, poz. 7.

53 G. Bieniek, *Odpowiedzialność cywilna za wypadki drogowe*, Warszawa 2007, s. 245–246.

54 J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lublin 2012, s. 691.

55 S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 1099–1100.

56 W. Cieślak, *Nawiązka w polskim prawie karnym – wczoraj, dzisiaj i jutro...*, s. 403.

57 Z. Gostyński, *Obowiązek naprawienia szkody...*, s. 44.

58 K. Buchała (w:) *Komentarz do Kodeksu Karnego. Część ogólna*, red. K. Buchała, A. Zoll, Kraków 1998, s. 368.

naprawienia szkody na rzecz samego pokrzywdzonego. Jednakże sąd zawsze powinien mieć też na uwadze to, iż jedną z głównych reguł stosowanych przy określaniu wysokości odszkodowania (lub zadośćuczynienia) jest niedopuszczenie do nieuzasadnionego wzbogacenia się pokrzywdzonego⁵⁹. Relacja grzywny w odniesieniu do środków reakcji karnej o charakterze finansowym ma więc szczególne znaczenie z uwagi nie tylko na kwestię związaną z sytuacją majątkową sprawcy oraz pokrzywdzonego i łączącą się z tym w konkretnym przypadku dolegliwość kary, ale również ze względu na to, iż często zobowiązanie sprawcy do naprawienia wyrządzonej szkody lub krzywdy zaspakaja w pewien sposób w większym stopniu społeczne poczucie sprawiedliwości aniżeli orzeczenie wobec niego kary grzywny. Należy przy tym zaznaczyć, iż suma dolegliwości płynąca z orzeczonych kar lub środków reakcji karnej, w tym o charakterze majątkowym, nie powinna przekraczać miary dyktowanej w konkretnej sytuacji względami sprawiedliwościowymi oraz potrzebami w zakresie obu rodzajów prewencji. Można uznać, że aktualnie grzywna pełni głównie funkcje represyjno-prewencyjne, zatem to funkcja kompensacyjna obowiązku naprawienia szkody będzie mieć najczęściej w wielu przypadkach kluczowe znaczenie w sytuacji ewentualnej możliwości łącznego zastosowania go z karą grzywny. Nałożenie na sprawcę obowiązku naprawienia szkody lub zasądzenie stosownego zadośćuczynienia za wyrządzone pokrzywdzonemu krzywdy nie powinno, a nawet nie może, być pominięte przy wymiarze kary grzywny w przypadku ich łącznego zastosowania⁶⁰. Nadal uzasadnione jest więc odpowiednie dostosowywanie wysokości zasądanego odszkodowania np. do sytuacji materialnej sprawcy, czy też jego ograniczenie ze względu na stan majątkowy pokrzywdzonego, lub jego przyczynienie się do powstania szkody, jeśli wymagają tego zasady współżycia społecznego. Trzeba przy tym pamiętać, że jednym z celów zastosowania takiego obowiązku przede wszystkim w charakterze warunku probacyjnego jest oprócz funkcji kompensacyjnej realizacja przy tym również pewnych określonych zadań wychowawczych wobec sprawcy, które mogą być osiągnięte tylko wówczas, gdy jego wykonanie jest realne, a więc nie powinno ono przekraczać np. jego możliwości majątkowych⁶¹. Kara grzywny jest powszechnie uważana za wyjątkowo użyteczny instrument zwalczania przestępczości, bowiem jest ona łatwa oraz tania w wykonaniu, a przy tym zapewnia realizację wszystkich podstawowych celów kary⁶². Jednak należy mieć też na uwadze to, że w przypadku osób powiązanych ekonomicznie ze sprawcą lub od niego zależnych każda dolegliwość dotycząca jego stanu materialnego, tj. polegająca na zastosowaniu środków reakcji karnej o charakterze majątkowym, wpływa

59 Tak np. wyrok SN z 27.02.2008 r. (IV KK 15/08), „Prokuratura i Prawo – wkładka” 2008/7–8, poz. 7.

60 M. Leonieni, *Glosa do wyroku...*, s. 170 i n.

61 Z. Gostyński, *Obowiązek naprawienia...*, s. 185–186.

62 V. Konarska-Wrzosek, *Dyrektwywy wyboru...*, s. 148.

także w pewien sposób na poziom ich bytowania⁶³, na co sąd musi zwracać szczególną uwagę w przypadku ewentualnej kumulacji takiego rodzaju instytucji. Zatem w związku z występującą w praktyce możliwością łącznego orzekania kary grzywny oraz obowiązku naprawienia szkody można ogólnie stwierdzić, że najczęściej ze względu na konieczność realizacji funkcji kompensacyjnej prawa karnego to jednak obowiązek naprawienia szkody będzie mieć pierwszeństwo w stosunku do kary grzywny.

dr Patrycja Brózek

Doktor nauk prawnych.

Doctor of laws, lawyer.

patrycja.brozek9@gmail.com

ORCID: 0000-0002-3968-6594

ABSTRACT

Keywords: *fine, obligation to make good damage, criminal law, redress for the harm suffered, mitigating damages, financial situation of the perpetrator*

A few words about the cumulation of a fine with the obligation to make good damage or redress harm

A fine is one of the punishments. It is listed in the first position in the catalogue of punishments in Article 32 of the Criminal Code. Since it is possible to combine it in practice with other means of criminal response of a pecuniary nature, it is important to determine such a relationship to the obligation to make good the damage considering, among other things, the financial situation of the perpetrator and the victim and the resulting in concreto onerousness of the punishment imposed, but also considering the aspect of public assessments of the administration of justice. After all, it should be noted that very often the obligation of the perpetrator to make good the damage or redress the harm caused to the victim satisfies the public sense of justice to a greater extent than making the perpetrator pay a fine. There are other important differences between these institutions. They also have some common characteristics/features. In view of the above, first of all,

63 M. Melezini, *System wymiaru grzywien w nowym kodeksie karnym*, „Monitor Prawniczy” 1998/3.

it is necessary to answer the following questions: whether the obligation of the accused to make good the damage or redress the harm caused can be considered a mitigating circumstance or a factor otherwise affecting the reduction of the fine; whether, therefore, if it is possible to combine the application of these institutions in practice, the court may significantly reduce the fine or even completely abandon its imposition in favour of full compensation of the damage caused to the victim; when the court can impose an obligation to make good the damage only in part, while combining it with a fine if possible; what criteria should the court be guided by when imposing a fine together with the obligation to make good the damage; in what cases (variants) is it currently possible to apply these institutions jointly? The purpose of this publication is to try to answer the questions posed above and thereby draw attention to some key issues related to the mutual relationship between the aforementioned institutions.

Bibliografia

- Bierć Andrzej**, *Zarys prawa prywatnego: Część ogólna*, Warszawa 2012
- Brózek Patrycja**, *Utracone korzyści (lucrum cessans) i tzw. szkoda ewentualna w prawie karnym*, „Przeгляд Sądowy” 2020/11–12
- Buchała Kazimierz**, *Glosa do wyroku SN z dnia 18 maja 1976 r., V KRN 63/76*, „Nowe Prawo” 1977/9
- Buchała Kazimierz** (w:) *Komentarz do Kodeksu Karnego. Część ogólna*, red. K. Buchała, Andrzej Zoll, Kraków 1998
- Cieślak Wojciech**, *Nawiązka w polskim prawie karnym*, Gdańsk 2006
- Dadak Wojciech**, *Grzywna samoistna w stawkach dziennych*, Warszawa 2011
- Daszkiewicz Wiesław**, *Naprawienie szkody w prawie karnym*, Warszawa 1972
- Dukiet-Nagórska Teresa**, *Obowiązek naprawczy a specyfika prawa karnego* (w:) *Idea sprawiedliwości naprawczej a zasady kontynentalnego prawa karnego*, red. T. Dukiet-Nagórska, Katowice 2016
- Giętkowski Radosław**, *Obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienie za doznaną krzywdę* (w:) *Środki karne, przepadek i środki kompensacyjne w znowelizowanym kodeksie karnym*, red. P. Daniluk, Warszawa 2017
- Gostyński Zbigniew**, *Karnoprawny obowiązek naprawienia szkody*, Katowice 1984
- Gostyński Zbigniew**, *Obowiązek naprawienia szkody w nowym ustawodawstwie karnym*, Kraków 1999
- Guzik Anna**, *Wpływ warunków materialnych sprawcy na nakładanie obowiązku naprawienia szkody*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002

- Iwański Mikołaj, Jakubowski Michał, Pałka Katarzyna** (w:) *Nowelizacja prawa karnego 2015*. Komentarz, red. W. Wróbel, Kraków 2015
- Konarska-Wrzosek Violetta**, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002
- Konarska-Wrzosek Violetta** (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2020
- Łukasiewicz Maciej, Ostapa Andrzej**, *Obowiązek naprawienia szkody – wybrane zagadnienia*, „Prokuratura i Prawo” 2001/9
- Marek Andrzej, Oczkowski Tomasz** (w:) *System prawa karnego. Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, red. M. Melezini, Warszawa 2010, t. 6
- Melezini Mirosława**, *System wymiaru grzywny w nowym kodeksie karnym*, „Monitor Prawniczy” 1998/3
- Misztal-Konecka Joanna**, *Roszczenia majątkowe osób najbliższych dla pokrzywdzonego*, Warszawa 2008
- Muszyńska Anna**, *Zmiany w zakresie środków karnych o charakterze majątkowym; uwagi na tle nowelizacji z 2015 roku*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015/1–2
- Petasz Paweł**, *Granice kary łącznej grzywny i wysokości stawki dziennej w wyroku łącznym. Glosa do uchwały SN z dnia 29 października 2012 r., I KZP 17/12, GSP-Prz.Orz. 2015/3*
- Stefański Ryszard Andrzej** (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Warszawa 2015
- Szczucki Krzysztof** (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 32–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017
- Wdzięczna Ewa**, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego w świetle koncepcji sprawiedliwości naprawczej*, Toruń 2010
- Zalewski Wojciech**, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Gdańsk 2007
- Zoll Andrzej** (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, red. K. Buchała, A. Zoll, Zakamycze 1998

Pojęcia kluczowe: *wymuszenie zwrotu wierzytelności, wymuszenie rozbójnicze, kwalifikacja kumulatywna*

Michał Rachalski

O kwalifikacji i ocenie czynów o złożonej strukturze na przykładzie relacji pomiędzy wymuszeniem wierzytelności a wymuszeniem rozbójniczym

ABSTRAKT

Przedmiotem analizy jest problematyka wzajemnych relacji pomiędzy przepisem art. 191 § 2 k.k. i art. 282 § 1 k.k. Analiza odbywa się na dwóch płaszczyznach: abstrakcyjno-generalnej oraz indywidualno-konkretnej. W kontekście tej pierwszej podjęta zostaje próba wykazania, że dają się wyobrazić przypadki jednoczynowej realizacji znamion zarówno wymuszenia wierzytelności, jak i wymuszenia rozbójniczego. Na drugiej z wymienionych płaszczyzn podjęta zostaje próba wykazania funkcjonalnych korzyści w razie kumulatywnej kwalifikacji takich przypadków.

W literaturze i orzecznictwie dominuje pogląd, zgodnie z którym pomiędzy przepisami art. 191 § 2 k.k. a art. 282 § 1 k.k. ustalić można stosunek logiczny wykluczania. Innymi słowy, nie ma takich czynów, które dają się równocześnie kwalifikować na podstawie obydwu tych wzorców. Praktyka musi jednak niekiedy mierzyć się z przypadkami granicznymi, gdy – jeśli podzielić powyższe zapatrywanie – nie tylko nie wiadomo, który ze wzorców miałby być tym prawidłowym, ale nadto każdy z nich użyty samodzielnie zdaje się być niewystarczający w perspektywie celów i funkcji kwalifikacji.

I. WPROWADZENIE

Problem wzajemnych relacji pomiędzy przepisem art. 191 § 2 k.k. a art. 282 § 1 k.k. (dawniej: 282 k.k.) jest przedmiotem licznych wypowiedzi tak przedstawicieli

doktryny, jak i orzecznictwa¹. Pobieżna kwerenda źródeł prowadzi do wniosku, że dane zachowanie kwalifikować można co do zasady wyłącznie przez pryzmat jednego z tych wzorców. Wynika to ze stwierdzonego stosunku wykluczania pomiędzy dekodowanymi z tych przepisów normami, który to z kolei uzasadnia się zwykle różnicami w stronie podmiotowej². Pomimo bowiem daleko idących podobieństw na płaszczyźnie przedmiotowej, każdy z typów charakteryzuje się swoiście zabarwionym zamiarem kierunkowym i to właśnie ustaleniom w tym zakresie przydać trzeba decydujące znaczenie przy wyborze odpowiedniego wzorca wartościowania. Mówiąc obrazowo: niemożliwe, by sprawca co do jednej i tej samej kwoty (przysporzenia, rozporządzenia, wierzytelności) tkwił w przekonaniu o jej zgodności z prawem i bezprawności.

Aprobując w zasadniczym zakresie powyższy tok rozumowania, chcę poddać pod rozważenie, czy kategoryczności tej tezy nie należałoby jednak osłabić, szczególnie jeśli mieć na uwadze przedmiot ochrony każdego z tych przepisów i daleko idące konsekwencje zaniechania takiego wysubtelnienia, konsekwencje nie bez uszczerbku dla racjonalności polityki kryminalnej. Przez osłabienie czy wysubtelnienie rozumiem właśnie rozpoznanie, że zdarzyć się mogą przypadki, gdy jeden czyn będzie konstytuować na raz wymuszenie wierzytelności i wymuszenie rozbójnicze.

Prowadzone dalej analizy koncentrować będą się zatem wokół dwóch hipotez. Pierwszej, zgodnie z którą zakresy kryminalizacji z art. 191 § 2 k.k. oraz art. 282 § 1 k.k. pozostają w relacji krzyżowania. Uczciwość nakazuje przy tym wskazać, że poglądy takie dotychczas już prezentowano, ponowne odniesienie się do tej materii pozwoli jednak oczyścić przedpole dla rozważań w drugiej części niniejszego opracowania. Zgodnie bowiem z kolejną hipotezą multikwalifikacja takiego czynu złożonego³ determinuje przebieg wartościowania zawartości kryminalnej tego zachowania, co ostatecznie rzutuje na realizację funkcji prawa karnego zarówno na płaszczyźnie przypisania, jak i sankcjonowania przestępstwa. To zagadnienie już niekoniecznie w dogmatyce jest eksplorowane, a pokazuje dobitnie konsekwencje przyjęcia określonej optyki rozwiązania zbiegu. W tej perspektywie niniejsze opracowanie stanowić może

1 W. Cieślak, *O wzajemnym stosunku zmuszania, rozboju i wymuszenia rozbójniczego*, „Palestra” t. 12 1994/38, s. 40–52; W. Cieślak, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 6 marca 2003 r.*, II AKA 231/02, „Palestra” 2004/7–8; P. Kardas, *Zasada ochrony wolności a odpowiedzialność karna za wymuszenie zwrotu wierzytelności (w): Prawnokarne aspekty wolności. Materiały z konferencji Arłamów 16–18 maja 2005 r.*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2006, s. 141–166; B. Michalski (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, t. 2, s. 1072–1073; K. Lipiński, *Wymuszanie zwrotu wierzytelności a niektóre przestępstwa przeciwko mieniu. Problematyka wykluczania się zmodyfikowanych typów przestępstw*, „Prawo w Działaniu” 2020/41, s. 100–112. Jak wynika z samych tytułów powołanych tutaj opracowań, problem ten daje się analizować w różnych – węższych lub szerszych – kontekstach. Czasem będzie to relacja między dwoma przepisami, czasem więcej niż dwoma, a czasem nawet w ramach całej „rodziny” przepisów. Co do orzecznictwa, zob. w szczególności wyrok SN z 8.12.2004 r. (V KK 282/04), OSNKW 2005/1, poz. 10; wyrok SN z 13.07.2011 r. (II KK 37/11), LEX nr 898595.

2 Niekiedy ustalenie stosunku wykluczania pomiędzy wymuszeniem wierzytelności a wymuszeniem rozbójniczym jest wynikiem rozpoznania, że mamy tutaj do czynienia z dwoma odmianami tego samego typu podstawowego. Tak K. Lipiński, *Wymuszanie zwrotu wierzytelności...*

3 Określenie w ślad za: W. Cieślak, *O wzajemnym stosunku zmuszania...*

również głos w dyskusji o mechanizmach usuwania szeroko rozumianych kolizji norm w procesie stosowania prawa karnego⁴. Wreszcie, z samej istoty takie rozważania – skoncentrowane na rekonstrukcji kryteriów oceny w konkretnym przypadku – mają doniosłe znaczenie dla praktyki stosowania prawa.

II. PROBLEM RELACJI ZAKRESOWYCH POMIĘDZY PRZEPISEM ART. 191 § 2 K.K.

A ART. 282 § 1 K.K.

Przejdźmy zatem do wyводу zasadniczego. Jak już wspomniano na wstępie, zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i piśmiennictwie, ugruntowany status ma zapatrywanie, zgodnie z którym to ustaleniom dotyczącym strony podmiotowej przydać trzeba decydujące znaczenie w razie potencjalnej konkurencji art. 191 § 2 k.k. oraz art. 282 § 1 k.k. Znamiona przedmiotowe obydwu tych typów w zasadniczej części bowiem pokrywają się: pomimo pewnych odmienności⁵, określone zachowanie polegające na stosowaniu przemocy lub groźby objęte jest kryminalizacją zarówno na gruncie art. 191 § 2 k.k., jak i art. 282 § 1 k.k. W tym pierwszym wypadku znamię czynnościowe „stosowania przemocy wobec osoby lub groźby bezprawnej” wyczerpuje w całości przedmiotowy opis tego czynu zabronionego, a w przypadku materialnego typu z art. 282 § 1 k.k. „przemoc, groźba zamachu na życie lub zdrowie albo gwałtownego zamachu na mienie” konstytuują karalne sposoby osiągnięcia skutku.

Nim jednak wypadnie zająć się porównaniem strony podmiotowej obydwu tych typów, postawić można pytanie, czy wystarczających podstaw do rozgraniczenia ich zakresów kryminalizacji – pozostając nadal przy znamionach przedmiotowych – nie dostarczałoby kryterium istnienia wiarytelności. Nawiązuję tutaj do prezentowanego w literaturze (a przede wszystkim dawnym orzecznictwie) poglądu, podług to którego istnienie wiarytelności należy do strony przedmiotowej przestępstwa z art. 191 § 2 k.k. (tzw. koncepcja obiektywna)⁶.

Koncepcję obiektywną uważam za nietrafną z powodów wyczerpująco omówionych już przez innych autorów⁷. Nie oznacza to jednak, że rozstrzygnięcie o istnieniu wiarytelności nie ma żadnej relewancji dla rozgraniczenia zakresów kryminalizacji analizowanej tutaj pary przepisów (a wtórnie również wpływu na omówione w drugiej

4 Interesujące jest, że problematyki zbiegu przepisów – a ściślej, reguły wyłączenia wielości ocen – nie próbowano dotychczas skceptualizować jako rozstrzygnięcia uzasadnianego przez konsekwencje. Podstawa stosowania reguły konsumpcji, choć niewątpliwie o proveniencji funkcjonalnej, pozostaje słabo opisana. Nie jest również do końca jasna relacja tych – nazwijmy je konkretno-indywidualnymi – względów funkcjonalnych z tymi względami funkcjonalnymi, które przesądzają o usunięciu zbiegu na poziomie generalno-abstrakcyjnym (uznaniu go za zbieg pozorny). Zob. K. Plezka, *Uzasadnienie decyzji interpretacyjnych przez ich konsekwencje*, Kraków 1996.

5 P. Kardas, *Zasada ochrony wolności...*, s. 154–155.

6 Por. przegląd literatury i orzecznictwa przeprowadzony przez P. Kardasa, *Zasada ochrony wolności...*, s. 146–147; J. Raglewski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 17 marca 2008 r.*, V KK 11/08, LEX/el. 2008.

7 Zob. przede wszystkim P. Kardas, *Zasada ochrony wolności...*, s. 156–158.

części niniejszego opracowania skutki przypisania). Rzeczywiste (obiektywne) istnienie prawnie chronionej wierzytelności, jedynie egzekwowanej w sposób bezprawny, prowadzi bowiem do dekompletacji znamion z art. 282 § 1 k.k. Jeśli nie doszukiwać się uzasadnienia nawet w wykładni znamienia „rozporządzenia”, to na pewno w niekontrowersyjnym twierdzeniu, że dokonanie przez pokrzywdzonego przysporzenia w wykonaniu istniejącej wierzytelności po prostu nie może godzić w jego prawnie chronione interesy majątkowe. Brak narażenia (naruszenia) dobra prawnie chronionego prowadzi tymczasem do wniosku o legalności zachowania⁸ – oczywiście jeśli dokonywać takiej oceny jedynie wycinkowo, czyli przez pryzmat normy sankcjonowanej w art. 282 § 1 k.k.

I do takiego „wycinka” przydatność ustaleń o istnieniu wierzytelności dla problemu kwalifikacji na styku art. 191 § 2 k.k. i art. 282 § 1 k.k. należy ograniczyć. Nie sposób, na tej tylko podstawie, przesądzić o bezprawności (czy jej braku) przez pryzmat normy z art. 191 § 2 k.k., skoro, w myśl dominującej dzisiaj koncepcji subiektywnej, na potrzeby przesądzania o odpowiedzialności na podstawie tego przepisu wystarczające będzie, że wierzytelność „istnieje” w wyobrażeniach sprawcy. Relevantne (w kontekście tzw. znamienia dobra prawnego) dla typu z art. 282 § 1 k.k. obiektywne czy rzeczywiste istnienie wierzytelności nie ma zatem żadnego znaczenia w świetle konstrukcji art. 191 § 2 k.k., chroniącego przecież wyłącznie wolność⁹. Nie jest zatem tak, jak chcieliby zwolennicy koncepcji obiektywnej, że typ wymuszenia rozbójniczego zawiera zaprzeczenie któregoś ze znamion typu wymuszenia wierzytelności. Nie da się tym samym na tej podstawie ustalić stosunku wykluczania między tymi dwoma przepisami.

Dostateczne, jak się przyjmuje, różnice pomiędzy nimi ujawniają się zatem dopiero na płaszczyźnie podmiotowej. W obydwu przypadkach mamy bowiem do czynienia z tzw. zamiarem szczególnie zabarwionym. Treść art. 191 § 2 k.k. implikuje konieczność przypisania sprawcy „celu wymuszenia wierzytelności”. Jak wskazuje Sąd Najwyższy, dla rozpoznania strony podmiotowej tego przestępstwa określonego istotne jest to, czy sprawca wymuszający zwrot świadczenia działa w takim celu ze świadomością, że na podstawie obowiązującego prawa przysługuje mu (lub osobie, na rzecz której działa) wierzytelność, a więc że dłużnik jest prawnie zobowiązany do świadczenia¹⁰. Sprawca musi pozostawać w przekonaniu, że do „poboru” takiej wierzytelności jest rzeczywiście legitymowany.

Z kolei sprawca przestępstwa z art. 282 § 1 k.k. działać powinien w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Pod pojęciem „korzyści majątkowej” rozumie się „jakikolwiek

8 A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 86; S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 398 i n.

9 A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, red. A. Zoll, W. Wróbel, Warszawa 2017, s. 597–598.

10 Wyrok SN z 8.12.2004 r. (V KK 282/04), OSNKW 2005/1, poz. 10.

przysporzenie o charakterze materialnym, ekonomicznym w majątku sprawcy przestępstwa, który to dodatni przyrost nie może zostać prawnie uzasadniony¹¹. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wspomina się nawet o charakterze nienależnym lub niegodziwym takiej korzyści¹². Nie mieszczą się zatem w tej kategorii roszczenia na podstawie ważnej umowy lub przepisów prawa. Innymi słowy, celem działania sprawcy przestępstwa z art. 282 § 1 k.k. jest uzyskanie korzyści przestępnej, a zatem pozbawionej rzeczywistej *causy* i „legitymowanej” wyłącznie samym przymusem.

Następnie wskazuje się, nie bez pewnej racji, że określone przysporzenie, którego cel uzyskania przyświeca sprawcy, może w jego świadomości bądź to pozostawać pod ochroną prawa, bądź to mieć charakter nienależny (niegodziwy, bezprawny). Z samej istoty rzeczy nie ma bowiem takich przysporzeń, które mieściłyby się w obydwu tych kategoriach. To z kolei prowadzić musi do wniosku, że zakresy kryminalizacji wyznaczone przez przepisy art. 191 § 2 k.k. oraz art. 282 § 1 k.k. mają charakter rozłączny, a decydujące kryterium stanowią ustalenia dotyczące strony podmiotowej.

Czy istotnie przytoczone argumenty pozwalają na tak kategoriyczne wnioski?

Trafnie już przed laty W. Wolter ostrzegał przed nazbyt lekkomyślnym doszukiwaniem się stosunku wykluczania między zakresami przepisów, pisząc: „pozornie bardzo odległe od siebie przepisy mogą się nie wykluczać, co znaczy że posiadają pewne wspólne pole odniesienia, w ramach którego jeden czyn może wykazać znamiona obu przez te zakazy określonego czynu przestępnego¹³”. Dla zakwestionowania tezy o rozłączności przepisów wystarczy przecież wskazać choćby jeden przykład konkretnego zachowania, które na takim wspólnym polu się mieści. Pomijając już nawet czyny konstruowane w oparciu o instytucję ciągłości, w przypadku omawianej tutaj pary o przykład taki nietrudno.

Wyobraźmy sobie zatem, w ślad zresztą za B. Michalskim¹⁴, prosty stan faktyczny. Jak się wydaje, konstrukcja z art. 191 § 2 k.k. – nieznana d. k.k. z 1969 r. – służyć miała przede wszystkim ochronie przed przestępczą „działalnością windykatorską”, która pojawiła się w Polsce po zmianie systemu gospodarczego¹⁵. Co istotne, proceder taki typowo dotyczyć może zarówno egzekucji długów rzeczywistych, jak i całkowicie fikcyjnych. Konsekwentnie, nietrudno wyobrazić sobie sprawcę (a praktykom sprawy takie z pewnością są znane), który jednym czynem wymusza groźbą spłatę istniejącej wierzytelności wraz z jakimiś „kosztami”, „opłatami” czy nawet „odsetkami karnymi” – oczywiście z pełną świadomością, że jedynie zwrot części tak bezprawnie

11 O. Górniok, *O pojęciu „korzyści majątkowej” w kodeksie karnym (problemy wybrane)*, „Państwo i Prawo” 1978/4, s. 117.

12 Wyrok Sądu Najwyższego z 17.05.1972 r. (III KR 67/72), LEX nr 18480. Zob. również uchwałę Sądu Najwyższego z 15.02.1977 r. (VII KZP 15/75), LEX nr 19241; uchwałę Sądu Najwyższego z 30.01.1980 r. (VII KZP 41/78), LEX nr 19607.

13 W. Wolter, *Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 32.

14 B. Michalski (w:): *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 1072–1073.

15 Por. W. Cieślak, *O wzajemnym stosunku zmuszania...*, s. 40.

„egzekwowanej” kwoty rzeczywiście pozostaje pod ochroną prawa. W takich układach procesowych prawidłowe wartościowanie takiego zachowania *prima facie* prowadzić powinno do kumulatywnego przypisania przestępstwa z art. 191 § 2 k.k. (w zakresie, w jakim sprawca przekonany był o istnieniu wierzytelności i działał w celu wymuszenia jej zwrotu), jak i przestępstwa z art. 282 § 1 k.k. (co do przysporzeń nienależnych, a zatem konstytuujących korzyść majątkową z art. 115 § 4 k.k., jeśli sprawca działał w celu jej osiągnięcia)¹⁶.

Przyjęte w orzecznictwie i literaturze kryterium rozgraniczenia tych dwóch typów nie spełni zatem swojej funkcji, ilekroć dojdzie do swoistego (z braku lepszego określenia) rozwarstwienia strony podmiotowej. Takie dotknięte rozwarstwieniem czyny W. Cieślak określił mianem czynów o złożonej strukturze¹⁷. Złożoność ta, jak się wydaje, wyraża się w zwielokrotnieniu znamion przedmiotowych lub podmiotowych, których równoczesne wystąpienie w odniesieniu do jednego przedmiotu nie byłoby możliwe, ale staje się takim wówczas, gdy zamiar lub czynność wykonawczą odnieść do co najmniej dwóch przedmiotów (jak w przypadku wierzytelności, która istnieje lub nie, ale jako istniejąca może być dochodzona przez sprawcę obok innej, nieistniejącej, czyli bezprawnej „należności”). Mowa zatem o przypadkach granicznych, podważających twierdzenia tradycyjnej nauki o typizacji przestępstw, a nawiązującej między innymi do logiki (teorii) nazw¹⁸.

Skoro wyobrażone przez nas zachowanie wyczerpuje (wstępnie) formalne znamiona co najmniej dwóch typów czynu zabronionego, to dochodzi do rozpoznania zbiegu przepisów. Tym samym problem stosunku logicznego między przepisami aktualizuje się w perspektywie zastosowania jednej z reguł wyłączenia wielości ocen i uznania zbiegu za pozorny lub pomijalny¹⁹.

I rzeczywiście – niekiedy twierdzenie o stosunku wykluczania pomiędzy art. 191 § 2 k.k. oraz art. 282 § 1 k.k. wywodzi się z rozpoznania, że mamy tutaj do czynienia z konkurencją dwóch odmian typu zmuszania z art. 191 § 1 k.k. (dwóch typów zmodyfikowanych należących do jednej „rodziny”)²⁰. W takim ujęciu relacja krzyżowania byłaby wówczas tylko pozorna, ujawniałaby się na poziomie deskryptywnym

16 Zob. wyrok SO w Warszawie z 8.10.2012 r. (VIII K 597/07), LEX nr 2090991.

17 W. Cieślak, *O wzajemnym stosunku zmuszania...*, s. 43.

18 Por. W. Wolter, *Reguły wyłączenia...*, s. 28–46.

19 Świadom jestem zastrzeżeń kierowanych do podziału zbiegów na pozorne i pomijalne jako nie w pełni adekwatnego, a na poziomie terminologicznym w najlepszym wypadku uzasadnionego tradycją (J. Majewski, *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe* (w:) *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017, s. 1108–1116; 1130–1132). Referowany dalej pogląd nawiązuje jednak właśnie wprost do twierdzeń zwolenników zapatrywania o wyjątkowym statusie reguły specjalności (i pochodnych), a przez to potrzebie wyróżnienia kategorii zbiegów „pozornych”.

20 K. Lipiński, *Wymuszanie zwrotu wierzytelności...*, s. 107–108.

tekstu, ale już nie na poziomie normatywnym²¹. Ustalenie relacji wykluczania nie byłoby wówczas wynikiem prostego porównania ustawowych znamion obydwu typów, ale stosunek ten byłby raczej „kreowany” interpretacyjnie, ze względu na potrzebę zachowania spójności systemu prawa, uczynienia zadość założeniu o racjonalności prawodawcy czy konieczność usuwania niepożądanych rozbieżności prakseologicznych²². Warunkiem akceptacji takiego rozumowania byłoby zaaprobowanie tezy o bezwzględnym charakterze relacji specjalności, do której współcześnie zgłasza się pewne zastrzeżenia²³, a która wiąże się z przyjęciem teorii negatywnych znamion²⁴. Zwolennicy takiego poglądu nie dają przy tym jednoznacznej odpowiedzi, który z tej pary przepisów miałby pierwszeństwo albo jakie to kryterium decydowałoby o kwalifikacji danego stanu faktycznego pod któryś z konkurujących wzorców²⁵.

Krytyka takiego wywodu wymagałaby odniesienia się do jego struktury głębokiej, w szczególności założeń metodologicznych, na co w tym, zorientowanym pragmatycznie opracowaniu miejsca nie ma. Wystarczające będzie wskazanie dwóch, chyba niekontrowersyjnych twierdzeń. Pierwszego, wykazanego wcześniej, a zgodnie z którym w perspektywie ontologicznej jest możliwe dopuszczenie się jednoczynowego wymuszenia wierzytelności i wymuszenia rozbójniczego. I drugiego, podług którego interpretacja ustawy, która wyklucza rzeczywisty charakter takiego zbiegu, wymaga zabiegów szczególnych, przy czym szczególność rozumieć można tu na dwa sposoby. Otóż zabiegi te mogą być szczególne w tym znaczeniu, że wyłącznym motywem ich podjęcia jest potrzeba usunięcia uznanej *a priori* za niepożądaną wielości norm sankcjonujących. Podjęta dalej próba wykazania korzyści z przyjęcia multikwalifikacji – o ile skuteczna – sama w sobie podważy, przynajmniej w jakimś zakresie, twierdzenie o funkcjonalnej nieprawidłowości takich przypadków, a przez to również o konieczności ich usuwania czy rozwiązywania za pomocą opisanych wyżej środków interpretacyjnych. W drugim ujęciu szczególność wynikałaby ze związków takich zabiegów interpretacyjnych z konkretną koncepcją wykładni, metodą dogmatyki karnej, a może

21 Takiego określenia w odniesieniu do zbiegu dwóch przepisów ustanawiających odmianę jednego typu podstawowego używa L. Pohl, *Zbieg przepisu ustanawiającego kwalifikowaną postać czynu zabronionego z przepisem ustanawiającym jego postać uprzywilejowaną*, „Przebieg Sądowy” 2008/5, s. 141.

22 Powody dla uzasadnienia omawianej tu koncepcji mogą być różnorakie (a w zakresie głębokiego uzasadnienia – często nieujawnione). Por. W. Wolter, *Reguły wyłączania...*, s. 38–40; M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 78; L. Pohl, *Zbieg przepisu...*, s. 139–143.

23 Zob. W. Wróbel, *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym (w:) Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń 2006.

24 Por. J. Majewski, *O (rzekomych) dorozumianych zaprzeczeniach znamion modyfikujących w opisach typów podstawowych czynu zabronionego*, „Państwo i Prawo” 2023/3.

25 W ramach omawianej tutaj koncepcji przyjmuje się – i jest to założenie dla wolterowskiego pomysłu na opis relacji specjalności centralne – że przepis ogólny w istocie dopełnia swoim zakresem zastosowania zakresy wyznaczone przez wszystkie jego odmiany. Z pewną dozą ostrożności można by zatem wywodzić – traktując poważnie twierdzenia o charakterze dopełniającym przepisu ogólnego, jak i rozłączności poszczególnych odmian – że w takich wypadkach, jednoczynowej formalnej realizacji znamion art. 191 § 2 k.k. i 282 § 1 k.k., podstawą wartościowania będzie właśnie art. 191 § 1 k.k. Wydaje się to jednak wniosek oczywiście dysfunkcjonalny, a w żadnym z powołanych opracowań nie został wskazany wprost.

nawet teorią prawa karnego. Wówczas poczynione dalej uwagi potraktować można jako krytykę zewnętrzną tych koncepcji, metod czy teorii.

Zostawiając zatem świadomie za sobą teoretyczny kontekst sporu o zakresy zastosowania przepisów podstawowych i zmodyfikowanych, skupię się na postawionym już wcześniej zagadnieniu związków między proponowaną tutaj multikwalifikacją a oceną czynu²⁶.

III. FUNKCJE KWALIFIKACJI I OPISU CZYNU

Na wstępie wypadnie zaprezentować pewne ogólne uwagi związane z kwalifikacją i opisem czynu oraz ich wpływem na realizację funkcji prawa karnego w konkretnym przypadku. Rzadko bowiem analizuje się oddziaływanie funkcji prawa karnego na etap podejmowania decyzji stosowania prawa (o subsumcji i wyborze konsekwencji²⁷), choć to właśnie wtedy dochodzi do dokonania aktu (wydania wyroku), który wywołuje pewną zmianę w rzeczywistości pozajęzykowej. Ten moment konkretyzacji normy sankcjonującej – swoistej konfrontacji prawa ze światem realnym – stanowi zwieńczenie całego wcześniejszego procesu stosowania prawa, równocześnie zakreślając bezwzględne granice dla postępowań następczych. Ewentualna nieskuteczność, rozumiana jako niezgodność takiej decyzji z funkcjami prawa karnego²⁸, nie daje się już później naprawić. Uzupełnienie kontekstu decyzyjnego o elementy teleologiczne czy funkcjonalne wydaje się zatem zadaniem istotnym.

Nie jest oczywiście tak, że kwestia ta jest całkowicie w literaturze zapoznana. Na potrzeby chociażby analizy problematyki reguł wyłączenia wielości ocen, choć nie wyłącznie, wspomina się niekiedy o jakichś funkcjach kwalifikacji²⁹. W kontekście zbiegu kumulatywnego przepisów jako podstawę jego zastosowania wskazuje się z kolei enigmatyczny „nakaz oddania całej zawartości bezprawia”³⁰, który jako dyrektywa ma niewątpliwie umocowanie funkcjonalne. Oddzielnie analizuje się również oczywiście funkcje samej kary. Zasadniczo jednak wówczas, gdy w prawie karnym materialnym mowa jest o funkcjach, większość uwagi poświęca się prawu karnemu jako

26 Ostateczne przesądzenie, że mamy w tym wypadku do czynienia ze stosunkiem interferencji (krzyżowania) przepisów, rodzi oczywiście pytanie o dopuszczalność zastosowania reguły konsumpcji. To zagadnienie bezpośrednio związane jest z konstrukcją opisu czynu i kwalifikacji (nakazem oddania pełnej zawartości bezprawia), którym poświęcona jest właśnie druga część niniejszego opracowania.

27 L. Leszczyński, A. Korybski, *Stanowienie i stosowanie prawa. Elementy teorii*, Warszawa 2021, s. 220–221.

28 Por. J. Wróblewski, *Skuteczność prawa – pojęcie teoretyczne i jego zastosowanie do norm prawa karnego*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1979, t. 9.

29 I. Andrejew, *Kwalifikacja prawna czynu przestępnego*, Warszawa 1987, s. 11–14; A. Zoll, *Zbieg przepisów ustawy w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia” 2013/2, t. 60, s. 285. Oddzielnie jeszcze w procesualistyce opisuje się funkcje samej kwalifikacji/opisu czynu, przede wszystkim przez pryzmat problematyki tożsamości czynu w perspektywie albo intraprocesowej (prawo do obrony, granice aktu oskarżenia), albo interprocesowej (*lis pendens, res iudicata*).

30 P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 232 i n.

zbiorowi norm generalno-abstrakcyjnych – oddziałujących na sprawy jednostkowe, ale w sposób w jakimś sensie potencjalny³¹. Wreszcie w procesualistyce cele procesu określa się albo blankietowym odesłaniem do wspomnianych norm i funkcji prawa karnego materialnego (poprzez pojęcia sprawiedliwości materialnej, trafnej represji itd.), albo skupiając się na perspektywie *stricte* procesowej, przede wszystkim gwarancyjnej (związanej ze sprawiedliwością proceduralną)³². Wymaga to przedstawienia krótkich spostrzeżeń własnych.

Dla porządku wskażmy, że kwalifikacja czynu to ucieleśniona w sentencji orzeczenia (przede wszystkim wyroku) konkretyzacja normy generalno-abstrakcyjnej prawa karnego. W tym ujęciu kwalifikacja i opis czynu stają nierozdzielne – dopiero wspólnie konstytuują bowiem akt złożenia normy generalnej i faktów danej sprawy, zawarty w wyrzeczeniu o przypisaniu odpowiedzialności za przestępstwo.

W ślad za A. Zollem zwrócić uwagę trzeba przede wszystkim na aspekt komunikacyjny kwalifikacji i opisu czynu, które stanowią „wyraz oceny prawnej danego czynu” jako bezprawnego i karalnego³³. W prawie karnym taka ocena jest równoznaczna z instytucjonalnym potępieniem, w tym przesądzeniem o społecznej szkodliwości czynu³⁴. Co istotne, ocena, o której tutaj mowa, przyjmuje postać jednostkową: przedmiotem tej oceny są cechy konkretnego zachowania jako wyczerpującego formalnie znamiona typu czynu zabronionego, a nie sam fakt przekroczenia zakazu karnego, czyli realizacja znamion³⁵. Nie powinno dziwić w tym kontekście, że od opisu czynu zabronionego wymaga się precyzji, odniesienia się do wszystkich okoliczności istotnych w perspektywie ewaluacji zawartości bezprawia potępianego zachowania, a nie tylko powtórzenia treści przepisu karnego³⁶. Oczywiście norma generalno-abstrakcyjna przesądza wcześniej, jakie to okoliczności występujące wspólnie – zespół znamion – o tej karygodności mogą przesądzić. Tym samym wyznacza również pewne bezwzględne granice dla opisu czynu. Niekompletny opis prowadzić musi do uwolnienia od odpowiedzialności³⁷, zaś rozszerzenie go o okoliczności, które jakoś przekraczają opis z przepisu powołanego w podstawie skazania, uznawane jest za niedopuszczalne³⁸.

31 Por. A. Marek, *Pojęcie prawa karnego, jego funkcje i podział (Wstęp do Systemu Prawa Karnego)* (w:) *System Prawa Karnego*, t. 1, *Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 9–20.

32 J. Skorupka, *Cele procesu karnego* (w:) *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 1, *Zagadnienia ogólne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2013, s. 155 i n.

33 A. Zoll, *Zbieg przepisów...*, s. 285.

34 P. Kardas, M. Gutowski, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 387.

35 P. Kardas, M. Gutowski, *Wykładnia i stosowanie...*, przyp. 291.

36 Zob. wyrok SN z 2.07.2015 r. (V KK 138/15), OSNKW 2015/11, poz. 97, a także orzecznictwo powołane przez R.A. Stefański, S. Zablocki (w:) *Kodeks postępowania karnego*, t. 3, *Komentarz do art. 297–424*, red. R. A. Stefański, S. Zablocki, Warszawa 2021, s. 1130.

37 R.A. Stefański, S. Zablocki (w:) *Kodeks postępowania karnego...*, s. 1139.

38 Wyrok SN z 24.03.1983 r. (II KR 49/83), OSPiKA 1984/6.

O ile granice opisu wyznacza zespół znamion typu czynu zabronionego, o tyle o głębokości tego opisu przesądzą tzw. czynniki społecznej szkodliwości wymienione w art. 115 § 2 k.k. Nie oznacza to konieczności odniesienia się do wszystkich tych czynników już w samym opisie, ale tych rzeczywiście *in concreto* uznanych za istotne w perspektywie dokonywanej konkretyzacji oceny generalnej dokonanej przez ustawodawcę. W orzecznictwie za przykład takiego rozumowania posłużyć może wskazywanie na potrzebę określenia w opisie czynu wysokości obowiązku alimentacyjnego przy przestępstwie niealimentacji³⁹, dokładnej ilości wprowadzonego do obrotu środka odurzającego w przypadku przestępstw narkotykowych⁴⁰, charakterystyki niekorzystnego rozporządzenia przy przestępstwie oszustwa⁴¹, a każdorazowo postaci zamiaru⁴². Podkreślić trzeba, że mowa tu znowu nie tyle o okolicznościach koniecznych dla subsumcji, ale doniosłych w perspektywie wartościowania danego czynu⁴³ – co najmniej poprzez określenie „sposobu popełnienia przestępstwa” jako najszerszego ze wszystkich czynników z art. 115 § 2 k.k.

Już w takiej, elementarnej perspektywie ujawnia się pole do realizacji zasadniczych funkcji prawa karnego: sprawiedliwościowej i ochronnej – w zakresie, w jakim wyrzeczenie o przypisaniu przestępstwa stanowi komunikat dla sprawcy, pokrzywdzonego oraz społeczeństwa (w tym potencjalnych sprawców), stygmatyzujący konkretne zło i wskazujący jego autora. Nie ma wątpliwości, że tego rodzaju komunikat powinien jak najwierniej korespondować tak z płaszczyzną faktu, jak i oceny⁴⁴. Obejmuje on przede wszystkim okoliczności odpowiadające zespołowi znamion danego typu, opisane w perspektywie czynników z art. 115 § 2 k.k.

Takie ujęcie jednak problematyki realizacji funkcji *in concreto* i ich związku z kwalifikacją i opisem czynu nie wyczerpuje. Akt kwalifikacji danego zachowania bezpośrednio poprzedza etap określenia w sposób jednostkowy, dostosowany do realiów konkretnej sprawy i sprawcy, sankcji karnej w postaci kary (środków karnych, środków kompensacyjnych). I w tym wypadku kwalifikacja, jak i opis czynu, pełnią

39 Wyrok SN z 7.08.2018 r. (IV KK 35/18), LEX nr 2558552.

40 Wyrok SN z 3.09.2014 r. (III KK 70/14), OSNKW 2015/1, poz. 9.

41 Postanowienie SN z 17.10.2018 r. (II KK 75/18), LEX nr 2600081.

42 Postanowienie SN z 28.03.2013 r. (III KK 396/12), LEX nr 1293809. Rzecz jest jednak przedmiotem kontrowersji. Por. M. Gabriel-Węglowski, *Wskazanie rodzaju zamiaru przestępczego w opisie czynu przypisanego sprawcy*, LEX/el. 2022.

43 „Skoro zatem co do zasady źródłem obowiązku alimentacyjnego – i to samoistnym – pozostaje nadal ustawa, to (...), to zamieszczanie w opisie czynu z art. 209 § 1 k.k. informacji, że chodziło o obowiązek określony «co do wysokości orzeczeniem sądowym» nie jest w perspektywie art. 413 § 2 k.p.k. niezbędne. (...) Rzecz jasna przedstawione rozważania nie oznaczają zachęty do pomijania w opisie czynu danych o wysokości określonego w orzeczeniu sądowym, ugodzie czy umowie obowiązku alimentacyjnego. Wprawdzie brak takich informacji w opisie czynu z art. 209 § 1 k.k. nie prowadzi do konkluzji, iż nie zostały w nim ujęte wszystkie znamiona przestępstwa, niemniej przeciwna praktyka jest nie tylko dozwolona, ale i godna polecenia” [z uzasadnienia wyroku SN z 7.08.2018 r. (IV KK 35/18), LEX nr 2558552, podkr. moje – M. R.].

44 Ł. Pohl, *Kwalifikacja prawna form popełnienia czynu zabronionego (uwagi na tle kodeksu karnego z 1997 r.)* (w:) *Współczesne oblicze prawa karnego, prawa wykroczeń, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Violetcie Konarskiej-Wrzosek*, red. J. Bojarski i in., Warszawa 2023, s. 766.

pewną – nawet jeśli tylko pośrednią – rolę. Przede wszystkim, co oczywiste, kwalifikacja przesądza o wskazaniu podstawy do wymiaru kary. Punktem odniesienia dla tego indywidualnego określenia sankcji jest przede wszystkim zagrożenie ustawowe, które zależy właśnie od przepisu wskazanego w kwalifikacji. Andrzej Zoll nazywa tę płaszczyznę oddziaływania kwalifikacji gwarancyjną, wskazując, że przyjęta kwalifikacja stanowi wzorzec do sprawdzenia w postępowaniu karnym, czy czyn w rzeczywistości zrealizował opisane w typie znamiona i, w wyniku potwierdzenia tego faktu, jaka kara może być wymierzona sprawcy czynu⁴⁵.

Dodatkowo jednak wspomniany opis – w zakresie, w jakim uwzględnia faktory z art. 115 § 2 k.k. – determinuje, poprzez umiejscowienie danego czynu na „skali społecznej szkodliwości”⁴⁶, wymiar kary w danej sprawie⁴⁷. Oczywiście zasadniczo polem do kwantyfikacji karygodności pozostaje uzasadnienie. Te jednak spośród okoliczności, o których mowa była wcześniej – nazwijmy je szczególnie istotnymi, ze względu na związki ze znamionami przypisanego przestępstwa – pozostają z ostatecznie orzeczoną karą w relacji specjalnej. Funkcja komunikacyjna, a właściwie pierwotne wobec niej funkcje sprawiedliwościowa i ochronna, wymagają, aby orzeczona – i publicznie ogłoszona – kara znajdowała jakieś uzasadnienie w opisie przypisanego przestępstwa. Pominięcie elementów istotnych, godzące w spójność orzeczenia, funkcje te zaburza.

Wyjątkowy status spośród faktorów społecznej szkodliwości ma wysokość szkody, której określenie w opisie czynu przypisanego jest obowiązkiem wprost zadekretowanym przez przepisy procedury. Nie ma wątpliwości, że pomiędzy określeniem szkody (wcześniej również przyjętymi kwalifikacją i opisem czynu⁴⁸) a wyrzeczeniem o obowiązku jej naprawienia istnieje bezpośredni związek. Warto przy tym podkreślić, że kompensacja szkody w przypadku skazania za przestępstwo przeciwko mieniu nabiera szczególnego, jeśli nie wręcz prymarnego znaczenia – przynajmniej w perspektywie ochrony interesów bezpośrednio pokrzywdzonego. Choć sam obowiązek naprawienia szkody ma również swój wymiar represyjny i jako taki związany jest bezpośrednio z funkcjami sprawiedliwościową i ochronną prawa karnego⁴⁹, to właśnie kompensacja wyznacza jego bezwzględne granice.

45 A. Zoll, *Zbieg przepisów...*, s. 285.

46 D. Zając, *Stopień społecznej szkodliwości jako okoliczność rzutująca na wymiar kary*, „Państwo i Prawo” 2017/11, s. 59.

47 Postanowienie SN z 17.10.2018 r. (II KK 75/18), LEX nr 2600081.

48 W doktrynie prawa karnego istnieje co najmniej dwugłos w kwestii granic i podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej rozstrzyganej na forum procesu karnego. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem, kompensacja ograniczona jest do szkody, która zawierała się (niekoniecznie dosłownie) w znamionach typu czynu zabronionego przypisanego sprawcy (M. Iwański, M. Szewczyk, M. Jakubowski (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Cześć I. Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, s. 899–901). Podług zapatrywania przeciwnego, przesłankę „wyrządzenia” szkody przestępstwem z art. 46 § 1 k.k. rozumieć trzeba szeroko (T. Oczkowski (w:) *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, Warszawa 2016, s. 878). Nie będzie w takim ujęciu wykluczone orzeczenie o obowiązku naprawienia szkody, która sama w sobie nie była jakkolwiek relewantna dla przesądzeniu o karalności zachowania przypisanego sprawcy.

49 Por. P. Brózek, *Hierarchia funkcji i celów obowiązku naprawienia szkody w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2021/127, s. 315 i n.

W szczególny sposób omówione konteksty aktualizują się w przypadkach jednoczynowej realizacji znamion dwóch i większej liczby typów czynów zabronionych (multikwalifikacji), w odniesieniu do których to przypadków już wprost akcentuje się potrzebę uczynienia zadość nakazowi odzwierciedlenia pełnej zawartości kryminalnej czynu. Ostatecznie jednak nadal mowa o potencjalnych zaburzeniach albo na płaszczyźnie przypisania (poprzez pominięcie jakiegoś aspektu czynu istotnego z perspektywy potępienia bezprawia), albo na płaszczyźnie sankcjonowania (przyjęcie nieprawidłowej podstawy dla wymiaru kary, pominięcie aspektu istotnego z perspektywy kwantyfikacji bezprawia). W przedstawionej tutaj skrótowo perspektywie potrzeba oddania pełnej zawartości bezprawia przyjmuje zatem postać ogólnej dyrektywy, związanej z konstruowaniem opisu czynu i kwalifikacji, a nie stanowi jedynie podstawy zastosowania instytucji kumulatywnego zbiegu przepisów (idealnego zbiegu przestępstw). Legitymizowana jest zaś właśnie wskazanymi wcześniej celami (funkcjami) prawa karnego.

IV. KWALIFIKACJA PRZYPADKÓW GRANICZNYCH W KONTEKŚCIE

ART. 191 § 2 K.K. I ART. 282 § 1 K.K.

Skonfrontujmy teraz taki model konstruowania opisu i kwalifikacji z zarysowanym wcześniej przypadkiem jednoczynowej realizacji znamion przestępstwa wymuszenia wierzycelności i wymuszenia rozbójniczego. Przypomnijmy, że mowa o takich hipotetycznych stanach faktycznych, w których sprawca obok rzeczywiście istniejącej wierzycelności dochodzi bezprawnie również jakichś nienależnych podług prawa cywilnego „opłat dodatkowych”, „odsetek”, „kosztów” itd. Tłem dla tej konfrontacji będzie alternatywa w postaci kwalifikacji takiego zachowania na podstawie jednego tylko z tych wzorców.

Wydźmy zatem od kwestii podstawowej, związanej z płaszczyzną przypisania (stygmatyzacji, potępienia). Jak zaznaczono, zasadniczym punktem odniesienia dla sformułowania takiej oceny jest społeczna szkodliwość, dla której z kolei pierwszą i naczelną determinantą jest naruszone dobro prawne⁵⁰. Nie wchodząc w szczegóły, przypomnijmy, że w art. 191 § 2 k.k. przedmiotem ochrony jest wolność, a z kolei w art. 282 § 1 k.k. – wolność oraz mienie⁵¹. Już tylko taka perspektywa całkowicie podważa dopuszczalność kwalifikacji takich zachowań przez pryzmat art. 191 § 2 k.k. Prowadziłoby to do pominięcia przy pociągnięciu do odpowiedzialności ataku na mienie, a przez to znacznego obniżenia granic ustawowego zagrożenia. Różnica jakościowa między tymi dwoma wzorcami jest na tyle istotna, że, jak się wydaje, wyeliminowa-

50 W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 305.

51 P. Kardas, *Zasada ochrony wolności...*, s. 141–143.

wany kontekst nie dawałby się uwzględnić nawet na etapie sądowego wymiaru kary⁵². Co więcej, w takim scenariuszu mogłaby – choć to w zależności od przyjętej koncepcji⁵³ – zamknąć się także droga do orzeczenia o obowiązku naprawienia szkody.

W takiej, najbardziej podstawowej optyce to zatem typ z art. 282 § 1 k.k., jako szerszy czy nadrzędny względem art. 191 § 2 k.k., stanowić mógłby potencjalnie adekwatną podstawę wartościowania dla zachowań wyczerpujących formalnie znamiona obydwu wzorców. I tutaj jednak pojawia się problem na etapie prawidłowej konstrukcji opisu czynu w przymacie kwantyfikacji społecznej szkodliwości. Oparcie się tylko na art. 282 § 1 k.k. prowadzić może do jednego z dwóch rezultatów: albo sztucznej klasyfikacji wszystkich przysporzeń jako niekorzystnych rozporządzeń, objętych przy tym celem uzyskania niegodziwej korzyści, albo ograniczenia się w opisie wyłącznie do takich transferów, które były bezprawne. Pierwszy wniosek jest całkowicie nieakceptowalny, prowadzi bowiem w jakimś zakresie do potępienia sprawcy za zło, którego nie popełnił. Stanowi w tym zakresie lustrzane odbicie zabiegu ograniczenia kwalifikacji do art. 191 § 2 k.k., prowadząc na przykład do orzeczenia o obowiązku naprawienia szkody w wysokości przekraczającej realny uszczerbek.

Z kolei w drugim wypadku sprawca zakresowo po prostu uniknie odpowiedzialności ze wszystkimi konsekwencjami dla funkcji ochronnej i sprawiedliwościowej, z czym też pogodzić się nie można. Ujawni się to szczególnie jaskrawie wówczas, gdy wyobrazimy sobie sytuację, gdy nienależny charakter będą miały wydumane „koszty” czy „odsetki” w wysokości nieznaczej wobec rozmiarów rzeczywistego długu. Choć to rachunek skomplikowany, trudno się zgodzić, że karygodność bezprawnego wymuszenia zwrotu realnie istniejącej wierzytelności w wysokości stu tysięcy złotych, wraz z dziesięcioma tysiącami nienależnych „kosztów dodatkowych”, daje się sprowadzić tylko do transferu tych dziesięciu tysięcy. Eliminacja tego fragmentu czynu z opisu również istotnie wpływa na płaszczyznę sankcjonowania – bo na jakiej podstawie i czy w ogóle takie „zagubione” sto tysięcy można uznać za okoliczność obciążającą przy wymiarze kary?

W razie multikwalifikacji żaden ze wspomnianych powyżej problemów się nie pojawia. Przede wszystkim opis czynu skonstruowany w ramach granic wyznaczonych przez treść art. 282 § 1 k.k. i art. 191 § 2 k.k. umożliwia odniesienie się (poprzez skonkretyzowanie) do wszystkich okoliczności o podstawowym znaczeniu dla oceny popełnionego bezprawia. W takim wariantcie realizowana jest w pełni funkcja komunikacyjna: wyraźnie wskazuje się, w jakim zakresie sprawca godził jedynie w wolność (ze wskazaniem odpowiednich kwot pieniężnych), a w jakim poprzez

52 Rozszerzeniu przedmiotu oceny – o nowe okoliczności, odpowiadające znamionom – służy właśnie kwalifikacja kumulatywna (względnie „przejście” z typu podstawowego na typ kwalifikowany). Tymczasem kwantyfikacja karygodności na etapie wymiaru kary to, co do zasady, problem ilościowy – natężenia zła w zachowaniu określonym znamionami. Przyjęcie, że mamy do czynienia z narzędziami wymiennymi, znacznie osłabiałoby gwarancje związane z koniecznością wykazania wszystkich znamion.

53 Zob. przyp. 48.

naruszenie wolności dopuścił się również zamachu na mienie (znowu: z wyróżnieniem transferów stanowiących niekorzystne rozporządzenie). Podstawą wymiaru kary pozostaje art. 282 § 1 k.k. (na zasadzie z art. 11 § 3 k.k.), co nie ogranicza wcale swobody sądu w doborze odpowiedniej reakcji. Zarazem równoczesna realizacja znamion art. 191 § 2 k.k., rozpoznana na podstawie art. 11 § 2 k.k., jest wystarczająca dla przyjęcia, że doszło do multiplikacji karygodności zachowania⁵⁴ – bez konieczności wątpliwego odwołania się do któregośkolwiek z czynników z art. 115 § 2 k.k. na potrzeby ewaluacji okoliczności „wypchniętych” poza opis czynu. Mamy zatem wówczas do czynienia z najpełniejszym, najbardziej adekwatnym opisem takiego złożonego czynu. Zło, które zostanie sprawcy przypisane, odpowiada złu, które rzeczywiście miało miejsce. Taka konstrukcja opisu determinuje również wymiar kary. Wreszcie precyzyjnie określony opis czynu, w szczególności dokładne wyliczenie dokonanych bezprawnych transferów środków, umożliwia uczynienie zadość również funkcji kompensacyjnej poprzez prawidłowe orzeczenie o obowiązku naprawienia szkody.

I jeszcze ostatnia uwaga: zakwestionowanie *in concreto* konieczności skorzystania z multikwalifikacji ostatecznie przedstawione tu rozumowanie mogłoby raczej wesprzeć niż osłabić. Prawo karne nie pozostaje bowiem wobec takiego niepożądanego, acz sporadycznego nadmiaru norm bezradne – problem daje się rozstrzygać za pomocą reguły konsumpcji. Podstawa działania tej reguły daje sprowadzić się do prognozy, czy w kwalifikacji (opisie czynu) bez uszczerbku dla celów prawa karnego któregoś z elementów nie dałoby się pominąć⁵⁵. Uzupełniałaby ona zatem nakaz oddania pełnej zawartości kryminalnopolitycznej w zaprezentowanym powyżej ujęciu w aspekcie negatywnym („nie ma potrzeby przypisywać wówczas, gdy w perspektywie oceny bezprawia nic to nie zmieni”). Byłoby to spójne z przyjętą tutaj perspektywą przeniesienia problemu kwalifikacji (zbiegu) na płaszczyznę konkretno-indywidualną.

V. PODSUMOWANIE (TEZY)

Podsumowując powyższe rozważania, wskazać zatem trzeba na następujące tezy:

1. okoliczność obiektywnego istnienia wierzycelności nie jest dobrym kryterium przy dokonywaniu rozgraniczenia (ustaleniu stosunku wykluczenia) pomiędzy przepisami art. 191 § 2 k.k. oraz art. 282 § 1 k.k., choć jej wystąpienie uniemożliwia już na płaszczyźnie przedmiotowej przypisanie art. 282 § 1 k.k. – ze względu na brak naruszenia dobra prawnego w postaci mienia;
2. podstawą rozgraniczenia między tą parą przepisów nie może być również strona podmiotowa, ponieważ jest możliwe, aby sprawca działał

54 W. Wróbel (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2, *Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 67.

55 P. Kardas, *Zbieg przepisów...*, s. 340.

- równocześnie celem wymuszenia zwrotu wierzytelności (co do kwoty rzeczywiście przysługującej mu lub komuś innemu) i celem uzyskania bezprawnej korzyści (co do zawyżonych odsetek, fikcyjnych kosztów egzekucji itd.);
3. pomiędzy art. 191 § 2 k.k. oraz art. 282 § 1 k.k. stwierdzić można zatem *prima facie* relację krzyżowania, to znaczy dają się wyobrazić przypadki jednoczynowej realizacji znamion tak wymuszenia wierzytelności, jak i wymuszenia rozbójniczego;
 4. taki zbieg dałoby się uznać za pozorny: twierdzenie o stosunku wykluczania opierałoby się wówczas na przyjęciu, że mamy tutaj do czynienia z dwoma typami zmodyfikowanymi, ze wspólnym typem podstawowym, przy równoczesnej akceptacji bezwzględnego (logicznego) charakteru relacji specjalności i teorii negatywnych znamion;
 5. niezależnie od akceptacji założeń leżących u podstawy tezy o pozorności zbiegu, problem wzajemnych relacji pomiędzy tymi dwoma wzorcami daje się analizować również przez pryzmat adekwatności kwalifikacji przypadków ze wspólnego pola w kontekście funkcji prawa karnego;
 6. konstrukcja kwalifikacji i opisu czynu zabronionego, w sumie składających się na wyrzeczenie o przypisaniu przestępstwa, ma zasadnicze znaczenie w perspektywie funkcji sprawiedliwościowej i ochronnej prawa karnego, a w jakimś zakresie również kompensacyjnej – zarówno na płaszczyźnie przypisania przestępstwa (pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności za konkretne zło, którego się dopuścił), jak i płaszczyźnie wymiaru kary (kwantyfikacji popełnionego zła na potrzeby zastosowania adekwatnej sankcji);
 7. kwalifikacja przypadków formalnej realizacji znamion art. 191 § 2 k.k. i art. 282 § 1 k.k. na podstawie tylko jednego z tych wzorców prowadzi do pewnych zaburzeń w kontekście funkcji sprawiedliwościowej, ochronnej i kompensacyjnej – albo poprzez eliminację elementów istotnych z punktu widzenia przypisania i kwantyfikacji bezprawia (ocena niekompletna), albo poprzez ocenę prowadzącą do przypisania sprawcy bezprawia większego niż przez niego faktycznie popełnione (ocena nadmiarowa);
 8. multikwalifikacja takich zachowań na podstawie art. 191 § 2 k.k. w zb. z art. 282 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. pozwala najpełniej uczynić zadość wskazanym funkcjom prawa karnego – nie tylko umożliwiając wyczerpujące odniesienie się do całego zła, którego dopuścił się sprawca, ale również wyznaczając najlepsze ramy dla kwantyfikacji tego zła na potrzeby wymiaru kary (orzeczenia o środku kompensacyjnym).

Niniejsze opracowanie, jak wspomniano na wstępie, stanowi również głos w dyskusji o metodach rozstrzygania zbiegu przepisów w prawie karnym. Tradycyjnie, w ślad za W. Wolterem, sporą wagę przywiązuje się do metod interpretacyjnych,

sprowadzających się do operacji językowych (logicznych) legitymizowanych głębokimi założeniami dotyczącymi procesu interpretacji. Jak starano się wykazać, nie zawsze są to narzędzia skuteczne. Po pierwsze, czyny o złożonej strukturze – na przykład charakteryzujące się takim, jak wyżej opisane, rozwarstwieniem zamiaru – podważają często pierwotne wobec aplikacji tych metod ustalenia językowe o zakresie zastosowania normy. Problem wzajemnych relacji pomiędzy wymuszeniem zwrotu wierzytelności a wymuszeniem rozbójniczym nie jest przy tym przypadkiem wyjątkowym: tradycyjna analiza typów, osadzona w logice nazw, generalnie traci z pola widzenia szeroko rozumiany problem wielości⁵⁶. Po drugie, zamyka to drogę do rozwiązywania problemu nadmiaru norm na poziomie konkretno-indywidualnym, pomimo pewnej przewagi takiej optyki w przypadkach granicznych.

mgr Michał Rachalski

Doktorant w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Jagiellońskiego, współpracownik w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Doctoral student at the Doctoral School in the Social Sciences, Jagiellonian University in Krakow, researcher at the Chair of Penal Law of the Jagiellonian University in Krakow.

ORCID: 0000-0003-1039-507X

michal.rachalski@uj.edu.pl

ABSTRACT

Keywords: *extortion of debt repayment, extortion (by force), cumulative qualification*

On the qualification and evaluation of complex acts using the example of the relationship between extortion of debt repayment and «classical» extortion

The subject of the analysis is the problem of mutual relations between Article 191(2) and Article 282(1) of the Criminal Code. The analysis is conducted on two levels: the abstract-general level and the individual-concrete level. In the context of

⁵⁶ Por. M. Rachalski, *O logicznych podstawach relacji specjalności w prawie karnym: uwagi krytyczne do koncepcji Władysława Woltera*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2024/1(86), s. 97–114.

the former, an attempt is made to show that it is possible to imagine cases where a single act displays the elements of both extortion of debt repayment and „classical” extortion. On the latter level, an attempt is made to demonstrate the functional advantages in the event of cumulative qualification of such cases.

Bibliografia

- Andrejew Igor**, *Kwalifikacja prawna czynu przestępnego*, Warszawa 1987
- Brózek Patrycja**, *Hierarchia funkcji i celów obowiązku naprawienia szkody w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2021/127
- Cieślak Wojciech**, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 6 marca 2003 r., II AKa 231/02*, „Palestra” 2004/7–8
- Cieślak Wojciech**, *O wzajemnym stosunku zmuszania, rozboju i wymuszenia rozbójniczego*, „Palestra” 1994/38, t. 12
- Gabriel-Węglowski Michał**, *Wskazanie rodzaju zamiaru przestępczego w opisie czynu przypisanego sprawcy*, LEX/el. 2022
- Górniok Oktawia**, *O pojęciu „korzyści majątkowej” w kodeksie karnym (problemy wybrane)*, „Państwo i Prawo” 1978/4
- Iwański Mikołaj, Szewczyk Maria, Jakubowski Michał** (w:): *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016
- Kardas Piotr**, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011
- Kardas Piotr**, *Zasada ochrony wolności a odpowiedzialność karna za wymuszenie zwrotu wierzytelności* (w:): *Prawnokarne aspekty wolności. Materiały z konferencji Arłamów 16–18 Maja 2005 r.*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2006
- Kardas Piotr, Gutowski Maciej**, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017
- Leszczyński Leszek, Korybski Andrzej**, *Stanowienie i stosowanie prawa. Elementy teorii*, Warszawa 2021
- Lipiński Konrad**, *Wymuszanie zwrotu wierzytelności a niektóre przestępstwa przeciwko mieniu. Problematyka wykluczania się zmodyfikowanych typów przestępstw*, „Prawo w działaniu” 2020/41
- Majewski Jarosław**, *O (rzekomych) dorozumianych zaprzeczeniach znamion modyfikujących w opisach typów podstawowych czynu zabronionego*, „Państwo i Prawo” 2023/3
- Majewski Jarosław**, *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe* (w:): *System prawa karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017

- Marek Andrzej**, *Pojęcie prawa karnego, jego funkcje i podział (Wstęp do Systemu Prawa Karnego)* (w:) *System Prawa Karnego*, t. 1, *Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010
- Michalski Bogusław** (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, t. 2
- Oczkowski Tomasz** (w:) *System prawa karnego*, t. 6, *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, red. M. Melezini, Warszawa 2016
- Pleszka Krzysztof**, *Uzasadnienie decyzji interpretacyjnych przez ich konsekwencje*, Kraków 1996
- Pohl Łukasz**, *Kwalifikacja prawna form popełnienia czynu zabronionego (uwagi na tle kodeksu karnego z 1997 r.)* (w:) *Współczesne oblicze prawa karnego, prawa wykroczeń, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Violetcie Konarskiej-Wrzosek*, red. J. Bojarski, N. Daško, J. Lachowski i in., Warszawa 2023
- Pohl Łukasz**, *Zbieg przepisu ustanawiającego kwalifikowaną postać czynu zabronionego z przepisem ustanawiającym jego postać uprzywilejowaną*, „Przeгляд Sądowy” 2008/5
- Rachalski Michał**, *O logicznych podstawach relacji specjalności w prawie karnym: uwagi krytyczne do koncepcji Władysława Woltera*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2024/1(86)
- Raglewski Janusz**, *Glosa do postanowienia SN z dnia 17 marca 2008 r., V KK 11/08, LEX/el.* 2008
- Skorupka Jerzy**, *Cele procesu karnego* (w:) *System prawa karnego procesowego*, t. 1, *Zagadnienia Ogólne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2013
- Stefański Ryszard A., Zabłocki Stanisław** (w:) *Kodeks postępowania karnego*, t. 3, *Komentarz do art. 297–424*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2021
- Tarapata Szymon**, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016
- Wolter Władysław**, *Reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961
- Wróbel Włodzimierz** (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2, *Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016
- Wróbel Włodzimierz**, *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym* (w:) *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń 2006
- Wróbel Włodzimierz, Zoll Andrzej**, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014
- Wróblewski Jerzy**, *Skuteczność prawa – pojęcie teoretyczne i jego zastosowanie do norm prawa karnego*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1979, t. 9
- Zajac Dominik**, *Stopień społecznej szkodliwości jako okoliczność rzutująca na wymiar kary*, „Państwo i Prawo” 2017/11
- Zieliński Maciej**, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972

Zoll Andrzej (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1, *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017

Zoll Andrzej, *Zbieg przepisów ustawy w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia” 2013/2, t. 60

Zoll Andrzej, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982

Pojęcia kluczowe: kontrola operacyjna, zasada subsydiarności, informacja, dowody

Tomasz Łodziana

Glosa (aprobująca) do wyroku Sądu Najwyższego z 7.05.2019 r., sygn. akt V KK 180/18¹

ABSTRAKT

Przedmiotem glosy jest treść wyroku Sądu Najwyższego odnoszącego się do podstaw zarządzania kontrolą operacyjną, w tym w kontekście posiadanych (przez uprawniony organ) informacji.

W wyroku z 7.05.2019 r. w sprawie o sygn. akt V KK 180/18 Sąd Najwyższy orzekł w przedmiocie tego, jaki rodzaj informacji może stanowić podstawę do zarządzenia kontroli operacyjnej. Rozstrzygnięcie to zapadło w kontekście przepisów zawartych w ustawie o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym².

Sąd Najwyższy trafnie wskazał, że kontrola operacyjna stanowi formę ograniczenia praw obywatelskich. Konkretnie – ingeruje ona w prawa obywatelskie określone w art. 49 Konstytucji, czyli w wolność i tajemnicę komunikowania się. Ten wątek nie będzie przedmiotem głębszej refleksji poza stwierdzeniem, że stosowanie tej czynności (a co za tym idzie, faktyczna ingerencja w przywołane prawa i wolności) może nastąpić wyłącznie w tych przypadkach, w których przepisy rangi ustawowej to dopuszczają i regulują. Niewątpliwie w omawianym przypadku takie uprawnienie przysługiwało organowi wnioskującemu o zarządzenie kontroli operacyjnej.

Po drugie, w omawianym orzeczeniu wskazano, jakie są powinności sądu (a więc organu uprawnionego do zarządzania kontrolą operacyjną) w zakresie orzekania w przedmiocie zarządzenia (bądź nie) kontroli operacyjnej. Zdaniem Sądu Najwyższego (trafnym) rolą sądu jest dokonanie oceny tego, czy w danej sprawie (tzw. sprawie operacyjnej) „konieczne jest sięgnięcie do tej formy ograniczenia praw obywatelskich”.

Stosownie do treści art. 17 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym kontrola operacyjna może zostać zarządzona, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne. Wyrażona w tym przepisie zasada subsydiarności powoduje, że kontrola operacyjna dopuszczalna jest w dwóch przypadkach.

1 Lex nr 2671614.

2 Ustawa z 9.06.2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2022 r. poz. 1900 ze zm.).

Po pierwsze, uprawniony organ powinien podjąć, przed zarządzeniem kontroli operacyjnej, inne (mniej inwazyjne) czynności. O bezskuteczności tych działań można mówić wówczas, jeżeli ich wyniki będą pozbawione wartości informacyjnej (i dowodowej) relewantnej z punktu widzenia prowadzonej sprawy operacyjnej.

Po drugie, przesłanką dopuszczalności zarządzenia kontroli operacyjnej jest sytuacja, w której (w realiach danej sprawy) organ będzie mógł (obiektywnie) stwierdzić, że podjęcie innych czynności będzie nieprzydatne. Nieprzydatność innego środka (innych środków) powinna mieć charakter obiektywy i oznaczać, że spośród katalogu możliwych do zastosowania czynności jakakolwiek z nich nie pozwoli na osiągnięcie założonych celów w sprawie, w tym chociażby wykrycia sprawcy czy zebrania materiału dowodowego, który mógłby zostać wykorzystany jako podstawa wszczęcia postępowania karnego czy też stanowić uzupełnienie dowodów w postępowaniu już wszczętym.

Sąd zatem, dokonując oceny tego, czy w danej sprawie kontrola operacyjna może mieć zastosowanie, powinien dokonać oceny tego, czy przesłanki określające zasadę subsydiarności zostały spełnione.

Trafnie Sąd Najwyższy zauważył, że proces podejmowania wspomnianej decyzji może nastąpić „przy istnieniu informacji o przestępstwie”. Literalnie rzecz ujmując, zdaniem Sądu Najwyższego, wystarczająca jest jedna informacja o przestępstwie, przy czym – *de lege lata* – jest to swoisty pakiet informacji o przestępstwie, informacje te mogą mieć różny charakter i różne pochodzenie.

Rozstrzygając w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej, sąd bazuje na treści wniosku uprawnionego organu (w omawianym przypadku Szefa Centralnego Biura Antykorupcyjnego). W kontekście wspomnianej zasady subsydiarności znamienne znaczenie ma element konstrukcyjny wniosku, o którym mowa w art. 17 ust. 7 pkt 3 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. W myśl tego przepisu we wniosku należy zawrzeć okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków. Jeżeli chodzi natomiast o aspekt „informacji o przestępstwie”, to jego opis i kwalifikacja prawna jest wymogiem konstrukcyjnym, o którym mowa w art. 17 ust. 7 pkt 2 tej ustawy. Wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej musi (obligatoryjność) zostać sądowi przedstawiony wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej (por. art. 17 ust. 1a ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym). Sąd rozstrzyga zatem na podstawie nie tylko formalnego wniosku, ale również jego merytorycznej obudowy w postaci wskazanych materiałów, na podstawie których dokonuje oceny – wpierv dopuszczalności, a następnie zasadności zarządzenia kontroli operacyjnej.

W tym miejscu należy odnieść się do meritum omawianego wyroku. Otóż zdaniem Sądu Najwyższego informacja (informacje) o przestępstwie nie musi mieć waloru wiarygodności, aby stać się podstawą do zarządzenia kontroli operacyjnej. Niewątpliwie jest to trafne stanowisko.

Kontrola operacyjna jest czynnością o charakterze operacyjno-rozpoznawczym. Jej podstawowym celem jest – *de lege lata* – rozpoznawanie przestępstw. Oznacza to, że jej stosowanie służy swoistemu potwierdzeniu informacji o przestępstwie uzyskanej przez uprawniony organ, bez względu na to, w jaki sposób organ ten wszedł w posiadanie tej „pierwotnej” informacji. W kontekście źródeł informacji można przy tym wyróżnić informacje o pochodzeniu zewnętrznym, jak i wewnętrznym³.

Jeżeli chodzi o pierwszą kategorię, informacja o przestępstwie może pochodzić od osobowych źródeł informacji (w tym nawet o charakterze procesowym), z mediów, z informacji pochodzących od innych organów, itp. W zakresie informacji wewnętrznych można wskazać m.in. własne ustalenia uprawnionego organu, tak o charakterze operacyjno-rozpoznawczym, analityczno-informacyjnym, dochodzeniowo-śledczym, jak i kontrolnym. Na etapie zarządzania kontroli operacyjnej informacja o przestępstwie nie musi być wiarygodna, niemniej musi istnieć obiektywnie. Oznacza to, że na etapie podejmowania przez sąd decyzji materiały przedłożone wraz z wnioskiem muszą wskazywać na to, że organ wnioskujący faktycznie dysponuje określonym zasobem wiedzy o przestępstwie. Innymi słowy, kontrola operacyjna nie może zostać zarządzo- na na podstawie np. przypuszczeń organu, swoistych wnioskowań, czy też założeń, lecz musi opierać się na danych, których wartość będzie przedmiotem refleksji sądu.

W przedmiocie wiarygodności informacji – co oczywiste – nie muszą one być informacjami „pewnymi”. Wystarczające jest to, aby stanowiły asumpt do podjęcia omawianej czynności (przy zachowaniu standardów wyznaczonych mocą zasady subsydiarności).

Z przywołanego orzeczenia wynika jeszcze jednak ważka kwestia. Sąd Najwyższy ustanowił, w pewnym sensie, hierarchię możliwych do podjęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym (trafnie) przesądzając o tym, że zasada subsydiarności doznaje, w pewnym sensie, ograniczenia wobec czynności wymienionych w art. 19 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym.

Z jednej strony kontrola operacyjna – jak wskazano – może mieć zastosowanie, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne. Z drugiej strony natomiast Sąd Najwyższy wskazał, że w zakresie wartości informacji o przestępstwie – przy zarządzaniu kontroli operacyjnej (inaczej, niż ma to miejsce przy czynnościach, o których mowa w art. 19 wskazanej ustawy) nie muszą one być wiarygodne.

Kierunek interpretacyjny wskazany przez Sąd Najwyższy jest trafny i ma oparcie w literalnym brzmieniu przepisów prawa. Stosownie do treści art. 19 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, wymienione w nim czynności (choćby niejawnie przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej) zmierzają do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz wykrycia sprawców i uzyskania dowodów. Skupiając się na aspekcie „wiarygodności informacji”, wskazać

3 Mając za punkt odniesienia uprawniony organ.

należy na ustawowo określony „pochód weryfikacyjny” w odniesieniu do tej (tych) informacji. Racjonalnie podchodząc do zagadnienia, należy wskazać, że pozyskanie przez uprawniony organ określonej informacji (która nie jest wystarczająca do tego, aby stwierdzić, że występuje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa) może⁴ stanowić punkt wyjścia do podejmowania działań sprawdzających (weryfikacyjnych). Podjąwszy takie czynności, na pewnym etapie prowadzenia sprawy organ może dojść do przekonania, że katalog przewidzianych prawem środków został wyczerpany, a ich ewentualne powielanie będzie pozbawione sensu. Przy wystąpieniu określonych przesłanek prawnych i faktycznych może zatem wystąpić zasadność zastosowania kontroli operacyjnej, w tym jako środka zmierzającego do uwiarygodnienia dotychczas posiadanych informacji. Stosując kontrolę operacyjną, uprawniony organ – w istocie – zorientowany jest na potwierdzenie wartości posiadanych informacji lub na ich weryfikację negatywną.

W komentowanym wyroku Sąd Najwyższy podzielił dotychczasową linię orzeczniczą odnoszącą się do kwestii tego, na jakim etapie informacje muszą mieć walor wiarygodności. Przykładowo Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 11.10.2012 r. w sprawie o sygn. alt II AKA 368/125 wskazał, że wymóg dysponowania wiarygodnymi informacjami odnosi się do zakupu kontrolowanego czy też kontrolowanego przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej. Wymóg wiarygodności informacji (w kontekście przesłanki umożliwiającej zarządzenie nie kontroli operacyjnej, ale niejawnego przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej) zaakcentował także Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 26.04.2013 r. w sprawie o sygn. akt II AKA 70/136. Również w doktrynie akcentowano wymóg posiadania wiarygodnych informacji o przestępstwie jako przesłankę zarządzenia czynności polegających na m.in. tzw. „zakupie kontrolowanym”⁷.

Przy założeniu, że stosowana kontrola operacyjna potwierdziłaby uprzednio zebrane informacje (czyli doszłoby do nadania im atrybutu wiarygodności), możliwe byłoby⁸ podjęcie jeszcze dalej idących czynności, a więc czynności mających na celu sprawdzenie uzyskanych wcześniej – a obecnie już wiarygodnych – informacji, o których mowa w art. 19 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. Działania polegające na „sprawdzeniu uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji” mogą przy tym doprowadzić do osiągnięcia, co do zasady, dwóch kategorii rezultatów. Pierwszy z nich może być negatywny. Taka sytuacja wystąpi wówczas, gdy czynności podjęte w trybie art. 19 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym nie potwierdzą uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji (a co za tym idzie, ich wiarygodność zostanie – co

4 Na tym etapie jest to uprawnienie organu, które nie jest oceniane w kontekście procesowej zasady ścigania z urzędu.

5 Lex nr 1236427.

6 Lex nr 1322733.

7 K. Rogoziński, *Wiarygodne informacje o przestępstwie jako przesłanka zarządzenia zakupu kontrolowanego*, Prokuratura i Prawo, 2010/10, s. 104–116.

8 Jest to jedna z wielu form czynienia informacji wiarygodnymi.

do zasady – obalona). Drugim z rezultatów może być natomiast pozytywna weryfikacja tych informacji.

W tym miejscu należy także wskazać, że kontrola operacyjna może być stosowana niezależnie od czynności, o których mowa w art. 19 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, a co więcej, może być stosowana także równoległe do tych czynności. Dopuszcza to wprost treść art. 20 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, zgodnie z którym „przy wykonywaniu czynności, o których mowa w art. 19, może być stosowana kontrola operacyjna na zasadach określonych w art. 17. Przepis ten zatem nie tylko sankcjonuje wspomniane odstępstwo od zasady subsydiarności, ale także pozwala na to, aby czynności realizowane w trybie art. 19 ustawy o CBA mogły być utrwalane w formie kontroli operacyjnej (przy czym w szczególności w tych przypadkach, o których mowa w art. 17 ust. 5 pkt 2 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym)”⁹.

Przywołane powyżej warianty są, co oczywiste, pewnymi teoretycznymi modelami, które w praktyce mogą podlegać swoistym modyfikacjom. Już bowiem na etapie „przed zarządzeniem kontroli operacyjnej” uprawniony organ może dysponować takimi informacjami, których analiza wskazywałaby na wystąpienie pozytywnej przesłanki procesowej, o której mowa w art. 303 Kodeksu postępowania karnego¹⁰. Inny wariant (zgodny z treścią art. 17 ust. 15 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym) może przewidywać, że już na tym etapie informacje o przestępstwie będą nie tylko wiarygodne, ale także prowadzące do wniosku, że występuje stan uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa. Idąc jeszcze dalej, można wskazać, że uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa wystąpiłoby dopiero wskutek zastosowania (jako faktycznej ostateczności) czynności z art. 19 omawianej ustawy.

mgr Tomasz Łodziana

Autor jest prawnikiem, autorem publikacji m.in. z zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych, prawa karnego. Jest biegłym sądowym przy Sądzie Okręgowym w Warszawie w dziedzinie prawnej ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

The author is a lawyer, author of publications in the field of operational and investigative activities, criminal law, among others. He is an expert witness at the District Court in Warsaw in the field of legal protection of business secrets..

ORCID: 0000-0002-4402-3840.

⁹ Warto wskazać, że w odróżnieniu od przepisów zawartych m.in. w ustawie z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2023 r. poz. 185 ze zm.) czynności określone w art. 19 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym nie posiadają odrębnego trybu ich utrwalania (por. art. 19a ust. 6 ustawy o Policji).

¹⁰ Ustawa z 6.06.1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375).

ABSTRACT

Keywords: *operational control, principle of subsidiarity, information, evidence*

(Approving) commentary on judgment of the Supreme Court of 7 May 2019, V KK 180/18

The subject of the commentary is the judgment of the Supreme Court relating to the basics of operational control management, including in the context of the aspect of information held (by the authorized body/person).

Bibliografia

Kamil Rogoziński, *Wiarygodne informacje o przestępstwie jako przesłanka zarządzenia zakupu kontrolowanego*, „Prokuratura i Prawo”, nr 10/2010

Table of Contents

FROM THE EDITORS

Michał Bieniak

Phenomenon of Polish law.....5

Barbara Sikoń

Artificial intelligence in the context of competition and consumer protection law.....7

Aleksandra Fruk

New regulations regarding arbitration clauses – (re)codification or discreditation? Comments on the changes introduced in the Code of Civil Procedure by the amending acts of 2023.....26

Paweł Karkowski

Possibility of arbitration tribunal examining the defence of set-off.....48

Małgorzata Grzešków

Intention to conclude another employment contract after the lapse of the trial period.....63

Natalia Kozłowska

Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) – theory versus reality.....75

Patrycja Brózek

A few words about the cumulation of a fine with the obligation to make good damage or redress harm.....92

Michał Rachalski

On the qualification and evaluation of complex acts using the example of the relationship between extortion of debt repayment and „classical” extortion.....108

CASE COMMENT

Tomasz Łodziana

(Approving) commentary on judgment of the Supreme Court of 7 May 2019,

V KK 180/18.....127

mLegitymacja



ADWOKATURA
POLSKA

adwokata
aplikanta adwokackiego

prawnika zagranicznego
adwokata niewykonującego
zawodu.

Cyfrowa wersja dokumentu
wydawanego
przez okręgową radę adwokacką.
Potwierdza uprawnienia
zawodowe jej właściciela.

mLegitymacja adwokacka
jest dostępna
w aplikacji mObywatel



pobierz
mLegitymację



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej
od 1924 roku

W numerze m. in.:

Barbara Sikoń

Sztuczna inteligencja a prawo ochrony konkurencji i konsumentów

Aleksandra Fruk

Nowe regulacje dotyczące zapisu na sąd polubowny – (re)kodyfikacja czy dyskredytacja? Uwagi na tle zmian wprowadzonych do Kodeksu postępowania cywilnego nowelizacjami z 2023 r.

Paweł Karkowski

Możliwość rozpoznania zarzutu potrącenia przez sąd arbitrażowy

Patrycja Brózek

O problemie łączenia (kumulacji) kary grzywny z obowiązkiem naprawienia szkody lub zadośćuczynieniem za doznaną krzywdę