

styczeń–luty

1–2/2018



# PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

---

100

LAT  
ODRODZONEJ  
ADWOKATURY  
POLSKIEJ



styczeń–luty

1–2/2018

# PALESTRA

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

---

Rok LXIII nr 723–724



Naczelna Rada Adwokacka

**WYDAJE**  
**NACZELNA RADA ADWOKACKA**  
**WARSZAWA**

---

**Redaktor Naczelny:** Czesław Jaworski  
**Zastępca Redaktora Naczelnego:** Adam Redzik

**Kolegium:**

Stanisław Balík, Zbigniew Banaszczyk, Andrzej Bąkowski,  
Antoni Bojańczyk, Lech Gardocki, Jacek Giezek,  
Maciej Gutowski (przewodniczący),  
Piotr Kardas (wiceprzewodniczący),  
Jan Kuklewicz, Erik Luna,  
Maciej Łaszczuk (wiceprzewodniczący),  
Elwira Marszałkowska-Krześ, Andrzej Mączyński,  
Frank Meyer, Marek Antoni Nowicki, Lech K. Paprzycki,  
Mychajło Petriw, Krzysztof Piesiewicz,  
Krzysztof Pietrzykowski, Adam Redzik, Stanisław Rymar,  
Philippe Sands, Piotr Sendeci, Tomasz Siemiątkowski,  
Tomasz Sójka, Ewa Stawicka, Stephen C. Thaman,  
Andrzej Tomaszek, Paweł Wiliński, Witold Wołodkiewicz,  
Józef Wójcikiewicz, Małgorzata Wrzolek-Romańczuk,  
Stanisław Zabłocki, Robert Zawłocki, Piotr Zientarski

---

Na okładce: Logo obchodów 100-lecia  
Odrodzonej Adwokatury Polskiej  
Opracował: Artur Tabaka

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

Ark. wyd.: 19,4. Nakład: 9500 egz.  
ISSN 0031-0344, indeks 36851

Wersją podstawową czasopisma jest wydanie papierowe.

„Palestra” znajduje się w wykazie czasopism naukowych  
Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

# Spis treści

<i>Jacek Trela</i> , adwokat, prezes NRA (Warszawa) Setny rok odrodzonej Adwokatury Polskiej .....	7
<i>Michał Balcerzak</i> , adwokat, dr hab., prof. UMK (Toruń) Skarga nadzwyczajna do Sądu Najwyższego w kontekście skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka .....	11
<i>Magdalena Budyn-Kulik</i> , dr hab., UMCS (Lublin), <i>Marek Kulik</i> , dr hab., prof. UMCS (Lublin) Kara 20 lat pozbawienia wolności .....	23
<i>Radostaw Koper</i> , dr hab., prof. UŚ (Katowice) Sens i bezsens reguł <i>ne peius</i> w procesie karnym .....	28
<i>Kazimierz Postulski</i> , sędzia SA w st. spocz. (Lublin) Uchylenie zezwolenia na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności w syste- mie dozoru elektronicznego .....	36
<i>Robert Rynkun-Werner</i> , adwokat, dr (Warszawa) Dożywotni zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych a konstytucyjne wartości demokratycznego państwa prawa .....	46
<i>Dominika Boniecka</i> , asystent USz (Szczecin) Przemoc wobec małoletnich w świetle nowelizacji z 23 marca 2017 r. oraz analizy wyni- ków badań aktowych .....	53
<i>Joanna Szczyrzyca</i> , apl. adw., doktorantka UŚ (Katowice) Instytucja warunkowego tymczasowego aresztowania w procesie karnym .....	61
<i>Joanna Wawrzyniak-Zaczyńska</i> , apl. adw. (Inowrocław) Konstrukcja podmiotu zobowiązanego do zwrotu korzyści majątkowej w świetle prze- pisów ustawy z 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy Kodeks karny i innych ustaw .....	70
<i>Piotr F. Piesiewicz</i> , adwokat, dr, adiunkt, Uniwersytet SWPS (Warszawa) Dochodzenie odszkodowania na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 3a i 3b Prawa autorskiego ze szczególnym uwzględnieniem wykładni pojęcia „stosowne wynagrodzenie” .....	78
<i>Robert Krzysztof Tabaszewski</i> , adwokat, dr, KUL (Lublin) Instytucja klienteli w prawie europejskim w świetle strasburskich standardów orzeczni- czych .....	90
<i>Anna Stasiak-Apelska</i> , doktorantka, Uniwersytet SWPS (Warszawa) Programy komputerowe jako przedmiot ochrony .....	106
<i>Monika Maśnicka</i> , adwokat, asystent UG (Gdynia–Gdańsk) Postępowanie restrukturyzacyjne a odpowiedzialność karna członków zarządu spółek i likwidatorów za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie .....	114

<b>Piotr Kantorowski</b> , radca prawny, doktorant WSzPiA (Rzeszów) Solidarna odpowiedzialność pełnomocnika do złożenia deklaracji VAT-R .....	121
---	-----

### Adwokatura dziś i jutro

<b>Maciej Gutowski</b> , adwokat, prof. dr hab., dziekan ORA (Poznań), <b>Piotr Kardas</b> , adwokat, prof. dr hab., UJ, wiceprezes NRA (Kraków) Propozycje modelowych założeń reformy aplikacji adwokackiej .....	130
--	-----

### Glosy

<b>Michał Majczyzna</b> , doradca podatkowy (Lublin), <b>Jacek Matarewicz</b> , adwokat, doradca podatkowy (Warszawa) Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 4 października 2017 r., C-164/16 [o opodatkowaniu VAT leasingu z opcją wykupu] .....	147
<b>Anna Marcinkowska</b> , dr, prokurator PR (Krosno) Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 6 kwietnia 2016 r., II AKa 67/16 [o treści obowiązku gwaranta] .....	156
<b>Michał Warciński</b> , dr hab., adiunkt UW, sędzia TK (Warszawa) Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 12 maja 2015 r., IV CSK 509/15 [o służebności gruntowej o treści służebności przesyłu] .....	162
<b>Artur Kappel</b> , sędzia SR, doktorant PAN (Nowy Sącz) Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 9 grudnia 2016 r., III CZP 57/16 [o nabyciu w drodze zasiedzenia własności nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste] ...	169

### Najnowsze orzecznictwo

<b>Monika Strus-Wołos</b> , adwokat, dr (Warszawa) Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Cywilna .....	176
<b>Zbigniew Szonert</b> , sędzia NSA w st. spocz., dr (Warszawa) Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego .....	180
<b>Marek Antoni Nowicki</b> , adwokat (Warszawa) Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (październik–grudzień 2017 r.) .....	184

### Pytania i odpowiedzi prawne

<b>Ewa Stawicka</b> , adwokat (Warszawa) Czy odnoszące się do instytucji wznowienia postępowania granice, o których mowa w art. 412 § 1 k.p.c., obejmują także podstawy prawne i faktyczne pozwu bądź wniosku, który inicjował wznowione postępowanie? .....	188
---	-----

### Gawędy adwokata bibliofila

<b>Andrzej Tomaszek</b> , adwokat (Warszawa) <i>Merry Christmas czy Seasons Greetings</i> , czyli rozważania o europejskiej tożsamości .....	191
---	-----

### Problematyka wypadków drogowych

<b>Wojciech Kotowski</b> (Warszawa) Umorzenie postępowania nagrodą za postawę sprawcy wypadku .....	194
--	-----

### Recenzje i noty recenzyjne

Bernard Robertson, G. A. Vignaux, Charles E. H. Berger, <i>Interpreting Evidence. Evaluating Forensic Science in the Courtroom</i> <b>Anna Ibek</b> , dr, adiunkt, KAAFm (Kraków) .....	199
--	-----

<b>100-lecie Odrodzonej Adwokatury Polskiej</b>	
<i>Katarzyna Mróz</i> , adwokat (Piaśtów), <i>Janusz Kanimir</i> (Warszawa) Adwokat Jan Maciaszek (1876–1932) – pierwszy polski prezydent Bydgoszczy. Inauguracja obchodów .....	204
<i>Janusz Kutta</i> , dr hab., prof. (Bydgoszcz) Witold Mielcarzewicz (1870–1933). Pierwszy polski prezes Wydziału Izby Adwokackiej i pierwszy dziekan Rady Adwokackiej w Toruniu .....	211
<b>Kronika adwokatury</b>	
Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej .....	214
<b>Varia</b>	
Jubileusz 90-lecia urodzin adwokata Andrzeja Bąkowskiego <i>Maciej Kwiek</i> (Warszawa) .....	219
Antonín Mokřý – nowy prezes CCBE <i>Ewa Stawicka</i> , adwokat (Warszawa) .....	220
Tom trzeci <i>Słownika Biograficznego Adwokatów Polskich</i> obejmujący 330 życiorysów adwokatów zmarłych w latach 1945–2010 już dostępny .....	221
Adwokat Waldemar Gujski powtórnie wyróżniony przez Chambers & Partners .....	222
Sprostowanie i uzupełnienie .....	222
Table of contents .....	223



## SETNY ROK ODRODZONEJ ADWOKATURY POLSKIEJ

W roku 1918 Polacy, po latach życia pod zaborami Rosji, Niemiec i Austrii, znowu byli jednością. Radość z przywrócenia Polski na mapy łączyła się jednak z opanowaniem chaosu w Państwie, ujednoczeniem prawa, które różniło się w zależności od dzielnicy pozaborczej. Nieocenioną rolę w przywróceniu porządku, odbudowie społeczeństwa, tworzeniu nowych struktur sądowniczych i administracyjnych odegrali adwokaci. To oni w pierwszych latach niepodległości pełnili najwyższe funkcje – byli prezesami sądów, prezydentami miast, marszałkami sejmu i senatu, premierami, ministrami...

Zaangażowanie adwokatów w sprawy Polski zostało docenione przez Marszałka Józefa Piłsudskiego, który zaledwie w miesiąc po formalnym odzyskaniu przez Polskę niepodległości podpisał dekret w przedmiocie *Statutu Tymczasowego Palestry Państwa Polskiego*. Tym samym dał początek samorządowi odrodzonej Adwokatury Polskiej. Dekret był nowoczesną regulacją z wieloma oryginalnymi rozwiązaniami. Powoływał dwuszczeblowy samorząd adwokacki z izbami adwokackimi oraz Naczelną Radę Adwokacką. Dekret obowiązywał na terenie byłego Królestwa Kongresowego, a od 1922 r. także na innych ziemiach byłego zaboru rosyjskiego. W pozostałych dwóch dzielnicach pozaborczych Polski utrzymała moc prawną regulacje: austriacka z 1868 r. i niemiecka z 1878 r. Dopiero w 1932 r. ujednoczono ustrój adwokatury polskiej w całym państwie – na podstawie rozporządzenia Prezydenta RP z 7 października 1932 r. *Prawo o ustroju adwokatury*. W stosunku do statutu tymczasowego z 1918 r. nowa ordynacja adwokacka ograniczała samorząd na rzecz większych kompetencji ministra sprawiedliwości, jednak dawała ad-

wokatom możliwość wykonywania zawodu na terenie całej Rzeczypospolitej. Historia legislacji tego dokumentu wydaje się brzmieć znajomo. Choć najwybitniejsi przedstawiciele środowiska adwokackiego pracowali nad projektem jednolitego prawa o adwokaturze już w latach dwudziestych i w roku 1931 zgłosili swój projekt do prac sejmowych, to jednak Sejm pracował na projekcie zgłoszonym niemal w tym samym czasie przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Ministerialny projekt był autorstwa urzędników resortu, nie był pierwotnie konsultowany ze środowiskiem. Podczas prac sejmowych nie brakowało emocji, podobnych do tych, które obserwujemy i dzisiaj. W trakcie dyskusji nad projektem poseł-adwokat Jan Nowodworski miał powiedzieć: „to nie jest ustawa o ustroju adwokatury, tylko ustawa o rozstroju adwokatury”. Zaangażowanie w prace nad projektem adwokatów parlamentarzystów, jak i środowiska adwokackiego poza parlamentem pozwoliło znacząco poprawić pierwotny projekt.

Ograniczenia na samorząd adwokacki nakładała też ustawa *Prawo o ustroju adwokatury* z 4 maja 1938 r., ale z drugiej strony wiele kwestii porządkowała i uściślała. Oprócz zwiększenia nadzoru ministra sprawiedliwości wprowadzono przepis, że dwunastu członków NRA powołuje prezydent. Wprowadzono również regulację dotyczącą sądownictwa dyscyplinarnego, przewidującą trzy szczeble postępowania dyscyplinarnego, w tym instancję najwyższą – Izbę do spraw Adwokatury przy Sądzie Najwyższym.

Wracając jednak do początków, postawa adwokatów w pierwszych latach wolnej Polski dała podwaliny pod wyjątkową rolę samorządu adwokackiego w skali świata. W naszym kraju samorząd adwokacki jest czymś więcej



niż tylko pilnowaniem interesów swoich członków czy dbaniem o wysoki poziom wykonywania zawodu. Każde kolejne pokolenie adwokatów czuje się odpowiedzialne za kształt państwa, w którym żyje, dlatego angażujemy się w działalność legislacyjną, w życie samorządu lokalnego, w rozwój nauki, a także w różnego rodzaju akcje społeczne i obywatelskie.

Należy jeszcze raz przypomnieć, że to adwokaci w dużej mierze budowali struktury wymiaru sprawiedliwości w młodym państwie. Jeszcze przed formalnym odzyskaniem niepodległości na ziemiach polskich już funkcjonowało sądownictwo. W roku 1917 stworzono przepisy o tymczasowym zorganizowaniu sądów polskich, z Sądem Najwyższym na czele. W tworzenie struktur sądowniczych aktywnie włączyli się adwokaci. Prawie 30% adwokatów byłego Królestwa Polskiego przeszło w 1917 r. do sądownictwa. Pierwszymi prezesami Sądu Najwyższego byli wcześniejsi adwokaci – Franciszek Nowodworski, Władysław Seyda i Leon Supiński. Prezesem Izby Karnej Sądu Najwyższego był adw. Aleksander Mogilnicki. Bratanek Władysława Seydy – Zygmunt – organizował lubelskie sądownictwo, krótko pełnił też funkcję prezesa Sądu Okręgowego w Lublinie. U progu niepodległej RP sędzią Sądu Apelacyjnego w Warszawie był natomiast adw. Stanisław Patek.

Godna reprezentacja adwokatów weszła w skład utworzonej w 1919 r. Komisji Kodyfikacyjnej RP, której celem było przygotowanie projektów regulacji ujednocniającej prawo cywilne i karne na terenie państwa. Wielu adwokatów wspierało polską naukę prawa, prowadząc wykłady na uniwersyteckich wydziałach prawniczych, szczególnie w Warszawie, Poznaniu i Wilnie, gdzie powstały nowe uniwersytety.

Swoje zaangażowanie patriotyczne adwokaci po raz kolejny udowodnili po wybuchu II wojny światowej. Wielu adwokatów i aplikantów adwokackich walczyło w kampanii wrześniowej. Kilkuset zginęło w Katyniu i innych miejscach masowych mordów na Wschodzie. Ogromną liczbę adwokatów, w tym więk-

szość adwokatów pochodzenia żydowskiego, zamordowali Niemcy. Adwokaci tworzyli struktury Państwa Podziemnego – z palestry wywodzili się m.in. Władysław Raczkiewicz – prezydent RP na uchodźstwie i Cyryl Ratajski – delegat rządu na kraj. Bohaterską postawą wykazali się adwokaci izby warszawskiej, tzw. 14 sprawiedliwych, którzy nie zgodzili się na wykreślenie z listy adwokackiej adwokatów pochodzenia żydowskiego. Podobnie postąpił dziekan rady izby lubelskiej – Stanisław Kalinowski, który na żądanie Niemców przygotowania listy adwokatów przeznaczonych „do wysiedlenia” z Lublina wpisał na nią tylko swoje nazwisko. Po rozwiązaniu Naczelnej Rady Adwokackiej i wprowadzeniu zarządów komisarycznych w radach okręgowych adwokaci polscy zorganizowali – wzorem podziemnego państwa – tajny samorząd adwokacki: Tajną Naczelną Radę Adwokacką oraz tajne rady adwokackie w Warszawie, Krakowie, Katowicach, Lublinie, Lwowie i Radomiu. Wojna przyniosła tragiczne żniwo w środowisku adwokackim. W latach 1939–1945 zginęło ok. 50% adwokatów – w walce, obozach koncentracyjnych, gettach, Katyniu. W czasie wojny i okupacji, w tym Powstania Warszawskiego, zginęło ok. 95% aplikantów adwokackich izby warszawskiej.

W pierwszych latach po wojnie Adwokatatura Polska poddana została silnemu nadzorowi państwa i partii komunistycznej. Dekretem z 24 maja 1945 r. znacznie zmieniono ustawę z 1938 r. Dekret dawał ministrowi sprawiedliwości możliwość powoływania składów rad adwokackich oraz nowych izb adwokackich. Utworzono też komisje weryfikacyjne dla adwokatów. Kolejne dekryty dawały ministrowi dalsze kompetencje, np. do wpisania na listę adwokatów osób niespełniających przewidzianych w ustawie kryteriów, np. wyższego wykształcenia prawniczego. Nadzór polityczny nad adwokataturą ugruntowała ustawa z 27 czerwca 1950 r. o *ustroju adwokatury*. Wprowadzono wówczas obowiązek wykonywania zawodu w zespołach adwokackich. Efektem odwilży w 1956 r. była nowelizacja ustawy, która

uwzględniała m.in. Zjazd Adwokatury jako organ samorządu. Przywrócono też wybory organów izbowych oraz sądownictwo dyscyplinarne. Kolejne zmiany w ustawie jednak ponownie zmierzały w kierunku ograniczenia kompetencji samorządu. Ten okres – choć ciężki i przygnębiający – w historię adwokatury wpisał się jako czas chwaly, dzięki odważnej postawie adwokatów – obrońców politycznych. Aż do roku 1989 w obronie podstawowych praw obywatelskich i wolności występowały takie sławy palestry, jak: Stanisław Hejmowski, Gerard Kujanek, Michał Grzegorzewicz (procesy uczestników wydarzeń poznańskich z czerwca 1956 r.), Piotr Ł. J. Andrzejewski, Maciej Bednarkiewicz, Anna Bogucka-Skowrońska, Andrzej Grabiński, Czesław Jaworski, Andrzej Kern, Tadeusz Kilian, Witold Lis-Olszewski, Ewa Milewska-Celińska, Jan Olszewski, Kazimierz Ostrowski, Krzysztof Piesiewicz, Henryk Rossa, Andrzej Rozmarynowicz, Władysław Siła-Nowicki, Stanisław Szczuka, Jacek Taylor, Tadeusz de Virion, Edward Wende, Jerzy Woźniak (procesy polityczne lat sześćdziesiątych, siedemdziesiątych i osiemdziesiątych).

Przełomowy dla samorządu adwokackiego był rok 1981. W Poznaniu w dniach 3–4 stycznia 1981 r. odbył się Ogólnopolski Zjazd Adwokatów. Podjęto wówczas uchwały odnoszące się do wartości prawa w praworządnym państwie. Domagano się poszanowania ratyfikowanych przez PRL paktów ONZ o prawach człowieka, wprowadzenia Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu i reformy państwa w kierunku demokratyzacji. Podczas Zjazdu powołano też komisję legislacyjną do opracowania projektu *ustawy o adwokaturze*. Projekt powstał w rekordowo szybkim tempie – w ciągu miesiąca wstępną wersję przedstawiono Prezydium NRA. Następnie z inicjatywą ustawodawczą w Sejmie wystąpiło pięciu posłów adwokatów, w tym adw. Maria Budzanowska. Ustawa weszła w życie 1 października 1982 r. Ustawa, która paradoksalnie została przyjęta w okresie stanu wojennego, umacniała niezależność samorządu adwokackiego. Klarownie precyzowała, co jest głównym zadaniem adwokata.

*Adwokatura powołana jest do udzielania pomocy prawnej, współdziałania w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa.* To znaczące zdanie po raz pierwszy pojawiło się właśnie w ustawie z 1982 r., stanowiąc niejako preambułę *Prawa o adwokaturze*. Aby podkreślić znaczenie tych słów, wpisano je również w rotę przysięgi adwokackiej. Władze stanu wojennego zgodziły się na takie zapisy ustawowe nie z powodu zrozumienia roli adwokatury, lecz z chęcią pokazania, że w Polsce prawa obywatelskie są chronione. Było to działanie z wyrachowania, bo wiemy doskonale, że w tym czasie tysiące ludzi były bezprawnie pozbawione wolności. Dziesiątki tysięcy były wyrzucone z pracy i pozbawione środków do życia. To bezprawie stanu wojennego władza chciała przykryć wspomnianym zapisem ustawowym mówiącym o roli adwokatury.

Historycznym przełomem był również pierwszy Krajowy Zjazd Adwokatury zwołany na podstawie ustawy z 1982 r., który odbył się w dniach 1–3 października 1983 r. Na prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej wybrano wówczas po raz pierwszy kobietę – adw. Marię Budzanowską.

W czasie przemian politycznych adwokaci po raz kolejny nie zawiedli Polski. W pracach Okrągłego Stołu brali udział m.in. adw. Edward Wende, adw. Jan Olszewski, adw. Władysław Siła-Nowicki. Jednym z pierwszych prezesów rady ministrów w wolnej Polsce został adw. Jan Olszewski (1991–1992), wicemarszałkiem Sejmu RP w 1991 r. został adw. Andrzej Kern. W latach dziewięćdziesiątych ministrami sprawiedliwości byli adwokaci Aleksander Bentkowski, Wiesław Chrzanowski, Zbigniew Dyka, Andrzej Marcinkowski (p.o.) i Jan Piątkowski.

Wejście adwokatury w XXI wiek upłynęło przede wszystkim pod hasłem deregulacji zawodów prawniczych, która szeroko otworzyła drzwi do zawodu adwokata. Niestety, ostatnie dziesięciolecie to również kolejne próby ograniczenia działalności samorządu oraz liberalizacja dostępu do zawodu – skrócenie czasu odbywania aplikacji adwokackiej, przejście przez

Ministerstwo Sprawiedliwości organizacji egzaminów na aplikację adwokacką i egzaminów zawodowych, likwidacja części ustnej na egzaminach adwokackich, weryfikacja wiedzy kandydatów na aplikantów poprzez testy egzaminacyjne. Obecnie resort sprawiedliwości opracowuje wątpliwej wartości projekt wprowadzenia alternatywnej metody szkolenia aplikantów na tzw. aplikacji uniwersyteckiej. Co chwila powracają pomysły rządzących dotyczące przejścia pionu dyscyplinarnego.

W jakim miejscu dzisiaj jest Adwokatura Polska? Wciąż wierzymy, że zawód adwokata to coś więcej niż chodzenie na rozprawy, pisanie umów czy prowadzenie negocjacji. Niezmiennie angażujemy się w prace legislacyjne, działamy społecznie, a także wspieramy i bronimy wartości, jakimi są prawa i wolności obywatelskie, niezależne sądownictwo i poszanowanie prawa. Nadal też nie mamy łatwo z władzą, która co jakiś czas ma zakusy na odebranie kolejnych kompetencji samorządowi.

Ostatnie dwa lata to czas ryzykownych przemian w polskim wymiarze sprawiedliwości. Zmiany w Trybunale Konstytucyjnym oraz ubiegłoroczne zmiany ustawy o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym i ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa budzą niepokój nie tylko w środowisku prawniczym, ale też w obywatelach, a nawet w instytucjach europejskich. Balansowanie na granicy Konstytucji jest zagrożeniem, a jednocześnie kolejnym wyzwaniem dla nas – adwokatów. Ponownie adwokaci muszą wykazać się siłą charakteru, odwagą i bezkompromisową postawą wobec prób osłabienia demokratycznego państwa prawa.

Jubileusz 100-lecia Odrodzonej Adwokatury Polskiej nie będzie zatem czasem radosnych

celebracji. Jest to jednak doskonała okazja do pokazania społeczeństwu nie tylko, jak wielki wpływ na kształt Rzeczypospolitej mieli adwokaci, ale również jak ważna jest ich rola w dzisiejszych czasach, zwłaszcza w obliczu zagrożenia, jakim jest usiłowanie upolitycznienia sądów i centralizacja władzy. Stąd też w ramach obchodów będziemy prowadzić akcje edukacyjne, kampanie informacyjne oraz wystawy dla szerszego grona odbiorców na temat istoty państwa prawa i roli adwokata dla ludzi.

Obchody rozpoczęliśmy 12 stycznia podczas tradycyjnego spotkania noworocznego NRA. Lokalnie – pierwszym wydarzeniem jest uczczenie powrotu Bydgoszczy do Polski i przypomnienie postaci adw. Jana Maciaszka, który był pierwszym prezydentem tego miasta. Z okazji jubileuszu okręgowe rady adwokackie zorganizują konkursy plastyczne dla dzieci, spektakle teatralne i muzyczne, mecze charytatywne i wystawy. Kulminacją wydarzeń rocznicowych będzie Gala na Zamku Królewskim w Warszawie, która odbędzie się 23 listopada 2018 r. Informacje o wszystkich wydarzeniach oraz przypomnienie sylwetek zasłużonych adwokatów i historii samorządu adwokackiego mogą Państwo śledzić na stronie [adwokatura.pl](http://adwokatura.pl) (zakładka 100-lecie Adwokatury).

100-lecie Odrodzonej Adwokatury Polskiej to święto wszystkich adwokatów i aplikantów adwokackich. Dlatego życzę wszystkim tworzącym Adwokaturę, aby swoją postawą budowali szacunek społeczny do zawodu adwokata, aby zawsze kierowali się zasadami wskazanymi w zbiorze zasad etyki adwokackiej oraz aby nie brakowało sił do zaangażowania w życie polityczne, społeczne, naukowe, a także samorządowe.

## SKARGA NADZWYCZAJNA DO SĄDU NAJWYŻSZEGO W KONTEKŚCIE SKARGI DO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

Wprowadzona w nowej ustawie o Sądzie Najwyższym<sup>1</sup> (dalej: UoSN) instytucja skargi nadzwyczajnej budzi wiele poważnych zastrzeżeń, w tym co do jej wpływu na zasadę pewności obrotu prawnego, powagę rzeczy osądzonej oraz funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości<sup>2</sup>. Truizmem jest stwierdzenie, że zmiany ustrojowe w sądownictwie oraz wprowadzanie nowych środków zaskarżenia do systemu prawnego powinny odbywać się z dużo większym rozmysłem. Gdy w ubiegłej dekadzie Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPCz) zwrócił polskiemu ustawodawcy uwagę na brak skutecznego środka zaskarżenia przewlekłości postępowań sądowych<sup>3</sup>, prace nad jego wprowadzeniem zajęły ponad trzy lata<sup>4</sup>. Tymczasem pomiędzy wniesieniem prezydenckiego projektu ustawy o Sądzie Najwyższym, zawierającego przepisy o skardze nadzwyczajnej, a jego uchwaleniem w parlamencie nie minęły trzy miesiące.

Problem jednak nie tyle (czy raczej: nie tylko) w tempie prac legislacyjnych, ile we wspo-

mnianych wyżej zagrożeniach dla trwałości orzeczeń sądowych w Polsce, a zatem także dla zasady zaufania obywatela do państwa. Wprawdzie nie można *a priori* zakładać, że stosowanie skargi nadzwyczajnej spowoduje pełną destabilizację systemu prawnego, jednak z uwagi na konstrukcję tego środka zaskarżenia prawomocnych orzeczeń sądowych prawdopodobieństwo wystąpienia zakłóceń w prawidłowym funkcjonowaniu porządku prawnego i wymiaru sprawiedliwości jest dużo większe niż osiągnięcie celu zakładanego przez projektodawcę i ustawodawcę, tj. wzrostu społecznego poczucia sprawiedliwości i usunięcie z obiegu prawnego orzeczeń rażąco bezprawnych. Uzasadnienie do projektu UoSN w zakresie dotyczącym skargi nadzwyczajnej odwołuje się do potrzeby „uzupełnienia luki w obecnym systemie nadzwyczajnych środków zaskarżenia” i wprost nazywa wprowadzaną instytucję „radykałnie inną [od istniejących nadzwyczajnych środków] kontrolą zapadłych orzeczeń sądowych”<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. (Dz.U. z 2008 r. poz. 5).

<sup>2</sup> Por. opinie przedstawione w toku prac legislacyjnych nad projektem ustawy o Sądzie Najwyższym (druk sejmowy nr 2003), w tym: Sądu Najwyższego z 6 października 2017 r., s. 3–8; Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej z 16 października 2017 r., s. 12–13; Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych z 12 listopada 2017 r., s. 6–12; a także Komisji Weneckiej z 8 grudnia 2017 r. [sygn. CDL-AD(2017)031], s. 12–14 oraz Specjalnego sprawozdawcy ONZ ds. niezależności sędziów i profesjonalnych pełnomocników prawnych (komunikat prasowy Biura Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka z 22 grudnia 2017 r., odnoszący się również do wizyty Specjalnego sprawozdawcy w Polsce w dniach 23–27 października 2017 r.). Zob. także A. Łazarska, *Nienadzwyczajna ta skarga nadzwyczajna*, „Rzeczpospolita” z 23 grudnia 2017 r. Osobnym zagadnieniem są obiekcje co do zgodności z Konstytucją rozwiązań ustrojowych w nowej UoSN, a także zmian w ustawie o Krajowej Radzie Sądownictwa (Dz.U. z 2008 r. poz. 3), które zostały wyrażone m.in. w powyższych opiniach i stanowiskach.

<sup>3</sup> Zob. wyrok *Kudła p. Polsce* z 26 października 2000 r. (skarga nr 30210/96).

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz.U. z 2004 r. nr 179, poz. 1843 ze zm.).

<sup>5</sup> Uzasadnienie projektu UoSN (druk sejmowy nr 2003), s. 6.

Pozostaje kwestią do dyskusji, czy wspomniana „luka” rzeczywiście istnieje, a jeśli tak, to czy nie byłoby lepiej zmodyfikować istniejące nadzwyczajne środki zaskarżenia w miejsce wprowadzania środka „radikalnego”.

Szeroki zakres przedmiotowy i temporalny nowej skargi oraz rozbudzone oczekiwania społeczne związane z jej wprowadzeniem mogą spowodować lawinę wniosków stron do podmiotów uprawnionych do złożenia skargi (przede wszystkim do Prokuratora Generalnego oraz Rzecznika Praw Obywatelskich) oraz trudności z ich merytoryczną oceną w rozsądnym terminie. Istnieje ponadto niepewność co do „polityki” składania skarg nadzwyczajnych przez podmioty posiadające legitymację czynną, ryzyko przeciążenia sądów przeprowadzających kontrolę wstępną skarg dotyczących orzeczeń w sprawach cywilnych<sup>6</sup>, niebezpieczeństwo przewlekłości postępowań oraz wiele znaków zapytania co do polityki orzeczniczej Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN w omawianym zakresie.

Nie można jednak poprzestać na wskazywaniu ułomności konstrukcji skargi nadzwyczajnej, skoro jej wprowadzenie do polskiego systemu prawa stało się faktem, a do profesjonalnych pełnomocników prawnych niebawem zaczną zgłaszać się klienci zainteresowani pomocą w sformułowaniu wniosku do podmiotów uprawnionych o złożenie „nowej” skargi. **Za taką tezę przemawia w szczególności to, że w okresie trzech lat od wejścia w życie UoSN podmioty posiadające legitymację czynną będą mogły składać skargi nadzwyczajne od prawomocnych orzeczeń kończących postępowanie w sprawach, które uprawomocniły się po dniu 17 października 1997 r.** Jest to rozwiązanie, które *de iure* stwarza możliwość kontestowania każdego prawomocnego orzeczenia objętego zakresem przedmiotowym skargi

nadzwyczajnej w okresie dwudziestu lat, co samo w sobie stanowi ewenement i w odbiorze społecznym wręcz zachęca strony niezadowolone z rozstrzygnięć sądów do ubiegania się o ich zrewidowanie. Niezależnie zatem od poważnych zastrzeżeń pod adresem nowego środka zaskarżenia prawomocnych orzeczeń sądowych, znajomość podstaw do złożenia skargi nadzwyczajnej wydaje się istotna dla jakości świadczenia pomocy prawnej.

Celem tego opracowania nie jest jednak tylko omówienie niezwykle szeroko zakrojonych klauzul generalnych, uzasadniających złożenie skargi nadzwyczajnej. Uwaga autora koncentruje się na konstrukcji skargi nadzwyczajnej do SN z perspektywy systemu kontrolnego Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: Konwencja, EKPC)<sup>7</sup>. Należy w szczególności postawić pytanie, czy zwrócenie się z wnioskiem do podmiotu legitymowanego o wystąpienie ze skargą nadzwyczajną jest konieczne dla spełnienia wymogu wyczerpania dostępnych środków krajowych przed skierowaniem skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Nawet jeśli nie jest to konieczne (a odpowiadając od razu: nie jest), pojawiają się kolejne pytania: np. czy rozstrzygnięcie sprawy ze skargi nadzwyczajnej otwiera drogę do złożenia skargi strasburskiej niezależnie od tego, czy skarga została uwzględniona, czy też oddalona. Interesująca wydaje się także kwestia, czy sama instytucja skargi nadzwyczajnej pozostaje w zgodzie ze standardem prawa do rzetelnego procesu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 EKPC.

Ponadto można poczynić dwie uwagi związane ze skargą nadzwyczajną w relacji z ochroną proceduralną na podstawie EKPC: po pierwsze – mimo nieobecności postanowień EKPC wśród podstaw materialnoprawnych skargi nadzwyczajnej należy jak najbardziej dopu-

<sup>6</sup> W zakresie nieuregulowanym przepisami UoSN do skargi nadzwyczajnej stosuje się w sprawach cywilnych przepisy Kodeksu postępowania cywilnego dotyczące skargi kasacyjnej, z wyłączeniem art. 398<sup>4</sup> § 2 oraz art. 398<sup>5</sup>, a w sprawach karnych: przepisy Kodeksu postępowania karnego dotyczące kasacji (art. 95 UoSN). Stosownie do art. 525 § 2 k.p.k. podmioty szczególnie uprawnione do wniesienia kasacji wnoszą ją bezpośrednio do Sądu Najwyższego.

<sup>7</sup> Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 ze zm.



ścić posługiwanie się argumentacją z EKPC we wnioskach do podmiotów legitymowanych o złożenie skargi nadzwyczajnej (jak również w samych skargach), z uwagi na treść art. 9 Konstytucji (zasada przestrzegania przez RP wiążącego ją prawa międzynarodowego). Po drugie, w sposób zapewne niezamierzony przez projektodawcę i ustawodawcę skarga nadzwyczajna w sporadycznych wypadkach może stanowić instrument służący wykonaniu wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jeśli wykonanie wymaga wzruszenia prawomocnego orzeczenia sądowego w sprawach cywilnych. Powyższe kwestie zostaną omówione w dalszej części opracowania.

### CHARAKTERYSTYKA INSTYTUCJI SKARGI NADZWYCZAJNEJ DO SĄDU NAJWYŻSZEGO

Stosownie do art. 89 § 1 UoSN od prawomocnego orzeczenia sądu powszechnego lub sądu wojskowego kończącego postępowanie w sprawie może być złożona skarga nadzwyczajna, jeżeli jest to „konieczne dla zapewnienia praworządności i sprawiedliwości społecznej”, a ponadto gdy występuje co najmniej jedna z trzech podstaw: (1) orzeczenie narusza zasady lub wolności i prawa człowieka i obywatela określone w Konstytucji, (2) orzeczenie w sposób rażąco narusza prawo przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, (3) zachodzi oczywista sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego. Warunkiem skutecznego złożenia skargi nadzwyczajnej jest także wymóg, aby zaskarżonego orzeczenia nie można było uchylić lub zmienić w trybie innych nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Ponadto istotnym wymogiem co do dopuszczalności skargi nadzwyczajnej jest zawarte w art. 90 § 2 UoSN zastrzeżenie wyłączaające możliwość powołania się na „zarzuty, które były już przedmiotem rozpoznawania skargi lub kasacji przyjętej do rozpoznania przez Sąd Najwyższy”. Nie wyklucza to zatem podnoszenia we

wnioskach do podmiotów szczególnych podstaw zawartych w nadzwyczajnych środkach zaskarżenia nieprzyjętych do rozpoznania. Niezależnie od powyższego, w przypadku wnioskowania do podmiotu legitymowanego o złożenie skargi nadzwyczajnej wobec orzeczenia, w stosunku do którego SN rozpoznał kasację lub skargę kasacyjną, argumenty wnioskodawcy powinny zostać dostosowane do podstaw wskazanych w art. 89 § 1 UoSN.

UoSN przewiduje dwa terminy do wnoszenia skarg nadzwyczajnych: termin pięcioletni od uprawomocnienia się zaskarżonego orzeczenia, wobec którego nie wniesiono kasacji albo skargi kasacyjnej, a gdy w sprawie złożono jeden z powyższych środków zaskarżenia, wówczas termin na wniesienie skargi nadzwyczajnej wynosi rok od dnia jego rozpoznania. Uwzględnienie skargi nadzwyczajnej wniesionej na niekorzyść oskarżonego nie jest dopuszczalne po upływie roku od dnia uprawomocnienia się orzeczenia, a jeżeli od orzeczenia została wniesiona kasacja albo skarga kasacyjna – po upływie sześciu miesięcy od dnia jej rozpoznania (art. 89 § 3 zd. drugie UoSN).

Ustawodawca zdecydował, że w okresie trzech lat od dnia wejścia w życie UoSN (czyli do 3 kwietnia 2021 r.) skarga nadzwyczajna może być wniesiona od prawomocnych orzeczeń kończących postępowanie w sprawach, które uprawomocniły się po dniu 17 października 1997 r. (art. 115 UoSN). Stosownie do art. 89 § 4 UoSN, jeżeli od uprawomocnienia się zaskarżonego orzeczenia upłynęło pięć lat, a orzeczenie wywołało nieodwracalne skutki prawne lub przemawiają za tym zasady lub wolności i prawa człowieka i obywatela określone w Konstytucji, Sąd Najwyższy może ograniczyć się do stwierdzenia wydania zaskarżonego orzeczenia z naruszeniem prawa oraz wskazania okoliczności, z powodu których wydał takie rozstrzygnięcie. Takie orzeczenie otwiera stronie drogę do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym wobec Skarbu Państwa na zasadach ogólnych.

W art. 89 § 2 UoSN wskazano dwa podmioty posiadające legitymację czynną do wnoszenia

skarg nadzwyczajnych we wszystkich sprawach (podmioty legitymowane generalnie): Prokuratora Generalnego oraz Rzecznika Praw Obywatelskich. Ponadto uprawnienie do składania skarg nadzwyczajnych w zakresie swojej właściwości przyznano: Prezesowi Prokuratury Generalnej RP, Rzecznikowi Praw Dziecka, Przewodniczącemu Komisji Nadzoru Finansowego, Rzecznikowi Finansowemu i Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (podmioty legitymowane szczegółowo).

W zakresie przedmiotowym wyłączono dopuszczalność składania skargi nadzwyczajnej od wyroku ustalającego nieistnienie małżeństwa, unieważnienie małżeństwa albo rozwód, jeżeli jedna ze stron po uprawomocnieniu się takiego orzeczenia zawarła związek małżeński, oraz od postanowienia o przysposobieniu, a także w sprawach o wykroczenia i wykroczenia skarbowe (art. 90 § 3 i 4 UoSN).

Zakres rozstrzygnięć SN przy rozpoznawaniu skargi nadzwyczajnej wyznacza art. 91 § 1 UoSN: uwzględnienie skargi nadzwyczajnej spowoduje uchylenie przez SN zaskarżonego orzeczenia w całości lub w części i stosownie do wyników rozprawy: orzeczenie co do istoty sprawy albo przekazanie jej do ponownego rozpoznania, również z uchyleniem „w razie potrzeby” orzeczenia sądu pierwszej instancji. Brak podstaw do uchylenia zaskarżonego orzeczenia będzie prowadził do jej oddalenia.

Ustawodawca nałożył na Sąd Najwyższy obowiązek wystąpienia z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego, jeżeli przy rozpatrywaniu skargi nadzwyczajnej SN uzna, że przyczyną naruszenia przez orzeczenie zasad lub wolności i praw człowieka i obywatela, określonych w Konstytucji, jest niezgodność ustawy z Konstytucją (art. 91 § 2 zd. pierwsze UoSN). Takie rozwiązanie należy uznać za niezasadne ograniczenie bezpośredniego stosowania Konstytucji przez Sąd Najwyższy.

Nasuwa się jednak w tym miejscu następująca uwaga: z praktyki stosowania konstytucyjnie chronionych praw i wolności człowieka, jak również praktyki orzeczniczej ETPCz, wynika, że przyczyna naruszeń standardów praw człowieka tylko w nielicznych wypadkach tkwi bezpośrednio w treści normy prawa krajowego. Dużo częściej chodzi o sposób jej interpretacji, zastosowania albo o inny akt władzy publicznej, stanowiący naruszenie standardu ochrony. Dlatego, niezależnie od krytycznego stosunku do ograniczania kompetencji SN w związku z przymusem skierowania pytania prawnego do TK w wypadku stwierdzenia niekonstytucyjności przepisu prawnego, nie jest to rozwiązanie, które paraliżowałoby kompetencję SN w zakresie oceny naruszenia praw i wolności konstytucyjnych, gdy źródłem tego naruszenia nie jest bezpośrednio treść przepisu, lecz szeroko rozumiana praktyka wewnętrzna. Dopiero praktyka orzecznicza dotycząca skarg nadzwyczajnych pokaże, na ile Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych będzie miała wolę efektywnego stosowania Konstytucji RP (oraz międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka, w związku z brzmieniem art. 9 Konstytucji).

Poza tym warto zwrócić uwagę, że ustawodawca nie nałożył na SN obowiązku wystąpienia z pytaniem prawnym do TK, jeżeli przy rozpatrywaniu skargi nadzwyczajnej SN uzna, że przyczyną naruszenia praw i wolności człowieka jest niezgodność normy prawa z ratyfikowaną umową międzynarodową<sup>8</sup>. Z tego względu Sąd Najwyższy władny jest ustalić, że norma prawna narusza prawa i wolności człowieka gwarantowane w EKPC bez obligatoryjnego zwracania się z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego. Nie trzeba ponadto przypominać, że ratyfikowana umowa międzynarodowa stanowi część krajowego porządku prawnego i jest stosowana bezpośrednio (art. 91 ust. 1 Konstytucji), a ponadto

<sup>8</sup> Art. 193 Konstytucji przewiduje, że każdy sąd może przedstawić Trybunałowi pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego także z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi (niezależnie od zgodności z Konstytucją lub ustawą), jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem.

ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową (art. 91 ust. 2 Konstytucji). Trudno więc znaleźć prawne przeszkody, dla których SN miałby odmówić bezpośredniego stosowania EKPC, gdy stwierdzi jej naruszenie – zarówno z uwagi na treść normy prawnej, jak również działanie lub zaniechanie władzy publicznej prowadzące do naruszenia standardów zawartych w Konwencji. Przy okazji można nadmienić, że nie ma żadnych przeszkód, a wręcz jest pożądane, aby o możliwości bezpośredniego stosowania EKPC pamiętały sądy powszechne.

### SKARGA NADZWYCZAJNA A SYSTEM KONTROLNY EKPC

Jedną z podstawowych przesłanek dopuszczalności skargi strasburskiej jest wyczerpanie dostępnych środków odwoławczych w prawie wewnętrznym (art. 35 ust. 1 EKPC). Wymóg ten został szeroko wyjaśniony zarówno w orzecznictwie ETPCz, jak i w literaturze<sup>9</sup>, stąd omawianie go w tym miejscu nie wydaje się konieczne<sup>10</sup>. Wystarczy przypomnieć, że jeśli chodzi o stosowanie nadzwyczajnych środków zaskarżenia, strona postępowania powinna z nich skorzystać, jeśli tylko istnieje możliwość formalna i podstawy do wniesienia takiego środka. Oznacza to co do zasady konieczność wniesienia kasacji w postępowaniu karnym i skargi kasacyjnej w postępowaniu cywilnym – w granicach zastosowania danego środka oraz z tym zastrzeżeniem, że uzasadniona i sporządzona z zachowaniem staranności opinia o braku podstaw do wniesienia kasacji albo skargi kasacyjnej (w ostatnim przypad-

ku – art. 118 § 5 k.p.c.) przez ustanowionego przez sąd adwokata lub radcę prawnego czyni zadość obowiązкови państwa w sferze zapewnienia bezpłatnej pomocy prawnej i prowadzi do spełnienia wymogu wyczerpania dostępnych środków krajowych.

Korzystanie ze środków nieskutecznych i nieadekwatnych w rozumieniu EKPC – czyli niedających tzw. rozsądnych szans powodzenia lub też istniejących tylko teoretycznie – nie jest konieczne dla spełnienia wymogu art. 35 ust. 1 EKPC, a ponadto stwarza ryzyko upływu terminu przewidzianego do wniesienia skargi strasburskiej (sześć miesięcy od daty ostatecznego rozstrzygnięcia krajowego)<sup>11</sup>. Środki, których wniesienie jest uzależnione od woli innych podmiotów, a nie bezpośrednio od woli strony, są uważane za „nieskuteczne” w rozumieniu EKPC. Z tego względu wnioskowanie do Prokuratora Generalnego lub Rzecznika Praw Obywatelskich o złożenie kasacji lub skargi kasacyjnej było uznawane w dotychczasowym orzecznictwie strasburskim za zbędne dla spełnienia wymogu wyczerpania skutecznych środków odwoławczych<sup>12</sup>. Identyczne stanowisko ETPCz zajmował odnośnie do istniejącej do 1995 r. instytucji rewizji nadzwyczajnej<sup>13</sup>. W świetle powyższego nie powinno budzić wątpliwości, że **wnioskowanie do podmiotów wskazanych w art. 89 § 2 UoSN o złożenie skargi nadzwyczajnej nie jest konieczne dla spełnienia warunku wyczerpania skutecznych (dostępnych i adekwatnych) środków prawnych w systemie krajowym przed złożeniem skargi strasburskiej**. W szczególności należy podkreślić, że złożenie wniosku do podmiotu posiadającego legitymację czynną do wniesienia skargi nadzwyczajnej nie wstrzy-

<sup>9</sup> Zob. m.in. I. Kondak, *Artykuł 35*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 19–59 oraz do Protokołów dodatkowych*, t. II, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 155–175.

<sup>10</sup> Przydatny w rozstrzyganiu wątpliwości dotyczących dopuszczalności skargi do ETPCz jest *Praktyczny przewodnik w sprawie kryteriów dopuszczalności* opracowany przez Kancelarię ETPCz i dostępny pod adresem: [www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_POL.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_POL.pdf) [dostęp: 5.01.2018 r.].

<sup>11</sup> Termin ten został skrócony do czterech miesięcy mocą Protokołu nr 15 do EKPC, który wejdzie w życie w perspektywie najbliższych lat (trwa procedura ratyfikacyjna w państwach-stronach EKPC).

<sup>12</sup> Zob. wyrok ETPCz w sprawie *Seliwiak p. Polsce* z 21 lipca 2009 r., skarga nr 3818/04, § 46.

<sup>13</sup> Zob. postanowienie ETPCz w sprawie *Hajnrich p. Polsce* z 31 maja 2001 r., skarga nr 44181/98.



muje sześciomiesięcznego biegu terminu do złożenia skargi do ETPCz<sup>14</sup>.

Wnoskowanie do podmiotu legitymowanego o złożenie skargi nadzwyczajnej do SN nie jest wymagane dla dopuszczalności skargi strasburskiej, ale złożenie takiego wniosku równoległe ze skargą strasburską (z zachowaniem terminów i innych przesłanek) co do zasady nie naraża strony na negatywne konsekwencje procesowe. Elementem koniecznym skargi strasburskiej jest wykazanie zgodności z kryteriami dopuszczalności wynikającymi z art. 35 ust. 1 EKPC, w tym wyczerpanie skutecznych środków odwoławczych. W formularzu skargi do ETPCz niezbędne jest podanie informacji na temat tego, czy istnieją lub istniały „inne środki zaskarżenia lub środki odwoławcze, które nie zostały wykorzystane”, a jeśli tak, to jakie były powody nieskorzystania z tych środków. Wniosek do podmiotu szczególnego o złożenie skargi nadzwyczajnej nie stanowi „skutecznego środka odwoławczego”, stąd włączanie informacji na temat ewentualnego wystąpienia z takim wnioskiem nie wydaje się potrzebne<sup>15</sup>.

Oczywiste pozostaje, że odmowa wniesienia przez podmiot uprawniony skargi nadzwyczajnej na wniosek strony nie podlega żadnym środkom zaskarżenia ani też nie otwiera stronie drogi do złożenia skargi strasburskiej. Rozważamy jednak pytanie, czy w przypadku przyjęcia skargi nadzwyczajnej do rozpoznania oraz jej rozstrzygnięcia przez SN orzeczenie w tej sprawie może być podstawą wniesienia skargi do ETPCz. Ujmując to pytanie w inny sposób: czy rozstrzygnięcie przez SN skargi nadzwyczajnej „przywraca” bieg terminu do wniesienia skargi strasburskiej w stosunku do zaskarżonego orzeczenia? Po drugie, czy samo orzeczenie SN w przedmiocie uwzględnienia lub oddalenia skargi nadzwyczajnej może być zaskarżone do ETPCz przez podmioty mające legitymację na

podstawie art. 34 EKPC? Brak takiej legitymacji po stronie podmiotów wskazanych w art. 89 § 2 UoSN (RPO, Prokuratora Generalnego i innych) jest bezdyskusyjny.

Odpowiedź na pytanie dotyczące „przywrócenia terminu” do wniesienia skargi strasburskiej w przypadku orzeczenia SN o oddaleniu skargi nadzwyczajnej jest stosunkowo prosta, gdy SN oddali wniosek podmiotu szczególnego o skargę nadzwyczajną – nie ma wówczas podstaw, by strony postępowania „odzyskiwały” możliwość skierowania skargi strasburskiej w stosunku do zaskarżonego orzeczenia. Takie stanowisko znajduje poparcie w orzecznictwie Trybunału: w sprawie *Berdzenishvili p. Rosji*<sup>16</sup> ETPCz uznał, że przewidziana w rosyjskim kodeksie postępowania karnego „skarga nadzorczą” stanowi środek równoważny wnioskowi o ponowne rozpoznanie sprawy i innym podobnym środkom, które w zwykłych okolicznościach nie są uznawane za skuteczny środek w rozumieniu art. 35 ust. 1 Konwencji. Jako ostateczne rozstrzygnięcie w tej sprawie zostało potraktowane orzeczenie sądu kasacyjnego, zatem oddalenie wniosku skarżącego o skargę nadzorczą nie mogło być uznane za początek biegu terminu do wniesienia skargi strasburskiej. Nie wnikając w specyfikę rosyjskiej „skargi nadzorczej”: teza wyżej wspomnianego postanowienia ETPCz pozostaje aktualna w przypadku skargi nadzwyczajnej do SN – oddalenie dyskrecjonalnego środka zmierzającego do wzruszenia prawomocnego orzeczenia nie jest traktowane jako „ostateczna decyzja” (art. 35 ust. 1 EKPC) i nie ma wpływu na bieg terminu do wniesienia skargi do ETPCz w stosunku do orzeczenia będącego przedmiotem zaskarżenia w skardze nadzwyczajnej.

Nieco inne stanowisko należy zająć w wypadkach, w których SN uwzględni skargę i po uchyleniu zaskarżonego orzeczenia w całości lub części orzeknie co do istoty sprawy albo

<sup>14</sup> Tamże, pkt 3 postanowienia.

<sup>15</sup> Jako mało realną w praktyce należy uznać sytuację, w której skarga nadzwyczajna zostałaby przyjęta do rozpoznania przez SN (a tym bardziej rozpoznana) przed upływem terminu do wniesienia skargi strasburskiej.

<sup>16</sup> Postanowienie ETPCz z 29 stycznia 2004 r., skarga nr 31697/03. Zob. I. Kondak, *Artykuł 35*, s. 178.

przekazać ją do ponownego rozpoznania właściwemu sądowi. Orzeczenie SN uwzględniające skargę nadzwyczajną jest aktem władzy sądowniczej, wpływającym – co do zasady – na sytuację prawną strony lub stron postępowania. Nie ma powodu, aby taki akt władzy sądowniczej nie podlegał ocenie z perspektywy EKPC, jeżeli strona postępowania (a właściwie jakikolwiek podmiot posiadający legitymację czynną w rozumieniu art. 34 EKPC; status skarżącego w postępowaniu krajowym nie jest decydujący) wywodzi z tego tytułu naruszenie praw i wolności określonych w Konwencji.

Podkreślić przy tym należy, że orzeczenie SN co do istoty sprawy w postępowaniu ze skargi nadzwyczajnej nie zawsze będzie dotyczyło zakresu przedmiotowego EKPC i protokołów dodatkowych. Zależy to od indywidualnych okoliczności każdej sprawy, niemniej można przyjąć, że – przykładowo – orzeczenia SN zmieniające uprzednio ukształtowane stosunki prawne w dziedzinie prawa własności i innych obszarów chronionych postanowieniami EKPC będą mogły podlegać kontroli strasburskiej w wyniku skargi podmiotu dotkniętego konsekwencjami takich zmian.

### ZGODNOŚĆ INSTYTUCJI SKARGI NADZWYCZAJNEJ ZE STANDARDAMI PRAWA DO RZETELNEGO PROCESU

Interesująca wydaje się kwestia zgodności instytucji skargi nadzwyczajnej ze standardem prawa do rzetelnego procesu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 EKPC, a także zastosowanie tego

standardu do postępowania w sprawie skargi nadzwyczajnej przed SN. Jeśli chodzi o pierwszy z problemów: konstrukcja skargi nadzwyczajnej nie podlega kontroli z perspektywy Konwencji *in abstracto*. Przepisy UoSN dotyczące tego środka zaskarżenia mogłyby zostać poddane we właściwych procedurach kontroli Trybunału Konstytucyjnego, natomiast jurysdykcja ETPCz co do zasady nie obejmuje orzekania o zgodności przepisów prawa krajowego z EKPC. Nie znaczy to jednak, że wcześniej czy później Trybunał strasburski nie oceni konstrukcji skargi nadzwyczajnej na tle indywidualnej sprawy. Tego typu skargi z pewnością będą napływać do ETPCz i podnosić zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji, co otworzy drzwi do kontroli zgodności efektów stosowania tego środka prawnego ze standardem *fair trial*.

W dotychczasowym orzecznictwie ETPCz wyrażano wątpliwości co do zgodności pewnych nadzwyczajnych środków zaskarżenia z prawem do rzetelnego procesu (w tym zwłaszcza z zasadą pewności prawa), na co zwracała uwagę Komisja Wenecka w stanowisku dotyczącym projektu nowej UoSN<sup>17</sup>. Oceniając efekty zastosowania nadzwyczajnego środka prawnego w wyroku *Brumarescu p. Rumunii*<sup>18</sup>, ETPCz podkreślił, że prawo do rzetelnego procesu musi być interpretowane w zgodzie z preambułą do Konwencji, która deklaruje, że zasady *rule of law* stanowią część wspólnego dziedzictwa państw-stron. Jedną z podstawowych zasad rządów prawa jest zasada pewności prawnej, zgodnie z którą prawomocne orzeczenia sądów nie powinny być kwestionowane<sup>19</sup>. Z tego powodu nadzwyczajny środek zaskarżenia pozwalający

<sup>17</sup> Por. wspomnianą opinię Komisji Weneckiej z 8 grudnia 2017 r. [sygn. CDL-AD(2017)031], § 54. Komisja stwierdziła, że: „w wielu byłych państwach komunistycznych istniał system nadzwyczajnych środków zaskarżenia od prawomocnych orzeczeń. Taki system został uznany przez ETPCz jako naruszenie zasady *res iudicata* oraz pewności prawnej. Proponowany system nie jest całkowicie identyczny ze starym systemem sowieckim, ale wykazuje z nim wiele podobieństw” (§ 54). Powyższa teza w sposób zbyt daleko idący operuje pojęciem „system” (ETPCz zakwestionował konkretne środki zaskarżenia m.in. w Rumunii i Federacji Rosyjskiej, a nie cały ich „system”), poza tym zbyt dużym uproszczeniem jest uznanie, że istniał jednolity „sowiecki system środków nadzwyczajnych”. Trudno natomiast zaprzeczyć, że środki tego typu istniały, a ich przykładem w Polsce była instytucja rewizji nadzwyczajnej.

<sup>18</sup> Wyrok ETPCz z 28 października 1999 r., skarga nr 28342/95, § 62.

<sup>19</sup> Por. § 61 wyroku *Brumarescu*.

na bezterminowe wnioskowanie przez Prokuratora Generalnego o uchylenie każdego prawomocnego orzeczenia przez Sąd Najwyższy narusza zasadę pewności prawnej i w przypadku rozpatrywanej sprawy narusza prawo skarżącego do rzetelnego procesu<sup>20</sup>. W opinii zbieżnej z wyrokiem podnoszono m.in., że tego typu środek nadzwyczajny nie tylko podważa zasadę pewności prawnej, ale samą rację bytu sądów, które z mocy prawa wydają prawomocne wyroki<sup>21</sup>.

W wyroku *Ryabykh p. Rosji*<sup>22</sup> ETPCz stwierdził naruszenie prawa do rzetelnego procesu w wyniku uchylenia wyroku na skutek zastosowania „skargi nadzorczej” w toku procedury cywilnej, a ponadto wyraził tezę, którą warto zacytować *in extenso*:

„Pewność prawna zakłada szacunek dla zasady *res iudicata* (...), tj. zasady ostateczności orzeczeń. Zasada ta podkreśla, że żadna ze stron nie jest upoważniona do żądania rewizji ostatecznego i wiążącego wyroku tylko w celu uzyskania ponownego rozpoznania sprawy i ponownego jej rozstrzygnięcia. Kompetencja rewizyjna wyższych sądów powinna korygować błędy sądowe i przypadki niesprawiedliwości (ang. *miscarriages of justice*), a nie być wykorzystywana do ponownego rozpoznawania sprawy. Środek zaskarżenia nie powinien być traktowany jako „ukryta” apelacja (ang. *an appeal in disguise*), a sama możliwość istnienia dwóch poglądów w danej kwestii nie jest podstawą do ponownego rozpoznania. Odejście od tej zasady jest możliwe tylko wówczas, gdy jest to konieczne z uwagi na poważne i nieodparto okoliczności”<sup>23</sup> (tłum. M. B.).

Powyższe przykłady naruszenia standardów rzetelnego procesu poprzez zastosowanie nadzwyczajnych środków zaskarżenia

miały charakter rażący z uwagi na możliwość ich wniesienia bez ograniczeń czasowych. Wprawdzie przepisy UoSN zakreślają terminy do wniesienia skargi nadzwyczajnej, ale jednocześnie objęcie jej zakresem ostatnich dwudziestu lat oraz bardzo szeroko wyznaczone podstawy zaskarżenia będą miały niewątpliwie wpływ na ocenę tej instytucji z perspektywy ETPCz.

Jeśli chodzi natomiast o samo zastosowanie art. 6 ust. 1 EKPC do postępowania w sprawie skargi nadzwyczajnej przed SN, to kluczowe znaczenie mają w tym zakresie tezy wyrażone w wyroku Wielkiej Izby ETPCz w sprawie *Bochan p. Ukrainie* (No. 2)<sup>24</sup>. O ile nie było wątpliwości, że standardy rzetelnego procesu stosują się do postępowania, które jest efektem wznowienia (czyli postępowania po uchyleniu orzeczeń wcześniejszych instancji i skierowania sprawy do ponownego rozpoznania), o tyle w odniesieniu do samego postępowania dotyczącego wznowienia prawomocnie zakończonemu postępowaniu dominowało stanowisko negujące możliwość zastosowania art. 6 ust. 1 Konwencji<sup>25</sup>.

Analizując swoje własne orzecznictwo, Trybunał stwierdził, że chociaż co do zasady art. 6 ust. 1 EKPC nie stosuje się do nadzwyczajnych środków zmierzających do wznowienia zakończonych postępowań sądowych, jednak charakter, zakres i specyficzne cechy postępowania w sprawie środka nadzwyczajnego w konkretnym systemie prawnym mogą przesądzić o włączeniu tego postępowania w sferę art. 6 ust. 1 EKPC oraz objęciu jego uczestników/stron gwarancjami rzetelnego procesu<sup>26</sup>.

Trybunał w sprawie *Bochan* ocenił zastosowanie art. 6 ust. 1 EKPC do skargi nadzwyczajnej („skarga w świetle okoliczności wyją-

<sup>20</sup> Tamże, § 62.

<sup>21</sup> Zob. opinię zbieżną sędziego Rozakisa do wyroku ETPCz w sprawie *Brumarescu*.

<sup>22</sup> Wyrok ETPCz z 24 lipca 2003 r., skarga nr 52854/99.

<sup>23</sup> Tamże, § 52.

<sup>24</sup> Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 5 lutego 2015 r., skarga nr 22251/08.

<sup>25</sup> Zob. § 44 i n. wyroku *Bochan* (No. 2), a także E. Wicks, B. Rainey, C. Ovey, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, wyd. 7, Oxford University Press 2017, s. 285.

<sup>26</sup> Zob. § 50 wyroku *Bochan* (No. 2).

kowych”) przewidzianej w art. 353–355 ukraińskiego k.p.c. Środek ten mógł być złożony przez strony postępowania do Sądu Najwyższego Ukrainy od wyroków wydanych przez sądy kasacyjne, jeżeli wystąpiły „wyjątkowe okoliczności”, w tym rozbieżności prawne w orzecznictwie sądów kasacyjnych lub orzeczenie sądu międzynarodowego, którego jurysdykcja została uznana przez Ukrainę. Ostatecznie ETPCz uznał, że charakter i skutki błędów popełnionych przez ukraiński Sąd Najwyższy przy rozpatrywaniu skargi nadzwyczajnej uzasadniają stwierdzenie w tej sprawie naruszenia gwarancji rzetelnego procesu wynikających z art. 6 ust. 1 Konwencji<sup>27</sup>.

Biorąc pod uwagę charakter i zakres jurysdykcji polskiego Sądu Najwyższego przy rozpatrywaniu skarg nadzwyczajnych, należy opowiedzieć się za obowiązywaniem art. 6 ust. 1 EKPC w postępowaniu zainicjowanym wniesieniem przez podmiot szczególny tego środka nadzwyczajnego. Przemawiają za tym wspomniane już wielokrotnie powyżej zagrożenia dla zasady *res iudicata*, zakres czasowy nowego środka zaskarżenia, a także powierzenie Sądowi Najwyższemu zarówno kompetencji kasacyjnych, jak i rewizyjnych.

### DOPUSZCZALNOŚĆ ARGUMENTACJI Z ZAKRESU EKPC W SKARGACH NADZWYCZAJNYCH

Jak już wskazano, podstawy do złożenia skargi nadzwyczajnej zostały zakreślone bardzo szeroko i obejmują – oprócz generalnej klauzuli „konieczności dla zapewnienia praworządności i sprawiedliwości społecznej” – również (koniunktywnie z ww. klauzulą): naruszenie zasad lub wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji, rażące naruszenie prawa przez jego błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie oraz oczywi-

stą sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego (art. 89 § 1 UoSN).

Podstawa w postaci naruszenia praw i wolności konstytucyjnych obecna jest także w konstrukcji skargi konstytucyjnej, a „rażące naruszenie prawa” – w konstrukcji skargi kasacyjnej (art. 398<sup>3</sup> k.p.c.) oraz kasacji (art. 523 k.p.k.). Również podstawy skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 424<sup>1</sup> k.p.c.) oraz wznowienia postępowania cywilnego (art. 401 k.p.c.) są przynajmniej częściowo zbieżne z zakresem zastosowania skargi nadzwyczajnej do SN. Ustawodawca uzależnił dopuszczalność skargi nadzwyczajnej od niedostępności innych nadzwyczajnych środków zaskarżenia (art. 89 § 1 UoSN). Do tego katalogu nie należy rzecz jasna skarga do ETPCz, którą należy traktować jako środek ochrony prawnej oparty na umowie międzynarodowej, czyli EKPC.

W uzasadnieniu projektu UoSN deklarowano brak kolizji instytucji skargi nadzwyczajnej z instytucją skargi konstytucyjnej<sup>28</sup>. Nie wchodząc głębiej w analizę tego zagadnienia – nie ma sporu co do tego, że skarga konstytucyjna jest bardziej narzędziem kontroli konstytucyjności norm prawnych na tle indywidualnej sprawy niż bezpośrednim środkiem ochrony praw i wolności konstytucyjnych. Istnieje natomiast dodatkowa różnica pomiędzy zakresem podstaw stosowania skargi konstytucyjnej i nadzwyczajnej: w przypadku tej ostatniej ustawodawca wskazał, że obok „wolności i praw człowieka i obywatela” podstawą wniesienia skargi nadzwyczajnej może być także **naruszenie zasad określonych w Konstytucji, czyli zasad konstytucyjnych**.

W opinii Sądu Najwyższego do projektu UoSN słusznie zwrócono uwagę na „niezwykłą pojemność takiej przesłanki i zarazem jej nieostry charakter”<sup>29</sup>. Niezależnie jednak od powyższego warto podkreślić, że jedną z za-

<sup>27</sup> Tamże, § 65.

<sup>28</sup> Uzasadnienie projektu ustawy, s. 7.

<sup>29</sup> Opinia SN do projektu UoSN (druk sejmowy nr 2003), s. 6.

sad konstytucyjnych jest zasada przestrzegania przez Rzeczpospolitą Polską wiążącego ją prawa międzynarodowego (art. 9 Konstytucji RP). Jest to zasada, która w sposób bezdyskusyjny zobowiązuje organy państwa do działania zgodnego z obowiązującym prawem międzynarodowym, w tym umowami międzynarodowymi<sup>30</sup>.

Nie powinno budzić wątpliwości, że podstawą złożenia skargi nadzwyczajnej przez podmiot posiadający legitymację czynną może być nie tylko zarzut naruszenia praw i wolności człowieka wskazanych w Konstytucji RP, lecz także praw i wolności gwarantowanych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Tym samym również wnioski do podmiotów legitymowanych o złożenie skargi nadzwyczajnej mogą – a wręcz powinny – odwoływać się do zasady przestrzegania przez RP wiążącego ją prawa międzynarodowego, a w szczególności – Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i związanych z nią standardów orzeczniczych ETPCz. Dopiero praktyka stosowania skargi nadzwyczajnej pokaże, czy i w jaki sposób Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN jest gotowa wykorzystać potencjał związany z orzekaniem o „naruszeniu zasad lub wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji”, a w tym naruszeniu zasady, o której mowa w art. 9 ustawy zasadniczej. O ile nie sposób przewidzieć praktyki SN w tym względzie, o tyle warto jeszcze raz podkreślić, że sposób ukształtowania instytucji skargi nadzwyczajnej – niezależnie od związanych z nią kontrowersji – w pełni uzasadnia powoływanie się przez wnioskodawców nie tylko na prawa i wolności konstytucyjne, lecz także międzynarodowe standardy ochrony praw człowieka. Mimo dużej zbieżności wzorców kontroli konstytucyjnej ze standardami EKPC, te ostatnie nie powinny być pomijane w uzasadnieniach

skarg nadzwyczajnych, a także wnioskach do podmiotów posiadających legitymację czynną do wnoszenia tych skarg.

### SKARGA NADZWYCAJNA JAKO DROGA DO ZAPEWNIENIA SKUTECZNOŚCI WYROKOM ETPCZ?

Na zakończenie trzeba także zasygnalizować kwestię, która ma wprawdzie mniejsze znaczenie dla stosowania skargi nadzwyczajnej w bieżącym obrocie prawnym, a większe dla dyskusji o skuteczności wykonywania wyroków ETPCz w sprawach cywilnych. Chodzi tu o sytuację, w których wykonanie orzeczenia Trybunału wymaga nie tylko zapłaty tzw. słusznego zadośćuczynienia (art. 41 EKPC), ale także usunięcia z obrotu prawnego orzeczenia będącego źródłem naruszenia Konwencji. W obecnym stanie prawnym – w związku z uchwałą składu siedmiu sędziów SN z 2010 r.<sup>31</sup> – wznowienie postępowania cywilnego na skutek orzeczenia ETPCz stwierdzającego naruszenie prawa do rzetelnego procesu nie jest dopuszczalne, w przeciwieństwie do postępowania karnego, które może być wznowione, gdy „potrzeba taka wynika z orzeczenia organu międzynarodowego działającego na mocy umowy ratyfikowanej przez RP” (art. 540 § 3 k.p.k.).

Kwestia sposobu doprowadzenia do pełnego wykonania wyroku ETPCz, gdy stwierdzone naruszenie Konwencji dotyczy wyroku sądu cywilnego, była od dłuższego czasu przedmiotem dyskusji. Wprawdzie mniej więcej połowa państw-stron przewiduje w swoich systemach prawnych możliwość wznowiania postępowań w takich przypadkach<sup>32</sup>, ale nie jest do tego zobowiązania na podstawie Konwencji. Zagadnienie wzruszalności prawomocnych orzeczeń w sprawach cywilnych na skutek wyroku ETPCz stanowi delikatną kwestię z uwagi

<sup>30</sup> Szerzej: K. Wójtowicz, *Artykuł 9*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I, Warszawa: C. H. Beck 2016, s. 325–335, w tym zwł. nb 14, 44 i n.

<sup>31</sup> Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 30 listopada 2010 r., III CZP 16/10.

<sup>32</sup> Zob. przegląd praktyki krajowej państw-stron EKPC w cytowanym powyżej wyroku *Bochan* (No. 2), § 26.

na zasadę *res iudicata* oraz interesy stron trzecich<sup>33</sup>, niemniej powyższe względy niekoniecznie przeważają nad zobowiązaniem państwa do wykonania wiążących wyroków Trybunału. W dyskusji na ten temat zasadnie wskazywano, że roli skutecznego środka implementującego orzeczenia ETPCz w sprawach cywilnych nie spełnia ani wnioski o wznowienie postępowania, ani skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia w trybie art. 424<sup>1</sup> k.p.c.<sup>34</sup>

Tymczasem wprowadzona przez UoSN skarga nadzwyczajna może stanowić instrument wzruszania prawomocnych orzeczeń cywilnych na skutek wydania wyroku ETPCz. Zapewne jest to pewien „efekt uboczny” wdrożenia tej instytucji do polskiego porządku, jednak ma on znaczące konsekwencje. Zobowiązanie do wykonania wiążącego wyroku Trybunału (art. 46 ust. 1 EKPC) w zw. z art. 9 Konstytucji nakłada na władzę publiczną obowiązek korzystania z takich środków, które prowadzą do skutecznej implementacji każdego wyroku. Z tego względu organy władzy publicznej posiadające legitymację czynną do wniesienia skargi nadzwyczajnej są wręcz zobowiązane do złożenia takiej skargi, jeśli byłaby to jedyna droga doprowadzenia do pełnego wykonania orzeczenia ETPCz. Dodajmy, że sprawy tego rodzaju nie zdarzają się zbyt często, ale przy okazji odnotujmy, że retrospektywna jurysdykcja SN w zakresie skarg nadzwyczajnych obejmuje potencjalnie

wszystkie sprawy, w których ETPCz stwierdził naruszenie Konwencji w sprawach przeciwko Polsce (od 1997 r.).

## PODSUMOWANIE

Wprowadzeniu do polskiego systemu prawa instytucji skargi nadzwyczajnej towarzyszą uzasadnione wątpliwości natury prawnej oraz pragmatycznej. Praktyka orzecznicza Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN w tym zakresie pozostaje dużą niewiadomą, podobnie jak „polityka” składania skarg nadzwyczajnych przez podmioty posiadające legitymację czynną. Zastrzeżenia dotyczące stabilności orzeczeń sądowych i poszanowania zasady *res iudicata* są poważne, podobnie jak prawdopodobieństwo zakłóceń w funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości, łącznie ze zwiększeniem obciążenia sądów powszechnych sprawami przekazanymi do ponownego rozpoznania w wyniku uwzględnienia skarg nadzwyczajnych.

Skoro jednak mamy do czynienia z *lex lata*, nie pozostaje nam nic innego, jak uważnie obserwować praktykę stosowania skargi nadzwyczajnej, wskazywać potencjalne niebezpieczeństwa w tym zakresie, ale również przygotować się do świadczenia pomocy prawnej w zakresie wniosków o złożenie skargi nadzwyczajnej do podmiotów posiadających legitymację czynną.

<sup>33</sup> Tamże, opinia zbieżna sędziego K. Wojtyczka.

<sup>34</sup> G. Borkowski, *Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia jako środek służący skutecznej implementacji wyroków ETPCz?*, (w:) IX Seminarium Warszawskie. Dysfunkcje polskiego prawa – jak poprawić system środków prawnych w Polsce?, Warszawa: Ministerstwo Spraw Zagranicznych – Departament do spraw Postępowania przed Międzynarodowymi Organami Ochrony Praw Człowieka 2016, s. 153–157 (publikacja dostępna w domenie publicznej).



## Summary

*Michał Balcerzak*

### THE EXTRAORDINARY APPEAL TO THE SUPREME COURT IN THE CONTEXT OF THE APPLICATION TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The article concerns a new extraordinary remedy against final judgments (*skarga nadzwyczajna*) introduced by the Law on the Supreme Court of 2017. The new remedy raises serious concerns as to its influence on the principles of legal certainty and *res iudicata*. The author underlined the vagueness and broad scope of the new extraordinary appeal. It may be brought *inter alia*, if there was a „violation of principles or human rights and freedoms enshrined in the Constitution”. This allows the entitled subjects (i.e. the General Prosecutor and the Ombudsman) to invoke the constitutional principle of respect of international law (Article 9 of the Polish Constitution) and indicate a presumed violation of the European Convention of Human Rights if such a violation resulted from a final domestic judgment. The article also deals with the relation between the new extraordinary remedy and the right of individual application to the European Court of Human Rights.

**KEY WORDS:** extraordinary appeal, Supreme Court, application to the European Court of Human Rights, the principle of legal certainty, the principle of *res iudicata*

**POJĘCIA KLUCZOWE:** skarga nadzwyczajna, Sąd Najwyższy, skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zasada pewności prawa, zasada *res iudicata*

## KARA 20 LAT POZBAWIENIA WOLNOŚCI

Ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw<sup>1</sup> wprowadzono do Kodeksu karnego karę 20 lat pozbawienia wolności – w art. 38 § 2 k.k. jako górną granicę nadzwyczajnie obostrzonej kary pozbawienia wolności, w art. 38 § 3 k.k. przy obligatoryjnym obniżeniu górnej granicy ustawowego zagrożenia określonego na 25 lat oraz w art. 86 § 1 k.k. – jako górną granicę kary łącznej. Jednocześnie ustawodawca nie zmodyfikował treści art. 32 k.k. ani art. 37 k.k. Po wprowadzeniu do Kodeksu karnego kary 20 lat pozbawienia wolności pojawiają się dwa istotne praktyczne problemy. Pierwszy z nich dotyczy tego, czy kara 20 lat pozbawienia wolności jest karą „punktową”. Drugi natomiast polega na powstaniu paradoksu: kara nadzwyczajnie obostrzona za występki może w niektórych wypadkach być surowsza niż za zbrodnie popełnione przy istnieniu takich samych podstaw obostrzenia jej wymiaru.

Kwestią podstawową jest ustalenie, czy kara 20 lat pozbawienia wolności jest w ogóle karą znaną ustawie. Można znaleźć argumenty na poparcie zarówno tezy, że tak jest, jak i tezy przeciwnej. Na gruncie Kodeksu karnego sprzed nowelizacji z 2015 r. nie ulegało najmniejszej wątpliwości, że katalog kar z art. 32 k.k. ma charakter zamknięty, a wyliczenie w nim zawarte jest enumeratywne. Gdyby przyjąć to założenie obecnie, należałoby uznać, że kara 20 lat pozbawienia wolności jest karą nieznaną ustawie, a jej wymiarzenie stanowi-

łoby złamanie jednej z podstawowych zasad polskiego prawa karnego – *nulla poena sine lege*. Jednakże odwołując się do wykładni funkcjonalnej, trzeba zauważyć, że przecież ustawodawca wprowadza do Kodeksu karnego kilka przypadków, kiedy orzeczenie kary 20 lat pozbawienia wolności jest dozwolone, co oznacza, że kara ta jest jednak znana ustawie.

Można się zastanawiać, czy w takim razie jest to nowy rodzaj kary pozbawienia wolności, czy jedynie nowy sposób wymiaru kary. Gdyby przyjąć drugą możliwość, byłby to bardzo specyficzny sposób wymiaru kary, ponieważ w istocie byłby to nowy sposób wymiaru dwóch różnych kar: terminowej i 25 lat pozbawienia wolności<sup>2</sup>. Wydaje się, że przeciwko przyjęciu takiego rozumienia charakteru kary 20 lat pozbawienia wolności przemawia wykładnia systemowa. Ustawodawca wprowadził bowiem tę możliwość w rozdziale poświęconym karom, a nie wymiarowi kary. Należy jednak zauważyć, że regulacje z art. 38 § 2 k.k. i art. 38 § 3 k.k. mają różny status. Artykuł 38 § 2 k.k. dotyczy nadzwyczajnego wymiaru kary, jest zatem przepisem z zakresu wymiaru kary w odniesieniu do terminowej kary pozbawienia wolności z art. 32 pkt 3 k.k.<sup>3</sup> Taki sam charakter kary 20 lat pozbawienia wolności wynika z art. 86 § 1 k.k. Natomiast art. 38 § 3 k.k. nie jest przepisem z zakresu wymiaru kary, lecz modyfikuje górną granicę ustawowego zagrożenia. Ta okoliczność brana pod uwagę łącznie z faktem, że w przepisie wprost mowa jest o istnieniu kary

<sup>1</sup> Dz.U. z 2015 r. poz. 396.

<sup>2</sup> Tymczasem nie wydaje się budzić wątpliwości, że są to różne kary. O ich wzajemnym stosunku zob. szczegółowo M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Kara pozbawienia wolności – jedna kara, czy różne. Uwagi na tle Kodeksu karnego*, (w:) I. Sepiolo-Jankowska (red.), *Reforma prawa karnego*, Warszawa 2014, s. 120 i n.

<sup>3</sup> Tak też uważa M. Małecki, (w:) W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego. 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 313. Zob. E. Hryniewicz-Lach, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116*, Warszawa 2017, s. 648.



20 lat pozbawienia wolności, oznacza, iż mamy tutaj (w art. 38 § 3 k.k.) do czynienia z karą, a nie sposobem jej wymiaru. Konsekwencją tego byłaby zmiana sposobu postrzegania charakteru art. 32 k.k., który przestałby w tym momencie wymieniać kary w sposób enumeratywny.

Skoro kara 20 lat pozbawienia wolności istnieje, trzeba zastanowić się nad jej charakterem. Do tej pory na gruncie regulacji art. 32 k.k. nie było jasne, czy wyliczone w pkt 1–3 tego artykułu kary pozbawienia wolności stanowią odmiany jednej kary, czy też są one rodzajowo różne. W doktrynie prawa karnego najczęściej przyjmowano, że są to kary różnego rodzaju<sup>4</sup>. Ponieważ kara 20 lat pozbawienia wolności jest karą nową i nie została uwzględniona w art. 32 k.k., należy się zastanowić nad jej charakterem. Nie jest to z oczywistych względów kara 25 lat pozbawienia wolności ani kara dożywotniego pozbawienia wolności. Nie jest jednak również karą terminową przewidzianą w art. 32 pkt 3 k.k., ponieważ na przeszkodzie stoi tu treść art. 37 k.k., w myśl którego górna granica terminowej kary pozbawienia wolności wynosi 15 lat. Kara 20 lat pozbawienia wolności jest zatem karą swoistą. Rodzi to problem,

czy kara ta jest bezwzględnie (punktowo), czy względnie oznaczona (przedział od–do)<sup>5</sup>. Rozstrzygnięcie tego problemu pociąga za sobą określone, ważne konsekwencje przy wymiarze kary. Ustawodawca nie doprecyzował tej kwestii, można zatem bronić każdego z poglądów.

Za uznaniem kary 20 lat pozbawienia wolności określonej w art. 38 § 3 k.k. za karę punktową przemawiałby jeden argument: przepisem wprowadzającym możliwość wymierzenia kary pozbawienia wolności od–do w miesiącach i latach jest art. 37 k.k., który nie dotyczy kary 20 lat pozbawienia wolności. Sugeruje to, że kara 20 lat (określona w art. 38 § 3 k.k.)<sup>6</sup> nie może być orzekana w sposób w tym przepisie określony. Przyjęcie założenia o punktowym charakterze kary 20 lat pozbawienia wolności sprawiałoby, że w razie obniżenia górnej granicy ustawowego zagrożenia z lat 25 na podstawie art. 38 § 3 k.k. można byłoby wymierzyć tylko karę do 15 lat pozbawienia wolności lub karę 20 lat pozbawienia wolności, ale nie karę np. 15 lat 6 miesięcy, 18 lat pozbawienia wolności.

Należy jednocześnie zauważyć, że art. 38

<sup>4</sup> Za różne rodzajowo kary uznawano je w *Uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego*, (w:) *Nowe kodeksy karne z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 141. Tak też: Z. Sienkiewicz, (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 141; K. Buchała, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, Kraków 1998, s. 308; M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2016, s. 437; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 165; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 380; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 434, 436; J. Wojciechowska, (w:) G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 841–842; G. Łabuda, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 277–278; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997, s. 89; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Kara pozbawienia wolności*, s. 130. Odmienne, jak się wydaje, T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2006, s. 243.

<sup>5</sup> Tak wydaje się uważać J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom. I*, Warszawa 2016, s. 766; tenże, (w:) J. Majewski (red.), *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 105. Co prawda Autor ten nie wypowiada wprost swego stanowiska, jednak pisze o wymierzaniu kary „do 20 lat”. Wprost pisze to V. Konarska-Wrzosek, (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 234, a także M. Małecki, który uważa za możliwe zastosowanie *per analogiam* art. 38 § 2 k.k. [M. Małecki, (w:) W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego*, s. 313]. Do problemu nie odnosi się R. A. Stefański, (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 310. O sposobie wymierzania kary pozbawienia wolności na podstawie art. 38 § 3 k.k. nie pisze wyraźnie B. J. Stefańska, (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 220. Autorka ta jednak stwierdza, że na gruncie art. 38 § 2 k.k. nie jest możliwe wymierzenie kary między 15 a 20 lat, a dopuszczalne jest tylko określenie kary punktowej 20 lat. Należy zatem przyjąć, że także na gruncie art. 38 § 3 k.k. przyjmuje taką zasadę, skoro czyni tak na gruncie art. 38 § 2 k.k., który – w przeciwieństwie do art. 38 § 3 k.k. – wprost stanowi o wymierzaniu kary w miesiącach i latach. Na marginesie należy stwierdzić (będzie to przedmiotem rozważań w dalszej części tekstu), że pogląd o punktowym charakterze kary 20 lat określonej w art. 38 § 2 k.k. wydaje się niemożliwy do utrzymania.

<sup>6</sup> Co do kary 20 lat określonej w art. 38 § 2 k.k. sytuacja jest odmienna, o czym niżej.

§ 2 k.k. przewiduje wymierzanie kary nieprzekraczającej 20 lat pozbawienia wolności w miesiącach i latach, ale tylko w przypadku określonym w tym przepisie.

Przyjęcie założenia o punktowym charakterze kary 20 lat pozbawienia wolności określonej w art. 38 § 3 k.k. powodowałoby powstanie pewnego paradoksu. Ze względu na dwoiści charakter nowo wprowadzonej regulacji mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której w pewnym zakresie kara 20 lat pozbawienia wolności jest punktowa, a w innym (art. 38 § 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k.) – nie.

Do kwestii związanych z art. 38 § 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. przejdziemy w dalszej części opracowania. Ustawodawca, wprowadzając tę regulację, nie uwzględnił najwyraźniej wszystkich konsekwencji jej pojawienia się. Brak staranności legislacyjnej spowodował opisaną wyżej sytuację. W obecnym brzmieniu przepisów Kodeksu karnego nie ulega wątpliwości dwoiści charakter kary 20 lat pozbawienia wolności. Nie jest to jednak dobre. Należałoby w miarę możliwości unikać nadmiernych rozbieżności w systemie prawa karnego, zwłaszcza w obrębie tego samego aktu prawnego, a nawet w tym samym przepisie. *De lege ferenda* trzeba by postulować ukształtowanie kary pozbawienia wolności (czy w ogóle systemu sankcji) w sposób bardziej przemyślany i konsekwentny. *De lege lata* należy poszukać takiej metody wykładni, która pozwoliłaby na zminimalizowanie lub – jeśli to możliwe – wyeliminowanie rozbieżności.

Przemawiają za tym przede wszystkim względy natury semantycznej – w art. 38 § 3 k.k. mowa jest o wymierzeniu kary, która „nie może przekroczyć 20 lat pozbawienia wolności”, a nie, że sąd może wymierzyć karę 20 lat pozbawienia wolności. Takiej konstrukcji użył ustawodawca, konstruując art. 86 § 1a k.k., w którym punktowy charakter kary 25 lat pozbawienia wolności został niejako zadekretowany przez sformułowanie: „sąd może orzec karę łączną 25 lat pozbawienia wolności”. Sko-

ro w art. 38 § 3 k.k. mowa jest o niemożliwości przekroczenia pewnej granicy kary, to należy przyjąć, że ustawodawca dopuszcza możliwość wymierzenia kary w wysokości, która owej granicy nie osiąga.

Wydaje się ponadto, że funkcjonalnie bardziej uzasadnione byłoby traktowanie kary wymierzonej na podstawie art. 38 § 3 k.k. jako kary względnie oznaczonej. Generalnie kary punktowe w Polsce są wyjątkiem, zasadą są kary ukształtowane jako względnie oznaczone. Jeżeli mamy jakąś wątpliwość, to należałoby raczej wyklądać ją zgodnie z zasadą ogólną, a nie z wyjątkiem.

Za słusznością przyjęcia takiego stanowiska przemawia również wykładnia historyczna. Artykuł 38 § 3 k.k. sprzed nowelizacji z 2015 r. w omawianym zakresie miał treść następującą: „kara wymierzona (...) za przestępstwo zagrożone karą 25 lat pozbawienia wolności nie może przekroczyć 15 lat pozbawienia wolności”. Nie ulegało wątpliwości, że owe 15 lat stanowiło górną granicę przedziału. W nowej wersji przepisu ustawodawca zachował dokładnie taką samą jego konstrukcję. Byłoby sprzeczne z zasadami logiki przyjęcie, że sens tego sformułowania w starym i nowym brzmieniu jest różny.

Innym rozwiązaniem – zaproponowanym przez M. Małeckiego – jest zastosowanie art. 38 § 2 k.k. na zasadzie analogii<sup>7</sup>. Pogląd ten należy uznać za interesujący. Wydaje się wszakże, iż uciekanie się do analogii nie jest w danym przypadku konieczne, zwłaszcza jeżeli mieć na uwadze, że ustawodawca, chcąc uregulować tę kwestię, mógł to z łatwością uczynić. Zresztą wspomniana analogia nie byłaby jednoznacznie analogią na korzyść sprawcy.

Trzeba zatem potraktować karę 20 lat pozbawienia wolności na gruncie art. 38 § 3 k.k. jako górną granicę przedziału. Ustawodawca nie wskazuje jednak ani jego dolnej granicy, ani nie określa jednostek czasowych jej wymierzania, jak to czyni względem kary terminowej w art. 37 k.k. W przypadku kary pozbawienia

<sup>7</sup> M. Małecki, (w:) W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego*, s. 313.

wolności będącej przedziałem polski Kodeks karny zna tylko jeden sposób jej wymierzania – w miesiącach i latach. Nie ma podstaw do przyjęcia, że w przypadku przedziału, którego górną granicę stanowi 20 lat pozbawienia wolności, jest inaczej. Innej możliwości po prostu nie ma. Polski system prawa karnego nie zna innej metody względnie oznaczonej kary pozbawienia wolności.

Większym problemem wydaje się *prima facie* ustalenie dolnej granicy przedziału. Jednak przy ukształtowaniu kary 20 lat pozbawienia wolności jako prostej kontynuacji kary terminowej z art. 32 pkt 3 k.k. problem ten daje się w sposób naturalny rozwiązać. Traci wówczas znaczenie teoretyczny spór, czy dolną granicą kary określonej na podstawie art. 38 § 3 k.k. jest 15 lat, 15 lat i miesiąc, czy może dolna granica zagrożenia przewidziana za dany typ.

Druga postać kary 20 lat pozbawienia wolności przewidziana jest w art. 38 § 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. Zestawienie tych dwóch różnych przepisów jest zasadne, gdyż na ich gruncie kara 20 lat pozbawienia wolności nie ma samodzielnego statusu. Jest sposobem nadzwyczajnego wymiaru (obostrzenia) kary terminowej przewidzianej w art. 32 pkt 3 k.k. W tym aspekcie nie ulega wątpliwości „ciągłość” kary 20 lat pozbawienia wolności. Zresztą ustawodawca wyraźnie to zadekretował. Na podstawie tych przepisów powstaje możliwość wymierzenia kary pozbawienia wolności od miesiąca do 20 lat. Wrażenie, że w tym przypadku ustawodawca w konsekwentny i wyczerpujący sposób odnośnie kwestie uregulował, jest jednak mylne. O ile na gruncie art. 86 § 1 k.k. wymierzanie kary łącznej do lat 20 nie ma żadnych trudno akceptowalnych następstw, o tyle na gruncie art. 38 § 2 k.k. niestety takowe powstają. Podstawy obostrzenia kary zostały przewidziane m.in. w art. 64 k.k. W § 3 tego przepisu mowa jest o tym, że przewidziane we wcze-

śniejszych paragrafach podwyższenie górnego ustawowego zagrożenia nie dotyczy zbrodni. Zasadność takiego rozwiązania mogła być kwestionowana już na gruncie Kodeksu karnego sprzed nowelizacji z 2015 r. Jest to jednak kwestia z punktu widzenia niniejszego opracowania nieistotna.

Obecnie dochodzi do sytuacji, w której w razie nadzwyczajnego zaostrzenia kary za najpoważniejsze występki zagrożone karą od 2 do 12 lat pozbawienia wolności, natomiast w przypadku zbrodni zagrożonych wyłącznie karą terminową pozbawienia wolności, w których górna granica ustawowego zagrożenia wynosi 15 lat, nie jest możliwe orzeczenie kary obostrzonej w wyższym wymiarze. Wyrazistym przykładem jest art. 197 k.k. W typie podstawowym zgwałcenie stanowi występki zagrożony karą 2–12 lat pozbawienia wolności. W przypadku skazania w warunkach recydywy możliwe jest wymierzenie kary powyżej 15 lat pobawienia wolności – do lat 18. Natomiast gdyby drugie ze zgwałceń wypełniało znamiona któregoś z typów kwalifikowanych z art. 197 § 3 lub § 4 k.k., zgodnie z art. 64 § 3 k.k., nadzwyczajne obostrzenie byłoby niemożliwe i sprawca mógłby zostać skazany maksymalnie na karę 15 lat pozbawienia wolności<sup>8</sup>.

Nowelizując art. 38 § 2 k.k., nie wzięto pod uwagę możliwych konsekwencji wprowadzenia tej regulacji, co spowodowało powstanie niespójności, której nie da się usunąć za pomocą wykładni. Można, stosując wykładnię celowościową, modyfikować wyniki wykładni językowej, nawet je przełamywać, jeżeli wyniki wykładni językowej prowadzą do zaprzeczenia jednej z podstawowych wartości leżących u podstaw systemu prawa. W tej sytuacji dochodzi do zaistnienia takiego przypadku: sprawca, który popełnił poważniejsze przestępstwo, zostaje potraktowany łagodniej niż ten, który popełnił przestępstwo mniej

<sup>8</sup> Dlatego rację ma M. Małecki, zarzucając ustawodawcy brak konsekwencji i stwierdzając, że nowelizacji art. 38 § 2 k.k. powinna towarzyszyć stosowna zmiana art. 64 § 3 k.k., który uniemożliwia podniesienie górnej granicy ustawowego zagrożenia w wypadku zbrodni. M. Małecki, (w:) W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego*, s. 312–313. Wskazany przez nas paradoks jest wynikiem owej niekonsekwencji.

poważne. Jednak stosowanie wykładni celowościowej nie może prowadzić do wyników antygwarancyjnych. Dlatego paradoks ten jest faktem, którego nie da się rozwiązać za pomocą wykładni.

Warto też zwrócić uwagę na zastrzeżenie J. Majewskiego, który uważa regulację art. 38 § 2 k.k. *in fine* w zakresie, w którym mowa jest o wymierzaniu „kary pozbawienia wolności w wymiarze przenoszącym «standardowe» 15 lat (...) w miesiącach i latach”, za niepotrzebną, „skoro powtarza się w nim zasadę wyrażoną w art. 37 *in fine*”<sup>9</sup>. Naszym zdaniem art. 37 k.k. dotyczy wyłącznie wymiaru kary pozbawienia wolności określonej w art. 32 pkt 3, a zatem kary do 15 lat pozbawienia wolności. Określenie sposobu wymiaru kary nieprzekraczającej 20 lat pozbawienia wolności w art. 38 § 2 k.k. było

więc konieczne<sup>10</sup>. *De lege ferenda* warto byłoby umieścić określenie sposobu wymiaru terminowej kary pozbawienia wolności w przepisie ogólnie regulującym jej wymierzanie. Jeszcze lepsze z praktycznego punktu widzenia byłoby ujednoczenie kategorii terminowej kary pozbawienia wolności przez wprowadzenie w art. 37 k.k. przedziału od miesiąca do 20 lat.

Powyższe stwierdzenie nie oznacza, że opowiadamy się za wydłużeniem terminowej kary pozbawienia wolności do 20 lat. Kwestia ewentualnej modyfikacji ustawowych granic kary pozbawienia wolności nie jest samoistnym przedmiotem tego opracowania i wymagałaby szczegółowej dyskusji. Celem autorów było pokazanie istniejącej *de lege lata* niespójności, jej prawnokarnych konsekwencji i możliwości jej usunięcia.

<sup>9</sup> J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny*, s. 761; tenże, (w:) J. Majewski (red.), *Kodeks karny*, s. 104.

<sup>10</sup> Por. M. Małecki, (w:) W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego*, s. 313. Warto zresztą zauważyć, że w piśmiennictwie pojawił się pogląd, że kara pozbawienia wolności określona w art. 38 § 2 k.k. jest „sztywna, a zatem nie jest możliwe jej orzeczenie w wymiarze między 15 a 20 lat”. B. J. Stefańska, (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny*, s. 220. Pogląd ten stoi w sprzeczności z treścią art. 38 § 2 k.k., który wyraźnie stanowi, że karę na jego podstawie orzeka się w miesiącach i latach. Gdyby rzeczywiście przepis ten dozwalał tylko na orzeczenie kary 20 lat, nie mniejszej i nie większej, art. 38 § 2 k.k. *in fine* byłby zbędny. Byłoby to naruszenie zakazu wykładni *per non est*.

## Summary

Magdalena Budyn-Kulik, Marek Kulik

### PUNISHMENT OF 20 YEARS IMPRISONMENT

The article deals with the penalty of 20 years of imprisonment introduced into Polish criminal law by the act of 20 February 2015. The authors analyze the legal nature of this penalty. They come to the conclusion that the status of its various types under the Penal Code is different. The authors refer to the principles of its dimension, and also raise the paradox associated with imposing this penalty for crimes committed under recidivism.

**KEY WORDS:** imprisonment, extraordinary dimension of punishment, recidivism

**POJĘCIA KLUCZOWE:** pozbawienie wolności, nadzwyczajny wymiar kary, recydywa

## SENS I BEZSENS REGUŁ *NE PEIUS* W PROCESIE KARNYM

Regulacja prawna reguły *ne peius* to przykład takiego unormowania karnoprocesowego, które wzbudza odczucia dosłownie ambiwalentne. Rzadko się tak zdarza, aby jakaś regulacja czy instytucja prawna wywoływała jednocześnie odczucia pozytywne wynikające z podkreślenia potrzeby jej funkcjonowania w systemie prawnym, *ergo* uwzględnienia jej niewątpliwych zalet, i zarazem wrażenia ewidentnie negatywne jako konsekwencja jej bezdyskusyjnych wad, których nie sposób zbagatelizować. Tytuł niniejszego opracowania nie jest więc przypadkowy, bo zmierza do zrównoważenia tych dodatnich i tych ujemnych aspektów obowiązywania reguły *ne peius* w procesie karnym, w stronę podjęcia próby uznania jednak prywatu jednych albo drugich.

Jak wiadomo, regulujący te reguły art. 454 k.p.k. jest adresowany do sądu odwoławczego orzekającego w postępowaniu apelacyjnym. Istota tych reguły przejawia się w ograniczeniu możliwości reformatoryjnego orzekania na niekorzyść oskarżonego<sup>1</sup>. Ich działanie obejmuje przestrzeń wolną od oddziaływania zakazu *reformationis in peius*<sup>2</sup>, gdy sąd drugiej instancji, rozpoznając sprawę w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, uznaje apelację za

zasadną, ale nie może zmienić treści wyroku zgodnie z jej kierunkiem (czyli na niekorzyść oskarżonego), natomiast ma obowiązek uchylić wyrok sądu pierwszej instancji i przekazać mu sprawę do ponownego rozpoznania.

Sporna jest już jednak kwestia przedmiotu ochrony, tj. wskazania wartości i praw, których poszanowanie uzasadnia obowiązywanie reguły *ne peius*. W literaturze niektórzy Autorzy podkreślają, że zakazy *ne peius* zapewniają prawo oskarżonego do obrony oraz urealniają zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego (art. 176 ust. 1 Konstytucji), przy czym w tej grupie poglądów różnice dotyczą rozłożenia akcentów w zakresie wyeksponowania jednej lub drugiej wartości: z jednej strony wskazuje się, że owe reguły w pierwszej kolejności są poddyktowane prawem do obrony, które dopiero zostaje zabezpieczone za pomocą zachowania dwuinstancyjności postępowania, gdyż idea dwuinstancyjności nie jest bytem „samym dla siebie”, oderwanym od konkretnego uprawnienia jednostki<sup>3</sup>, z drugiej zaś strony wskazuje się obie wartości jako przedmiot ochrony bez wyszczególniania, która z nich ma charakter pierwotny lub wtórny<sup>4</sup>. Nie brakuje głosów dopatrujących się tylko respektowania prawa

<sup>1</sup> Np. P. Hofmański, S. Zablocki, *Reguły ne peius a zasady procesu karnego*, (w:) *Iudicium et scientia. Księga Jubileuszowa Profesora Romualda Kniecika*, red. A. Przyborowska-Klimczak, A. Taracha, Warszawa: Wolters Kluwer 2011, s. 373–375; K. Marszał, *Reguły ne peius w postępowaniu apelacyjnym w sprawach karnych*, (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej 2005, s. 661–663; M. Klejnowska, *Ograniczenia sądu odwoławczego orzekającego w sprawie karnej po wniesieniu środka zaskarżenia*, Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego 2008, s. 262–264; D. Świecki, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, red. D. Świecki, wyd. 3, Warszawa: Wolters Kluwer 2017, s. 326–327.

<sup>2</sup> W kwestii istoty i funkcji tego zakazu zob. np. M. J. Szewczyk, *Zakaz reformationis in peius w polskim procesie karnym*, Warszawa: Wolters Kluwer 2015, s. 60–74.

<sup>3</sup> K. Marszał, *Reguły*, s. 663–665; S. Zablocki, *Reguły ne peius a materialne prawo do obrony w postępowaniu odwoławczym*, (w:) *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Warszawa: Wolters Kluwer 2010, s. 922–923.

<sup>4</sup> A. Sakowicz, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, wyd. 7, Warszawa: C. H. Beck 2016, s. 1058.

do obrony, które w warunkach braku reguł *ne peius* doznawałyby poważnych i niemożliwych do zaakceptowania ograniczeń<sup>5</sup>. Dostrzegalne jest też zapatrywanie, że te reguły nie służą ochronie prawa do obrony, lecz ochronie dwuinstancyjności, i to tylko dla oskarżonego (w sensie zapewnienia dwuinstancyjnego skazania, także w zakresie wymierzenia najsurowszej kary), a zatem w art. 454 k.p.k. nastąpiło wykreowanie przywileju dla oskarżonego (*favor defensionis*), co oznacza, że proces karny pozbawiony tychże reguł nadal byłby procesem rzetelnym, w pełni respektującym zasadę prawa do obrony, domniemania niewinności i zasadę prawdy<sup>6</sup>. Wreszcie należy odnotować stanowisko, zgodnie z którym nie należy – w kontekście reguł *ne peius* – przeceniać gwarancji dwuinstancyjnego postępowania, natomiast ich znaczenie można rozpatrywać przez pryzmat elementów składowych zasady prawa do sądu: szybkości postępowania oraz sprawiedliwego procesu<sup>7</sup>.

Wydaje się, że możliwość kompleksowego odniesienia się do tych zapatrywań jest uwarunkowana uprzednim zarysowaniem (w sposób skrótowy z uwagi na ramy artykułu) kwestii standardu konstytucyjnego i międzynarodowego.

Co się tyczy standardu konstytucyjnego, to podstawowe znaczenie w przedmiocie problematyki tytułowej mają trzy tezy zawarte w dyktatach TK:

1) W ramach konstytucyjnej gwarancji dwuinstancyjnego postępowania sądowego, jako składowej zasady prawa do sądu, niezbędne jest poddanie kontroli instancyjnej rozumowania sądu prowadzącego do skazania, gdyż pozbawienie oskarżonego tej gwarancji narusza prawo do obrony oraz prawo do rzetelnego procesu<sup>8</sup>.

2) Dokonanie przez sąd drugoinstancyjny nowych ustaleń faktycznych co do istoty sprawy, na podstawie odmiennej oceny dowodów przeprowadzonych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, nie prowadzi do naruszenia prawa podmiotowego oskarżonego<sup>9</sup>.

3) Zasada dwuinstancyjności zapewnia kontrolę rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji przez dwukrotną ocenę stanu faktycznego i prawnego sprawy oraz kontrolę prawidłowości stanowiska zajętego przez ten sąd<sup>10</sup>.

Komentując te tezy w doktrynie, zauważono, że konstytucyjna zasada dwuinstancyjności wymaga, aby co najmniej były zapewnione następujące wymogi: a) dostęp do sądu drugiej instancji, b) powierzenie rozpoznania sprawy w drugiej instancji sądowi wyższego szczebla, c) odpowiednie ukształtowanie procedury przed sądem drugiej instancji, aby mógł on zbadać sprawę i wydać rozstrzygnięcie merytoryczne; co pozwoliło wysnuć wniosek, iż reguły *ne peius* nie wynikają z istoty wskazanej zasady, bo są związane z gwarancyjnym charakterem uprawnień procesowych nadanych

<sup>5</sup> Ł. Jagiellovicz, Ł. Wiśniewski, *Reformatoryjne orzekanie przez sąd odwoławczy w nowym modelu procesu karnego w świetle genezy reguł ne peius*, (w:) *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B. T. Bienkowska, Warszawa: Wolters Kluwer 2015, s. 173.

<sup>6</sup> J. Izydorczyk, *Granice orzekania sądu odwoławczego w polskiej procedurze karnej*, Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego 2010, s. 290–291; T. Grzegorzczak, *Ku usprawnieniu postępowania apelacyjnego i szerszemu reformatoryjnemu orzekaniu przez sąd odwoławczy*, (w:) *Fiat iustitia pereat mundus. Księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu Sądu Najwyższego Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, red. P. Hofmański, P. Kardas, P. Wiliński, Warszawa: Lexis Nexis 2014, s. 151; D. Świecki, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, wyd. 2, Warszawa: C. H. Beck 2016, s. 1134.

<sup>7</sup> W. Hermeliński, B. Nita, *Orzekanie reformatoryjne na podstawie nowych ustaleń faktycznych w postępowaniu karnym*, PIP 2009, z. 4, s. 70–71.

<sup>8</sup> Postanowienie TK z 11 czerwca 2008 r., SK 48/07, OTK ZU 2008, nr 5, poz. 93.

<sup>9</sup> Tamże; wyrok TK z 11 marca 2003 r., SK 8/02, OTK ZU 2003, nr 3, poz. 20.

<sup>10</sup> Wyroki TK: z 31 marca 2009 r., SK 19/08, OTK ZU 2009, nr 3, poz. 29 oraz z 13 lipca 2009 r., SK 46/08, OTK ZU 2009, nr 7, poz. 109.



oskarżonemu w toku ewolucji procesu karnego, a zatem treść art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji nie stanowi tamy dla ewentualnej redukcji gwarancji wynikających z tych reguł<sup>11</sup>.

W aspekcie standardu strasburskiego okazuje się, że również nie stanowi on podstawy aksjologicznej reguł *ne peius*, ponieważ w art. 2 ust. 1 Protokołu nr 7 do EKPC przewidziano kontrolę instancyjną w węższym zakresie, a poza tym dopuszcza się możliwość ograniczenia gwarancji wynikających *de lege lata* z art. 454 k.p.k. (art. 2 ust. 2 tego protokołu), czyli k.p.k. zapewnia oskarżonemu wyższy standard gwarancyjny, niż wynika to z EKPC<sup>12</sup>. Jednak szersze gwarancje kontroli instancyjnej zostały unormowane w art. 14 ust. 5 MPPOiP („każda osoba skazana za przestępstwo ma prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji w celu ponownego rozpatrzenia orzeczenia o winie i karze zgodnie z ustawą”)<sup>13</sup>.

Trzeba jeszcze zwrócić uwagę na istotną w kontekście tematyki tytułowej uchwałę SN

z 2011 r. Sąd Najwyższy orzekł wówczas, że gwarancja określona w art. 176 ust. 1 Konstytucji musi być rozumiana w sposób formalny, a zatem ustawodawca musi w ogóle przewidzieć możliwość kontroli instancyjnej w stosunku do orzeczeń wydanych w pierwszej instancji, natomiast zdaniem SN należy odrzucić materialne ujęcie dwuinstancyjności, gdyż aprobata dla takiego ujęcia spowodowałaby, że nie byłaby dopuszczalna jakakolwiek korekta orzeczenia pierwszoinstancyjnego dokonana przez sąd odwoławczy (nawet na korzyść oskarżonego), co do każdego elementu rozstrzygnięcia zawartego w wyroku sądu drugiej instancji, jeśli tylko zawierałby on w sobie element nowości w porównaniu z orzeczeniem poddanym kontroli<sup>14</sup>.

Należy zatem zaakcentować, że zaproponowany przez TK i SN sposób pojmowania dwuinstancyjności jest dość racjonalny, gdyby spojrzeć na to zagadnienie od strony pragmatycznej. W istocie dopuszczenie możliwości kontrolowania w trybie instancyjnym każdej

<sup>11</sup> P. Wiliński, *Dwuinstancyjność postępowania karnego w świetle Konstytucji*, (w:) *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa: Wolters Kluwer 2011, s. 569–580; P. Hofmański, S. Zabłocki, *Dowodzenie w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym – kwestie modelowe*, (w:) *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa: Wolters Kluwer 2011, s. 473–476; P. Hofmański, S. Zabłocki, *Reguły*, s. 389–392; D. Świecki, (w:) *Kodeks*, s. 328. Por. ponadto ogólną analizę konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności z punktu widzenia procesu karnego: K. Marszał, *Instancyjność postępowania karnego w świetle artykułu 176 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej*, (w:) *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN 2000, s. 701–708; S. Steinborn, *Ograniczenie zaskarżalności wyroku wydanego w I instancji jako środek uproszczenia procesu karnego w świetle prawa do dwuinstancyjnego postępowania (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIII, s. 374–380.

<sup>12</sup> P. Hofmański, S. Zabłocki, *Reguły*, s. 385–389; D. Świecki, *Konstytucyjna zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego a możliwość reformatorijnego orzekania w instancji odwoławczej w świetle wchodzącej w życie 1 lipca 2015 roku nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, (w:) *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tylmanowi z okazji Jego 90. urodzin*, red. T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski, D. Świecki, M. Zbrojewska, Warszawa: Lexis Nexis 2014, s. 225–226.

<sup>13</sup> Można bowiem interpretować ten przepis w taki sposób, że uprawnienie do zaskarżenia wyroku skazującego dotyczy nie tylko wyroku wydanego w pierwszej instancji, lecz także wyroku sądu drugiej instancji, który po raz pierwszy skazał oskarżonego, D. Świecki, (w:) *Kodeks*, s. 327–328.

<sup>14</sup> Uchwała SN z 23 marca 2011 r., I KZP 28/10, OSNKW 2011, nr 4, poz. 30. To stanowisko SN zaaprobowali m.in.: A. Sakowicz, (w:) *Kodeks*, s. 1054; Ł. Jagiełłowicz, Ł. Wiśniewski, *Reformatoryjne orzekanie*, s. 177; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Art. 1–467*, t. I, wyd. 6, Warszawa: Wolters Kluwer 2014, s. 1556. W literaturze zaakcentowano także, że dwuinstancyjność w wymiarze konstytucyjnym nie może być równoznaczna z koniecznością dwukrotnego badania każdego ustalenia i niezbędnością kaskadowego badania każdej zmiany dokonanej przez sąd drugiej instancji, w tym zwłaszcza podjętych przez ten sąd ustaleń faktycznych, zob. P. Hofmański, S. Zabłocki, *Dowodzenie*, s. 473.

zmiany wprowadzonej przez sąd drugiej instancji do orzeczenia pierwszoinstancyjnego oznaczałoby przyzwolenie na daleko idącą zmianę modelu postępowania odwoławczego. Musiałoby bowiem oznaczać albo zadekretowanie systemu trzech instancji, albo ustanowienie w postępowaniu apelacyjnym trybu „instancji poziomej”. Oba rozwiązania uczyniłyby proces karny dość niewydolnym narzędziem zwalczania przestępczości, ponieważ znacznie wydłużyłby się czas trwania postępowania. Nie byłoby to uzasadnione zwłaszcza w odniesieniu do drobnych zmian wprowadzonych przez sąd drugiej instancji, ale i w wypadku zmian obszerniejszych czy może istotniejszych też niekoniecznie mogłoby się to okazać usprawiedliwione. W stosunku do trybu dewolutywności poziomej („spłaszczonej”) pojawiłyby się ponadto zastrzeżenia dotyczące skuteczności i efektywności kontroli.

Z drugiej strony nie bez racji zauważa się w doktrynie, że reformatoryjne orzekanie sądu odwoławczego oparte na nowych ustaleniach faktycznych przynajmniej częściowo pozbawia strony prawa do dwuinstancyjnego postępowania karnego, co może budzić wątpliwości, gdy uwzględni się fakt, że zasada dwuinstancyjności umożliwia usuwanie błędów, omyłek czy w ogóle uchybień popełnionych przez sąd pierwszej instancji, oraz gdy przypomni się, że pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej jest równoznaczne z ingerencją w sferę podstawowych praw i wolności obywatelskich<sup>15</sup>. Tam, gdzie chodzi o pogorszenie sytuacji prawnej oskarżonego, może więc wzbudzać zastrzeżenia niemożność kwestionowania zapadłego rozstrzygnięcia zwyczajnym środkiem odwoławczym, a w konsekwencji niemożność naprawy ewentualnych uchybień.

Przy uwzględnieniu jednak konieczności dokonania wyboru na rzecz jednej albo drugiej definicji dwuinstancyjności, wydaje się, że z dużymi oporami należy ostatecznie opowie-

dzieć się za definicją formalną. W takim ujęciu reguły *ne peius* mogą i powinny odgrywać istotną rolę jako swoiste bezpieczniki. Raczej trudno byłoby powiedzieć, że stanowią one klasyczne wyjątki w zakresie formalnego rozumienia dwuinstancyjności. Jeśli bowiem w pewnych sytuacjach wykluczają one możliwość reformatoryjnego orzekania przez sąd apelacyjny, to nie sprzyjają zapewnieniu instancyjności materialnej w znaczeniu ścisłym, gdyż na skutek wyczerpania toku instancji sprawa nie podlega bezpośrednio dalszej kontroli instancyjnej (ani w trybie pionowym, ani poziomym), lecz musi być skierowana do sądu pierwszej instancji w celu przeprowadzenia postępowania ponownego. Można jednak, jak się wydaje, pokusić się chyba o refleksję, że owe reguły *de facto* modyfikują definicję formalną i otwierają drogę do materialnego urzeczywistnienia instancyjności w tym sensie, że uniemożliwiają wydanie orzeczenia reformatoryjnego kończącego postępowanie, determinując konieczność ponownego zbadania sprawy w pierwszej instancji, i co ważne – stwarzając w dalszej perspektywie możliwość ewentualnego poddania tej sprawy kolejnej kontroli w drugiej instancji. Wypada w tym kontekście jeszcze dodać, że z perspektywy obowiązywania tych reguł bez znaczenia jest, czy nowe ustalenia faktyczne sądu apelacyjnego miałyby być poczynione w rezultacie przeprowadzenia określonych dowodów przed tym sądem, czy też bez uzupełnienia postępowania dowodowego, za to w następstwie dokonania odmiennych ocen przez sąd odwoławczy na podstawie materiału zgromadzonego w sądzie pierwszej instancji.

Z jednej strony nie da się ukryć, że reguły *ne peius* powodują przedłużanie postępowań wobec tych oskarżonych, co do których zgromadzony materiał dowodowy (w sądzie pierwszej lub w sądzie drugiej instancji) uzasadnia rozstrzygnięcie co do przedmiotu procesu na warunkach mniej korzystnych w porównaniu

<sup>15</sup> M. Jeż-Ludwichowska, M. Klubińska, *Zasada bezpośredniości w postępowaniu odwoławczym w świetle nowelizacji k.p.k. z 27 września 2013 r.*, (w:) *Środki zaskarżenia po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, red. A. Lach, Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika 2015, s. 30–32, 35–36.



z wyrokiem sądu pierwszej instancji<sup>16</sup>. Napisało: „uzasadnia” w tym sensie, że sąd odwoławczy podziela zasadność apelacji wniesionej na niekorzyść oskarżonego i zarazem dostrzega potrzebę wydania rozstrzygnięcia pogarszającego sytuację prawną tego podmiotu. To zaś oznacza, że sąd odwoławczy nie kontestuje faktu, iż oskarżony dopuścił się zarzucanego mu przestępstwa. Powstaje w tym kontekście nieodparte wrażenie, że omawiane reguły stanowią „sztukę dla sztuki” nieodpowiadającą wymogom zasady szybkości postępowania.

Z drugiej strony można zapewne kontrargumentować, że nigdy nie da się wykluczyć, iż w jakimś konkretnym wypadku sąd apelacyjny przyjmuje błędne założenia. Aby wyeliminować ryzyko błędów i omyłek sądu drugiej instancji w kwestii o zasadniczym znaczeniu w aspekcie ochrony praw obywatelskich, wydaje się, że prawna egzystencja reguł *ne peius* odnajduje tutaj niebagatelny punkt zaczepienia.

Rzecz dotyczy się więc ochrony prawa do obrony oskarżonego, jako tego uczestnika postępowania karnego, którego prawa i wolności najmocniej i najszerzej mogą ulec ograniczeniu w wyniku zastosowania sankcji prawa karnego materialnego. Zdaje się nie budzić wątpliwości, że w następstwie dostrzeżenia całokształtu tych uwarunkowań potrzeba tejże ochrony odnajduje tutaj uprzywilejowany i zarazem zasadny punkt odniesienia. Ma też znaczenie pierwotne, bo punktem wyjścia do wskazania racji uzasadniających obowiązywanie omawianych reguł jest sytuacja prawna oskarżonego lub inaczej mówiąc – jego prawo do obrony. A ponieważ konkretyzacja tego prawa nastę-

puje poprzez stworzenie oskarżonemu potencjalnie szerszych ram w zakresie kontroli rozstrzygnięć pogarszających jego sytuację prawną, ochronie podlega także w pewnym sensie zasada dwuinstancyjności w jej materialnym ujęciu, ale na drugim planie (w sposób wtórny). Niezależnie więc od tego, że w literaturze w jakimś stopniu słusznie podnosi się, iż ustanowienie tych reguł było przejawem dążenia do maksymalnego zwiększenia praw oskarżonego po transformacji ustrojowej 1989 r.<sup>17</sup>, w rozważanym wypadku wskazane racje aksjologiczne usprawiedliwiają przyznanie oskarżonemu gwarancji ustawowej, która niekoniecznie odnajduje swą podstawę w przepisach Konstytucji. Wszak Konstytucja ustanawia jedynie standard minimalny w zakresie respektowania praw człowieka, co oznacza, że ustawodawca zwykły może zadekretować silniejsze gwarancje.

Rzetelnie należy podkreślić, że nowelizacje k.p.k. w ostatnich latach<sup>18</sup> nieco zmieniły model postępowania odwoławczego, rozszerzając zakres postępowania dowodowego w instancji odwoławczej i jednocześnie zawężając możliwości wydania przez sąd odwoławczy rozstrzygnięć kasatoryjnych (art. 452 w zw. z art. 437 § 2 zd. drugie k.p.k.). Taki kierunek zmian każe zastanowić się nad kształtem reguł *ne peius*. Skoro bowiem sąd apelacyjny dysponuje szerszymi możliwościami przeprowadzenia postępowania dowodowego, a uchylene wyroku sądu pierwszej instancji i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania może nastąpić już w bardziej limitowanych ramach, to powstaje pytanie, czy zachodzi konieczność redefinicji tych reguł w procesie karnym.

<sup>16</sup> Co akcentuje także J. Izydorczyk, *Zakazy ne peius po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, (w:) *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tyłmanowi z okazji jego 90. urodzin*, red. T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski, D. Świecki, M. Zbrojewska, Warszawa: Lexis Nexis 2014, s. 299–300.

<sup>17</sup> J. Izydorczyk, *Opinia. Analiza rozwiązań dotyczących postępowania odwoławczego oraz postępowania w trybie nadzwyczajnych środków zaskarżenia*, „Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego” 2010, nr 2, s. 228.

<sup>18</sup> Ustawa z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2013 r. poz. 1247; ustawa z 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r. poz. 396; ustawa z 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 437.

Od razu trzeba zauważyć, że w następstwie wspomnianych zmian nowelizacyjnych jedna z tych reguł znikła z art. 454 k.p.k. Pod rządem poprzednich przepisów art. 454 § 2 k.p.k. zabraniał sądowi odwoławczemu orzeczenia surowszej kary pozbawienia wolności, gdy jednocześnie zmieniał on ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę zaskarżonego wyroku. Przepis ten wzbudzał wiele wątpliwości interpretacyjnych, jednakże dzisiaj mają one, siłą rzeczy, już tylko znaczenie historyczne. Należy jedynie zaznaczyć, że wskazany przepis nie wprowadzał stanu pewności prawnej, a biorąc pod uwagę jeden z możliwych jego wariantów interpretacyjnych, który polegał na przyjęciu konieczności wydania rozstrzygnięcia kasatoryjnego nawet wtedy, gdy sąd odwoławczy zmieniał ustalenia faktyczne, które nie wywarły wpływu na rodzaj i rozmiar sankcji penalnych (a ponadto nawet wtedy, gdy wprowadzone zmiany były drobne)<sup>19</sup>, należy stwierdzić, że usunięcie tego przepisu – w kontekście dokonanych zmian w ramach postępowania odwoławczego – było słuszne.

*De lege lata* zgodnie z treścią art. 454 § 1 k.p.k. sąd odwoławczy nie może skazać oskarżonego, który w pierwszej instancji został uniewinniony albo co do którego w pierwszej instancji umorzono albo warunkowo umorzono postępowanie. Zakaz wynikający z tej reguły ma charakter bezwzględny<sup>20</sup>, skoro nie przewidziano w tej mierze żadnych odstępstw. Wywołuje odczucia

pozytywne, ponieważ mamy tutaj do czynienia z sytuacją, w której zmiana wyroku sądu pierwszej instancji byłaby tak daleko idąca, że w zasadzie krańcowo odmienna. Skazanie następowaloby *de facto* w jednej instancji, oskarżony zostałby zaś pozbawiony możliwości kwestionowania tej radykalnej zmiany za pomocą zwykłego środka odwoławczego. W literaturze zauważono, że omawiane rozwiązanie może być uznane za dyskusyjne, choć usunięcie art. 454 § 1 k.p.k. byłoby kontrowersyjne<sup>21</sup>. Analizowana regulacja ma istotny wymiar aksjologiczny, stąd nie byłoby pożądane dopuszczenie możliwości wprowadzenia tak skrajnej modyfikacji przez sąd apelacyjny, nawet biorąc pod uwagę wydatne skrócenie tą drogą czasu trwania postępowania. Byłoby to równoznaczne z drastyczną ingerencją w treść podstawy faktycznej rozstrzygnięcia i ukształtowaniem jej na nowo przez sąd odwoławczy<sup>22</sup>.

Wypada wszak podkreślić, że nie wszystkie tezy wypowiedziane przez SN na tle wykładni funkcjonalnej art. 454 § 1 k.p.k. są bezdyskusyjne. O ile da się zaaprobować możliwość umorzenia postępowania w drugiej instancji w stosunku do osoby uprzednio uniewinnionej<sup>23</sup>, o tyle można mieć określone zastrzeżenia co do dopuszczalności warunkowego umorzenia postępowania przez sąd odwoławczy względem osoby, co do której sąd pierwszej instancji umorzył postępowanie bezwarunkowo<sup>24</sup>, jak również odnośnie

<sup>19</sup> Szerzej co do wykładni tego przepisu zob. np. S. Zabłocki, *Reguły*, s. 927–931; T. Grzegorzczak, *Kodeks*, s. 1555–1557; J. Grajewski, S. Steinborn, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 425–673*, t. II, red. L. K. Paprzycki, wyd. 3, Warszawa: Wolters Kluwer 2013, s. 153–155; W. Kociubiński, *Możliwości orzekania przez sąd odwoławczy surowszej kary pozbawienia wolności (art. 454 § 2 k.p.k.)*, Prok. i Pr. 2006, z. 7–8, s. 40–48; W. Grzeszczyk, *Reguły ne peius w postępowaniu karnym (art. 454 k.p.k.)*, Prok. i Pr. 2008, z. 2, s. 40–46; a także uchwała SN powołana w przypisie nr 14. Por. nadto uwagi A. Lacha dotyczące roli obrońcy: A. Lach, *Nowelizacja postępowania apelacyjnego z perspektywy obrońcy*, (w:) *Środki zaskarżenia po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, red. A. Lach, Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika 2015, s. 74.

<sup>20</sup> A. Sakowicz, (w:) *Kodeks*, s. 1058.

<sup>21</sup> K. Marszał, *Opinia. Stanowisko w sprawie wstępnych założeń reformy postępowania odwoławczego oraz postępowania w trybie nadzwyczajnych środków odwoławczych*, „Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego” 2010, nr 2, s. 29; J. Izydorczyk, *Zakazy*, s. 299.

<sup>22</sup> P. Hofmański, S. Zabłocki, *Reguły*, s. 394.

<sup>23</sup> Wyroki SN: z 14 stycznia 1972 r., Rw 1393/71, OSNKW 1972, nr 4, poz. 75 oraz z 18 maja 1989 r., II KR 87/89, OSNKW 1989, nr 7–12, poz. 59.

<sup>24</sup> Uchwały SN: z 28 grudnia 1982 r., RNw 16/82, OSNKW 1983, nr 6, poz. 38 oraz z 22 grudnia 1993 r., I KZP 34/93, OSNKW 1994, nr 1–2, poz. 9.

do dopuszczalności warunkowego umorzenia postępowania w sytuacji, gdy w stosunku do danej osoby uprzednio umorzono postępowanie z uwagi na znikomość stopnia społecznej szkodliwości (art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.) albo wydano wyrok uniewinniający<sup>25</sup>. Warunkowe umorzenie jest bowiem niewątpliwie formą pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej. Z kolei w razie umorzenia postępowania z powodu znikomego stopnia społecznej szkodliwości czyn nie jest w ogóle przestępstwem. Być może należy jednak wziąć pod uwagę, że odnośnie do drugiej i trzeciej z przedstawionych wyżej sytuacji SN akcentuje wspomnianą dopuszczalność w sposób wyjątkowy, gdy sąd odwoławczy nie czyni własnych ustaleń, a popełnienie przez oskarżonego czynu jest oczywiście niewątpliwie, a ponadto nie zachodzi potrzeba połączenia warunkowego umorzenia z nałożeniem na oskarżonego środków probacyjnych. Poza tym warunkowe umorzenie to najłagodniejsza forma odpowiedzialności karnej. To wszystko może ostatecznie przesądzać o ostrożnej akceptacji spornych zaopatrywań SN.

Druga z reguł *ne peius* została zlokalizowana w art. 454 § 3 k.p.k. i polega na zakazie zaostżenia kary przez sąd apelacyjny poprzez wymierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności. I to ograniczenie ma charakter bezwzględny, gdyż funkcjonuje niezależnie od tego, czy sąd odwoławczy widzi potrzebę takiego zaostżenia w następstwie przeprowadzenia określonych dowodów, czy też tylko w konsekwencji powzięcia odmiennych ocen na podstawie analizy materiału dowodowego utrwalonego w aktach sprawy. W doktrynie dopuszcza się możliwość uchylecia wskazanego przepisu<sup>26</sup>. Z pewnością da się wskazać racjonalne argumenty przemawiające za taką

opcją. Jednakowoż w grę wchodzi orzeczenie kary najsurowszej, nasyconej ogromnym ładunkiem dotkliwości. Omawiane uregulowanie umożliwia oskarżonemu zaskarżenie wyroku orzekającego taką karę. Ma to niebagatelne znaczenie, zwłaszcza w kontekście wykluczenia możliwości uczynienia podstawą kasacji wyłącznie rażącej niewspółmierności kary (art. 523 § 1 k.p.k.)<sup>27</sup>. Regulacja art. 454 § 3 k.p.k. powinna zatem zostać utrzymana, a można ewentualnie rozważyć zawężenie zakresu jej stosowalności do wypadków, w których sąd odwoławczy doszedł do przekonania o konieczności wymierzenia po raz pierwszy kary dożywotniego pozbawienia wolności w związku z nowymi ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez ten sąd<sup>28</sup>.

W doktrynie zaakcentowano, że w wyniku skreślenia art. 454 § 2 k.p.k. doszło do sytuacji, w której nie ma ograniczenia co do dopuszczalności wymierzenia po raz pierwszy przez sąd odwoławczy kary izolacyjnej polegającej na pozbawieniu wolności (oczywiście poza zakresem normy z art. 454 § 3 k.p.k.), i skonstatowano, że takie rozwiązanie może budzić zastrzeżenia natury konstytucyjnej w kontekście ochrony wolności osobistej człowieka i orzecznictwa TK, a zatem należałoby w tym kierunku zmodyfikować treść art. 454 § 1 k.p.k.<sup>29</sup> Nie wdając się szczegółowo w ocenę tego postulatu (ramy artykułu na to nie pozwalają), należy podkreślić, że teza TK, na którą się powołano, dotyczy tymczasowego aresztowania, a ponadto odbiega od linii orzeczniczej TK w przedmiocie pojmowania zasady dwuinstancyjności. Fakt ten może osłabiać zasadność wdrożenia przedstawionej propozycji, nie mówiąc o tym, że istotne opory wzbudza likwidacja

<sup>25</sup> Wyrok SN z 7 grudnia 1994 r., II KRN 234/94, „Wokanda” 1995, nr 5, s. 13.

<sup>26</sup> K. Marszał, *Opinia*, s. 29. Por. M. Andrzejewska, *Reguły ne peius w myśli Profesora Mariana Cieślaka – kontynuacja czy zmierzch idei?*, (w:) *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, red. W. Cieślak, S. Steinborn, Warszawa: Wolters Kluwer 2013, s. 594–595.

<sup>27</sup> T. Grzegorzcyk, *Kodeks*, s. 1557.

<sup>28</sup> P. Hofmański, S. Zablocki, *Reguły*, s. 395.

<sup>29</sup> Chodzi o postanowienie TK z 9 listopada 2009 r., S 7/09, OTK-A 2009, nr 10, poz. 154. Na ten temat: D. Świecki, (w:) *Kodeks*, s. 328–329; tenże, *Konstytucyjna zasada*, s. 224–225.

treści art. 454 § 1 k.p.k. w jego obowiązującym brzmieniu.

Aktualny kształt unormowania reguł *ne peius* w zasadzie wydaje się wystarczający i należyście zmaksymalizowany. Jak wynika z przeprowadzonych rozważań, w odniesieniu do reguły z art. 454 § 3 k.p.k. można ewentualnie jeszcze rozważyć ograniczenie jej działania, ale nie jej całkowite wyurugowanie z procesu. Ostatecznie więc górę powinny wziąć racje opierające się na dodatnich elementach obowiązywania tych reguł w procesie karnym. Regulacja *de lege lata* jest w dużym stopniu kompromisowa,

skoro wyważono prawo do obrony oskarżonego oraz dyrektywę ekonomiki procesowej i efektywność postępowania. W sytuacjach nieobjętych zakresem działania reguł *ne peius* sam fakt wniesienia apelacji na niekorzyść oskarżonego, a ściślej – jej treść – powinien stanowić dla oskarżonego sygnał, że w razie uznania za zasadne zarzutów i wniosków apelacyjnych sąd odwoławczy będzie mógł w określonym kierunku orzec na niekorzyść oskarżonego, co oznacza, że oskarżony lub jego obrońca dysponują odpowiednim czasem na przygotowanie obrony pod tym kątem.

## Summary

Radosław Koper

### SENSE AND NONSENSE OF THE RULES *NE PEIUS* IN CRIMINAL PROCEEDINGS

The article is devoted to the issue of the rules *ne peius* existing in Polish criminal proceedings. The author focuses on the presentation of these rules from the viewpoint of reasons for their validity and reasons for their removal from the Code of Criminal Procedure too. The existing normative regulation has been analysed. The general goal of the paper is to postulate creation of solutions that will result from proper balancing between protection of interests of the administration of justice and necessity of respect for the right to defense of the accused.

**KEY WORDS:** rules *ne peius*, right to defense, appeal to accused disadvantage, system of two instances, court of appeal

**POJĘCIA KLUCZOWE:** reguły *ne peius*, prawo do obrony, apelacja na niekorzyść oskarżonego, dwuinstancyjność postępowania sądowego, sąd odwoławczy

## UCHYLENIE ZEZWOLENIA NA ODBYCIĘ PRZEZ SKAZANEGO KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI W SYSTEMIE DOZORU ELEKTRONICZNEGO

### 1. UWAGI WSTĘPNE

Z dniem 15 kwietnia 2016 r. przywrócona została możliwość odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego<sup>1</sup>. Przypomnijmy, że od 1 lipca 2015 r.<sup>2</sup> nie było to możliwe, w miejsce bowiem wykonywania kary pozbawienia wolności w tym systemie przewidzianego w ustawie z 2007 r.<sup>3</sup> wprowadzony został – jako jeden z wariantów kary ograniczenia wolności – obowiązek pozostawania skazanego w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego. Taka zmiana stanu prawnego nastąpiła w 2015 r. mimo pozytywnych doświadczeń z wykonywaniem kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego i mimo akcentowania w piśmiennictwie szczególnego znaczenia wykonywania kary pozbawienia wolności w tym systemie. Podkreślano, że jego zaletą jest brak kontaktu skazanego z innymi skazanymi, a realizacja celu wychowawczego kary wykonywanej w tym systemie nieporównywalnie bardziej sprzyja zapobieganiu powrotowi do przestępstwa<sup>4</sup>.

Skutkiem tej zmiany stał się zauważalny znaczący spadek liczby sprawców objętych

systemem dozoru elektronicznego, co spowodowało niewykorzystywanie możliwości odnośnie do liczby osób, które mogłyby być nim objęte.

Przywrócenie możliwości wykonywania kary pozbawienia wolności w postaci dozoru elektronicznego na zasadach zbliżonych do tych, jakie przewidywała ustawa o dozorcze elektronicznym z 2007 r., miało więc przede wszystkim na celu pełniejsze wykorzystywanie możliwości i rozwój tego systemu zarówno w zakresie jego pojemności, jak też poziomu organizacyjno-technicznego. Nie bez znaczenia była też potrzeba zmniejszenia populacji osadzonych w zakładach karnych, szczególnie sprawców, co do których cele kary mogą być osiągnięte bez konieczności ich izolacji.

Intencje ustawodawcy wyrażone w treści znowelizowanych w 2016 r. przepisów Rozdziału VIIa Kodeksu karnego wykonawczego, szczególnie regulacje dotyczące przesłanek udzielenia skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, zamieszczone w art. 431a k.k.w., pozwalają na stwierdzenie, że stosowanie tego systemu do wykonywania kary pozbawienia wolności powinno być szerokie – w granicach tych przesłanek – zawsze

<sup>1</sup> Art. 2 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. poz. 437).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 396).

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. nr 142, poz. 960 z późn. zm.).

<sup>4</sup> W. Kotowski, B. Kurzępa, *Dozór elektroniczny – zarys problematyki*, „Probacja” 2009, nr 2, s. 72; zob. też: R. Pelewicz, *Dozór elektroniczny jako środek ograniczania przeludnienia więzień w aspekcie źródeł prawa międzynarodowego praw człowieka (wybrane zagadnienia)*, „Probacja” 2013, nr 2, s. 73 i powołana tam literatura oraz T. Szymanowski, *System dozoru elektronicznego w wykonywaniu kary pozbawienia wolności*, „Palestra” 2016, nr 6, s. 15.

wtedy, gdy nie istnieją jednoznaczne wskazania do izolacji skazanego w zakładzie karnym.

Warunki udzielania skazanym zezwolenia na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego określone w art. 43la k.k.w. umożliwiają wyselekcjonowanie z populacji skazanych na karę pozbawienia wolności tych osób, co do których istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo, że udzielenie im zezwolenia na odbycie tej kary w systemie dozoru elektronicznego spełni oczekiwania związane ze skutecznością zastosowania tej formy odbywania kary. Dodatkowym gwarantem realności tego oczekiwania jest możliwość nakładania na skazanego obowiązków określonych w art. 72 k.k. zarówno w postanowieniu o udzieleniu zezwolenia, jak też ustanawiania, rozszerzania lub zmiany obowiązków określonych w art. 72 § 1 pkt 3–8 k.k. w okresie odbywania kary. Motywowaniem skazanego do realizowania obowiązków związanych z odbywaniem kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jest możliwość udzielenia mu warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 43ln k.k.w.).

Jednak nie w każdym przypadku może być dane skazanemu odbycie całości kary w systemie dozoru elektronicznego. W kilku przepisach ustawodawca przewidział konieczność lub możliwość uchylenia zezwolenia, i to zarówno z powodów wynikających z przyczyn leżących po stronie skazanego, jak też z powodów, które nie są związane bezpośrednio z jego zachowaniem w okresie odbywania kary. Ogólnie można powiedzieć, że wyróżniamy przesłanki uchylenia zezwolenia o charakterze obligatoryjnym, względnie obligatoryjnym, jak też fakultatywnym.

Niezbyt fortunny układ przepisów przewidujących każdy z wymienionych rodzajów przesłanek, jak też określających zagadnienia procesowe dotyczące uchylenia zezwolenia

na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, powoduje, że są one zamieszczone w różnych częściach rozdziału VIIa Kodeksu karnego wykonawczego. Stanowi to niewątpliwie utrudnienie ich stosowania.

Analiza przepisów przewidujących możliwość uchylenia zezwolenia na odbycie kary w omawianym systemie prowadzi do wniosku, że w aktualnym stanie prawnym uchylenie takie może nastąpić:

a) obligatoryjnie – w przypadku objęcia wyrokiem łącznym kary pozbawienia wolności wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego (art. 43li k.k.w.) oraz w przypadku warunkowego przedterminowego zwolnienia skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego (art. 43ln § 3 k.k.w.);

b) względnie obligatoryjnie – w przypadku nagannych zachowań skazanego określonych w art. 43zaa § 1 k.k.w. (art. 43zaa k.k.w.);

c) fakultatywnie – jeżeli skazany korzystający z zezwolenia na opuszczenie miejsca wykonywania dozoru stacjonarnego (art. 43p k.k.w.) nie powrócił do określonego miejsca w wyznaczonym czasie (art. 43zab k.k.w.).

Różne przesłanki i odmienne konsekwencje uchylenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w omawianym systemie wymagają odrębnego omówienia każdej z nich, zwłaszcza że niektóre rozwiązania prawne nastroczają pewne wątpliwości interpretacyjne<sup>5</sup>.

## 2. OBLIGATORYJNE UCHYLENIE ZEZWOLENIA

Jak zostało wyżej powiedziane, jednym z powodów uchylenia zezwolenia na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jest objęcie

<sup>5</sup> Na temat przesłanek uchylenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego zob. też tezy do art. 43zaa k.k.w., (w:) K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz do nowelizacji 2016*, Warszawa 2016; J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2016; S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2017; K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2017.



wyrokiem łącznym kary pozbawienia wolności wykonywanej w tym systemie (art. 43li k.k.w.). Uchylenie zezwolenia jest w tym przypadku oczywistą konsekwencją objęcia kary odbywanej w systemie dozoru elektronicznego wyrokiem łącznym. Jednak kilka kwestii z tym związanych wymaga szerszego omówienia.

O objęciu kary pozbawienia wolności wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego karą łączną sąd, który orzekł karę łączną, niezwłocznie informuje właściwy miejscowo sąd penitencjarny. Jest nim sąd penitencjarny, w którego okręgu kara jest wykonywana (art. 43ze § 2 i art. 43za § 2 k.k.w.). Sąd penitencjarny uchyła zezwolenie na odbycie tej kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego na posiedzeniu, niezwłocznie po uprawomocnieniu się wyroku łącznego. W myśl art. 9 § 2 k.k.w. wyrok staje się bowiem wykonalny z chwilą uprawomocnienia.

Uchylenie dozoru elektronicznego następuje dopiero na skutek wydania na podstawie art. 43li k.k.w. postanowienia w tym przedmiocie. Staje się ono wykonalne z chwilą wydania (art. 9 § 3 k.k.w.). Do tego czasu skazany odbywa karę w systemie dozoru elektronicznego.

Sąd penitencjarny, uchylając udzielenie skazanemu zezwolenia na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego, wydaje polecenie usunięcia nadajnika, rejestratora i rejestratora przenośnego używanego przez osobę chronioną, chyba że nie jest to celowe ze względu na rodzaj i wymiar orzeczonej kary łącznej (art. 43za § 1 zd. drugie k.k.w.).

Może się zdarzyć, że sąd penitencjarny, uchylając zezwolenie na odbycie przez skazanego jednostkowej kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, udzieli zezwolenia na odbywanie w tym systemie kary łącznej, nie zmieniając rodzaju środków technicznych ani miejsca wykonywania kary. Postanowienie o zezwoleniu jest wykonalne z chwilą wydania, co oznacza możliwość kontynuowania w takim przypadku wykonywa-

nia kary, jako łącznej, na dotychczasowych warunkach. Nie stosuje się zatem wówczas art. 43za § 1 zd. drugie k.k.w., nakazującego sądowi penitencjarnemu wydanie polecenia usunięcia urządzeń technicznych służących do wykonywania dozoru elektronicznego, byłoby to bowiem niecelowe. W takiej sytuacji nie jest też konieczne rozpoczęcie od nowa procedury mającej doprowadzić do ponownego ich uruchomienia (art. 43lm i art. 43t § 1 pkt 1–3 k.k.w.).

Uchylenie zezwolenia na odbycie kary w systemie dozoru elektronicznego na podstawie art. 43li k.k.w. następuje z urzędu. Również z urzędu sąd penitencjarny może udzielić zezwolenia na odbycie kary łącznej pozbawienia wolności w tym systemie, jednak pod warunkiem, że obie te decyzje są podejmowane na tym samym posiedzeniu sądu. Artykuł 43li k.k.w. przewiduje więc jedyny wyjątek od zasady skargowości w sprawach o udzielenie zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, wyrażonej w art. 43lc k.k.w.<sup>6</sup>

„Jednoczesne” podjęcie obu decyzji, o których mowa w art. 43li k.k.w., może nastąpić, jeżeli zachodzą warunki udzielenia zezwolenia określone w art. 43la § 1 k.k.w. Wynika stąd, że sąd penitencjarny musi mieć wiedzę co do istnienia przesłanek wymienionych w tym przepisie, a więc ma obowiązek zgromadzenia przed posiedzeniem stosownych dowodów.

Obligatoryjne uchylenie zezwolenia na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego ma miejsce także w przypadku warunkowego przedterminowego zwolnienia skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności w tym systemie (art. 43ln § 3 k.k.w.). Trzeba pamiętać, że w myśl art. 43ln k.k.w. skazany na karę pozbawienia wolności odbywaną w systemie dozoru elektronicznego może ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienie na zasadach ogólnych, przewidzianych w Kodeksie karnym

<sup>6</sup> Por. K. Postulski, *Zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego*, Prok. i Pr. 2017, z. 1, s. 50.

(art. 77–81) oraz Kodeksie karnym wykonawczym (art. 159 i art. 161–162).

Treść art. 43ln § 3 k.k.w. oznacza zatem, że w przypadku odwołania warunkowego zwolnienia nie mamy już do czynienia z karą pozbawienia wolności, która będzie odbywana w systemie dozoru elektronicznego, ale z karą, która podlega wykonaniu na zasadach ogólnych. Konsekwencją odwołania warunkowego zwolnienia będzie więc w takim przypadku konieczność odbycia reszty kary w zakładzie karnym.

### 3. WZGLĘDNIE OBLIGATORYJNE UCHYLENIE ZEZWOLENIA

Podstawą uchylenia zezwolenia na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, mającego postać uchylenia względnie obligatoryjnego, jest naganne zachowanie skazanego określone w art. 43zaa § 1 k.k.w.

Jednym z przejawów takiego naganego zachowania jest niezachowanie przez skazanego wyznaczonego terminu na zgłoszenie upoważnionemu podmiotowi dozoru gotowości, o której mowa w art. 43m § 1 k.k.w., albo uchylenie się od niezwłocznego zainstalowania przez podmiot dozoru rejestratora lub od założenia nadajnika (art. 43zaa § 1 pkt 1 k.k.w.).

Termin na zgłoszenie przez skazanego podmiotowi dozoru gotowości do instalacji środków technicznych określa sąd penitencjarny w postanowieniu o udzieleniu mu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Nie może być on dłuższy niż 24 godziny od zwolnienia skazanego z zakładu karnego, a jeśli skazany przebywa na wolności, nie dłuższy niż 24 godziny od ogłoszenia lub doręczenia skazanemu postanowienia (art. 43k § 2 zd. pierwsze i art. 43lh k.k.w.).

W świetle art. 43zaa § 1 pkt 1 k.k.w. niezachowanie tego terminu stanowi podstawę do uchylenia zezwolenia na odbycie przez skazanego

kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego bez względu na przyczynę. Natomiast w przypadku niepoddania się obowiązkowi niezwłocznego zainstalowania przez podmiot dozoru rejestratora lub założenia nadajnika przepis ten mówi o „uchylaniu się” od tego obowiązku. Konieczne jest więc ustalenie nie tylko faktu, ale także powodów takiego zachowania skazanego, a więc zbadania przyczyn tego zachowania. Chodzi o ocenę, czy zachowaniu skazanego można przypisać znamię „uchylania się”. O rozumieniu pojęcia „uchylanie się” będzie mowa niżej.

Drugą przesłanką uchylenia zezwolenia na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jest fakt, że skazany, odbywając karę w tym systemie, naruszył porządek prawny, w szczególności popełnił przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, lub uchyła się od wykonania obowiązków związanych z dozorem elektronicznym lub innych nałożonych obowiązków, orzeczonego środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku.

W art. 43zaa § 1 pkt 2 k.k.w. jedynie przykładowo (zwrot „w szczególności”) wymienia się jako przejaw naruszenia porządku prawnego popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Przepis ten nie precyzuje jednak, co należy rozumieć przez naruszenie porządku prawnego i w czym jeszcze może się ono przejawiać. Pojęcia tego nie definiują także inne przepisy, które się nim posługują jako przesłanką negatywnych konsekwencji dla skazanego (zob. np. art. 75 § 2 k.k., art. 43q § 3 k.k.w., art. 156 § 1 k.k.w., art. 160 § 3 k.k.w.).

Należy przyjąć takie samo rozumienie pojęcia „naruszenie porządku prawnego” użytego w art. 43zaa § 1 pkt 2 k.k.w., jakie wypracowane zostało w piśmiennictwie w aspekcie tych właśnie innych, wymienionych przepisów. Tak więc na podstawie analizy semantycznej poszczególnych członów pojęcia naruszenia porządku prawnego można wyprowadzić wnioski, że jest nim zachowanie skazanego wbrew nakazom lub zakazom prawa karnego (popełnienie przestępstwa), popełnienie



wykroczenia, a także postępowanie wbrew regułom, których przestrzeganie mieści się w granicach zadań i celów, które prawo karne wiąże między innymi z taką instytucją, jak system dozoru elektronicznego. Popełnienie przestępstwa jest zatem tylko jedną z form naruszenia tego porządku. Może to być również zachowanie niebędące czynem zabronionym pod groźbą kary, a więc także naruszenie norm prawa cywilnego, administracyjnego, prawa pracy itp.<sup>7</sup>

W odróżnieniu od wymienionych przepisów wiążących z naruszeniem przez skazanego porządku prawnego negatywne dla niego konsekwencje, w art. 43zaa § 1 pkt 2 k.k.w. nie ma wymogu, aby owo naruszenie musiało być ocenione jako „rażące”. Nie jest więc wymagane istnienie w zachowaniu skazanego takiego naruszenia porządku prawnego, które cechuje jaskrawość, uporczywość, duże nasilenie złej woli. Trudno dociec, czy jest to zamierzona przez ustawodawcę regulacja, uzasadnienie rządowego projektu ustawy wprowadzającej ten przepis milczy bowiem na ten temat. Nie wydaje się, aby było to rozwiązanie zasadne, powoduje ono bowiem, że nawet najbardziej błahе naruszenie przez skazanego porządku prawnego uruchamia procedurę zmierzającą do uchylenia zezwolenia na odbycie kary w systemie dozoru elektronicznego.

Pojęciem wymagającym zdefiniowania, którym posługuje się art. 43zaa § 1 pkt 2 k.k.w., jest również „uchylanie się”. Podobnie jak w przy-

padku „naruszenia porządku prawnego”, posługują się nim także inne przepisy Kodeksu karnego i Kodeksu karnego wykonawczego (zob. np. art. 75 § 2 k.k., art. 65 § 1 k.k.w., art. 160 § 3 k.k.w.). W orzecznictwie z okresu ostatnich kilku lat problematyce „uchylania się” poświęcono niewiele uwagi. Stąd istnieje konieczność odwołania się do tego, co na ten temat powiedziano nawet przed wielu laty, a co zachowało nadal swą aktualność także na gruncie dozoru elektronicznego. Tak więc należy uznać, że w pojęciu „uchylanie się” mieści się negatywny stosunek psychiczny skazanego do ciężących na nim powinności, będący wyrazem jego złej woli i sprawiający, że mimo obiektywnej możliwości podporządkowania się wykonaniu obowiązków związanych z dozorem elektronicznym lub innych nałożonych obowiązków, orzeczonego środka karnego, środka kompensacyjnego lub przypadku, nie czyni tego, gdyż nie chce, a więc z powodów przez siebie zawinionych<sup>8</sup>. Ten kierunek orzecznictwa, konsekwentny od wielu lat, jest aprobowany w piśmiennictwie<sup>9</sup>.

Uchylenie się od obowiązków, o którym mowa w art. 43zaa § 1 pkt 2 k.k.w., to uchylenie się od obowiązków ciężących na skazanym zarówno z mocy ustawy, w szczególności – art. 43n k.k.w., jak też nałożonych na skazanego przez sąd penitencjarny na podstawie art. 43nb § 1 lub 2 k.k.w. Przy ustalaniu, czy ma miejsce uchylenie się od tych obowiązków, istotna jest nie tylko treść obowiązku, ale też określone

<sup>7</sup> Zob. m.in. S. Strycharz, *Pojęcie porządku prawnego w kodeksie karnym*, NP 1970, nr 6, s. 851; M. Jachimowicz, *Istota i charakter prawny podjęcia postępowania warunkowo umorzonego*, Prok. i Pr. 2004, z. 10, s. 71; J. Skupiński, *Rażące naruszenie porządku prawnego jako podstawa odwołania środka probacyjnego*, (w:) *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, pod red. A. Michalskiej-Warias, I. Nowikowskiego, J. Piórkowskiej-Flieger, Lublin 2011, s. 311; K. Postulski, *Glosa do postanowienia SA w Krakowie z dnia 25 czerwca 2013 r.*, II AKzW 631/13, LEX nr 1391610.

<sup>8</sup> Zob. m.in. postanowienia SN z: 23 lutego 1974 r., IV KRN 17/74, OSNKW 1974, nr 5, poz. 95; 28 lipca 1980 r., V KRN 146/80, OSNKW 1980, nr 10–11, poz. 8; 12 października 1988 r., V KRN 212/88, OSNPG 1989, nr 3, poz. 44; 7 października 2010 r., V KK 301/10, LEX nr 612941; uchwała SN z 20 czerwca 1979 r., VI KZP 6/79, OSNKW 1979, nr 9, poz. 89; postanowienie SA w Krakowie z 27 października 2005 r., II AKzW 641/05, KZS 2005, z. 11, poz. 34.

<sup>9</sup> Zob. m.in. J. Skupiński, *Glosa do postanowienia SN z dnia 11 maja 1974 r.*, IV KRN 19/74, PiP 1975, z. 7; S. Paweła, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego wykonawczego za lata 1979–1980*, s. 56; Z. Gostyński, *Glosa do postanowienia SN z dnia 17 października 1995 r.*, III KRN 96/95, Prok. i Pr. 1996, z. 6, s. 85; K. Postulski, *Glosa do uchwały z dnia 12 grudnia 1995 r.*, I KZP 35/95, „Palestra” 1996, nr 7–8, s. 268; K. Postulski, *Glosa do postanowienia SA w Krakowie z dnia 19 lutego 2016 r.*, II AKzW 30/16, LEX/el.2016.

przez sąd penitencjarny miejsce, czas i sposób ich wykonania (art. 43lh § 1 pkt 1 k.k.w.).

Zaprezentowana skrótowa analiza pojęcia „uchylanie się” i jego przejawów, a także konsekwencji prawnych, pozwala na sformułowanie tezy, że o „uchylaniu się” można mówić, jeżeli zaistnieją łącznie następujące warunki:

a) powinność stosownego zachowania się sprawcy wynika z ustawy lub orzeczenia sądu;

b) ustawa łączy z „uchylaniem się” od realizowania tej powinności określone konsekwencje prawne wobec sprawcy;

c) sprawca ma obiektywną, rzeczywistą możliwość wywiązywania się z tej powinności;

d) ma miejsce niepodporządkowywanie się przez sprawcę ciężającej na nim powinności określonego zachowania się;

e) dając wyraz niechęci wobec ciężającej na nim powinności, mimo obiektywnej możliwości, sprawca nie realizuje jej, gdyż nie chce, a więc ze złej woli i z powodów przez siebie zawinionych<sup>10</sup>.

Jako trzecią przesłankę względnie obligatoryjnego uchylenia zezwolenia na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego w art. 43zaa § 1 pkt 3 k.k.w. wymieniono odwołanie przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego z powodu innego niż ustanie przyczyny, dla której przerwa została udzielona. Chodzi więc o przypadki, gdy skazany nie korzysta z przerwy zgodnie z celem, w jakim została zarządzona, albo rażąco narusza porządek prawny (art. 43q § 3 k.k.w.). Zwraca uwagę, że w art. 43q § 3 k.k.w. mowa jest o rażącym naruszeniu w okresie przerwy porządku prawnego, a nie o każdym naruszeniu, jak ma to miejsce w przypadku przewidzianym w art. 43zaa § 1 pkt 2 k.k.w. Musi więc ono cechować się wspomnianą wyżej jaskrawością, uporczywością, dużym nasileniem złej woli.

W postępowaniu mającym za przedmiot uchylenie zezwolenia na odbycie przez skazanego kary w systemie dozoru elektronicznego sąd penitencjarny nie ustala samodzielnie, czy zaistniały wymienione powody odwołania przerwy, ale jest związany postanowieniem o odwołaniu przerwy i zawartym w tym postanowieniu ustaleniem, że nastąpiło ono z powodu niekorzystania z przerwy zgodnie z celem, w jakim została zarządzona, albo z powodu rażącego naruszenia porządku prawnego.

Ostatnią, czwartą, wymienioną w art. 43zaa § 1 k.k.w., przesłanką względnie obligatoryjnego uchylenia zezwolenia na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jest okoliczność, że skazany w czasie wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego został osadzony w zakładzie karnym w związku z zastosowaniem tymczasowego aresztowania lub wykonaniem kary w innej sprawie.

Rozumienie tej przesłanki nie nastęrcza wątpliwości, co powoduje zbędność poświęcania jej uwagi. Można jedynie podkreślić, że osadzenie skazanego w areszcie tymczasowym stanowi podstawę do uchylenia zezwolenia na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego bez wymogu spełnienia jakichkolwiek dalszych warunków.

W orzecznictwie słusznie zauważono, że bez znaczenia jest późniejsze uchylenie aresztu, skoro skazany nie przebywał pod podanym adresem i nie wrócił tam po uchyleniu aresztu, więc nadal nie wiadomo, gdzie przebywa, zatem kary nadal nie można wykonywać<sup>11</sup>.

#### 4. ODSTĄPIENIE OD UCHYLENIA ZEZWOLENIA

Omówione w poprzednim punkcie przesłanki uchylenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru

<sup>10</sup> Szerzej zob. K. Postulski, *Glosa do postanowienia SA w Krakowie z dnia 19 lutego 2016 r., II AKZw 30/16, LEX/el.* 2016.

<sup>11</sup> Postanowienie SA w Krakowie z 3 czerwca 2015 r., II AKZw 427/15, KZS 2015, z. 6, poz. 84.

elektronicznego, mimo użytego w art. 43zaa § 1 k.k.w. kategorię zwrotu „sąd penitencjarny uchyla zezwolenie”, nie mają charakteru bezwzględnie obligującego sąd do podjęcia decyzji o uchyleniu zezwolenia w razie zaistnienia chociażby jednej z nich. W myśl bowiem art. 43zaa § 2 k.k.w. sąd penitencjarny może odstąpić od uchylenia zezwolenia, o którym mowa w art. 43zaa § 1 k.k.w., w wyjątkowych przypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami.

Ta możliwość powoduje, że uchylenie zezwolenia na podstawie art. 43zaa § 1 k.k.w. ma jedynie charakter względnie obligatoryjny. Okoliczność ta stawia przed sądem penitencjarnym, ale też przed prokuratorem oraz skazanym, a szczególnie – przed jego obrońcą (jeżeli został ustanowiony lub wyznaczony z urzędu), zadanie ustalenia, oceny i wykazania nie tylko tego, czy zaistniała przewidziana w tym przepisie przesłanka uchylenia zezwolenia, ale też czy mimo jej istnienia uchylenie takie jest konieczne w okolicznościach konkretnej sprawy.

O tym, czy w rozpoznawanej przez sąd penitencjarny sprawie mamy do czynienia z wyjątkowym przypadkiem uzasadnionym szczególnymi okolicznościami, decyduje sąd, uwzględniając okoliczności, w jakich nastąpiło zdarzenie dające podstawę do uchylenia zezwolenia. Ocenę, czy mamy do czynienia z wyjątkowym przypadkiem i ze szczególną okolicznością, należy więc indywidualizować. Na ocenę w tym przedmiocie wpływają zarówno okoliczności przedmiotowe, a więc rodzaj i ranga zdarzenia, które jest przedmiotem oceny, jak również okoliczności dotyczące skazanego, a więc rozpatrywanego zdarzenia na tle całokształtu jego postawy w okresie odbywania kary, motywów jego zachowania itp.

Należy jednak zauważyć, że poprzez sformułowania: „wyjątkowy przypadek” i „szczególne okoliczności” ustawodawca postawił wysokie wymagania, gdy chodzi o możliwość odstąpienia od uchylenia zezwolenia. Nie każdy bowiem wyjątkowy przypadek pozwala sądowi penitencjarnemu na odstąpienie od

uchylenia zezwolenia na odbycie kary w systemie dozoru elektronicznego, a jedynie taki, który może być uznany za uzasadniony szczególnymi okolicznościami, których istnienie należy wykazać.

Oceniając możliwość odstąpienia od uchylenia zezwolenia, o którym mowa w art. 43zaa § 2 k.k.w., sąd penitencjarny powinien mieć na uwadze i ocenić, czy rzeczywiście dalsze odbywanie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie pozwoli na osiągnięcie celów związanych z tym sposobem wykonywania kary.

W szczególności należy ocenić, czy zdarzenie uznane za przesłankę uchylenia zezwolenia było epizodycznym zachowaniem skazanego na tle całokształtu jego poprawnego zachowania i czy jego postawa wobec obowiązków związanych z odbywaną karą pozwala na przyjęcie, że cele kary odbywanej w systemie dozoru elektronicznego zostaną osiągnięte mimo nieuchylania zezwolenia. Należy pamiętać, że jednym z warunków udzielania zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jest uznanie, że ta forma odbycia kary wystarcza do osiągnięcia celów kary (art. 43la § 1 pkt 2 k.k.w.). Dopóki ten warunek jest spełniany, nie zachodzi konieczność uchylenia zezwolenia, jeśli nie jest to bezwzględnie obowiązkowe.

Wymaga wyjaśnienia, o jakie cele kary chodzi w art. 43la § 1 pkt 2 k.k.w. Wskutek braku odrębnego zdefiniowania tego pojęcia wobec kary pozbawienia wolności odbywanej w systemie dozoru elektronicznego przy ustalaniu jego rozumienia należy mieć na uwadze cele kary pozbawienia wolności określone w art. 67 k.k.w. Kodeks karny wykonawczy przewiduje w tym przepisie znacznie węższy zakres celów wykonywania kary pozbawienia wolności niż te, które wymienione są w art. 53 § 1 k.k. jako dyrektywy wymiaru kary. W postępowaniu wykonawczym „znika” stopień winy, stopień społecznej szkodliwości czynu, a także społeczne oddziaływanie kary. Podstawowym celem wykonywania kary pozbawienia wolności jest cel zapobiegawczy i wychowawczy,

a więc to, co jest nazywane prewencją szczególną. Został on jednoznacznie wyartykułowany w art. 67 k.k.w. jako wzbudzanie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądaných postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa. Jest to cel niejako perspektywiczny, dalekosiężny, mający szansę realizacji w przyszłości, po odbyciu kary<sup>12</sup>. Dopóki istnieje realna perspektywa realizacji tego celu kary pozbawienia wolności poprzez jej odbywanie w systemie dozoru elektronicznego, dopóty nie powinno dochodzić do uchylenia zezwolenia na jej odbycie w tym systemie na podstawie art. 43zaa § 1 k.k.w.

## 5. FAKULTATYWNE UCHYLENIE ZEZWOLENIA

Sąd penitencjarny może uchylić zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, jeżeli skazany korzystający z zezwolenia, o którym mowa w art. 43p k.k.w., nie powrócił do określonego miejsca w wyznaczonym czasie (art. 43zab k.k.w.).

Zezwolenie, o którym mowa w art. 43zab k.k.w., to decyzja sądowego kuratora zawodowego podjęta na podstawie art. 43p § 1 k.k.w., mająca za przedmiot zgodę na opuszczenie przez skazanego miejsca wykonywania dozoru stacjonarnego w przypadkach szczególnie ważnych dla skazanego, uzasadnionych względami zdrowotnymi, rodzinnymi lub osobistymi. Może być ono udzielone na okres nieprzekraczający jednorazowo 7 dni, w miarę potrzeby w asyście osoby najbliższej lub osoby godnej zaufania.

Fakultatywność decyzji o uchyleniu zezwolenia wymaga w tym przypadku od sądu penitencjarnego dokonania ustaleń w o wiele szerszym zakresie niż tylko ustalenie faktu, że

skazany nie powrócił do określonego miejsca w wyznaczonym czasie. Zaistnienie tego faktu nie jest wystarczające do uznania go za podstawę uchylenia zezwolenia na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Obowiązkiem sądu penitencjarnego jest ustalenie i ocena przyczyny niepowrotu, okresu opóźnienia, dotychczasowego przebiegu dozoru elektronicznego, w szczególności postawy i zachowania skazanego zarówno w okresie korzystania z zezwolenia na opuszczenie miejsca wykonywania dozoru elektronicznego, jak i w całym okresie odbywania kary w tym systemie. Z tej oceny sąd wyprowadza wniosek, czy w konkretnych okolicznościach uchylenie zezwolenia jest niezbędne z punktu widzenia realizacji celów kary wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego.

Podobnie jak w przypadku, o którym mowa w art. 43zaa § 2 k.k.w., którego analiza przeprowadzona została w poprzednim punkcie, sąd penitencjarny obowiązany jest dokonać oceny potrzeby uchylenia zezwolenia przewidzianego w art. 43zab k.k.w. na tle całokształtu zachowania i postawy skazanego wobec obowiązków związanych z odbywaniem kary i oceny, czy cele kary odbywanej w systemie dozoru elektronicznego zostaną osiągnięte mimo nieuchylenia zezwolenia.

## 6. PROBLEMY PROCESOWE

W myśl art. 43e § 2 k.k.w. w sprawach związanych z uchyleniem zezwolenia na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego właściwy jest sąd penitencjarny, w którego okręgu kara jest wykonywana, z wyjątkiem uchylenia zezwolenia z powodów, o których mowa w art. 43zaa § 1 pkt 1 k.k.w., kiedy to właściwy jest sąd penitencjarny, który zezwolenia udzielił.

Artykuł 43lm § 1 k.k.w. przewiduje, że przed

<sup>12</sup> Zob. też: K. Postulski, *Zezwolenie na odbycie kary*, s. 56.

uchyleniem zezwolenia sąd penitencjarny, o ile uzna to za konieczne, wysłuchuje skazanego lub jego obrońcy, a także sądowego kuratora zawodowego oraz przedstawiciela skazanego, o którym mowa w art. 42 k.k.w. Przepis ten nie wskazuje spraw, w których ze względu na rozpatrywaną podstawę uchylania zezwolenia na odbycie kary w systemie dozoru elektronicznego należy ocenić konieczność wysłuchania wymienionych osób. Z brzmienia art. 43lm § 1 k.k.w. należy zatem wyprowadzić wniosek, że sąd penitencjarny w każdej sprawie mającej za przedmiot uchylenie takiego zezwolenia ma obowiązek rozważyć, czy jest konieczne wysłuchanie skazanego lub jego obrońcy, a także sądowego kuratora zawodowego oraz przedstawiciela skazanego.

Wysłuchanie skazanego i innych osób wymienionych w omawianym przepisie ma charakter gwarancyjny. Wprawdzie ich wysłuchanie zależy od uznania sądu, wydaje się jednak, że powinno ono być regułą we wszystkich tych przypadkach, gdy wyjaśnienia skazanego lub informacje kuratora złożone na posiedzeniu sądu i możliwość ich skonfrontowania z innymi dowodami są niezbędne dla prawidłowego ustalenia istnienia przesłanki i konieczności uchylenia zezwolenia. Te wyjaśnienia i informacje stanowią dowód w sprawie. Podstawę orzeczenia w przedmiocie uchylenia zezwolenia może stanowić tylko całość okoliczności ujawnionych w postępowaniu, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia (art. 92 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.). Sąd penitencjarny ma obowiązek odnieść się do nich w uzasadnieniu postanowienia. Prawidłowe dokonanie ustaleń i ocen, o których mowa, może okazać się utrudnione bez wysłuchania skazanego, jego obrońcy lub sądowego kuratora zawodowego. Dotyczy to przede wszystkim tych przypadków, w których uchylenie zezwolenia nie jest bezwzględnie obligatoryjne.

Z art. 43lm § 1 k.k.w. nie wynika, aby przedmiotem oceny sądu penitencjarnego miała być konieczność wysłuchania prokuratora. Nie oznacza to jednak braku obowiązku zawiadomiania go w pewnych przypadkach o terminie

i celu posiedzenia. Jeśli sąd uzna za konieczne wysłuchanie osób wymienionych w art. 43lm § 1 k.k.w., o terminie i celu posiedzenia należy go zawiadomić w myśl zasady „równości broni”.

W okolicznościach konkretnej sprawy niewysłuchanie skazanego, jego obrońcy lub sądowego kuratora zawodowego, a także niezawiadomienie prokuratora o terminie i celu posiedzenia, gdy zawiadamiane są o tym wymienione osoby, może być uznane za obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k.), a więc może stanowić podstawę zażalenia, podobnie jak wadliwe, zdaniem skarżącego, uchylenie albo nieuchylenie zezwolenia.

Artykuł 43lm § 2 k.k.w. przewiduje odstępstwo od zasady niezaskarżalności postanowień wydawanych na podstawie Kodeksu karnego wykonawczego (art. 6 § 1 i art. 21 k.k.w.). W myśl tego przepisu na postanowienie sądu penitencjarnego o uchyleniu zezwolenia przysługuje zażalenie, przy czym przepisy art. 43lj § 2 i art. 43lk k.k.w. stosuje się odpowiednio. Odwołanie się do art. 43lj § 2 i art. 43lk k.k.w. oznacza, że zażalenie przysługuje zarówno na postanowienie o uchyleniu zezwolenia na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, jak też na odmowę takiego uchylenia. Zażalenie przysługuje skazanemu lub jego obrońcy, prokuratorowi w każdym przypadku, a sądowemu kuratorowi zawodowemu, jeżeli składał wniosek o uchylenie zezwolenia.

Z uwagi na uprawnienie wymienionych osób do składania zażaleń należy pamiętać, że w przypadku, gdy nie brały one udziału w posiedzeniu sądu penitencjarnego, istnieje obowiązek doręczenia im postanowienia w przedmiocie uchylenia zezwolenia (art. 100 § 4 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.). Po ogłoszeniu lub przy doręczeniu postanowienia należy pouczyć je o przysługującym im prawie, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia (art. 100 § 8 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.).

W razie uchylenia zezwolenia, o którym mowa w art. 43zaa § 1 k.k.w. lub art. 43zab k.k.w.,

sąd penitencjarny orzeka o tym, w jakim zakresie karę pozbawienia wolności należy uznać za wykonaną, uwzględniając zaliczenie na poczet kary okresu objętego systemem dozoru elektronicznego, a o obliczonym okresie kary pozbawienia wolności pozostałej do wykonania w zakładzie karnym zawiadamia skazanego (zob. art. 43zac k.k.w.).

Na koniec należy jeszcze zauważyć, że w myśl art. 43zae k.k.w. w razie uchylenia zezwolenia na odbycie przez skazanego kary po-

zbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego ponowne udzielenie zezwolenia na odbycie kary w tym systemie jest niedopuszczalne w tej samej sprawie. Zasada ta dotyczy wszystkich omówionych przypadków uchylenia zezwolenia, a więc bez względu na jego podstawę prawną. Oznacza to, że w przypadku złożenia wniosku o takie ponowne zezwolenie postępowanie w tym przedmiocie powinno być umorzone na podstawie art. 15 § 1 k.k.w., jako niedopuszczalne z mocy prawa.

## Summary

*Kazimierz Postulski*

### OVERTURN OF DECISION ALLOWING FOR SERVICE OF THE PENALTY OF DEPRIVATION OF LIBERTY IN THE ELECTRONIC SURVEILLANCE SYSTEM

As of April 15, 2016, the possibility of serving the penalty of deprivation of liberty in the electronic surveillance system is restored. These are not only the conditions for decision on such form of serving the penalty that are crucial but also situations when such decisions might be overruled. The conditions for overruling a decision on such form of serving the penalty and associated procedural issues are discussed in detail.

**KEY WORDS:** penalty of deprivation of liberty, violation of law, sentenced, electronic surveillance system, evasion of duties

**POJĘCIA KLUCZOWE:** kara pozbawienia wolności, naruszenie porządku prawnego, skazany, system dozoru elektronicznego, uchylenie się od wykonania obowiązków



## DOŻYWOTNI ZAKAZ PROWADZENIA POJAZDÓW MECHANICZNYCH A KONSTITUCYJNE WARTOŚCI DEMOKRATYCZNEGO PAŃSTWA PRAWA

### TYTUŁEM WSTĘPU

Pochłonięci w ostatnim czasie bardziej politycznym niż prawnym sporem o kształt koniecznych zmian w wymiarze sprawiedliwości, w tym tych ustrojowych, często nie dostrzegamy przepisów, które budzą wątpliwości natury konstytucyjnej. Jest to o tyle istotne, że przepisy te, w szczególności z zakresu prawa karnego, dotyczą sytuacji, w których ich realne zastosowanie przez sąd radykalnie zmienia ludzkie życie. Oczywiście przy tym jest, że zawsze reakcja karna ogranicza prawa i wolności obywatelskie. Nie byłoby więc w tym może nic nadzwyczajnego, gdyby nie fakt, że nader często obywatelowi trudno jest zrozumieć *ratio legis* danej normy prawnej.

Z jednej strony obywatel powinien mieć świadomość, że naruszenie porządku prawnego musi spotkać się z odpowiednią reakcją karną państwa, a z drugiej strony – ten sam obywatel oczekuje od ustawodawcy, że reakcja ta będzie proporcjonalna do stopnia zawinienia i okoliczności danej sprawy. To także jego wiara w możliwość naprawienia wyrządzonych szkód i prawo do rehabilitacji, nawet w przypadku popełnienia najgroźniejszych przestępstw. Na podstawie zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa, w tym do racjonalności legislacyjnej ustawodawcy (art. 2 Konstytucji RP), obywatel zakłada, że treść stanowionego prawa ma racjonalny cel, jak i merytoryczne uzasadnienie. Takie też założenia stanowiły podstawy umowy społecznej obywateli z państwem, którą nazywamy konstytucją. Przykładem przepisu

prawa, który budzi uzasadnione, jak się wydaje, wątpliwości konstytucyjne, jest art. 42 § 3 i 4 k.k. W § 3 tego artykułu ustawodawca wprowadził względny obligatoryjny dożywotni zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych. W § 4 zaś bezwzględny obligatoryjny dożywotni zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych. Dokładna analiza powyższych regulacji, w powiązaniu z całym systemem postępowania karnego, wskazuje, że mogą one naruszać szereg praw i gwarancji konstytucyjnych. Dość wspomnieć o takich zasadach, jak określona w Konstytucji RP zasada demokratycznego państwa prawnego (art. 2), zasada podziału władz (art. 10), prawo do sądu (art. 45 ust. 1), wolność wyboru i wykonywania zawodu (art. 65 ust. 1) oraz zasada sądowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości (art. 177).

### ISTOTA PROBLEMU

Zgodnie z art. 42 § 3 k.k. sąd orzeka zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych dożywotnio, jeżeli sprawca w czasie popełnienia przestępstwa określonego w art. 178a § 4 k.k. (ponowne prowadzenie pojazdów mechanicznych w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego), w art. 173 k.k. (sprowadzenie katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym), którego następstwem jest śmierć innej osoby lub ciężki uszczerbek na jej zdrowiu, albo w czasie popełnienia przestępstwa określonego w art. 177 § 2 k.k. (wypadek ze skutkiem śmier-



telnym) lub w art. 355 § 2 k.k. (wojskowy wypadek komunikacyjny ze skutkiem śmiertelnym) był w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, lub zbiegł z miejsca zdarzenia. Wtedy gdy zachodzi wyjątkowy wypadek, uzasadniony szczególnymi okolicznościami, sąd może nie orzec dożywotniego zakazu. Obligatoryjny i zarazem bezwzględny dożywotni zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych sąd orzeka w przypadku ponownego skazania osoby prowadzącej pojazd mechaniczny w warunkach określonych w § 3 art. 42 k.k.

Ustawodawca nie wskazał jednak, co należy rozumieć przez ową wyjątkowość danego wypadku, a tym bardziej jakie szczególnie uzasadnione okoliczności miał na myśli. Można jedynie przypuszczać, że będą to okoliczności związane np. z osobą sprawcy, wiekiem, w tym z prognozą kryminologiczną czy okolicznościami faktycznymi danego zdarzenia<sup>1</sup>. Konstytucyjny standard określoności przepisów prawno-karnych nie wymaga wprawdzie jasności czy komunikatywności wyrażenia nakazu czy zakazu prawnego w stopniu absolutnym<sup>2</sup>. W myśl poglądów TK, które należy podzielić, w demokratycznym państwie prawa nie jest konieczne tworzenie kazuistycznych regulacji, bo byłoby to niemożliwe chociażby ze względów praktycznych<sup>3</sup>. Niewątpliwie należy z jednej strony dążyć do nadania przepisom karnym możliwej do osiągnięcia precyzji, a z drugiej należy pozostawić sądom możliwość wykładni prawa w procesie jego stosowania. Czy zatem po pierwsze, norma wynikająca z § 3 art. 42 k.k. jest precyzyjna, a po drugie, na ile sąd orzekający ma realną swobodę wykładni tejże? W powyższym przypadku wątpliwości budzi brak precyzji owej normy, polegający z jednej strony na obligatoryjnym obowiązkowym orzeczeniu dożywotniego

zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych. Z drugiej zaś na niedookreśleniu reguł przyjęcia danego wypadku za szczególnie, usprawiedliwiony okolicznościami. Ponadto w szczególny sposób wskazać należy pozorną swobodę sądu w orzekaniu. Sąd orzekający nie ma co do zasady możliwości wyboru orzeczenia środka karnego w łagodniejszym wymiarze z uwagi na brak podstaw ustawowych. Tak określona ustawowo sankcja stoi w sprzeczności z zasadami indywidualizacji kary i środków karnych oraz sprzyja automatyzmowi wymiaru tego środka<sup>4</sup>. Pamiętać przy tym trzeba, że orzeczenie dożywotniego zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych zawarte w przepisie § 3 jest zasadą, a nie wyjątkiem. Nawet cele polityki karnej państwa, idące w kierunku zaostrzenia kar dla nietrzeźwych kierowców, z reguły słuszne, nie mogą przełamywać zasad demokratycznego państwa prawa w zakresie dobrej, jasnej i zrozumiałej dla obywatela legislacji. Konieczność zachowania proporcji wymiaru kar i środków karnych jest elementem konstytucyjnego prawa obywatela do sprawiedliwego procesu, a w konsekwencji do sprawiedliwego wyroku. I o ile za całkowicie naturalne i pożądane należy uznać prawo sądu do swobody wykładni przepisów prawa, oczywiście w granicach jej dopuszczalności, przy zachowaniu określonych reguł, np. zakazu analogii czy zakazu wykładni rozszerzającej przepisów warunkujących odpowiedzialność karną, o tyle brak precyzyjnego wskazania owego przypadku wyjątkowego, o którym mowa w § 3, należy w tym zakresie uznać za wadliwy. W szczególności że dotyczy to normy karnej, której orzeczenie, co do zasady, jest, a nie może być, dożywotnie. Ustawodawca, przyjmując takie przepisy norm § 3 i 4 art. 42 k.k., pozbawia więc sąd orzekający realnej możliwości sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Sąd nie

<sup>1</sup> Zob. D. Mieczkowska, *Zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2013, nr 13/4, s. 50.

<sup>2</sup> Por. A. Rychlewska, *Zasada nullum crimen sine lege na tle współczesnej idei państwa prawa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” preprint nr 7/2017, [www.czpk.pl/preprinty](http://www.czpk.pl/preprinty)

<sup>3</sup> Por. wyrok TK z 17 listopada 2015 r., K 15/13, OTK-A 2015, nr 2, poz. 16.

<sup>4</sup> Por. R. A. Stefański, *Obligatoryjny zakaz prowadzenia pojazdów*, „Prokuratura i Prawo” 2011, z. 5, s. 8.

ma bowiem możliwości przeprowadzenia postępowania w sposób, o którym mowa w art. 2 § 1 pkt 2 k.p.k., w zakresie osiągnięcia zadań postępowania karnego m.in. przez trafność zastosowania środków przewidzianych w prawie karnym. Jak bowiem dyspozycje norm § 3 i 4 art. 42 k.k. mają się do zasad sądowego wymiaru kary, o którym mowa w art. 53 i 56 k.k.? Sądowe dyrektywy wymiaru kary i środków karnych to przede wszystkim dyrektywa współmierności kary do stopnia winy sprawcy, czyli orzekanie w sposób, aby dolegliwość karna nie mogła przekraczać stopnia winy. Następnie dyrektywa współmierności kary i środków karnych do stopnia społecznej szkodliwości czynu. W dalszej kolejności to dyrektywa prewencji indywidualnej, nakazująca branie pod uwagę celów zapobiegawczych i wychowawczych, które kara i środek karny mają osiągnąć w stosunku do skazanego. W końcu jest to dyrektywa prewencji ogólnej, biorąca pod uwagę potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Orzeczenie wobec sprawcy, o którym mowa w art. 42 § 3 i 4 k.k., z jednej strony dożywotniego zakazu prowadzenia pojazdów, a z drugiej wszelkich pojazdów mechanicznych, ma niewątpliwie charakter eliminacyjny. Trudno w tych przypadkach mówić o jakiegokolwiek funkcji resocjalizacyjnej stosowania tego środka karnego. Ustawodawca poszedł po linii najmniejszego oporu, w szczególności w zakresie § 3, stosując eliminację zamiast resocjalizacji sprawcy, co w myśl dyrektyw sądowego wymiaru kary, jak i środków karnych (art. 53 i 56 k.k.) powinno być zasadą. Uzasadnione wydaje się więc przekonanie, że środek ten, o ile nie ma możliwości orzeczenia go w ramach tzw. widełek, tzn. „od-do”, nosi cechy odwetu, a nie sprawiedliwej reakcji karnej. Ustawodawca, formułując taki zapis norm prawa karnego, chyba zapomniał o zasadzie

indywidualizacji odpowiedzialności karnej. To bowiem sąd, a nie władza ustawodawcza, jest zobligowany dostosować karę i środki karne do potrzeb wychowawczego i zapobiegawczego oddziaływania na sprawcę<sup>5</sup>. Dotyczy to możliwości dokonania realnej oceny konkretnego przypadku, a w konsekwencji orzeczenia środka karnego w sposób sprawiedliwy, a nie arbitralny. Powyższe uwagi mogą stanowić uzasadnioną podstawę do stwierdzenia, że § 3 i 4 art. 42 k.k. stoją w sprzeczności z art. 10 w zw. z art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, w zakresie, w jakim ograniczają swobodę sądu w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, wprowadzając sankcję bezwzględnie oznaczoną. W takim przypadku rola sądu sprowadza się tylko do subsumpcji stanu faktycznego pod daną normę prawa karnego. W konsekwencji zaś sąd jedynie wymierza karę lub środek karny oznaczony w bezwzględny sposób przez ustawodawcę. Takie działanie nie jest sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości. Sąd orzekający pozbawiony jest tym samym swoistej swobody w kształtowaniu kary i dostosowaniu jej do dyrektyw wymiaru kary i środków karnych<sup>6</sup>.

Z zasady demokratycznego państwa prawa, o której mowa w art. 2 Konstytucji RP, wynika, że jednym z jej elementów jest zakaz nadmiernego rygoryzmu prawnego<sup>7</sup>. Zasada demokratycznego państwa prawa musi urzeczywistniać zasadę sprawiedliwości społecznej, z którą bez wątplenia wiąże się równość wobec prawa i zaprzeczenie arbitralności<sup>8</sup>. Tym samym karanie musi być sprawiedliwe oraz odpowiadać stopniowi winy, a także szkodliwości czynu z punktu widzenia indywidualnego i społecznego. Kara niesprawiedliwa lub nadmierna jest niedopuszczalna. Obywatel musi mieć zaufanie do państwa i stanowionego przez nie prawa. Sposób określenia kary musi być zgodny z racjonalnym i zgodnym z Konstytucją dzia-

<sup>5</sup> Por. wyrok SA w Szczecinie z 2 lipca 2015 r., II AKa 105/15, LEX nr 1798728.

<sup>6</sup> Por. R. A. Stefański, *Środki karne po nowelizacji w 2015 r.*, Warszawa 2016, s. 268.

<sup>7</sup> Por. wyrok TK z 20 czerwca 2017 r., P 124/15, OTK-A 2017, poz. 50.

<sup>8</sup> Por. wyrok z 24 lutego 1999 r., SK 4/98, OTK ZU 1999, nr 2, poz. 24; z 18 marca 2014 r., SK 53/12, OTK-A 2014, nr 3, poz. 32.

łaniem legislacyjnym. Zasada ta wyraża także regułę jednoznaczności prawa, która z kolei oznacza formułowanie przepisu w sposób poprawny, precyzyjny i jasny. Przepis powinien być konstruowany w sposób niebudzący istotnych wątpliwości prawnych<sup>9</sup>. Z zasady tej wynika reguła proporcjonalności przejawiająca się jako zakaz nadmiernej ingerencji w prawa i wolności obywatelskie<sup>10</sup>. Brak, co do zasady, w § 3 art. 42 k.k., a w zakresie § 4 tegoż artykułu, możliwości całkowitej rehabilitacji sprawcy, poprzez niewskazanie jasno sprecyzowanych warunków odstąpienia przez sąd od konieczności wymierzenia dożywotniego zakazu, nie jest rozwiązaniem trafnym. Tym samym w dwóch przypadkach ustawodawca wprowadził identyczną represję karną, nie zachowując zasady proporcjonalności. Bez względu zatem, czy sprawca popełnia jedno z przestępstw, za które sąd orzeka dożywotni zakaz po raz pierwszy, czy popełnia je po raz kolejny, sankcja jest taka sama. Nie zmienia tego faktu, co do zasady, nawet wprowadzona klauzula generalna, na podstawie której sąd może odstąpić od orzeczenia tego środka, gdy dana sprawa stanowi wyjątkowy wypadek uzasadniony szczególnymi okolicznościami.

Omawiane przepisy jawią się jako niezgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, o czym dalej. Jak należy więc tłumaczyć *ratio legis* owego środka karnego, skoro zasadą jest jego obligatoryjne orzeczenie w obu, przecież z punktu widzenia sądowego wymiaru kary odmiennych, przypadkach. W omawianej regulacji § 3 art. 42 k.k. brak jest ponadto możliwości wska-

zania przez sąd zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych tylko do pojazdów określonego rodzaju, tożsamy lub zbliżony rodzajowo do pojazdu, którym sprawca poruszał się, popełniając przestępstwo. Taką alternatywę zawiera przepis § 1 i 2 art. 42 k.k. Określenie „wszelkie pojazdy mechaniczne” oznacza przecież każdy i bez wyjątku pojazd mechaniczny, w tym – co oczywiste – objęte są tym pojęciem uprawnienia do prowadzenia pojazdów mechanicznych we wszystkich strefach ruchu<sup>11</sup>. Przypomnieć w tym miejscu należy, że Kodeks karny nie zawiera legalnej definicji pojazdu mechanicznego. Nie definiuje tego pojęcia również ustawa Prawo o ruchu drogowym, gdyż w art. 2 pkt 32 określa inny rodzaj pojazdu, a mianowicie pojazd silnikowy<sup>12</sup>. Zgodzić należy się z R. A. Stefańskim, że definicja ta nie jest przydatna w omawianym zakresie, gdyż określa inny rodzaj pojazdu<sup>13</sup>. W myśl orzecznictwa SN za pojazdy mechaniczne należy uznać pojazdy zaopatrzone w poruszający je silnik – a więc pojazdy samochodowe, maszyny rolnicze, motocykle, lokomotywy kolejowe, samoloty, helikoptery, statki wodne i inne, jak również pojazdy szynowe zasilane z trakcji elektrycznej, takie jak tramwaje czy trolejbusy<sup>14</sup>. Do tej kategorii SN zalicza również motorowery<sup>15</sup>. Każde orzeczenie dożywotniego zakazu prowadzenia pojazdu mechanicznego dotyczyć będzie wszystkich powyżej wskazanych pojazdów. Trudno uznać, że orzeczenie dla sprawcy karanego po raz pierwszy tak rygorystycznego zakazu nosi cechy proporcjonalności, jak i sprawiedliwości społecznej.

<sup>9</sup> Por. wyrok TK z 17 grudnia 2002 r., U 3/02, OTK-A 2002, nr 7, poz. 95; z 14 lutego 2012 r., P 20/10, OTK-A 2012, nr 2, poz. 15.

<sup>10</sup> Por. wyrok TK z 12 lutego 2014 r., K 23/10, OTK-A 2014, nr 2, poz. 10; z 31 stycznia 2013 r., K 14/11, OTK-A 2013, nr 1, poz. 7.

<sup>11</sup> Por. R. A. Stefański, *Zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych na zawsze*, „Prokuratura i Prawo” 2000, z. 7–8, s. 131–135.

<sup>12</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1260.

<sup>13</sup> Por. R. A. Stefański, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 października 2007 r., sygn. III KK 270/07*, „Prokuratura i Prawo” 2008, z. 5, s. 165 i n.

<sup>14</sup> Zob. wyrok SN z 25 października 2007 r., III KK 270/07, Biuletyn PK 2008, nr 1, poz. 1.2.2.

<sup>15</sup> Por. uchwała SN z 12 maja 1993 r., I KZP 9/93, OSNKW 1993, nr 5–6, poz. 27; wyrok SN z 4 listopada 2016 r., V K 259/16, LEX nr 2147289.

Ponadto nie wydaje się, aby tak wymierzony środek karny był zgodny z zasadą humanitaryzmu, w tym z poszanowaniem godności człowieka, określonej przecież w art. 3 k.k. Zasada ta jest również zasadą konstytucyjną<sup>16</sup>. Według SN zasada humanitaryzmu jest związana ze stosowaniem kar oraz innych środków przewidzianych w Kodeksie karnym i sprowadza się do minimalizacji cierpień, dolegliwości i innych niedogodności związanych z realizacją norm prawa karnego<sup>17</sup>. Obligatoryjne wymierzenie dożywotniego zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych, a przede wszystkim za pierwsze przestępstwo, nie spełnia tych wymogów w sposób oczywisty.

### ZASADA PROPORCJONALNOŚCI

Jak wynika z treści art. 31 ust. 3 Konstytucji, ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne. TK wskazuje, że wspomniana w powyższym artykule Konstytucji „konieczność” musi być rozumiana szeroko, jako postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzanych ograniczeń<sup>18</sup>. Wprowadzenie koniecznych ograniczeń musi odbywać się poprzez skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla praw i wolności obywatelskich<sup>19</sup>. Tym samym musi być zachowana swoista równowaga pomiędzy wartościami usprawiedliwiającymi ingerencję w dane prawa i wolności a stop-

niem tej ingerencji w dane prawa i wolności oraz związane z tym uciążliwości dla jednostki<sup>20</sup>. Dla oceny poziomu owej ingerencji przydatny jest test proporcjonalności. Polega on na każdorazowym zbadaniu, czy wprowadzająca ograniczenia regulacja prawna ma uzasadnienie w potrzebie ochrony innej wartości konstytucyjnej, spośród wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, czy regulacja ta może doprowadzić do zamierzonego przez ustawodawcę celu, czy jest ona konieczna dla wartości konstytucyjnych, które ma chronić, oraz czy efekty tej regulacji są proporcjonalne do ciężarów nakładanych przez nią na jednostki<sup>21</sup>. Wydaje się, że ustawodawca w przypadku wprowadzenia do przestrzeni prawnej przepisu § 3 art. 42 k.k. nie przeprowadził testu proporcjonalności we właściwy sposób, o ile w ogóle go przeprowadził. Nierówność w traktowaniu sprawców różnych przestępstw jest tu oczywista. Przywołane w literaturze przedmiotu porównanie lepszej sytuacji prawnej i życiowej sprawcy zabójstwa, który działa z winy umyślnej, gdy chce lub godzi się na pozbawienie życia człowieka, z sytuacją potencjalnego kierowcy, który dożywotnio nie będzie mógł prowadzić wszelkich pojazdów mechanicznych, jest tego najlepszym dowodem<sup>22</sup>. Potencjalny zabójca może wyjść po odbyciu, co do zasady, kary od 8 do 15 lat, czy nawet 25 lat, a dodatkowo kara taka, na mocy art. 107 § 1 k.k., ulega obligatoryjnemu zatarciu z mocy prawa z upływem 10 lat od jej wykonania, bo w kontekście powyższych rozważań tylko taki stan faktyczny nas intere-

<sup>16</sup> Por. B. Kunicka-Michalska, *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. A. Stefański, Warszawa 2015, s. 54.

<sup>17</sup> Postanowienie SN z 19 października 2010 r., II KK 224/10, Biuletyn PK 2010, nr 6.

<sup>18</sup> Por. wyrok TK z 22 września 2005 r., Kp 1/05, OTK-A 2005, nr 8, poz. 93; wyrok TK z 22 września 2009 r., P 46/07, OTK-A 2009, nr 8A, poz. 126.

<sup>19</sup> Por. wyrok TK z 11 maja 1999 r., K 13/98, OTK 1999, nr 4, poz. 74; z 26 marca 2007 r., K 29/06, OTK-A 2007, nr 3, poz. 30; z 11 kwietnia 2000 r., K 15/98, OTK 2000, nr 3, poz. 86.

<sup>20</sup> Por. M. Szydło, *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 799–807.

<sup>21</sup> Zob. wyrok TK z 29 czerwca 2001 r., K 23/00, Dz.U. nr 69, poz. 724; wyrok z 1 czerwca 2014 r., SK 6/12, OTK-A 2014, nr 7, poz. 68. Zob. też M. Szydło, *Konstytucja*, s. 803.

<sup>22</sup> Zob. D. Mieczkowska, *Zakaz*, s. 64. Autorka wyraża przekonanie, że w dużo lepszej sytuacji znajdują się zabójcy, którzy po odbyciu kary pozbawienia wolności mają szansę na poprawę swojego dotychczasowego postępowania czy wyjścia na wolność, w przeciwieństwie do sprawców, wobec których sąd orzekł dożywotni zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów. Zob. też R. A. Stefański, *Obligatoryjny zakaz*, s. 9.

suje. W przypadku zaś orzeczonego zakazu z § 3 i 4 art. 42 k.k., na mocy przepisu art. 84 § 2a k.k., środek karny może jedynie zostać skrócony, a tym samym uznany za wykonany. Warunkiem jest jednak przestrzeganie w okresie jego trwania porządku prawnego i istniejąca wobec sprawcy pozytywna prognoza kryminologiczna. Środek ten jednocześnie musi być wykonywany wobec skazanego przez minimum 15 lat. Dodatkową okolicznością świadczącą o braku zachowania proporcji jest to, że na podstawie przepisu art. 107 § 6 k.k. środek karny nie może ulec zatarciu przed jego wykonaniem, darowaniem lub przedawnieniem jego wykonania. Oznacza to, że w przypadku orzeczenia dożywotniego zakazu i braku zgody sądu na skrócenie okresu jego stosowania sprawca w najgorszym razie nie będzie miał nigdy możliwości skorzystania z jego zatarcia. Trudno o bardziej konkretny przykład na dożywotnią stygmatyzację sprawcy, który wprawdzie postąpił niezgodnie z prawem, naruszył zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym, ale zrobił to pierwszy raz. Ten jedyny przypadek nie jest jednak sam w sobie sytuacją wyjątkową uzasadnioną szczególnymi okolicznościami. Gdyby tak było, ustawodawca wprowadziłby zapewne dodatkową gradację wymiaru obowiązku wykonania tego środka karnego. Sytuacja sprawcy, ale i jego najbliższych, robi się niezwykle dramatyczna, w przypadku gdy jest on przykładowo jedynym żywicielem rodziny, a także gdy pracuje zawodowo jako kierowca. Ponadto dolegliwość ta jest nadmierna, jeżeli z okoliczności faktycznych wynika, że w życiu codziennym, z uwagi na miejsce zamieszkania, sprawca musi korzystać z pojazdów mechanicznych. To prawda, że nie może schodzić z pola widzenia fakt, iż sprawca popełnił przestępstwo, spowodował swoim czynem tragedię w życiu innych osób. Nie oznacza to jednak zgody dla ustawowego braku możliwości rehabilitacji skazanego, często młodego człowieka. Dolegliwość ta ma walor nie tylko karny, ale i ekonomiczny. Taki stan rzeczy upoważnia do przyjęcia założenia, że dożywotni zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych z § 3 narusza także

prawo obywatela do wolności wyboru i wykonywania zawodu, o której mowa w art. 65 ust. 1. Konstytucji RP. Tym samym sąd orzekający, nie mając poniekąd wyboru z uwagi na przepis ustawy, działa w sposób arbitralny i ogranicza dożywotnio możliwość wykonywania określonego zawodu czy zatrudnienia sprawcy. Podobnie będzie w przypadku recydywy skutkującej bezwzględnym zakazem prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych z § 4 art. 42 k.k., w przypadku ponownego prowadzenia pojazdu przez osobę będącą w stanie nietrzeźwości, pod wpływem środka odurzającego lub w razie jej zbiegnięcia z miejsca zdarzenia. Czy jednak tak skonstruowana regulacja, niedająca sprawcy *ex lege* żadnych realnych gwarancji uzyskania ponownie uprawnień do kierowania pojazdami mechanicznymi, spełnia wspomnianą konstytucyjną zasadę proporcjonalności?

#### UWAGI DE LEGE FERENDA

Z uwagi na niezwykle istotny problem prawny, jak i społeczny omawianej regulacji niezbędna wydaje się być w tym zakresie interwencja ustawodawcy. Remedium na powyższe wątpliwości z całą pewnością byłaby konieczność przeprowadzenia zmian legislacyjnych idących w kierunku orzekania tego środka karnego zgodnie z zasadami demokratycznego państwa prawnego. W zakresie § 3 art. 42 k.k. wystarczyłoby wskazać zakres widelkowy znacznie szerszy niż ten z § 1 i 2, na który sąd mógłby orzekać zakaz prowadzenia pojazdów, w tym pojazdów określonego rodzaju, wobec sprawcy przestępstw tam wskazanych. Ponadto należałoby odwrócić proporcję owego zakazu poprzez wprowadzenie przepisu, że sąd orzeka dożywotni zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych albo pojazdów określonego rodzaju, ale tylko w wyjątkowym wypadku, uzasadnionym szczególnymi okolicznościami. Dodatkowo, co wydaje się wręcz oczywiste, sąd orzekający powinien mieć prawo do samodzielnej oceny danego przypadku i wy-

mierzać kary i środki karne według jasnych kryteriów, przykładowo „od-do”. Celowe byłoby również określenie na nowo zasad, na podstawie których sprawca mógłby starać się o uznanie owego środka karnego za wykonany, co zmuszałoby, być może, do nowelizacji również art. 84 k.k. W przedmiotowej

sprawie zapewne powinien wypowiedzieć się TK. W dacie opracowywania artykułu w powyższym, lecz nieco zawężonym zakresie, co zresztą wynika z ustawowego upoważnienia<sup>23</sup>, skierowane zostało do TK przez SR w Chojnicach pytanie prawne, czyniące przedmiotem kontroli Trybunału przepis art. 42 § 4 k.k.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Zob. art. 193 Konstytucji RP, który upoważnia każdy sąd do zadania pytania prawnego TK co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją RP, jeżeli od udzielenia odpowiedzi zależy rozstrzygnięcie w sprawie toczącej się przed sądem. Zob. także art. 33 ust. 3 i art. 42 pkt 4 ustawy z 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, Dz.U. z 2016 r. poz. 2072.

<sup>24</sup> Sprawa zawisła przed TK pod sygnaturą P 3/17, zob. [www.trybunal.gov.pl](http://www.trybunal.gov.pl). Z informacji na stronie wynika, że pytanie prawne dotyczyło § 4 art. 42 k.k. Tymczasem lektura pytania prawnego wskazuje, że chodzi o § 3 art. 42 k.k.

## Summary

*Robert Rynkun-Werner*

### **OBLIGATORY PROHIBITION OF DRIVING A MOTOR VEHICLES AND THE CONSTITUTIONAL VALUES OF A DEMOCRATIC STATE OF LAW**

According to the constitutional principle of proportionality, the ban to drive a vehicle, which is announced on the basis of Art. 42 § 3 or 4 Polish Criminal Code, is marked by strictness which is not necessary in the democratic state of law to ensure security in transport. Obligatory character of this ban adversely affects the freedom of decision of the court leading to automatic an schematic delivering judgment. The author criticizes the mandatory basis on which the prohibition to drive vehicles is imposed, deeming the said basis limiting a judge's discretionary powers and leading to mechanical application of the discuss measure.

**KEY WORDS:** Constitution, criminal proceedings, lifetime ban on driving, prohibition, punitive measure, principle of proportionality

**POJĘCIA KLUCZOWE:** Konstytucja, postępowanie karne, dożywotni zakaz prowadzenia, zakaz, środek karny, zasada proporcjonalności



## PRZEMOC WOBEC MAŁOLETNIICH W ŚWIETLE NOWELIZACJI Z 23 MARCA 2017 R. ORAZ ANALIZY WYNIKÓW BADAŃ AKTOWYCH

Zjawisko przemocy wobec małoletnich stanowi jeden z głównych problemów społecznych o charakterze interdyscyplinarnym, dlatego też jest ono przedmiotem rozlicznych publikacji między innymi z dziedziny prawa, jak i socjologii.

Dane statystyczne Komendy Głównej Policji w odniesieniu do przemocy w rodzinie na podstawie procedury „Niebieskiej Karty” wskazują, że w 2016 r. ponad 15% ofiar przemocy w rodzinie stanowiły osoby małoletnie. I choć na podstawie danych statystycznych liczba małoletnich ofiar przemocy w rodzinie sukcesywnie maleje<sup>1</sup>, to niewątpliwie należy mieć na uwadze również tzw. szarą strefę obejmującą nieujawnione akty przemocy wobec małoletnich, której skali nie sposób zmierzyć.

Niniejszy artykuł stanowi swoistą próbę analizy prawnokarnej odpowiedzialności sprawców przemocy wobec małoletnich w oparciu o ustawę z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego<sup>2</sup> zastrzegającą kary za przestępstwa wobec małoletnich oraz próbę dokonania ogólnej charakterystyki sylwetki sprawców na podstawie danych zawartych w aktach prokuratorskich i sądowych.

W dniu 13 lipca 2017 r. weszła w życie ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz ustawy Kodeks postępowania karnego zastrzegającą kary dla sprawców przemocy wobec małoletnich. Przedmiotowa

nowelizacja wprowadziła zmianę w treści art. 53 § 2 k.k., zawierającego katalog okoliczności istotnych dla wymiaru kary, stanowiącego, że wymierzając karę, sąd uwzględnia w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, zwłaszcza w razie popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia, popełnienie przestępstwa wspólnie z nieletnim, rodzaj i stopień naruszenia ciężących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu, a zwłaszcza staranie o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a także zachowanie się pokrzywdzonego.

Mając powyższe na uwadze, wskazać należy, że obowiązek uwzględnienia przy wymiarze kary motywacji i sposobu zachowania się sprawcy został uzupełniony o wskazanie, że sąd winien uwzględniać motywację oraz sposób zachowania sprawcy zwłaszcza w razie popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia. Sąd zatem każdorazowo przy wymiarze kary obowiązany jest do sprawdzenia, czy przestępstwo nie zostało popełnione na szkodę małoletniego, a jeśli tak, to winien jest wymierzyć karę wyższą niż w przypadku przestępstwa analogicznego popełnionego bez szkody na małoletnim.

Zmianie uległa również treść art. 189 k.k.,

<sup>1</sup> W 2015 r. małoletnie ofiary przemocy w rodzinie stanowiły 18% ogółu ofiar, natomiast w 2014 r. małoletni stanowili 20% ogółu ofiar.

<sup>2</sup> Dz.U. z 2017 r. poz. 773.



kryminalizującego bezprawne pozbawienie wolności człowieka, poprzez dodanie § 2a, stanowiącego, że jeżeli pozbawienie wolności trwające dłużej niż 7 dni dotyczy osoby nieporadnej ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny, to sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12. W uzasadnieniu wskazano, że odebranie wolności małoletniemu, przetrzymywanie go w zamkniętych pomieszczeniach może mieć dalece bardziej szkodliwe skutki niż te, które występują w przypadku bezprawnego pozbawienia wolności osób dorosłych. W związku z niniejszym za uzasadnione uznano wyjęcie zachowań polegających na pozbawieniu wolności małoletniego poniżej 15. roku życia z zakresu typu podstawowego i przeniesienie do typu kwalifikowanego, co ma zarazem gwarantować prawidłowe odzwierciedlenie poziomu społecznej szkodliwości takiego czynu zabronionego<sup>3</sup>.

W art. 207 k.k. dokonano zmiany poprzez dodanie § 1a, stanowiącego, że kto znęca się fizycznie lub psychicznie nad osobą nieporadną ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Ponadto ustawodawca dokonał zróżnicowania osoby pokrzywdzonego, decydując się na wprowadzenie dwóch odrębnych typów znęcania się – nad osobą najbliższą lub nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy oraz – nad osobą nieporadną ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny, podnosząc jednocześnie w tym ostatnim przypadku ustawowe zagrożenie karą pozbawienia wolności.

Obostrzeniu ulega również kara za porzucenie, gdyż jak stanowi art. 210 k.k., kto wbrew obowiązkowi troszczenia się o małoletniego poniżej lat 15 albo o osobę nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny osobę tę porzuca, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 (§ 1), natomiast jeżeli na-

stępstwem czynu jest śmierć małoletniego poniżej lat 15 albo osoby nieporadnej ze względu na stan psychiczny lub fizyczny, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12 (§ 2). Dotychczas sprawcy porzucenia osoby małoletniej poniżej lat 15 bądź osoby nieporadnej groziła kara pozbawienia wolności do lat 3, natomiast w przypadku śmierci osoby porzuconej sprawcy groziła kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Wreszcie niniejszą nowelizacją dokonano zmiany w art. 211 k.k., stanowiącym, że kto wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru uprowadza lub zatrzymuje małoletniego poniżej lat 15 albo osobę nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Dokonano zmiany ustawowego zagrożenia z dotychczasowej kary pozbawienia wolności do lat 3 na karę pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. W uzasadnieniu wskazano, że zagrożenie sankcją karną za popełnienie przestępstwa uprowadzenia lub zatrzymania małoletniego lub osoby nieporadnej jest nieadekwatne do stopnia społecznej szkodliwości czynu i nie czyni zadość obowiązkowi ochrony karnoprawnej dobra, jakim jest nie tylko rodzina i opieka, ale także zdrowie i bezpieczeństwo małoletniego poniżej lat 15 lub osoby nieporadnej ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny<sup>4</sup>.

Prawo karne winno gwarantować możliwie najwyższy i jednocześnie efektywny poziom ochrony najważniejszych dóbr prawnych, co niewątpliwie przyświecało nowelizacji ostrzegającej wymiar kary sprawców przestępstw wobec małoletnich. W tym miejscu należy postawić pytanie o to, kim są sprawcy przemocy wobec małoletnich, z jakiego środowiska pochodzą oraz czym kierują się, dopuszczając się przestępstw na szkodę małoletnich. Odpowiedzi na powyższe pytania udzieli szczegółowa analiza wyników badanych akt spraw prokuratorских oraz sądowych, które pozwoliły na

<sup>3</sup> <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aOqBAyInBOQJ:orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/C82FD2CAF85A8A2FC125803500244863/%2524File/846-ustawa.docx+%&cd=1&hl=pl&ct=clnk&gl=pl> (01.08.2017).

<sup>4</sup> *Ibidem*.

dokonanie charakterystyki sprawców, a także ofiar przemocy.

Badania poświęcone charakterystyce sprawców przemocy oraz ich małoletnich ofiar należy do monograficznych badań określonego układu społecznego. Nie podlegają one specyficznym technikom badawczym, lecz opierają się na specjalnym sposobie organizowania danych społecznych, przy równoczesnym podkreśleniu jednolitego charakteru badanego układu<sup>5</sup>.

Przewód sądowy każdego indywidualnego przypadku i prawomocne wyroki skazujące należy analizować w ujęciu sytuacji społecznej skazanych sprawców czynów karalnych, a także ich ofiar. Uzyskane wyniki badań aktywnych mogą stanowić podstawę do naukowego wyjaśnienia związków zachodzących zarówno w rodzinie, jak i poza nią, w których czyny zakazane odpowiadają za degradację podstawowych więzi społecznych. Analiza dokumentów osobistych oraz oficjalnych dokumentów sądowych i prokuratorskich to kategoria badań jakościowych, gdyż opisu konkretnej osoby dokonuje się zarówno w kontekście kulturowym, jak i społecznym. Ten rodzaj dokumentacji dostarcza wielu informacji odnoszących się do zjawiska przestępstwa, osoby sprawcy, a także osób pokrzywdzonych<sup>6</sup>.

Do opracowania tej części artykułu analizie poddane zostały obszernie wyciągi z akt spraw zawierających zarzuty przeciwko oskarżonym, treść zeznań oraz przesłuchań, informacje dotyczące dotychczasowego życia sprawców na podstawie między innymi wywiadów środowiskowych. Dobór akt spraw odbywał się w sposób losowy i obejmował zarówno sprawy zakończone prawomocnymi wyrokami skazującymi, uniewinnieniem sprawców, jak i umorzeniem postępowania na etapie postępowania przygotowawczego. Analizowane akta spraw pochodziły z Proku-

ratury Rejonowej w Koszalinie (53,1%) oraz Wydziałów Karnych Sądu Rejonowego w Koszalinie (46,9%). W blisko co drugiej badanej sprawie czyn zabroniony popełniony przez określonego sprawcę został zakwalifikowany z art. 200 k.k., tj. seksualne wykorzystywanie małoletniego, w 28% analizowanych spraw podstawą prawną był art. 207 k.k., tj. znęcanie się fizyczne lub psychiczne, natomiast w 10% były to czyny zabronione z art. 197 k.k., czyli zgwałcenie i wymuszenie czynności seksualnej. Najmniejsza liczba postępowań karnych toczyła się w oparciu o art. 190 k.k., tj. groźby karne, oraz art. 201 k.k. – kaziroddstwo<sup>7</sup>.

Omawiane przestępstwa popełniały w świetle zebranych danych głównie osoby dojrzałe, znajdujące się między 36. a 45. rokiem życia. Była to grupa najliczniejsza, która stanowiła 27,3% ogółu badanych sprawców.

Tabela 1. Wiek sprawców przestępstw dokonanych na osobach małoletnich

Wiek sprawców	Dane procentowe
18–25	18,2%
26–35	9,1%
<b>36–45</b>	<b>27,3%</b>
46–60	12,1%
Więcej niż 60	15,2%

Źródło: opracowanie własne

Powyższe zestawienie pozwala sformułować wnioski, że za przestępstwa popełniane na osobach małoletnich w dużej mierze odpowiedzialność ponoszą osoby znajdujące się na etapie rozwoju średniej dorosłości, aczkolwiek również istotną część badanych sprawców, bo 18,2% ogółu, stanowiły osoby znajdujące się w wieku adolescencji.

Dokonując próby stworzenia portretu sprawcy przestępstw przeciwko małoletnim, istotne jest wskazanie także płci sprawcy.

<sup>5</sup> *Wstęp do metodologii badań politologicznych*, [http://ptg.edu.pl/wp-content/uploads/2013/10/Pawluszko\\_Tomasz\\_Wstep\\_do\\_metodologii\\_nauk\\_politycznych.pdf](http://ptg.edu.pl/wp-content/uploads/2013/10/Pawluszko_Tomasz_Wstep_do_metodologii_nauk_politycznych.pdf) (04.08.2017).

<sup>6</sup> K. Marzec-Holka, *Przemoc seksualna wobec dziecka*, Kraków 2011, s. 105.

<sup>7</sup> Ustawa Kodeks karny z 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1137).

Tabela 2. Płeć sprawców przestępstw przeciwko małoletnim

Płeć sprawcy	Dane procentowe	Dane liczbowe
Kobieta	6%	2
Męczyzna	94%	31

Źródło: opracowanie własne

Mając na uwadze wyniki prowadzonych badań i opracowane na ich podstawie zestawienie, nie budzi wątpliwości fakt, że sprawcami przestępstw wobec dzieci najczęściej są mężczyźni (94%). Zaledwie 6% badanych spraw dotyczyło przestępstw popełnionych przez kobiety. Otrzymany wynik znajduje swoje potwierdzenie również w danych statystycznych Komendy Głównej Policji<sup>8</sup>.

Z aktami przemocy wobec małoletnich silnie skorelowana jest kwestia relacji łączącej sprawcę z pokrzywdzonym małoletnim. Wyniki badań w aspekcie owej relacji ukazuje poniższa tabela.

Tabela 3. Rodzaj relacji łączącej sprawcę z pokrzywdzonym małoletnim

Wzajemny stosunek sprawców i ofiar	Dane procentowe
Obcy	28%
Ojciec	50%
Dziadek	9%
Wujek	6%
Matka	3%
Rodzice zastępczy	3%

Źródło: opracowanie własne

Analiza przedmiotowej tabeli pozwala wskazać, że w blisko 18 przypadkach, stanowiących 53% ogółu badanych spraw, sprawcami przestępstw wobec małoletnich są rodzice.

W co drugim badanym przypadku małoletni doświadczali aktów przemocy od ojców.

Otrzymane wyniki badań potwierdzają tezę o bliskiej relacji występującej pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym małoletnim. Większość badanych ofiar zdecydowanie znała swoich oprawców (71%). Blisko w co czwartym przypadku czynu zabronionego wobec dziecka dopuszczała się osoba obca<sup>9</sup>. Warto jest jednak wskazać, że osobą obcą dla małoletniego jest taka osoba, z którą małoletni nie jest w żaden sposób spokrewniony, aczkolwiek nie jest to osoba anonimowa, ponieważ najczęściej funkcjonuje w środowisku dziecka, wypełniając przy tym różne role społeczne.

Niewątpliwie istotne znaczenie w charakterystyce sprawców przestępstw przeciwko małoletnim ma również ich wcześniejsza karalność. Wyniki badań wskazały, że 27,3% spośród badanych już wcześniej popadło w konflikt z prawem. Niemniej jednak blisko w 33% badanych spraw brak było informacji o ewentualnej karalności podejrzanego bądź oskarżonego w zależności od etapu badanej sprawy. Zaledwie w jednym przypadku był to czyn na tle seksualnym dokonany na szkodę osoby małoletniej.

W toku prowadzonych postępowań karnych blisko co trzeci sprawca był poddany badaniom dokonywanym przez biegłych sądowych. Najczęściej byli to specjaliści z zakresu psychologii, psychiatrii oraz – co wydaje się oczywiste – seksuologii. W wielu przypadkach biegli orzekali o zespole zależności alkoholowej sprawców, zaburzeniach osobowości, zespole psychoorganicznym otępienno-charakteropatycznym, tj. zaburzeniach preferencji seksualnej (pedofilii), czy również o braku istnienia biologicznych uwarunkowań czynników psychicznych lub dewiacji seksualnej, które obniżałyby stopień poczytalności. Klasyycznym problemem stawianym w wiktymologii kryminalnej jest kwestia ustalenia wpływu ofiary na powzięcie i realizację zamiaru przestępczego. Niekiedy pierwsze próby

<sup>8</sup> *Przemoc w rodzinie*, <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przemoc-w-rodzinie/50863,Przemoc-w-rodzinie.html> (06.08.2017).

<sup>9</sup> Por. K. Marzec-Holka, *Przemoc seksualna wobec dziecka*, s. 124.

spojrzenia na niektóre przestępstwa, zwłaszcza z użyciem przemocy, z punktu widzenia ofiary wykazały, że często właśnie ofiara jest aktywnym uczestnikiem w kształtowaniu się ich genezy<sup>10</sup>. Marcus Sengstock i James Liang wskazali, że rolę ofiary w genezie przestępstwa można analizować, mając na względzie trzy modele. Pierwszy nawiązuje do modelu ofiary „przyspieszającej”, w którym ofiara pobudza i przyspiesza przestępcę do czynu zabronionego. Drugie ujęcie to model konfliktu, z którym mamy do czynienia, kiedy ofiara i przestępca uwikłani są w konflikt i w swoich rolach występują alternatywnie. Trzecie ujęcie opiera się na modelu „ofiary dostępnej”, w którym przestępca zaobserwował ofiarę i może przewidzieć jej zachowanie, natomiast sama ofiara ma ograniczoną świadomość jego obecności<sup>11</sup>. Z uwagi na charakter niniejszego artykułu najważniejszy wydaje się model „ofiary dostępnej”, gdyż – jak wskazały otrzymane wyniki badań – 71% sprawców znalazło swoje przysze ofiary.

Wiek niewątpliwie odpowiada za poziom świadomości zagrożenia przestępstwem, toteż osoba młoda wiekiem na skutek niewykształconych mechanizmów obronnych, siły fizycznej, agresywności i ostrożności, bądź też ich braku, najczęściej pada ofiarą przestępstw, stanowiąc jednocześnie łatwy cel dla potencjalnego sprawcy<sup>12</sup>.

Analiza materiału empirycznego pod względem zmiennej wieku małych ofiar przestępstwa wskazała, że najwięcej małych ofiar znajdowało się w okresie dojrzewania, tj. 12–15 lat (42%), natomiast 24% spośród nich znajdowało się w okresie dzieciństwa<sup>13</sup>. W świetle uzyskanych wyników badań mniej narażeni na agresję są małe dzieci w wieku 16–18 lat, którzy stanowili 6% badanych.

Tabela 4. Wiek małej ofiary przestępstwa

Wiek dziecka	Dane procentowe
0–3	0%
4–7	24,2%
8–11	24,2%
12–15	42,4%
16–18	6,1%

Źródło: opracowanie własne

W odniesieniu do zmiennej płci małych ofiar wyniki badań wykazały, że ofiarami 34 badanych sprawców było 47 dzieci, w tym zdecydowaną większość stanowiły dziewczęta – 29 osób, natomiast 18 ofiar to chłopcy. Na tej podstawie można sformułować wniosek, że małe dziewczęta o wiele częściej padają ofiarami przestępstw w porównaniu z chłopcami, z racji swojej płci<sup>14</sup>.

W kontekście postępowań, w których pokrzywdzonym jest osoba mała, niewątpliwie istotną czynnością jest jego przesłuchanie. O doniosłości niniejszej czynności świadczy fakt, że odbywa się ono na podstawie szczególnych uregulowań kodeksowych zawartych w art. 185a k.p.k. W sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, przestępstwa przeciwko wolności, w tym seksualnej, i obyczajowości oraz przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przesłuchuje się w charakterze świadka tylko wówczas, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, i tylko raz, chyba że wyjdą na jaw istotne okoliczności (...). Przesłuchanie z udziałem małego przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa. Na rozprawie głównej odtwarza się sporządzony zapis obrazu i dźwięku przesłuchania

<sup>10</sup> E. Bienkowska, *Wpływ zachowania ofiary na rozstrzygnięcie sprawy o zgwałcenie*, (w:) K. Marzec-Holka, *Przemoc seksualna wobec dziecka*, Kraków 2011, s. 126.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 1994, s. 510.

<sup>13</sup> J. Trempała, B. Harwas-Napierała, *Psychologia rozwoju człowieka. Charakterystyka okresów życia człowieka*, Warszawa 2017, s. 50.

<sup>14</sup> B. Hołyst, *Kryminologia*, s. 511.

oraz odczytuje się protokół przesłuchania<sup>15</sup>. Małoletniego pokrzywdzonego przesłuchuje się w specjalnych warunkach, kiedy istnieje uzasadniona obawa, że owo przesłuchanie może wywrzeć negatywny wpływ na jego stan psychiczny. Najczęściej odbywa się ono w tzw. „przyjaznych pokojach” umiejscowionych w budynku sądu bądź tzw. „niebieskich pokojach” znajdujących się w komendach policji. Przesłuchiwane dziecko ma do dyspozycji między innymi zabawki, kredki i kolorowanki, za pomocą których może wyrazić swoje emocje pod opieką psychologa, który analizuje w ten sposób zachowanie dziecka i udzielane przez niego odpowiedzi, wykluczając skłonności do konfabulacji i podatność na sugestie osób trzecich.

Otrzymane wyniki badań wskazują, że w 69% analizowanych spraw z udziałem małoletniego odbyło się tylko jedno przesłuchanie. W niespełna 10% badanych spraw małoletni poddani zostali dwukrotnemu przesłuchaniu z uwagi na złą kondycję psychiczną małoletniego pokrzywdzonego. W jednej z analizowanych spraw małoletni, znajdując się pod silnym wpływem sugestii najbliższych, odmówili uczestnictwa w przesłuchaniu. Z punktu widzenia przesłuchania osoby małoletniej istotne jest uczestnictwo osób trzecich w przebiegu niniejszych czynności.

Tabela 5. Podmioty uczestniczące w przesłuchaniu małoletniego

Podmiot uczestniczący	Dane procentowe	Dane liczbowe
Funkcjonariusz policji	1,7%	1
<b>Prokurator</b>	<b>31%</b>	<b>18</b>
Jeden z rodziców	6,9%	4
Pedagog	1,7%	1
<b>Psycholog</b>	<b>34,5%</b>	<b>20</b>
<b>Sędzia</b>	<b>20,7%</b>	<b>12</b>
Inna osoba	3,4%	2

Źródło: opracowanie własne

Na podstawie powyższego zestawienia tabelarycznego wskazać należy, że w 31% badanych spraw w czynnościach przesłuchania małoletnich obecny był prokurator, w 34,5% psycholog oraz w 20,7% sędzia. Jedynie w czterech analizowanych sprawach w czasie przesłuchania obecny był również jeden z rodziców małoletniego. Uczestnictwo rodzica w czynnościach z udziałem małoletniego ma na celu wzbudzenie poczucia bezpieczeństwa oraz zaufania, a także obniżenie poczucia stresu wynikającego z sytuacji, której małoletni doświadcza. Wskazać jednak należy, że obecność rodzica w czynnościach przesłuchania małoletniego niekiedy nie jest wskazana, co więcej – może powodować skutki odwrotne do zamierzonych, głównie w sprawach, w których małoletni doświadczał aktów przemocy właśnie ze strony rodziców.

W zdecydowanej większości analizowanych przypadków (63,6%) przesłuchanie odbywało się w budynku sądu bądź prokuratury, w specjalnie przeznaczonym do tego pomieszczeniu. Wyżej wymienione osoby uczestniczą w czynnościach przesłuchania małoletniego zarówno w sposób czynny, jak i bierny, w zależności od konieczności zagwarantowania małoletniemu intymności przesłuchania, większa liczba osób mogłaby bowiem wywołać u dziecka niepożądane emocje, tj. zamknięcie się w sobie, niechęć współpracy, lęk, skrępowanie, onieśmienie oraz wstyd, toteż przy przesłuchaniu najczęściej obecny jest sędzia wraz z psychologiem, natomiast pozostałe obecne osoby znajdują się po drugiej stronie lustra fenickiego. Otrzymane wyniki badań dowodzą, że rola psychologa w czynnościach przesłuchania sprowadza się wyłącznie do obserwacji małoletniego, bowiem w zaledwie pięciu przeanalizowanych sprawach biegły z dziedziny psychologii zadawał małoletniemu pytania w sposób bezpośredni. W niespełna 52% spraw psycholog również nie rozmawiał z małoletnim przed przesłuchaniem.

Na kanwie przemocy wobec małoletnich istotna jest również kwestia poddania małolet-

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555).

nich ofiar badaniom przez biegłych sądowych. Analiza akt sądowych wskazuje, że w co trzecim przypadku przesłuchanie małoletniego zostało poprzedzone wywiadem środowiskowym, opinią lekarza czy nauczyciela. W przypadku 63,6% analizowanych spraw pokrzywdzone dziecko zostało poddane badaniu przez biegłych sądowych. Najczęściej byli to biegli z dziedziny psychologii (57,6%). W jednym z orzeczeń lekarskich odnoszących się do stanu małoletniej ofiary molestowania seksualnego biegły dokonał charakterystyki ofiary jako osoby, która daje się wykorzystywać i manipulować przez całe życie. Cierpi na liczne uzależnienia: od jedzenia, alkoholu, leków lub narkotyków. Zazwyczaj wierzy, że wszyscy inni są od niej ważniejsi, że jedynym sposobem zaskarżenia sobie miłości jest zaspokojenie potrzeb innych. Trudno jej stawiać zdrowe granice, nie potrafi budować związków. Pojawiają się u niej zaburzenia seksualne, oziębłość, brak kontaktów albo niewybredność seksualna. Na krańcu tej skali jest prostytutka.

Blisko 40% małoletnich ofiar przemocy zostało zbadanych pod kątem wykorzystywania seksualnego, istotną bowiem częścią zjawiska przemocy wobec małoletnich jest wykorzystywanie seksualne. Odścisła ono negatywne piętno na dalszym życiu dziecka oraz jego rozwoju, ponieważ inicjuje w ten sposób proces głębszej demoralizacji i nieprzystosowania społecznego.

Z danych zebranych w ramach kampanii „Dzieciństwo bez przemocy” wynika, że blisko 60% dorosłych Polaków stosuje kary fizyczne wobec swoich dzieci. Co szósty dwunastolatek przyznaje, że w wyniku przemocy ze strony rodziców doznał urazów, takich jak siniaki i zardrapania, 47% dzieci co najmniej raz doświadczyło poniżających form przemocy werbalnej ze strony matki lub ojca, 8% jest zdania, że przynajmniej raz dorośli zachęcali je do wspólnego oglądania filmów pornograficznych, natomiast 3,6% przeżyło z dorosłymi kontakt fizyczny o charakterze seksualnym. Opiswane zjawisko dotyczy w takim samym stopniu rodzin o wysokim sta-

tusie społecznym i ekonomicznym, jak i rodzin z tak zwanego marginesu społecznego<sup>16</sup>.

Konkludując powyższe rozważania, wskazać należy, że w obliczu skali przestępczości, której ofiarami padają osoby małoletnie, często stojące u progu dorosłości, niewątpliwie za słuszne należy uznać wszelkie działania ustawodawcy mające na celu zaostrzenie kar dla sprawców przemocy wobec małoletnich. Zaostrzenie kar niewątpliwie ma na celu spełnienie kilku funkcji, do których zaliczyć należy między innymi chęć odstraszenia potencjalnych sprawców od popełnienia czynu zabronionego wysokością grożącej kary, daje wyraz temu, że popełnienie czynu zabronionego nie popłaca. Co więcej – obostrzenie kar wzmaga także wśród społeczeństwa przeświadczenie o sprawiedliwym potraktowaniu sprawcy przemocy, który za popełniony czyn został pociągnięty do dotkliwej prawnie odpowiedzialności.

Reasumując wyniki przeprowadzonych badań, wskazać należy, że podmiotem, który najczęściej inicjował postępowanie, była matka pokrzywdzonego małoletniego (36,4%). Sprawcami w zdecydowanej większości byli mężczyźni znajdujący się w przedziale wiekowym 36–45 oraz 18–25 lat, którzy łącznie stanowili 45,5% ogółu sprawców przemocy. Ponadto uwzględniając rodzaj relacji łączącej sprawcę z pokrzywdzonym małoletnim, należy wskazać, że w blisko 91% badanych spraw oprawcami małoletnich byli ich ojcowie. Ofiarami padały najczęściej dziewczynki (62%) w wieku 12–15 lat. Większość małoletnich, w toku postępowania, zgodnie z przepisami proceduralnymi była przesłuchiwana jednokrotnie (69%). W czasie powyższych czynności najczęściej uczestniczył sędzia (20,7%), prokurator (31%) oraz psycholog (34,5%). Małoletni w zdecydowanej większości poddawani byli badaniom przez biegłych psychologów między innymi pod kątem wykorzystywania seksualnego. Jednak pomimo wielu akcji wyrażających dezaprobatę dla przemocy wobec małoletnich w dalszym ciągu zjawisko to pozostaje szeroko marginalizowane

<sup>16</sup> Definicja i formy przemocy wobec dziecka, <http://boleslawiec.eu/przemoc/index.php/pelnomocnik-ds-uzalezniem/9-przemoc/29-przemoc-wobec-dziecka> (10.08.2017).



przez społeczeństwo. Jak podają wyniki badań prowadzonych przez TNS OBOP, jedna piąta (24%) społeczeństwa aprobuje karanie swojego dziecka laniem, a 22% jest przekonane, że kłótnie, rękoczynny zdarzają się w każdym domu. 19% badanych zgadza się z opinią, że pogrożki i zastraszanie dziecka w rodzinie to nie przemoc. Co jedenasty respondent (9%) zgadza się ze stwierdzeniem, że w ogóle nie istnieje coś takiego jak wykorzystywanie seksualne dzieci w rodzinie<sup>17</sup>, a co więcej – respondenci często nie dostrzegają zjawiska przemocy wobec dzieci w okolicy swo-

jego miejsca zamieszkania, wskazując, iż ów problem ich nie dotyczy.

W obliczu powyższego wyrazić można jedynie nadzieję, że podejmowane działania mające na celu zmniejszenie przemocy wobec dzieci przyczynią się w sposób bezpośredni do wzrostu świadomości wśród członków społeczeństwa, iż przebieg dzieciństwa każdego małego dziecka w sposób nieodwracalny rzutuje na jego dalsze dorosłe życie, a w gestii dorosłych, często rodziców, pozostaje to, jakie owo dzieciństwo przyjmie barwy.

<sup>17</sup> *Opinie na temat zjawiska przemocy w rodzinie wobec dzieci – postawy wobec stereotypów*, [http://www.niebieskalinia.org/download/Badania/TNS\\_OBOP\\_II\\_2008.pdf](http://www.niebieskalinia.org/download/Badania/TNS_OBOP_II_2008.pdf) (10.08.2017).

## Summary

*Dominika Boniecka*

### THE VIOLENCE AGAINST MINORS IN THE LIGHT OF THE AMENDMENT OF THE 23<sup>RD</sup> MARCH 2017 AND ANALYSIS RESULTS OF CASE STUDIES

This article was dedicated analysis phenomenon of violence against minors in the light of amendment of the 23<sup>rd</sup> March 2017 and case studies results. Problems of this type criminality is important because the victims are youngsters whose age often didn't allow educate effective defensive mechanism which constitute reaction on crime, in which victims are minors. Complexity this occurrence, does not allow in unambiguous way reduce a problem crime against minors to only one scientific field, so is one of the main social issues of an interdisciplinary character.

Statistic data compiled by Polish Headquarters showing that phenomenon of violence against minors successfully decreases, however it worth have in mind also grey zone in which consist all the case of violence, which has not been report law enforcements.

**KEY WORDS:** minors, violence in the family, crime against minors, perpetrators of violence

**POJĘCIA KLUCZOWE:** małoletni, przemoc w rodzinie, przestępstwa przeciwko małoletnim, sprawy przemocy



## INSTYTUCJA WARUNKOWEGO TYMCZASOWEGO ARESZTOWANIA W PROCESIE KARNYM

Tymczasowe aresztowanie stanowi najsurowszy oraz jedyny o charakterze izolacyjnym środek zapobiegawczy. O jego szczególnej pozycji świadczy fakt, że jest on odstępstwem od konstytucyjnej zasady wolności osobistej. Wyjątkowość stosowania tymczasowego aresztowania przewidział również ustawodawca, dopuszczając jego stosowanie jedynie w sytuacji, gdy inne środki zapobiegawcze okazały się niewystarczające.

Z regulacji art. 257 § 1 k.p.k. w doktrynie wyprowadza się dyrektywę minimalizacji<sup>1</sup> stosowania środków zapobiegawczych, rozumianą jako dyrektywa interpretacyjna, nakazująca wybór środka zapobiegawczego, który będzie najmniej dolegliwy dla oskarżonego<sup>2</sup>, a jednocześnie adekwatny dla istniejącego zagrożenia toku procesu.

Instytucja tzw. warunkowego tymczasowego aresztowania stanowi właśnie przejaw minimalizacji<sup>3</sup> stosowania środków zapobiegawczych. W tym miejscu zaznaczyć należy, że tymczasowe aresztowanie ma być samodzielny<sup>4</sup> i niezależny od innych środków zapobiegawczych. Niezależnie od powyższego ustawodawca w art. 257 § 2 k.p.k. wprowadza tzw. warunkowe tymczasowe aresztowanie. Stanowiącę niejako połączenie dwóch środków

zapobiegawczych, tj. tymczasowego aresztowania oraz poręczenia majątkowego. Regulacja ta stwarza sądowi stosującemu tymczasowe aresztowanie możliwość zastrzeżenia, że środek ten ulegnie zmianie z chwilą złożenia poręczenia majątkowego w określonej wysokości, jeżeli nastąpi to nie później niż w oznaczonym przez sąd terminie. Instytucja ta została wprowadzona dopiero w k.p.k. z 1997 r. i nie miała swojego poprzednika we wcześniejszym stanie prawnym.

Warunkowe tymczasowe aresztowanie stanowi rozwiązanie o charakterze pragmatycznym<sup>5</sup>. *Ratio legis* wprowadzenia tej instytucji tkwi w występujących w praktyce trudnościach dotyczących wzajemnej relacji pomiędzy tymczasowym aresztowaniem a poręczeniem majątkowym, występujących w szczególności w związku ze zmianą tymczasowego aresztowania na poręczenie majątkowe<sup>6</sup>. Podnieść należy, że samo wydanie postanowienia w przedmiocie poręczenia majątkowego nie stanowi jeszcze wystarczającego zabezpieczenia toku postępowania karnego, gdyż istnieje realne ryzyko, że może nie dojść do faktycznego złożenia przedmiotu poręczenia majątkowego, co mogłoby prowadzić do podjęcia przez oskarżonego prób ucieczki lub ukrywania się. Problem

<sup>1</sup> Określaną inaczej regułą umiaru – P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Kraków 2006, s. 253 lub subsydiarności – J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego (I)*, Warszawa 2005, s. 115–116.

<sup>2</sup> Na potrzeby niniejszego artykułu posługiwać się będą pojęciem oskarżonego *sensu largo*, rozumiejąc pod nim również podejrzanego.

<sup>3</sup> J. Izydorczyk wskazuje zasadę proporcjonalności – J. Izydorczyk, *Wniosek prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania*, (w:) S. Stachowiak (red.), *Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana Prof. T. Nowakowi*, Poznań 2002, s. 171; tenże, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Kraków 2002, s. 144.

<sup>4</sup> K. Marszał, *Proces karny. Część ogólna*, Katowice 2008, s. 372; J. Izydorczyk, *Stosowanie*, s. 144; tenże, *Wniosek*, s. 171.

<sup>5</sup> J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 599.

<sup>6</sup> A. Szymacha-Zwolińska, *Kompetencje sądu w zakresie stosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym*, PS 1997, nr 2, s. 37.

ten występował w szczególności w sytuacjach, gdy teoretycznie wysokie poręczenie majątkowe stanowiło wystarczające zabezpieczenie, ale brakowało pewności, czy jego złożenie jest w ogóle realne, lub nie było możliwości natychmiastowego złożenia sumy tego zabezpieczenia<sup>7</sup>. W takim wypadku, mając na uwadze potrzebę zabezpieczenia prawidłowego toku procesu karnego, nie można było uchylić tymczasowego aresztowania, zanim doszło do złożenia przedmiotu poręczenia. Jednocześnie złożenie poręczenia majątkowego wiązało się z koniecznością uprzedniego wydania postanowienia w przedmiocie poręczenia majątkowego. Takie rozwiązanie, jak słusznie zauważa P. Hofmański<sup>8</sup>, wiązało się z problemem dopuszczalności jednoczesnego stosowania dwóch środków zapobiegawczych.

Warunkowe tymczasowe aresztowanie stanowi rozwiązanie korzystne dla oskarżonego, dając mu promesę zakończenia stosowania tymczasowego aresztowania, jeśliłoży w określonym terminie oznaczoną przez sąd sumę poręczenia majątkowego. Pozostawienie oskarżonego w areszcie do czasu faktycznego złożenia poręczenia majątkowego zabezpiecza tok postępowania karnego i pozwala na częstsze odstąpienie przez sąd od stosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego. Konkludując – instytucja ta stanowi gwarancję efektywnego wykonywania poręczenia majątkowego.

Omawiając problematykę warunkowego tymczasowego aresztowania, należy z całą stanowczością podkreślić, że zastosowanie przez sąd tymczasowego aresztowania z zastrzeżeniem zmiany tego środka na poręczenie majątkowe przy spełnieniu określonych warunków oznacza, że nadal istnieją wszelkie przesłanki

stosowania tymczasowego aresztowania, a jednocześnie wystarczającym środkiem zapobiegawczym będzie poręczenie majątkowe pod warunkiem jego złożenia w wyznaczonym terminie. Gdyby stanąć na stanowisku przeciwnym i przyjąć, że zastosowanie warunkowego tymczasowego aresztowania oznacza brak podstaw do stosowania tymczasowego aresztowania, to należałoby dojść do wniosku o niedopuszczalności pozostawienia oskarżonego w areszcie w przypadku niezłożenia poręczenia majątkowego w terminie<sup>9</sup>.

Z instytucją warunkowego tymczasowego aresztowania nierozzerwalnie wiąże się problem dopuszczalności kumulacji tymczasowego aresztowania z nieizolacyjnymi środkami zapobiegawczymi. Regulacja k.p.k. nie wyraża wprost zakazu takiej kumulacji, jednak jest on wyprowadzany, zarówno przez doktrynę, jak i orzecznictwo, z art. 257 § 1 k.p.k.<sup>10</sup> Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z 22 stycznia 2003 r.<sup>11</sup> wyraźnie wskazał niedopuszczalność, w świetle rozdziału 28 k.p.k. oraz unormowań Konstytucji, jednoczesnego stosowania wobec tego samego oskarżonego, w tej samej sprawie, tymczasowego aresztowania oraz poręczenia majątkowego. Uzasadniając swoje stanowisko, wskazał, że tymczasowe aresztowanie stanowi najsurowszy i najlepiej zabezpieczający cele postępowania karnego środek zapobiegawczy, a tym samym stosowanie obok niego poręczenia majątkowego<sup>12</sup> byłoby zbędne i niedopuszczalne.

Omówiony zakaz kumulacji tymczasowego aresztowania ze środkami zapobiegawczymi o charakterze nieizolacyjnym nie stanowi przeszkody stosowania warunkowego tymczasowego aresztowania. Regulacja art. 257 § 2 k.p.k. daje podstawę do równoległego stosowania tymczasowego aresztowania oraz porę-

<sup>7</sup> L. K. Paprzycki, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki (red.), S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–424*, Warszawa 2013, s. 808.

<sup>8</sup> P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–296*, Warszawa 2011, s. 1435.

<sup>9</sup> Postanowienie SA we Wrocławiu z 28 listopada 2006 r., II AKz 598/06, OSA 2007, nr 9, poz. 45.

<sup>10</sup> W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 331–332.

<sup>11</sup> I KZP 36/02, OSNKW 2003, nr 1–2, poz. 2.

<sup>12</sup> Przyjąć należy, że stwierdzenie to dotyczy również pozostałych nieizolacyjnych środków zapobiegawczych.

czenia majątkowego, z tym zastrzeżeniem, że nie mamy tutaj do czynienia z ich równoległym wykonywaniem, a jedynie z jednoczesnym istnieniem decyzji procesowych stanowiących ich podstawę<sup>13</sup>.

Zastosowanie przez sąd warunkowego tymczasowego aresztowania ma charakter fakultatywny. Może nastąpić zarówno z urzędu, jak i na wniosek oskarżonego lub jego obrońcy. Instytucja ta może zostać zastosowana w każdym stadium procesu, a więc zarówno w toku postępowania przygotowawczego, jak i sądowego.

O ile kwestia stadium procesu, w którym omawiana instytucja może być zastosowana, nie budzi wątpliwości, o tyle sporna pozostaje kwestia etapu postępowania w przedmiocie zastosowania środka zapobiegawczego, na którym sąd może zastosować warunkowe tymczasowe aresztowanie.

W regulacji art. 257 § 2 k.p.k. użyto sformułowania „stosując tymczasowe aresztowanie”, a nie „w postanowieniu o zastosowaniu tymczasowego aresztowania”, a tym samym należy stanąć na stanowisku, że zgodnie z literalną<sup>14</sup> wykładnią tego przepisu omawiane rozwiązanie może zostać zastosowane w toku procedury zmierzającej zarówno do zastosowania środka zapobiegawczego, jak i przedłużenia jego stosowania. Za takim rozwiązaniem przemawia również *ratio legis* tej instytucji, która zmierza do minimalizacji dolegliwości środków zapobiegawczych przy jednoczesnym zabezpieczeniu prawidłowego toku postępowania karne-

go. Stanowisko to jest powszechnie przyjęte w doktrynie<sup>15</sup>.

Przyjąć należy, że uprawnienia do zastosowania warunkowego tymczasowego aresztowania nie można również odmówić sądowi odwoławczemu rozpoznającemu zażalenie na zastosowanie lub przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania. Choć nie wynika to z literalnej wykładni art. 257 § 2 k.p.k., przy rozważaniu tej kwestii nie można pominąć *ratio legis* omawianej regulacji, która z założenia miała mieć charakter praktyczny i ułatwiać zmianę tymczasowego aresztowania na poręczenie majątkowe. Przedstawiony pogląd jest zgodny zarówno ze stanowiskiem SN wyrażonym m.in. w postanowieniu z 31 sierpnia 2006 r.<sup>16</sup>, jak i praktyki oraz znacznej części doktryny<sup>17</sup>.

W świetle przedstawionej powyżej argumentacji nie sposób zgodzić się z poglądem J. Izydorczyka<sup>18</sup> o niedopuszczalności orzeczenia warunkowego tymczasowego aresztowania przez sąd odwoławczy, z uwagi na fakt, że nie jest on sądem stosującym tymczasowe aresztowanie. R. A. Stefański<sup>19</sup>, krytykując to stanowisko, słusznie wskazuje, że uprawnienia sądu odwoławczego w zakresie stosowania warunkowego tymczasowego aresztowania nie mogą być mniejsze niż te przyznane sądowi pierwszej instancji.

Sporna w doktrynie pozostaje również możliwość zastosowania przez sąd warunkowego tymczasowego aresztowania w toku rozpoznawania wniosku o uchylenie tymczasowego

<sup>13</sup> P. Hofmański (red.), *Kodeks (I)*, s. 1435; J. Izydorczyk, *Stosowanie*, s. 145; R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński (red.), S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Tom II*, Warszawa 2004, s. 89; postanowienie SA w Krakowie z 10 maja 2000 r., II AKz 98/00, KZS 2000, z. 5, poz. 44.

<sup>14</sup> Inaczej R. A. Stefański, (w:) Z. Gostyński (red.), *Kodeks (II)*, s. 89, który co prawda opowiada się za możliwością stosowania warunkowego tymczasowego aresztowania w toku procedury przedłużenia tymczasowego aresztowania, wskazując jednak, że nie wynika to z literalnej wykładni art. 257 § 2 k.p.k., a z *ratio legis* tej regulacji.

<sup>15</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467*, Warszawa 2014, s. 920–921; K. Eichstaedt, (w:) B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2013, s. 830; J. Skorupka, *Kodeks*, s. 599; J. Izydorczyk, *Stosowanie*, s. 146.

<sup>16</sup> WZ 35/06, OSNKW 2006, nr 11, poz. 100.

<sup>17</sup> W. Grzeszczyk, *Kodeks*, s. 332; J. Skorupka, *Kodeks*, s. 599; K. Eichstaedt, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks*, s. 831; T. Grzegorzczak, *Kodeks (I)*, s. 921; R. A. Stefański, (w:) Z. Gostyński (red.), *Kodeks (II)*, s. 89.

<sup>18</sup> J. Izydorczyk, *Stosowanie*, s. 146–147.

<sup>19</sup> R. A. Stefański, (w:) Z. Gostyński (red.), *Kodeks (II)*, s. 89.

aresztowania. Przeciwko takiemu rozwiązaniu opowiada się między innymi T. Grzegorzcyk<sup>20</sup>, który wskazuje, że zgodnie z treścią art. 257 § 2 k.p.k. zastrzeżenie zmiany tymczasowego aresztowania na poręczenie majątkowe może nastąpić przy stosowaniu pierwszego z tych środków, regulacja ta nie przewiduje jednak możliwości zawieszenia środka, który wcześniej zastosowano. Mając jednak na uwadze podniesioną wcześniej argumentację dotyczącą *ratio legis* instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania, za uzasadnioną należy przyjąć konstrukcję, w myśl której sąd, uchylając tymczasowe aresztowanie, „niejako zawiesza wykonanie tej decyzji”<sup>21</sup>, jednocześnie określając wysokość i termin złożenia poręczenia majątkowego. W wypadku spełnienia warunku poprzez złożenie w terminie poręczenia majątkowego następuje wykonanie decyzji w przedmiocie uchylecia tymczasowego aresztowania i rozpoczyna się efektywne wykonywanie poręczenia majątkowego.

W postanowieniu w przedmiocie warunkowego tymczasowego aresztowania sąd określa wysokość, rodzaj i inne warunki poręczenia majątkowego, w szczególności termin, do którego poręczenie to winno zostać złożone. Ponadto w postanowieniu tym powinno zostać zawarte zastrzeżenie, że tymczasowe aresztowanie ulegnie zmianie na poręczenie majątkowe z chwilą jego złożenia, nie później niż w terminie określonym przez sąd. W wypadku zastosowania warunkowego tymczasowego aresztowania dopuszcza się możliwość połączenia poręczenia majątkowego z innymi izolacyjnymi środkami zapobiegawczymi<sup>22</sup>.

Na marginesie rozważań należy zaznaczyć, że poręczenie majątkowe, o którym mowa w art. 257 § 2 k.p.k., nie stanowi odrębnego ro-

dzaju poręczenia majątkowego i jest tożsame z tym uregulowanym w art. 266–270 k.p.k. Tym samym przy ustalaniu wysokości oraz rodzaju poręczenia majątkowego sąd winien kierować się kryteriami określonymi w art. 266 § 2 k.p.k., takimi jak: sytuacja materialna oskarżonego i składającego poręczenie, wysokość wyrządzonej szkody oraz charakter popełnionego czynu<sup>23</sup>.

Określenie w postanowieniu o warunkowym tymczasowym aresztowaniu terminu oraz innych warunków złożenia poręczenia majątkowego uznaje się w doktrynie za warunek rozwiązujący<sup>24</sup>.

W tym miejscu przytoczyć należy stanowisko D. Dudka<sup>25</sup>, który krytycznie odnosi się do przyjętego w aktualnej regulacji k.p.k. modelu instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania opartego na warunku rozwiązującym, wskazując, że „*favor libertatis* wymagałby, aby tymczasowe aresztowanie następowało pod warunkiem zawieszającym (...), a zatem efektywne wykonywanie tymczasowego aresztowania powinno mieć miejsce dopiero wówczas, gdyby w określonym przez sąd terminie nie zostało złożone poręczenie majątkowe”.

Proponowane przez wskazanego wyżej autora rozwiązanie, choć zgodne z dyrektywą minimalizacji środków zapobiegawczych i niewątpliwie korzystne dla oskarżonego, nie dawałoby gwarancji prawidłowego zabezpieczenia toku postępowania karnego, gdyż oskarżony przed złożeniem poręczenia majątkowego mógłby podjąć próbę ucieczki lub ukrycia się. Tym samym z dużą dozą prawdopodobieństwa można przyjąć, że instytucja warunkowego tymczasowego aresztowania w proponowanym wyżej kształcie nie znalazłaby praktycznego zastosowania.

<sup>20</sup> T. Grzegorzcyk, *Kodeks (I)*, s. 920; zob. też J. Izydorczyk, *Stosowanie*, s. 145–146.

<sup>21</sup> P. Hofmański (red.), *Kodeks (I)*, s. 1435.

<sup>22</sup> Z. Świda, J. Skorupka (red.), R. Ponikowski, W. Posnow, *Postępowanie karne część ogólna*, Warszawa 2002, s. 448; K. Eichstaedt, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks*, s. 830.

<sup>23</sup> Szerzej zob. W. Cieślak, K. J. Pawelec, I. Tuleja, *Kodeks postępowania karnego. Praktyczny komentarz do zmian*, Warszawa 2015, s. 169.

<sup>24</sup> R. A. Stefański, (w:) Z. Gostyński (red.), *Kodeks (II)*, s. 89.

<sup>25</sup> D. Dudek, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999, s. 301.

Z chwilą skutecznego złożenia poręczenia majątkowego (zgodnie z warunkami określonymi w postanowieniu, a w szczególności w wyznaczonym terminie) *ex lege*<sup>26</sup> traci moc postanowienie o tymczasowym aresztowaniu, a oskarżony musi niezwłocznie zostać zwolniony z aresztu śledczego. Jednocześnie rozpoczyna się wykonywanie poręczenia majątkowego.

Odmienny pogląd przedstawia W. Grzeszczyk<sup>27</sup>, który stoi na stanowisku, że „złożenie poręczenia majątkowego nie znosi postanowienia o tymczasowym aresztowaniu, lecz jest jedynie spełnionym warunkiem wydania decyzji o zmianie środka zapobiegawczego”. Również J. Izydorzyczyk<sup>28</sup> wskazuje, że w przypadku spełnienia warunku zastrzeżonego w postanowieniu o warunkowym tymczasowym aresztowaniu prokurator wyda postanowienie o uchyleniu tymczasowego aresztowania i o zastosowaniu poręczenia majątkowego. Z takim poglądem nie można się zgodzić. Wydanie, po złożeniu poręczenia majątkowego, postanowienia o zmianie środka zapobiegawczego nie jest konieczne, gdyż o zastosowaniu poręczenia majątkowego orzeczono już w postanowieniu o warunkowym tymczasowym aresztowaniu.

Inaczej jest w wypadku, gdy poręczenie majątkowe nie zostało złożone w terminie wyznaczonym przez sąd. W takiej sytuacji warunkowe tymczasowe aresztowanie przekształca się w tymczasowe aresztowanie bezwarunkowe. Możliwa jest natomiast późniejsza zmiana tego środka zapobiegawczego na poręczenie majątkowe, wymaga to jednak wydania postanowie-

nia o uchyleniu tymczasowego aresztowania oraz o zastosowaniu poręczenia majątkowego<sup>29</sup>.

Nowelą wrześniową<sup>30</sup> uzupełniono regulację art. 257 § 2 k.p.k., wprowadzając możliwość przedłużenia terminu na złożenie poręczenia majątkowego. Przedłużenie to może zostać fakultatywnie orzeczone przez sąd na wniosek oskarżonego lub jego obrońcy, który to wniosek musi zostać złożony najpóźniej w ostatnim dniu terminu wyznaczonego przez sąd na złożenie poręczenia majątkowego.

Zdaniem W. Cieślaka<sup>31</sup> termin ten jest terminem zawitym. Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić. W pierwszej kolejności podnieść należy, że zawite mogą być jedynie terminy ustawowe, a terminu<sup>32</sup>, o którym mowa w znowelizowanym art. 257 § 2 k.p.k., do tej kategorii zaliczyć nie można. Jest on przecież wyznaczony przez sąd w postanowieniu o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania. Ponadto termin ten nie jest terminem procesowym właściwym, gdyż określa on jedynie końcowy moment dokonania czynności, a nie okres czasowy mający początek i koniec. W związku z tym do powyższego terminu nie znajdują zastosowania przepisy rozdziału 14 k.p.k., które dotyczą jedynie terminów procesowych właściwych. Niezależnie od powyższych rozważań wskazać należy, że termin z art. 257 § 2 k.p.k. nie spełnia wymagań określonych w definicji terminu zawitego z art. 122 § 2 k.p.k. Zgodnie z tą regulacją zawite są terminy do wniesienia środków zaskarżenia oraz inne, które ustawa uznaje za zawite. Wniosek wymieniony w art. 257 § 2 k.p.k. bez wątplenia

<sup>26</sup> K. Eichstaedt, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks*, s. 831; K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie*, Warszawa 2012, s. 77; R. A. Stefański, (w:) Z. Gostyński (red.), *Kodeks (II)*, s. 89; P. Hofmański (red.), *Kodeks (I)*, s. 1435; J. Skorupka (red.), *Postępowanie*, s. 449, tenże, *Kodeks*, s. 599; T. Grzegorzyczyk, *Kodeks (I)*, s. 920.

<sup>27</sup> W. Grzeszczyk, *Kodeks*, s. 331.

<sup>28</sup> J. Izydorzyczyk, *Wniosek*, s. 172.

<sup>29</sup> R. A. Stefański, (w:) Z. Gostyński (red.), *Kodeks (II)*, s. 90; P. Hofmański (red.), *Kodeks (I)*, s. 1436; T. Grzegorzyczyk, *Kodeks (I)*, s. 920.

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247).

<sup>31</sup> W. Cieślak, K. J. Pawelec, J. Tuleja, *Kodeks*, s. 169.

<sup>32</sup> Szerzej zob. K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2008, s. 249–250.

nie jest środkiem zaskarżenia, a ustawodawca w regulacji tej terminu do złożenia ww. wniosku nie uznał za zawity, nawet pośrednio poprzez wskazanie skutku zawitości, jak uczynił to przykładowo w art. 120 § 2 k.p.k.

Ponadto zgodnie z wprowadzoną regulacją wniosek ten powinien być odpowiednio uzasadniony, tzn. wskazywać przyczynę niemożności złożenia poręczenia majątkowego w wyznaczonym terminie, a jednocześnie wskazywać realną możliwość złożenia tego poręczenia w zaproponowanym, nieodległym terminie<sup>33</sup>. Rozstrzygnięcie w przedmiocie złożonego wniosku następuje w formie postanowienia. W doktrynie wskazuje się, że na postanowienie odmawiające uwzględnienia wniosku oskarżonemu i jego obrońcy służy zażalenie<sup>34</sup>. Twierdzenie to związane jest z przyjęciem, że postanowienie w przedmiocie przedłużenia lub odmowy przedłużenia terminu do złożenia poręczenia majątkowego stanowi postanowienie w przedmiocie środka zapobiegawczego, a na te postanowienia, zgodnie z regulacją art. 252 § 1 k.p.k., służy zażalenie.

Wprowadzoną nowelą wrześniową zmianę ocenić należy pozytywnie. Ma ona charakter praktyczny, z jednej strony pozwala oskarżonemu na zebranie niezbędnych środków finansowych, np. w związku z koniecznością uzyskania kredytu bankowego na ten cel, z drugiej upraszcza procedowanie sądu w sytuacji, gdy oskarżony uzyska wymagane środki dopiero po upływie wyznaczonego terminu. W takiej sytuacji sąd zmuszony byłby, chcąc dokonać zmiany tymczasowego aresztowania na poręczenie majątkowe, procedować odrębnie w przedmiocie uchylenia tymczasowego aresztowania i zastosowania poręczenia majątkowego. Przyjęte rozwiązanie czyni zadość zasadzie ekonomiki procesowej.

W ostatnim czasie duże wątpliwości w praktyce stosowania instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania budziła kwestia dopuszczalności wstrzymania wykonania postanowienia w tym przedmiocie, o czym świadczy fakt, że Rzecznik Praw Obywatelskich, zauważając występujące w orzecznictwie sądów powszechnych rozbieżności na tym gruncie, wystąpił z wnioskiem o rozstrzygnięcie tego problemu przez SN. Stanowiska przedstawionego przez RPO, wyrażonego w złożonym wniosku SN nie podzielił, co znalazło wyraz w odmowie podjęcia uchwały postanowieniem SN z 25 lutego 2016 r.<sup>35</sup> Nie polemizując ze słusznością rozstrzygnięcia dokonanego przez SN, co wykraczałoby poza ramy niniejszego artykułu, zauważyć należy, że uzasadnienie opisanego wyżej postanowienia zawiera szereg merytorycznych uwag w przedmiocie dopuszczalności wstrzymania postanowienia o warunkowym tymczasowym aresztowaniu.

Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 462 § 1 k.p.k. złożenie zażalenia na postanowienie nie wstrzymuje jego wykonania, jednak zarówno sądowi, który wydał zaskarżone postanowienie, jak i sądowi odwoławczemu przysługuje prawo do wstrzymania wykonania zaskarżonego postanowienia. Wstrzymanie może nastąpić z urzędu lub na wniosek strony wnoszącej zażalenie<sup>36</sup>.

Zauważyć należy, że postanowienie w przedmiocie warunkowego tymczasowego aresztowania nie należy do kategorii orzeczeń, których wykonanie wstrzymuje samo wniesienie zażalenia, ani do tych, które ze swojej istoty nie nadają się do wstrzymania<sup>37</sup>. Tym samym wykonanie postanowienia o warunkowym tymczasowym aresztowaniu może zostać wstrzymane zgodnie z ogólną zasadą.

Mając na uwadze fakt, że prawidłowe zło-

<sup>33</sup> T. Grzegorzcyk, *Kodeks (I)*, s. 921.

<sup>34</sup> W. Cieślak, K. J. Pawelec, J. Tuleja, *Kodeks*, s. 170.

<sup>35</sup> IKZP 18/15, LEX nr 1992030.

<sup>36</sup> Szerzej zob. D. Świecki, (w:) B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2015, s. 309 i n.; T. Grzegorzcyk, *Kodeks (I)*, s. 1577–1578.

<sup>37</sup> Szerzej zob. D. Świecki, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks (II)*, s. 310; Z. Doda, *Zażalenie w procesie karnym*, Warszawa 1995, s. 210–211.



zenie poręczenia majątkowego w terminie określonym przez sąd w postanowieniu o warunkowym tymczasowym aresztowaniu powoduje, jak wskazywałam wcześniej, *ex lege* uchylenie tymczasowego aresztowania i rozpoczęcie efektywnego wykonywania poręczenia majątkowego, za niedopuszczalne uznać należy wstrzymanie wykonania postanowienia w tym przedmiocie po skutecznym złożeniu poręczenia majątkowego. W pierwszej kolejności wskazać należy, że jak słusznie zauważył SN w cytowanym wcześniej postanowieniu, wstrzymanie wykonania postanowienia o warunkowym tymczasowym aresztowaniu, w opisanej wyżej sytuacji, byłoby bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu rozstrzygnięcia, gdyż od momentu skutecznego złożenia poręczenia majątkowego w obrocie prawnym funkcjonuje jedynie postanowienie o zastosowaniu poręczenia majątkowego.

Ponadto zauważyć należy, że dopuszczenie możliwości wstrzymania wykonania postanowienia po skutecznym złożeniu poręczenia majątkowego skutkowałoby jednoczesnym stosowaniem tymczasowego aresztowania będącego środkiem o charakterze izolacyjnym i środka nieizolacyjnego, co – jak wcześniej już wskazywałam – jest niedopuszczalne.

Na marginesie rozważań wskazać należy, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny<sup>38</sup> sąd odwoławczy, rozpoznając zażalenie w przedmiocie warunkowego tymczasowego aresztowania, po skutecznym złożeniu przedmiotu poręczenia, dostrzegając potrzebę uchylenia warunku, o którym mowa w art. 257 § 2 k.p.k., musi wydać postanowienie o ponownym zastosowaniu tymczasowego aresztowania, gdyż środek ten ustał z mocą prawa z chwilą złożenia poręczenia majątkowego. Na

postanowienie to oskarżonemu na podstawie art. 426 § 2 k.p.k. służy zażalenie do innego równorzędnego składu sądu odwoławczego. Biorąc pod uwagę powyższe, należy przyjąć, że wstrzymanie wykonania postanowienia o warunkowym tymczasowym aresztowaniu może nastąpić jedynie do chwili złożenia poręczenia majątkowego.

Występujące w praktyce problemy w zakresie dopuszczalności wstrzymania wykonania postanowienia o warunkowym tymczasowym aresztowaniu wynikają z różnego określania momentu, od którego można przyjąć, że warunek w postaci złożenia poręczenia majątkowego został spełniony. Problem ten sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy chwilą tą jest fizyczne złożenie przedmiotu poręczenia (w szczególności przelanie środków finansowych na odpowiedni rachunek bankowy), czy też przyjęcie tego poręczenia przez organ procesowy. Omawiając problematykę warunkowego tymczasowego aresztowania, doktryna naprzemiennie posługuje się pojęciami „złożenie określonego poręczenia majątkowego”<sup>39</sup> oraz „złożenie przedmiotu poręczenia majątkowego”<sup>40</sup>, nie podejmując głębszej analizy tych pojęć ani nie wskazując, czy należy przez to rozumieć samo wpłacenie sumy poręczenia, czy jego przyjęcie przez organ procesowy. Jednoznacznie w tym zakresie wypowiadają się jedynie: T. Grzegorzcyk<sup>41</sup>, który wskazuje, że tymczasowe aresztowanie ustaje z chwilą przyjęcia poręczenia majątkowego, oraz K. Eichstaedt<sup>42</sup> i L. K. Paprzycki<sup>43</sup>, którzy stoją na stanowisku przeciwnym, wskazując, że samo wpłacenie sumy poręczenia majątkowego musi skutkować zwolnieniem oskarżonego.

Natomiast SN we wskazanym wyżej postanowieniu zwraca uwagę na brak tożsa-

<sup>38</sup> Zob. postanowienie SA we Wrocławiu z 10 czerwca 2011 r., II AKZ 230/11, KZS 2012, z. 9, poz. 67; J. Skorupka, *Kodeks*, s. 599.

<sup>39</sup> W. Grzeszczyk, *Kodeks*, s. 334–335; R. A. Stefański, (w:) Z. Gostyński (red.), *Kodeks (II)*, s. 89; J. Izydorzycy, *Stosowanie*, s. 145–146.

<sup>40</sup> J. Skorupka, *Kodeks*, s. 599; P. Hofmański (red.), *Kodeks (I)*, s. 1435; K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe*, s. 77.

<sup>41</sup> T. Grzegorzcyk, *Kodeks (I)*, s. 920.

<sup>42</sup> K. Eichstaedt, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks*, s. 831.

<sup>43</sup> L. K. Paprzycki, (w:) L. K. Paprzycki (red.), *Kodeks (I)*, s. 808.



mości pomiędzy tymi pojęciami, ponieważ pierwszym z nich ustawodawca posługuje się w regulacji art. 257 § 2 k.p.k., a drugim w art. 266 § 2 k.p.k. W dalszej części rozważań na drodze wykładni systemowej i funkcjonalnej dochodzi do wniosku, że spełnienie warunku określonego w postanowieniu o warunkowym tymczasowym aresztowaniu następuje z chwilą przyjęcia poręczenia majątkowego przez organ procesowy, czego konsekwencją jest możliwość wstrzymania wykonania tego postanowienia po dokonaniu wpłaty poręczenia majątkowego. Swoje stanowisko SN uzasadnia z jednej strony regulacją art. 143 § 1 pkt 9 k.p.k., zgodnie z którą czynność przyjęcia poręczenia majątkowego wymaga sporządzenia protokołu. Z drugiej – koniecznością zapewnienia skuteczności zastosowanego środka zapobiegawczego, co niewątpliwie jest związane z możliwością orzeczenia przepadku lub ściągnięcia sumy poręczenia, co może nastąpić jedynie w wypadku wcześniejszego pouczenia składającego poręczenie o takiej możliwości.

Wykładnię dokonaną przez SN uznać należy za zbyt daleko idącą. Ustawodawca, zgodnie z regulacją art. 257 § 2 k.p.k., uzależnił zmianę tymczasowego aresztowania na poręczenie majątkowe od złożenia w terminie określonego poręczenia majątkowego, nie odnosząc się w żadnym zakresie do jego przyjęcia przez organ procesowy.

Ponadto, jak już wcześniej wskazywałam, ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie jest pogląd, że złożenie w wyznaczonym terminie określonego w postanowieniu poręczenia majątkowego powoduje *ex lege* utratę mocy postanowienia o tymczasowym aresztowaniu i rozpoczęcie wykonywania poręczenia majątkowego, a organ procesowy, który nie podejmuje żadnej decyzji procesowej, nie ma możliwości odmowy jego przyjęcia.

Wskazać również należy, że uznanie za chwilę skutecznego złożenia poręczenia ma-

jątkowego momentu jego przyjęcia przez organ procesowy i sporządzenia protokołu z tej czynności powoduje utratę przez oskarżonego wpływu na terminowość złożenia poręczenia majątkowego. W takim bowiem wypadku o spełnieniu zastrzeżonego warunku w terminie decyduje nie staranność działania oskarżonego, a uznanie organu procesowego, który, działając opieszale, może przyjąć poręczenie majątkowe po upływie wyznaczonego terminu, mimo że zostało wpłacone w terminie. Takie rozwiązanie uznać należy za sprzeczne z *ratio legis* omawianej instytucji.

Mając na uwadze powyższe, przychylić się należy do stanowiska wyrażonego przez Ministra Sprawiedliwości<sup>44</sup>, zgodnie z którym momentem upadku postanowienia o tymczasowym aresztowaniu jest dokonanie wpłaty poręczenia majątkowego. Tym samym dojść należy do wniosku, że po dokonaniu wpłaty niedopuszczalne jest wstrzymanie postanowienia w przedmiocie warunkowego tymczasowego aresztowania. Natomiast samo przyjęcie poręczenia majątkowego i sporządzenie z tej czynności protokołu uznać należy za czynność techniczną.

Odrębną problematykę stanowi kwestia techniki zwolnienia podejrzanego z aresztu śledczego w związku z upadkiem postanowienia w przedmiocie stosowania tymczasowego aresztowania. Oczywiście jest, że nie może to nastąpić w chwili złożenia poręczenia majątkowego, gdyż wymaga w pierwszej kolejności uzyskania informacji o tym fakcie przez właściwe organy oraz przeprowadzenia szeregu czynności technicznych związanych ze zwolnieniem z aresztu. W pierwszej kolejności informacja o złożeniu poręczenia musi dotrzeć do sądu, a ten musi dokonać sprawdzenia, czy poręczenie to zostało złożone w terminie oraz zgodnie z warunkami określonymi w postanowieniu w tym przedmiocie. Złożenie w sądzie potwierdzenia wpłaty poręczenia niewątpliwie

<sup>44</sup> E. Ianova, *Minister: Tymczasowe aresztowanie upada z chwilą złożenia poręczenia*, „Dziennik Gazeta Prawna”, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/891874,minister-tymczasowe-aresztowanie-upada-z-chwila-zlozenia-poreczenia.html> [2016.06.06, godz. 19:35].

czynności te przyspieszy. Zaznaczyć należy, że w przypadku stwierdzenia przez sąd prawidłowego i terminowego złożenia poręczenia majątkowego nie ma on możliwości ingerencji w postanowienie w przedmiocie warunkowego tymczasowego aresztowania czy też wstrzymania jego wykonania, gdyż postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania upadło w momencie złożenia poręczenia. Po przeprowadzeniu czynności sprawdzających sąd informuje właściwe organy aresztu śledczego o zakończeniu stosowania wobec podejrzanego tymczasowego aresztowania, a te winny podjąć niezwłocznie czynności zmierzające do jego zwolnienia.

Instytucję warunkowego tymczasowego aresztowania ocenić należy pozytywnie. Jak wskazywałam na wstępie, z jednej strony stanowi ona przejaw zasady minimalizacji stosowania środków zapobiegawczych, z drugiej wychodzi naprzeciw potrzebom praktyki i ekonomiki procesowej, pozwalając na odstąpienie

od stosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego przy maksymalnym zabezpieczeniu toku procesu karnego. Mając na uwadze występujące w praktyce rozbieżności związane z określeniem momentu, w którym spełniony zostaje warunek zawarty w postanowieniu o warunkowym tymczasowym aresztowaniu, postulować należy doprecyzowanie tej kwestii na drodze legislacyjnej, a nie w drodze wykładni.

Może to nastąpić poprzez wskazanie, że postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania traci moc prawną po przyjęciu przez sąd poręczenia majątkowego, co następuje niezwłocznie po dokonaniu wpłaty lub ustanowieniu poręczenia w innej wskazanej w postanowieniu formie, nie później niż w ciągu 48 godzin od złożenia tego poręczenia. Taka regulacja pozwoli na wyeliminowanie wątpliwości występujących w praktyce stosowania instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania, przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesów podejrzanego.

## Summary

*Joanna Szczyrzyca*

### INSTITUTION OF CONDITIONAL DETENTION IN THE POLISH CRIMINAL TRIAL

The purpose of this article is to discuss the temporary conditional arrest within Polish penalty proceedings. The study presents the essence and functions of this preventive measures, as well as the proceedings connected with its application, while giving at the same time its assessment. There have been discussed the changes implemented to the said institution by virtue of the Act dated September 27 2013 on amending – the Code of Penalty Proceeding and of some other regulations. The particular attention is devoted to the problems occurring during the practical application of this preventive measure, and first of all to the issue of acceptability of holding the decision execution within the subject matter of the conditional and temporary arrest. There have been indicated some flaws of the currently applicable regulations, and the demands of this amendment are presented.

**KEY WORDS:** temporary conditional, minimization of the preventive measures application, preventive measures, bail bond, deadline of bail bold submission, withholding the decision on temporary conditional arrest

**POJĘCIA KLUCZOWE:** warunkowe tymczasowe aresztowanie, minimalizacja stosowania środków zapobiegawczych, środki zapobiegawcze, poręczenie majątkowe, termin złożenia poręczenia majątkowego, nowelizacja, wniosek o przedłużenie terminu do złożenia poręczenia majątkowego, wstrzymanie wykonania postanowienia o warunkowym tymczasowym aresztowaniu

## KONSTRUKCJA PODMIOTU ZOBOWIĄZANEGO DO ZWROTU KORZYŚCI MAJĄTKOWEJ W ŚWIETLE PRZEPISÓW USTAWY Z DNIA 23 MARCA 2017 R. O ZMIANIE USTAWY KODEKS KARNY I INNYCH USTAW

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 3 kwietnia 2014 r.<sup>1</sup> spowodowała konieczność wprowadzenia do polskiego porządku prawnego odpowiedniego modelu tzw. konfiskaty rozszerzonej, a co za tym idzie, uregulowania odpowiedzialności majątkowej osób trzecich, które w związku z popełnieniem przestępstwa uzyskały korzyść majątkową, i zagwarantowania im praw procesowych. Dlatego też ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy Kodeks karny i niektórych innych ustaw<sup>2</sup> polski ustawodawca zdecydował się przywrócić na grunt prawa karnego podmiot zobowiązany do zwrotu korzyści. Nowe przepisy kształtują jego odpowiedzialność i uprawnienia procesowe odmiennie niż przepisy obowiązujące przed dniem 1 lipca 2015 r.<sup>3</sup> W związku z powyższym warto przyrzeć się przesłankom pociągnięcia tego podmiotu do odpowiedzialności, jego uprawnieniom procesowym i pojawiającym się na tym tle problemom.

W myśl nowo dodanego przepisu art. 91a § 1 k.p.k., jeżeli w związku z popełnieniem czynu zabronionego osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna niemająca

osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, uzyskała korzyść majątkową lub świadczenie określone w art. 405–407, art. 410 i art. 412 Kodeksu cywilnego od Skarbu Państwa, jednostki samorządowej, państwowej lub samorządowej jednostki organizacyjnej, podmiotu, dla którego organ samorządu jest organem założycielskim lub spółki prawa handlowego z większościovym udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządowej, na wniosek prokuratora sąd, stosując przepisy prawa cywilnego, zobowiązuje tę osobę lub jednostkę do zwrotu korzyści albo jej równowartości uprawnionemu podmiotowi albo orzeka przepadek świadczenia albo jego równowartości na rzecz Skarbu Państwa.

Już *prima facie* przepis powyższy budzi wątpliwość co do zasadności umieszczenia go w Kodeksie postępowania karnego. Cechą norm procesowych jest określenie uprawnień, obowiązków organów procesowych, stron i pozostałych uczestników postępowania oraz warunków, trybu i formy dokonywania czynności procesowych<sup>4</sup>. Tymczasem wspomniany przepis, normując podstawy odpowiedzialności podmiotu innego niż sprawca czynu zabro-

<sup>1</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 kwietnia w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE L 127 z 29 kwietnia 2014 r., s. 39.

<sup>2</sup> Dz.U. z 2017 r. poz. 768.

<sup>3</sup> Mocą ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 2013 r. poz. 1247 ze zm.; w Dz.U. z 2015 r. poz. 396 zostały uchylone zarówno przepisy normujące przesłanki odpowiedzialności podmiotu zobowiązanego do zwrotu korzyści opisane w art. 52 .k.k., jak i przepisy określające jego rolę w procesie karnym, tj. art. 416 k.p.k.

<sup>4</sup> T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 51.

nionego, nosi walor przepisu materialnego. Ze względu na zasady techniki legislacyjnej powinien on znaleźć swoje miejsce w Kodeksie karnym. Z przeniesieniem art. 91a § 1 k.p.k. na grunt ustawy karnej wiąże się pytanie, w którym rozdziale należałoby umieścić tę konstrukcję. Z jednej strony można rozważyć umieszczenie przedmiotowej regulacji w rozdziale dotyczącym przepadku i środków kompensacyjnych. Za tym rozwiązaniem przemawia poniekąd istota zwrotu korzyści majątkowej, którą postrzega się w pewnym sensie jako restytucję<sup>5</sup>, oraz to, że konstrukcja ta zbliżona jest do przepadku<sup>6</sup>. Z drugiej strony, ze względu na szczególnie charakter omawianej instytucji, który łączy się z odpowiedzialnością innego podmiotu niż sprawca przestępstwa, można byłoby wprowadzić do Kodeksu karnego nowy rozdział odnoszący się do odpowiedzialności takich osób. Z kolei aby wprowadzić figurę podmiotu zobowiązanego na grunt postępowania karnego, powinno się, podobnie jak przy pokrzywdzonym, wprowadzić do Działu III rozdział dotyczący podmiotu zobowiązanego, który rozpoczynałby się od definicji tego pojęcia, np. „podmiotem zobowiązanym do zwrotu korzyści majątkowej na rzecz Skarbu Państwa jest osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, wobec której prokurator wystąpił do sądu z wnioskiem o zobowiązanie do zwrotu korzyści majątkowej ze względu na uzyskanie jej w warunkach określonych w art. (tutaj wskazać przepis) Kodeksu karnego”. Zaproponowane rozwiązanie niewątpliwie realizowałoby postulat czystości legislacyjnej i pozwoliłoby normom prawa procesowego urzeczywistnić normy prawa karnego materialnego.

Odchodząc od problemu związanego z charakterem przepisu art. 91a § 1 k.p.k., należy pochylić się nad przesłankami zastosowania

omawianej instytucji. Ze wspomnianego wyżej przepisu wynika, że orzeczenie zwrotu korzyści majątkowej aktualizuje się na wniosek prokuratora, gdy osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej uzyska od Skarbu Państwa lub pozostałych podmiotów państwowych bądź samorządowych korzyść majątkową lub świadczenie określone w art. 405–407, art. 410 i art 412 k.c. w związku z popełnieniem czynu zabronionego. Użycie przez ustawodawcę pojęcia „czyn zabroniony” powoduje, że do nałożenia na podmiot z art. 91a § 1 k.p.k. obowiązku zwrotu korzyści wystarczy, aby sprawca swoim zachowaniem zrealizował znamiona określone w ustawie karnej. W konsekwencji zwrot korzyści majątkowej może zostać orzeczony nie tylko w przypadku skazania za przestępstwo, ale także we wszystkich sytuacjach, w których z pewnych względów czyn zabroniony nie stanowi przestępstwa. W powyższe kryteria wpisuje się chociażby umorzenie przez sąd postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy, niepodlegania karze czy znikomej społecznej szkodliwości czynu, pomimo bowiem wystąpienia tych okoliczności nadal mamy do czynienia z czynem zabronionym. Takie ukształtowanie odpowiedzialności majątkowej podmiotu określonego w art. 91a § 1 k.p.k. pozwala również na orzeczenie obowiązku zwrotu korzyści w przypadku uniewinnienia sprawcy działającego w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego albo usprawiedliwionym błędzie co do prawa, instytucje te wyłączają bowiem jedynie stronę podmiotową, a nie bezprawność czynu. Dlatego też należy stwierdzić, że ustawodawca zbyt szeroko określił ramy odpowiedzialności podmiotu zobowiązanego, doprowadzając do sytuacji, w których będzie on zobowiązany do zwrotu korzyści niezależnie od tego, czy sprawca został uznany za winnego popełnienia czynu zabronionego i skazany.

<sup>5</sup> N. Kłaczyńska, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 370.

<sup>6</sup> R. A. Stefański, *Wniosek prokuratora o zwrot korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 1998, z. 3, s. 123.

Z użyciem przez ustawodawcę pojęcia „czyn zabroniony” w omawianym przepisie wiąże się także problem niespójności z przepisami procesowymi normującymi działania prokuratora w razie wystąpienia przesłanek do zwrotu korzyści majątkowej oraz działań sądu w razie złożenia przez prokuratora przedmiotowego wniosku o nałożenie obowiązku zwrotu korzyści. Zgodnie z treścią art. 333 § 5 k.p.k. prokurator może dołączyć do aktu oskarżenia wniosek o zobowiązanie podmiotu określonego w art. 91a § 1 k.p.k. do zwrotu korzyści majątkowej. Należy zauważyć, że ustawodawca pominął inne sytuacje, w których doszło do popełnienia czynu zabronionego i w związku z którymi prokurator mógłby wystąpić z przedmiotowym wnioskiem np. o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i orzeczenie środków zabezpieczających. Podobnie rzecz ma się z relacją między omawianym przepisem a art. 415a k.p.k., który w swej treści zawiera nakaz uwzględnienia wniosku prokuratora przez sąd wyłącznie w przypadku skazania lub warunkowego umorzenia postępowania, a nie normuje innych sytuacji, w których ze względu na popełnienie czynu zabronionego można byłoby orzec przedmiotowy środek. Na tym tle pojawia się pytanie, czy zamiarem ustawodawcy było rzeczywiście uzależnienie odpowiedzialności majątkowej podmiotu zobowiązanego od uzyskania korzyści majątkowej w związku z popełnieniem czynu zabronionego, czy też może w związku z popełnieniem przestępstwa. Aby udzielić odpowiedzi na powyższe pytanie, konieczne jest zbadanie intencji ustawodawcy, która powinna zostać zawarta w uzasadnieniu projektu ustawy. Z jednej strony ustawodawca wskazuje w nim, że: „projektowana instytucja wprowadza alternatywny wobec procesu cywilnego tryb rozstrzygnięcia tych roszczeń, aktualizujący się w wypadku, gdy korzyść majątkowa lub świadczenie zostało uzyskane w związku

z czynem zabronionym, będącym przedmiotem rozpoznania w procesie karnym”<sup>7</sup>, z drugiej podkreśla, że: „koncentracja w jednym postępowaniu rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej sprawców czynów zabronionych oraz kwestii zwrotu korzyści majątkowych lub nienależnych świadczeń, od podmiotów, które jakkolwiek nie uczestniczyły w popełnieniu czynu zabronionego odniosły z niego korzyść (np. w wyniku popełnienia przestępstw o charakterze korupcyjnym), umożliwi pełniejszą realizację zasady, iż przestępstwo nie może prowadzić do osiągnięcia korzyści”<sup>8</sup>. Z przytoczonych fragmentów uzasadnienia wynika, że ustawodawca zamiennie używa pojęć „czyn zabroniony” i „przestępstwo”. To pozwala na postawienie tezy, że pod pojęciem korzyści majątkowej uzyskanej w związku z popełnieniem czynu zabronionego powinno się rozumieć korzyść majątkową uzyskaną w związku z popełnieniem przestępstwa. Aby ją uzasadnić, można odwołać się chociażby do Kodeksu karnego skarbowego i istniejącej na jego gruncie konstrukcji podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo, która zbliżona jest do figury podmiotu zobowiązanego. Z treści przepisu art. 24 § 1 k.k.s. wynika, że za karę grzywny czyni się w całości lub w części odpowiedzialną osobę fizyczną, osobę prawną, jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, jeżeli odniosły albo mogły odnieść jakkolwiek korzyść z popełnionego przestępstwa skarbowego. Na słuszność przedstawionego stanowiska wskazują również przepisy normujące podstawy odpowiedzialności podmiotu innego niż sprawca, które obowiązywały do 1 lipca 2015 r., albowiem ustawodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy z 23 marca 2017 r. przyznaje, że: „proponowane rozwiązania są zbliżone do instytucji przewidzianej w dawnym art. 52 Kodeksu karnego, przy czym ograniczony został ich zakres przedmiotowy (wskazane roszczenia o zwrot świadczenia lub korzyści majątkowej)

<sup>7</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, s. 18–19, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1186>, dostęp 20 kwietnia 2017 r.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 19.

i podmiotowy (roszczenia przysługujące Skarbowi Państwa i innym podmiotom publicznym)<sup>9</sup>. Należy zauważyć, że zgodnie z ówczesnym brzemieniem art. 52 k.k. zobowiązanie podmiotu, który uzyskał korzyść majątkową, następowało w wypadku skazania za przestępstwo przynoszące taką korzyść, przy czym dodatkową przesłanką było działanie sprawcy w imieniu lub interesie podmiotu<sup>10</sup>. Ze względu na powyższe niezbędne jest dokonanie zmiany redakcyjnej omawianego przepisu, co pozwoli na związanie odpowiedzialności podmiotu zobowiązanego z odpowiedzialnością sprawcy oraz doprowadzi do usunięcia sprzeczności między przepisami art. 91a § 1 k.p.k. a art. 333 § 5 k.p.k. oraz art. 415a k.p.k.

Kolejną kwestią, na którą warto zwrócić uwagę, jest uzyskanie korzyści majątkowej lub świadczenia określonego w art. 405–407, art. 410 i art. 412 Kodeksu cywilnego. O ile z pojęciem korzyści majątkowej nie wiążą się problemy interpretacyjne, na ogół przyjmuje się bowiem, że jest to korzyść, która posiada wartość ekonomiczną<sup>11</sup> i służy zaspokajaniu potrzeby materialnej człowieka<sup>12</sup>, o tyle wątpliwości rodzą się w kontekście wspomnianych wyżej świadczeń. Ze względu na treść przepisów art. 405–407, art. 410 oraz art. 412 k.c. należy stwierdzić, że ustawodawca włączył do zakresu przepisu art. 91a § 1 k.p.k. korzyść uzyskaną bez podstawy prawnej, świadczenie nienależne, świadczenie uzyskane w zamian za dokonanie czynu zabronionego bądź świadczenie spełnione w celu niegodziwym. Z bezpodstawnym wzbogaceniem mamy do czynienia w wypadku uzyskania korzyści majątkowej kosztem innej osoby. W doktrynie prawa cywilnego uzyskanie korzyści kosztem innej osoby oznacza, że ta sama przyczyna powoduje pojawienie się korzyści w majątku jednej osoby przy jednoczesnej utracie tej korzyści

przez drugą osobę lub utracie chociażby hipotetycznej możliwości jej osiągnięcia<sup>13</sup>. W tym przypadku jako przyczynę uzyskania korzyści należy wskazać popełnienie przestępstwa. Z kolei pod pojęciem „inna osoba” powinno się rozumieć wyłącznie Skarb Państwa, inne podmioty państwowe bądź samorządowe wymienione w art. 91a § 1 k.p.k. Trudno bowiem wskazać sytuację, w której korzyść pochodząca ze środków publicznych nie została uzyskana kosztem podmiotu państwowego. Nawet gdyby przyjąć hipotetycznie sytuację, gdzie np. wskutek włamania na rachunek bankowy jednostki samorządowej, na którym znajdują się środki przeznaczone na wypłatę świadczeń określonym osobom, dokonywane są przelewy na rachunki innych osób albo sytuację, w której pracownik organu administracji państwowej odpowiedzialny za wykonanie przelewów na rzecz innych osób, chcąc dokonać zaboru środków pieniężnych, przelał je na rachunek bankowy działającego z nim w porozumieniu kolegi, to i tak zawsze korzyść będzie osiągnięta kosztem uszczuplenia majątku Skarbu Państwa czy też innych podmiotów państwowych i samorządowych. Zauważyć należy, że jeżeli uszczuplone środki były przeznaczone na wypłatę dla innych osób, to i tak ze względu na gwarancje wypłaty środków przez Skarb Państwa osoby uprawnione do ich otrzymania ich nie tracą. Kolejnym świadczeniem o charakterze cywilnoprawnym wymienionym w art. 91a § 1 k.p.k. jest świadczenie nienależne, którego definicję należy odczytywać w tym wypadku przez pryzmat przepisów o odpowiedzialności podmiotu zobowiązanego. Zatem świadczenie jest nienależne, gdy w związku z popełnieniem przestępstwa Skarb Państwa bądź inny podmiot publiczny spełnił je, nie będąc w ogóle zobowiązanym lub nie będąc zobowiązanym wobec podmiotu, któremu

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. 18.

<sup>10</sup> Zob. art. 52 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed 1 lipca 2015 r.

<sup>11</sup> M. Surkont, *Lapownictwo*, Wydawnictwo Prawnicze LEX, Sopot 1999, s. 110.

<sup>12</sup> O. Górniok, *O pojęciu korzyści majątkowej w kodeksie karnym (problemy wybrane)*, „Państwo i Prawo” 1978, z. 4, s. 117.

<sup>13</sup> J. Ciszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2014, s. 676.



świadczył, albo jeżeli podstawa świadczenia odpadła lub zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty albo jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia. Do zakresu przepisu art. 91a k.p.k. zostały włączone również świadczenia opisane w art. 412 k.c., a mianowicie świadczenie za dokonanie czynu zabronionego przez ustawę oraz świadczenie spełnione w celu niegodziwym. Jeżeli chodzi o pierwsze z nich, to wydaje się, że odnosi się ono do sytuacji, w której w związku z popełnieniem czynu zabronionego podmiot zobowiązany uzyskał świadczenie od Skarbu Państwa lub państwowej bądź samorządowej jednostki organizacyjnej w zamian za dokonanie czynu zabronionego, przy czym – co wymaga podkreślenia – spełnienie świadczenia ma charakter świadomy. To prowadzi do wniosku, że ustawodawca niejako dopuszcza możliwość przestępnego działania osób reprezentujących Skarb Państwa i działających w jego imieniu, które to osoby, dysponując środkami publicznymi, mogłyby np. realizować swoje prywatne interesy. W praktyce niewątpliwie będziemy mieli do czynienia z przestępstwem przywłaszczenia mienia państwowego lub po prostu z przestępstwem kradzieży, z których środki zostały przeznaczone na zapłatę za popełnienie czynu zabronionego. Należy zauważyć, że w świetle przepisu art. 91a § 1 k.p.k. owo świadczenie powinno zostać spełnione na rzecz innego podmiotu niż sprawca. Z kolei przechodząc do omówienia spełnienia świadczenia w celu niegodziwym, należy zaznaczyć, że doktryna prawa cywilnego pojmuje cel niegodziwy jako stan rzeczy, który rażąco narusza powszechnie akceptowane normy moralne lub porządek społeczny<sup>14</sup>. Ze względu na treść art. 412 k.c. realizacja takiego stanu rzeczy musi być zamierzona przez świadczącego, a w tym wypadku przez Skarb Państwa czy też inne jednostki samorządowe lub państwowe wskazane w przepisie art. 91a § 1 k.p.k. oraz znana

przyjmującemu świadczenie<sup>15</sup>. Jego przykładem może być przeznaczenie przez fundację, której celem jest działalność lecznicza i rehabilitacyjna dzieci, uzyskanego w ramach dotacji świadczenia na finansowanie domu publicznego, przy czym podmiot spełniający świadczenie, a w szczególności osoba działająca w jego imieniu, wie, że zostanie ono przeznaczone na cel inny niż opisany we wniosku o dotację. Niemniej jednak cel włączenia art. 412 k.c. do zakresu przepisu art. 91a § 1 k.p.k. można utożsamiać z możliwością wykorzystywania Skarbu Państwa bądź jednostek samorządowych czy też państwowych do naruszającego porządek prawny proceduru. Na koniec rozważań wskazać należy, że w przypadku uzyskania korzyści majątkowej sąd, stosując przepisy prawa cywilnego, orzeka zwrot korzyści albo jej równowartości, natomiast w przypadku uzyskania świadczenia, stosując przepisy prawa cywilnego – art. 412 k.c. – orzeka jego przepadek albo przepadek jego równowartości na rzecz Skarbu Państwa.

Następną przesłanką do nałożenia na podmiot zobowiązany obowiązku zwrotu uzyskanej korzyści bądź orzeczenia przepadku świadczenia jest złożenie przez prokuratora wniosku w tym przedmiocie. W myśl przepisu art. 333 § 5 k.p.k. może on być dołączony przez prokuratora do aktu oskarżenia. Należy wskazać, że ów wniosek może być również złożony jako uzupełnienie wniosku o warunkowe umorzenie postępowania, gdy zastępuje on akt oskarżenia oraz w razie wniesienia aktu oskarżenia z wnioskiem z art. 335 § 2 k.p.k. Ustawodawca natomiast nie uregulował możliwości złożenia wniosku o orzeczenie zwrotu korzyści majątkowej w przypadku wystąpienia z wnioskiem o warunkowe umorzenie postępowania oraz z wnioskiem o skazanie bez przeprowadzenia rozprawy, o którym mowa w art. 335 § 1 k.p.k. W tym zakresie zasadne jest wprowadzenie zmiany brzmienia przepisu art. 333 § 5 k.p.k.

Ze względu na możliwość poniesienia od-

<sup>14</sup> Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2012, C. H. Beck, s. 295.

<sup>15</sup> W. Serda, *Nienależne świadczenie*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1998, s. 216 i n.

powiedzialności majątkowej przez podmiot, który uzyskał korzyść majątkową w związku z przestępnym działaniem oskarżonego, konieczne jest zagwarantowanie mu prawa do obrony własnych interesów. Jak wynika z treści uzasadnienia do Kodeksu karnego z 1997 r., ustawodawca gwarantuje tym podmiotom udział w postępowaniu na prawach strony<sup>16</sup>. Do 1 lipca 2015 r. podmiot inny niż sprawca nie posiadał statusu strony procesu<sup>17</sup>, a jedynie przyznane niektóre uprawnienia procesowe przysługujące stronom, w szczególności możliwość zaskarżania orzeczeń naruszających jego prawa lub szkodzących jego interesom. Z mocy ustawy z 23 marca 2017 r. podmiot zobowiązany został przywrócony na grunt Kodeksu postępowania karnego z szerszymi niż dotychczas uprawnieniami, lecz w dalszym ciągu nie uzyskał on statusu strony postępowania. Jako quasi-strona postępowania pojawia się dopiero na etapie złożenia przez prokuratora wniosku o orzeczenie wobec podmiotu z art. 91a k.p.k. obowiązku zwrotu korzyści majątkowej lub przepadku świadczenia, a więc na etapie postępowania sądowego. O złożeniu przedmiotowego wniosku podmiot zobowiązany jest zawiadamiany przez prokuratora i pouczany o treści przepisów art. 91a k.p.k., art. 415a k.p.k. oraz art. 444 § 2 k.p.k., tj. o podstawach jego odpowiedzialności i warunkach uwzględnienia wniosku złożonego przez prokuratora, a także o przysługujących mu uprawnieniach i ciążących na nim obowiązkach. Należy zaznaczyć, że wszelkie czynności procesowe podejmowane są przez osobę fizyczną, która spełnia kryteria podmiotu zobowiązanego, bądź osobę fizyczną, która reprezentuje osobę prawną, jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej będącą podmiotem zobowiązanym. Ze względu na treść przepisu art. 350 § 1 pkt 3 k.p.k. oraz art. 333 § 5 k.p.k. podmiot zobowiązany jako inny uczestnik postępowania jest zawiadamiany o terminie rozprawy i na nią wzy-

wany. Zgodnie z treścią art. 91a § 4 k.p.k. osobie fizycznej będącej podmiotem zobowiązanym bądź reprezentującej go przysługuje prawo do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, gdy nie włada ona wystarczająco językiem polskim. Do podmiotu zobowiązanego stosuje się odpowiednio przepis art. 75 k.p.k., w związku z tym ciąży na nim obowiązek stawiennictwa na wezwanie sądu oraz informowania o każdorazowej zmianie miejsca zamieszkania lub pobytu trwającej dłużej niż 7 dni. Jako uczestnik postępowania może on ustanowić pełnomocnika, uczestniczyć w rozprawie, być przesłuchanym w charakterze świadka, może zadawać pytania osobom przesłuchiwanym, składać wnioski dowodowe oraz wypowiadać się w głosach końcowych. Z punktu widzenia obrony interesów podmiotu zobowiązanego istotne znaczenie ma prawo do odmowy składania zeznań, które z mocy przepisu art. 91a § 3 k.p.k. przysługuje osobie fizycznej zobowiązanej do zwrotu korzyści bądź osobie uprawnionej do działania w imieniu podmiotu zobowiązanego. Należy jednak zauważyć, że przesłuchiwany nie może skorzystać ze wskazanego prawa odnośnie do tych oskarżonych, z których zachowaniem nie wiąże się uzyskanie przez niego korzyści majątkowej, chyba że wchodzi w grę przyczyny wymienione w art. 182 k.p.k.<sup>18</sup>

Z uwagi na złożenie przez prokuratora wniosku o orzeczenie zwrotu korzyści majątkowej wraz z aktem oskarżenia w stadium postępowania przygotowawczego odmiennie niż w postępowaniu sądowym kształtują się jego uprawnienia. Na tym etapie postępowania karnego występuje on jako osoba inna niż strona i *de facto* zostaje pozbawiony możliwości obrony swoich interesów. Jako uczestnik postępowania może jedynie zaskarżać każdą decyzję lub inną czynność naruszającą jego prawa. W toku postępowania przygotowawczego podmiot, wobec którego może zostać złożony wniosek z art. 91a k.p.k., może zostać przesłuchany w cha-

<sup>16</sup> Zob. Uzasadnienie do Kodeksu karnego z 1997 r.

<sup>17</sup> Zob. art. 416 k.p.k.

<sup>18</sup> T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie*, s 361.

rakterze świadka i w związku z tym pojawia się problem możliwości skorzystania przez osobę przesłuchiwaną z prawa do odmowy składania zeznań. Mając na względzie treść przepisu art. 91a § 2 i 3 k.p.k., stanowiących, że podmiot zobowiązany przesłuchiwany w charakterze świadka w postępowaniu karnym ma prawo odmówić składania zeznań, można wyprowadzić wnioski, że to uprawnienie osobie przesłuchiwanej przysługuje. Jednak użyte przez ustawodawcę wyrażenie „w postępowaniu karnym” nie oznacza, że to prawo przysługuje świadkowi w całym postępowaniu, bowiem, jak wcześniej wskazano, na etapie postępowania przygotowawczego osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną nie posiada jeszcze statusu podmiotu zobowiązanego. W konsekwencji dopiero po złożeniu przez prokuratora wniosku o zobowiązanie podmiotu, który uzyskał korzyść majątkową, a więc w toku postępowania sądowego osoba taka może skorzystać z prawa do odmowy zeznań. W przypadku zgodnego z prawem odmówienia zeznań przed sądem uprzednie zeznania tej osoby, a zatem te złożone w postępowaniu przygotowawczym, nie mogą służyć za dowód ani być odtworzone. To poniekąd łagodzi skutki braku możliwości skorzystania przez podmiot zobowiązany z prawa do odmowy zeznań na etapie postępowania przygotowawczego.

Mając powyższe na względzie, należy stwierdzić, że niewątpliwie na etapie postępowania przygotowawczego dochodzi do utrudnienia obrony interesów podmiotu z art. 91a k.p.k. Dlatego też wysunąć należałoby postulat *de lege ferenda*, aby już w postępowaniu przygotowawczym wprowadzić przepisy pozwalające podmiotowi, co do którego prokurator może wystąpić z wnioskiem o zwrot korzyści majątkowej, na podejmowanie czynności nakierowanych na obronę własnego interesu. W tym zakresie można byłoby wprowadzić podobne

unormowania, jakie obowiązują w Kodeksie karnym skarbowym w odniesieniu do podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo i wprowadzić podmiot zobowiązany do postępowania jako jego stronę. Na etapie postępowania przygotowawczego organ je prowadzący mógłby wydawać postanowienie, w którym wskazywałby istnienie możliwości orzeczenia zwrotu korzyści majątkowej wobec danego podmiotu. Na podstawie tego orzeczenia osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej uzyskiwałaby status strony i związane z tym uprawnienia, w szczególności inicjatywę dowodową, mogłaby uczestniczyć w czynnościach procesowych już w postępowaniu przygotowawczym.

Podsumowując: wprowadzone ustawą z dnia 23 marca 2017 r. przepisy normujące przesłanki odpowiedzialności majątkowej podmiotu zobowiązanego oraz jego rolę w postępowaniu karnym nie do końca zostały przemyślane przez ustawodawcę. Po pierwsze, uzależnienie odpowiedzialności majątkowej podmiotu zobowiązanego od uzyskania korzyści w związku z popełnieniem czynu zabronionego zbyt szeroko zakreśla jej ramy i prowadzi do sprzeczności z przepisami prawa procesowego. Dla spójności przepisów należałoby w tym zakresie zastąpić pojęcie „czyn zabroniony” pojęciem „przestępstwo”. To pozwoliłoby na związanie odpowiedzialności majątkowej podmiotu zobowiązanego z odpowiedzialnością sprawcy i uniknięcie sprzeczności z pozostałymi przepisami procesowymi. Po drugie, podmiot zobowiązany w toku postępowania karnego nadal nie może bronić swoich interesów w sposób należyty. Pomimo licznie przysługujących mu uprawnień na etapie postępowania sądowego jego obrona doznaje uszczerbku już na etapie postępowania przygotowawczego. W tym kontekście zasadny staje się postulat nadania mu statusu strony w całym postępowaniu karnym.

## Summary

*Joanna Wawrzyniak-Zaczyńska*

### **THE CONSTRUCTION OF THE ENTITY OBLIGED TO RETURN PROPERTY IN THE LIGHT OF THE PROVISIONS OF THE ACT OF 23 MARCH 2017 ON THE AMENDMENT OF THE CRIMINAL CODE AND OTHER ACTS**

This article is an analysis of the provisions concerning the entity obliged to reimburse the proceeds of crime that were introduced into the Code of Criminal Procedure under the Act of 23 March 2017. The first part discusses the nature of art. 91a § 1 k.p.k. and the legitimacy of its placement in the Penal Code. The second part analyzes the prerequisites of the liability of the obligee to return the benefits. The third section presents his position in criminal proceedings, in particular the possibility of defending interests at various stages of proceedings from preparatory proceedings to the jurisdictional phase.

**KEY WORDS:** the entity obliged to reimburse the proceeds of crime, the liability of the obligee to return the benefits, the position of entity obliged in criminal proceedings

**POJĘCIA KLUCZOWE:** podmiot zobowiązany do zwrotu korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa, uprawnienia procesowe podmiotu zobowiązanego do zwrotu korzyści majątkowej, odpowiedzialność podmiotu, który uzyskał korzyść majątkową z przestępstwa, art. 91a k.p.k.

## DOCHODZENIE ODSZKODOWANIA NA PODSTAWIE ART. 79 UST. 1 PKT 3A I 3B PRAWA AUTORSKIEGO ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM WYKŁADNI POJĘCIA „STOSOWNE WYNAGRODZENIE”

### WSTĘP

Problem możliwości dochodzenia „krotności” odszkodowania za naruszenia autorskich praw majątkowych jest zagadnieniem często poruszonym zarówno w literaturze przedmiotu, jak i orzecznictwie sądowym. Już na wstępie należy zaznaczyć, że art. 79 ust. 1 pkt 3 pr. aut., mimo jasno sformułowanego brzmienia, stanowi bardzo często źródło rozbieżnej wykładni. W konsekwencji zarówno doktryna, jak i orzecznictwo, dokonując jego interpretacji, często dochodzą do różnych wniosków.

Niniejszy tekst stanowi próbę usystematyzowania poglądów w zakresie wykładni normy zawartej w art. 79 ust. 1 pkt 3 pr. aut. Autor niniejszego tekstu stoi na stanowisku, że znaczna większość poglądów wyrażonych na tle art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. jest wynikiem błędnej interpretacji tego przepisu z uwagi na przyjęcie nieuprawnionej tezy, iż przez stosowne wynagrodzenie należy rozumieć wynagrodzenie, jakie otrzymałby uprawniony, gdyby osoba, która naruszyła jego prawa majątkowe, zawarła z nim umowę o korzystanie z utworu w zakresie dokonanego naruszenia. W konsekwencji za stosowne wynagrodzenie w rozumieniu powołanego przepisu uznaje się np. opłaty sublicencyjne stosowane przez powoda w umowach z innymi kontrahentami. Źródłem zatem wadliwości wskazanej wyżej wykładni jest przyjęcie konstrukcji z reżimu odpowiedzialności na zasadach ogólnych (art. 79 ust. 1 pkt 3a pr. aut.) do sposobu obliczenia wynagro-

dzenia na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut., który jest regulacją szczególną.

Zakreślona w ten sposób problematyka rozważań wymaga postawienia szeregu pytań badawczych oraz dokonania analizy tej kwestii zarówno przez pryzmat rozwiązań krajowych, jak i unijnych. Należy odnieść się do poglądów wyrażonych w doktrynie oraz przeanalizować orzecznictwo sądów powszechnych i Sądu Najwyższego w celu znalezienia odpowiedzi na pytanie o przyczynę rozbieżności w wykładni art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. będącego przedmiotem analizy. Trzeba także postawić pytanie o interpretację przywołanego przepisu w świetle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 23 czerwca 2015 r., SK 32/14<sup>1</sup>. Posiadając pełnię obrazu co do zakresu interpretacji art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. na gruncie prawa polskiego, należy skonfrontować tę wykładnię z przepisami unijnymi, w szczególności dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej<sup>2</sup>, jak i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE).

### KLASYFIKACJA ROSZCZEŃ Z ART. 79 UST. 1 PR. AUT.

W literaturze przedmiotu roszczenia określone w art. 79 ust. 1 pr. aut. są różnie klasyfikowane. Zgodnie z systematyką przyjętą przez A. Nowak-Grucę dzielą się na trzy kategorie.

<sup>1</sup> OTK 2015, nr 6, poz. 84.

<sup>2</sup> Dz.U. UE L z 2004 r. nr 157, s. 45.

Pierwszą stanowią tzw. roszczenia obronne, tj. o zaniechanie naruszeń oraz usunięcie skutków naruszenia, drugą – roszczenia o charakterze wyrównawczym, tj. roszczenie o naprawienie wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych i roszczenie o wydanie uzyskanych korzyści, natomiast trzecią stanowi tzw. odszkodowanie karne, tj. roszczenie o zapłatę „krotności” wynagrodzenia<sup>3</sup>. Z kolei M. Czajkowska-Dąbrowska przyjmuje inną systematykę. Zgodnie z jej poglądem art. 79 pr. aut. stanowi przepis łączący roszczenia o charakterze prewencyjno-restytucyjnym z roszczeniami mającymi charakter kompensacyjny. Do roszczeń prewencyjno-restytucyjnych Autorka zalicza roszczenie o zaniechanie naruszeń oraz usunięcie skutków naruszenia, do kompensacyjnych zaś – możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych albo dochodzenia wielokrotności stosownego wynagrodzenia za naruszenie autorskich praw majątkowych<sup>4</sup>. Pomimo przyjęcia różnej systematyki Autorki zgodne są co do tego, że możliwość dochodzenia „krotności” wynagrodzenia za naruszenie autorskich praw majątkowych stanowi instytucję wyjątkową w polskim systemie prawnym. W tym miejscu należy podnieść, że M. Czajkowska-Dąbrowska czyni niezwykle trafne spostrzeżenie w odniesieniu do roszczeń o charakterze kompensacyjnym, tj. odróżnia bezprawność działania sprawcy naruszenia polegającą na wkroczeniu w podmiotowe prawo autorskie od spełnienia wszystkich przesłanek czynu niedozwolonego w rozumieniu Kodeksu cywilnego<sup>5</sup>. Tym samym Autorka w sposób pośredni wskazuje, że niekiedy faktyczną podstawą odpowiedzialności może być samo wkroczenie w autorskie prawo podmiotowe. Słusznie więc stwierdza, że brak jest możliwości przyjęcia stanowiska, iż do wszystkich roszczeń określonych w art. 79 ust. 1 pr. aut. stosować należy przepisy reżimu

deliktowego określonego w Kodeksie cywilnym (art. 415 k.c. i n.). Z drugiej zaś strony nie można się zgodzić z poglądem, że przepisami reżimu deliktowego będą objęte wszystkie roszczenia odszkodowawcze przewidziane w art. 79 ust. 1 pkt 3 pr. aut. Autorka zdaje się pomijać literalną wykładnię art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut., dającego możliwość dochodzenia odszkodowania poprzez zapłatę sumy pieniężnej odpowiadającej „krotności” stosownego wynagrodzenia.

Należy zwrócić uwagę, że przed wydaniem przez Trybunał Konstytucyjny wyroku z 23 czerwca 2015 r.<sup>6</sup> przepis art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. dawał możliwość dochodzenia trzykrotności stosownego wynagrodzenia w przypadku, gdy wkroczenie w podmiotowe prawo autorskie było zawinione, w przypadku zaś, gdy osobie naruszającej nie można było przypisać winy – dwukrotności wynagrodzenia. Trybunał Konstytucyjny orzekł w przywołanym wyroku, że art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. w zakresie, w jakim uprawniony może żądać od naruszającego zapłaty odszkodowania w wysokości trzykrotności stosownego wynagrodzenia, jest niezgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz w związku z art. 2 i w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W tym miejscu należy jedynie zaznaczyć, że Trybunał nie zakwestionował samej instytucji możliwości dochodzenia odszkodowania w kwocie oderwanej od rzeczywistej wysokości szkody, które trafnie określił mianem odszkodowania o charakterze ryczałtowym.

W konsekwencji orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego pojawiło się wiele wyroków sądów powszechnych dotyczących wykładni art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. Sądy orzekające jednoznacznie zajęły stanowisko, że w chwili obecnej roszczenie opisane w przywołanym przepisie nie ma charakteru roszcze-

<sup>3</sup> A. Nowak-Gruca, *Cywilnoprawna ochrona autorskich praw majątkowych w świetle ekonomicznej analizy prawa*, Warszawa 2013, s. 222 i n.

<sup>4</sup> M. Czajkowska-Dąbrowska, *Odszkodowanie z tytułu naruszenia praw autorskich – rozwój czy degeneracja?*, „Studia Iuridica” 2016, Tom 64, s. 61 i n.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 64.

<sup>6</sup> OTK 2015, nr 6, poz. 84.



nia deliktowego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19 maja 2017 r. „art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b pr. aut. uprawnia osobę, której autorskie prawa majątkowe zostały naruszone do żądania naprawienia wynikłej z tego szkody poprzez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej dwukrotności stosownego wynagrodzenia, niezależnie od tego, czy naruszającemu można przypisać winę”<sup>7</sup>. W obecnym stanie prawnym na przesłance winy naruszającego oparte jest wyłącznie roszczenie o naprawienie szkody na zasadach ogólnych. Dla możliwości dochodzenia odszkodowania w postaci podwójnego stosownego wynagrodzenia wystarczająca jest bezprawność postępowania podmiotu naruszającego cudze prawa autorskie rozumiana jako korzystanie z utworu w sposób sprzeczny z prawem, a więc wkroczenie, bez zezwolenia uprawnionego, w autorskie prawa bezwzględne<sup>8</sup>. Oznacza to, że „biernie legitymowanym podmiotem w sporach związanych z naruszeniem autorskich praw majątkowych jest osoba fizyczna albo prawna, która dokonała tego naruszenia; bez znaczenia jest przy tym działanie sprawcy w dobrej wierze, jak i brak zawinienia. W gronie biernie legitymowanych może chodzić zarówno o osoby trzecie, jak i o kontrahentów podmiotu prawa autorskiego, którzy przekroczyli granice udzielonego im umową upoważnienia, a nawet o współtwórców danego utworu. Samo podniesienie przez adresata tego roszczenia argumentu, że korzystał z utworu na podstawie umowy z inną osobą (nawet współtwórcą utworu), jednak bez wykazania, że wynika z tej umowy zezwolenie dochodzącego tych roszczeń twórcy (współtwórcy) na korzystanie z dzieła, nie zwalnia z odpowiedzialności w zakresie żąda-

nia podwójnego stosownego wynagrodzenia”<sup>9</sup>. Podsumowując powyższe rozważania, odnoszące się do charakteru roszczeń opisanych w art. 79 ust. 1 pkt 3a i 3b pr. aut., należy zwrócić uwagę, że odpowiedzialność przewidziana w art. 79 ust. 1 pkt 3b jest odpowiedzialnością niezależną od zawinienia strony naruszającej, odpowiedzialność zaś opisana w pkt 3a omawianego przepisu jest odpowiedzialnością opartą wyłącznie na zasadzie winy. Należy wskazać, że odpowiedzialność niezależna od zawinienia jest odpowiedzialnością z tytułu czynu niedozwolonego, odpowiedzialność na zasadzie winy jest zaś odpowiedzialnością deliktową, odpowiadającą konstrukcji przyjętej w art. 415 k.c. Wkroczenie w autorskie prawo podmiotowe stanowi bowiem czyn niedozwolony. Pojęcie czynu niedozwolonego jest pojęciem szerszym aniżeli pojęcie deliktu, które obejmuje swoim zakresem obowiązek naprawienia szkody, ciążyący na sprawcy uszczerbku, którego czyn jest zawiniony (art. 415 k.c.)<sup>10</sup>. Tymczasem w pojęciu czynu niedozwolonego mieści się także odpowiedzialność niezależna od winy sprawcy szkody, a nawet w niektórych sytuacjach pozostająca bez związku z zachowaniem się określonej osoby<sup>11</sup>. Przyjęcie takiej kwalifikacji nie dezaktualizuje tezy Sądu Najwyższego dotyczącej przedawnienia roszczeń z art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut., tj. że „roszczenia przewidziane w art. 79 ust. 1 pkt 3b ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (jedn. tekst: Dz.U. z 2007 r. Nr 99, poz. 662 ze zm.) przedawniają się według reguł przewidzianych w art. 442<sup>1</sup> k.c.”<sup>12</sup>, albowiem art. 442<sup>1</sup> k.c. odnosi się do odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych, nie zaś do odpowiedzialności *ex delicto*.

Powyższy opis i scharakteryzowanie rosz-

<sup>7</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19 maja 2017 r., I ACa 351/16, LEX nr 2310556. Dokładnie taka sama teza zawarta jest w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 27 lipca 2015 r., I ACa 110/15, LEX nr 1789965.

<sup>8</sup> Zob. wyrok SN z 24 lipca 2014 r., II CSK 562/13, LEX nr 1504836.

<sup>9</sup> Zob. *ibidem*.

<sup>10</sup> Zob. A. Śmieja, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna. Tom 6*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 353–354.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 11 sierpnia 2011 r., I CSK 633/10, OSNC 2012, nr 3, poz. 37.

czeń w art. 79 ust. 1 pkt 3 pr. aut. stanowi punkt wyjścia dla określenia zakresu postępowania dowodowego dla obu roszczeń. Kształtuje się on bowiem inaczej w przypadku roszczenia odszkodowawczego, o którym mowa w pkt 3a przywołanego przepisu, a inaczej w przypadku roszczenia, o którym mowa w pkt 3b.

### ROSZCZENIE O NAPRAWIENIE SZKODY DOCHODZONE NA ZASADACH OGÓLNYCH (ART. 79 UST. 1 PKT 3A PR. AUT.)

W ślad za A. Drzewieckim należy podzielić pogląd, że w przypadku art. 79 ust. 1 pkt 3a chodzi o odpowiedzialność opartą zarówno na zasadzie winy umyślnej, jak i nieumyślnej, którą mogą ponieść zarówno osoby fizyczne, jak i prawne, odnoszącą się do szkody poniesionej przez podmiot autorskich praw majątkowych w zakresie, w którym istnieje związek przyczynowy pomiędzy szkodą a czynem bezprawnym i zawinionym<sup>13</sup>. W konsekwencji ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych konstruuje w tym przepisie odpowiedzialność na zasadach odpowiedzialności deliktowej przewidzianej w art. 415 i n. k.c. Oznacza to, że przy dochodzeniu tego roszczenia niezbędne jest przeprowadzenie dowodu na następujące okoliczności:

- 1) podmiot dochodzący roszczeń jest uprawniony z tytułu majątkowego prawa autorskiego;
- 2) nastąpiło bezprawne wkroczenie w autorskie prawa podmiotowe (czyn niedozwolony);
- 3) wkroczenie w autorskie prawa podmiotowe jest zawinione (wina umyślna albo nieumyślna);
- 4) powstała szkoda majątkowa, określenie, jaka jest jej wysokość oraz
- 5) jaki jest związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy wkroczeniem przez sprawcę

w autorskie prawa majątkowe a powstałą szkodą.

Odesłanie zawarte w art. 79 ust. 1 pkt 3a pr. aut. do zasad ogólnych przewidzianych w art. 415 k.c. oznacza, że podmiot dochodzący roszczeń przy określeniu wysokości szkody może brać pod uwagę zarówno szkodę bezpośrednio wyrządzoną (*damnum emergens*), jak i utracone korzyści (*lucrum cessans*).

W zależności od określonego stanu faktycznego dowód na okoliczność, że podmiot dochodzący odszkodowania jest uprawniony z tytułu prawa autorskiego, może zostać przeprowadzony w różny sposób. Tytułem przykładu należy przywołać możliwość powołania się na treść art. 8 ust. 2 pr. aut., zgodnie z którym: domniemywa się, że twórcą jest osoba, której nazwisko w tym charakterze uwidoczniło na egzemplarzach utworu lub której autorstwo podano do publicznej wiadomości w jakikolwiek inny sposób w związku z rozpowszechnianiem utworu. Powołanie się na to domniemanie ma ten skutek, że zwalnia stronę powodową z obowiązku przedstawienia dowodów na potwierdzenie, iż przysługują jej autorskie prawa majątkowe. Podobna konstrukcja domniemania została zastosowana przez ustawodawcę w stosunku do praw autorskich do utworów audiowizualnych. W myśl art. 70 ust. 1 pr. aut. domniemywa się, że producent utworu audiowizualnego nabywa na mocy umowy o stworzenie utworu albo umowy o wykorzystanie już istniejącego utworu wyłączne prawa majątkowe do eksploatacji tych utworów w ramach utworu audiowizualnego jako całości. W wyroku SN z 14 marca 2006 r., III CSK 143/05, sąd wyraził pogląd, że szczególnie przepis art. 70 ust. 1 pr. aut. stwarza domniemanie przejścia ogółu praw autorskich do utworów wkładowych na producenta utworu audiowizualnego, a konstrukcja ta ma na celu ułatwienie obrotu prawami do takiego utworu i zapewnienie producentowi szczególnej pozycji w stosunku do dzieła<sup>14</sup>. W innych przypadkach

<sup>13</sup> A. Drzewiecki, (w:) *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydełko, Warszawa 2011, s. 508.

<sup>14</sup> Zob. wyrok SN z 14 marca 2006 r., III CSK 143/05, OSNC 2006, nr 12, poz. 206.

wykazanie, że jest się podmiotem uprawnionym z tytułu prawa autorskiego, może nastąpić np. poprzez okazanie odpowiedniej umowy przenoszącej prawa autorskie lub jeżeli jest się twórcą – poprzez dostarczenie dowodów na swoje autorstwo.

W przypadku wykazania bezprawności wkroczenia w autorskie prawa majątkowe wystarczy stwierdzenie, że w danych okolicznościach sprawy nie istniała żadna podstawa prawna, z której wynikałoby uprawnienie sprawcy naruszenia do korzystania z autorskich praw majątkowych. Na marginesie rozważań należy zwrócić uwagę, że źródłem tego uprawnienia może być zarówno konkretny stosunek prawny, jak i przepisy ustawy. Uprawnienie wynikające z ustawy może wynikać np. z art. 11 pr. aut., w myśl którego producent lub wydawca utworu zbiorowego nabywa do niego prawo jako całości, lub z art. 74 pr. aut. stanowiącego, że „prawa majątkowe do programu komputerowego stworzonego przez pracownika w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy przysługują pracodawcy, o ile umowa nie stanowi inaczej”. W konsekwencji oznacza to, że obroną przed twierdzeniem, iż nastąpiło bezprawne wkroczenie w autorskie prawo podmiotowe, jest dostarczenie przez stronę pozwaną dowodu na okoliczność, że jej uprawnienie do korzystania z tego prawa wynika bądź z ustawy, bądź określonego stosunku prawnego (np. umowa o przeniesienie praw autorskich, umowa licencyjna).

Kolejną okolicznością podlegającą dowodzeniu, w razie oparcia roszczenia odszkodowawczego na treści art. 79 ust. 1 pkt 3a pr. aut., jest wystąpienie po stronie naruszającego majątkowe prawa autorskie winy – mogącej mieć postać zarówno winy umyślnej, jak i nieumyślnej (nie-dbalstwo). Wykazanie winy umyślnej będzie polegało na dostarczeniu takich dowodów,

które wskazywać będą, że sprawca naruszenia miał świadomość szkodliwego skutku swojego zachowania i przewidywał jego nastąpienie, celowo do niego zмирzając (*dolus directus*), lub co najmniej godził się na wystąpienie tych skutków (*dolus eventualis*). Natomiast w przypadku winy nieumyślnej sprawca wkroczenia w autorskie prawa majątkowe wprawdzie przewiduje możliwość wystąpienia szkodliwego skutku, ale bezpodstawnie przypuszcza, że zdoła go uniknąć, albo też nie przewiduje możliwości wystąpienia tego skutku, choć mógł i powinien był go przewidzieć. Wypada zwrócić uwagę, że dla oceny, czy mamy do czynienia z winą w postaci niedbalstwa, decydujące znaczenie należy przypisać tzw. miernikowi należytej staranności, jaki przyjmuje się za wzór należytego postępowania. Komentatorzy zwracają uwagę, że zasadnicze znaczenie w zakresie należytej staranności będzie miał art. 355 k.c.<sup>15</sup>, odnoszący się zarówno do odpowiedzialności *ex contractu*, jak i *ex delicto*<sup>16</sup>.

Konstrukcja możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych za naruszenie autorskich praw majątkowych, jak wskazano powyżej, zakłada, że uszczerbek dotyczący poszkodowanego może wystąpić w dwóch postaciach, tj. straty rzeczywistej, którą poniósł uprawniony w wyniku naruszenia (*damnum emergens*), oraz nieuzyskanych przez niego korzyści (*lucrum cessans*). Wykazanie wysokości bezpośredniej szkody może nastąpić np. w oparciu o przyjęte stawki, jakie w swojej działalności przyjmuje uprawniony z tytułu prawa autorskiego za korzystanie z tego prawa. W realiach konkretnej sprawy dowodami na okoliczność mogą być np. stosowane cenniki bądź kwoty wskazane na fakturach lub rachunkach, jak i umowy, na mocy których następowało przejście praw za określonym wynagrodzeniem. Odrębnym

<sup>15</sup> W myśl art. 355 § 1 k.c. „dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność)”, natomiast zgodnie z § 2 „należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności”.

<sup>16</sup> G. Bieniek, (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania tom 1*, G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska, Warszawa 2008, s. 298–299.

zagadnieniem jest ustalenie rozmiaru szkody w postaci utraconych korzyści. Ustalenie wysokości tak rozumianej szkody często stwarza poważne trudności praktyczne.

Zgodnie z utrwalonym już orzecnictwem Sądu Najwyższego i sądów powszechnych konstrukcja odpowiedzialności za utracone korzyści w prawie polskim opiera się na tych samych zasadach, co odpowiedzialność za szkodę rzeczywistą, a więc przyznaje prawo do wynagrodzenia tych tylko korzyści, które w normalnym toku wydarzeń, niezakłóconym wystąpieniem zdarzenia wyrządzającego szkodę, poszkodowany byłby otrzymał. Określenie w art. 361 § 2 k.c. tego elementu szkody w trybie przypuszczającym, jako „korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono”, nie ma na celu zaznaczenia, że prawdopodobieństwo wystąpienia szkody musi być bliskie pewności, lecz służy wskazaniu, iż korzyści mają charakter hipotetyczny i muszą pozostawać w związku z przyczyną sprawczą szkody. Konieczność wykazania, że korzyści rzeczywiście zostałyby osiągnięte, wynika z objęcia odpowiedzialnością odszkodowawczą jedynie szkód stanowiących normalne następstwo zdarzenia szkodzącego. Dyferencycyjna metoda określania szkody nakazuje więc odtworzenie hipotetycznie najbardziej prawdopodobnego modelu zdarzeń pozbawionego elementu sprawczego szkody i nakazuje ustalenie jego wpływu na stan majątkowy poszkodowanego, a następnie jego porównanie ze stanem powstałym w rezultacie zadziałania przyczyny, która szkodę wywołała. Poziom prawdopodobieństwa fikcyjnego przebiegu zdarzeń musi być tak wysoki, że nakazuje w świetle osiągnięć wiedzy i przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego wykluczyć możliwe alternatywne

modele i uznać, że wypadki najpewniej potoczyłyby się według przyjętej hipotezy<sup>17</sup>. W celu zilustrowania wskazanej wyżej problematyki można posłużyć się przykładem sprawy o naruszenie autorskich praw majątkowych do interfejsu strony internetowej. W sprawie tej autor zaprojektował *interface* strony internetowej, strona naruszająca skopiowała zaś jego projekt, zaprogramowała nową stronę w oparciu o ten projekt graficzny i zakończyła współpracę<sup>18</sup>. Przed zakończeniem współpracy twórca wprowadzał szereg autorskich zmian na zlecenie strony pozwanej, za co otrzymywał stałe wynagrodzenie. W związku z zakończeniem współpracy stron będącym konsekwencją naruszenia praw autorskich twórca zaprzestał świadczenia usług w postaci wprowadzania autorskich zmian, a w konsekwencji utracił określone wynagrodzenie za wykonywanie swojego prawa autorskiego. W ocenie sądu w świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie budziło wątpliwości, że gdyby nie dokonane naruszenie, z uwagi na charakter działalności, strona naruszająca kontynuowałaby współpracę z twórcą na dotychczasowych zasadach. W konsekwencji uznał, że wykazane zostało wysokie, graniczące z pewnością, prawdopodobieństwo uznania, iż twórca uzyskałby korzyści w postaci wynagrodzenia w określonej miesięcznie kwocie, którą to otrzymywał do momentu zakończenia współpracy<sup>19</sup>.

Przechodząc do ostatniej przesłanki niezbędnej dla wykazania roszczenia opartego na treści art. 79 ust. 1 pkt 3a pr. aut., należy zauważyć, że adekwatny związek przyczynowo-skutkowy na gruncie wspomnianego roszczenia powinien łączyć zdarzenie naruszające autorskie prawa majątkowe (tj. takie, z którym przepisy pr. aut. wiążą obowiązek odszkodowawczy) ze szkodą<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 11 kwietnia 2014 r., I CSK 291/13, LEX nr 1526621.

<sup>18</sup> Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 21 marca 2016 r., XVI GC 366/12, niepubl.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Zgodnie z ustalonym orzecnictwem sądowym „istota regulacji art. 361 § 1 k.c. pozwala na przyjęcie odpowiedzialności sprawcy szkody na podstawie przepisów o czynach niedozwolonych tylko za typowe, a więc normalne skutki zachowań, a nie za wszelkie możliwe ich następstwa, które w ciągu zdarzeń dają się nawet połączyć w jeden łańcuch przyczynowo-skutkowy. Za adekwatne, typowe następstwo określonego zachowania można więc uznać

### ROSZCZENIE O NAPRAWIENIE SZKODY POPRAWIEZ ZAPŁATĘ DWUKROTNOŚCI STOSOWNEGO WYNAGRODZENIA (ART. 79 UST. 1 PKT 3B PR. AUT.)

Tak jak wspomniano wyżej, inaczej kształtuje się zakres postępowania dowodowego w przypadku, gdy podmiot uprawniony dochodzi roszczeń odszkodowawczych, opierając swoje żądanie na treści art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. Odpowiedzialność sprawcy naruszenia jest bowiem odpowiedzialnością za czyn niedozwolony, ale z uwagi na fakt, że wina sprawcy jest dla tej odpowiedzialności irrelevantna, czyn ten nie jest deliktem w rozumieniu art. 415 k.c. W konsekwencji podmiot dochodzący roszczenia z art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. nie jest zobowiązany do wykazania winy sprawcy naruszenia, natomiast musi wykazać:

1) że jest uprawniony z tytułu majątkowego prawa autorskiego;

2) że nastąpiło bezprawne wkroczenie w autorskie prawo majątkowe (czyn niedozwolony);

3) powstanie szkody majątkowej oraz – w odniesieniu do żądanej kwoty – podstawę przyjętą do jej wyliczenia, z uwagi na ryczałtowy charakter dochodzonego odszkodowania;

4) związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy zdarzeniem wywołującym szkodę (naruszenie majątkowego prawa autorskiego) i szkodą.

Jedną z najbardziej złożonych kwestii, w kontekście roszczenia o zasądzenie zryczałtowanego odszkodowania, jest jego wysokość i sposób obliczenia szkody. Zgodnie z brzmieniem art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. w obecnym stanie prawnym zasądzone odszkodowanie powinno być równe sumie pieniężnej w wysokości odpowiadającej dwukrotności stosownego wynagrodzenia.

### DOTYCHCZASOWE STANOWISKO DOKTRYNY DOTYCZĄCE ROSZCZENIA Z ART. 79 UST. 1 PKT 3B PR. AUT.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na stanowisko doktryny zajęte w odniesieniu do przyjętego przez ustawodawcę rozwiązania w art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. Kwestia ta jest istotna dla niniejszych rozważań, wadliwe bowiem określenie charakteru roszczenia dochodzonego w oparciu o jego treść miało znaczenie dla formułowania poglądów co do sposobu wykazywania dochodzonego na tej podstawie roszczenia. Krytyczne podejście doktryny do tego roszczenia wynika z niezrozumienia jego istoty. Należy założyć, że pojawienie się roszczenia odszkodowawczego, które daje możliwość obliczenia szkody bez wykazywania szkody rzeczywiście poniesionej lub utraconych korzyści, jest konsekwencją faktu, że prawo autorskie stanowi szczególny rodzaj prawa o charakterze majątkowym. Innymi słowy – w niektórych przypadkach będzie niezwykle trudne, a wręcz będzie niemożliwe, wykazanie poniesionej szkody na zasadach ogólnych. Z reguły taka bariera nie istnieje w przypadku, jeżeli szkoda dotyczy rzeczy. Łatwo wycenić szkodę majątkową w postaci zniszczenia pojazdu mechanicznego czy utraty tony węgla.

Doktryna, krytycznie oceniając roszczenie o zapłatę „krotności” dochodzonego wynagrodzenia, wskazuje, że odszkodowanie ryczałtowe jest sprzeczne z zasadą pełnego odszkodowania i narusza zakaz wzbogacania się poszkodowanego na skutek zasądzenia odszkodowania za naruszenie<sup>21</sup>. J. Barta i R. Markiewicz zwracają ponadto uwagę, że „wprowadzenie roszczenia o zapłatę wielokrotności wynagrodzenia, w pewnym zakresie niezależnych od winy naruszającego, można traktować częściowo jako aprobatę dla swoistej kary cywilnej,

występowanie tylko takiego skutku, który daje się przewidzieć w zwykłym porządku rzeczy, a więc takiego, który – przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego – jest charakterystyczny dla danej przyczyny, jako normalny rezultat określonego zachowania, w tym także deliktu” (zob. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 31 sierpnia 2017 r., I ACa 120/17, LEX nr 2369681).

<sup>21</sup> Zob. P. Podrecki, *Środki ochrony praw własności intelektualnej*, Warszawa 2010, s. 299.

nieznanej innym ustawodawstwom autorskim, która wywołuje jednak istotne wątpliwości co do swej zasadności<sup>22</sup>. W dalszej części rozważań autorzy stawiają tezę, że takie rozwiązanie jest niezgodne z założeniami dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej<sup>23</sup>, która wprawdzie nie zabrania kategorycznie, lecz każe unikać odszkodowania o charakterze karnym (*punitive damages*)<sup>24</sup>. Z powyższymi poglądami nie sposób się zgodzić.

### ODSZKODOWANIE O CHARAKTERZE RYCZAŁTOWYM A DYREKTYWA 2004/48/WE

Wskazówki w zakresie wykładni art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. znajdują się w cytowanym już wyżej orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z 25 czerwca 2015 r. W wyroku tym wprawdzie Trybunał zakwestionował możliwość dochodzenia odszkodowania zryczałtowanego w oparciu o przesłankę trzykrotności stosownego wynagrodzenia, uznał jednak, że z punktu widzenia konstytucyjnego dopuszczalne jest roszczenie o zasądzenie dwukrotności stosownego wynagrodzenia. Niezwykle istotne z punktu widzenia ustalenia wysokości kwoty stanowiącej „krotność” stosownego wynagrodzenia jest to, że Trybunał w uzasadnieniu cytowanego wyroku wprost stwierdził, iż roszczenie oparte na opłatach ryczałtowych nie wymaga dokładnego ustalenia wysokości rzeczywiście poniesionej szkody. W dalszej części uzasadnienia Trybunał uznał, że „tego rodzaju rozwiązania mogą zostać uznane za dopuszczalne także wówczas, gdy w praktyce wysokość roszczenia opartego na opłacie ryczałtowej będzie przewyższać wysokość po-

niesionej szkody. Za niedopuszczalną należy jednak uznać sytuację, w której uprawniony z tytułu autorskich praw majątkowych uzyskiwałby tak daleko idącą ochronę, że wysokość przysługującego mu roszczenia całkowicie odrzywałaby się od wielkości poniesionej przez niego szkody i stanowiła jej wielokrotność<sup>25</sup>. Wydawać się może, że powyższy pogląd jest ze sobą wewnętrznie sprzeczny, albowiem z jednej strony Trybunał stwierdza, iż opłata ryczałtowa może przewyższać wysokość poniesionej szkody, z drugiej zaś strony wskazuje, że wysokość roszczenia nie może zostać całkowicie oderwana od wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i stanowić jej wielokrotność. Zrozumienie powyższego stanowiska wymaga sięgnięcia do ustawodawstwa europejskiego, tj. do dyrektywy 2004/48/WE. Zgodnie z art. 13a tej dyrektywy ustanawiając wysokość odszkodowań, „organy sądowe biorą pod uwagę wszystkie właściwe aspekty, także poniesione przez poszkodowaną stronę negatywne skutki gospodarcze z utraconymi zyskami włącznie, wszelkie nieuczciwe zyski uzyskane przez naruszającego oraz, we właściwych przypadkach, elementy inne niż czynniki ekonomiczne, w rodzaju np. uszczerbku moralnego, jaki naruszenie spowodowało dla właściciela praw”, to jednak w myśl pkt b tego przepisu mogą one, we właściwych przypadkach, ustanowić odszkodowania ryczałtowe na podstawie elementów takich, jak przynajmniej suma opłat licencyjnych, honorariów autorskich lub opłat należnych w razie poproszenia przez naruszającego o zgodę na wykorzystywanie praw własności intelektualnej, o którą chodzi. Stwierdzić należy, że skoro dyrektywa wprost daje państwu członkowskiemu prawo ustanowienia tzw. odszkodowania ryczałtowego, to konsekwencją takiego zapisu jest możliwość wprowadzenia w ustawie krajowej odszkodowania o takim

<sup>22</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Art. 79, (w:) Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, wyd. V, LEX 2011.

<sup>23</sup> Dz.U. UE L z 2004 r. nr 157, s. 45.

<sup>24</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Art. 79, (w:) Ustawa o prawie autorskim*.

<sup>25</sup> OTK2015, nr 6, poz. 84.



charakterze wraz ze wskazaniem mechanizmu do jego obliczenia. Z tego też względu Trybunał Konstytucyjny w cytowanym wyżej wyroku nie zakwestionował zasadności wprowadzenia tej instytucji do polskiego porządku prawnego, a jedynie zwrócił uwagę na iloczyn „krotności” wynagrodzenia.

Wskazówką dla poprawnej interpretacji art. 13 dyrektywy oraz zrozumienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego w kontekście prawidłowego obliczenia dwukrotności stosownego wynagrodzenia stanowi motyw 26 wspomnianej dyrektywy. Odszkodowanie o charakterze ryczałtowym określone jest w cytowanym motywie jako alternatywa dla odszkodowania dochodzonego na zasadach ogólnych. Dyrektywa wprost wskazuje, że ten sposób obliczenia szkody powinien mieć zastosowanie tam, „gdzie ustalenie sumy poniesionego uszczerbku byłoby trudne, sumę odszkodowań można oprzeć na elementach takich, jak opłaty licencyjne, honoraria autorskie lub opłaty, jakie byłyby należne, gdyby naruszający poprosił o zgodę na wykorzystanie wchodzących w grę praw własności intelektualnej. Nie jest celem wprowadzenie obowiązku zastosowania odszkodowań o charakterze kary, ale dopuszczenie rekompensaty opartej na obiektywnym kryterium przy uwzględnieniu wydatków poniesionych przez właściciela praw, takich jak koszty identyfikacji i badań” (motyw 26).

### WYKŁADNIA POJĘCIA „STOSOWNE WYNAGRODZENIE”

Niezwykle istotne dla prawidłowego obliczenia na gruncie polskiej ustawy stosownego wynagrodzenia jest przyjęcie w dyrektywie wskazanego wyżej **kryterium obiektywnego** przy obliczaniu rekompensaty o charakterze ryczałtowym. Przyjęcie tego kryterium definitywnie i bezwzględnie wyklucza możliwość powołania się przez podmiot uprawniony z tytułu autorskiego prawa majątkowego na wynagrodzenia, jakie w stosunkach gospodarczych z innymi podmiotami otrzymuje lub

otrzymywałby za korzystanie z prawa autorskiego. W przypadku, gdy podmiot uprawniony, dochodząc roszczenia odszkodowawczego o zapłatę dwukrotności stosownego wynagrodzenia, przy obliczeniu szkody stosuje iloczyn np. do stosowanych przez niego stawek opłat licencyjnych, dokonuje nieuprawnionego połączenia dwóch niezależnie od siebie funkcjonujących instytucji odszkodowawczych, tj. instytucji naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych (art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. a pr. aut.) oraz instytucji zapłaty sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej dwukrotności stosownego wynagrodzenia (art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b pr. aut.). Myli tym samym instytucje odszkodowawcze wywodzące się z tych dwóch całkowicie odmiennych podstaw prawnych. Roszczenie dochodzone na zasadach ogólnych wymaga wykazania rzeczywiście poniesionej szkody, natomiast ustalenie stosownego wynagrodzenia powinno być oparte, zgodnie z dyrektywą 2004/48/WE, na kryteriach obiektywnych. Za stosowne wynagrodzenie nie może być uznana kwota, jaka należna byłaby temu podmiotowi za zgodę na korzystanie z utworu, albowiem musi być ono oddzielone od stawek przyjętych przez podmiot uprawniony z tytułu prawa autorskiego. Stosowane przez autora stawki mają zazwyczaj charakter subiektywny (a nie obiektywny), albowiem są one przez niego ustalane.

Roszczenia zawarte w powyższych przepisach prawa nie mogą być stosowane jednocześnie ze względu na stosunek alternatywy rozłącznej pomiędzy roszczeniami wynikającymi z tych dwóch przepisów. Językowa wykładnia art. 79 ust. 1 pkt 3 pr. aut. prowadzi do jednoznacznego wniosku, że uprawniony może żądać naprawienia szkody na zasadach ogólnych albo poprzez zapłatę sumy pieniężnej odpowiadającej dwukrotności stosownego wynagrodzenia. Także celowościowa wykładnia art. 79 ust. 1 pkt 3 pr. aut. prowadzi do wniosku, że zamiarem ustawodawcy było wprowadzenie alternatywnej drogi dochodzenia odszkodowania przez podmioty, których autorskie prawa majątkowe zostały naruszone.

Dochodzenie kompensacji szkody na zasadach ogólnych wiąże się z koniecznością udowodnienia jednej z obligatoryjnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, a mianowicie wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.

Czasami wyliczenie dokładnej kwoty pieniężnej stanowiącej wysokość poniesionej szkody nie jest możliwe, dlatego ustawodawca wprowadził możliwość jej ustalenia za pośrednictwem hipotetycznych kryteriów, np. cen powszechnie obowiązujących na danym rynku, które mogą być wyliczone za pomocą obiektywnych mierników, tj. oderwanych od rzeczywiście poniesionej szkody. Taka interpretacja powyższego przepisu znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który m.in. w cytowanym już wyżej wyroku z 21 października 2011 r. stanął na stanowisku, że przepis art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b pr. aut. nie wymaga „wykazania wysokości poniesionego uszczerbku, gdyż przewiduje odszkodowanie ryczałtowe, ustalone na podstawie zobiektywizowanego miernika szkody”<sup>26</sup>. Wskazał ponadto, że „przewidziane w art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b pr. aut. odszkodowanie z tytułu zawinionego naruszenia autorskich praw majątkowych nie zależy od wykazania wysokości poniesionego uszczerbku”<sup>27</sup>.

### WYKŁADNIA „STOSOWNEGO WYNAGRODZENIA” W ORZECZNICTWIE TSUE

Powyższy sposób interpretacji zgodny jest z art. 13 dyrektywy 2004/48/WE, która stanowiła podstawę implementacji powyższych przepisów do krajowego porządku prawnego. Prawidłowość powyższej wykładni art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. została potwierdzona także wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE z 25

stycznia 2017 r. w sprawie *Stowarzyszenie „Oławska Telewizja Kablowa” przeciwko Stowarzyszeniu Filmowców Polskich*<sup>28</sup>. W cytowanym orzeczeniu TSUE wprost stwierdził, że uprawniony, którego prawo własności intelektualnej zostało naruszone, może dokonać wyboru i zażądać od osoby, która naruszyła to prawo:

1) albo odszkodowania za poniesioną przez niego szkodę, przy uwzględnieniu wszystkich właściwych aspektów danej sprawy,

2) albo, bez wykazywania rzeczywistej szkody i związku przyczynowego pomiędzy zdarzeniem naruszającym jego prawo a poniesioną szkodą, domagać się zapłaty sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej dwukrotności stosownego wynagrodzenia, które byłoby należne tytułem udzielenia zgody na korzystanie z danego utworu.

Zgodnie ze stanowiskiem TSUE „artykuł 13 ust. 1 akapit drugi lit. b) dyrektywy 2004/48 należy zatem interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on uregulowaniu krajowemu, (...) że uprawniony, którego autorskie prawa majątkowe zostały naruszone, może żądać od osoby, która naruszyła te prawa, naprawienia wyrządzonej szkody poprzez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej dwukrotności hipotetycznej opłaty licencyjnej” (teza 25). W konsekwencji należy stwierdzić, że obiektywne czy też hipotetyczne kryteria ustalenia wysokości odszkodowania polegają na zastosowaniu mierników, którymi mogą być np. średnia wartość rynkowa naruszonego prawa lub wartość innych podobnych praw.

Ustalenie odszkodowania na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. jest więc oderwane od faktycznej wysokości szkody, której w danym przypadku się nie bada. Odstąpienie od ustalenia rzeczywistej wielkości szkody jest zatem wynikiem niemożliwości lub ograniczeń w zastosowaniu metod opartych na zasadach ogólnych, które mają swoje źródło przede

<sup>26</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 21 października 2011 r., IV CSK 133/11, OSNC 2012, nr 5, poz. 62.

<sup>27</sup> Zob. *ibidem*.

<sup>28</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 25 stycznia 2017 r., C-367/15, w sprawie *Stowarzyszenie „Oławska Telewizja Kablowa” v. Stowarzyszenie Filmowców Polskich*.

wszystkim w aspekcie faktycznym i procesowym.

Zwrócić należy uwagę, że w dalszym wywodzie TSUE stwierdza, że „odszkodowanie obliczone na podstawie dwukrotności hipotetycznej opłaty licencyjnej nie jest dokładnie proporcjonalne do rzeczywiście poniesionej przez poszkodowaną stronę szkody. Taka cecha jest bowiem nieodłącznym aspektem każdego odszkodowania ryczałtowego, na wzór tego które jest przewidziane wyraźnie w art. 13 ust. 1 akapit drugi lit. b) dyrektywy 2004/48/WE” (teza 26)<sup>29</sup>. Ponadto w przypadku gdy odszkodowanie za szkodę obliczone na podstawie dwukrotności hipotetycznej opłaty licencyjnej wyraźnie i znacząco wykracza poza rzeczywiście poniesioną szkodę, stanowi ono zakazane w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/48 **nadużycie prawa** (teza 30).

Dokonując podsumowania powyższych rozważań, należy stwierdzić, że nie jest dopuszczalne dokonanie wyliczenia wysokości odszkodowania poprzez zapłatę dwukrotności stosownego wynagrodzenia w oparciu o wynagrodzenie pobierane przez podmiot uprawniony z tytułu praw autorskich np. za udzielenie licencji. Nieuprawnione i pozbawione podstaw prawnych jest żądanie na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. podwójnej wartości takiej kwoty, albowiem stosując mnożnik dwukrotności stosownego wynagrodzenia do rzeczywistego wynagrodzenia pobieranego za korzystanie z utworów, otrzymuje się kwotę, której wysokość nie odpowiada wynagrodzeniu hipotetycznemu, tj. ustalonemu na podstawie obiektywnych mierników. Dlatego za błędną

praktykę, powszechnie stosowaną przez sądy, należy uznać wykładnię art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut., zgodnie z którą „przez «stosowne wynagrodzenie» należy rozumieć wynagrodzenie, jakie otrzymywałby uprawniony, gdyby osoba, która naruszyła jego prawa majątkowe”<sup>30</sup>.

W konsekwencji w kontekście wykładni dokonanej przez TSUE należy stwierdzić, że w przypadku połączenia sposobu obliczenia szkody na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 3a i 3b pr. aut. podmiot broniący się może podnieść zarzut, że: 1) ustalona w ten sposób wartość odszkodowania została błędnie wyliczona; 2) wysokość odszkodowania nie została wykazana; 3) w konkretnym zaś przypadku – zastosowany sposób obliczenia wysokości odszkodowania może stanowić także nadużycie prawa podmiotowego, jako wyraźnie i znacząco wykraczający poza rzeczywiście poniesioną szkodę. Podniesienie takich zarzutów może skutkować oddaleniem powództwa.

## PODSUMOWANIE

Podsumowując powyższe rozważania, należy zwrócić uwagę, że zarówno dyrektywa, jak i późniejsze orzeczenie TSUE dają bardzo jasne wskazówki co do kierunku i zakresu interpretacji art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. Brak zrozumienia treści dyrektywy skutkowało sformułowaniem nieuzasadnionych tez w zakresie interpretacji tego przepisu ustawy. W tym miejscu należy podkreślić, że wprowadzenie do polskiego systemu prawa autorskiego odszkodowania o charakterze ryczałtowym było zabiegiem nie

<sup>29</sup> Z kolei w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 30 grudnia 2014 r., I ACa 1420/14, Sąd stwierdził, że „poszukując odpowiedzi na pytanie o wysokość wynagrodzenia, które powód mógłby uzyskać za prawa autorskie do swoich zdjęć, konieczne było odwołanie się do stawek funkcjonujących na rynku fotograficznym i to takich stawek, które odpowiadają jakości i możliwemu przeznaczeniu zdjęć powoda” (LEX nr 1651903). Powyższe stanowisko zostało także potwierdzone wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 29 września 2014 r., I ACa 374/14, LEX nr 1587344 oraz wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 16 kwietnia 2008 r., I ACa 1420/07, LEX nr 1120309.

<sup>30</sup> Zob. m.in.: wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 8 września 2017 r., I ACa 150/17, LEX nr 2372210; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 14 lipca 2017 r., I ACa 96/17, LEX nr 2369633. W tym wyroku Sąd Apelacyjny w Białymstoku orzekł, że „w odniesieniu do roszczeń obejmujących długie okresy naruszeń podstawą ustalenia odszkodowania jest wynagrodzenie, które przysługiwałoby uprawnionemu, gdyby osoba naruszająca jego prawa zawarła z nim umowę o korzystanie z dzieła w zakresie dokonanego naruszenia, w chwili dochodzenia naprawienia szkody”.

tylko pożądanym, lecz wręcz koniecznym. Przepisy ustawy o prawie autorskim dają co prawda możliwość wyboru drogi dochodzenia odszkodowania, jednakże celem wprowadzenia instytucji uregulowanej w art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. było umożliwienie podmiotom, których prawa autorskie zostały naruszone, dochodzenia odszkodowania w sytuacji, w której wykazanie szkody jest niemożliwe albo wielce utrudnione.

Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia w stosunku do autorów, którzy zawodowo nie trudnią się opracowywaniem utworów i nie pobierają za to wynagrodzenia. Tacy autorzy nie są w stanie wykazać wysokości poniesionej szkody, lecz regulacja daje im możliwość dochodzenia odszkodowania wyliczonego na podstawie mierników obiektywnych (stosowne wynagrodzenie).

## Summary

*Piotr F. Piesiewicz*

### **CLAIMING DAMAGES UNDER ART. 79 SEC. 1 POINT 3A AND 3B OF THE COPYRIGHT LAW WITH PARTICULAR CONSIDERATION OF THE INTERPRETATION OF THE "RESPECTIVE REMUNERATION"**

This text constitutes the attempt to systematize the opinions within the scope of interpretation of the legal norm included in art. 79 sec. 1 point 3 of the copyright law. The author takes the position, that great amount of the opinions expressed in connection with art. 79 sec. 1 point 3b of the copyright law is a result of incorrect interpretation of that provision, i.e. by acceptance of the thesis, that respective remuneration shall be understood as a remuneration, which would have been received by the entitled, if the person, who has violated his economic rights, had concluded with him an agreement for using the work to the extent of the made infringement. In consequence, e.g. sublicense fees used by a claimant in the agreements with other business partners are considered as a respective remuneration within the meaning of that provision. Therefore, the source of incorrectness of the aforementioned interpretation is taking a construction from the regime of the liability under the general rules (art. 79 sec. 1 point 3a of the copyright law) to calculate the remuneration under art. 79 sec. 1 point 3b of the copyright law, which is the special regulation.

**KEY WORDS:** copyright, author's economic rights, protection of author's economic rights, respective remuneration, repairing the inflicted damage

**POJĘCIA KLUCZOWE:** prawo autorskie, autorskie prawa majątkowe, ochrona autorskich praw majątkowych, stosowne wynagrodzenie, naprawienie wyrządzonej szkody

## INSTYTUCJA KLIENTELI W PRAWIE EUROPEJSKIM W ŚWIELE STRASBURSKICH STANDARDÓW ORZECZNICZYCH<sup>1</sup>

### UWAGI OGÓLNE

Potrzeba unormowania stosunków zarobkowych opartych na relacji „kupiec”–„klient” pojawiła się na kontynencie europejskim wraz z upowszechnieniem systemu gospodarki towarowo-kapitałowej, gdzie o powodzeniu kupca na danym rynku decydował stopień zbytu na oferowane przez niego towary<sup>2</sup>. Pierwsze regulacje dotyczące prawa kupca do posiadania właściwie ukształtowanych relacji z klientem znalazły się w ustawodawstwie miast włoskich i niemieckich lokowanych na prawie magdeburskim (*Magdeburger Recht*) i lubeckim (*Lübische Recht*)<sup>3</sup>. Przepisy te rozpowszechniły się na terytorium całej Europy i obowiązywały praktycznie do końca XVIII w. Z czasem rola prawodawstwa cechowego nabrała pierwszorzędnego znaczenia, nie tylko dotyczyła bowiem sposobu przygotowania i wykonywania danego zawodu, ale także określała wewnętrzne relacje członków określonej korporacji i ich relacje z inicjującym stosunek wymiany klientem<sup>4</sup>.

System oparty na układzie „korporacja”–„klient” załamał się dopiero w wyniku rewo-

lucji przemysłowej i eksplozji demograficznej końca XVIII w. Dotychczasowe struktury feudalne nie były w stanie zapanować nad stale rosnącą konkurencją, a jednocześnie sprostać coraz większemu zapotrzebowaniu klientów na produkty i usługi. W wyniku coraz częstszych i głębszych zmian w prawodawstwie państw europejskich pojawiła się doktryna wolnej konkurencji, zgodnie z którą przedsiębiorca dysponował nieograniczoną wręcz możliwością zdobywania, posiadania i utrzymania klienteli. Konkurencja gospodarcza jest rywalizacją podmiotów, zwanych przedsiębiorcami, mającą na celu osiągnięcie korzyści związanych z działalnością gospodarczą na rynku krajowym i międzynarodowym<sup>5</sup>. Istotą działalności przedsiębiorcy jest zdobycie i utrzymanie rynków zbytu, a w ujęciu podmiotowym znalezienie odbiorców na oferowane towary i świadczone usługi, czyli klientów<sup>6</sup>. Z drugiej strony, *nolens volens*, często dochodzi do zachowań ograniczających konkurencję i powodujących nieuczciwe zachowania polegające na przejmowaniu cudzych klientów<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Artykuł powstał w okresie realizacji grantu Narodowego Centrum Nauki, nr rej. 2017/01/X/H55/00840.

<sup>2</sup> Instytucję klienteli, czyli ogółu nabywców, klientów danego przedsiębiorstwa, należy jednak odróżniać od zjawiska „klientelizmu”, nazywanego także patronażem, zob. *Słownik wyrazów obcych PWN*, PWN: Warszawa 2008; K. Nowakowski, *Klientelizm jako forma korupcji*, RPEiS 2007, nr 1, s. 213–229.

<sup>3</sup> Louis Emelina klientelę definiował jako grupę osób znajdujących się pod patronatem innych, czym zbliżał tę instytucję do patronażu (*un ensemble de personnes placées sous le patronage d'autrui*), zob. L. Emelina, *Essai d'une théorie générale sur la clientèle*, mpr. régionale A. Clérycy: Nicea 1907, s. 26. Por. A. Mączak, *Klientelsysteme im Europa der Frühen Neuzeit*, Elite: Monachium 1988.

<sup>4</sup> Władze cechów, gildii, korporacji ograniczały w ten sposób powstanie i rozwój nieuczciwej konkurencji ludzi luźnych, pokątników i partaczy, których wzmożona aktywność mogła narazić klienta na szkody.

<sup>5</sup> J. W. Bossak, W. Bienkowski, *Międzynarodowa zdolność konkurencyjna kraju i przedsiębiorstw*, SGH: Warszawa 2004.

<sup>6</sup> T. Blumenfeld, *Klientela jako przedmiot obrotu i ochrony prawnej*, Nakładem Księgarni F. Hoesicka: Warszawa 1932, s. 12.

<sup>7</sup> R. Kędziora, *Pojęcie reguły rozstrzygnięcia w prawie antymonopolowym*, (w:) *Studia z prawa publicznego. Tom I*, red. S. Fundowicz, Wydawnictwo KUL: Lublin 1999, s. 143–144.

## KLIENTELA W SYSTEMIE PRAWA KONTYNENTALNEGO

Na gruncie europejskim występują dwie konkurencyjne koncepcje klienteli, wywodzące się z systemów prawnych: francuskiego i angielskiego. W systemie prawa kontynentalnego klientela jest łączona przez przedstawicieli doktryny prawniczej, zwłaszcza francuskiej, z instytucją przedsiębiorstwa rozumianego jako zbiór rzeczy i praw (łac. *universitas rerum et iuris*) bądź jako dobra niematerialnego<sup>8</sup>. Instytucja klienteli w znaczeniu współczesnym znana jest także systemom prawa belgijskiego, włoskiego, szwajcarskiego i niemieckiego, jako *chancen, d'aviamo* czy *kundschaft*. To ostatnie pojęcie zostało zaczerpnięte z niemieckiej ustawy o ochronie konkurencji i zakłada prawo przedsiębiorstwa do posiadania ogółu odbiorców, zwanych klientami (niem. *kundenkreis, abnehmerkreis*). Jednak najbardziej rozwiniętą i reprezentatywną dla kontynentu europejskiego koncepcję klienteli zbudowała doktryna francuska (fr. *droit de clientèle*).

Zagadnienia dotyczące relacji pomiędzy klientem a kupcem pojawiły się już w *code civil des Français* (C. civ) w wyniku gwałtownych przemian zachodzących we Francji pod koniec XVIII w. Artykuł L. 1128 tego kodeksu stanowi, że jedynie rzeczy będące w obrocie prawnym mogą być przedmiotem zobowiązań<sup>9</sup>, co jest podstawą do traktowania przedsiębiorstwa przez doktrynę jako jednolitego przedmiotu prawa i obrotu (fr. *fonds de commerce*). Instytu-

cja klienteli została natomiast wprowadzona przepisami ustawy z 17 marca 1909 r., a obecnie zawiera ją art. L. 141-1 i dalsze do kodeksu handlowego (*code du commerce*) dotyczące relacji przedsiębiorcy ze współpracownikami i klientami<sup>10</sup>. Zgodnie z art. L. 142-2 kodeksu pośród składników przedsiębiorstwa znajduje się także klientela<sup>11</sup>. Na gruncie francuskiego prawa handlowego orzecznictwo wypracowało dualistyczny podział klienteli na *l'achalandage*, dotyczący zdolności przedsiębiorcy do przyciągnięcia do siebie klientów (fr. *chalandes*) oraz pojęcie *la clientèle*, rozumiane jako zbiór obejmujący wszystkich klientów (fr. *clients*) stanowiących faktyczną wartość danego przedsiębiorstwa<sup>12</sup>. O ile zatem *achalandage* ma charakter abstrakcyjny i aleatoryjny, o tyle pojęcie *clientèle* oznacza pewną konkretną liczbę odbiorców, a oba pojęcia pozostają w związku przyczynowo-skutkowym.

Pojęcie *l'achalandage* zakłada istnienie szczególnej zdolności przedsiębiorstwa do pozyskiwania i utrzymywania kręgu odbiorców oferowanych przezeń świadczeń lub towarów. Przedmiotem *l'achalandage* są właściwości i szanse zarobkowe przedsiębiorstwa polegające na możliwości zatrzymania dotychczasowych klientów oraz akwizycji nowych<sup>13</sup>. Zdolność do przyciągania klienteli nierozzerwalnie związana jest z przedmiotem wartości przedsiębiorstwa, na co wpływają: lokalizacja przedsiębiorstwa, oryginalność jego marki, wybór strategii działania, struktura wewnętrzna, interesariusze biznesu, w związku

<sup>8</sup> B. Sołtys, *Klientela – Przedsiębiorstwo – Wolny zawód*, „Rejent” 1995, nr 1, s. 129.

<sup>9</sup> Article 1128 II C. civ: *n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions*.

<sup>10</sup> Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, zob. I. Jowik, *Zanim otworzysz butik w Paryżu poznaj definicję przedsiębiorstwa*, „Rzeczpospolita” z 8 lutego 2013 r.

<sup>11</sup> Do składników należą również: nazwa przedsiębiorstwa (fr. *nom commercial*) oraz jego szyld (fr. *enseigne*), prawa wynikające z umowy najmu handlowego (fr. *bail commercial*), wyposażenie, sprzęt, materiały i narzędzia (fr. *mobilier commercial, le matériel et l'outillage*), które służą prowadzeniu działalności gospodarczej, patenty (fr. *brevets d'invention*), licencje (fr. *licences*), a także prawa własności przemysłowej i intelektualnej.

<sup>12</sup> A. Chamoulaud-Trapiers, *Droit des affaires*, Lexifac: Bréal 2007, s. 102–103. W świetle dawniejszych poglądów te dwa pojęcia różnicowano także przy użyciu kryteriów takich jak: stopień stałości bądź przygodności odbiorców usług, działalność gospodarcza w formie przedsiębiorstwa lub zawodu, a także stopień instytucjonalizacji i organizacji wewnętrznej przedsiębiorstwa.

<sup>13</sup> T. Blumenfeld, *Klientela*, s. 20.



z czym *l'achalandage* stanowi jedynie ułamek wartości firmy. Termin ten jest także używany w celu określenia aktywności i preferencji handlowych obecnych i potencjalnych klientów. Klientela jest zatem rozumiana jako dobro o charakterze niematerialnym, *in futuro* mogące stanowić przedmiot prawa przedsiębiorstwa na klienteli, a jego naruszenie jest bezprawne i podlega ochronie deliktowej. Koncepcja powyższa znalazła zresztą swoje odzwierciedlenie w polskiej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1926 r., w ramach której T. Blumefeld i F. Zoll zbudowali dychotomiczną koncepcję klienteli<sup>14</sup>.

Drugie z omawianych na gruncie francuskiego prawa cywilnego pojęć, tj. *la clientèle*, obejmuje „wszystkich klientów, którzy faktycznie stanowią część wartości firmy”<sup>15</sup>. Ch. Lyon-Caen i L. Renault twierdzą, że jest to ogół osób będących stałymi odbiorcami, pozostającymi w ciągłym stosunku gospodarczym z danym przedsiębiorstwem lub przedstawicielem danego zawodu. W świetle odmiennego stanowiska jest to zbiór osób (fizycznych i prawnych) nabywających towary i korzystających ze świadczeń przedsiębiorstw lub zawodów. Dla istnienia tej instytucji wymagane są konstytuujące je elementy: istnienie przedsiębiorstwa, osoba klienta, pozostawanie w stosunkach gospodarczych. Doktryna do katalogu tych praw zalicza przesłanki takie, jak: aktualność klienteli, pozyskanie i posiadanie klientów w zgodzie z przepisami prawa, realność i stałość istnienia przedsiębiorstwa i posiadanej klienteli. Warto

też zauważyć, że czasowe zaprzestanie działalności gospodarczej nie powoduje ustania klienteli<sup>16</sup>.

Klientela jest zatem czynnikiem mającym w przedsiębiorstwie zasadnicze znaczenie. Uważa się, że przedsiębiorstwo nie może istnieć bez klientów<sup>17</sup>. Jest to więc warunek *sine qua non*, konieczny do zaistnienia przedsiębiorstwa. Dlatego też przedsiębiorstwo jest utożsamiane z klientelą i traktuje się ją jako element je konstytuujący<sup>18</sup>. W skrajnych wypadkach można więc mówić o przedsiębiorstwie sprowadzonym jedynie do klienteli, taka sytuacja np. zachodzi w początkowym okresie funkcjonowania przedsiębiorstwa, jeszcze bez wyodrębnienia go w znaczeniu przedmiotowym, przy czym potencjalny klient nie jest elementem wystarczającym do utworzenia przedsiębiorstwa<sup>19</sup>. Również liczba klientów do utworzenia przedsiębiorstwa jest dla tego procesu całkowicie obojętna, w większości przypadków nawet jeden klient może być wystarczający, aby stanowić klientelę. Jak zatem wynika z powyższych rozważań, klientela jest w tym ujęciu najważniejszym z elementów konstruujących przedsiębiorstwo. W świetle poglądów odmiennych klientela jest nie tyle częścią składową, ile jedynie istotną właściwością bądź skutkiem przedsiębiorstwa, łączącym szereg jego dóbr (składników) w jedną całość.

Szczególne znaczenie klienteli w obrocie gospodarczym ujawnia się w momencie zbycia przedsiębiorstwa. Francuska ustawa z 17 marca 1909 r., a obecnie art. L. 141-1 *code du commerce*,

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 2 sierpnia 1926 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 1926 r. nr 96, poz. 559); M. Poźniak-Niedzielska, *Jeszcze w sprawie samoistnej zdolności aportowej klienteli*, (w:) *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana Andrzejowi Catusowi*, red. A. Janik, SGH: Warszawa 2009, s. 506.

<sup>15</sup> A. Chamoulaud-Trapiers, *Droit*, s. 102.

<sup>16</sup> Najczęściej kwestionowane są przesłanki realności i stałości klienteli, jako przykład podawany jest bufet dworcowy, który ma stałą klientelę właśnie w postaci osób przygodnie korzystających z jego usług.

<sup>17</sup> Obecna ustawa ustaliła skrajne granice klienteli, tzn. przesłanki prawdziwości i pewności. Natomiast określenie osobistego charakteru klienteli zależy od okoliczności faktycznych i pozostaje w wyłącznej gestii sędziego prowadzącego sprawę. Zob. V. J. Derruppe, *Fonds de commerce et clientèle. Mélanges Jauffret*, Paris 1974, s. 231–232; P. Collomb, *La clientèle du fonds de commerce*, „Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de, Droit Economique” 1979, s. 3–8.

<sup>18</sup> Klienteli nie posiadają przedsiębiorcy prowadzący działalność cyrkową, kolporterską czy akwizytorzy.

<sup>19</sup> Ch. Lyon-Caen i L. Renault, *Manuel de droit commercial*, Gallica: Paris 1924, s. 405.

regulujący możliwość sprzedaży lub zastawu części przedsiębiorstwa, wymienia klientelę pośród innych składników, takich jak: firma, znak towarowy i prawo najmu, stawiając znak równości pomiędzy tymi składkami, jako elementami niezbędnymi do zaistnienia takiej sprzedaży lub zastawu. Przy czym w przypadku braku zastrzeżenia w umowie powyższych elementów kodeks ustanawia domniemanie ich przeniesienia jako istotnych przedmiotowo<sup>20</sup>. W przypadku zawarcia umowy sprzedaży przedsiębiorstwa możliwe jest wyrażenie wartości klienteli w formie określonej sumy pieniężnej. Klientela podwyższa zatem wartość poszczególnych elementów przedsiębiorstwa, a jej brak w przypadku zbycia przedsiębiorstwa może stanowić podstawę dla uznania za wadę rzeczy o charakterze istotnym, uzasadniającym roszczenia przysługujące kupującemu.

### KLIENTELA W SYSTEMIE COMMON LAW

W systemie *common law* instytucja klienteli nie znalazła odzwierciedlenia w normach przepisów prawa stanowionego. Niemniej jednak na kanwie *common law* wykształciła się skarga, przysługująca prowadzącemu przedsiębiorstwo, wyrażona w procesowej formule *passing off*<sup>21</sup>. Chroniła ona uznaną w obrocie wartość majątkową przedsiębiorstwa, czyli tzw. *good-*

*will*, w której świetle za niezgodne z prawem uznawano podawanie własnych towarów za towary innego kupca<sup>22</sup>. W systemie *common law* ochronie prawnej podlegają te składniki przedsiębiorstwa, określane jako sytuacje faktyczne, „które nie mają charakteru praw podmiotowych, ale wpływają dodatnio lub ujemnie na jego wartość, np. klientela, lokalizacja, dobra lub zła renoma, czyli okoliczności określane w języku angielskim jako *goodwill* lub *badwill* (dobra lub zła sława)”<sup>23</sup>. Pojęcie to tłumaczone jest jako siła atrakcyjności przedsiębiorstwa i zakresowo pokrywa się z *achalandage*<sup>24</sup>.

Pojęcie *goodwill* jest różnie rozumiane i definiowane przez doktrynę brytyjską i amerykańską, przy czym nie należy go utożsamiać z pojęciami renomy czy reputacji, które są jedynie jego składnikiem<sup>25</sup>. Wynika to z faktu głębokiej ewolucji tej instytucji, od koncepcji subiektywnego zapatrywania odbiorów przedsiębiorstwa, aż po koncepcje zobiektywizowane, w świetle których *goodwill* oznacza zdolność zarobkową prowadzonego przedsiębiorstwa, mającą źródło w przychylności odbiorców. Należy rozumieć przezeń sumę korzyści, jakie daje przedsiębiorstwu klientela<sup>26</sup>. W zakres znaczeniowy pojęcia dobrej reputacji (*goodwill*) wchodzi przede wszystkim takie elementy, jak: zdobyta klientela, „a także pewnego rodzaju licencje i zezwolenia, których ekonomiczny wymiar sprawia, iż stanowią one

<sup>20</sup> Cechami klienteli są zatem: ruchomość, zbywalność, niezmysłowość (niematerialność), możliwość wyrażenia w pieniądzu.

<sup>21</sup> T. Knypl, *Zwalczanie nieuczciwej konkurencji w świetle prawa międzynarodowego prywatnego*, „Przegląd Sądowy” 1996, nr 11–12, s. 61.

<sup>22</sup> A. Mokrysz-Olszyńska, *Ochrona interesów uczestników działalności rynkowej w głównych systemach prawnych państw kapitalistycznych*, Szkoła Główna Planowania i Statystyki: Warszawa 1989, s. 77.

<sup>23</sup> M. Litwińska, *Pojęcie przedsiębiorstwa w prawie cywilnym i handlowym. Przedsiębiorstwo jako przedmiot obrotu*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1993, nr 4, s. 8 i n.

<sup>24</sup> A. Kamela-Sowińska, *Goodwill under the new Polish accounting law*, „Argumenta Oeconomica” 1996, nr 3, s. 79–86.

<sup>25</sup> M. Poźniak-Niedzielska, *Jeszcze w sprawie*, s. 506. Odmienne m.in. J. Widło, *Rozporządzanie przedsiębiorstwem*, Zakamycze: Kraków 2003, s. 52–53. W literaturze często przytaczana jest definicja z orzeczenia *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine Ltd.* (1901) A.C.217, 223, zgodnie z którą przez *goodwill* rozumie się „korzyść, jaką przynosi dobre imię, reputacja i powiązania danego przedsiębiorstwa. To siła przyciągająca klientelę. To cecha, która odróżnia stare, dobrze ustabilizowane przedsiębiorstwo od nowego, które dopiero rozpoczyna działalność”.

<sup>26</sup> M. Yang, *Goodwill and other intangibles. Their significance and treatment*, Ronald Press Company: New York 1927, s. 90–93.

niezbędny element prowadzonej na ich podstawie działalności<sup>27</sup>.

Podobnie jak *clientèle* w systemie prawa francuskiego, tak również znaczenie *goodwill* ujawnia się dopiero w sytuacji ustania istnienia przedsiębiorstwa. W systemie *common law goodwill* rozumiana jest jako wartość *stricte* majątkowa, będąca odrębnym składnikiem wartości przedsiębiorstwa, i jako taka może być samodzielnym przedmiotem samodzielnego obrotu, a zatem przedmiotem zbycia. Nie jest natomiast możliwe zbycie *goodwill* w rozumieniu tej części doktryny, która jego istotę upatruje w możliwości utrzymywania stałych stosunków i powiązań przedsiębiorstwa z klientami, osobistej reputacji i kwalifikacjach przedsiębiorstwa, znakach towarowych i innych<sup>28</sup>. W tym sensie jest on bowiem tym spośród składników niematerialnych przedsiębiorstwa, o zasadniczym znaczeniu dla jego wartości, bez których przedsiębiorstwo nie mogłoby należycie funkcjonować<sup>29</sup>.

### KLIENTELA W POLSKIEJ NAUCE PRAWA

Institucja klienteli została wprowadzona na grunt polskiej nauki prawa w okresie międzywojennym najpierw przez Fryderyka Zolla i Alfreda Krausa inspirowanych koncepcjami francuskimi. Przy czym polscy prawnicy termin „klientela” zastrzegli wyłącznie dla grona

osób będących odbiorcami przedsiębiorstwa, traktując je jako czynnik niestały i zmienny, a przeciwstawiali ją francuskiej koncepcji „*achalandage*”, przez którą rozumieli siłę lub możliwość przedsiębiorstwa do pozyskiwania i utrzymywania koła odbiorców, choćby wciąż zmieniającego się, dzięki swojej organizacji i swym właściwościom lub reklamie<sup>30</sup>. Przeciwny pogląd wyraził Tadeusz Blumenfeld<sup>31</sup>, który w swojej monografii z 1932 r. zastrzegł, że zdefiniowanie klienteli jest trudne, ze względu na zagadnienia semantyczne, z kolei „wprowadzenie do ścisłego języka prawniczego zollowskiej «siły atrakcyjnej» i zamieszczenie pojęcia tego w przepisach ustawowych nie wydaje się również właściwe. Dlatego też za najodpowiedniejsze, ażeby na francuskie oznaczenie wyrazu «*klientele*», oznaczającego ogół odbiorców, używać wyrażenia o d b i o r c y, wzgl. klienci, na oznaczenie zaś pojęcia odpowiadającemu francuskiemu *achalandagowi*, wyrażenia k l i e n t e l a ”<sup>32</sup>. W ten sposób zostało sformułowane prawo przedsiębiorcy do klienteli, które ma charakter zbywalny i jest uprawnieniem podmiotowym podlegającym ochronie<sup>33</sup>.

Obecnie wyodrębnić można zasadniczo trzy poglądy dotyczące pojmowania i istoty klienteli: ujęcie odmawiające klienteli *ratio entis*, a także rozumienie wąskie i szerokie. Pierwsze, najbardziej skrajne stanowisko przedstawia M. Poźniak-Niedzielska, według której instytucja klienteli została zastąpiona

<sup>27</sup> I. Nakielska, *Prawo do własności w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Uniwersytet Gdański: Gdańsk 2002, s. 92.

<sup>28</sup> A. Chróścicki, *Klienci – wartość przedsiębiorstwa i dobro niematerialne (cz. 2)*, „Gazeta Ubezpieczeniowa” 2007, nr 1.

<sup>29</sup> Doktryna dopuszcza możliwość wniesienia w formie wkładu niepieniężnego prawa do klienteli, jak również możliwość pokrycia udziałów w spółce klientelą w sytuacji, w której nie jest ona wnoszona tytułem aportu jako składnik przedsiębiorstwa. W świetle art. 99 (1) ustawy o spółkach (*Companies Act*) udziały w spółce mogą być pokryte pieniędzmi lub prawami, których wartość można określić w pieniądzu. Zob. M. Freeman Durham, *The Companies Act, 1980: Its Effects on British Corporate Law*, „Northwestern Journal of International Law & Business” 1982, vol. 4, s. 559 i n.

<sup>30</sup> F. Zoll, A. Kraus, *Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Wojewódzki Instytut Wydawniczy: Poznań 1929, s. 58–59.

<sup>31</sup> Tadeusz Blumenfeld (ur. w 1880 r. w Krakowie – zm. w 1941 r. we Lwowie), doktor praw, adwokat, asystent w Zakładzie Prawa Handlowego i Wekslowego Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie. Zob. A. Redzik, *Wydział Prawa Uniwersytetu Lwowskiego w latach 1939–1946*, Lublin 2006.

<sup>32</sup> T. Blumenfeld, *Klientela*, s. 23.

<sup>33</sup> Zob. K. Apołłow, *Ustawowa ochrona przedsiębiorcy przed utratą klienteli*, PPH 1937, nr 1, s. 17–19.

w 1993 r. pojęciem klienta, przy czym zakres znaczeniowy tego pojęcia jest zdecydowanie szerszy niż zakres znaczeniowy pojęcia „konsument”. W związku z tym „przedmiotowe, nieosobowe ujęcie klienteli ustąpiło miejsca ujęciu podmiotowemu, osobowemu, co sprawia, że ustanowienie «prawa do klienteli» traci rację bytu, bo w tym ujęciu klientela przestaje być dobrem”<sup>34</sup>. W świetle nowych konstrukcji wyjętych z systemu *common law*, takich jak renowa i „*goodwill*”, posługiwanie się przedwojennymi konstrukcjami zaczerpniętymi wprost z prawa ochrony konkurencji staje się w aktualnym stanie prawnym bezprzedmiotowe. Zwolennicy tej teorii mają zwyczaj zaliczania renowy (klienteli, *goodwill*) oraz umiejętności, doświadczenia organizacyjnego i zawodowego do innych składników przedsiębiorstwa, czy zdolności kredytowej, jako korzystnych dla przedsiębiorstwa sytuacji faktycznych<sup>35</sup>.

W doktrynie przeważa pojęcie wąskie, w świetle którego klientelę na ogół określa się jako zbiór osób nabywających towary w danym przedsiębiorstwie lub korzystających z usług danego przedsiębiorstwa, czyli ogół osób związanych faktycznie lub prawnie z przedsiębiorstwem na podstawie umów cywilnoprawnych. W tym ujęciu autorzy przychylają się do terminu potocznego, zgodnie z którym klientela jest równoznaczna z ogółem odbiorców, ale już nie przedsiębiorstwa albo jego składników. Reprezentantem takiego podejścia jest B. Gawlik, definiujący ją jako

ogół faktycznych i potencjalnych nabywców towarów i usług pochodzących od danego przedsiębiorcy, a także J. Widło, uznający, że traktowanie klienteli jako istoty przedsiębiorstwa byłoby obarczone błędem semantycznym polegającym na utożsamianiu klienteli z jego renomą. W związku z czym „klientela powinna być pojmowana ściśle, tzn. jako pewien krąg odbiorców, a nie jak swoiste dobro niematerialne – renowa, której nośnikami są poszczególne składniki przedsiębiorstwa”<sup>36</sup>.

Stanowisko trzecie, opowiadające się za jak najszerzym definiowaniem klienteli, jako nie tylko określonego kręgu odbiorców, z którymi istnieją określone powiązania faktyczne i prawne, ale jako sumy uwarunkowań decydujących o możliwości pozyskania klientów, wyrażają m.in. A. Chróścicki, T. Bieniek i P. Piniór. Podnoszą oni, że jedynie szerokie ujęcie umożliwi odparcie zarzutów, „że prawo do klienteli jest wyrazem «dehumanizacji» osób, których nie należy traktować jako wartości majątkowej”. Taką wartość stanowią nie tyle konkretne osoby, ile całokształt uwarunkowań, które zostały określone jako szansa lub możliwości pozwalające na pozyskanie i zachowanie odbiorców, ci ostatni decydują bowiem w sposób samodzielny i swobodny, z czyich towarów lub świadczeń korzystają<sup>37</sup>. Przedstawiciele tej koncepcji dostrzegają jednak, że charakter prawny klienteli w znaczeniu ogółu odbiorców jest zupełnie odmienny od klienteli w znaczeniu pewnej wartości przedsiębiorstwa<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> W tym ujęciu składnikami klienteli mogą być, poza osobami fizycznymi dokonującymi czynności prawnych niezwiązanych bezpośrednio z ich działalnością gospodarczą lub zawodową, również przedsiębiorcy, a także konsumenci zbiorowi. Zob. J. Szwaja, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, C. H. Beck: Warszawa 2006, s. 95–96.

<sup>35</sup> Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z 30 lipca 2012 r., KIO 1502/12, LEX nr 1213087. Tak m.in. pojmuje klientelę i renowę I. Karasek, uznając je za wartości związane z przedsiębiorstwem, przy czym stan czyichś umysłów nie może być przedmiotem obrotu, nawet wówczas, gdyby przedsiębiorstwo zostało uznane za przedmiot prawa podmiotowego, zob. I. Karasek, *Przedmiot zastawu rejestrowego*, KPP 1998, nr 3, s. 457.

<sup>36</sup> Klientela jest czynnikiem łączącym wszystkie elementy przedsiębiorstwa, jako element niematerialny staje się przedmiotem eksploatacji, za pomocą cząstkowych praw podmiotowych, przeciwstawiając ją pojęciu renowy, której z kolei nośnikiem jest firma. Zob. J. Widło, *Rozporządzenie*, s. 51, 69, 78.

<sup>37</sup> T. Bieniek, P. Piniór, *Klientela jako przedmiot wkładu niepieniężnego*, „Prawo Spółek” 2002, nr 4, s. 6.

<sup>38</sup> Zależności pomiędzy tymi dwoma pojęciami dobrze wyjaśnia E. Norek: „Wielkość oraz rodzaj klienteli decyduje o potencjalnej atrakcyjności danego przedsiębiorstwa, a w ujęciu ekonomicznym wpływa na jego zdolność do generowania zysku. Przychód w przedsiębiorstwie jest bowiem w dużej mierze zależny od jego pozycji na rynku, a ta z kolei zależy od przychylności klienteli i zdolności jej pozyskania w oderwaniu od osoby przedsiębiorcy prowa-

## ISTOTA I SKŁADNIKI KLIENTELI W POLSKIM PORZĄDKU PRAWNYM

Poza wymienionymi koncepcjami należy także przytoczyć stanowisko B. Sołtysa, który pod pojęciem klienteli rozumie „całokształt funkcjonalnie powiązanych i zindywidualizowanych elementów składających się na korzystne nastawienie odbiorców do świadczeń przedsiębiorstwa (wolnego zawodu), stwarzające dla przedsiębiorcy (osoby wykonującej wolny zawód) szanse zarobkowe. Istotą zdolności pozyskiwania klientów nie jest bowiem wola świadczenia przedsiębiorcy, ale znajomość tej woli wśród publiczności”<sup>39</sup>. W tym ujęciu na pierwszy plan wysunięta została zdolność przedsiębiorstwa wynikająca z jego indywidualnych właściwości do pozyskania, utrzymania, a następnie zbycia ogółu klientów, która zostaje ujawniona dopiero na etapie ustania przedsiębiorstwa<sup>40</sup>. Tak ujmowana klientela podlega ochronie prawnej na podstawie przepisów dotyczących nieuczciwej konkurencji<sup>41</sup>. W przypadku natomiast uznania, że dobrem prawnym jest swoboda każdego przedsiębiorcy do dowolnego kształtowania swojej klienteli, należy przyjąć, iż do-

bro to jest wartością chronioną w rozumieniu art. 270 § 1 k.k.<sup>42</sup>

Wydaje się, że spośród elementów niematerialnych przedsiębiorstwa pierwszoplanowe znaczenie ma klientela i ustalona renoma przedsiębiorstwa, tj. dobre imię firmy, bez których nie mogłoby ono prawidłowo funkcjonować (*goodwill*)<sup>43</sup>. Z kolei renoma określonej nazwy, przyciągając klientelę, determinuje zyski ekonomiczne<sup>44</sup>. Natomiast S. Włodyka, wymieniając składniki niematerialne przedsiębiorstwa, na pierwszym miejscu wylicza klientelę i renomę przedsiębiorstwa, a dopiero później takie składniki, jak: organizacja przedsiębiorstwa, elementy formalne indywidualizujące przedsiębiorstwo, tajemnice, koncesje, zwolnienia podatkowe<sup>45</sup>. W opinii J. Taylora „prawo do klienteli jest jednym ze składników majątkowych przedsiębiorstwa, który bardzo często może mieć większą wartość niż jego składniki materialne, i nawet powinno być wliczane do wyceny przedsiębiorstwa”<sup>46</sup>. Natomiast rynkowa wartość klienteli zawiera się w kwocie, jaką nabywca jest skłonny zapłacić ponad rynkową wartość aktywów netto nabywanego przedsiębiorstwa, zwaną wartością firmy<sup>47</sup>.

Szczegółne zainteresowanie przedstawi-

---

dzącego dane przedsiębiorstwo. W praktyce wielkość klienteli zależy nie tylko od wcześniej już wskazanej lokalizacji przedsiębiorstwa, ale także od wyposażenia wykorzystywanego w danej działalności, zatrudnionych pracowników, czasu od jakiego dana działalność jest prowadzona, zdolności kredytowej, a także wielkości i znaczenia konkurencji”. Zob. E. Norek, *Przedsiębiorstwo w obrocie gospodarczym*, LexisNexis: Warszawa 2007, s. 92–93.

<sup>39</sup> B. Sołtys, *Klientela*, s. 128. Zob. tenże, *Klientela przedmiotem aportu w spółkach kapitałowych*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1995, nr 1770, s. 109–137; tenże, *Pojęcie i charakter klienteli w prawie polskim, Klientela przedmiotem obrotu i ochrony prawnej*, Wydawnictwo Stowarzyszenia Notariuszy RP: Kluczbork–Poznań 1995.

<sup>40</sup> Skrajnym przykładem jest sytuacja upadłości likwidacyjnej przedsiębiorstwa, jak podkreśla się w literaturze, „zapewnienie klienteli poza perspektywą prowadzenia przedsiębiorstwa w postępowaniu upadłościowym nie jest bowiem obowiązkiem syndyka”, zob. R. Adamus, *Przedsiębiorstwo upadłego w upadłości likwidacyjnej*, Warszawa 2011, LEX nr 132957.

<sup>41</sup> Zob. P. Fajgielski, *Publiczne prawo gospodarcze*, (w:) *Odpowiedzialność społeczna w innowacyjnej gospodarce*, red. P. Kawalec, A. Błachut, Wydawnictwo KUL: Lublin 2011, s. 50.

<sup>42</sup> Por. J. Błachut, *Dokument jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, Monografie Lex: Warszawa 2011.

<sup>43</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 4 lutego 2005 r., I CK 569/04, LEX nr 284141.

<sup>44</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 4 listopada 2011 r., I ACa 560/04, LEX nr 147147.

<sup>45</sup> S. Włodyka, *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Wydawnictwo Instytutu Prawa Spółek i Inwestycji Zagranicznych: Kraków 2006, s. 425.

<sup>46</sup> Zob. <<http://orka2.sejm.gov.pl/Debata1.nsf/main/642ADEDD>> [2017.09.15, godz. 16.00]; G. Urbanek, *Wycena aktywów niematerialnych przedsiębiorstwa*, PWE: Warszawa 2008, s. 45.

<sup>47</sup> M. Mazurkiewicz, P. Małecki, *CIT. Podatki i rachunkowość. Komentarz*, Warszawa 2010, LEX nr 8628.

cieli doktryny prawniczej wzbudzają sytuacje, w których klientela staje się przedmiotem, choćby potencjalnego, obrotu gospodarczego<sup>48</sup>. Domniemanie, że wraz ze zbyciem przedsiębiorstwa zbywa się prawo do klienteli, wprowadza art. 55<sup>2</sup>k.c., zgodnie z którym czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Wiąż między klientem a przedsiębiorstwem jest na tyle luźna, że dokonując zbycia przedsiębiorstwa, niezmiernie trudno byłoby przenosić na nabywcę również prawo do potencjalnej klienteli. Niemniej jednak dopuszczalne jest zapewnienie zbywcy co do przeciętnej liczby osób obsługiwanych przez przedsiębiorstwo w określonym czasie przed przeniesieniem przedsiębiorstwa na nabywcę<sup>49</sup>. Z kolei klientela, w znaczeniu wąskim, to już nie tyle składnik, ile przede wszystkim właściwość przedsiębiorstwa, która wraz z renomą i pozostałymi składnikami składającymi się na pojęcie *goodwill* nie powinna być przedmiotem osobnego zbycia, brakuje bowiem środków prawnych oraz faktycznej możliwości traktowania klienteli jako przedmiot samodzielnego obrotu jako substancji istotowo niezbędnej dla dalszego bytu przedsiębiorstwa<sup>50</sup>.

## KLIENTELA W ŚWIELE PRZEPISÓW KONWENCJI EUROPEJSKIEJ

W europejskiej doktrynie praw człowieka klientela jest traktowana jako niematerialne dobro o charakterze majątkowym. Jako element stanowiący integralną część przedsiębiorstwa jest jego unikalną właściwością, istniejącą dzięki zaufaniu klienta (odbiorcy) do osoby przedsiębiorcy lub przedsiębiorców. Stąd też, ze względu na złożony charakter przedsiębiorstwa, którego – zdaniem Komitetu Ministrów Rady Europy (RE) – zasadniczym celem jest dyskontowanie korzyści z działalności gospodarczej, klientela powinna być definiowana jak najszerzej<sup>51</sup>. Jako dobro o charakterze majątkowym klientela jest tym spośród dóbr, które uzyskały ochronę typu konwencyjnego, w tym Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC)<sup>52</sup>.

Fakt uznania klienteli za dobro chronione na gruncie EKPC jest istotny, ponieważ w ustawodawstwach większości państw europejskich co do zasady odmawia się ochrony udzielanej stanom faktycznym, takim jak aktualne uwarunkowania rynkowe, zastane relacje między przedsiębiorcami czy warunki pozyskiwania przez przedsiębiorcę klienteli oraz utrzymywania przez to swojej pozycji na rynku<sup>53</sup>. Wśród tego typu dóbr można wyróżnić te związane z wykonywaniem zawodu lub prowadzeniem

<sup>48</sup> C. Żuławska, *O niektórych zmianach w regulacjach stosunku klienteli*, (w:) *Prawo prywatne czasu przemian. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Soltysńskiego*, red. A. Nowicka, Wydawnictwo Naukowe UAM: Poznań 2005, s. 313–332.

<sup>49</sup> Pojawia się natomiast pytanie o możliwość zbycia ekspektatywy do klienteli w znaczeniu *sensu stricto*. Zob. E. Norek, *Przedsiębiorstwo*, s. 93. Sam fakt, że spółka ta „przejęła” od innej spółki usługę w postaci żywienia pacjentów, i co za tym idzie – tę samą klientelę, jest niewystarczający do stwierdzenia, że doszło do transferu części przedsiębiorstwa. Wyrok SN z 14 czerwca 2012, I PK 235/11, LEX nr 1250558.

<sup>50</sup> Na temat zdolności aportowej klienteli zob. A. Herbet, *Umorzenie udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, „*Studia Prawnicze*” 1998, nr 4, s. 72; A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych, t. I. Komentarz do art. 1–300 k.s.h.*, Zakamycze: Kraków 2006, s. 703; odmiennie J. Jacyszyn, B. Soltys, *Klientela jako wkład niepieniężny. Aporty w spółkach*, „*Rzeczpospolita*” 1995, nr 58.

<sup>51</sup> Zob. K. Machowicz, R. Tabaszewski, *Koncepcja CSR jako norma soft law Rady Europy*, „*Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach*. Seria: Administracja i Zarządzanie” 2017, nr 113 (40), s. 107.

<sup>52</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 ze zm.), E.T.S. No. 005, dalej: EKPC.

<sup>53</sup> Takie wąskie ujęcie zostało zaprezentowane m.in. w art. 14 Konstytucji Republiki Federalnej Niemiec obwieszczonej dnia 23 maja 1949 r. przez Radę Parlamentarną, zob. S. Jarosz-Zukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Kraków: Zakamycze 2003, LEX nr 36655.



działalności gospodarczej oraz własność intelektualną<sup>54</sup>. Stąd też zaliczenie klienteli, jako dobra *stricto* niematerialnego, do przedmiotu prawa własności świadczy o specyfice prawa europejskiego praw człowieka w stosunku do regulacji prawa krajowego, w tym prawa polskiego.

To, że klientela stanowi część konwencyjnej treści substancji chronionej, wynika z brzmienia art. 1 Protokołu dodatkowego do EKPC z 1952 r.<sup>55</sup> zdanie 1, zgodnie z którym każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do poszanowania swego mienia. Kolejne zdanie wprowadza przy tym zastrzeżenie, że nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym i na warunkach przewidzianych przez prawo oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego. Pojęcie „mienia” na gruncie konwencji ma znaczenie autonomiczne i nie ogranicza się jedynie do własności rzeczy, na potrzeby tego artykułu także inne prawa i korzyści majątkowe mogą być bowiem uważane za mienie<sup>56</sup>. Stąd też prawo do klienteli powinno być rozpatrywane na tle charakterystycznego „rysu regulacji prawa własności”<sup>57</sup>.

Powyższą koncepcję rozwinął Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz), który do kategorii mienia zalicza nie tylko aktywa, ale także dobra o charakterze niematerialnym, w tym własność intelektualną, patenty i prawa autorskie, jak również wymagalne roszczenia, prawo do połowów, a także dobrą reputację (*goodwill*) i klientelę (*clientèle*)<sup>58</sup>. Konwencyjnemu pojęciu własności nadane zostało więc szerokie znaczenie, mające charakter autonomiczny i niezależny w stosunku do pojęć i typologii

prawa krajowego. Wspólnym mianownikiem dla wszystkich tych dóbr jest bowiem nie tyle uznanie ich za własność, ile ujęcie ich w katalog praw i wartości o charakterze majątkowym i objęcie ich ochroną, a w szczególności zapewnienie możliwości niezakłóconego z nich korzystania<sup>59</sup>.

## KLIENTELA A PRAWO CZŁOWIEKA PRZEDSIĘBIORCZEGO DO MIENIA

Ponieważ przepisy zawarte w art. 1 PD uznają prawo człowieka przedsiębiorczego do poszanowania jego mienia, to dość szerokie przyjęcie koncepcji mienia i własności powoduje, że ochrona dobrej reputacji i klienteli były często przedmiotem rozważań ETPCz. Konsekwencja orzecznicza pozwoliła w efekcie na zbudowanie spójnej koncepcji ochrony obu tych praw jako przysługujących przedsiębiorcy w wymiarze wertykalnym (tj. relacji z państwem i jego aparatem) oraz horyzontalnym (tj. z innym przedsiębiorcą), a więc prawa do klienteli w ujęciu szerokim, które obejmuje reputację przedsiębiorcy, kwalifikacje przedsiębiorstwa, znaki towarowe, a także licencje i zezwolenia, stanowiące niezbędny element prowadzonej na ich podstawie działalności ze względu na ich istotny walor ekonomiczny. Obejmuje ono prawo do klienteli pozyskanej i zbudowanej wyłącznie w efekcie przedsiębiorczych działań człowieka, a także prawo do zachowania jego dobrej reputacji. Jako „interesy chronione przez prawo” i wynikające z art. 1 PD ETPCz uznał m.in. dopuszczalność utraty klienteli w związku z wygaśnięciem przedsię-

<sup>54</sup> I. Nakielska, *Prawo do własności*, s. 92.

<sup>55</sup> Protokół dodatkowy do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności otwarty do podpisu w Paryżu, dnia 20 marca 1952 r., E.T.S. No. 009, dalej: PD.

<sup>56</sup> M. A. Nowicki, *Komentarz do Protokołu Nr 1 oraz Protokołu Nr 4 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, (w:) *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer Polska: Warszawa 2009, LEX/el.

<sup>57</sup> I. Nakielska, *Prawo do własności*, s. 92.

<sup>58</sup> European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, ECoHR: Strasbourg 2011, s. 67.

<sup>59</sup> Wyrok ETPCz z 20 marca 2008 r. w sprawie *Budayeva i inni p. Rosji* (skargi nr 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02).

biorstwa, możliwość pozyskiwania klientów przez przedstawicieli zawodów prawniczych i medycznych, prawo kilku przedsiębiorców do wspólnej klienteli bądź klienteli funkcjonującej na wspólnym rynku, a także dopuszczalność limitowania prawa do klienteli przez władze krajowe<sup>60</sup>.

Klientela była przedmiotem rozważań także przy okazji omawiania przez ETPCz dóbr innych niż własność (w tym art. 6 i art. 8 EKPC) i ich wzajemnej relacji. W sprawie *Doustaly przeciwko Francji* ETPCz przyznał rację skarżącemu, który podnosił, że ze względu na przewlekłość postępowania utracił klientelę, a w konsekwencji poniósł znaczne straty o charakterze majątkowym. Brak określenia statusu przedsiębiorcy, w tym przysługujących mu praw, doprowadził do zszargania jego reputacji, co następnie wykorzystała konkurencja. Niepewność co do przyszłości przedsiębiorstwa na rynku wpłynęła więc negatywnie na zdolność do utrzymania klienteli i utrzymania się na rynku<sup>61</sup>. Zdaniem ETPCz sąd krajowy, w powyższej sprawie, mając na względzie ulotny charakter klienteli i zmienną jego wartość, powinien rozpatrzyć sprawę ze szczególną starannością, zwłaszcza że wysokość roszczenia miała dla skarżącego duże znaczenie i była związana z jego zawodową działalnością.

Z kolei w sprawie *Jacobowski przeciwko Niemcom*, dotyczącej wolności wypowiedzi, ETPCz zajmował się nieetycznymi zachowaniami dziennikarza, oddziałującego na klientelę jednego z przedsiębiorców działających na rynku prasowym. Działania te polegały na celowym i umyślnym zrażaniu klientów do innej agencji prasowej, a w efekcie chęci doprowadzenia do szkody konkurencyjnego przedsiębiorcy. Miało to nastąpić poprzez wprowadzenie *badwill*, czyli tzw. złej reputacji, i spowodowanie nieodwracalnego uszczerbku na renomie firmy.

ETPCz uznał, że aby można było mówić o potencjalnym istnieniu stosunku konkurencji, to wystarczy, że przedsiębiorcy mają, albo przynajmniej będą w przyszłości mieć, tych samych potencjalnych klientów<sup>62</sup>.

Modelową sprawą dotyczącą dopuszczalności pozyskiwania i posiadania przez przedsiębiorcę klienteli był przypadek *Van Marle et al. przeciwko Niderlandom*<sup>63</sup>. Skarżącym był German van Marle wraz z trzema innymi przedsiębiorcami, którzy jako biegli rewidenci prowadzili działalność gospodarczą polegającą na prowadzeniu usług księgowych. Poprzez uzyskanie odpowiedniej renomy pozyskali pokaźną klientelę i uzyskali znaczącą pozycję na rynku. Pozycję tę stopniowo zaczęli jednak tracić wskutek wejścia w życie ustawy z 13 grudnia 1972 r. regulującej zawód biegłego rewidenta i wprowadzającej znaczne ograniczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej tego typu. Stąd też *de facto* zostali pozbawieni możliwości wykonywania dotychczasowego zawodu. Dopuszczalność prowadzenia zawodu biegłego rewidenta została bowiem uzależniona od uprzedniego uzyskania wpisu do właściwego rejestru, skarżący zaś w wymaganym czasie takiej stosownej zgody nie uzyskali.

W przedstawianej sprawie skarżący postawili zarzut naruszenia przez władze krajowe przysługującego im prawa własności poprzez odmowę zarejestrowania ich działalności, co w konsekwencji miało doprowadzić do utraty dobrej reputacji skarżących jako przedsiębiorców (*goodwill*) oraz spadku ich dochodów (odpowiednio o 50 i 60%). Dokonując analizy stanu faktycznego, ETPCz wprawdzie nie dopatrywał się naruszenia art. 1 PD, ale uznał, że w pewnych okolicznościach należy uznać klientelę za mienie w rozumieniu wspomnianego art. 1 PD, zwłaszcza w kontekście możliwości potencjalnego naruszenia prawa do ochrony własności.

<sup>60</sup> Wyrok ETPCz z 11 stycznia 2007 r. w sprawie *Anheuser-Busch Inc. p. Portugalii* (skarga nr 73049/01).

<sup>61</sup> Wyrok ETPCz z 23 kwietnia 1998 r. w sprawie *Doustaly p. Francji* (skarga nr 26256/95).

<sup>62</sup> Wyrok ETPCz z 23 czerwca 1994 r. w sprawie *Jacobowski p. Niemcom* (skarga nr 15088/89).

<sup>63</sup> Wyrok ETPCz z 26 czerwca 1986 r. w sprawie *Van Marle i inni p. Niderlandom* (skargi nr 8543/79, 8674/79, 8675/79 i 8685/79).

Trybunał uznał, że budowana przez lata klientela bez wątplenia stanowi dobro, które jest prawem człowieka przedsiębiorczego, odmowa zaś wpisu do rejestru biegłych rewidentów w sposób radykalny zmniejsza jego klientelę, a w konsekwencji dochody z prowadzonej do tychczas działalności<sup>64</sup>.

### SPECYFIKA KLIENTELI ADWOKACKIEJ I ZAWODÓW PRAWNICZYCH

Kwestia charakteru prawa do klienteli adwokackiej była przedmiotem rozważań ETPCz w kilku sprawach, w tym po raz pierwszy w sprawie *H. przeciwko Belgii*<sup>65</sup>. Skarżący, po uzyskaniu tytułu doktora praw i odbyciu aplikacji, od 1957 r. był adwokatem w Antwerpii, przynależał do tamtejszej izby adwokackiej i do 1963 r. prowadził tam praktykę indywidualną. W tymże roku zostało przeciwko niemu wszczęte postępowanie dyscyplinarne. Postawiony mu został zarzut celowego rozpowszechniania fałszywych informacji w celu uzyskania korzyści majątkowych od tak wprowadzonych w błąd klientów. W związku z tą sprawą, jak i innymi równoległe toczącymi się postępowaniami, H. został wydalony z adwokatury. W 1968 r. skarżący został jednak uwolniony od wszystkich ciężących na nim zarzutów, nie został jednak przywrócony na listę adwokatów. Stosownie do funkcjonujących wówczas w Belgii przepisów, po upływie kolejnych 10 lat, w 1979 r., a następnie w 1981 r., skarżący w trybie nadzwyczajnym starał się o powtórny wpis na listę adwokatów. Dopiero po osiągnięciu przewidzianego belgijskim prawem wieku emerytalnego wystąpił do ETPCz ze skargą. H. podniósł, że w efekcie pozbawienia go przez władze krajowe prawa

do wykonywania zawodu adwokata poniósł szkodę o charakterze majątkowym, wnosząc o kwotę, którą mógłby uzyskać w ciągu 26 lat, tj. od czasu, w którym mógł zostać powtórnie wpisany na listę adwokatów, do momentu osiągnięcia wieku emerytalnego<sup>66</sup>.

ETPCz w sprawie H. stwierdził naruszenie prawa do sądu w postaci braku możliwości weryfikacji decyzji o skreśleniu z listy. Trybunał, choć bezpośrednio nie odniósł się do art. 1 PD, uznał, że w pewnych sytuacjach wykreślenie z listy adwokatów może stanowić naruszenie prawa do poszanowania mienia, w tym konkretnym przypadku pozbawia adwokata już posiadanej przez niego klienteli<sup>67</sup>. Uznając szkodę, ETPCz zauważył, że adwokackie prawo do klienteli istnieje. Należy przez nie rozumieć całokształt interesów adwokata o charakterze majątkowym. Prawo to wchodzi tym samym w zakres znaczeniowy pojęcia „własność” wyrażonego w art. 1 PD, a w konsekwencji znajduje ochronę typu konwencyjnego, w tym w oparciu o mechanizm sądowy. W analogicznej sprawie, dotyczącej możliwości ukarania adwokata wykorzystującego ogłoszenia prasowe w celu zdobycia i poszerzenia swojej klienteli, ETPCz uznał, że prawo do klienteli nie ma bynajmniej charakteru absolutnego, może być bowiem ograniczane przez władze krajowe w celu zapobieżenia nieuczciwej konkurencji oraz reklamie fałszywej lub wprowadzającej w błąd<sup>68</sup>.

Granice adwokackiego prawa do klienteli można zrekonstruować z wielu innych orzeczeń. W sprawie *X przeciwko Niemcom* ETPCz uznał, że pomoc prawna świadczona przez adwokata z urzędu jest także formą pozyskiwania klienteli. Sam fakt, że adwokat może nie otrzymywać w takim wypadku pełne-

<sup>64</sup> Zob. A. Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom II. Komentarz do artykułów 19–59 oraz Protokołów dodatkowych*, (w:) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom II. Komentarz do artykułów 19–59 oraz Protokołów dodatkowych*, red. L. Garlicki, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 490.

<sup>65</sup> Wyrok ETPCz z 30 listopada 1987 r. w sprawie *H. p. Belgii* (skarga nr 8950/80).

<sup>66</sup> Por. wyrok ETPCz z 6 października 2005 r. w sprawie *Tanrikulu i inni p. Turcji* (skarga nr 29918/96).

<sup>67</sup> M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo. Tom II. Prawo do życia i inne prawa*, Kraków: Zakamycze 2002, s. 1295.

<sup>68</sup> Wyrok ETPCz z 24 lutego 1994 r. w sprawie *Casado Coca p. Hiszpanii* (skarga nr 15450/89).

go wynagrodzenia, co wiąże się z kosztami zmniejszającymi rentowność tego zawodu, nie ma w tym wypadku znaczenia<sup>69</sup>. ETPCz zajmował się również kwestią ekspektatywy przyszłej i niepewnej klienteli prawniczej, co miało miejsce m.in. w sprawie *Kübler p. Niemcom*, nie wchodząc jednak w zasadnicze kwestie eksplanacyjne<sup>70</sup>. Z kolei w sprawie *Buzescu przeciwko Rumunii* ETPCz podkreślił, że „skarga na utratę przyszłych dochodów nie mieści się w zakresie stosowania art. 1 PD, który dotyczy jedynie istniejącego mienia lub uzasadnionej prawnie ekspektatywy uzyskania własności. Zakres stosowania art. 1 PD rozciąga się jednakże na kancelarie prawne i ich dobre imię, jako że są to jednostki o pewnej wartości, które pod wieloma względami mają charakter praw prywatnych, i tym samym stanowią aktywa (...)”<sup>71</sup>.

Kwestie granic dopuszczalności utrzymania klienteli adwokackiej ETPCz poruszył w interesującej sprawie *Lykourezos przeciwko Grecji*<sup>72</sup>. Skarżący, prowadzący od wielu lat praktykę adwokacką i posiadający znaczną i zamożną klientelę, brał w kwietniu 2000 r. udział w wyborach parlamentarnych i uzyskał mandat przedstawicielski. W 2001 r. grecki ustrojodawca zmienił jednak brzmienie art. 57 Konstytucji, wprowadzając przepis o zakazie łączenia mandatu poselskiego z jakąkolwiek inną działalnością zawodową<sup>73</sup>. Skarżący, który w wyniku wejścia nowej regulacji w życie musiałby bądź zrezygnować z adwokatury, bądź wycofać się z aktywnego życia politycznego, podniósł zatem zarzut, że ewentualne pozbawienie go

mandatu poselskiego naruszałoby jego prawa wyborcze. W odpowiedzi władze krajowe argumentowały zasadność wprowadzanych zmian koniecznością ochrony mandatu poselskiego przed jakimikolwiek naciskami, które mogły być wywierane na czynnego adwokata-parlamentarzystę przez jego klientów (jako potencjalnych lobbystów). ETPCz, nie godząc się ze stanowiskiem rządu greckiego, uznał, że klientela należy do kwestii wzajemnych relacji między adwokatem-politykiem a jego klientelą, w tym ewentualnych zależności zachodzących w trakcie kampanii wyborczej i podczas samego procesu wyborczego<sup>74</sup>.

### DOPUSZCZALNOŚĆ ZBYCIA PRAWA DO KLIENTELI

Nakaz poszanowania przez władze krajowe prawa do klienteli obejmuje również interesy majątkowe zawodów medycznych. W sprawie *Karni przeciwko Szwecji* przedmiotem ochrony objęto działalność lekarską i zgromadzoną klientelę wynikającą z prowadzonej praktyki lekarskiej<sup>75</sup>. Limitowanie prawa do klienteli w ramach wykonywania tzw. wolnego zawodu, w tym medycznych zawodów zaufania publicznego, jest w pewnych sytuacjach dopuszczalne. ETPCz za nadmierną ingerencję w prawo do wykonywania danego zawodu uznawał takie ograniczenie praw skarżących do klienteli, które wpływało w sposób drastyczny na warunki prowadzonej działalności zawodowej. W szczególności dotyczyło to

<sup>69</sup> Zob. postanowienie ETPCz z 14 kwietnia 1970 r. w sprawie *X p. Niemcom*.

<sup>70</sup> Decyzja ETPCz z 23 czerwca 2009 r. w sprawie *Kübler p. Niemcom* (skarga nr 32715/06); wyrok ETPCz z 13 stycznia 2011 r. w sprawie *Kübler p. Niemcom* (skarga nr 32715/06); wyrok ETPCz z 5 czerwca 2014 r. w sprawie *Kübler p. Niemcom* (skarga nr 32715/06), por. decyzja ETPCz z 22 maja 2006 r. w sprawie *Lederer p. Niemcom* (skarga nr 6213/03).

<sup>71</sup> Wyrok ETPCz z 24 maja 2005 r. w sprawie *Buzescu p. Rumunii* (skarga nr 61302/00); decyzja ETPCz z 6 lutego 2003 r. w sprawie *Wendenburg i inni p. Niemcom* (skarga nr 71630/01).

<sup>72</sup> Wyrok ETPCz z 15 września 2006 r. w sprawie *Lykourezos p. Grecji* (skarga nr 33554/03).

<sup>73</sup> A. Syryt, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Lykourezos p. Grecji*, nr skargi 33554/03, PS 2007, nr 1, s. 153–155.

<sup>74</sup> L. Garlicki, *Sędzia europejski – kustoszem wyborów*, (w:) *Iudices electionis custodes (Sędziowie kustoszami wyborów)* – Księga Pamiątkowa Państwowej Komisji Wyborczej, red. F. Rymarz, Warszawa: Krajowe Biuro Wyborcze 2007, s. 64.

<sup>75</sup> Zob. decyzja z 8 marca 1988 r. w sprawie *Karni p. Szwecji* (skarga nr 11540/85).

sytuacji, gdy limitowanie dostępu do takiego zawodu zasadniczo zmniejszało skalę danej działalności, ale również wtedy, gdy zmniejszał się dochód uzyskiwany przez skarżącego, w tym gdy spadała wartość jego klienteli i jego przedsięwzięcia gospodarczego.

Prawo do pozyskiwania i utrzymywania klienteli lekarskiej potwierdził ETPCz w sprawie *Malik przeciwko Wielkiej Brytanii*, odmówił natomiast prawa do jej zbycia. Trybunał uznał, że w skład prawa wyrażonego w art. 1 PD wchodzi klientela zgromadzona przez skarżącego lekarza, który prowadził praktykę przez prawie 30 lat<sup>76</sup>. W tym czasie, w oparciu o podpisany kontrakt z funduszem zdrowia, skarżący dr Zafar Iqbal Malik uzyskał znaczącą klientelę i dysponował bazą kontaktów obejmującą ok. 1400 pacjentów. Skarżący argumentował, że pomimo jego znacznej renomy został on zawieszony w wykonywaniu zawodu lekarza, a w konsekwencji doznał szkody majątkowej. Jego miesięczny dochód został zmniejszony, fundusz zdrowia przestał płacić czynsz za lokal, w którym znajdował się jego gabinet, liczba jego pacjentów spadła zaś do 1013. W trakcie procedur odwoławczych brytyjskie sądy konsekwentnie odmawiały zarejestrowanym pacjentom Malika przymiotu klienteli, uznając, że osoby te „nie stanowią wartości ekonomicznej”. Osoby te były formalnie zarejestrowane jako jego klienci, ale ponieważ nie korzystały one w sposób stały ze świadczeń, nie mogły być przedmiotem „posiadania”.

W sprawie Malika ETPCz zauważył, że skarżący korzystał z *goodwill* w ramach praktyki lekarskiej, a w szczególności z zalet reputacji i wypracowanych kontaktów z klientelą. Skarżący czerpał zatem korzyści płynące z wykonywanej praktyki lekarskiej, przez co jego renoma była w ten sposób wypracowana, a baza klientów stale rozbudowywana. Wszystko to miało istotne znaczenie w momencie podejmowania przez potencjalnych pacjentów wyborów, czy w dalszym ciągu leczyć się właśnie u doktora

Malika oraz czy wybierać go spośród innych praktykujących w tym czasie lekarzy. Na tę okoliczność nie miał natomiast wpływu fakt, że na podstawie ustawy w przedmiocie świadczenia podstawowych usług medycznych lekarz nie mógł sprzedać prawa do *goodwill* swojej praktyki lekarskiej.

ETPCz nie uznał prawa do zbycia bazy klientów za przedmiot ochrony konwencyjnej, uznając, że sam fakt umieszczenia skarżącego na liście osób wykonujących daną praktykę lekarską nie stanowi „mienia” w rozumieniu art. 1 PD. Aby przepis ten znalazł swoje zastosowanie, skarżący musi wykazać, że w związku z wykonywaniem danego zawodu powstała utarta praktyka o pewnej wartości, którą można wyrazić w aktywach. Aby stwierdzić niedopuszczalną ingerencję w prawo do klienteli, należałoby przedstawić: 1) dowody wskazujące na rzeczywistą utratę wynagrodzenia, 2) konkretne dowody wskazujące na poważny spadek klienteli, 3) wykazać, że wspomniany spadek miał bezpośredni wpływ na przedsiębiorstwo (praktykę) lub sytuację finansową, 4) udokumentować, że poniesiona szkoda nastąpiła w wyniku działania władz publicznych. W sprawie Malika oczywiście dla Trybunału było jedynie, że skarżący posiadał wymierny interes zarówno w prowadzeniu przez niego praktyki lekarskiej, jak i w zapewnieniu, aby liczba pacjentów zarejestrowanych w jego gabinecie nie zmalała. Interes ten miał zatem charakter *stricte* ekonomiczny.

## WZGLĘDNA TRWAŁOŚĆ PRAWA DO KLIENTELI

Dotychczasowe skargi do ETPCz na naruszenie *goodwill*, przybierającej postać przyszyłych dochodów, wyraźnie wykraczają poza zakres art. 1 PD, gdzie klientela traktowana jest jako majątek przedsiębiorcy. W sprawie *TIPP 24 AG przeciwko Niemcom*<sup>77</sup> skarżąca spółka,

<sup>76</sup> Wyrok ETPCz z 13 marca 2012 r. w sprawie *Malik p. Wielkiej Brytanii* (skarga nr 23780/08).

<sup>77</sup> Decyzja ETPCz z 27 listopada 2012 r. w sprawie *TIPP 24 AG p. Niemcom* (skarga nr 21252/09).

prowadząca w latach 2000–2008 działalność w zakresie organizowania loterii i gier internetowych, operowała ponad 60% udziałem w lokalnym rynku, tj. posiadała ok. 2,5 miliona zarejestrowanych użytkowników jako rzeczywistych klientów. Jednak w wyniku wprowadzenia lokalnych ograniczeń klientela tego przedsiębiorstwa została ograniczona. Regulacje te miały doprowadzić do ograniczenia prawa podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej. W omawianej sprawie ETPCz przywołał sprawę *Olbertz przeciwko Niemcom*<sup>78</sup>, w której przyjęto, że klientela pewnej grupy zawodów posiada jednostkową wartość podlegającą bezsprzecznej ochronie, która ma charakter prywatnoprawny i w konsekwencji stanowi wartość majątkową. ETPCz odmówił jednak przyznania rekompensaty, uznając, że prawo własności obejmuje także ryzyko, które musi podjąć przedsiębiorca, proces zdobywania trwałej klienteli należy zaś wkalkulować w takie ryzyko.

Koncepcja klienteli jako zbioru interesów o charakterze majątkowym została rozwinięta w orzeczeniu *Ian Edgar (Liverpool) Ltd przeciwko Wielkiej Brytanii*. Skarżący prowadził hurtową dystrybucję broni palnej, a wartość prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa opierała się na zyskach wypracowanych w ramach jej klienteli. W związku z wprowadzanymi kolejnymi restrykcjami ograniczającymi dostęp do posiadania broni, w tym wejściem w życie ustawy z 1997 r. dotyczącej zakazu posiadania broni krótkiej, poziom sprzedaży w spółce spadł o 65%, a do 31 marca 1997 r. obroty spadły o 22,3%. Skarżący zarzucił, że wprowadzenie takiego zakazu ze strony władz publicznych stanowiło dla niego naruszenie prawa do spokojnego korzystania z własności, czemu towarzyszył fakt nieotrzymania żadnych rekompensat, co stanowiło naruszenie art. 1 PD<sup>79</sup>.

W powyższej sprawie ETPCz w pierwszej

kolejności odniósł się do kwestii, jaki wpływ miała wprowadzona regulacja na mienie spółki, a także do ewentualnego prawa przedsiębiorcy do utrzymywania posiadanej klienteli. Dotyczy to również sytuacji, w której nastąpiło wygaśnięcie jej pewnych praw o charakterze podmiotowym, tj. możliwości zakupu pewnej kategorii mienia, w tym wypadku broni krótkiej. ETPCz podkreślił, że celem regulacji zawartej w art. 1 PD jest osiągnięcie równowagi pomiędzy odpowiedzialnością wobec całej wspólnoty (ograniczenie dostępu do broni) a wymaganiami, jakie niesie za sobą indywidualna ochrona praw jednostki. Pomimo że spółka posiadała głębokie tradycje i znaczącą renomę, istniała bowiem od 1920 r., to nie mogła mieć uzasadnionych oczekiwań, że w każdym czasie będzie dysponowała uprawnieniem do dalszego handlu bronią. W tym przypadku interes indywidualny powinien ustąpić interesowi ogólnemu. ETPCz uznał jednak, że skarżący powinien otrzymać rekompensatę w formie odszkodowania za utracone zyski związane z utratą renomy, przy czym odszkodowanie powinno dotyczyć tej części wartości utraconej klienteli, tzn. dawnych odbiorców dokonujących zakupu broni krótkiej, którzy pozostawali w dalszym ciągu składnikiem przedsiębiorstwa.

## DOPUSZCZALNOŚĆ ZBYWANIA PRAWA DO KLIENTELI

Uprawnienia spadkobierców i dzierżawców do utrzymania klienteli oraz możliwości jej zbywania dotyczyła sprawa *Iatridis przeciwko Grecji*<sup>80</sup>. Skarżący Georgios Iatridis prowadził przedsiębiorstwo – kino „Ilioupolis”, które w 1976 r. przeszło w jego ręce od spadkobierców K. N. Skarżący, w związku z toczącymi się od 1985 r. procedurami nacjonalizacyjnymi

<sup>78</sup> Decyzja ETPCz z 25 maja 1999 r. w sprawie *Olbertz p. Niemcom* (skarga nr 37592/97).

<sup>79</sup> Zob. postanowienie ETPCz z 25 stycznia 2000 r. w sprawie *Ian Edgar (Liverpool) Ltd p. Wielkiej Brytanii* (skarga nr 37684/97).

<sup>80</sup> Wyrok ETPCz z 25 marca 1999 r. w sprawie *Iatridis p. Grecji* (skarga nr 31107/96).



mi, w 1989 r. został eksmitowany z terenu, na którym prowadził działalność, a tym samym został pozbawiony możliwości prowadzenia przedsiębiorstwa. Nie był w stanie przenieść kina do innego miejsca, ze względu na fakt niedopuszczenia go do tej własności. Skarżący wnioskował zatem o odszkodowanie za utratę dochodów oraz za straty o charakterze niemajątkowym. ETPCz przychylił się do argumentacji skarżącego, uznając ingerencję w postaci eksmisji z przedsiębiorstwa za niedopuszczalną i stanowiącą naruszenie prawa do spokojnego korzystania z mienia. ETPCz zauważył, że Georgios Iatridis poniósł stratę o charakterze majątkowym, prowadził bowiem kino przez jedenaście lat na podstawie ważnej umowy dzierżawy, bez jakiegokolwiek ingerencji ze strony władz publicznych, w tym czasie wypracował sobie klientelę, która stanowiła przedmiot przysługującej mu własności<sup>81</sup>.

## UWAGI KOŃCOWE

Poza omawianymi sprawami, w których przedmiotem była klientela przedstawicieli zawodów regulowanych, ETPCz zajmował się klientelą wielu innych branż i zawodów, która także bez wątpienia stanowiła wartość majątkową przedsiębiorstwa, jako mienie rozumiane na gruncie art. 1 PD. Dotychczas ETPCz orzekał m.in. w sprawach klienteli przedsię-

biorców świadczących usługi hotelarskie<sup>82</sup>, pogrzebowe<sup>83</sup>, księgowo<sup>84</sup>, ubezpieczeniowe<sup>85</sup>, klubu i gier elektronicznych<sup>86</sup>, sprzedaży napojów alkoholowych<sup>87</sup>. ETPCz w sprawie *Van Der Musselle przeciwko Belgii* zajmował się także sprawą styku relacji pomiędzy przedsiębiorstwem a jego odbiorcami, określanego mianem klientelizmu<sup>88</sup>. We wszystkich tych orzeczeniach wspólnym mianownikiem było uznanie przez Trybunał, że skoro skarżący za pomocą własnej pracy zdobywali klientelę, to tak zdobyta reputacja znajduje ochronę na gruncie konwencyjnym.

W oparciu o sam tekst EKPC trudno jest zdefiniować klientelę oraz ustalić dokładny zakres znaczeniowy tego pojęcia. Umożliwia to dopiero dokładna lektura PD oraz orzecznictwa ETPCz, który rozpatruje prawo do klienteli w ramach szeroko rozumianego prawa do poszanowania mienia. Łączy przy tym klientelę z prawem przedsiębiorcy do dobrej reputacji, a więc klienteli pozyskanej i zbudowanej wyłącznie w efekcie jego przedsiębiorczej działalności. Jak wynika z dotychczasowej analizy spraw przed ETPCz, przeważają wyroki dotyczące klienteli pewnych wyodrębnionych grup zawodowych: prawników, lekarzy, świadczących usługi księgowe oraz osób prowadzących działalność handlową. W tym rozumieniu klient jako część składowa *goodwill* stanowi wartość o charakterze prywatnoprawnym i podlega szczególnej ochronie konwencyjnej.

<sup>81</sup> Zob. M. A. Nowicki, *Iatridis p. Grecji – wyrok ETPC z dnia 25 marca 1999 r.* (skarga nr 31107/96), (w:) M. A. Nowicki, *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999–2004*, Kraków: Zakamycze 2005, s. 1173.

<sup>82</sup> Decyzja ETPCz z 24 października 2006 r. w sprawie *Sirmium, spol. s r.o. p. Słowacji* (skarga nr 21280/02).

<sup>83</sup> Wyrok ETPCz z 30 listopada 2010 r. w sprawie *Oklešen i Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. p. Słowenii* (skarga nr 35264/04).

<sup>84</sup> Wyrok ETPCz z 28 listopada 2000 r. w sprawie *Rösslhuber p. Austrii* (skarga nr 32869/96).

<sup>85</sup> Decyzja ETPCz z 9 listopada 2010 r. *Allianz – Slovenská poisťovňa, a.s. i inni p. Słowacji* (skarga nr 19276/05).

<sup>86</sup> Wyrok ETPCz z 25 listopada 2010 r. w sprawie *Mileva i inni p. Bułgarii* (skarga nr 43449/02).

<sup>87</sup> Wyrok ETPCz z 7 lipca 1989 r. w sprawie *Tre Traktörer Aktiebolag p. Szwecji* (skarga nr 10873/84).

<sup>88</sup> Wyrok ETPCz z 23 listopada 1983 r. w sprawie *Van Der Musselle p. Belgii* (skarga nr 8919/80).

## Summary

*Robert Krzysztof Tabaszewski*

### **THE INSTITUTION OF CLIENTELE IN THE EUROPEAN LAW AND IN THE LIGHT OF STRASBOURG JUDICIAL STANDARDS**

The article deals with the institution of the clientele and its defining in domestic and European human rights law. The French concept of the clientele is now used by the European Court of Human Rights to describe complicated relations between entrepreneurs and customers. Most of the judgments concern clients of legal, medical and financial professions. In this case the Court's judgments are based on art. 1 Additional Protocol No. 1 to the European Convention of Human Rights. According to the first paragraph of Article 1 of this protocol, every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions including clientele. No one shall be deprived of his possessions including clientele except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The applicability of Article 1 of Protocol No. 1 extends to professional practices and their clientele, as these are entities of a certain worth that have in many respects the nature of a private right.

**KEY WORDS:** clientele, goodwill, businesses, company, renome, property

**POJĘCIA KLUCZOWE:** klientela, dobra wiara, przedsiębiorstwo, działalność gospodarcza, renoma, własność

## PROGRAMY KOMPUTEROWE JAKO PRZEDMIOT OCHRONY

Pojęcie utworu podlegało daleko idącej ewolucji od zarania prawnej regulacji ochrony twórczości w początkach XIII w. aż do czasów współczesnych, poczynając od dzieł literackich wydawanych drukiem w formie książek<sup>1</sup>, do specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego. Można śmiało postawić tezę, że niewielu efektem pracy umysłowej człowieka nie przypisano jeszcze statusu utworu, przedmiotu prawa autorskiego, czy to w doktrynie, orzecznictwie, czy choćby w deklaracjach zainteresowanych osób<sup>2</sup>.

Z zagadnieniem sposobu wyrażenia łączy się kwestia formy wyrażenia utworu<sup>3</sup>. Nie ma ona większego znaczenia w przypadku utworów utrwalonych w tzw. formie płaskiej (np. na papierze, nośniku elektronicznym). Jednak w przypadku utworów przestrzennych forma wyrażenia staje się znacząca. Forma wyrażenia utworu w przypadku utworów przestrzennych, trójwymiarowych, architektonicznych<sup>4</sup>,

niektórych plastycznych, czy we wzornictwie przemysłowym lub w przypadku właśnie programów komputerowych, często ma znaczenie decydujące. Ustawodawca zamieszcza termin „forma wyrażenia” utworu w art. 1 ust. 2(1) ustawy Prawo autorskie i prawa pokrewne<sup>5</sup> (dalej: p.a.p.p.), stanowiąc, że ochroną „może być objęty wyłącznie sposób wyrażenia utworu”, oraz w art. 74 ust. 2 p.a.p.p., gdzie zapisano w odniesieniu do programu komputerowego, że ochroną objęte są „wszystkie formy jego wyrażenia”.

### REŻIM USTAWY PRAWO AUTORSKIE I PRAWA POKREWNE

Artykuł 1 ust. 2 pkt 1 p.a.p.p. zawiera wyliczenie wielu rodzajów utworów: utwory literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe<sup>6</sup>. Wszyst-

<sup>1</sup> Tak przedmiot ochrony określał pierwszy historycznie akt normujący prawo autorskie – Statut Królowej Anny z 1710 r.

<sup>2</sup> E. Ferenc-Szydełko, *Wybrane problemy ochrony prawnej dzieł haute couture*, ZNUJ PZWiOWI 2011, s. 1.

<sup>3</sup> 16 czerwca 2006 r. holenderski Sąd Najwyższy (*Hoge Raad*) w swoim precedensowym orzeczeniu przyznał perfumom ochronę autorskoprawną. Nie było to pierwsze orzeczenie w Europie dopuszczające taką możliwość, ale z uwagi na konsekwencje wiążące się z przyjęciem ze strony Sądu Najwyższego takiej tezy wzbudziło zainteresowanie i dyskusję co najmniej w kilku krajach. Było ono tym bardziej nurtujące, że zaledwie kilka dni wcześniej Francuski Sąd Kasacyjny (*Cour de Cassation*) wydał orzeczenie zdecydowanie odrzucające taką możliwość. W niniejszym artykule autor przedstawia pokrótce te orzeczenia oraz podejmuje próbę ich podsumowania. Przed wydaniem tego precedensowego orzeczenia przemysł perfumierski chronił swoje interesy poprzez stosowanie tajemnic handlowych, patentowanie formuł chemicznych, rejestrowanie znaków towarowych i wzorów przemysłowych oraz korzystanie z ochrony, jaką umożliwiają instytucje prawa nieuczciwej konkurencji. Jednak te środki chroniły perfumy tylko w zakresie obejmującym ich nazwy, opakowania, wzory buteleczek i chemiczne formuły. Oznacza to, że ochrona perfum, a właściwie ich najistotniejszego elementu – zapachu – była bardzo ograniczona.

<sup>4</sup> Utwory architektoniczne i architektoniczno-urbanistyczne mogą być wyrażone – „ucieleśnione” – w kilku postaciach: rysunkach, planach, makietach oraz w realizacjach, czyli wzniesionych budowlach, tak m.in.: J. Barta, R. Markiewicz, (w:) *Prawo autorskie. System Prawa Prywatnego. Tom 13*, Warszawa 2010, s. 276.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz.U. z 1994 r. nr 24, poz. 83 ze zm.

<sup>6</sup> Utwory te są wytworami intelektu, ich wyjątkowy charakter tworzą cechy dające się percypować zmysłem wzroku lub słuchu. Pojawia się coraz więcej teorii, by zaangażować także inne zmysły do postrzegania utworów, np. zmysł węchu.

kie te rodzaje utworów łączy wspólna cecha – podstawową formą ich wyrażenia jest zapis na papierze lub nośniku elektronicznym.

Ramy prawne ochrony programów komputerowych wyznacza w Polsce p.a.p.p., która w zakresie ochrony programów wzorowana jest na dyrektywie Rady EWG z 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych<sup>7</sup>. Wskazana dyrektywa była podstawą do opracowania Rozdziału 7 p.a.p.p., który stanowi niemalże wierne jej tłumaczenie.

W maju 2009 r. opublikowano nową dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych<sup>8</sup> (dalej: dyrektywa 2009/24/WE). Wymienione wyżej dyrektywy, a w konsekwencji unormowania polskie, nie zawierają definicji programu komputerowego. Dyrektywa wprowadzała ochronę programów komputerowych w taki sposób, jak dzieł literackich w rozumieniu Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych z 1886 r.

Artykuł 74 ust. 1 p.a.p.p. również zawiera

deklarację, że programy komputerowe podlegają ochronie takiej, jak<sup>9</sup> utwory literackie<sup>10</sup>. Faktycznie jednak regulacja dotycząca programów daleko odbiega od tej, która znajduje zastosowanie w odniesieniu do utworów literackich. Programy komputerowe są też wprost wymienione w art. 1 ust. 2 pkt. 1 p.a.p.p., jako przedmiot prawa autorskiego<sup>11</sup>. Po to, aby program komputerowy uzyskał status „utworu”, tj. dobra zasługującego na prawnoprawną ochronę, niezbędne jest stwierdzenie, że „stanowi on przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze”. Należy przy tym stosować takie same kryteria jak przy dokonywanej w podobnym celu ocenie dzieł literackich.

Obowiązujące w Polsce prawo nie definiuje szeregu pojęć z zakresu informatyki, w tym m.in. pojęcia „program komputerowy”<sup>12</sup>.

Komisja Wspólnot Europejskich wskazała również, że na obecnym etapie rozwoju techniki pod pojęciem programu należy rozumieć wyrażenie, w jakiegokolwiek formie, w jakimkolwiek języku, w formie jakiegokolwiek zapisu lub kodu, zbioru instrukcji mających na

<sup>7</sup> Dyrektywa Rady EWG z 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz. Urz. UE L 122 z 17 maja 1991 r., s. 42).

<sup>8</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz. Urz. UE L 111 z 5 maja 2009 r., s. 16). Dyrektywa ta nie wносиła żadnych zmian merytorycznych. Jej publikacja podyktowana była „zapewnieniem jasności i zrozumiałości dyrektywy”.

<sup>9</sup> Istotne jest przy tym zwrócenie uwagi na fakt, że utwory te chronione są „jak” utwory literackie, a nie „jako” utwory literackie. Wskazuje to wyraźnie, że programy komputerowe nie stanowią rodzaju utworu literackiego o szczególnym charakterze, lecz są utworami jakościowo odmiennymi. Warto podkreślić, że utwory literackie chronione są na zasadach ogólnych, podobnie jak inne rodzaje utworów, które nie są wymienione wprost w p.a.p.p.

<sup>10</sup> O ile na gruncie ustawy Prawo autorskie i prawa pokrewne z 1952 r. uznanie programów komputerowych za przedmiot prawa autorskiego miało charakter kontrowersyjny, o tyle w świetle jednoznacznych przepisów obecnie obowiązującego p.a.p.p. z 1994 r. nie budzi żadnych zastrzeżeń stwierdzenie, że program taki stanowi objęty ochroną utworów, o ile tylko spełnia ogólne przesłanki podane w art. 1 p.a.p.p.

<sup>11</sup> Program komputerowy podlega ochronie niezależnie od formy wyrażenia, a więc m.in. w postaci programu źródłowego, programu maszynowego, programu wpisanego do pamięci stałej komputera itd.; podlega on ochronie również wówczas, gdy jest utrwalony w odrębnie sporządzonych notatkach, w dokumentacji projektowej, wytwórczej, użytkowej. Tak jak każdy inny utwór, również program komputerowy nie musi mieć postaci ukończonej po to, aby korzystać z prawnoprawnej ochrony.

<sup>12</sup> Wyrok NSA (w składzie 7 sędziów) z 24 listopada 2003 r., FSA 2/03 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/E2D1790C48,4.05.2016, godz. 23.00>), który stwierdził, że polskie prawo nie definiuje pojęcia „program komputerowy” również w p.a.p.p. Definicji „programu komputerowego” nie zawiera także dyrektywa nr 91/250/EEC Rady Ministrów z 14 maja 1991 r. o ochronie programów komputerowych (Oj. No L 122 z 17 maja 1991 r.), gdyż uznano, że definicja przedmiotu ochrony nie jest w tym dokumencie konieczna, a jej zamieszczenie byłoby niewłaściwe ze względu na szybki postęp technologii.

celu umożliwienie komputerowi wypełnienia szczególnego zadania<sup>13</sup>.

Przejaw działalności twórczej, czyli każdy uzewnętrzniiony rezultat działania o charakterze kreatywnym, spełniać będzie przesłankę ochrony już wtedy, gdy rezultat ten będzie stanowił w subiektywnym odczuciu twórcy nowy wytwór intelektu. Nie jest to jednak wystarczające dla przyznania ochrony, konieczne jest bowiem także, aby wytwór ten miał indywidualny charakter. Interpretacja tej przesłanki pozostaje kwestią otwartą. J. Barta i R. Markiewicz wskazują<sup>14</sup>, że możliwe jest stosowanie różnych „mierników indywidualności”, a także poprzestanie na zbadaniu, czy dany utwór był zdeterminowany przez opisywany przedmiot czy też założony cel.

W doktrynie podnosi się, że można mówić o podobieństwie oprogramowania komputerowego do dzieła naukowego<sup>15</sup>. Rzeczywiście w obu sytuacjach niejako na drugi plan, z perspektywy prawa autorskiego, schodzi zawartość informacyjna dzieła, mająca jednak szczególnie istotne znaczenie dla odbiorców utworów. Niemniej jednak, zważywszy na specyfikę tego rodzaju wytworów pracy intelektualnej człowieka, niezbędne pozostawało wprowadzenie odrębnych regulacji prawnych poświęconych oprogramowaniu komputerowemu.

W przypadku chronionego programu komputerowego korzystanie z niego w zakresie autorskiego prawa majątkowego do programu

komputerowego wymaga zezwolenia uprawnionego, licencjodawcy, nabywcy autorskich praw majątkowych, jeśli nie następuje w ramach dozwolonego użytku. Konstrukcja wyłączenia prawa odnosi się jedynie do egzemplarzy programu komputerowego i jedynie do obrotu tymi egzemplarzami.

Komentowany przepis nie różnicuje ochrony przyznawanej oprogramowaniu komputerowemu w zależności od tego, czy mamy do czynienia z systemem operacyjnym, czy też aplikacją użytkową. Bez wątpliwości szczególny rodzaj oprogramowania komputerowego to systemy operacyjne. Ich zadaniem jest stworzenie środowiska, w którym funkcjonować będzie sprzęt komputerowy i inne aplikacje. Specyfika systemu operacyjnego polega na tym, że stanowi on swoistą podbudowę, fundament dla działania innych programów. W tym sensie system operacyjny faktycznie definiuje język, który pozwala programistom na pracę na wyższych stopniach abstrakcji<sup>16</sup>.

Podobnie jak w przypadku innych kategorii utworów, przepisy prawa autorskiego premiują jedynie formę wyrażenia programu komputerowego, a nie idee i zasady, które stanowią swego rodzaju fundament.

Dodatkowo zauważyć należy, że wiele wątpliwości praktycznych budzi objęcie ochroną prawnoautorską samej struktury wewnętrznej programu komputerowego<sup>17</sup>. W przypad-

<sup>13</sup> Por. Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-393/09 i powołane tam przepisy dotyczące projektu dyrektywy. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A62010CC0406>, 8.11.2017, godz. 21.00.

<sup>14</sup> J. Barta, R. Markiewicz, (w:) *Prawo autorskie. System Prawa Prywatnego*, s. 68.

<sup>15</sup> Ł. Maško, P. Żerański, „Normalne korzystanie” z programów komputerowych przy świadczeniu usług finansowych i medialnych z użyciem systemów teleinformatycznych na tle europejskiej prawa polskiego, ZNUJ 2010, z. 1, s. 39.

<sup>16</sup> D. Karjala, *The limitations on the Protection of program works under Japanese copyright law*, 8 Mich YBL Legal Stud 25, s. 22.

<sup>17</sup> W sprawie *Digital Communications Assocs przeciwko Softklone Distributing Corp.* przedmiotem orzekania było podobieństwo ekranów głównych programu, które obrazowały status programu. Ekran wyświetlał zestawienia komend, których dwie litery były podkreślone i powiększone. Wpisanie tych dwóch liter uruchamiało przypisaną im funkcję programu. Sąd uznał, że zestawienie poszczególnych komend, a także sposób oznaczenia liter, które należało wpisać w celu ich uruchomienia, miały twórczy charakter i wykraczały poza idee programu. Sąd odrzucił jednocześnie argumenty pozwanego dotyczące potrzeby standaryzacji programów. <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/659/449/1957220/>, 3.05.2016, godz. 20.00.

Podobnie w sprawie *Nova Productions przeciwko Mazooma Games* przyjęto, że uzyskanie podobnych efektów przy użyciu zupełnie innego kodu nie może stanowić naruszenia praw do programu. <http://www.musiclawupdates.com/?p=3075>, 8.11.2017, godz. 20.30.

ku konkretnego sporu niezbędne jest sięganie przede wszystkim po wiedzę związaną z zastosowanym językiem programowania, w celu określenia zakresu swobody, jaki wylania się przed programistą. Generalne oceny dotyczące zakwalifikowania ogólnie struktury wewnętrznej programu komputerowego jako przedmiotu ochrony prawa autorskiego będą bowiem nieprzydatne z praktycznego punktu widzenia. Istotne jest przy tym to, że stworzenie programu komputerowego, po poznaniu jego struktury, zawartych w nim sekwencji oraz wewnętrznej organizacji, wymaga i tak napisania kodu źródłowego, który nie jest zbieżny z wykorzystanym w analizowanej aplikacji, i wymaga poddania następnie stosownym testom<sup>18</sup>.

Ocena, czy program komputerowy stanowi przedmiot ochrony prawa autorskiego, odbywa się na zasadach ogólnych wyrażonych w p.a.p.p. Wyraźnie podkreśla to art. 1 ust. 2 dyrektywy 2009/24/WE, zakładający, że program komputerowy podlega ochronie, jeżeli jest oryginalny w takim rozumieniu, że jest własną intelektualną twórczością jego autora. Żadnych innych kryteriów nie stosuje się przy dokonywaniu jego kwalifikacji do ochrony.

W przypadku oprogramowania komputerowego kreatywność jest powiązana z wyborem i odrzucaniem elementów dokonywanym na etapie programowania, podyktowanym względami powiązanimi z osobowością twórcy<sup>19</sup>.

Jednak przesłanka kreatywności, jak już

autor wskazał wcześniej, nie jest wystarczająca do przyznania ochrony. Z uwagi na otwarte pojęcie przesłanki indywidualności w prawie polskim nic nie stoi na przeszkodzie, aby wypracowane w innych jurysdykcjach zasady zastosować także na gruncie prawa polskiego.

## GRA KOMPUTEROWA JAKO PROGRAM KOMPUTEROWY

Często spotykanym przez przeciętnego użytkownika oprogramowaniem komputerowym, są gry komputerowe<sup>20</sup>. Gry komputerowe kwalifikowane<sup>21</sup> są jako programy komputerowe albo w ramach tzw. utworów multimedialnych<sup>22</sup>. Kwalifikacja gry komputerowej<sup>23</sup> jako utworu multimedialnego ma charakter wybitnie zbiorczy, w którym znajdują się zarówno encyklopedie, jak i skomplikowane gry komputerowe, wymagające dla swego działania dedykowanych urządzeń. Wskazuje się, że reżim ochrony dla utworów multimedialnych winien być kształtowany *casum ad casum*<sup>24</sup>.

Przepisy dotyczące programów komputerowych nie są zdolne do objęcia ochroną wszystkich elementów gry komputerowej jako całości. Jednak nie ulega wątpliwości, że w świetle budowy gry komputerowej może ona zostać uznana za program komputerowy. Jednocześnie należy podkreślić, że w grach komputerowych możliwości kształtowania przebiegu akcji zdają

<sup>18</sup> D. Karjala, *Copyright Protection of Computer Documents, Reverse Engineering, and Professor Miller*, Dayton L. Rev. 1994, s. 535.

<sup>19</sup> E. Derclaye, *Software copyright protection: can Europe learn from American case law. Parts 1 and 2*, „European Intellectual Property Review”, 22 (1, 2), ISSN 0142-0461, s. 15.

<sup>20</sup> Podstawą tworzenia gry komputerowej, tak samo jak oprogramowania komputerowego, jest jej programowanie. Poza programistami udział w tworzeniu gier mają często projektanci (rzadziej reżyserzy), kompozytorzy, scenarzyści, artyści i inne osoby.

<sup>21</sup> Odpowiedź na pytanie o charakter prawny gier komputerowych wymaga rozważenia ich struktury i roli poszczególnych elementów, ale także sposobu ich powstania i udziału konkretnych twórców.

<sup>22</sup> Tak J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2010, s. 301; D. Flisak, *Utwór multimedialny w prawie autorskim*, Warszawa 2008, s. 95.

<sup>23</sup> Każda gra komputerowa jest bez wątpienia rezultatem pracy człowieka. Ponadto rezultat działania twórców gier posiada przymiot oryginalności. Kwestia indywidualnego charakteru rozstrzygana powinna być – podobnie jak w przypadku innych utworów – w oparciu o kryteria wypracowane przez doktrynę i orzecznictwo.

<sup>24</sup> J. Barta, R. Markiewicz, (w:) *Prawo autorskie. System Prawa Prywatnego*, s. 883; P. Ślęzak, *Dzielo multimedialne w świetle polskiego prawa autorskiego*, ZNUJ 2003, z. 83, s. 22. Autorzy nie wykluczają także kwalifikacji kumulatywnej.



się być najszerze spośród wszystkich utworów opartych na technice wizualnej prezentacji.

W większości orzeczeń dotyczących gier komputerowych przyjmuje się, że wpływ na kolejność wyświetlanych obrazów nie zmienia faktu, że utwór ma audiowizualny charakter<sup>25</sup>.

Wszelkie pojawiające się wątpliwości dotyczące statusu gier komputerowych, prawa własności twórcy, określenia samego twórcy, wynikają z faktu, że obecny stopień skomplikowania gier komputerowych oraz proces ich powstawania znacząco zbliżył je charakterem do utworów audiowizualnych, a nawet filmowych. Po raz kolejny należy podkreślić, że niezwykle ważnym czynnikiem jest rozwój technologii.

Tytuły takich gier, tak jak i innych utworów w rozumieniu przepisów prawa, jeśli spełniają przesłanki wskazane w p.a.p.p., są utworami samymi w sobie, charakteryzującymi się często dużą wartością materialną.

## PRAKTYKA STANÓW ZJEDNOCZONYCH

Największym doświadczeniem w odniesieniu do gier charakteryzuje się orzecznictwo amerykańskie<sup>26</sup>. Pierwsze sprawy dotyczyły

głównie prawa patentowego, z uwagi na fakt, że pierwsze gry wbudowane były w ogromne urządzenia i nie były przedmiotem samodzielnej obrotu. Jednak mimo wielu zmian oraz coraz częstszego odnoszenia się do prawa autorskiego w zakresie gier do dziś nie ma jednolitej linii orzeczniczej.

Z powodu problemów z uzyskaniem patentu prawo autorskie stało się w szybkim czasie głównym środkiem ochrony programów komputerowych, a w konsekwencji także gier, w Stanach Zjednoczonych.

Ustawodawstwa światowe nie wymieniają wśród utworów chronionych prawem autorskim gier komputerowych *expressis verbis*. W Stanach Zjednoczonych programy komputerowe uważane są z reguły za twory literackie i w takiej też formie podlegają one rejestracji. Obecnie rejestracja nie jest już warunkiem przyznania ochrony, lecz jest konieczna w przypadku dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniem praw autorskich<sup>27</sup>.

*Copyright Office* zapewnia szereg formularzy, które odpowiadają poszczególnym rodzajom utworów<sup>28</sup>. Problematyczny stał się zatem dla twórców gier komputerowych wybór stosownego formularza<sup>29</sup> w przypadku rejestracji praw do gry komputerowej<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Por. Oberlandesgericht Hamburg, GRUR 1990, 127, 128 w sprawie *Super Mario III*; Oberlandesgericht Bayern, GRUR 1992, 508, 509; Oberlandesgericht Köln, GRUR 1992, 312, 313 w sprawie *Amiga-Club*.

<sup>26</sup> Jednak w odniesieniu do klasyfikacji programów komputerowych oba systemy – europejski i amerykański – nie różnią się od siebie, uznając programy komputerowe za twory wyrażone słowem i chronione jak twory literackie. W obu systemach wyraźnie chronione są wszystkie postaci kodu. W obu regulacjach do czynienia mamy właściwie z tymi samymi wyłączeniami spod ochrony, które dotyczą koncepcji i zasad działania programu. W dyrektywie tylko forma wyrażenia programu komputerowego podlega ochronie, podczas gdy koncepcje i zasady, na których opierają się wszystkie elementy programu, włącznie z tymi, na których opierają się jego „interfejsy”, nie podlegają ochronie. W prawie amerykańskim kwestię elementów niepodlegających ochronie reguluje § 102(b), który stanowi, że ochronie nie podlegają *ideas, procedures, processes, systems, methods of operation, concepts, principles or discoveries, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work*. Jest to ogólna regulacja, która odnosi się do wszelkich rodzajów utworów. Nie zmienia to jednak faktu, że w odniesieniu do programów komputerowych powoduje identyczne skutki jak regulacja europejska.

<sup>27</sup> A. Saunders Lipson, R. D. Brain, *Computer and video game law. Cases, statutes, forms, problems & materials*, Durham 2009, s. 209.

<sup>28</sup> Tamże.

<sup>29</sup> Możliwe są bowiem dwie opcje, a mianowicie rejestracja na formularzu TX, który właściwy jest dla utworów literackich, bądź na formularzu PA, który stosowany jest do rejestracji utworów audiowizualnych.

<sup>30</sup> Przykładem może być *Williams Electronics, Inc.*, które złożyło trzy odrębne formularze podczas rejestracji praw do gry *Defender*. Jeden w wersji TX dla ochrony programu komputerowego oraz dwa w wersji PA dotyczące prezentacji audiowizualnych.

Prawnoautorska ochrona dotycząca prezentacji ekranowych, włączając w to gry wideo, jest kwestią prawną będącą przedmiotem rozstrzygnięć sądowych już pewien czas. Sądy różniły się w opiniach, czy prezentacje ekranowe mogą być rejestrowane oddzielnie. *Copyright Office* nieustannie uważało, że pojedyncza rejestracja<sup>31</sup> jest wystarczająca dla ochrony programu komputerowego i związanych z nim prezentacji ekranowych, nie wyłączając gier wideo, bez potrzeby oddzielnej ich rejestracji albo konkretnego do nich odniesienia w treści wniosku o rejestrację programu komputerowego. Wniosek może w rubryce *nature of autorship* zawierać generalny opis, taki jak „cały utwór” albo „program komputerowy”. Taki opis obejmuje swoim zakresem każdy rodzaj twórczości zawartej w programie komputerowym i prezentacjach ekranowych, bez względu na to, czy zdeponowane zostały materiały identyfikujące prezentacje ekranowe. Nie stoi to na przeszkodzie zawarciu wyraźnego żądania zapewnienia ochrony prezentacjom ekranowym w treści wniosku. W takim jednak wypadku dołączone

powinny zostać materiały identyfikujące te prezentacje<sup>32</sup>.

Pozostawienie możliwości wyboru formularza rejestracji nie zmienia jednak zasadniczo stanowiska *Copyright Office*, które w każdym przypadku traktuje grę komputerową jako jeden utwór, chroniony w każdym aspekcie, zarówno wizualnym, jak i programistycznym, niezależnie od zastosowanego formularza<sup>33</sup>.

Jedną z pierwszych spraw dotyczących możliwości objęcia gry komputerowej, w postaci, w jakiej pojawia się ona na ekranie monitora, ochroną prawa autorskiego była sprawa *Stern Electronics, Inc. przeciwko Kaufman*<sup>34</sup> rozstrzygnięta w pierwszej połowie lat 80. XX w. Dotyczyła ona gry *Scramble*, która rozpowszechniona była w postaci tzw. *arcade game*, czyli maszyny z wbudowaną grą wideo, uruchamianej za pomocą wrzucanych do niej monet. W 1981 r. wydany został przez *Copyright Office* certyfikat rejestracji, dla potrzeb którego złożone zostały kasyety wideo zawierające nagrania gry *Scramble* w trybie *attract mode* i *play mode*. Co ciekawe – rejestrująca grę firma Konami Industry Co.<sup>35</sup> zaniechała

<sup>31</sup> Polityka „jednego formularza” jest rozwiązaniem praktycznym i generalnie uznawanym przez sądy. Przykładem może tu być sprawa *Manufacturers Technologies Inc. przeciwko Cams Inc.*, w której stwierdzono, że pojedyncza rejestracja jest wystarczająca dla objęcia ochroną zarówno kodu programu, jak i prezentacji ekranowych, czy też interfejsu użytkownika tego programu, w zakresie, w jakim mogą być chronione przez prawo autorskie. Takie podejście tworzy fikcję prawną dwóch oddzielnych rejestracji, gdyż oczywiście jest, że dla celów prawa autorskiego program komputerowy i prezentacje ekranowe są fundamentalnie różne. <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/706/984/1589377/>, 9.11.2017, godz. 21.00.

Jednakże w innej sprawie, *Digital Communications Assocs Inc. przeciwko Softklone Distrib. Corp.*, sąd stwierdził, że ochrona prawem autorskim przyznawana programom komputerowym nie rozciąga się na prezentacje ekranowe generowane przez ten program. W sprawie tej sąd, opierając się na wcześniejszych sprawach, stwierdził, że prezentacje audiowizualne gry komputerowej podlegają w ramach prawa autorskiego oddzielnej ochronie. Sąd, po rozważeniu argumentów za jednolitą ochroną i przeciw jednolitej ochronie, stwierdził, że prezentacje ekranowe powinny podlegać oddzielnej rejestracji i ochronie, gdyż nie są to „kopie” ani „reprodukcje” warstwy tekstowej programu komputerowego. W omawianej sprawie sąd poszedł nawet o krok dalej, stwierdzając, że jeśli można uzyskać takie same prezentacje ekranowe przy użyciu różnego kodu, to nie można mówić o naruszeniu praw do programu komputerowego, jeśli nie ma dowodu na skopiowanie kodu źródłowego, wynikowego, sekwencji, organizacji lub struktury programu. <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/659/449/1957220/>, 9.11.2017, godz. 20.00.

Powyższe potwierdza tylko, jak trudno wypracować jednolitą linię orzecznictwa.

<sup>32</sup> Copyright Registration for Computer Programs, U.S. Copyright Office Circular 61 (December 2004), [www.copyright.gov/circs/circ61.pdf](http://www.copyright.gov/circs/circ61.pdf), 10.11.2017, godz. 23.30.

<sup>33</sup> W 2015 r. amerykański urząd patentowy odmówił jednej z wiodących firm rejestracji nazwy gry komputerowej. Planowana produkcja nie uzyskała praw do tytułu, gdyż inna gra, tyle że planszowa, ma już taki tytuł.

<sup>34</sup> <http://openjurist.org/669/f2d/852/stern-electronics-inc-v-kaufman>, 10.11.2017, godz. 22.00.

<sup>35</sup> W 1981 r. Stern Electronics nabył wyłączną licencję od japońskiego producenta gier do dystrybucji gry *Scramble* na terenie USA.

zgłoszenia kodu programu komputerowego, a w to miejsce dokonała rejestracji gry jako utworu audiowizualnego. Było to podstawą do podniesienia przez stronę pozwaną zarzutów, że utwór audiowizualny w postaci gry nie jest ani utrwalony, ani też oryginalny w rozumieniu § 102(a) *Copyright Act*. Oba zarzuty wynikały z faktu, że sekwencja obrazów pojawiających się na ekranie podczas każdej gry będzie inna, zależnie od tego, jakie działania podejmie gracz podczas danej rozgrywki. Gdyby na wyświetlane prezentacje audiowizualne gracz nie miał żadnego wpływu, nie byłoby wątpliwości, że są one zdadne do objęcia ochroną prawa autorskiego, gdyż spełnione są przesłanki statuujące utwór audiowizualny w rozumieniu § 101 *Copyright Act*, a także uznać można, że pamięć wewnętrzna, na jakiej zapisana była gra, stanowi jej kopię. Mimo że kolejność obrazów może być inna, a dźwięki odtwarzane w różnym czasie, to sekwencję obrazów uznać należy za utrwaloną i możliwą do wielokrotnego odtworzenia, a przez to zdolną do objęcia ochroną przyznaną utworom audiowizualnym<sup>36</sup>.

Sąd uznał, że powtarzające się sekwencje obrazów i dźwięku, które pojawiają się na ekranie gry, stanowią utwór audiowizualny w rozumieniu *Copyright Act*<sup>37</sup>.

Podsumowując dotychczasowe orzecznictwo, należy przyjąć, że sąd amerykański uznał, iż powtarzające się sekwencje obrazów i dźwięku, które pojawiają się na ekranie gry,

stanowią utwór audiowizualny w rozumieniu US *Copyright Act*<sup>38</sup>.

## REGULACJE EUROPEJSKIE

Przy porównywaniu stanowiska judykatury europejskiej z amerykańską trudności sprawia porównanie przesłanek oryginalności utworu. Regulacja europejska stanowi wyraźnie, że program komputerowy podlega ochronie, jeżeli jest oryginalny w takim rozumieniu, że jest własną intelektualną twórczością jego autora. Stosowanie wszelkich innych kryteriów oryginalności zostało wyraźnie w dyrektywie 2009/24/WE wyłączone. W regulacji amerykańskiej brak jest definicji oryginalności. Sądy wskazują, że warunek oryginalności<sup>39</sup> jest wymogiem minimalnym. Przyjmuje się, że utwór jest oryginalny, jeśli zawiera w sobie chociaż minimalny ładunek kreatywności. Przejaw działalności twórczej, czyli każdy uzewnętrzniony rezultat działania o charakterze kreatywnym, spełniać będzie przesłankę ochrony już wtedy, gdy rezultat ten będzie stanowił w subiektywnym odczuciu twórcy nowy wytwór intelektu. Dodatkowo, zgodnie z amerykańskim orzecznictwem, program komputerowy, by mógł korzystać z ochrony wynikającej z prawa autorskiego, powinien być utrwalony na fizycznym środku wyrazu (*tangible medium of expression*).

<sup>36</sup> Pozwany w apelacji podniósł, że utwór w postaci gry wyświetlanej na ekranie stanowi za każdym razem nowy utwór, właśnie z powodu udziału gracza w jego „tworzeniu”. Miał to być dowód na to, że zdeponowana w procesie rejestracji kaseta wideo z nagraniem przebiegami gry pozwalała na objęcie ochroną tylko tego jednego, utrwalonego na niej przebiegu. Argument ten został jednak odrzucony z tych samych powodów, które były uzasadnieniem dla objęcia gry ochroną przyznaną utworom audiowizualnym. Poza tym pozwany starał się dowieść, że prezentacje ekranowe w postaci wyświetlanej gry w ogóle nie spełniają przesłanki oryginalności, gdyż zdeterminowane są przez program komputerowy, który je generuje. Sąd słusznie odrzucił tę linię argumentacji, przyznając, że oba utwory mają niezależną zdolność do objęcia ochroną, choć oba utrwalone są na tym samym nośniku.

<sup>37</sup> Podobne stanowisko zajął sąd w sprawie *M. Kramer Mfg. Co. przeciwko Andrews*, rozważając prezentacje ekranowe gry w pokera. Sąd stwierdził, że „kształt i charakterystyka kart” oraz „kształty, rozmiary, kolory i dźwięki gry” stanowią chroniony prawem autorskim utwór audiowizualny. <http://openjurist.org/783/t2d/421/kramer-manufacturing-co-inc-v-andrews>, 3.05.2016, godz. 22.30.

<sup>38</sup> <http://www.copyright.gov/title17/>, 10.11.2017, godz. 20.00.

<sup>39</sup> Odróżnia się oryginalność od twórczości (*creativity*), czemu orzecznictwo dało wyraz w wyroku dotyczącym sprawy *Apple Computer, Inc. przeciwko Franklin Computer Corp.*, stwierdzając, że oryginalne dzieło nie musi być dziełem genialnym. Tak: 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983); 464 U. S. 1033 (1984).

## Summary

*Anna Stasiak-Apelska*

### COMPUTER PROGRAMS AS A SUBJECT OF PROTECTION

The concept of the work was subject to far-reaching evolution since the beginning of the legal regulation of the protection of creativity in the early 13<sup>th</sup> century up to the present day. Unfortunately, the law can hardly keep up with the development of IT and telecommunication. In Poland, the legal framework for the protection of computer programs are Law on Copyright and Related Rights, which was modeled on Directive 91/250/ECC on the legal protection of computer programs, now replaced by Directive 2009/24 /EC of the European Parliament and of the Council of April 23, 2009 on the legal protection of computer programs.

Frequent computer software are computer games. The majority of cases in the field of computer games are in an American jurisprudence. State courts recognize that repetitive sequences of images and sounds that appear on the game screen are audiovisual works within the meaning of the Copyright Act. In addition, according to US jurisprudence, a computer program to benefit from copyright protection should be fixed on tangible medium of expression.

**KEY WORDS:** the originality of the work, computer programs, legal protection of computer games, Directive 2009/24/EC, US Copyright Act, American jurisprudence

**POJĘCIA KLUCZOWE:** oryginalność utworu, programy komputerowe, ochrona prawna gry komputerowej, dyrektywa 2009/24/WE, *US Copyright Act*, orzecznictwo amerykańskie

## POSTĘPOWANIE RESTRUKTURYZACYJNE A ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA CZŁONKÓW ZARZĄDU SPÓŁEK I LIKWIDATORÓW ZA NIEZŁOŻENIE WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI W TERMINIE

Przepisy ustawy Prawo upadłościowe<sup>1</sup> nakładają na określone podmioty obowiązek wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości w przypadku wystąpienia stanu niewypłacalności. Niewystąpienie z takim wnioskiem – poza odpowiedzialnością odszkodowawczą oraz możliwością orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej – może prowadzić do odpowiedzialności karnej. Tymczasem zgodnie z obowiązującymi od 1 stycznia 2016 r. przepisami ustawy Prawo restrukturyzacyjne<sup>2</sup> niewypłacalność umożliwia dłużnikowi złożenie wniosku restrukturyzacyjnego. Niewypłacalność stanowi zatem zarówno przesłankę wszczęcia postępowania upadłościowego, jak również postępowania restrukturyzacyjnego. Istnieje zależność pomiędzy potencjalną odpowiedzialnością odszkodowawczą i możliwością orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej a postępowaniem restrukturyzacyjnym. Powstaje natomiast pytanie, czy w obecnym stanie prawnym możliwe jest wyłączenie odpowiedzialności karnej z tytułu niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie w związku ze złożeniem wniosku restrukturyzacyjnego, skoro podstawą obu wniosków jest niewypłacalność.

### NIEWYPŁACALNOŚĆ JAKO PRZESŁANKA UPADŁOŚCI I RESTRUKTURYZACJI

Zgodnie z art. 10 p.u. przesłanką ogłoszenia upadłości jest powstanie u dłużnika stanu niewypłacalności, natomiast w myśl art. 6 ust. 1 p.r. postępowanie restrukturyzacyjne może być prowadzone w stosunku do dłużnika niewypłacalnego lub zagrożonego niewypłacalnością. Stan niewypłacalności stanowi zatem przesłankę wszczęcia zarówno postępowania upadłościowego, jak również postępowania restrukturyzacyjnego. Pojęcie niewypłacalności należy rozumieć utożsamiając na potrzeby obu postępowań, o czym wprost stanowi art. 6 ust. 2 p.r. Przepisy Prawa upadłościowego szeroko opisują, kiedy zachodzi stan niewypłacalności, odwołując się do dwóch przesłanek – przesłanki płynnościowej, która odnosi się do wszystkich dłużników, oraz przesłanki nadmiernego zadłużenia, mającej zastosowanie wyłącznie do określonych podmiotów. Pierwsza z przesłanek sprowadza się do utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Ustawa zawiera domniemanie, że dłużnik utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące (art. 11

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 2171) – dalej: p.u. Do 31 grudnia 2015 r. ustawa ta nosiła nazwę Prawo upadłościowe i naprawcze. Ustawą z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2015 r. poz. 978) zmieniono zarówno nazwę ustawy, jak również w sposób istotny zmieniła się jej treść.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2015 r. poz. 978) – dalej: p.r.

ust. 1a p.u.). Gdy opóźnienie w wykonywaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące, wierzyciel ma uprzywilejowaną pozycję i to dłużnik musi wykazać, że pomimo opóźnienia nie utracił zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych<sup>3</sup>.

Drugą z przesłanek niewypłacalności, polegającą na przewadze zobowiązań nad majątkiem, stosuje się uzupełniająco wyłącznie w odniesieniu do dłużników będących osobami prawnymi lub jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną (przesłanka zadłużeniowa). Dłużnik taki, poza sytuacją utraty zdolności płatniczej, jest również niewypłacalny, gdy jego zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące. Dodane do art. 11 p.u. ustawą Prawo restrukturyzacyjne ust. 3–5 doprecyzowują opisywaną przesłankę<sup>4</sup>. Wspomniana definicja niewypłacalności nie dotyczy spółek osobowych, w których co najmniej jednym współnikiem odpowiadającym za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem jest osoba fizyczna<sup>5</sup>. Warto wspomnieć, że sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości oparty na przesłance zadłużeniowej, jeśli nie ma zagrożenia utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania jego wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie (art. 11 ust. 6 p.u.).

### PODMIOTY ZOBOWIĄZANE DO ZŁOŻENIA WNIOSKU O UPADŁOŚĆ

Zaistnienie stanu niewypłacalności u dłużnika wiąże się z obowiązkiem określonych podmiotów wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości w terminie 30 dni od zaistnienia tego

stanu. Zasadniczo podmiotem zobowiązanym do terminowego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest dłużnik (art. 21 ust. 1 p.u.). W przypadku dłużników będących osobami prawnymi lub jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej wyposażonymi w zdolność prawną obowiązek wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości spoczywa na każdym, kto na podstawie ustawy, umowy spółki lub statutu ma *prawo* do prowadzenia spraw dłużnika i do jego reprezentowania, samodzielnie lub łącznie z innymi osobami (art. 21 ust. 2 p.u.). Osobami takimi będą więc przede wszystkim wspólnicy spółki jawnej, partnerzy, komplementariusze, członkowie zarządu spółki partnerskiej, członkowie organów zarządzających osób prawnych oraz likwidatorzy.

### ODPOWIEDZIALNOŚĆ CYWILNA Z TYTUŁU NIEZGŁOSZENIA WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI A POSTĘPOWANIE RESTRUKTURYZACYJNE

Artykuł 21 ust. 1 p.u. przewiduje obowiązek dłużnika złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie trzydziestu dni od wystąpienia podstawy do tego wniosku. Przepisy nie zawierają żadnych odstępstw od wspomnianego obowiązku, co oznacza, że dłużnik, nawet gdy chce wszcząć postępowanie restrukturyzacyjne, powinien w terminie 30 dni od powstania niewypłacalności złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości. Niezłożenie przez dłużnika (jego reprezentantów) wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie wiąże się z odpowiedzialnością cywilną. Artykuł 21 ust. 3 p.u. przewiduje odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika, a w przypadku osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości

<sup>3</sup> A. J. Witosz (red.), *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer 2017, s. 79 i n.

<sup>4</sup> Art. 11 ust. 3–5 p.u. określają, jak ustalić przesłankę nadmiernego zadłużenia, oraz zawierają w tym zakresie domniemania.

<sup>5</sup> Wyłączenie takich podmiotów związane jest z faktem, że nie dochodzi do definitywnego zakończenia bytu prawnego dłużnika rozumianego w ten sposób, że osoba fizyczna może w przyszłości spłacić zadłużenie.



prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną – osób mających na podstawie ustawy, umowy spółki lub statutu prawo do prowadzenia spraw dłużnika i jego reprezentowania, z tytułu niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie, chyba że osoby te nie ponoszą winy. Osoby te mogą uwolnić się od odpowiedzialności, w szczególności jeżeli wykażą, że w terminie 30 dni od powstania stanu niewypłacalności otwarto postępowanie restrukturyzacyjne albo zatwierdzono układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu.

Jednocześnie art. 299 k.s.h.<sup>6</sup> przewiduje solidarną odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w przypadku bezskutecznej egzekucji wobec spółki. Członek zarządu może uwolnić się od odpowiedzialności, m.in. jeżeli wykaże, że w terminie zakreślonym do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wydano postanowienie o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego albo o zatwierdzeniu układu w postępowaniu w przedmiocie zatwierdzenia układu.

Przesłanką zwolnienia odpowiednich osób z odpowiedzialności odszkodowawczej wynikającej zarówno z art. 21 ust. 3 p.u., jak również z art. 299 k.s.h., jest więc otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego lub zatwierdzenie układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu w terminie 30 dni od powstania niewypłacalności. Wniosek restrukturyzacyjny<sup>7</sup> będzie musiał zostać złożony na tyle wcześnie, by w terminie 30 dni od zaistnienia stanu niewypłacalności sąd wszczął postępowanie restrukturyzacyjne lub zatwierdził układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu<sup>8</sup>. Bez znaczenia przy tym jest, kto wystąpił z wnioskiem restrukturyzacyjnym<sup>9</sup>.

Możliwe jest zatem wyłączenie odpowiedzialności cywilnej osoby zobowiązanej do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w braku jej aktywności, np. w razie otwarcia postępowania sanacyjnego z inicjatywy wierzyciela, o ile orzeczenie sądu zostanie wydane w terminie 30 dni od powstania niewypłacalności dłużnika<sup>10</sup>.

Zgodnie z art. 393 ust. 1 pkt 1 p.u. możliwe jest orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w stosunku do osoby, która ze swojej winy, będąc do tego zobowiązana z mocy ustawy, nie złożyła w ustawowym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości. Artykuł 393 ust. 1a p.u. upoważnia sąd do oddalenia wniosku o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, jeżeli został złożony wniosek o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego lub postępowania sanacyjnego, a rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli jest nieznacznym. Wskazane przepisy wiążą więc możliwość oddalenia wniosku o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej nie z otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego, lecz ze złożeniem wniosku restrukturyzacyjnego (z wyłączeniem wniosku o zatwierdzenie układu w postępowaniu w przedmiocie zatwierdzenia układu).

### ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA Z TYTUŁU NIEZŁOŻENIA WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI A POSTĘPOWANIE RESTRUKTURYZACYJNE

Zgodnie z art. 586 k.s.h. odpowiedzialności karnej podlega osoba, która będąc członkiem

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1577) – dalej: k.s.h.

<sup>7</sup> Zgodnie z art. 7 ust. 2 p.r. wnioskiem restrukturyzacyjnym jest wniosek o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego oraz wniosek o zatwierdzenie układu przyjętego w postępowaniu o zatwierdzenie układu.

<sup>8</sup> A. Czornik, E. Tkaczuk, *Ochrona przed odpowiedzialnością z tytułu niezłożenia lub nieterminowego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w świetle nowelizacji*, „Doradca Restrukturyzacyjny” 2016, nr 2, s. 91.

<sup>9</sup> R. Adamus, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2016, s. 99.

<sup>10</sup> Zgodnie z art. 283 ust. 1 i 2 p.r. wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego w stosunku do osoby prawnej wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego może zgłosić również kurator ustanowiony na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym. Wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego w stosunku do niewypłacalnej osoby prawnej może zgłosić również jej wierzyciel osobisty.

zarządu spółki albo likwidatorem, nie zgłasza wniosku o upadłość spółki handlowej pomimo powstania warunków uzasadniających według przepisów upadłość spółki. Zakres podmiotowy ww. czynu obejmuje członków zarządu spółki i likwidatora, a zatem jest znacznie węższy niż przewidziany w ustawie Prawo upadłościowe katalog osób zobowiązanych do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Przepis ten nie obejmuje więc m.in. osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, a także reprezentantów osób prawnych niebędących spółkami. Artykułu 586 k.s.h. nie stosuje się również do innych podmiotów zobowiązanych do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w oparciu o przepisy Kodeksu spółek handlowych, a zatem wspólników spółki jawnej, partnerów, komplementariuszy. Wspólnicy spółek osobowych reprezentujący spółkę nie ponoszą zatem odpowiedzialności karnej z art. 586 k.s.h., jako że nie mieszczą się w pojęciu „członek zarządu”, niemniej jednak ich sytuacja może się zmienić w razie likwidacji spółki. W przypadku bowiem likwidacji spółki osobowej wspólnicy co do zasady stają się likwidatorami<sup>11</sup>. W odniesieniu do reprezentantów spółek osobowych odpowiedzialność z art. 586 k.s.h. może powstać więc wyłącznie w fazie postępowania likwidacyjnego<sup>12</sup>. Na marginesie należy wspomnieć, że osoby, do których nie stosuje się art. 586 k.s.h., mogą ponosić odpowiedzialność karną na podstawie innych przepisów karnych, niemniej jednak ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na szczegółowe omówienie tej materii.

Krąg osób ponoszących odpowiedzialność karną z tytułu niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie jest węższy od kręgu osób zobowiązanych do złożenia tego wniosku. Katalog osób ponoszących odpowie-

działność karną z tego tytułu nie pokrywa się z katalogiem osób ponoszących odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie, jak również z katalogiem osób, wobec których możliwe jest w związku z tym orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Ponadto zakres podmiotowy art. 586 k.s.h. nie pokrywa się z zakresem podmiotowym przepisów karnych zawartych w ustawie Prawo upadłościowe, gdzie mowa o dłużniku (upadłym) oraz osobie uprawnionej do reprezentowania dłużnika (upadłego), będącego osobą prawną lub spółką handlową niemającą osobowości prawnej<sup>13</sup>.

Niewątpliwie art. 586 k.s.h., przewidujący odpowiedzialność karną członków zarządu spółki lub likwidatorów z tytułu niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie, nie wiąże wyłączenia odpowiedzialności karnej z tego tytułu z otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego (zatwierdzeniem układu) lub złożeniem wniosku restrukturyzacyjnego. Biorąc jednak pod uwagę, że odpowiedzialność odszkodowawcza przewidziana w art. 21 ust. 3 p.u. i art. 299 k.s.h. jest wyłączona w przypadku otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego lub zatwierdzenia układu w postępowaniu w przedmiocie zatwierdzenia układu, natomiast podstawą do oddalenia wniosku o orzeczenie zakazu działalności gospodarczej jest m.in. złożenie wniosku restrukturyzacyjnego, warto zastanowić się nad powiązaniem odpowiedzialności karnej z tytułu niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie z postępowaniem restrukturyzacyjnym, zapewniając w ten sposób spójność przepisów regulujących odpowiedzialność cywilną i karną członków zarządu spółek i likwidatorów.

Przed wszystkim odpowiedzialność karna

<sup>11</sup> Zgodnie z art. 70 § 1 k.s.h. znajdującym zastosowanie do wszystkich spółek osobowych likwidatorami są wszyscy wspólnicy. Wspólnicy mogą powołać na likwidatorów tylko niektórych spośród siebie, jak również osoby spoza swego grona.

<sup>12</sup> P. Piniór, (w:) J. Strzępka (red), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2015, s. 1461.

<sup>13</sup> Krytycznie do ograniczonego zakresu zastosowania art. 586 k.s.h. odnosi się R. Zawłocki, wskazując, że możliwości ponoszenia odpowiedzialności karnej na jego podstawie są ograniczone; por. R. Zawłocki (w:) J. Bieniak i inni, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa: C. H. Beck 2015, s. 1529.

z art. 586 k.s.h. związana jest ściśle z odpowiedzialnością cywilną przewidzianą w przepisach Kodeksu spółek handlowych<sup>14</sup>. Przepis ten służy wzmocnieniu odpowiedzialności cywilnej określonej w art. 299 k.s.h. i art. 21 p.u.<sup>15</sup> Zważywszy, że odpowiedzialność cywilna osób zobowiązanych do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, w tym członków zarządu spółki i likwidatorów, jest wyłączona w razie otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego lub zatwierdzenia układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu, logiczne wydaje się zwolnienie z tego samego powodu członków zarządu i likwidatorów z odpowiedzialności karnej z art. 586 k.s.h.

Co więcej, celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie upadłości dłużnika<sup>16</sup>. Wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego postępowań restrukturyzacyjnych przyświecało założenie, że upadłość ma być ostatecznością wobec ekonomicznego fiaska restrukturyzacji<sup>17</sup>. Założeniem ustawodawcy było pierwszeństwo restrukturyzacji przed upadłością, czego potwierdzeniem jest m.in. art. 9b ust. 1 p.u., zgodnie z którym w razie zbiegu wniosku restrukturyzacyjnego i wniosku o ogłoszenie upadłości wniosek restrukturyzacyjny korzysta co do zasady z pierwszeństwa. Jednoczesne złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz wniosku restrukturyzacyjnego skutkować będzie tym, że wniosek o ogłoszenie upadłości nie zostanie rozpoznany do czasu wydania prawomocnego orzeczenia w sprawie wniosku restrukturyzacyjnego

(art. 9b ust. 2 p.u.). W razie natomiast wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego nie będzie możliwe ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy do czasu jego zakończenia lub prawomocnego umorzenia (art. 9a p.u.). W takim wypadku postępowanie w sprawie ogłoszenia upadłości powinno zostać umorzone<sup>18</sup>. Trudno zatem uzasadnić odpowiedzialność karną członków zarządu i likwidatorów z tytułu niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w sytuacji, gdy wszczęto postępowanie restrukturyzacyjne, którego celem jest uniknięcie upadłości, w szczególności że otwierając postępowanie restrukturyzacyjne, sąd pośrednio potwierdza, iż jego skutkiem nie będzie pokrzywdzenie wierzycieli<sup>19</sup>. Warto przy tym zauważyć, że zgodnie z obowiązującymi przepisami w razie wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego w terminie 30 dni od dnia powstania niewypłacalności członkowie zarządu spółki i likwidatorzy składaliby wniosek o ogłoszenie upadłości tylko w celu uwolnienia się od odpowiedzialności karnej<sup>20</sup>, a wniosek ten i tak nie mógłby zostać uwzględniony przez sąd.

*De lege lata* złożenie przez członków zarządu spółki lub likwidatora wniosku restrukturyzacyjnego zamiast wniosku o ogłoszenie upadłości paradoksalnie może być dla tych osób bardziej kłopotliwe z punktu widzenia odpowiedzialności karnej z art. 586 k.s.h. niż niezłożenie żadnego z tych wniosków. W razie złożenia wniosku restrukturyzacyjnego z powołaniem się na niewypłacalność dłużnika okoliczność ta niewątpliwie zostanie omówio-

<sup>14</sup> R. Zawłocki (w:) J. Bieniaki i inni, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, s. 1526; D. Czura-Kalinowska, (w:) Z. Jara (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2014, s. 1934.

<sup>15</sup> A. Kidyba, *Komentarz do art. 586 k.s.h.*, LEX/el. 2017.

<sup>16</sup> Zgodnie z art. 3 ust. 1 p.r. celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami, a w przypadku postępowania sanacyjnego – również przez przeprowadzenie działań sanacyjnych, przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli.

<sup>17</sup> *Uzasadnienie projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne*, s. 10, <https://www.ms.gov.pl/pl/restrukturyzacja-i-upadlosc/download,2585,5.html> (dostęp: 9.10.2017 r., godz. 14.20).

<sup>18</sup> A. J. Witosz (red.), *Prawo upadłościowe. Komentarz*, s. 73.

<sup>19</sup> Zgodnie z art. 9 ust. 1 p.r. sąd odmawia otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, jeżeli skutkiem tego postępowania byłoby pokrzywdzenie wierzycieli.

<sup>20</sup> W takim wypadku odpowiedzialność cywilna byłaby wyłączona, a sąd mógłby oddalić wniosek o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności.

na w uzasadnieniu wniosku, a tym samym reprezentant potwierdza wiedzę o złej kondycji finansowej spółki. Czyn z art. 586 k.s.h. jest przestępstwem umyślnym, które można popełnić jedynie w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym<sup>21</sup>. Zamiar bezpośredni występuje, gdy sprawca chce popełnić dany czyn zabroniony, natomiast z zamiarem ewentualnym mamy do czynienia, gdy sprawca, przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego, godzi się na to<sup>22</sup>. Działanie z zamiarem ewentualnym można przypisać sprawcy wówczas, gdy będąc świadomym ujawnienia się przyczyn upadłości, nie dopełnił obowiązku zgłoszenia, licząc na poprawę kondycji finansowej dłużnika, i w ryzyko wyjścia z niekorzystnego położenia gospodarczego wkalkulował ewentualność przekroczenia 30-dniowego terminu zgłoszenia upadłości<sup>23</sup>. Złożenie zatem samego wniosku restrukturyzacyjnego z powołaniem się na niewypłacalność przedsiębiorstwa może świadczyć o popełnieniu czynu z art. 586 k.s.h. z zamiarem ewentualnym, tj. członek zarządu lub likwidator ma świadomość niewypłacalności spółki i obowiązku wystąpienia z wnioskiem o upadłość, jednak liczy na wyjście z trudnej sytuacji poprzez restrukturyzację przedsiębiorstwa. Twierdzenia zawarte we wniosku restrukturyzacyjnym mogą w takim wypadku ułatwić organom ścigania postawienie reprezentantom dłużnika zarzutu z art. 586 k.s.h. Tym samym sytuacja procesowa członka zarządu lub likwidatora, który złożył wyłącznie wniosek restrukturyzacyjny, a zaniechał złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, byłaby trudniejsza niż w razie niezłożenia wniosku restrukturyzacyjnego, kiedy to oskarżyciel publiczny musiałby udowodnić podejrzanemu wypełnienie wszystkich znamion czynu z art. 586 k.s.h., co bywa utrudnione.

Niezależnie od powyższych uwag warto

byłoby również zastanowić się nad powiązaniem wyłączenia odpowiedzialności cywilnej i karnej z tytułu niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie nie tyle z otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego lub zatwierdzeniem układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu, ile ze złożeniem takiego wniosku przez zobowiązany podmiot w terminie do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, o ile taki wniosek zostanie uwzględniony przez sąd. Dłużnik (jego reprezentanci), chcąc zrestrukturyzować przedsiębiorstwo, może złożyć w niedługim czasie po zaistnieniu stanu niewypłacalności wniosek restrukturyzacyjny, licząc na to, że wniosek ten zostanie przez sąd rozpoznany w przewidzianych prawem terminach. Wniosek o zatwierdzenie układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu powinien zostać rozpoznany przez sąd w terminie 2 tygodni (art. 223 ust. 1 p.r.), wniosek o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego sąd powinien rozpoznać w terminie tygodnia (art. 232 ust. 2 p.r.), a wniosek o otwarcie postępowania układowego i sanacyjnego w terminie 2 tygodni lub 6 tygodni, gdy zachodzi konieczność wyznaczenia rozprawy (art. 270 ust. 2 i art. 288 w zw. z art. 270 ust. 2 p.r.). Może się jednak zdarzyć, że wniosek restrukturyzacyjny, z przyczyn niezależnych od dłużnika, nie zostanie rozpoznany w terminie i postępowanie restrukturyzacyjne nie zostanie otwarte w terminie przewidzianym do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. W konsekwencji odpowiedzialność cywilna dłużnika (jego reprezentantów), pomimo podjęcia działań zmierzających do restrukturyzacji przedsiębiorstwa i uniknięcia upadłości, nie zostanie automatycznie wyłączona. Jednocześnie odpowiedzialność cywilna dłużnika (reprezentantów) może zostać wyłączona w sytuacji braku jego aktywności,

<sup>21</sup> R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, s. 1532. Dla przypisania czynu z art. 586 k.s.h. niezbędne jest ustalenie świadomości sprawcy istnienia stanu uzasadniającego złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 1 lipca 2016 r., II Aka 97/16, LEX nr 2171296).

<sup>22</sup> Art. 9 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1137).

<sup>23</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 23 listopada 2016 r., III KK 225/16, LEX nr 2177092.

gdy w terminie do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wszczęto postępowanie sanacyjne z inicjatywy wierzyciela.

## PODSUMOWANIE

Pomimo że postępowania restrukturyzacyjne w założeniu miały stanowić alternatywę dla upadłości, obecne brzmienie przepisów wymusza na osobach zobowiązanych do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wystąpienie z takim wnioskiem, nawet w sytuacji zamiaru przeprowadzenia restrukturyzacji przedsiębiorstwa. W razie wczesnego wszczęcia łącznie postępowania restrukturyzacyjnego

przepisy wprowadzając wyłączenia odpowiedzialności cywilnej osób zobowiązanych do złożenia wniosku upadłościowego, niemniej jednak członkowie zarządu i likwidatorzy w spółkach mogą ponosić z tego tytułu odpowiedzialność karną. Z uwagi na to, że przepisy przewidujące odpowiedzialność karną z tytułu niezłożenia w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości są ściśle powiązane z przepisami przewidującymi z tego tytułu odpowiedzialność odszkodowawczą, postulowane byłoby powiązanie odpowiedzialności karnej członków zarządu spółki i likwidatorów z tytułu niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie z wczesnym wszczęciem postępowania restrukturyzacyjnego.

## Summary

*Monika Maśnicka*

### RESTRUCTURING PROCEEDINGS AND CRIMINAL RESPONSIBILITY OF COMPANY'S MEMBERS OF THE MANAGEMENT BOARD AND LIQUIDATORS IN CASE OF FAILURE TO TIMELY FILE AN INSOLVENCY MOTION

The purpose of this article is to briefly present relation between criminal responsibility of company's members of the management board and liquidators for failure to timely file an insolvency motion. The author presents analysis of the relation between restructuring proceedings and civil responsibility resulting from failure to timely file an insolvency motion, as well as the prohibition to conduct business activity. Finally the author points out that there is no such relation in terms of criminal responsibility of company's members of the management board and liquidators and suggests introducing exemption from criminal responsibility in case of opening of restructuring proceedings.

**KEY WORDS:** insolvency, insolvency proceedings, restructuring proceedings, insolvency motion, restructuring motion, failure to file insolvency motion, criminal responsibility

**POJĘCIA KLUCZOWE:** niewypłacalność, postępowanie upadłościowe, postępowanie restrukturyzacyjne, wniosek upadłościowy, wniosek restrukturyzacyjny, niezłożenie wniosku upadłościowego, odpowiedzialność karna

## SOLIDARNA ODPOWIEDZIALNOŚĆ PEŁNOMOCNIKA DO ZŁOŻENIA DEKLARACJI VAT-R

Artykuł przedstawia zmiany wprowadzone ustawą z dnia 1 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw w zakresie wprowadzonej tą nowelizacją odpowiedzialności solidarnej pełnomocników rejestrujących podatników jako podatnik VAT czynny wraz z podatnikiem za zobowiązania tego ostatniego. Celem artykułu jest rozważenie, czy wprowadzone zmiany mogą być uznane za zgodne z porządkiem konstytucyjnym Rzeczypospolitej Polskiej oraz prawem unijnym.

### WSTĘP

Z dniem 1 stycznia 2017 r. weszła w życie ustawa z dnia 1 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw<sup>1</sup>. Wprowadziła ona między innymi regulacje dotyczące solidarnej, wraz z podatnikiem, odpowiedzialności pełnomocnika do złożenia deklaracji VAT-R w celu rejestracji podatnika jako podatnika VAT czynnego. Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. b w przypadku zarejestrowania podatnika, którego zgłoszenie rejestracyjne zostało złożone przez pełnomocnika, pełnomocnik odpowiada solidarnie wraz z zarejestrowanym podatnikiem do kwoty 500 000 zł za zaległości podatkowe podatnika powstałe z tytułu czynności wykonanych w ciągu 6 miesięcy od dnia zarejestrowania podatnika jako podatnika VAT czynnego. Z kolei litera c wyżej wymienionego przepisu wprowadza zasadę, zgodnie z którą przepisu tego nie stosuje się,

jeżeli powstanie zaległości podatkowych nie wiązało się z uczestnictwem podatnika w nierzetelnym rozliczaniu podatku w celu odniesienia korzyści majątkowej. Przepisy te zostały wprowadzone do ustawy o podatku od towarów i usług jako odpowiednio art. 96 ust. 4b i ust. 4c. Mocą nowelizacji wprowadzono również odpowiednie przepisy ordynacji podatkowej, pozwalające na egzekwowanie odpowiedzialności od pełnomocników ustanowionych do rejestracji jako podatnik VAT czynny.

Jak wynika z uzasadnienia do projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw, odpowiedzialność solidarna pełnomocnika wraz z zarejestrowanym podatnikiem dotyczyłaby zaległości podatkowych powstałych w związku z czynnościami wykonanymi w ciągu pierwszych 6 miesięcy od zarejestrowania podatnika jako podatnika VAT czynnego. Odpowiedzialność pełnomocnika w tym przypadku nie przekraczałaby kwoty 500 000 zł. Rozwiązanie to pozwoliłoby na ograniczenie rejestrowania tzw. „słupów” przez pełnomocników. Odpowiedzialność solidarna pełnomocnika wraz z zarejestrowanym podatnikiem nie będzie jednak dotyczyła sytuacji, gdy powstanie zaległości podatkowych nie wiązało się z uczestnictwem podmiotu dokonującego sprzedaży w nierzetelnym rozliczaniu podatku w celu odniesienia korzyści majątkowej – np. w oszustwie podatkowym (art. 96 ust. 4c ustawy o VAT). W uzasadnieniu wskazano również, że pełnomocnik dokonujący rejestracji podatnika będzie odpowiadał za zaległość podatkową tego podatnika, o ile powstanie

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 1 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 15 grudnia 2016 r.).



zaległości podatkowej w tym okresie wiązało się z uczestnictwem tego podatnika w nierzetelnym rozliczaniu podatku w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. W pozostałym zakresie znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy Ordynacji podatkowej, w szczególności procedury postępowania przy orzekaniu odpowiedzialności osób trzecich.

Wskazane powyżej przepisy są swoistym *novum*. Na ich podstawie ustawodawca zdecydował się bowiem wprowadzić solidarną odpowiedzialność podmiotów, które nie uczestniczą w nierzetelnym rozliczeniu podatkowym, a jedynie przyjęły pełnomocnictwo do złożenia zgłoszenia rejestracyjnego podatnika jako podatnika VAT czynnego. Podmioty te, przynajmniej co do zasady, nie są w żadnej mierze powiązane tak ekonomicznie, jak i faktycznie z samym podatnikiem. Warto w tym miejscu podkreślić, że w praktyce obrotu pełnomocnikami tymi są najczęściej księgowi, doradcy podatkowi, adwokaci oraz radcowie prawni. Wprowadzona nowelizacją odpowiedzialność solidarna pełnomocnika nie jest jednak w żaden sposób uzależniona od tego, czy pełnomocnik posiadał wiedzę, albo przynajmniej winien ją posiadać, co do tego, że dany podmiot będzie uczestniczył w nierzetelnym rozliczeniu podatku w celu osiągnięcia korzyści majątkowych. Aktualizuje ją bowiem sam fakt określonego działania po stronie podatnika, na które – co warto zauważyć – w normalnych warunkach żaden pełnomocnik ustanowiony do złożenia deklaracji VAT-R nie ma najmniejszego nawet wpływu. Działania takie są bowiem podejmowane przez samego podatnika.

Warto już w tym miejscu zauważyć, że jest to jedna z najsurowszych form odpowiedzialności solidarnej wprowadzonej przez ustawy podatkowe. Analizując bowiem dotychczasowe przepisy dotyczące odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatników, nie można nie zauważyć, że wprowadzały one odpowiedzialność podmiotów, które albo

miały wpływ na działania podatnika, albo też odnosiły – choćby pośrednio – korzyści ekonomiczne związane z rozliczeniami podatkowymi podatnika (odpowiedzialność współmałżonka, odpowiedzialność dzierżawcy i najemcy). Wskazywało się wręcz, że uzasadnieniem odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatkowe jest ekonomiczny ich związek z podatnikiem, przejawiający się uzyskiwaniem przez osobę trzecią korzyści z dochodu czy majątku podatnika<sup>2</sup>.

Odpowiedzialność pełnomocnika wprowadzona nowelizacją z 1 grudnia 2016 r. jest surowsza nawet od odpowiedzialności podatkowej podatnika ustanowionej w art. 105a ustawy o podatku od towarów i usług. Jak wynika bowiem z tego przepisu, podatnik, na rzecz którego dokonano dostawy towarów, o których mowa w załączniku nr 13 do ustawy, odpowiada solidarnie wraz z podmiotem dokonującym tej dostawy za jego zaległości podatkowe w części podatku proporcjonalnie przypadającej na dostawę dokonaną na rzecz tego podatnika, jeżeli:

1) wartość towarów, o których mowa w załączniku nr 13 do ustawy, nabywanych od jednego podmiotu dokonującego ich dostawy, bez kwoty podatku, przekroczyła w danym miesiącu kwotę 50 000 zł, oraz

2) w momencie dokonania dostawy towarów, o których mowa w załączniku nr 13 do ustawy, podatnik wiedział lub miał uzasadnione podstawy do tego, aby przypuszczać, że cała kwota podatku przypadająca na dokonaną na jego rzecz dostawę tych towarów lub jej część nie zostanie wpłacona na rachunek urzędu skarbowego.

Mimo że z przepisu tego wynika dodatkowo domniemanie prawne, iż podatnik miał uzasadnione podstawy do tego, aby przypuszczać, że cała kwota podatku przypadająca na dokonaną na jego rzecz dostawę towarów lub jej część nie zostanie wpłacona na rachunek urzędu skarbowego, jeżeli okoliczności towa-

<sup>2</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (do 2003.12.31) w Szczecinie z 3 grudnia 1998 r., SA/Sz 193/98, LEX nr 36115.

rzyszące tej dostawie towarów lub warunki, na jakich została ona dokonana, odbiegały od okoliczności lub warunków zwykle występujących w obrocie tymi towarami, w szczególności jeżeli cena za dostarczone podatnikowi towary była bez uzasadnienia ekonomicznego niższa od ich wartości rynkowej, to podatnik może przeprowadzić przeciwdowód w celu jego obalenia. W regulacji tej przewidziano również szereg dalszych okoliczności powodujących wyłączenie odpowiedzialności podatnika, a dodatkowo stanowi ona, że jeżeli podatnik wykáže, iż okoliczności lub warunki, o których mowa powyżej, nie miały wpływu na niezapłacenie podatku, nie podlega on odpowiedzialności<sup>3</sup>. Odpowiedzialność podatnika nie jest więc oderwana od jakichkolwiek okoliczności z nim związanych i daje możliwość obrony jego praw poprzez wykazanie, że nie posiadał on wiedzy o nierzetelnych rozliczeniach podatkowych jego kontrahenta, nawet wówczas, gdy oferowana przez kontrahenta cena odbiegała od tych stosowanych na rynku.

Uwzględniając już same powyższe, ogólne wskazania, warto rozważyć, czy odpowiedzialność pełnomocnika do rejestracji jako podatnik VAT czynny jest zgodna z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej oraz regulacjami unijnymi dotyczącymi podatku od wartości dodanej. Nie sposób bowiem nie zauważyć, że nałożona na pełnomocników odpowiedzialność solidarna jest odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka, oderwaną od jakichkolwiek działań samego pełnomocnika. Odpowiedzialność ta nie może bowiem sankcjonować samego faktu przyjęcia pełnomocnictwa, gdyż działanie to jest w pełni zgodne z prawem. Zasadą jest bowiem, że za

działanie zgodne z prawem nikt nie powinien ponosić negatywnych skutków prawnych.

## PORZĄDEK KONSTYTUCYJNY

Rozważanie tej kwestii trzeba rozpocząć od analizy orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego odpowiedzialności tak podatników, jak i osób trzecich za zobowiązania podatkowe. Na wstępie warto jednak zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny kilkakrotnie wyraził pogląd<sup>4</sup>, iż realizacja obowiązku podatkowego zawsze łączy się z ingerencją w prawa majątkowe podatnika. Nie budzi też wątpliwości, że wprowadzenie solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe w stosunku do osób trzecich jest co do zasady dopuszczalne. Skoro regulacja prawna dotycząca obowiązków podatkowych ma wyraźną podstawę konstytucyjną, to jej dopuszczalność nie może być rozpatrywana w kategoriach ograniczeń korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, lecz należy ją rozpatrywać w kategoriach relacji między obowiązkami konstytucyjnymi z jednej strony i ochroną konstytucyjnych wolności i praw z drugiej strony, których granice (treść) są kształtowane przez te właśnie obowiązki. Innymi słowy – obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków, nie jest ograniczeniem, którego dotyczy art. 31 ust. 3 i art. 64 ust. 3 Konstytucji.

Z drugiej jednak strony Trybunał Konstytucyjny wskazywał, że granicą swobody ustawodawcy jest zakaz arbitralności i przypadkowości, więc – innymi słowy – obowiązek wykazania racjonalności przyjmowanych rozwiązań<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Warto zauważyć, że przepis ten miał zostać poddany badaniu przez Trybunał Konstytucyjny co do jego zgodności z Konstytucją, jednak ze względu na wygaśnięcie mandatu jednego z grupy 50 posłów po złożeniu wniosku doszło do umorzenia postępowania (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 23 lutego 2015 r., K 62/13, OTK-A 2015, nr 2, poz. 24).

<sup>4</sup> Zob. wyroki TK z: 11 grudnia 2001 r., SK 16/00; 22 maja 2002 r., K 6/02, OTK ZU 2002, nr 3/A, poz. 33; 22 maja 2007 r., SK 36/06, OTK ZU 2007, nr 6/A, poz. 50; 13 października 2008 r., K 16/07, OTK ZU 2008, nr 8/A, poz. 136; 6 stycznia 2009 r., SK 22/06, OTK ZU 2009, nr 1/A, poz. 1; 18 lipca 2013 r., SK 18/09, OTK ZU 2013, nr 6/A, poz. 80; 8 października 2013 r., SK 40/12, OTK ZU 2013, nr 7/A, poz. 97; postanowienia TK z: 9 lipca 2012 r., SK 19/10, OTK ZU 2012, nr 7/A, poz. 87; 5 czerwca 2013 r., SK 25/12, OTK ZU 2013, nr 5/A, poz. 68.

<sup>5</sup> Tak choćby: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 3 kwietnia 2006 r., SK 46/05 (Dz.U. z 12 kwietnia 2006 r.).

Pozostając na gruncie prawa podatkowego, warto zauważyć, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego<sup>6</sup> wskazywane było, iż swoboda prawodawcy nie uprawnia go do ustanawiania warunków, które są niemożliwe do spełnienia przez podatnika. Wówczas bowiem dochodzi w szczególności do naruszenia zasady zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz zasady zakazu nieproporcjonalnej ingerencji w prawa majątkowe podatnika, co wiąże się z koniecznością uiszczenia przez niego podatku w zwiększonej wysokości, spowodowanej niemożnością skorzystania z preferencji podatkowych. Należy jednak podkreślić, że ta niemożność wynika z zaistnienia okoliczności, na które podatnik nie ma żadnego wpływu. Podkreśla się, że konstytucyjnie niedopuszczalne jest obciążenie podatnika koniecznością poniesienia zwiększonych obciążeń podatkowych w sytuacji, gdy brak było po jego stronie świadomości co do braku zastosowania preferencyjnej stawki podatku. Wydaje się więc oczywiste, że skoro nawet podatnik nie może ponosić negatywnych skutków zdarzeń od niego niezależnych, to tym bardziej odpowiedzialności takiej nie może ponosić pełnomocnik jako osoba trzecia. Artykuł 64 ust. 2 Konstytucji stanowi bowiem o równej dla wszystkich ochronie prawnej, co wyklucza zróżnicowania o charakterze podmiotowym<sup>7</sup>.

## PRAWO UNIJNE

Przechodząc na grunt regulacji unijnych, trzeba wskazać, że analogiczne jak powyżej zapatrywania wyrażone zostały również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W wyroku z 11 maja 2006 r.<sup>8</sup> wskazano, że państwo członkowskie może przyjąć uregulowania przewidujące, że po-

datnik, na rzecz którego zrealizowano dostawę towarów lub świadczenie usług i który wiedział lub miał uzasadnione podstawy do tego, aby przypuszczać, że cały podatek od wartości dodanej – lub jego część – należny z tytułu zrealizowania tej dostawy lub świadczenia usług, czy też jakiegokolwiek wcześniejszej lub późniejszej dostawy omawianych towarów lub jakiegokolwiek wcześniejszego lub późniejszego świadczenia usług, nie został zapłacony, może być solidarnie zobowiązany do zapłaty podatku wraz z osobą pierwotnie zobowiązaną do jego zapłaty. W orzeczeniu tym zostało jednak wyraźnie podkreślone, że przepisy te powinny pozostać w zgodzie z ogólnymi zasadami prawa będącymi częścią wspólnotowego porządku prawnego, w tym zwłaszcza z zasadami pewności prawa i proporcjonalności. W uzasadnieniu do tego orzeczenia wskazano też, że w odniesieniu w szczególności do zasady proporcjonalności, nawet jeśli ustanowione przez państwa członkowskie przepisy zmierzają do możliwie skutecznej ochrony praw budżetu państwa, nie powinny one wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu. O ile bowiem istnieje zezwolenie na to, aby państwo członkowskie uznało osobę za solidarnie zobowiązaną do zapłaty podatku VAT, jeżeli w chwili realizowania transakcji na jej korzyść osoba ta wiedziała lub powinna była wiedzieć, że podatek VAT należny z tytułu zrealizowania tej transakcji lub jakiegokolwiek wcześniej lub później zrealizowanej transakcji nie został zapłacony, oraz dopuszcza oparcie się w tym względzie na domniemaniach, o tyle nie ulega wątpliwości, że takie domniemania nie mogą być formułowane w sposób, który praktycznie uniemożliwiłby obalenie ich przez podatnika przeciwdowodem lub powodował, że ich obalenie byłoby nadmiernie utrudnione. Takie domniemania skutkowały-

<sup>6</sup> Tak choćby: tamże.

<sup>7</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 lipca 2005 r., SK 20/03 (Dz.U. z 2 sierpnia 2005 r.).

<sup>8</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z 11 maja 2006 r., w sprawie C-384/04 (Dz.U. UE C z 15 lipca 2006 r.).

by *de facto* powstaniem systemu opierającego się na odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, który wykraczałby poza to, co jest konieczne dla ochrony praw budżetu państwa. Wynika z tego, że nawet w przypadku podatników uczestniczących w ciągu transakcji zakazane jest wprowadzanie odpowiedzialności na zasadach ryzyka. Tym bardziej więc zakazane winno być wprowadzanie takiej odpowiedzialności w stosunku do osób trzecich.

Analogiczny pogląd pojawił się też w innym z orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości<sup>9</sup>, gdzie wskazano, że w istocie przepisy krajowe skutkujące *de facto* powstaniem systemu opierającego się na odpowiedzialności na zasadzie ryzyka wykraczają poza to, co jest konieczne dla ochrony praw Skarbu Państwa. Przerzucenie odpowiedzialności za zapłatę podatku od wartości dodanej na osobę inną niż osoba zobowiązana do jego zapłaty, bez umożliwienia jej uwolnienia się od odpowiedzialności poprzez przedstawienie dowodu, że nie można jej powiązać z działaniami osoby zobowiązanej do zapłaty podatku, należy uznać za niezgodne z zasadą proporcjonalności. Bezwarunkowe przypisywanie tej osobie utraty dochodów podatkowych spowodowanej działaniem osób trzecich, na które podatek nie ma żadnego wpływu, byłoby oczywiście nieproporcjonalne. Okoliczności, że osoba inna niż osoba zobowiązana do zapłaty podatku działała w dobrej wierze, że dochowała wszelkiej staranności przezornego podmiotu, przedsięwzięła wszelkie racjonalne środki, jakie pozostawały w jej mocy, oraz że jej udział w oszustwie jest wykluczony, stanowią czynniki, jakie należy uwzględnić w celu ustalenia możliwości zobowiązania jej do so-

lidarnego rozliczenia należnego podatku od wartości dodanej. Brak możliwości nakładania takiej odpowiedzialności na podmioty trzecie, które nie posiadały nawet wiedzy co do zamiarów czy działań podatnika. Odpowiedzialność osób trzecich nie może być odpowiedzialnością na zasadach ryzyka, czy to wyrażoną wprost, czy też poprzez ustanowiony system domniemań.

Odnosząc się do zasady proporcjonalności, warto też wskazać tezę płynącą z wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 10 lipca 2008 r.<sup>10</sup>, gdzie podkreślone zostało, że przepisy krajowe określające tryb zwrotu nadwyżki podatku od wartości dodanej są bardziej uciążliwe dla danej kategorii podatników z uwagi na ryzyko ewentualnego oszustwa, bez umożliwienia podatnikowi wykazania braku oszustwa lub unikania opodatkowania w celu skorzystania z mniej dolegliwych warunków zwrotu, nie są instrumentem proporcjonalnym do celu zwalczania oszustw i unikania opodatkowania oraz naruszają w nadmiernym stopniu cele i zasady szóstej dyrektywy<sup>11</sup>. Tym samym, nawet w przypadku terminu zwrotu nadwyżki podatku, stanowisko Trybunału jest jednoznaczne co do tego, że nieproporcjonalne jest sankcjonowanie domniemań ewentualnego uczestnictwa podmiotu w nierzetelnych rozliczeniach podatkowych bez umożliwienia podatnikowi wykazania przeciwności powyższego.

Warto też przytoczyć wypowiedź zawartą w uzasadnieniu innego wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, z 12 stycznia 2006 r.<sup>12</sup>, która odnosi się wprost do tak zwanych „karuzel podatkowych”. Zwrócono tam bowiem uwagę na fakt, że transakcja, która

<sup>9</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 21 grudnia 2011 r., C-499/10 (Dz.U. UE C z 18 lutego 2012 r.).

<sup>10</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 10 lipca 2008 r., sprawa C-25/07, [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), Legalis.

<sup>11</sup> Dyrektywa Rady 2006/112/WE z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE. L nr 347, s. 1) przekształcająca dyrektywę Rady 77/388/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednoliconą podstawą wymiaru podatku.

<sup>12</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: C-354/03, C-355/03 i C-484/03 (sprawy połączone), MoPod 2006, nr 2, s. 4.

sama nie jest oszustwem w podatku VAT, stanowi dostawę towarów dokonaną przez podatnika działającego w takim charakterze oraz stanowi działalność gospodarczą w rozumieniu podatku VAT. Wynika to stąd, że transakcja taka spełnia obiektywne kryteria, na których opierają się pojęcia: „dostawy towarów” i „działalność gospodarcza”. Dzieje się tak, gdy podatnik:

1) niezależnie od zamiaru innego niż dany podatnik podmiotu uczestniczącego w tym samym łańcuchu dostaw lub

2) niezależnie od ewentualnego oszukańczego charakteru, o którym podatnik ten nie wiedział lub nie mógł wiedzieć, co do innej transakcji wchodzącej w skład owego łańcucha dostaw, wcześniejszej lub późniejszej w stosunku do tej, której dokonał ten podatnik, doszło do oszustwa podatkowego.

W związku z tym podatnikowi dokonującemu takich transakcji przysługuje prawo do odliczenia naliczonego podatku VAT, niezależnie od tego, że w łańcuchu dostaw, którego część stanowią owe transakcje, o czym podatnik ten nie wie lub nie może wiedzieć, inna transakcja, wcześniejsza lub późniejsza w stosunku do tej, która została dokonana przez niego, stanowi oszustwo w podatku VAT. Jak wynika więc z przywołanego orzeczenia, determinujące dla rozliczeń podatkowych podatnika uczestniczącego w łańcuchu dostaw, który stanowi oszustwo podatkowe, jest to, czy dokonana przez podatnika transakcja stanowiła działalność gospodarczą i dostawę towaru, a nie to, czy inne podmioty z tego samego łańcucha dostaw dokonały oszustwa podatkowego. Tym samym rozliczenia podatkowe są w pełni uzależnione od wiedzy i woli podatnika, a nie wyłącznie od wiedzy i woli innych, niezależnych od niego podmiotów. Choć pogląd ten w orzecznictwie polskim nie jest dominujący, znalazł aprobatę w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego<sup>13</sup>.

## PODSUMOWANIE

Przy analizie tak konstytucyjności, jak i zgodności z regulacjami wspólnotowymi art. 96 ust. 4b i ust. 4c ustawy o podatku od towarów i usług konieczne staje się skupienie rozważań na tym, czy wprowadzona zmiana nie jest aby arbitralną i przypadkową ingerencją w prawo własności osób, które miałyby podjąć decyzję o występowaniu w imieniu podatnika jako jego pełnomocnik przy rejestracji podatnika jako podatnik VAT czynny. Czy regulacja ta nie jest nieproporcjonalną ingerencją w prawa majątkowe jednostki, która dodatkowo godzi w zasadę zaufania jednostki do państwa i prawa przez nie stanowionego? Trzeba w tym miejscu po raz kolejny wyraźnie podkreślić, że nowe regulacje prawne wprowadzone w tym zakresie zupełnie odrywają odpowiedzialność pełnomocnika od jakichkolwiek faktów, które by go dotyczyły, a w szczególności od tego, czy przyjmując pełnomocnictwo, wiedział on, albo też choćby wiedzieć powinien, oceniając sprawę rozsądnie, iż podmiot, o którego rejestrację występuje, jest rejestrowany jako podatnik VAT czynny, w celu uczestnictwa w nierzetelnych rozliczeniach podatkowych i osiągnięcia korzyści majątkowej. Analizując tę kwestię w świetle przedstawionego powyżej orzecznictwa, nie sposób nie zauważyć, że pozycja pełnomocnika jest zdecydowanie mniej korzystna od pozycji samego podatnika uczestniczącego w łańcuchu transakcji, w którym inny podatnik dokonuje oszustwa podatkowego. Co więcej, rozwiązanie to niewątpliwie winno być uznane za ultraprofiskalne, a już z całą pewnością musi być uznane za nieproporcjonalne i ma ewidentne cechy przypadkowości i arbitralności, gdyż w znaczącej mierze sprowadza się ono do przeniesienia odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe nierzetelnych podatników na podmioty, które z nierzetelnymi rozliczeniami podatkowymi nie miały żadnego związku. Nosi też ono znamiona zróżnicowa-

<sup>13</sup> Tak choćby: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 26 czerwca 2012 r., I FSK 1200/11, Legalis oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 1 kwietnia 2015 r., I FSK 119/14, Legalis.

nia podmiotowego osób trzecich, jak i podatników wobec prawa, gdyż – analizując regulacje prawne w tym zakresie – pełnomocnicy podatnika, przy rejestracji jako podatnik VAT czynny, stają się jedyną grupą podmiotów, których odpowiedzialność za zobowiązania podatkowe podatników zostaje oderwana od ich wiedzy co do tego, czy podatnik ten zamierzał prowadzić lub prowadził nierzetelne rozliczenia podatkowe w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

Uwzględniając więc wypowiedzi tak Trybunału Konstytucyjnego, jak i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zasadne jest postawienie tezy, że regulację art. 96 ust. 4b i art. 96 ust. 4c ustawy o podatku od towarów i usług należy uznać za nieproporcjonalną w stosunku do celu, który leży u jej podstaw, którym jest uszczelnienie systemu podatkowego. Solidarna odpowiedzialność pełnomocnika została bowiem zupełnie oderwana od jego wiedzy czy woli dotyczącej uczestnictwa podatnika w nierzetelnych rozliczeniach podatkowych. Do przypisania tej odpowiedzialności pełnomocnikowi wystarczy bowiem samo ustalenie, że dana osoba przyjęła pełnomocnictwo do zgłoszenia rejestracyjnego podatnika jako podatnik VAT czynny od podmiotu, który po zarejestrowaniu go w tym charakterze uczestniczył w nierzetelnych rozliczeniach podatkowych, mających na celu osiągnięcie korzyści majątkowej. Pełnomocnik bowiem będzie w każdym przypadku ponosił odpowiedzialność, jeśli tylko zarejestrowany przez niego jako podatnik VAT czynny podmiot uczestniczył w nierzetelnych transakcjach w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Warto też przenieść powyższe rozważania na realia obrotu gospodarczego. Zjawiska takie jak spółki „słupy” czy „karuzele podatkowe” niewątpliwie są zjawiskami patologicznymi i istnieje konieczność ich wyeliminowania. Najczęściej podmioty, które podejmowały tego typu działania, rzeczywiście były rejestrowane przez pełnomocników w osobach księgowych, doradców podatkowych, adwokatów i radców prawnych. Fakt ten jednak w żaden sposób nie

przesądza o udziale tych ostatnich w jakichkolwiek nierzetelnych rozliczeniach podatkowych mających na celu osiągnięcie korzyści majątkowej, a wyłącznie o zakresie świadczonych przez te osoby usług prawnych czy księgowych. Godzi się także zauważyć, że zarówno rejestracja jako podatnik VAT czynny, jak też rejestracja w Krajowym Rejestrze Sądowym, co do zasady odbywała się przez pełnomocników i dotyczy to tak owych nierzetelnych podatników, którzy są rejestrowani wyłącznie w celu dokonywania wyłudzeń podatkowych, jak również – a w zasadzie przede wszystkim – podatników, którzy takiego celu w żadnej mierze nie mają, co rzecz jasna nie wyklucza powstania po ich stronie ewentualnych zaległości podatkowych.

Skutkiem wprowadzonej nowelizacji najprawdopodobniej będzie jednak w rzeczywistości doprowadzenie do odmowy przez księgowych, doradców podatkowych, adwokatów i radców prawnych przyjęcia pełnomocnictw do rejestracji jako podatnik VAT czynny w zakresie wszystkich podmiotów, a nie ograniczenie powstawania patologii związanych z wyłudzeniem podatku VAT. Warto jest bowiem zauważyć, że w większości przypadków osoby, na które są rejestrowane spółki „słupy”, nie są bynajmniej beneficjentami uzyskującymi korzyść majątkową w wyniku popełnianych przestępstw, a przynajmniej nie w takim wymiarze, w jakim wynika to z kwot wyłudzonego podatku. Osoby te pełnią bowiem realnie taką samą rolę, jak i same rejestrowane na nie spółki. Tym samym niewątpliwie i bezsporne jest, że skoro organizatorzy przestępczych mechanizmów, które mają służyć wyłudzeniom podatkowym, byli do tej pory władni znaleźć osoby godzące się na uczestnictwo w podmiotach temu służących, to będą też w stanie znaleźć takie osoby, które przyjmą pełnomocnictwo do rejestracji tych podmiotów jako podatnik VAT czynny. Jak się więc wydaje, jedynym skutkiem wprowadzonej zmiany będzie w rzeczywistości wyeliminowanie księgowych, doradców podatkowych, adwokatów i radców prawnych jako tych, którzy świadczą usługi prawne czy też księgowe



na rzecz klientów, którzy rozpoczynają prowadzenie działalności gospodarczej, w tym zarejestrują się jako podatnik VAT czynny. Zmiana ta nie przyniesie natomiast skutku w postaci wyeliminowania wyludzeń podatkowych. Fakt ten przesądza natomiast jedynie o tym, że wprowadzone nowelą z 1 grudnia 2016 r. zmiany dotyczące odpowiedzialności

solidarnej pełnomocnika wraz z podatnikiem są zmianami nie tylko nieproporcjonalnymi i nieadekwatnymi, ale również nieprzemysłanymi, chyba że należało się ich *ratio legis* dopatrywać w stworzeniu nowej grupy podmiotów, które ponosiłyby konsekwencje nieszczelności systemu podatkowego i niewydolności aparatu państwowego.

## Summary

*Piotr Kantorowski*

### JOINT AND SEVERAL LIABILITY OF THE PROXY TO SUBMIT VAT-R DECLARATION

The article presents the changes implemented by the amendment of the 1 December 2016 to the VAT Act and other Acts while taking into account joint and several liability of the proxies who register the taxpayers as the active VAT payers, together with the taxpayer for the obligations of the VAT taxpayers introduced by the amendment. The article aims to consider whether amendments introduced may be considered as compatible with the constitutional system of the Republic of Poland and European Union law.

According to the amendment the proxy shares joint and several liability with the active VAT taxpayer up to PLN 500 000 for tax arrears arising in the first six months of operation of the taxpayer as active VAT taxpayer. It has been the strictest form of the joint and several liability introduced in tax law. Joint and several liability imposed on proxies is a strict liability completely unrelated to proxy's actions. Generally, they are not commercially or effectively connected to the taxpayers as such and have no influence on the taxpayer activities. The position of the proxy is significantly less favourable than the position of any taxpayer who intervenes in the trading chain, in which another taxpayer commits tax fraud.

Joint and several liability of the proxy together with the active VAT taxpayer will not be applied only when the origin of tax arrears do not involve taxpayer's participation in unreliable tax settlements in order to obtain financial advantage. However, it should be noted that, since even taxpayer does not bear negative consequences as a result of circumstances, if they unknowingly and exercising the requisite care, participate in tax fraud, more likely the proxy cannot be held responsible in this case. Those regulations also show the assumption that tax arrears arise from taxpayer's participation in unreliable settlement of taxes in order to obtain financial advantage.

On the basis of the similar solutions Constitutional Tribunal expressed the view that despite the fact that tax legislation involves the State interference with financial area of the citizens, the freedom limit of the legislator is supposed to reduce arbitrariness and randomness which is correlative of the obligation to demonstrate adequacy of accepted solutions.

As regards the European Court of Justice case law it has been highlighted that in fact national legislations resulting in the incurrance of the system based on strict liability, go beyond what is necessary to protect the rights of the State Treasury and that they are disproportionate solutions.

Taking into account what Constitutional Tribunal as well as European Court of Justice has said, it is appropriate to assume that the legal regulations of the VAT Act implemented by the amendment should be regarded as disproportionate in relations to the objective pursued, namely tightening tax system. Although this solution will make it possible to reduce so called „bogus enterprise“

registration carried out by the proxies, which are undoubtedly a commonplace that should be eliminated, methods which should be regarded as contrary to the Constitution and European Union law, should be applied.

For the time being it cannot be concluded that the amendment will actually tighten up the tax law system, but undoubtedly it may result in refusals from accountants, tax counsels, attorneys, and legal advisers to accept a power of attorney to register active VAT taxpayer in terms of all entities.

**KEY WORDS:** strict liability, proxy, VAT, registration, joint and several liability, active VAT taxpayer

**POJĘCIA KLUCZOWE:** odpowiedzialność, pełnomocnik, podatek, podatnik, rejestracja, ryzyko, solidarność, VAT czynny

# A Adwokatura dziś i jutro

Maciej Gutowski, Piotr Kardas

## PROPOZYCJE MODELOWYCH ZAŁOŻEŃ REFORMY APLIKACJI ADWOKACKIEJ

Dostęp do zawodów prawniczych oraz zasady odbywania aplikacji od lat stanowią przedmiot kontrowersji, sporów i różnych, czasami radykalnych „reform”. Od momentu transformacji ustrojowej w zasadzie każda większość polityczna wprowadzała do modelu kształcenia prawników zmiany, konsekwentnie pomijając przy tym sprawdzoną w wielu systemach koncepcję uczynienia z godności sędziego korony zawodów prawniczych. Szczęśliwie, niezależnie od modyfikacji otwierających ponad – jak się wydaje – racjonalnie postrzegane społeczne potrzeby dostęp do zawodu adwokata, dotychczas nie kwestionowano zasady prowadzenia praktycznego kształcenia przyszłych adwokatów w ramach samorządu adwokackiego. Otwarcie dostępu do aplikacji nie spowodowało zmian

w zakresie podstawowej formy kształcenia zawodowego, która od czasu dekretu Naczelnika Państwa o ustroju adwokatury<sup>1</sup> opierała się i opiera na modelu nauki pod nadzorem i kierunkiem doświadczonego mistrza. Myśląc o przeszłości, mimo różnorakich zastrzeżeń dotyczących wprowadzanych stopniowo zmian, z pewną dozą satysfakcji można stwierdzić, że niezależnie od skali radykalizmu prezentowanych przez lata poglądów nikt dotychczas nie proponował, by praktyczne kształcenie aplikantów adwokackich zastąpić *stricte* teoretycznym<sup>2</sup>. Z tej perspektywy wydaje się oczywiste, że przedstawiona do publicznej debaty idea powierzenia uniwersyteckim lub też wszystkim wydziałom prawa<sup>3</sup> prowadzenia aplikacji adwokackiej i radcowskiej, a w konsekwencji

<sup>1</sup> Chodzi oczywiście o dekret Naczelnika Państwa *w przedmiocie statutu tymczasowego i Palestry Państwa Polskiego* z 24 grudnia 1918 r., Dz.U. 1918, poz. 22, Nr 75.

<sup>2</sup> Takiego charakteru nie ma także, wywołująca różnorakie zastrzeżenia i wątpliwości, forma kształcenia zawodowego w ramach Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury, gdzie z jednej strony mamy do czynienia ze scentralizowanym systemem zajęć w postaci seminariów, warsztatów, konwersatoriów oraz w ograniczonym zakresie wykładów, prowadzonych cyklicznie w trakcie zjazdów aplikantów, którzy zasadniczo naukę zawodu realizują w ramach praktyk w sądach oraz powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury pod nadzorem i kierunkiem patronów. Także zatem w tym systemie szkolenia rolę podstawową odgrywa relacja mistrz–uczeń.

<sup>3</sup> Z uwagi na wstępny charakter przedstawionej publicznie propozycji przekazania wydziałom prawa kompetencji do kształcenia aplikacyjnego w ramach szkolenia zawodowego adwokatów i radców prawnych nie jest jasne, czy powyższa koncepcja ma prowadzić do upoważnienia jedynie uniwersyteckich wydziałów prawa do prowadzenia tzw. aplikacji uniwersyteckiej (jak się wydaje, sformułowano to w pierwszych informacjach dotyczących tego konceptu

nauczania zawodu adwokata w oparciu o model teoretyczny, musi wywoływać wątpliwości i zastrzeżenia. Ta koncepcja ignoruje bowiem podstawowy cel aplikacji, jakim jest przygotowanie do wykonywania zawodu zaufania publicznego poprzez przekazanie praktycznej wiedzy i umiejętności w ramach czynności wykonywanych pod nadzorem i kierunkiem doświadczonego patrona. Nauczanie owych praktycznych umiejętności od zawsze – bo od czasów rzymskich, a w Polsce i w Europie od wykształcenia się profesjonalnej pomocy prawnej – opiera się na szczególnej relacji uczeń–mistrz. Relacja ta, określana w ramach modelu aplikacji adwokackiej jako stosunek patronacki, stanowi podstawę uzyskania przez aplikanta wiedzy i umiejętności w praktyce stosowania prawa, uzupełnianej jedynie przez warsztaty, seminaria i konwersatoria. Wykłady, przygotowane w specjalnej, dostosowanej do kształcenia zawodowego formule, obejmujące zagadnienia praktyczne, prowadzone być mogą w ograniczonym zakresie i w uzasadnionych przypadkach. Aplikacja uniwersytecka to pomysł abstrahujący od wieków doświadczeń i sprawdzonych modeli kształcenia funkcjonujących nie tylko w Polsce, ale także w innych krajach, oraz podważający wieloletnią tradycję. Pomysł ów zakłada stworzenie hybrydy, godzącej w zasady świadczenia pomocy prawnej, stanowiącej zagrożenie dla fundamentalnego prawa do korzystania z profesjonalnej pomocy w zakresie ochrony praw i wolności obywatelskich<sup>4</sup>. Wydawałoby się, że sprawa jest zupełnie oczywista i powyższy komentarz sprawę zamyka. Tak jednak nie jest, ponieważ życzliwa interpretacja przyczyn dyskusji na temat kształtu aplikacji nakazuje zwró-

cić uwagę na to, co w szkoleniu aplikacyjnym można poprawić.

Słuszności tej konstatacji dowodzi przebieg styczniowego posiedzenia Naczelnej Rady Adwokackiej, w części poświęconej zagadnieniom tzw. „aplikacji uniwersyteckiej” oraz szkolenia aplikantów przez samorząd adwokacki. Jak to zwykle bywa, zakres tematyczny i burzliwa dyskusja były efektem kilku czynników. Zasadniczym powodem debaty był oczywiście upubliczniony przez MS pomysł przekazania uniwersyteckim wydziałom prawa kompetencji do prowadzenia aplikacji adwokackiej i radcowskiej, istotne znaczenie miały także uwagi dotyczące modelu działania Komisji Kształcenia Aplikantów Adwokackich, przekładającego się co najmniej w pewnym stopniu na dotychczasowy model szkolenia.

Przebieg debaty, uwzględniającej poza wskazanymi wyżej także wiele innych aspektów, pozwala konstatować, że obecny model kształcenia aplikantów wymaga głębokiego przemyślenia. Kontrowersyjna i nieprzemysłana inicjatywa „aplikacji uniwersyteckiej” stała się katalizatorem rozważań i analiz nad systemem kształcenia aplikacyjnego, prowadzonych także w kontekście hipotezy, że być może projekt przekazania uniwersyteckim wydziałom prawa kształcenia aplikantów stanowi jedną z konsekwencji dotychczasowego podejścia do aplikacji adwokackiej i aplikantów. Jednak dalece ważniejsze od rozstrzygnięcia powyższego dylematu wydaje się pytanie, czy aktualny model prowadzenia aplikacji adwokackiej jest w pełni satysfakcjonujący, czy spełnia oczekiwania aplikantów, przynosi oczekiwane efekty na różnych płaszczyznach,

---

przedstawionych publicznie), czy też idea aplikacji prowadzonej na wydziałach prawa ma mieć charakter uniwersalny i przyznawać stosowne uprawnienia wszystkim wydziałom prawa w Polsce. Z innej zupełnie perspektywy trudno dociec, jakie, poza arbitralnymi, kryteria miałyby wedle autorów tej koncepcji decydować, którym wydziałom prawa i z jakich powodów przyznać, a którym odmówić przyznania możliwości prowadzenia aplikacji adwokackiej i radcowskiej. Już ten element obrazuje, że idea powiązania kształcenia zawodowego z wydziałami prawa daleka jest od poważnego przemyślenia.

<sup>4</sup> Nie znajdując dobrych argumentów przemawiających za stworzeniem kolejnej ścieżki dostępu do zawodu adwokata i radcy prawnego, nieopartej na odpowiednim praktycznym nauczaniu czynności zawodowych, chcielibyśmy wierzyć, że nie wynika ona jedynie z powodów merkantylnych. Zakładamy, że twórcy tej koncepcji potrafią wskazać inne niż związane ze środkami pieniężnymi przesłanki leżące u podstaw tego rozwiązania.

a w konsekwencji czy istnieją dobre powody, by bez zmian kontynuować sposób, metody i formy kształcenia aplikantów, czy też – w aktualnej sytuacji – warto rozważyć opracowanie i wprowadzenie gruntownej reformy systemu szkolenia aplikantów. Odpowiedź na powyższe pytanie uzależniona jest od analizy wielu czynników, poczynając od właściwej diagnozy wymagań stawianych aplikacji w związku z aktualnym sposobem wykonywania zawodu adwokata i wynikającymi z niego oczekiwaniami przede wszystkim po stronie aplikantów, a kończąc na kwestiach fundamentalnych związanych z publicznoprawną w swej istocie odpowiedzią na pytanie, czy aplikacja adwokacka w określonym kształcie dobrze służy przygotowaniu do wykonywania istotnego społecznie zawodu młodych adeptów sztuki prawniczej. Innymi słowy – czy stanowi zdalny instrument wykształcenia adwokatów, pełniących po uzyskaniu uprawnień ważny i odpowiedzialny zawód, zaliczany do konstytucyjnej kategorii zawodów zaufania publicznego. Kompetencje do wykonywania tak postrzeganej funkcji adwokata to coś zdecydowanie więcej niż jedynie dysponowanie dostateczną wiedzą merytoryczną z zakresu prawa, choć oczywiście właściwa kompetencja prawnicza stanowi najistotniejszą bazę właściwego wykonywania tego zawodu. Mając na uwadze różnorakie okoliczności determinujące modyfikacje w sposobie i formie wykonywania zawodu adwokata, a także społeczne oczekiwanie związane z działalnością przedstawicieli tego zawodu, można stwierdzić, że jeśli poważnie myśleć o satysfakcjonującym i efektywnym modelu kształcenia aplikantów, tworzących wspólnotę prawników, której funkcji we współczesnym świecie nie sposób przecenić, to zasklepienie się w postawie samozadowolenia, a w konsekwencji wprowadzanie jedynie kosmetycznych korekt do aktualnego systemu, może zostać w dzisiejszych realiach przez wielu uznane za niewystarczające. Prognoza ta nabiera znaczenia tym bardziej, że niektóre izby już dawno potrzebę reformy aplikacji dostrzegły i konsekwentnie wdrażają ją w życie.

Zatem obserwacja praktyki funkcjonowania aplikacji adwokackiej w skali kraju wskazuje, że zmiany, i to czasami poważne, wydają się absolutną koniecznością. Kierując się tymi właśnie przesłankami, oraz mając na względzie fakt, że ewentualne propozycje modyfikacji modelu aplikacji adwokackiej wymagają środowiskowej dyskusji, w której nie powinno zabraknąć głosu samych aplikantów, zdecydowaliśmy się przedstawić pewne spostrzeżenia oraz propozycje ewentualnych zmian, zakładając, że każdy głos w tej sprawie ma znaczenie, powinien zostać wysłuchany przed podjęciem decyzji co do ewentualnego sposobu prowadzenia aplikacji adwokackiej w przyszłości.

Przed przedstawieniem sygnalizowanych wyżej spostrzeżeń i propozycji zakresu i kierunków ewentualnych zmian w modelu kształcenia aplikantów winni jesteśmy wyjaśnienie, że niniejsze opracowanie nie jest oparte wyłącznie na naszych autorskich pomysłach. Bazuje na spostrzeżeniach i receptach zaproponowanych przez osoby głęboko zaangażowane w szkolenie aplikantów, które zebraliśmy i uzupełniliśmy o własne spostrzeżenia. Kluczowe było zestawienie ramowego planu szkolenia NRA z jego praktycznymi modyfikacjami w postaci planów izbowych, przygotowanych pod kierunkiem wicedziekan ORA w Warszawie adw. Katarzyny Gajowniczek-Pruszyńskiej oraz wicedziekan ORA w Poznaniu adw. dr Ewy Habryn-Chojnackiej, funkcjonujących w izbie warszawskiej i w izbie poznańskiej. Uwzględniliśmy także spostrzeżenia wynikające z bezpośredniego nadzoru nad szkoleniem aplikantów w tych izbach. Inspirację stanowiły dla nas także uwagi zaangażowanych w bieżącą działalność szkoleniową praktyków: adw. dr. Piotra Binasę, adw. dr. Mariusza Zelkę, a także stanowisko aplikantów adwokackich z izby wielkopolskiej. Za te spostrzeżenia i uwagi dziękujemy, zaznaczając jednocześnie, że za wszelkie błędy i niedoskonałości zaproponowanego poniżej modelu wyłącznie odpowiedzialni są autorzy niniejszego opracowania.

Zestawienie otoczenia zewnętrznego, zdominowanego przez burzliwe zmiany politycz-

ne i prawne, a także przejawów dostosowywania modelu aplikacji do warunków i wymogów w poszczególnych izbach, z tradycyjnym modelem kształcenia aplikantów prowadzić może do powstania wrażenia dysonansu poznawczego. Z jednej strony trudno kwestionować to, że nie wszystkie racjonalne oczekiwania aplikantów udało się zrealizować. Trudno także nie dostrzec, że co najmniej niektóre nowoczesne formy kształcenia zawodowego stanowią wciąż w większym lub mniejszym stopniu wyzwanie niż rzeczywistość. Z drugiej może powstawać wrażenie, że system aplikacyjny funkcjonuje w zasadzie bez poważniejszych zastrzeżeń. Oczekiwania i wyzwania w pewnym co najmniej stopniu rozmiągają się z naszymi ocenami. Nic w tym dziwnego, dynamicznie zmieniający się system prawny i zasady oraz formy wykonywania zawodu adwokata wpływają na postrzeganie metody i form kształcenia zawodowego, wymuszając zmiany. W tym kontekście nie będziemy chyba nadmiernie odkrywcy, gdy stwierdzimy, że niezależnie od przyszłego otoczenia normatywnego Adwokatury działania zmierzające do dostosowania systemu kształcenia aplikantów do wymogów współczesności wydają się naturalną wręcz koniecznością. Przygotowanie do praktycznego wykonywania zawodu to bowiem „żyjący” system, który musi stale dostosowywać się do zmieniającej się normatywnej oraz społecznej rzeczywistości. Zadanie to stanowi priorytetową powinność samorządu adwokackiego. Wszak kształcenie aplikantów jest jednym z podstawowych zadań ustawowych Adwokatury, a jego realizacja niewątpliwie wystawia świadectwo środowisku. Ponadto efektywność kształcenia decyduje o jakości usług adwokackich i zdolności do satysfakcjonującego wykonywania zawodu zaufania publicznego. Jakość kształcenia określa pozycję adwokatury wśród zawodów prawniczych. Jest niezwykle istotnym elementem wpływającym na wizerunek adwokatury. Im wyższa jakość, tym wyższa społeczna ocena i w konsekwencji wyższa pozycja. A walczymy przecież o koszulkę lidera.

## ZAŁOŻENIA REFORMY APLIKACJI ADWOKACKIEJ

### I. MODEL FINANSOWY

1. Model finansowania szkolenia aplikacyjnego oparty jest na środkach pochodzących z wpłat aplikantów, których wysokość wyznaczana jest przez algorytm ustalany w Ministerstwie Sprawiedliwości. Trudno znaleźć argumenty podważające zasadność i sensowność tego systemu. To zaś przesądza, że nie ma powodów do postulowania w tym zakresie radykalnych zmian. Zarazem system oparty na świadczeniach pieniężnych ze strony aplikantów zobowiązuje do zapewnienia odpowiedniego poziomu merytorycznego, praktycznej przydatności szkolenia i odpowiedniej efektywności, mierzonej z jednej strony właściwym przygotowaniem do egzaminu zawodowego, z drugiej wykształceniem przyszłych adwokatów w sposób umożliwiający im, już po złożeniu egzaminu i wpisaniu na listę, profesjonalne i pozbawione lęku wykonywanie zawodu. Myśląc o kształceniu zawodowym przyszłych adwokatów, nie sposób bowiem stracić z pola widzenia tego, że codzienna praktyka adwokacka to niekończący się egzamin z kompetencji zawodowych, etyki i deontologii, a także znajomości wypracowywanych przez pokolenia standardów, reguł i zasad radzenia sobie w sytuacjach trudnych, w stanie mocno obciążającego stresu. Postulując zachowanie obowiązującego systemu finansowania aplikacji adwokackiej, chcielibyśmy zwrócić uwagę na kilka możliwych elementów uelastyczniających model, a także służących zwiększeniu efektywności szkolenia aplikantów. W tym zakresie warto wskazać, że obowiązujący system finansowania szkolenia zawodowego aplikantów adwokackich można bez większych – jak sądzimy – trudności powiązać z następującymi założeniami:

a. Zachowaniem ogólnej zasady, wedle której szkolenie aplikantów realizowane jest przez poszczególne izby adwokackiej i w konsekwencji powinno być w całości „budżetowane”



na poziomie izby. To oczywiście – jak się wydaje – w świetle obowiązujących przepisów założenie wymaga jednak wprowadzenia w tym zakresie pewnych mechanizmów korygujących, jeśli okaże się, że środki finansowe uzyskiwane w danej izbie z opłat aplikacyjnych nie są wystarczające dla właściwej realizacji założeń szkoleniowych, które powinny być traktowane w sposób absolutnie priorytetowy; w takich wypadkach warto rozważyć stworzenie możliwości pozyskania dodatkowego finansowania zewnętrznego na poziomie centralnym.

b. Jeśli się uwzględni powyższe założenie, w konsekwencji model finansowania aplikacji wyłącznie ze środków pochodzących od aplikantów na poziomie izby nie powinien lub co najmniej nie musi być traktowany jako wyłączny, lecz podlegający uzupełnieniu:

i. w razie uzasadnionej potrzeby o wsparcie finansowe ze strony NRA – jednym z podstawowych zadań Adwokatury jest szkolenie aplikantów (art. 3 ust. 1 pkt 4 PoA). Założenie, że NRA w tym przedsięwzięciu finansowo w żaden sposób nie uczestniczy, trudno pogodzić z treścią jej ustawowych obowiązków (art. 58 pkt 3, 11a i 12b PoA); oczywiście sprawą wymagającą poważnego rozważenia jest forma finansowego wsparcia ze strony NRA, które polegać może albo na współuczestnictwie w redystrybucji środków pozyskanych od aplikantów, albo na wsparciu opartym na środkach finansowych pozostających w dyspozycji NRA i pochodzących z innych źródeł;

ii. w każdym przypadku o pozyskane finansowanie ze środków pochodzących z funduszy strukturalnych Unii Europejskiej – konieczne jest podjęcie działań w tym zakresie przez odpowiedzialne za szkolenie aplikantów ciała Adwokatury, zwłaszcza NRA.

**2.** Gospodarka finansowa izb w zakresie aplikacji adwokackiej powinna uwzględniać dwa czynniki:

a. zakres koniecznych do zrealizowania zadań publicznych w zakresie szkolenia aplikantów,

b. rozmiar środków pochodzących z opłat aplikacyjnych w relacji do wielkości izby.

**3.** Nie ulega wątpliwości, że w przypadku mniejszych izb powstają praktyczne trudności w zapewnieniu organizacyjnych ram szkolenia powiązanych z właściwym podziałem zajęć na poszczególnych latach aplikacji, przy uwzględnieniu okrojonego budżetu (określonego wzorem:  $L_a \times O_a$ )<sup>5</sup>. W zakresie niezbędnym dla zapewnienia wymaganego poziomu szkolenia i właściwej kadry wykładowców zasadne w tym zakresie wydaje się rozważenie wprowadzenia rozwiązań umożliwiających:

a. Wsparcie ze strony NRA przez:

i. stworzenie funduszu celowego uruchamianego i wykorzystywanego zgodnie z określoną procedurą,

ii. stworzenie instytucjonalnych podstaw wsparcia ze strony wykładowców powołanych i finansowanych przez NRA oraz uruchomienie szkoleń uzupełniających prowadzonych na poziomie krajowym i organizowanych przez właściwe jednostki NRA,

iii. stworzenie mechanizmu dającego w razie potrzeby możliwość szkolenia łączonego w ramach więcej niż jednej izby.

b. Pozyskanie funduszy unijnych przez NRA i poszerzenie zakresu szkolenia zawodowego na obszary związane z prawem europejskim oraz funkcjonowaniem sądów i trybunałów międzynarodowych.

**4.** Powyższe mechanizmy wsparcia chcielibyśmy postrzegać jako komplementarne, nie zaś alternatywne. Mogą być one wykorzystywane w zależności od specyfiki i natężenia problemów szkoleniowych, które napotyka dana izba. Priorytetem w każdym przypadku powinno być bowiem zapewnienie szkolenia na właściwym merytorycznym poziomie. Poziomu tego nie może wyznaczać limit pozyskanych środków z opłat za aplikację, lecz zakres powierzonych zadań publicznych.

**5.** System wykorzystywania środków przeznaczonych na realizację szkolenia aplikacyjnego na poziomie NRA oraz poszczególnych

<sup>5</sup>  $L_a$  – liczba aplikantów,  $O_a$  – opłata za aplikację.

izb w zakresie finansowania zajęć organizowanych przez komisje zajmujące się szkoleniem aplikantów powinien uwzględnić:

a. potrzebę pozyskania merytorycznie kompetentnych, posiadających umiejętności dydaktyczne oraz odpowiednie doświadczenie zawodowe wykładowców – praktyków w danej dziedzinie, dysponujących zarazem odpowiednią wiedzą teoretyczną umożliwiającą objaśnienie skomplikowanych zagadnień związanych z wykładnią i stosowaniem prawa w kontekście rozstrzygania problemów związanych z prawną oceną konkretnych stanów faktycznych,

b. potrzebę pozyskania wykładowców spoza Adwokatury (biegłych, prokuratorów, sędziów, policjantów, aktorów, lekarzy),

c. zdecydowaną preferencję kryteriów merytorycznych przy wyborze wykładowców oraz eliminację przydziału zajęć w oparciu o kryteria drugorzędne w stosunku do kompetencji,

d. wyważenie minimalnej, a zarazem wystarczającej dla realizacji powyższych celów stawki<sup>6</sup>.

## II. RELACJA PATRON–APLIKANT

1. Podstawą modelu aplikacji powinien być stosunek patronatu. Formuła relacji uczeń–mistrz jako podstawa szkolenia aplikacyjnego stanowi najlepszą znaną, choć nie chcemy

twierdzić że doskonałą, metodę nauczania umiejętności praktycznych, co stanowi podstawowy cel aplikacji adwokackiej. Dość przypomnieć, że przed dwoma wiekami w wielu systemach prawnych Europy, w tym także w przedrozbiorowej Rzeczypospolitej, profesjonalni prawnicy zdobywali wiedzę o prawie i umiejętności praktyczne konieczne dla wykonywania pomocy prawnej wyłącznie pod kierunkiem patrona (nawiasem mówiąc, tak w XVIII stuleciu nazywano adwokatów), gdyż na uniwersytetach nie nauczano obowiązującego prawa. Terminowanie u patrona trwało lata. Z czasem model ten udoskonalano, dochodząc do tego, co dziś dominuje w systemach prawnych – dwuetapowego przygotowywania prawników do zawodu, w którym pierwszym etapem są akademickie studia prawnicze, a drugim zdobywanie umiejętności praktycznych pod okiem przedstawicieli obranego zawodu, czy też całego samorządu zawodowego. Od początku funkcjonowania odrodzonej palestry w Rzeczypospolitej Polskiej miała ona właśnie indywidualny, zasadzający się na relacji uczeń–mistrz charakter. Zawodu uczono się od wybitnych adwokatów. To zatem model najlepszy z punktu widzenia celów aplikacji, najskuteczniejszy z perspektywy właściwego przygotowania do praktycznego wykonywania zawodu. Odpowiednio realizowane „terminowanie” u patrona gwarantuje właściwą, bo opartą na obserwacji uczestniczącej i współdziałanie w czynnościach zawodowych,

<sup>6</sup> Niezależnie od tego, że aktualny system kształcenia postuniwersyteckiego w Polsce nie pozwala realizować idei postrzegania godności sędziego jako ukoronowania praktyki zawodowej, to jednak warto dążyć do maksymalnego ujednoczenia rozproszonego systemu szkolenia aplikantów w tych wszystkich sferach, gdzie jest to możliwe, co może przynieść pozytywne efekty. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, potrzebę ujednoczenia kryteriów obowiązujących w trakcie egzaminów wstępnych na poszczególne aplikacje, które powinny opierać się na tej samej skali trudności oraz sposobie i trybie przeprowadzenia egzaminów, umożliwiających tworzenie „listy rankingowej” aplikantów oraz stworzenie możliwości dokonywania swobodnego wyboru aplikacji. Po wtóre, program szkolenia na poszczególnych aplikacjach powinien zostać ujednoczony w tym zakresie, w jakim jest to możliwe bez naruszenia integralności danego typu kształcenia zawodowego. Po trzecie, szkolenia w zakresie warsztatów, konwersatoriów, seminariów *etc.* powinny być prowadzone przez najbardziej kompetentnych i doświadczonych praktyków, co uzasadnia ujednoczenie stawek we wszystkich typach szkolenia. Taki system umożliwia wykorzystywanie w razie potrzeb wykładowców związanych z różnymi formami szkolenia aplikacyjnego, w szczególności zaś wykorzystywanie wykładowców zajmujących się zasadniczo szkoleniem w ramach aplikacji adwokackiej w ramach szkolenia w strukturze Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury oraz wykorzystywanie wykładowców z KSSiP w ramach szkolenia w ramach aplikacji adwokackiej.

formę kontaktu aplikanta z praktyką działalności adwokackiej. Nauka zawodu adwokata polega bowiem na uzyskaniu przez aplikanta niezbędnego minimum umiejętności praktycznych związanych z wykładnią i stosowaniem prawa w odniesieniu do konkretnych stanów faktycznych, relacji z klientem, zasad etyki zawodowej, zagadnień ochrony powierzanej adwokatowi przez mandanta tajemnicy, relacji z innymi adwokatami, organami wymiaru sprawiedliwości, zwłaszcza zaś sądami i prokuraturami, organami administracji *etc.* Nie ma wątpliwości, że umiejętności zawodowe adwokata, do realizacji których przygotowuje ma aplikacja, mają na wskroś praktyczny charakter. W istotnej części opierają się na wypracowanych na przestrzeni lat przez adwokatów standardach postępowania oraz zwyczajach zachowania w określonych sytuacjach, których wyjaśnienie i przekazanie młodszym przedstawicielom palestry możliwe jest w sposób skuteczny wyłącznie w formie współuczestniczenia aplikanta w zdarzeniach procesowych, w których aktualizuje się potrzeba odwołania do określonego standardu, zwyczaju lub reguły. W znacznym zakresie praktyczna nauka zawodu adwokata opiera się na indywidualnych umiejętnościach, zdolnościach i *know-how* patrona. Wszystko to sprawia, że model szkolenia opartego na osobistej relacji patrona i aplikanta ma zdecydowane przewagi nad wszelkimi alternatywnymi formami kształcenia zawodowego.

2. Jednocześnie już wstępna analiza aktualnego konceptu kształcenia aplikacyjnego skonfrontowanego z rzeczywistymi formami i sposobami szkolenia na poziomie izb adwokackich wskazuje, że wymaga ona pewnej modyfikacji zarówno w sferze mechanizmu wyznaczania i monitorowania patronatu, jak i znaczącej intensyfikacji wysiłków wspierających szkolenie przyszłych adwokatów w ramach organów Adwokatury. Trzeba podkreślić, że trudności ujawniają się zwłaszcza w dużych izbach, co wynika przede wszystkim, choć nie wyłącznie, z dużej liczby aplikantów będącej późną reminiscencją szerokiego otwarcia dostępu do

zawodu adwokata przed laty, co stanowi nieustanne źródło różnorodnych komplikacji, niezależnie od tego, że w ostatnich latach w tym zakresie sytuacja uległa pewnej poprawie wraz ze zmniejszeniem liczby aplikantów na poszczególnych latach. Konieczne jest podjęcie zdecydowanych działań w kierunku zapewnienia, by patronat miał charakter rzeczywisty, a nie stanowił jedynie dopełnienia wymogów formalnych.

3. Przyjmując za podstawę modelu szkolenia zawodowego adwokatów indywidualną relację między aplikantem a patronem, niezbędne wydaje się podjęcie starań mających na celu wypracowanie instytucjonalnych mechanizmów wsparcia przygotowania zawodowego i stosownego wynagrodzenia dla aplikantów przygotowujących się do wykonywania zawodu pod kierunkiem i pod nadzorem patronów o mniejszej liczbie klientów lub prowadzących wyspecjalizowaną praktykę. Zasadniczo chodzi tutaj o dwa aspekty. Pierwszy związany ze zwiększeniem atrakcyjności funkcji patrona, mającej na celu stworzenie przesłanek do podejmowania przez sprawujących funkcję mistrza zawodowego czynnych adwokatów zdecydowanie bardziej intensywnych i w znacznym stopniu czasowo angażujących czynności związanych z przekazywaniem wiedzy, umiejętności oraz zasad i reguł wykonywania zawodu. Drugi związany jest z potrzebą stworzenia mechanizmów pozwalających na pełne skoncentrowanie się aplikanta na wykonywaniu czynności zawodowych pod nadzorem i przy wsparciu patrona, zarazem ograniczających konieczność podejmowania przez aplikantów dodatkowych źródeł zarobkowania, mogących pozostawać w kolizji z prawidłową nauką zawodu w ramach patronatu, a w konsekwencji wpływających negatywnie na praktyczne korzyści z zawodowej relacji adwokat–aplikant. W tym zakresie zasadne wydaje się podjęcie starań służących realizacji dwóch celów. Wypracowania systemu adekwatnego wynagrodzenia aplikantów pozostających w stosunku patronackim oraz systemu umożliwiającego wykonywanie przez aplikanta czynności za-

wodowych na rzecz innych adwokatów. Mechanizmem służącym realizacji drugiego ze wskazanych celów mogłyby być tworzone przy radach adwokackich platformy wymiany informacji o potrzebach w zakresie zastępstwa procesowego lub związanych z innymi czynnościami polegającymi na świadczeniu pomocy prawnej ze strony adwokatów niebędących patronami oraz stwarzających możliwość uzyskiwania i wykorzystywania tych informacji przez aplikantów. Mniej efektywnym mechanizmem wydaje się wprowadzenie wymogu, aby aplikant przez określoną część czasu aplikacji obligatoryjnie realizował powierzone czynności w kancelarii patrona. Dostrzegając zalety ściślejszego związania aplikanta z kancelarią prowadzoną przez patrona, nie sposób nie dostrzec, że warunkiem sensownego funkcjonowania tego systemu w praktyce jest stworzenie sprawnego modelu wynagradzania aplikantów za wykonywane przez nich na zlecenie i pod nadzorem patrona czynności zawodowe oraz wszelkie inne działania pozostające w związku ze świadczeniem pomocy prawnej oraz prowadzeniem kancelarii. Trudno nie dostrzec, że w razie braku efektywnie funkcjonującego systemu ekwiwalentnego wynagradzania za czynności aplikantkie mechanizm obligujący aplikanta może okazać się przeciwnie skuteczny.

4. Istotnym elementem modelu kształcenia aplikacyjnego powinno być sygnalizowane już powyżej wzmocnienie pozycji patrona. Wszelkie inne, wykraczające poza relację patron–aplikant formy przekazywania wiedzy i umiejętności stanowić powinny komplementarną i służebną wobec relacji patronackich formę kształcenia zawodowego. Takie podejście przesądza, że pełnienie funkcji patrona w sposób konieczny wiąże się z realizacją szeregu powinności składających się na wieloaspektowy i wielopłaszczyznowy model kształcenia. W obrębie ramowego programu szkolenia aplikantów konieczne jest jasne wyeksponowanie funkcji oraz zadań patrona, określenie instrumentów służących wsparciu powierzonych patronowi funkcji i zadań, a także nadzoru nad sposobem ich realizacji.

5. W związku z wyraźnym naciskiem na funkcje i znaczenie patrona w ramach kształcenia aplikacyjnego poza określeniem zakresu powierzanych mu zadań i czynności niezbędne wydaje się także określenie i egzekwowanie od adwokatów pełniących funkcje patronów wypełniania obowiązków szkoleniowych względem aplikanta, w szczególności zaś m.in. powinności zapewnienia (umożliwienia) aplikantowi uczestniczenia w określonej liczbie posiedzeń, rozpraw sądowych, negocjacji, prac nad konkretnymi pismami procesowymi, umowami, a także przeniesienie na adwokata obowiązku przeszkolenia aplikanta w zakresie np. podstawowych zasad etyki i wykonywania zawodu, zasad prowadzenia kancelarii adwokackiej. W ślad za rozszerzeniem obowiązków patronackich w korespondującym zakresie możliwe byłoby zmniejszenie liczby zajęć szkoleniowych dotyczących tych obszarów. W omawianym zakresie należy raz jeszcze podkreślić, że praktyczne wykształcenie przyszłych adwokatów opierać się musi na wynikających z rozwiązywania konkretnych problemów praktycznych wskazaniach patrona co do określonych standardów etycznych, deontologicznych, administracyjno-technicznych *etc.* Pozwoliłoby to na zmniejszenie kosztów aplikacji oraz stwarzało możliwość zaferowania w to miejsce bardziej wyspecjalizowanych zajęć.

6. Znaczącemu wzmocnieniu ulec powinna kontrola samorządu adwokackiego nad sposobem wykonywania patronatu przez adwokata. Aktualny model polegający jedynie na zdawaniu corocznego pisemnego sprawozdania (oceny aplikanta) jest tylko namiastką tego rodzaju kontroli. Można w tym zakresie rozważyć np. zobowiązanie patrona do uczestniczenia w kolokwium zdawanych przez aplikanta, w celu dostrzeżenia i omówienia braków w zakresie kształcenia aplikanta na każdym etapie szkolenia.

7. Przyjęcie obowiązków w zakresie patronatu powinno być traktowane przez Adwokatów jako aprobatę prawnego obowiązku uczestniczenia w programie aplikacji i zobo-

wiązanie patrona do nauki aplikanta w zakresie niezbędnym do przygotowania do praktycznego wykonywania zawodu. Potrzebne wydaje się wzmocnienie samorządowego nadzoru nad tą relacją. Oczekiwanie i egzekwowanie pewnego programu praktycznego szkolenia „u patrona”, w ramach którego aplikant powinien mieć zapewnioną możliwość zapoznania się z różnymi zróżnicowanymi zagadnieniami, realizowania pewnego „programu” aplikacji. Oczywiście jest, że zakres tego „programu” powinien być na tyle elastyczny, by stwarzał możliwości uwzględnienia specyfiki kancelarii patrona i jej profilu. ORA powinna dysponować mechanizmem kontrolnym (wypracowanym w ramach NRA): celowi temu mogłyby służyć np. spotkania przedstawiciela komisji szkolenia z aplikantem i patronem, prezentacje przygotowanych przez aplikanta projektów dokumentów, wspólna analiza tego, czym się aplikant zajmuje. W przypadku, gdy patron zajmuje się zawodowo ograniczonym przedmiotowo, można wręcz twierdzić bardzo wycinkowym obszarem zagadnień w ramach świadczonej pomocy prawnej, warto rozważyć czasowe „delegowanie” aplikanta do innego patrona itp. W tym zakresie pomocne wydaje się utworzenie platformy przy radach adwokackich, którą wskazano w punkcie 3, której rola rozszerzona zostanie również o możliwość uzgadniania „wymiany” aplikantów przez patronów specjalizujących się w odmiennych dziedzinach prawa. Zasadne wydaje się także skonkretyzowanie kompetencji i doświadczenia zawodowego, jakimi powinien legitymować się patron, co łączyć powinno się z określoną formułą certyfikacji funkcji.

8. Potrzebna wydaje się też istotna zmiana weryfikacji prawidłowości przebiegu aplikacji. Nie jest w tym zakresie wystarczające wykorzystanie standaryzowanego formularza rocznej oceny aplikanta przez patrona. Aktualnie niewiele istotnych informacji z niego wynika, nie podlega on obowiązkowej weryfikacji, nie został także skonstruowany jako narzędzie do przedsięwzięcia istotnych kroków w zakresie ingerencji w stosunek szkolenia.

### III. SZKOLENIE

#### a) wnioski ogólne

1. Urealnienie funkcji i pozycji patrona w ramach szkolenia aplikanckiego, co w sposób nierozzerwalny łączy się z rozszerzeniem zakresu obowiązków patrona w toku szkolenia aplikacyjnego i jednocześnie stwarza możliwość rozważenia modyfikacji i ukształtowania w sposób odmienny od aktualnie przyjmowanego rozkładu szkolenia w czasie trwania aplikacji. W szczególności zmiana w sygnalizowanym powyżej kierunku stwarzałaby możliwości uczynienia z ostatniego semestru szkolenia aplikanckiego okresu służącego do poszerzenia oraz powtórzenia wiedzy i doświadczeń praktycznych w sposób ukierunkowany na wymagania egzaminacyjne. Wydaje się, że w ramach okresu aplikacji istnieją możliwości intensyfikacji zajęć aplikacyjnych. Dotychczasowy program aplikacji mógłby zostać rozłożony w krótszym czasie, co wpłynęłoby na możliwość stworzenia odpowiedniego, objętego jednak programem szkolenia, okresu przygotowań do egzaminu. Jednocześnie przy zagwarantowaniu rzeczywistej realizacji modelu patronatu odmiennie ukształtowany rozkład programowy aplikacji nie powinien mieć negatywnych skutków dla nabycia przez aplikanta praktycznych umiejętności, a wręcz przeciwnie – stwarzać powinien podstawy do zwiększenia efektywności kształcenia zawodowego.

2. Modyfikacja w zakresie rozkładu szkolenia w czasie trwania aplikacji oraz zwiększenie znaczenia szkolenia w ramach praktyki pod nadzorem patrona uzasadniają potrzebę rewizji dotychczasowego modelu obowiązkowych praktyk w sądach i prokuraturze. Merytoryczna ich wartość jest niewielka. Abstrahując od tego, że aplikanci bywają w ich trakcie wykorzystywani do czynności czysto technicznych, potencjalne korzyści z nich wynikające, tj. np. uzyskanie perspektywy sędziowskiej na niektóre zagadnienia prawne, są iluzoryczne. W tym stanie rzeczy należy albo dokonać radykalnej zmiany sposobu odbywania przez apli-

kantów adwokackich praktyk w sądach i prokuraturach, w sposób pozwalający przekształcić te praktyki z całkowicie fikcyjnych, jakimi są obecnie, w praktyki stwarzające podstawy do uzyskania niezbędnego kwantum praktycznej wiedzy, albo doprowadzić do pominięcia tego – w aktualnym kształcie całkowicie zbędnego, bo opartego na pozorach – elementu z zakresu aplikacji adwokackiej<sup>7</sup>.

3. Przygotowanie do wykonywania zawodu powinno również uwzględniać konkretne uwarunkowania wykonywania zawodu w miejscu odbywania aplikacji. Istnieje bowiem zróżnicowanie zarówno w sposobie, jak i polach zawodowej aktywności pomiędzy adwokatami w zależności od miejsca wykonywania zawodu. Inaczej wygląda to w Warszawie, inaczej w dużych miastach, a jeszcze inaczej w pozostałych. Szczegółowe programy aplikacji adwokackich w konkretnych izbach, bazujące jedynie na ramowym planie szkolenia NRA, powinny to uwzględniać.

4. W ramach promowania specjalizacji aplikantów zasadne jest wprowadzenie obok konkursu krasomówczego (niezasadnie obligatoryjnego dla wszystkich aplikantów) alternatywnie innych rodzajów konkursów, które uwzględniałyby różne pola aktywności adwokata, np. konkurs na najlepszą opinię prawną, apelację, skargę kasacyjną, skargę do WSA itp.

5. Uzasadnione wydaje się stworzenie ośrodka szkolenia aplikantów adwokackich, w ramach którego 3–4 razy do roku aplikanci z całej Polski byłiby szkoleni przez wykładowców z różnych izb adwokackich oraz wybitnych specjalistów z różnych dziedzin prawa, posiadających bogate i uznane doświadczenie praktyczne oraz pozycję zawodową, ewentualnie organizacja szkoleń łączonych pomiędzy izbami adwokackimi, w celu wymiany doświadczeń z zakresu praktyki sądowej oraz

integracji środowiska aplikantów na poziomie ponadizbowym. Weryfikacja ramowego planu szkolenia pozwoli na wyeliminowanie tych zagadnień, które aplikant winien poznać podczas studiów, i przesunięcie nacisku na zagadnienia, które mają najistotniejsze znaczenie z punktu widzenia praktyki adwokackiej. Część zagadnień bardziej specjalistycznych może być prowadzona w systemie zajęć łączonych między izbami, co pozwoli na poniesienie poziomu merytorycznego zajęć, a jednocześnie na oszczędzenie środków, dając mniejszym izmom możliwość zapewnienia poziomu kształcenia aplikantów nie niższego niż w większych izbach.

### **b) wykładowcy – dobór, ocena pracy, doksztalcanie, wynagradzanie**

1. Utworzenie przy NRA organu zajmującego się oceną i weryfikacją kompetencji i przydatności poszczególnych osób do pełnienia funkcji wykładowcy w ramach szkolenia aplikanckiego. Do kompetencji takiego organu należałoby przyjmowanie lub zatwierdzanie ramowego programu aplikacji adwokackiej przed przedstawieniem tego dokumentu do zatwierdzenia w formie uchwały Naczelnej Radzie Adwokackiej, a także aprobowanie lub wyrażanie sprzeciwu odnośnie do podejmowanej na poziomie izby decyzji o wpisaniu na listę wykładowców w ramach aplikacji adwokackiej. Funkcjonowanie listy wykładowców w ramach aplikacji adwokackiej powiązane powinno być z zasadą, że warunkiem koniecznym powierzenia danej osobie prowadzenia zajęć w ramach aplikacji adwokackiej jest legitymowanie się przez daną osobę zaaprobowanym przez organ przy NRA wpisem na listę wykładowców.

2. Wprowadzenie obiektywnych kryteriów merytorycznych przy doborze wykładowców.

<sup>7</sup> Na marginesie warto dodać, że zaskakująca jest inicjatywa Ministerstwa Sprawiedliwości w zakresie stworzenia możliwości przeprowadzania aplikacji adwokackiej i radcowskiej przez wydziały prawa przy jednoczesnym braku zdolności i kompetencji do prawidłowej organizacji praktyk aplikantów adwokackich w sądach i prokuraturach. Fakt, że praktyki te mają całkowicie fikcyjny charakter, należy przecież do wiedzy notoryjnej, nie słyszeliśmy jednak, by ktokolwiek odpowiedzialny za kształcenie aplikantów w Ministerstwie Sprawiedliwości podejmował jakiegokolwiek działania zmierzające do zmiany aktualnego stanu rzeczy w tym zakresie.



Osoba aplikująca do miana wykładowcy musiałaby przekazać informację na temat swojej praktyki i doświadczenia i podać konkretne obszary prawa, w których ma ona doświadczenie praktyczne – pozwoliłoby to podnieść jakość szkoleń oraz ułatwiłoby dobór tematu szkolenia do konkretnej osoby. Wypracowanie systemu oceny umiejętności, kompetencji i doświadczenia zawodowego wykładowców, opartego na racjonalnie ukształtowanym systemie niezbędnych informacji przedstawianych przez osoby ubiegające się o pełnienie tej funkcji, a także utworzenie organu na poziomie centralnym, zajmującego się w ramach ukształtowanej procedury podejmowaniem decyzji o wpisie na listę wykładowców w ramach szkolenia aplikanckiego.

3. Opracowanie systemu wymagań i kwalifikacji wykładowców w ramach szkolenia aplikacyjnego, z wyraźnym wskazaniem, że zdecydowany priorytet mają doświadczenie i umiejętności zawodowe kandydata na wykładowcę, zdecydowanie zaś mniej znaczące jest to, jaką funkcję lub pozycję zawodową lub samorządową zajmuje konkretna osoba ubiegająca się o uzyskanie statusu wykładowcy w ramach szkolenia aplikanckiego. Wypracowanie modelu dobierania wykładowców z uwagi na posiadane kompetencje zawodowe przy przyjęciu założenia, że zajęcia specjalistyczne związane z określonymi obszarami stosowania prawa, w wypadkach gdy jest to uzasadnione zakresem przedmiotowym, powinny być prowadzone odpowiednio przez wykładowców posiadających status adwokatów, sędziów, prokuratorów, rzeczników patentowych, biegłych, lekarzy *etc.*

4. Utworzenie centralnej bazy danych wykładowców powiązanej z przyjęciem zasady, że w ramach szkolenia aplikacyjnego zajęcia prowadzone mogą być przez osoby wpisane na listę wykładowców. Utworzenie listy wykładowców służyć powinno zwiększeniu merytorycznych kompetencji osób prowadzących zajęcia z aplikantami, z drugiej w istotnym stopniu ułatwiać międzyizbową wymianę wykładowców dla aplikantów zwłaszcza w tych

obszarach, w których wykładowców brakuje w poszczególnych izbach (np. w WIA – z zakresu prawa administracyjnego).

5. Wprowadzenie elektronicznego formularza – anonimowej ankiety oceny wykładowców przez aplikantów – obowiązkowego do wypełnienia przez aplikantów.

6. Wprowadzenie systemu okresowej obowiązkowej oceny wykładowców przez podmiot posiadający kompetencje do podejmowania decyzji o wpisie na listę wykładowców w ramach aplikacji adwokackiej, a także we właściwym zakresie przez rady adwokackie, w tym w szczególności działające w ramach struktur samorządowych komisje szkolenia aplikantów, z uwzględnieniem w szczególności ocen aplikantów.

7. Wprowadzenie rejestracji audio przebiegu zajęć szkoleniowych oraz stworzenie systemu udostępniania możliwości odtworzenia zajęć przez aplikantów. Realizacja tego celu łączy się ze stworzeniem ogólnopolskiego systemu zawierającego zarejestrowane zajęcia dla aplikantów, umożliwiającego ich wykorzystywanie w różnych obszarach, w tym w szczególności w zakresie przygotowania do egzaminu adwokackiego oraz wsparcia tych izb, które nie dysponują odpowiednim zestawem wykładowców w zakresie poszczególnych modułów szkolenia aplikacyjnego. Stworzenie krajowej bazy informatycznej zawierającej zarejestrowanej zajęcia prowadzone dla aplikantów w danym roku szkoleniowym, umożliwiające wykorzystywanie nagrań z zajęć w celach repetytoryjnych przez aplikantów oraz ewentualnie wykorzystywanie nagrań dla potrzeb przedstawienia określonej tematyki w izbach niedysponujących odpowiednimi wykładowcami z zakresu danej dyscypliny.

8. Ustalenie bazowego wynagrodzenia wykładowców za przeprowadzenie zajęć – na poziomie ogólnopolskim – zgodnie z założeniami przedstawionymi powyżej. Wraz z ustaleniem kwoty bazowej konieczne jest ustalenie czynników wpływających na podwyższenie tego wynagrodzenia (np. za szkolenie przeprowadzone w innej izbie – 150% kwoty bazowej).

### c) tematyka zajęć

1. Aplikacja powinna stanowić kolejny etap, po wstępnym ukierunkowaniu w toku studiów prawniczych, w którym aplikant podejmowałby decyzje o swojej przyszłej specjalizacji zawodowej. Organizacja programu szkolenia powinna również wychodzić temu naprzeciw. Poza właściwie opracowanym programem obowiązkowym opartym na praktycznych założeniach (por. wyżej) program aplikacji powinien oferować szereg form zajęć (np. w formie warsztatów, konwersatoriów, zajęć opartych na modelu *case studies*, seminariów), przy założeniu, że zasadniczo zajęcia realizowane powinny być w niewielkich grupach (nieprzekraczających kilkunastu aplikantów) dostosowanych do przedmiotu i charakterystyki określonego etapu szkolenia. Zasadne wydaje się także stworzenie możliwości wskazywania przez aplikantów preferowanego sposobu prowadzenia zajęć, z uwzględnieniem wybranej przyszłej specjalności zawodowej (możliwe jest zorganizowanie i sfinansowanie tych zajęć w części na poziomie NRA).

2. Tematyka zajęć oraz wykorzystywana metodyka ich przeprowadzania, a także forma powinny uwzględniać oczywisty z punktu widzenia szkolenia postuniwersyteckiego fakt, że adresatami tego typu kształcenia są absolwenci wydziałów prawa, posiadający na niezbędnym poziomie wiedzę z zakresu prawa na poziomie ogólnym dotyczącym systemu obowiązującego prawa, przyjmowanych modeli wykładni, a także w niezbędnym dla kształcenia uniwersyteckiego zakresie wiedzę o sposobach stosowania prawa w praktyce. To założenie przesądza, że zajęcia w ramach aplikacji adwokackiej muszą być ukierunkowane na przedstawienie wiedzy i stworzenie podstaw do uzyskania przez aplikantów umiejętności w zakresie praktycznego stosowania prawa, tj. w obszarze związanym z oceną konkretnych układów faktycznych w perspektywie prawidłowo zrekonstruowanych norm konkretno-indywidualnych. Kształtując program przedmiotowy aplikacji adwokackiej, należy założyć, że aplikanci posiadają wiedzę o obowiązujących regulacjach praw-

nych, dysponują umiejętnością wyszukiwania w dostępnych zbiorach źródeł stanowiących podstawę rekonstrukcji konkretno-indywidualnych norm, posiadają umiejętności wyszukiwania odpowiedniej literatury oraz orzecznictwa. Posiadają także wiedzę o koncepcjach wykładni i sposobach ich stosowania w procesie rekonstrukcji norm z obowiązujących przepisów. Model zajęć powinien tym samym opierać się na założeniu, że ich przedmiotem jest analiza i sposób rozwiązania konkretnego problemu analizowanego na kanwie rzeczywistego lub fikcyjnego stanu faktycznego. Zasadniczo wydaje się, że w ramach szkolenia aplikacyjnego nie ma miejsca na wykłady poświęcone analizie ogólnej określonych konstrukcji czy też regulacji prawnych, zbliżone treściowo do wykładów prowadzonych w ramach wyższych studiów prawniczych. Pozwala to przyjąć silne założenie, że jeśli nie wszystkie, to zdecydowana większość zajęć dla aplikantów oparta powinna być na metodzie *case studies*. Przyjęcie tego założenia nie przesądza oczywiście o formie zajęć, pozostawiając do wyboru zajęcia typu seminaryjnego, konwersatoryjnego, warsztatowego *etc.*

3. Zajęcia prowadzone dla aplikantów co do zasady powinny opierać się na opracowanym przez prowadzącego i przekazanym z odpowiednim wyprzedzeniem wykazie niezbędnego dla poznania i opanowania określonego zagadnienia: orzecznictwa i piśmiennictwa, ze wskazaniem pozycji, które powinny zostać poddane analizie przez aplikantów przed wyznaczonymi zajęciami. Obligatoryjnym elementem zajęć typu warsztatowego, seminaryjnego, konwersatoryjnego *etc.* powinna być prowadzona we właściwej formie, wzorem systemów anglosaskich, weryfikacja znajomości przez aplikantów materiału objętego zakresem obowiązkowej lektury przed zajęciami.

4. Obowiązkowym elementem zajęć powinna być właściwie zaprojektowana praca własna aplikantów, zasadniczo polegająca na autorskim opracowaniu i rozwiązaniu określonego zagadnienia związanego z wykładnią i stosowaniem prawa na bazie konkretnego stanu faktycznego. Materiały opracowane przez

aplikantów powinny stanowić przedmiot pogłębionej analizy i uwag przedstawianych przez prowadzącego.

5. Zajęcia te powinny w sposób pogłębiony przedstawiać wybraną problematykę z uwzględnieniem wszystkich aspektów normatywnych mających znaczenie dla rozstrzygnięcia konkretnego problemu. Podstawowym założeniem zajęć prowadzonych w ramach aplikacji adwokackiej powinna być ich interdyscyplinarność, uwzględniająca właściwości i charakterystykę podejścia do wykładni i stosowania prawa w praktyce, w której zasadniczo nie występują jako odrębne i samodzielne problemy wypreparowane zagadnienia z obszaru poszczególnych działów prawa z uwzględnieniem podziałów na prawo procesowe i materialne, ale pojawiają się co do zasady złożone, wieloaspektowe i wielopłaszczyznowe zagadnienia, wymagające jednoczesnego uwzględnienia regulacji zaliczanych do różnych działów prawa. Jedynie tytułem przykładu można wskazać, że zajęcia w ramach szkolenia aplikantów mogłyby dotyczyć np. obrony w sprawach karnych gospodarczych, problematyki ochrony własności intelektualnej i przemysłowej w ramach procesu cywilnego, sposobów formułowania roszczeń w sprawach z zakresu ochrony środowiska, problematyki reprezentacji osób pokrzywdzonych błędami lekarskimi w zakresie postępowania cywilnego, reprezentacji osób pokrzywdzonych błędami lekarskimi w ramach postępowania karnego, ochrony danych osobowych w ramach postępowania, sposobów wykorzystywania regulacji ze sfery prawa Unii Europejskiej w procesach cywilnych, karnych i administracyjnych, przeciwdziałanie dyskryminacji (część z tych szkoleń może być współfinansowana ze środków UE).

6. Poza jednolitym dla aplikantów w całym kraju programem zajęcia dodatkowe organizowane w poszczególnych izbach powinny tak kształtować swoją ofertę, aby ta uwzględniała potrzeby miejscowego rynku. Aplikanci mieliby zatem wybór spośród oferowanych zajęć „dodatkowych”, które łącznie składałyby się, w końcowej fazie aplikacji, na kolejny, piąty

blok zajęć (fakultatywnych, dedykowanych) o wyższym stopniu wyspecjalizowania, stanowiących „przedsionek” przyszłej specjalizacji zawodowej aplikantów.

7. Program aplikacji powinien:

a. uwzględniać zasadę jedności systemu prawa i w konsekwencji przyjęcie, że regulacje ze sfery prawa materialnego oraz prawa procesowego stanowią elementy, z których rekonstruowane są normy stanowiące wzorce normatywne służące do rozstrzygania jednostkowych przypadków, a tym samym opierać się na założeniu całkowitego odejścia od funkcjonującego w ramach kształcenia uniwersyteckiego podziału na prawo materialne, procesowe oraz wykonawcze i w konsekwencji odseparowanego omawiania zagadnień należących do tak wyodrębnionych obszarów z pominięciem innych sfer. Podstawą kształcenia aplikacyjnego powinno być oczywiste z punktu widzenia praktyki stosowania prawa założenie, że prawo materialne i procesowe w każdym z wyodrębnianych działów prawa traktować należy jako elementy spójnego, powiązanego relacjami materialnymi i funkcjonalnymi systemu prawa;

b. uwzględniać zjawisko multicytryczności systemu prawa oraz jego znaczenie w procesie rekonstrukcji i stosowania norm w praktyce, a w konsekwencji brać pod uwagę znaczenie norm prawa europejskiego w odniesieniu do każdego analizowanego przypadku z uwzględnieniem konstytucyjnych reguł kolizyjnych oraz sposobów ich wykorzystywania w praktyce;

c. uwzględniać znaczenie Konstytucji jako najważniejszego aktu prawnego w zakresie hierarchicznie ukształtowanego systemu, zasady wykładni w zgodzie z Konstytucją oraz wykładni prokonstytucyjnej, a także problematykę norm konstytucyjnych jako podstawy odmowy zastosowania w wyjątkowych przypadkach normy ustawowej niedającej się pogodzić w procesie wykładni z zasadami lub regulacjami konstytucyjnymi;

d. obejmować wyłącznie zagadnienia praktyczne, wytyczone adwokacką prakty-

ką i orzecznictwem sądowym; proponowane w tym opracowaniu podejście wymaga wprowadzenia zasadniczych zmian do istniejącego ramowego planu szkolenia NRA; modyfikacje programu szkolenia powinny obejmować przede wszystkim sposób podejścia do poszczególnych zagadnień, poprzez przyjęcie zasady, że w każdym możliwym przypadku zajęcia oparte powinny być na analizach odnoszonych do konkretnego stanu faktycznego, ponadto należy zasadniczo przeformułować sposób ujęcia poszczególnych modułów przedmiotowych poprzez odrzucenie powielania struktury przyjmowanej w ramach kształcenia uniwersyteckiego oraz przyjęcie założenia opartego na analizie przypadków wzorcowych z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych i mogących mieć znaczenie elementów systemu prawa, w szczególności zaś reguł materialnoprawnych i procesowych, a także regulacji prawa Unii Europejskiej i Konstytucji RP. Podkreślenia wymaga, że obowiązujący ramowy plan szkolenia jest w tym zakresie pewną przeszkodą i wymaga zmian; niemniej przydatne w tym zakresie mogą okazać się plany szkolenia izby warszawskiej i izby poznańskiej uprzątnięte w możliwym zakresie teoretyczne ramy zakreślone ramowym planem NRA;

e. ramowy program szkolenia, a w konsekwencji plany szkolenia przyjmowane przez poszczególne izby powinny odstąpić od funkcjonującego przez lata modelu nawiązywania do systematyki kodeksowej lub programu uniwersyteckiego w zakresie kształtowania przedmiotowego podziału zajęć; tradycyjny podział winien obejmować tylko 4 podstawowe bloki wyznaczone gałęziami: (1) prawo i postępowanie karne, (2) prawo i postępowanie cywilne, (3) prawo gospodarcze i procedury, (4) prawo i postępowanie administracyjne oraz sądowniczo-administracyjne z uwzględnieniem prawa podatkowego; przy oczywistym, sygnalizowanym już powyżej, założeniu, że w odniesieniu do każdego z bloków tematycznych należy uwzględnić w niezbędnym zakresie regulacje konstytucyjne oraz rozwiązania z zakresu pra-

wa Unii Europejskiej, oparte na odpowiednio dobranym orzecznictwie oraz literaturze przedmiotu powiązanej z wybranym zagadnieniem szczegółowym z danej dziedziny prawa;

f. poza ukształtowanym w sposób jednolity dla wszystkich izb programem obowiązkowym koncepcja programowa szkolenia aplikantów powinna stwarzać możliwość przedstawienia oferty uzupełniającej odpowiadającej potrzebom specjalizacyjnym danego regionu, wyborowi aplikantów oraz specyfice lokalnego rynku usług prawnych. Takie podejście oznacza potrzebę częściowej decentralizacji programu aplikacji adwokackiej, z równoczesnym pozostawieniem inicjatywy w tym zakresie poszczególnym izbom (np. w ramach szkolenia izb nadmorskich obejmować zagadnienia z zakresu prawa morskiego, w izbach śląskich problematykę prawa wydobywczego *etc.*, w województwach przygranicznych adekwatne mogłyby być zajęcia dotyczące przestępczości trans- i okołogranicznej, podczas gdy w Warszawie dotyczące prawa rynków kapitałowych); częściowa decentralizacja programu szkolenia powodowałaby – co oczywiste – powstawanie pewnych różnic pomiędzy ofertą aplikacyjną poszczególnych izb, co z kolei stanowiłoby wartościową podstawę do międzyizbowych spotkań aplikantów, jako platformy wymiany tak uzyskiwanej wiedzy i umiejętności, czy też szkoleń łączonych;

g. skoncentrowanie programu szkolenia na zagadnieniach praktycznie doniosłych w zawodzie adwokata, obok przekazania koniecznej wiedzy, powinno kłaść nacisk na uzyskanie odpowiednich umiejętności i stosowanie odpowiedniej metodyki postępowania, np. korzystanie z konsensualnych sposobów kończenia postępowania, formułowanie środków odwoławczych, doradztwo osobom odbywającym karę, analiza opinii biegłych, przesłuchanie świadka/biegłego itp.;

h. odpowiadające potrzebom szkoleniowym aplikantów byłoby przeznaczenie zajęć w II semestrze III roku aplikacji na repetytoria – w tym zakresie zorganizowanie zajęć z zakresu sporządzania apelacji, skarg kasacyjnych

i opinii prawnych w dwóch ujęciach – przez adwokatów i przez sędziów; zajęcia winny być kazuowe;

i. znajomość problematyki etyki wykonywania zawodu adwokata oraz standardów deontologicznych powinna być co do zasady weryfikowana w toku egzaminu adwokackiego przy okazji rozstrzygnięcia konkretnych problemów wykładniczych i z zakresu stosowania prawa na bazie przygotowanego stanu faktycznego (specyficznie dedykowaną etyce adwokackiej część egzaminu adwokackiego powinna zastąpić część ustna); w bazowym zakresie dotyczącym ogólnej wiedzy z zakresu etyki zawodowej adwokata zasadniczą rolę powinno odgrywać weryfikowanie kompetencji i umiejętności aplikanta oraz sprawdzanie jego wiedzy z zakresu zasad etyki w toku kolokwium. Kluczowe w tym zakresie jest zapoznanie aplikantów z procedurą postępowania:

– w przypadku zgłoszenia się kolejnego pełnomocnika,

– w przypadku podejmowania przez organy prób naruszenia tajemnicy adwokackiej,

– w przypadku przeszukania kancelarii lub żądania wydania dokumentów przez organy, tematyka zajęć z etyki powinna uwzględniać kontekst nowych technologii oraz nowych zjawisk społecznych dotyczących funkcjonowania adwokatury – np. udzielanie porad prawnych *on-line*, prowadzenie kancelarii w ramach biura wirtualnego, korzystanie z usług hostingowych, zewnętrznych serwerów w kontekście tajemnicy adwokackiej, ochrony danych osobowych w kancelarii adwokackiej;

j. zasadne jest także wprowadzenie do planu zajęć:

– praktycznych z zakresu przygotowania umów, wniosków do KRS oraz wniosków o wpis w księdze wieczystej,

– praktycznych na temat postępowania dyscyplinarnego w adwokaturze – być może warto byłoby także wprowadzić wymóg uczestnictwa przez aplikanta w takiej rozprawie, np. w charakterze protokolanta – przynajmniej raz w ciągu aplikacji,

– na temat podstaw angielskiego języka

prawniczego, ewentualnie prowadzenie stałych kursów takiego języka lub innych języków obcych w zależności od preferencji izb adwokackich,

– szkoleniowych z obszarów okołoprawnych – z podstaw rachunkowości, metodyki pracy biegłych w sprawach gospodarczych, wyceny nieruchomości itp.,

– z zakresu *soft skills*, tj. udział w mediach, prowadzenie negocjacji, kontakty z mediami, marketing usług prawnych, publiczne wystąpienia itp.

8. Rozważenia nadto wymaga wprowadzenie obok lub w części w miejsce praktyk w prokuraturze i sądach kilkugodzinnych zajęć w sądach obejmujących szkolenie organizacyjne, funkcjonowanie sekretariatów, BOI, kancelarii tajnej itp.

#### d) metodyka prowadzenia zajęć

1. Szkolenie powinno mieć charakter zawodowy, nie naukowy. Model aplikacji adwokackiej musi opierać się na założeniu, że ma ona stanowić etap przygotowujący do praktycznego wykonywania zawodu. Nie ma zatem być kolejną szkołą prawa opartą na modelu uniwersyteckim ani rodzajem studiów podyplomowych, które koncentrują się na pogłębianiu wcześniej nabytej wiedzy o prawie. Istnienie egzaminu wstępnego weryfikującego wiedzę prawniczą pozwala na przyjęcie założenia, że każdy aplikant dysponuje pewnym – przynajmniej podstawowym – zasobem koniecznej wiedzy, który należy egzekwować, a nie powielać w toku szkolenia aplikacyjnego. Należy również wyjść z założenia, że każdy absolwent prawa posiada również zdolność i umiejętność samodzielnego pogłębiania wiedzy. Powyższe założenia wskazują na konieczność przemodelowania programu aplikacji. Nie ma żadnego uzasadnienia powtórne omawianie z aplikantami ogólnych tematów mieszczących się w podstawowym kursie prawa w trakcie studiów (np. z obowiązującego ramowego programu szkolenia: środki przymusu w postępowaniu karnym, przedawnienie, zatarcie skazania, wyłączenie odpowiedzialności kar-



nej i wiele innych), nawet jeżeli omówienie to ma charakter pogłębiony w porównaniu z programem studiów.

2. Można zaproponować dostosowanie sposobu prowadzenia zajęć do potrzeb kształcenia praktycznego, przykładowo poprzez stopniowe przystosowywanie zajęć do następującego układu: w ramach bloku zajęciowego (1,5 godziny zegarowej) 1/3–1/2 czasu zajęć poświęcona jest omawianiu zagadnień, pozostała część zajęć przeznaczona jest na rozwiązywanie przypadków. Wykładowca unika powtarzania materiału, który aplikanci powinni przyswoić na studiach:

- część pierwsza powinna polegać na przedstawieniu przez wykładowcę konkretnych zagadnień prawnych, mieszczących się w granicach tematu na bazie opracowanego na potrzeby zajęć stanu faktycznego; omawiane zagadnienia winny być oparte na aktualnym orzecznictwie lub na przypadkach z praktyki wykładowcy, bazą zaś winien być konkretny stan faktyczny;

- część przypadkowa – aplikanci otrzymują materiał w postaci wydruku przypadków (kazus może być przesłany na platformie e-dziennik wraz z zestawieniem aktów prawnych, koniecznych do rozwiązania przypadku); w oparciu o materiał omówiony na zajęciach aplikanci podejmują samodzielne próby rozwiązania przypadków; po przedstawieniu propozycji przez aplikantów wykładowca omawia możliwe prawidłowe rozwiązania.

3. Przykładowy sposób prowadzenia zajęć (w przypadku tematów, które nadają się do omówienia w ten sposób) może też wyglądać następująco:

- omówienie pozwu/wniosku wraz z ustaleniem właściwości sądu, stron postępowania, wartości przedmiotu sprawy, *petitum* pozwu, uzasadnienia,

- omówienie możliwych sposobów odparcia argumentów pozwu/wniosku (odpowiedź na pozew, wnioski, zarzuty),

- położenie nacisku na formułowanie zarzutów apelacyjnych w poszczególnych sprawach.

4. Prowadzenie zajęć powinno zakładać interakcję z aplikantami, nie może to być wykład, odczyt itp.; wykładowca powinien aktywizować aplikantów, korzystając z odpowiednich do tego celu narzędzi dydaktycznych do nauki osób dorosłych.

5. Nie jest celowe przeprowadzanie symulacji całych rozpraw sądowych, albowiem aplikanci winni brać udział w rozprawach w ramach współpracy z patronem. Ewentualne symulacje winny zostać ograniczone do kluczowych fragmentów rozpraw (zgłaszanie wniosków dowodowych lub procesowych, formułowanie pytań, przesłuchanie biegłego, przedstawienie zarzutów i wniosków apelacyjnych). Wskazane jest nadto przeprowadzanie symulacji czynności, z którymi aplikanci mogą nie mieć styczności podczas odbywania aplikacji u patrona, a z którymi mogą zetknąć się w praktyce (symulacja zgromadzeń wspólników, symulacja mediacji, symulacja rozpraw przed sądem polubownym, symulacja rozpraw przed KIO).

#### e) weryfikacja wiedzy aplikantów

1. Przeprowadzanie kolokwium i sprawdzianów powinno być dokonywane, co do zasady, w formule ustnej w postaci losowanych pytań i przypadków, przy czym na zestaw trzech zagadnień dwa powinny stanowić przypadki oparte na stanie faktycznym, a jedno – pytanie praktyczne. W izbie warszawskiej, z uwagi na praktyczną niemożność prowadzenia ustnych kolokwium z uwagi na liczbę aplikantów, doraźnie można poprzestać na formule pisemnego przypadku; wskazane jednakże byłoby zapewnienie weryfikacji ustnych wypowiedzi w ramach stosunku patronatu.

2. Należy całkowicie zrezygnować z pytań teoretycznych (czy nawet przypadków stanowiących jedynie zaważoną postać pytań teoretycznych) na rzecz pytań weryfikujących praktyczne umiejętności i znajomość metodyki postępowania w określonych problemowych sytuacjach z praktyki adwokackiej.

3. Wprowadzenie egzaminu polegającego na sporządzeniu apelacji, skargi kasacyjnej,



odwołania itp. na koniec każdego roku szkoleniowego – z dziedziny objętej planem szkolenia w danym roku.

4. Wprowadzenie do programu szkolenia próbnych egzaminów adwokackich pod koniec III roku (lub po zakończeniu aplikacji jako dobrowolne).

#### IV. SAMORZĄD APLIKANTÓW

1. Zasadne jest stworzenie samorządu aplikantów adwokackich w każdej izbie adwokackiej – z głosem doradczym w sprawach dotyczących aplikacji adwokackiej. Taki samorząd został stworzony w izbie poznańskiej, funkcjonuje w oparciu o model samorządu adwokackiego. Wyłoniona reprezentacja samorządu aplikanckiego w toku zgromadzenia aplikantów pozostaje w stałym kontakcie z przedstawicielami samorządu adwokackiego.

2. Potrzebne jest wyposażenie organów samorządu aplikantów w budżet przeznaczony na cele szkoleniowe, organizacyjne oraz połączone z tymi celami – cele integracji środowiska aplikantów.

3. W ślad za powyższym powinno nastąpić ustanowienie w każdej izbie konkretnego adwokata – członka ORA lub komisji szkolenia aplikantów – opiekuna samorządu aplikantów.

4. Zasadne jest utrzymanie funkcjonowania samorządu aplikantów i stałych (2–3 razy do roku) spotkań przedstawicieli samorządu aplikanckiego z komisją szkolenia aplikantów. Na

spotkaniach badany jest poziom zadowolenia aplikantów z przebiegu szkolenia, aplikanci przedstawiają swoje propozycje dotyczące programu szkoleń i integracji.

Przedstawione wyżej propozycje nie aspirują do wyczerpującego, kompleksowego uregulowania problemów związanych z kształceniem aplikantów. Wydaje się jednak, że odrywają spojrzenie na sposób prowadzenia aplikacji od przyzwyczajzeń istniejących w konserwatywnej strukturze kształcenia aplikantów oraz od naturalnej niechęci struktury samorządowej do dokonywania zmian w obszarach objętych przyzwyczajeniami. Wydaje się jednak, że autorefleksja i nowe spojrzenie na model kształcenia aplikantów jest w dzisiejszej rzeczywistości absolutnie konieczne, jeśli Adwokatura chce zapewnić atrakcyjność swej oferty i przekonać do tego, o czym niżej podpisani są w pełni przekonani. Mianowicie że aplikacja adwokacka to najlepszy i jedyny efektywnie przygotowujący do praktycznego wykonywania zawodu sposób uzyskania tytułu zawodowego adwokata. Zarazem brak analizy i debaty w określonym wyżej obszarze spowodować może efekt w postaci zakonserwowania tradycyjnego i przystającego do przyzwyczajzeń modelu kształcenia aplikantów. Kontrastującego mocno z dynamicznym rozwojem życia gospodarczego i praktyki obrotu. W konsekwencji zaś pozostającego w zbyt dużej odległości od wyprzedzających go potrzeb dynamicznie rozwijających się aplikantów.

*Michał Majczyna, Jacek Matarewicz*

## **GŁOSA DO WYROKU TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UE Z 4 PAŹDZIERNIKA 2017 R., C-164/16<sup>1</sup>**

Teza głosowanego wyroku:

**Wyrażenie „umowa najmu (...), która zawiera klauzulę o przeniesieniu własności w następstwie normalnych zdarzeń nie później niż z chwilą zapłaty ostatniej raty”, użyte w art. 14 ust. 2 lit. b dyrektywy Rady 2006/112/WE z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej – dalej: dyrektywa 2006/112 – należy interpretować w ten sposób, że znajduje ono zastosowanie do umowy wzorcowej najmu z opcją wykupu, jeżeli z warunków finansowych umowy można wywnioskować, iż skorzystanie z opcji jawi się jako jedyny gospodarczo racjonalny wybór, którego leasingobiorca może dokonać w odpowiednim czasie, jeżeli umowa została do końca wykonana, czego zbadanie należy do sądu krajowego.**

Głosowany wyrok zasługuje na obszerny komentarz z wielu powodów. Trybunał Sprawiedliwości UE odniósł się w nim bowiem do często występującego w praktyce prawa podatkowego problemu opodatkowania VAT leasingu z opcją wykupu. Zagadnienie to jest wieloaspektowe. Nie ogranicza się wyłącznie do przepisów regulujących zharmonizowany podatek od wartości dodanej (w Polsce podatek od towarów i usług), ale również do zagadnień z zakresu rachunkowości, przepisów podatków dochodowych (nieharmonizowanych na poziomie UE) czy przepisów prawa prywatnego (różniących się w poszczególnych państwach członkowskich).

Istota sporu w tej sprawie wiązała się z odpowiedzialnością na pytanie, kiedy umowę leasingu, która zawiera klauzulę o przeniesieniu własności w następstwie normalnych zdarzeń nie później niż z chwilą zapłaty ostatniej raty, należy traktować jako dostawę towarów w rozumieniu dyrektywy Rady 2006/112/WE z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej<sup>2</sup>. Rozstrzygnięcie tej kwestii wymagało wzięcia pod uwagę wielu aspektów. Istotne było odniesienie się do podziału umów leasingu na finansowy i operacyjny. Następnie konieczne było przeanalizowanie rodzajów i definicji czynności opodatkowanych w dyrektywie VAT. W tle tego

<sup>1</sup> LEX nr 2363105.

<sup>2</sup> Dz.U. UE. L 2006, nr 347 poz. 1 ze zm.; dalej: dyrektywa VAT.

pozostawały inne istotne okoliczności, takie jak zróżnicowanie prawnych regulacji umów leasingu (najmu) na gruncie prawa prywatnego i publicznego poszczególnych państw UE czy uwzględnienie leasingu wg standardów rachunkowości. Wreszcie znaczące było ustalenie, na ile strony umowy leasingu mają swobodę w ustalaniu podatkowych zasad rozliczeń tej umowy.

Na wstępie wymaga zaznaczenia, że uzasadnienie głosowanego wyroku jest dość związane. Trybunał nie odniósł się szczegółowo do wszystkich poruszonych zagadnień. Szersze ich rozwinięcie miało natomiast miejsce w opinii Rzecznika Generalnego Macieja Szpunara wydanej w tej sprawie.

Analiza omawianego wyroku z punktu widzenia polskiego obrotu prawnego jest konieczna, ponieważ ewentualne rozszerzenie kręgu sytuacji, w których wydanie przedmiotu leasingu stanowi dostawę towarów w rozumieniu przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, skutkowałoby zmianą zasad rozliczeń w VAT tych czynności u polskich podatników. Wnioski wypływające z tego wyroku mają więc doniosłe znaczenie zarówno dla leasingodawców, jak i leasingobiorców.

## STAN FAKTYCZNY

Komentowane orzeczenie zostało wydane na tle postępowania prowadzonego przez organ podatkowy Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii (Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs, dalej: HMRC) wobec podatnika działającego w branży finansowej (Mercedes-Benz Financial Services UK Ltd, dalej: MBFS). Spór ten sprowadzał się do konieczności ustalenia, jak należy traktować umowę wzorcową najmu (leasingu), w której nie zawsze dochodziło do przeniesienia własności towaru na rzecz leasingobiorcy. Powstała bowiem wątpliwość, czy należy tę czynność traktować jako odpłatną dostawę towarów, czy jako świadczenie usług.

Stan faktyczny sprawy przedstawiał się na-

stępująco. MFBS oferowało trzy rodzaje umów użytkowania pojazdów, które łączyła okoliczność, że właścicielem pojazdu przez cały okres obowiązywania umowy był finansujący. Korzystający był zaś obowiązany do opłacania miesięcznych rat z tytułu korzystania z pojazdu.

W pierwszej z umów, zwanej „Leasing”, nie dochodziło do przeniesienia własności pojazdu. Umowa określała również maksymalny przebieg pojazdu, po przekroczeniu którego korzystający zobowiązany był do uiszczenia dodatkowej opłaty. HMRC oraz MFBS były zgodne, że umowę wzorcową „Leasing” należy traktować jako świadczenie usług, opodatkowane w odniesieniu do każdej opłaty miesięcznej, stosownie do treści art. 64 dyrektywy VAT.

Druga umowa, zwana „Hire Purchase”, przewidywała przeniesienie własności. Kwota uiszczonych miesięcznych opłat miała odpowiadać zasadniczo całkowitej cenie sprzedaży pojazdu wraz z kosztami finansowania. Przy czym, aby zostać właścicielem pojazdu po upływie obowiązywania umowy, należało do niej dodać wyłącznie niewielką kwotę, tj. „opłatę za opcję wykupu”. Końcowa opłata została przewidziana w umowie i nie zależała od skorzystania z opcji. Co do zasady opłata ta była pobierana automatycznie z rachunku klienta wraz z ostatnią miesięczną ratą i dochodziło wówczas do przeniesienia własności. Jednakże zgodnie z prawem ochrony konsumentów w Zjednoczonym Królestwie klient mógł w praktyce uchylić się od zapłaty opłaty końcowej i wypowiedzieć tę umowę. Strony postępowania były zgodne, że umowa wzorcową „Hire Purchase” stanowiła dostawę towarów w rozumieniu art. 14 ust. 2 lit. b dyrektywy VAT. Oznaczało to, że stosownie do treści art. 63 dyrektywy VAT podatek od tej umowy jest należny w całości w chwili wydania pojazdu, a podstawę opodatkowania stanowi całkowita cena dostawy.

Przedmiot sporu między HMRC a MFBS stanowiła jednak trzecia umowa, zwana „Agility”. Ona również przewidywała przeniesienie własności. W umowie tej raty były zasadniczo niższe niż w umowie „Hire Purchase”, tak że

ich łączna kwota stanowiła wyłącznie około 60% ceny sprzedaży pojazdu wraz z kosztami finansowania. Jeżeli użytkownik chciał skorzystać z opcji wykupu pojazdu, musiał zapłacić około 40% ceny sprzedaży. Kwota opłaty końcowej „odpowiadała szacunkowej średniej wartości rezydualnej pojazdu w chwili zakończenia umowy”. Trzy miesiące przed zakończeniem umowy klient otrzymywał pytanie, czy zamierza skorzystać z opcji wykupu. Zgodnie z ustaleniami brytyjskiego sądu odsyłającego prawie połowa leasingobiorców korzystała z opcji wykupu.

MFBS twierdziła, że umowę „Agility” należało traktować na gruncie VAT jako świadczenie usług, ponieważ umowa ta nie przewidywała każdorazowo przeniesienia własności. Stąd też VAT należny był wyłącznie w odniesieniu do każdej miesięcznej raty pobieranej od korzystającego.

HMRC zakwestionował powyższe stanowisko podatnika, wskazując, że wydanie towarów na podstawie umowy wzorcowej „Agility” powinno być traktowane jako dostawa towarów. W konsekwencji organ podatkowy zażądał od MFBS zapłaty całkowitej kwoty podatku od chwili wydania pojazdu na mocy tej umowy.

First-tier Tribunal Tax Chamber (dalej: Sąd pierwszej instancji) oddalił żądanie MFBS. Podatnik zaskarżył to rozstrzygnięcie do Upper Tribunal Tax and Chancery Chamber (dalej: Sąd drugiej instancji), który uwzględnił odwołanie MFBS.

Następnie organ podatkowy zaskarżył rozstrzygnięcie Sądu drugiej instancji do Court of Appeal England & Wales Civil Division (dalej: Sąd odsyłający). Sąd ten skierował pytania prejudycjalne do TSUE, sprowadzające się głównie do ustalenia na potrzeby zawisłej sprawy prawidłowej wykładni ujętego w art. 14 ust. 2 lit. b dyrektywy VAT sformułowania: „umowa, która zawiera klauzulę o przeniesieniu prawa własności w następstwie normalnych zdarzeń nie później niż z chwilą zapłaty ostatniej raty”.

Odpowiadając na pytania prejudycjalne, Trybunał Sprawiedliwości UE zaznaczył, że

będącą przedmiotem sporu umowę „Agility” należy zaliczyć do umów zwyczajowo zwanych umowami leasingu finansowego. Trybunał podkreślił przy tym, że kwalifikacja umowy jako umowy leasingu finansowego nie oznacza automatycznie, że stanowi ona dostawę towarów. Do takiej klasyfikacji konieczne jest bowiem ustalenie, czy przedmiotem takiej umowy jest najem zawierający klauzulę o przeniesieniu własności w następstwie normalnych zdarzeń nie później niż z chwilą zapłaty ostatniej raty, w rozumieniu art. 14 ust. 2 lit. b dyrektywy VAT.

Odwołując się do treści tego przepisu – kwalifikacja prawna danego świadczenia jako „odpłatna dostawa towarów” wymaga zdaniem Trybunału spełnienia dwóch przesłanek. Pierwszą z nich jest konieczność zawarcia klauzuli dotyczącej przeniesienia własności rzeczy przez leasingodawcę na leasingobiorcę w umowie, na podstawie której następuje wydanie rzeczy. Po drugie, z postanowień umowy – ocenianych obiektywnie w chwili podpisania umowy – musi wyraźnie wynikać, że przeniesienie własności na leasingobiorcę następuje automatycznie w przypadku zwykłego wykonania umowy aż do jej zakończenia.

Co istotne, zdaniem Trybunału wyrażenie „przeniesienie własności w następstwie normalnych zdarzeń nie później niż z chwilą zapłaty ostatniej raty” może być odczytane jedynie w ten sposób, że zapłata ostatniej okresowej opłaty należnej przez leasingobiorcę na mocy umowy oznacza z mocy prawa przeniesienie na niego własności rzeczy będącej przedmiotem umowy. Przymiotnik „normalnych”, w kontekście analizowanej umowy wzorcowej, powinien być z kolei rozumiany jako odnoszący się jedynie do przewidywalnego przebiegu umowy wykonywanej przez jej strony w dobrej wierze – do czasu jej zakończenia.

Dalej Trybunał wskazał, że „takie umowne rozwiązanie co do przeniesienia własności jest nie do pogodzenia z występowaniem po stronie leasingobiorcy rzeczywistego z gospodarczego punktu widzenia wyboru, umożliwiającego mu w odpowiedniej chwili podjęcie

decyzji o nabyciu własności rzeczy, zwróceniu jej leasingodawcy lub przedłużeniu leasingu w zależności od jego interesów w chwili podejmowania takiej decyzji”.

Inaczej byłoby zdaniem Trybunału, gdy skorzystanie z fakultatywnej opcji wykupu jawiłoby się w rzeczywistości, w świetle finansowych warunków umowy, jako jedyny gospodarczo racjonalny wybór, którego leasingobiorca mógłby dokonać. Przykładem takiej sytuacji jest umowa, w której w momencie, kiedy możliwe staje się skorzystanie z opcji, kwota umownych rat odpowiada wartości rynkowej rzeczy wraz z kosztami finansowania, a wykonanie opcji wykupu nie wiąże się po stronie leasingobiorcy z koniecznością zapłaty dodatkowej znaczącej kwoty.

Trybunał poparł swoje stanowisko ogólną systematyką czynności opodatkowanych w dyrektywie VAT. Uznał również, że sprzeczny z celami tej dyrektywy byłby wymóg przeprowadzania następczego badania w celu ustalenia zamiaru kontrahenta podatnika w chwili skorzystania z opcji. Do sądu krajowego należy przy tym ocena, czy umowa, na mocy której pojazd został wydany użytkownikowi, odpowiada wskazanym wyżej warunkom.

Mając na uwadze powyższe, Trybunał w komentowanym wyroku orzekł, że wyrażenie „umowa najmu, która zawiera klauzulę o przeniesieniu własności w następstwie normalnych zdarzeń nie później niż z chwilą zapłaty ostatniej raty”, użyte w art. 14 ust. 2 lit. b dyrektywy VAT, należy interpretować w ten sposób, że znajduje ono zastosowanie do umowy wzorcowej najmu z opcją wykupu, jeżeli z warunków finansowych umowy można wywnioskować, że skorzystanie z opcji jawi się jako jedyny gospodarczo racjonalny wybór, którego leasingobiorca może dokonać w odpowiednim czasie, jeżeli umowa została

do końca wykonana, czego zbadanie należy do sądu krajowego.

## GŁOSA

Leasing. Świadczenie usług czy dostawa towarów?

Analiza systematyki czynności opodatkowanych w dyrektywie VAT prowadzi do następujących wniosków. Dla uznania danej czynności za „dostawę towarów” na podstawie art. 14 ust. 1 tej dyrektywy konieczne jest „przeniesienie prawa do rozporządzania rzeczą jak właściciel”. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE potwierdza przy tym, że nie powinno się utożsamiać prawa do rozporządzania rzeczą jak właściciel z przeniesieniem własności na gruncie prawa cywilnego<sup>3</sup>. Przeniesienie prawa do rozporządzania towarem jak właściciel w rozumieniu dyrektywy VAT jest więc także pojęciem szerszym niż sprzedaż w rozumieniu polskiego prawa cywilnego. Ponadto art. 14 ust. 2 lit. b dyrektywy VAT uznaje za „dostawę towarów” również faktyczne przekazanie towaru zgodnie z umową najmu tego towaru na czas określony, która zawiera klauzulę o przeniesieniu własności w toku normalnych zdarzeń nie później niż z chwilą zapłaty ostatniej raty.

W przypadku braku spełnienia powyższych przesłanek czynność klasyfikowana będzie do kategorii „świadczenia usług”. Stosownie bowiem do treści art. 24 ust. 1 dyrektywy VAT „świadczenie usług oznacza każdą transakcję, która nie stanowi dostawy towarów”. System podatku od wartości dodanej został więc tak skonstruowany, aby obejmować swoim zakresem, co do zasady, wszystkie transakcje dokonywane w ramach działalności gospodarczej. Potwierdza to zasada powszechności

<sup>3</sup> Por. np. wyrok z 8 lutego 1990 r., C-320/88, *Staatssecretaris van Financiën przeciwko Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV*, LEX nr 83931. W wyroku tym Trybunał stwierdził, że dla uznania danej czynności za opodatkowaną dostawę towarów nie ma znaczenia okoliczność, czy dochodzi do przeniesienia własności według prawa właściwego dla danego kraju. Regulacja ta ma zastosowanie do każdego przeniesienia prawa do rozporządzania towarem na inny podmiot, które to przeniesienie skutkuje tym, że strona ta uzyskuje możliwość korzystania z rzeczy jak właściciel, nawet jeśli nie wiązało się ono z cywilnoprawnym przeniesieniem własności.

opodatkowania rozumiana jako konieczność stosowania VAT do wszelkich transakcji związanych z towarami i usługami, czyli do całego obrotu<sup>4</sup>.

Trybunał Sprawiedliwości UE niejednokrotnie wypowiadał się w sprawach, w których istotne było ustalenie, kiedy wydanie towarów w ramach umowy leasingu powoduje, że ten przestaje być usługą finansową, a staje się dostawą towarów. W świetle tego orzecznictwa można stwierdzić, że co do zasady leasing traktować należy jako usługę finansową<sup>5</sup>. W wyroku z 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06 *Part Service* Trybunał wyraźnie zaznaczył nawet, że oddawanie pojazdów w najem na podstawie umów leasingu stanowi świadczenie usług (pkt 61 tego wyroku). Jednocześnie w kolejnych wyrokach Trybunał wskazywał, że gdy umowa leasingu przewiduje, iż własność zostaje przeniesiona na leasingobiorcę z końcem tej umowy lub że istotne atrybuty własności zostają oddane do dyspozycji leasingobiorcy, w szczególności skoro przeniesiona zostaje na niego większość pożytków i ryzyk związanych z tytułem prawnym do tego towaru i że zaktualizowana suma rat jest praktycznie taka sama jak wartość rynkowa towaru, transakcję wynikającą z takiej umowy należy jednak uważać za dostawę towarów<sup>6</sup>.

W komentowanym wyroku Trybunał analizował skutki w VAT umowy wzorcowej „Agility”, którą uznał za leasing finansowy. Odwołując się do poprzednich wyroków tego sądu, można wywnioskować, że Trybunał traktuje jako umowę leasingu finansowego taką umowę,

w której dochodzi do przeniesienia na leasingobiorcę większości pożytków i ryzyk związanych z przedmiotem leasingu. Podstawowymi okolicznościami do uznania danej umowy za leasing finansowy są: przeniesienie własności wraz z końcem umowy lub okoliczność, że zaktualizowana suma rat jest praktycznie taka sama jak wartość rynkowa towaru. Kryteria te należy rozpatrywać zarówno indywidualnie, jak i łącznie<sup>7</sup>. Należy zatem uznać, że Trybunał dość szeroko rozumie pojęcie leasingu finansowego, traktowanego jako odpłatna dostawa towarów. W dodatku klasyfikacja przyjęta przez Trybunał niekoniecznie pokrywa się z podziałem na leasing finansowy i operacyjny, wynikający z zasad rachunkowości.

Według Międzynarodowych Standardów Rachunkowości<sup>8</sup> nr 17 leasing finansowy jest to umowa leasingowa, na mocy której następuje przeniesienie zasadniczo całego ryzyka i pożytków wynikających z tytułu posiadania aktywów. Ostateczne przeniesienie tytułu prawnego może, lecz nie musi nastąpić. W klasyfikacji leasingu zastosowanej w niniejszym standardzie za podstawowe kryterium przyjęto zakres, w jakim ryzyko i pożytki z tytułu posiadania przedmiotu leasingu przypadają w udziale leasingodawcy, a w jakim leasingobiorcy. Na ryzyko składa się możliwość poniesienia strat z powodu niewykorzystania zdolności produkcyjnych, utraty przydatności technicznej lub zmian poziomu osiąganego zwrotu, spowodowanych zmianami warunków ekonomicznych. Pożytkami może być oczekiwanie zyskowego funkcjonowania składnika aktywów przez eko-

<sup>4</sup> Por. M. Militz, (w:) M. Militz, D. Dominik-Ogińska, M. Bącal, T. Siennicki, *Zasady prawa unijnego w VAT*, Warszawa 2012, s. 21.

<sup>5</sup> Por. wyrok z 17 lipca 1997 r. w sprawie C-190/95 *ARO Lease*, pkt 11; wyrok z 21 marca 2002 r. w sprawie C-451/99 *Cura Anlagen*, pkt 19 oraz z 11 września 2003 r. w sprawie C-155/01 *Cookies World*.

<sup>6</sup> Por. wyrok z 16 lutego 2012 r. w sprawie C-118/11 *Eon Aset Menidjmnt*, pkt 38, oraz wyrok z 2 lipca 2015 r. w sprawie C-209/14 *NLB Leasing*, pkt 28. Wszystkie orzeczenia TS dostępne na <https://curia.europa.eu/>

<sup>7</sup> Por. ww. wyrok z 16 lutego 2012 r. w sprawie C-118/11 *Eon Aset Menidjmnt*, pkt 38, oraz wyrok z 2 lipca 2015 r. w sprawie C-209/14 *NLB Leasing*, pkt 28.

<sup>8</sup> Międzynarodowe Standardy Rachunkowości stanowią również prawo Unii na podstawie rozporządzenia Komisji (WE) nr 1126/2008 z 3 listopada 2008 r. przyjmującego określone międzynarodowe standardy rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. UE L 2008, nr 320, s. 1, dalej: MSR).



nomiczny okres użytkowania oraz oczekiwanie na zysk wynikający ze wzrostu jego wartości lub realizacji wartości końcowej.

Jeżeli chodzi o kryteria wyróżniające leasing finansowy wg MSR 17, to w leasingu finansowym wymagane jest, aby dochodziło do przeniesienia zasadniczo całego ryzyka i korzyści z tytułu posiadania przedmiotu leasingu. MSR 17 wskazuje ponadto, że z uwagi na to, iż transakcja pomiędzy leasingodawcą a leasingobiorcą opiera się na umowie leasingowej, wspólnej dla obydwu stron, zasadne jest używanie jednoznacznych definicji. Zastosowanie tych samych definicji w różnych okolicznościach, w jakich działają leasingodawca i leasingobiorca, może czasami sprawić, że ta sama umowa leasingowa zostanie inaczej sklasyfikowana przez leasingodawcę, a inaczej przez leasingobiorcę. Na przykład może tak być w sytuacji, gdy leasingodawca odnosi korzyści z gwarancji wartości końcowej dostarczonej przez stronę niezwiązaną z leasingobiorcą. Natomiast to, czy dana umowa leasingowa jest leasingiem finansowym, czy też leasingiem operacyjnym, zależy od treści ekonomicznej transakcji, a nie od formy umowy.

MSR 17 wskazują ponadto przykładowe cechy umów, które „zazwyczaj” powinny świadczyć o tym, że dana umowa jest leasingiem finansowym. Wśród tych przykładów jest m.in. sytuacja, w której leasingobiorca ma możliwość zakupu składnika aktywów za cenę, która – według przewidywań – będzie na tyle niższa od wartości godziwej ustalonej na dzień, gdy prawo zakupu składnika będzie mogło zostać zrealizowane, że w chwili rozpoczęcia leasingu istnieje wystarczająca pewność, iż leasingobiorca skorzysta z tego prawa.

Zdaniem Rzecznika Generalnego Macieja Szpunara<sup>9</sup> z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału wynika jednak, że nie każda umowa leasingu finansowego w rozumieniu MSR 17 stanowi leasing traktowany jako dostawa

towarów na podstawie art. 14 ust. 2 lit. b dyrektywy VAT. Rzecznik zaznaczył, że uregulowania prawne opierają się bowiem na innej logice i powinno się daną umowę oceniać obiektywnie jako zdarzenie prawne. Jego zdaniem: „pewność prawa wymaga, by umowy leasingu były, na potrzeby opodatkowania podatkiem VAT, uznawane za dostawę towarów tylko w takich sytuacjach, w których można uznać za pewne, że w następstwie normalnych zdarzeń, najpóźniej z końcem okresu umowy własność przedmiotu leasingu zostanie przeniesiona na leasingobiorcę”<sup>10</sup>.

Wobec powyższego w odniesieniu do wykładni art. 14 ust. 2 lit. b dyrektywy VAT Rzecznik Generalny wskazał, że są nim objęte tylko te umowy leasingu, co do których istnieje pewność, że w następstwie normalnych zdarzeń po upływie okresu umowy nastąpi przeniesienie własności przedmiotu leasingu na leasingobiorcę. Wykładnia ta ma wynikać już z literalnego brzmienia tego przepisu, zgodnie z którym dostawą towarów jest umowa zawierająca „klausulę o przeniesieniu własności w następstwie normalnych zdarzeń nie później niż z chwilą zapłaty ostatniej raty”. Według Rzecznika taką klauzulą jest postanowienie o automatycznym przeniesieniu własności z końcem okresu trwania umowy lub opcja wykupu przedmiotu leasingu. Omawianym przepisem nie mogą natomiast być objęte umowy, które nie zawierają żadnego postanowienia o przeniesieniu własności. Poza tym przeniesienie własności musi być następstwem normalnych zdarzeń. Za normalne zdarzenie uznaje Rzecznik ciąg zdarzeń przewidziany umową, a więc zwykłe wykonanie umowy. Pojęcie to można też rozciągnąć na czynności, które – jak skorzystanie z opcji wykupu – choć formalnie fakultatywne, w praktyce są jedynym gospodarczo racjonalnym sposobem postępowania. Nie można natomiast tym pojęciem obejmować sytuacji,

<sup>9</sup> Por. *Opinia Rzecznika Generalnego Macieja Szpunara przedstawiona w dniu 31 maja 2017 r. w sprawie C-164/16 Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs przeciwko Mercedes-Benz Financial Services UK Ltd pkt 27*, dostępna na <https://curia.europa.eu/>

<sup>10</sup> Por. *ibidem*, pkt 31.

w których leasingobiorca ma rzeczywisty z gospodarczego punktu widzenia wybór, gdyż wtedy „w następstwie normalnych zdarzeń” przeniesienie własności może równie dobrze nastąpić, jak i nie nastąpić. Konieczne jest również spełnienie warunku przeniesienia własności najpóźniej z chwilą zapłaty ostatniej raty.

Co ciekawe i istotne zarazem, zdaniem Rzecznika można założyć, że w sytuacji gdy suma rat leasingowych, które leasingobiorca jest zobowiązany zapłacić, odpowiada całości ceny przedmiotu leasingu, w związku z czym po zapłaceniu wszystkich rat leasingobiorca ma możliwość uzyskania prawa własności przedmiotu leasingu bez dodatkowych opłat lub za opłatą jedynie w symbolicznej wysokości, przeniesienie własności przedmiotu leasingu nastąpi z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością, gdyż odmienne działanie leasingobiorcy byłoby gospodarczo nieracjonalne.

Niemniej jednak, jak słusznie zauważył Rzecznik, leasing jest często substytutem własności rzeczy i nie każda z tych umów ma prowadzić do uzyskania prawa własności. Tutaj pojawia się kwestia swobody umów i kształtowania swoich praw i obowiązków w zgodzie z własnym poczuciem racjonalności. Nie zawsze bowiem uzasadnione jest dążenie do nabywania rzeczy na własność, a „jedną z zalet takiego rozwiązania jest brak konieczności zapłaty z góry całej kwoty podatku VAT z tytułu nabycia środka produkcji, który będzie generował obrót, a więc możliwość odliczenia tego podatku, dopiero w przyszłości”<sup>11</sup>.

Kończąc tę część rozważań, w pełni podzielić trzeba stanowisko Rzecznika, że nie ma potrzeby ograniczać tego rodzaju swobody

zawierania umów, uznając, bez wyraźnego uzasadnienia, za dostawę towarów stosunek prawny, który strony celowo skonstruowały jako świadczenie usług.

## POLSKA PERSPEKTYWA

Ocena głosowanego wyroku dla polskich uczestników obrotu prawnego wymaga poruszenia kilku kwestii.

Po pierwsze, z cywilistycznego punktu widzenia umowa leasingu to aktualnie rodzaj umowy nazwanej uregulowanej w art. 709<sup>1</sup>–709<sup>18</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny<sup>12</sup>. Co istotne, pojęcie „umowy leasingu” w rozumieniu przepisów prawa cywilnego należy odróżnić od znaczenia nadawanego temu terminowi na gruncie przepisów prawa podatkowego<sup>13</sup>.

Po drugie, na gruncie polskich przepisów w zakresie VAT i podatków dochodowych wykształciła się praktyka, o której można powiedzieć, że zasadniczo uwzględniła zasadę swobody umów. Przejawia się ona bowiem w możliwości wyboru, czy strony chcą rozliczać daną umowę leasingu tak jak usługę (wybierając leasing operacyjny, w którym VAT płatny jest co miesiąc z ratą), czy jako dostawę towarów (wybierając leasing finansowy, w którym VAT płatny jest jednorazowo wraz z wydaniem towaru). Zaznaczyć przy tym należy, że nie zawsze klasyfikacja przyjęta przez strony zyskiwała aprobatę organów podatkowych<sup>14</sup>. Niemniej jednak w ostatnim czasie można mówić o względnej stabilizacji zasad rozliczenia leasingu w Polsce.

W piśmiennictwie wskazuje się występowanie wielu form leasingu<sup>15</sup>. W podatkach i ra-

<sup>11</sup> Por. *ibidem*, pkt 55.

<sup>12</sup> Tekst jednolity Dz.U. z 2017 r. poz. 459.

<sup>13</sup> A. Kidyba, M. Dumkiewicz, Z. Gawlik, A. Goldiszewicz, K. Kopczyńska-Pieczniak, A. Niewęglowski, E. Niezbecka, M. Orlicki, J. Widło, K. Wyrwińska, *Wstęp*, (w:) *Kodeksowe umowy handlowe* [online], LEX, 2017-10-25, 12:53 [dostęp: 2017-11-29, 15:46]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/monograph/369290945/5>

<sup>14</sup> Przykładowo Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji indywidualnej z 16 stycznia 2009 r. nr IPP-P1/443-2042/08-2/AP (dostępne w LEX) uznał umowę leasingu zawierającą jedynie opcję wykupu za przedmiot leasingu za dostawę towarów.

<sup>15</sup> J. Broł, *Leasing w praktyce gospodarczej*, (w:) *Umowa leasingu* [online], Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2017-09-10, 06:28 [dostęp: 2017-11-29, 15:50]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/monograph/369216689/87>

chunkowości najczęściej wyróżnia się leasing operacyjny i finansowy. Kryterium podziału na leasing operacyjny i finansowy wynika z przepisów regulujących podatki dochodowe i rachunkowość. Decydujące o kwalifikacji tych dwóch rodzajów leasingu jest ustalenie, która strona umowy (leasingodawca czy leasingobiorca) uprawniona jest do dokonywania odpisów amortyzacyjnych od rzeczy będącej przedmiotem leasingu. Leasingiem finansowym będzie sytuacja, w której podmiotem uprawnionym do dokonywania odpisów amortyzacyjnych jest leasingobiorca. Wówczas za koszt uzyskania przychodu w przypadku leasingu finansowego należy uznać odpisy amortyzacyjne od wartości początkowej przedmiotu leasingu. Leasing operacyjny będzie miał natomiast miejsce w sytuacji, gdy osobą uprawnioną do dokonywania odpisów amortyzacyjnych od rzeczy oddanej w leasing będzie leasingodawca. Koszt uzyskania przychodu w tej sytuacji stanowić będą poszczególne raty leasingowe<sup>16</sup>.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług<sup>17</sup> leasing należy uznać za dostawę towarów, gdy umowa przewiduje, że w następstwie normalnych zdarzeń przewidzianych tą umową lub z chwilą zapłaty ostatniej raty prawo własności zostanie przeniesione na korzystającego. Ponadto warunkiem stosowania powyższego przepisu jest ustalenie stosownie do treści art. 7 ust. 9 ustawy o VAT, że zgodnie z przepisami o podatku dochodowym odpisów amortyzacyjnych dokonuje korzystający lub przedmiotem leasingu są grunty – które amortyzacji nie podlegają. Niespełnienie wskazanych wyżej warunków powoduje, że leasing traktowany jest jako świadczenie usług w rozumieniu art. 8 ust. 1 ustawy o VAT.

W odniesieniu do treści przywołanych regulacji w piśmiennictwie zaprezentowano, że

opcja wykupu nie powinna być uznawana za normalne zdarzenie przewidziane umową, powodujące przeniesienie prawa własności przedmiotu leasingu na korzystającego. Opcja wykupu oznacza bowiem, że przejście własności jest zdarzeniem niepewnym i nie można z góry zakładać, że nastąpi<sup>18</sup>.

W glosowanym wyroku TSUE nie zawarł jednak takiego rozróżnienia, wprowadzając nieostre kryterium wyboru „racjonalnego gospodarczo”. Kto może wiedzieć lepiej niż podatnik, dlaczego zakup środka trwałego na własność jest dla niego niekorzystny? Zakup ten z reguły wiąże się z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów związanych z ubezpieczeniem pojazdu, jego naprawami, które z upływem lat stają się coraz częstsze, a wreszcie z koniecznością samodzielnego przeprowadzenia procesu sprzedaży używanego auta, co w dzisiejszych czasach bywa często długotrwałe i kosztowne. Pobudki decydujące o braku wykupu pojazdu mogą więc być różne, stąd bardziej miarodajne i pożądane z punktu widzenia realizacji pewności prawa byłoby odwołanie się do swobody umów, na podstawie której strony poprzez postanowienia umowne same decydują, jak należy klasyfikować określoną umowę leasingu. Jeżeli bowiem z umowy leasingu wyraźnie wynika, że po zapłacie ostatniej raty prawo własności przechodzi na korzystającego (leasingobiorcę), to oczywiście nie ma wątpliwości, że wraz z wydaniem pojazdu dochodzi do dostawy towarów w rozumieniu przepisów o VAT. Jeżeli jednak wykup stanowi jedynie opcję, przywilej leasingobiorcy, z którego ten ostatni wcale nie musi skorzystać, to ingerowanie w swobodną wolę stron poprzez nieostre i niosące za sobą ryzyko nierównego traktowania poszczególnych podatników kryterium wydaje się nieuzasadnione. Z tego właśnie powodu w glos-

<sup>16</sup> Tak też: M. Breda, K. Gierszewska, A. Kiersnowska-Drzewiecka, T. Musiański, G. Takáts, Gyöngyvér, I. Zabawa, *Rozdział 4. Leasing – Aspekt Podatkowy – Podatek od towarów i usług*, (w:) *Leasing w ujęciu podatkowym, bilansowym oraz prawnym*, Wolters Kluwer Polska 2017, 2017-10-25, 11:25 [dostęp: 2017-11-29, 16:06]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/monograph/369424128/55>

<sup>17</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1221, dalej: ustawa o VAT.

<sup>18</sup> Por. P. Selera, *VAT w branży finansowej*, C. H. Beck, Warszawa 2012, s. 147.

wanym wyroku Trybunału brakuje akcentu na zasadę swobody umów, na co dość wyraźnie zwrócił uwagę Rzecznik Generalny w swojej opinii wydanej w tej sprawie.

## PODSUMOWANIE

W naszej ocenie stanowisko wyrażone przez TSUE w glosowanym wyroku budzi wątpliwości. Stosowanie wniosków wynikających z tezy tego wyroku może okazać się bowiem problematyczne, jeżeli będzie się z niego wywodzić, że możliwość skorzystania z przewidzianej w umowie opcji wykupu oznacza, iż ziszczył się warunek wystąpienia normalnego zdarzenia przewidzianego umową, a więc że daną umowę należy uznawać za dostawę towarów, o której mowa w art. 14 ust. 2 lit. b dyrektywy VAT. Wprowadzone już w ubiegłym roku do polskiego systemu prawa podatkowego klauzule, np. klauzula nadużycia prawa na gruncie przepisów o VAT<sup>19</sup>, pozwalają organom podatkowym zakwestionować czynność, jeżeli strony sztucznie redagują jakieś postanowienia w umowie wyłącznie dla wywołania korzystnych skutków podatkowych, nie zamierzając ich w ogóle przestrzegać i nie oddając poprzez te postanowienia charakteru transakcji. Jeżeli jednak postanowienia te nie budzą wątpliwości i oddają rzeczywistą wolę

stron, to nie jest rolą organu podatkowego decydowanie niejako „z automatu”, że wynikająca z umowy niska kwota wykupu świadczy, iż leasingobiorca na pewno z niej skorzysta. Z tego punktu widzenia należy krytycznie ocenić zasadniczą tezę Trybunału wyrażoną w wyroku C-164/16, zgodnie z którą: „Wyrażenie «umow[a] najmu (...), która zawiera klauzulę o przeniesieniu własności w następstwie normalnych zdarzeń nie później niż z chwilą zapłaty ostatniej raty», użyte w art. 14 ust. 2 lit. b) dyrektywy Rady 2006/112/WE (...), należy interpretować w ten sposób, że znajduje ono zastosowanie do umowy wzorcowej najmu z opcją wykupu, **jeżeli z warunków finansowych umowy można wywnioskować**, że skorzystanie z opcji jawi się jako jedyny gospodarczo racjonalny wybór, którego leasingobiorca może dokonać w odpowiednim czasie, jeżeli umowa została do końca wykonana, czego zbadanie należy do sądu krajowego”. Wspomniane „warunki finansowe”, przez które Trybunał rozumie – jak się można domyślić – przede wszystkim niską (symboliczną) kwotę wykupu, nie determinują decyzji podejmowanej przez leasingobiorcę, a więc nie mogą decydować o klasyfikacji leasingu na gruncie przepisów o VAT. Klasyfikacja ta zależna jest od wielu innych czynników, na co zwrócił uwagę Rzecznik Generalny Maciej Szpunar w opinii wydanej w sprawie C-164/16.

<sup>19</sup> Zgodnie z wprowadzonym z dniem 15 lipca 2016 r. na podstawie ustawy z dnia 13 maja 2016 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 846) art. 5 ust. 4 ustawy o VAT: „W przypadku wystąpienia nadużycia prawa dokonane czynności, o których mowa w ust. 1, wywołują jedynie takie skutki podatkowe, jakie miałyby miejsce w przypadku odtworzenia sytuacji, która istniałaby w braku czynności stanowiących nadużycie prawa”.

*Anna Marcinkowska*

## GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO WE WROCŁAWIU Z 6 KWIETNIA 2016 R., II AKA 67/16<sup>1</sup>

Tezy głosowanego wyroku:

Znając przyczynę wystąpienia skutku, należy rozważyć, czy działanie, które zostało zaniechane, wyeliminowałoby ten skutek. Ustalić zatem należy, czy w razie wykonania przez oskarżonych zaniechanego działania skutek w postaci zerwania przewodu i gwałtownego wyzwolenia energii elektrycznej wystąpiłby. Innymi słowy, czy zachowanie, którego oskarżeni zaniechali, wyeliminowałoby ten skutek.

Treścią obowiązku gwaranta jest podjęcie niezbędnych czynności, prowadzących zgodnie z posiadaną wiedzą i doświadczeniem życiowym do zneutralizowania niebezpieczeństwa grożącego dobru prawnie chronionemu, a przynajmniej do jego istotnego zmniejszenia. Od gwaranta można się domagać tylko takiego zachowania, które znajduje się w jego sprawczym zasięgu, któremu jest on w stanie podołać, aby zapobiec skutkowi stanowiącemu zniamię czynu zabronionego.

W komentowanym wyroku Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wypowiedział się co do treści obowiązku gwaranta w zakresie zapobiegnięcia skutkowi stanowiącemu zniamię czynu zabronionego oraz możliwości przypisania przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie. Wyrok ten dotyczył także treści obowiązku gwaranta odnośnie do podjęcia niezbędnych czynności w celu zneutralizowania niebezpieczeństwa grożącego dobru prawnie chronionemu lub do istotnego zmniejszenia tego niebezpieczeństwa w oparciu o posiadaną wiedzę i doświadczenie życiowe.

Głosowany wyrok dotyczy zdarzenia, któ-

re potocznie można określić jako nieszczęśliwy wypadek. Stan faktyczny sprawy dotyczył pracowników spółki zobowiązanej do utrzymania w należytej sprawności technicznej oraz oceny stanu technicznego linii energetycznej, którzy zostali oskarżeni o niedopełnienie ciężącego na nich obowiązku w zakresie częstotliwości jej oględzin, w wyniku czego spowodzili zdarzenie, które zagrażało życiu i zdrowiu wielu osób, w postaci gwałtownego wyzwolenia energii elektrycznej z linii energetycznej, której jeden z przewodów, z powodu całkowitej utraty właściwości technicznych, w dniu 21 sierpnia 2012 r. uległ samoczynnemu zerwaniu,

---

<sup>1</sup> KZS 2016, z. 5, poz. 39.

co spowodowało śmiertelne porażenie prądem elektrycznym znajdujących się w jego bezpośrednim zasięgu dwóch pokrzywdzonych. Sąd okręgowy uniewinnił oskarżonych od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 163 § 4 k.k. Wyrok ten został zaskarżony przez oskarżyciela publicznego i pełnomocników oskarżyciela posiłkowych. Sąd Apelacyjny utrzymał zaskarżony wyrok w mocy, uznając m.in., że od gwaranta należy domagać się jedynie takiego zachowania, które znajduje się w jego sprawczym zasięgu, któremu jest on w stanie poddać, aby zapobiec skutkowi stanowiącemu znaną czynu zabronionego.

Sąd odwoławczy posiłkował się tutaj koniecznością udzielenia odpowiedzi na pytanie, dlaczego doszło do wystąpienia skutku i jaka była tego kauzalna przyczyna, a po rozwiązaniu tej kwestii dokonał oceny płaszczyzny normatywnej pod kątem odpowiedzi na pytanie, czy sprawca wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi mógł zapobiec powstaniu skutku oraz czy zaniechał określonego działania. W tym celu poddano analizie procedury związane z oględzinami linii energetycznych, do których zobowiązani byli oskarżeni, a których celem było wykrycie stanu zużycia przewodu. Nie ulegało wątpliwości, że zerwanie przewodu było związane bezpośrednio z jego złym stanem. Okolicznością świadczącą o winie oskarżonych, co podniesiono w apelacji prokuratora, było to, że byli oni gwarantami utrzymania sieci w należytym stanie technicznym, wobec czego ciążył na nich szczególny obowiązek dokonywania wszelkich możliwych starań, a zwłaszcza wyjaśnienia przyczyn poprzednich awarii (co najmniej dwukrotne zerwanie linii niskiego napięcia na skutek działania wiatru). Z tego powodu zobowiązani byli oni do zachowania staranności większej od przeciętnej, zmierzającej do ustalenia, czy stan przewodów pozwalał na ich dalszą bezpieczną eksploatację.

Analiza treści uzasadnienia wyroku SA pozwala na stwierdzenie, że poddano w nim

ocenie brak ruchu ze strony oskarżonych w nakazanym przez ustawę kierunku, czyli jego sprzeczność z normą postępowania z danym dobrem. W orzecznictwie i doktrynie pojawiło się pojęcie tzw. normy technicznej, która w określonej sytuacji nakazuje podjęcie działania w celu zapobiegnięcia skutkowi określonemu w ustawie. Konieczne przy tym jest ustalenie, czy w danej sytuacji faktycznej, zgodnie z obowiązującymi przepisami i regułami postępowania, działania takie należało podjąć<sup>2</sup>.

Na gruncie badanego wyroku Sąd powołał się na opinię biegłego, który stwierdził, że zmniejszenie wytrzymałości przewodu, a w konsekwencji jego zerwanie, spowodowane było nie tylko „zmęczeniem materiału”, ale także innymi ubytkami, przy czym biegły wypowiedział się, że nie da się stwierdzić, czy przewód zerwał się na skutek wiatru, własnego ciężaru czy siły pochodzącej z innego źródła.

Z jednej strony mamy tutaj do czynienia z ewidentnym stwierdzeniem, że linia energetyczna znajdowała się w fatalnym stanie, a z drugiej, co wynikało z przeprowadzonych dowodów i opinii biegłych, że eksploatacja linii niskiego napięcia była prowadzona prawidłowo pod względem terminów i zakresu przeprowadzonych ocen oraz stanu technicznego oględzin i wykonanych pomiarów. Eksploatacja ta była prowadzona także zgodnie z wymogami formalnymi zawartymi w stosownej instrukcji, która w tej sytuacji stanowiła także źródło obowiązku adresowanego do gwaranta. Obowiązek ten był więc uszczegółowiony i miał charakter obowiązku prawnego wywodzącego się z normy prawnej o charakterze indywidualnym i konkretnym. Wobec powyższego Sąd musiał przeprowadzić rozumowanie, którego celem było ustalenie, czy wcześniejsze informacje dotyczące złego stanu technicznego linii energetycznej, które dochodziły do oskarżonych, stanowiły podstawę do przedsięwzięcia określonych działań mających na celu zapobiegnięcie skutkowi, który nastąpił. Należy

<sup>2</sup> W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część pierwsza. Komentarz do art. 2, pkt 9, WKP 2016*, syp.lex.pl; wyrok SN z 10 grudnia 2002 r., IV KKN 667/99, LEX nr 74384.



przypomnieć, że właśnie to stanowiło główny zarzut apelacji oskarżyciela publicznego, który także powołał się na wyjątkowo nasiloną awaryjność linii od 2008 r. W dalszej kolejności, uszczegóławiając ten obowiązek, ustalono, że jedynym sposobem skontrolowania złego stanu linii energetycznej było przeprowadzenie oględzin. Zostały one przeprowadzone około trzech lat przed zaistnieniem tragicznego zdarzenia i w dokumentacji z tej czynności zawarto wówczas zapis o potrzebie modernizacji linii, polegającej na wymianie przewodów, co nie oznaczało jednak, że stan linii był zły, a sam przewód kwalifikował się do natychmiastowej wymiany. Ustalono przy tym, że jeden z oskarżonych podjął działania zmierzające do wymiany przewodu i złożył wniosek o przeprowadzenie takich robót w trzecim i czwartym kwartale 2012 r. Dlatego Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko sądu pierwszej instancji, że nie udowodniono, iż oskarżeni nie dopełnili ciężącego na nich obowiązku odnośnie do dokonywania należytej oceny stanu technicznego linii energetycznej oraz częstotliwości jej oględzin.

Sąd odniósł się również do znaczenia i roli tzw. powszechnej praktyki w kontekście możliwości przypisania odpowiedzialności za skutek. W uzasadnieniu orzeczenia uznano, powołując się na dotychczasowe orzecznictwo, że treścią obowiązku gwaranta jest podjęcie niezbędnych czynności zmierzających do zneutralizowania niebezpieczeństwa grożącego dobru prawnie chronionemu zgodnie z posiadaną wiedzą i doświadczeniem życiowym. W tym wypadku uznano, że adresat normy nie miał informacji o zaktualizowaniu się obowiązku działania (tutaj Sąd posiłkował się opinią biegłego, że uszkodzenia linii nie były widoczne z ziemi). Sąd opowiedział się wyraźnie przeciwko rozszerzeniu podstaw odpowiedzialności gwaranta, co nastąpiłoby w wypadku poparcia wyводу apelacji oskarżyciela publicznego. Tym samym w wyroku podzielono dotychczasowy dorobek orzecznicy w przedmiocie odpowiedzialności gwaranta.

Mimo wszystko należy postawić sobie py-

tanie o wartość podstawowej czynności, do której byli zobowiązani oskarżeni, tj. skutecznego przeprowadzenia oględzin linii. Formalnie oskarżeni wywiązywali się z nałożonych na nich obowiązków w tym zakresie, ale same oględziny, jak również sposób ich przeprowadzenia, nie pozwalały na stwierdzenie rzeczywistego stanu zagrożenia i można uznać, że oskarżeni także zdawali sobie z tego sprawę. Czy oskarżeni, mimo takiego formalnego wywiązywania się z obowiązków, zajmując pozycję gwaranta, powinni byli podjąć określone działania zmierzające do zneutralizowania niebezpieczeństwa, które wychodziłyby poza zakresy ich obowiązków? Z uzasadnienia orzeczenia wynika, że oględziny te miały w dużej mierze charakter pozorności pod kątem ustalenia niebezpieczeństwa, a oskarżeni jako specjaliści w danej dziedzinie prawdopodobnie zdawali sobie z tego sprawę. W tym wypadku sąd uznał, że pozornosc tej czynności, która zresztą miała oparcie w praktyce i wewnętrznych przepisach, nie może obciążać oskarżonych, mimo że we wniesionych apelacjach na niekorzyść podnoszono zwłaszcza okoliczność, iż ciążył na oskarżonych szczególnie, zindywidualizowany obowiązek. Ustalenia sądu pierwszej instancji zostały podzielone przez Sąd odwoławczy.

Kolejną kwestią wymagającą wyjaśnienia jest właśnie rola tzw. praktyki w wykonywaniu swoich obowiązków i jej odniesienia do wiedzy i doświadczenia życiowego modelowego obywatela, który pojawia się jako swoisty wzorzec normatywny. Reguły postępowania z dobrem prawnym odnoszą się przecież także do sposobu przeprowadzenia czynności, który zależy od okoliczności i powinien mieć charakter obiektywny, co oznacza, że przy ocenie określonego zachowania należy zastosować wzorzec postępowania dobrego fachowca w danej dziedzinie i rozsądnego obywatela. W orzeczeniu zajęto stanowisko, że oskarżeni zachowali się zgodnie z tym wzorcem. Mamy tutaj do czynienia z wyrażeniem utrwalonego poglądu przez Sąd Apelacyjny, że zakres potencjalnej i oczekiwanej aktywności oskarżonych, która była związa-

na z wykonaniem obowiązków, limitowany był przepisami prawa ustawowego (ustawa Prawo energetyczne), a także ugruntowany powszechną praktyką, i tylko takie zachowania, które mieszczą się w tych granicach, mogą być od nich wymagane. Ale czy rzeczywiście dotychczasowa praktyka postępowania z dobrem prawnym, choćby nawet naganna, może być istotną okolicznością ekskulpującą, podobnie jak procedury postępowania niedające pewności, że nie dojdzie do nieszczęśliwego zdarzenia? Należy mieć na względzie, że duża część norm postępowania ma wprawdzie rangę ustawową, ale nie zawsze ich uszczegółowienie ma charakter powszechnie obowiązujących źródeł prawa. Przykładem tego może być Prawo budowlane, które nakazuje właścicielowi budynku mieszkalnego jego utrzymywanie w odpowiednim stanie technicznym i estetycznym oraz przeprowadzanie kontroli różnych instalacji w określonym czasie (np. raz na rok należy sprawdzić instalację gazową i przewody kominowe). Podobne obowiązki dotyczą wielu innych dziedzin, np. podmiot zarządzający drogą ma obowiązek utrzymać ją w stanie przejezdności<sup>3</sup>. Trzeba sobie zadać kolejne pytanie: gdzie można szukać źródeł odpowiedzialności, gdy dojdzie do nieszczęśliwego zdarzenia mimo prawidłowego wypełnienia formalnych obowiązków prawnych? Pytanie to jest o tyle ważne w kontekście oceny wyroku SA we Wrocławiu, że w wyroku tym dokonano także ustosunkowania się do oceny wniosku, jaki złożył jeden z oskarżonych w maju 2012 r., który dotyczył prawdopodobnie konieczności wymiany linii i powiązany był merytorycznie z wcześniejszymi jej awariami. W tym wypadku SA uznał, że wystarczające jest powołanie się na twierdzenia biegłego, iż nie obowiązują żadne przepisy nakazujące analizowanie przyczyn wcześniejszego zerwania się przewodów linii niskiego napięcia. Według biegłego taka

analiza nie miała sensu ze względu na wielość przyczyn zerwania przewodu. Dlatego Sąd uznał, że oskarżeni nie mieli obiektywnej możliwości zapobieżenia negatywnemu skutkowi w postaci gwałtownego wyzwolenia energii elektrycznej, dodając, że nie da się przypisać skutku, któremu człowiek nie jest w stanie się przeciwstawić. Tutaj także posiłkowano się opinią biegłego, że „stwierdzenia wżerów, czyli ubytków zerwanego przewodu można było dokonać dopiero po zdemontowaniu tego przewodu”. Należy jednak zaznaczyć, że Sąd odwoławczy miał świadomość, iż stan techniczny przewodów linii niskiego napięcia w miejscu jego zerwania był zły, gdyż spośród siedmiu żył sześć było przerwanych na skutek nadpalenia, a same ogleźdliny były nieefektywne, gdyż pomimo ich terminowego przeprowadzenia nie można było stwierdzić ubytków w przewodach. Okoliczności te nie przemawiały jednak za uznaniem winy oskarżonych.

Dotychczas wśród źródeł prawnego szczególnego obowiązku wymieniono przepis prawa karnego, inne akty normatywne, orzeczenie sądowe, zajmowanie określonego stanowiska lub pełnionej funkcji, umowę i okoliczności faktyczne, z których wynikało przyjęcie funkcji gwaranta<sup>4</sup>. Istotna jest więc kwestia, czy sprawca mógł przeszkodzić skutkowi, zwłaszcza wtedy, gdy posiadał informacje o możliwości jego wystąpienia, a co za tym idzie – dochodziło do aktualizacji obowiązku przeciwstawienia się niebezpieczeństwu i zapobieżenia skutkowi<sup>5</sup>. Zarządca nieruchomości może mieć przecież informacje od mieszkańców o nieszczelności instalacji gazowej, podobnie jak zarządca drogi o tym, że jej użytkowanie związane jest z niebezpieczeństwem wypadku. Informacja taka dochodzi więc do adresata normy, co jest równoznaczne z domaganiem się od niego zachowania, które ma zapobiec skutkowi stanowiącemu znaną czynu zabronionego.

<sup>3</sup> Wyrok WSA w Szczecinie, II SAB/Sz174/09, LEX nr 618944.

<sup>4</sup> J. Giezek (red.) (w:) N. Kłaczyńska, G. Labuda, *Kodeks karny. Część ogólna*, WKP 2012, s. 34.

<sup>5</sup> A. Zoll (red.) (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I*, WKP Warszawa 2012, s. 92.

Konieczne jest wtedy przeprowadzenie obiektywnej oceny charakteru informacji, która doszła do gwaranta, i tutaj po raz kolejny można odnieść się do wzoru modelowego obywatela oraz niezachowania reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach. Zakres wymagań powinien być jednak zróżnicowany, z uwzględnieniem poszczególnych grup zawodowych oraz cech indywidualnych. Zakres wymagań wobec gwaranta będzie oczywiście na wyższym poziomie, ze względu na wyższe kwalifikacje i wymagania co do postawy i należytego wykonywania swoich obowiązków. Sprawca musi też naruszyć regułę ostrożności, która miała zapobiec realizacji czynu zabronionego<sup>6</sup>. Ocena tej informacji powinna być przede wszystkim przeprowadzona pod kątem bezpośredniości zagrożenia i realności wystąpienia skutku, co z kolei związane jest z przewidywalnością popełnienia czynu zabronionego. W podanym przykładzie powtarzające się informacje o nieszczelności instalacji gazowej jak najbardziej powinny spowodować u gwaranta przeprowadzenie określonej czynności w odpowiedni sposób. Podobną argumentację przedstawił zresztą oskarżyciel publiczny, uznając, że skoro wcześniej feralny przewód uległ awarii, w tym co najmniej dwukrotnie doszło do jego zerwania, to od oskarżonych można było wymagać zachowania staranności większej od przeciętnej, która powinna była się wyrazić ustaleniem, czy stan przewodów pozwalał na jego dalszą bezpieczną eksploatację.

W komentowanym orzeczeniu sąd uznał, że informacje, które dochodziły do oskarżonych, nie stanowiły podstawy do podjęcia natychmiastowych działań zmierzających do wymiany przewodu, który się następnie zerwał i spowodował śmiertelny skutek, co oznacza, że nie można im przypisać obiektywnego skutku przy zaniechaniu. Równocześnie sąd zauważył, że pomimo, co wcześniej wykazano, prawidłowo i terminowo przeprowadzonych zabiegów konserwacyjnych stan techniczny przewodów linii

niskiego napięcia był zły (spośród siedmiu żył aż sześć było przerwanych na skutek nadpalenia). Dlatego tutaj rodzą się kolejne pytania, jak wyglądał stan techniczny tych linii wcześniej, kiedy doszło do ich zerwania i czy stan ten mógł być wtedy stwierdzony w sposób bardziej fachowy. Z uzasadnienia wyroku nie wynika, by istniało wyraźne powiązanie między wnioskami, jakie gwarant powinien był wyciągnąć na skutek tych zdarzeń, a wnioskiem, jaki złożył oskarżony w maju 2012 r. o wymianę linii. Dla sądu wystarczające okazało się stwierdzenie biegłego, że przeprowadzenie analizy skutków wcześniejszego zerwania przewodu nie było wymagane, gdyż nie obowiązują żadne przepisy nakazujące analizowanie przyczyn zerwania się linii niskiego napięcia, oraz to, że taka analiza nie ma sensu ze względu na wielość przyczyn zerwania przewodu. Do takich ustaleń należy podejść krytycznie. Fakt nieistnienia sformalizowanego obowiązku nakazującego podjęcie działania nie oznacza, że gwarant nie jest do takiej aktywności zobowiązany. Wprawdzie obowiązek taki musi mieć charakter prawny, ale wystarczające jest istnienie zakresu obowiązków, który może zawierać ogólne zasady postępowania. Powszechnie uznaje się, że źródłem obowiązku może być norma generalna i abstrakcyjna nakładająca na jej adresatów obowiązek działania lub inny akt mający znaczenie prawne, jako źródło normy prawnej o charakterze indywidualnym i konkretnym<sup>7</sup>, i tutaj SA w pełni podzielił stanowisko, że oskarżeni byli gwarantami na podstawie umów o pracę i zakresu powierzonych obowiązków oraz na podstawie ustawy Prawo energetyczne. W dotychczasowej literaturze zdecydowanie przeważał pogląd, że do obowiązków gwaranta należy nie tylko podjęcie działań zapobiegających pojawieniu się konkretnego niebezpieczeństwa, ale także podjęcie wszelkich działań zmierzających do obniżenia stopnia konkretnego niebezpieczeństwa dla dobra, istniejącego już w chwili ak-

<sup>6</sup> *Ibidem*, s. 154–155.

<sup>7</sup> W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks*, tezy 11 i 16.

tualizacji tego obowiązku<sup>8</sup>. Nakazy działania zawarte w normach wskazują, że obowiązek działania może się aktualizować w różnych stadiach bezpośrednio niebezpieczeństwa. Zaistnienie nawet abstrakcyjnego niebezpieczeństwa może wywoływać obowiązek działania już na wczesnym etapie. Tutaj można zastosować reguły sumiennego postępowania z dobrem prawnym. Oznacza to, że niezależnie od tego, czy zakresem obowiązku działania objęta jest piecza nad dobrem prawnym, czy nadzór nad źródłem niebezpieczeństwa, co obejmuje kauzalne spowodzenie niebezpieczeństwa, to jednak te same reguły można odnieść także do przestępstwa popełnionego przez zaniechanie. Gdy gwarant sam nie jest w stanie zapobiec skutkowi (np. nie mógł sam bezpośrednio zlecić wymiany linii energetycznej), jego obowiązkiem jest spowodować interwencję innej osoby, która to działanie może podjąć. W analizowanej sytuacji nic nie stało na przeszkodzie, by oskarżeni, niejako wychodząc poza obowiązujące instrukcje, zażądali natychmiastowego sprawdzenia jakości linii, nawet jeżeli skutkowałoby to jej czasowym wyłączeniem<sup>9</sup>. Z okoliczności przedstawionych w uzasadnieniu wyroku SA wynikało, że niebezpieczeństwo wtedy mogło już istnieć.

Na gwarancie ciążył więc obowiązek jego odwrócenia, nawet jeżeli brak aktywności gwaranta opierał się na powszechnej praktyce i wewnętrznych przepisach. Natomiast w toku postępowania prawdopodobnie nie zbadano jakości procedur.

Wyrok ten tylko częściowo zasługuje na aprobatę, zwłaszcza w kontekście ustalenia osoby gwaranta w rozumieniu art. 2 k.k. Należy się jednak zastanowić, czy Sąd odwoławczy nie podszedł zbyt schematycznie do problematyki niedopełnienia obowiązków wynikających z procedowanego stanu faktycznego. Z drugiej strony trzeba rozważyć, czy obecny stan prawny pozwala w sposób wystarczający na pociągnięcie do odpowiedzialności za zachowania polegające na tym, że jakiegokolwiek przedsiębiorstwo lub firma, które odpowiada za zapewnienie prawidłowej eksploatacji różnych urządzeń, redukując koszty działania, wydaje przepisy wewnętrzne (np. instrukcje postępowania), których przestrzeganie nie gwarantuje bezpieczeństwa. W toku analizowanej sprawy konieczne było rozważenie odpowiedzialności przełożonego gwaranta, jak również osób, które wprowadziły procedury niezapewniające bezpieczeństwa w stopniu odpowiednim.

<sup>8</sup> *Ibidem*, teza 17.

<sup>9</sup> D. Tokarczyk, *Obowiązek gwaranta w prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 4, s. 206 i n.

## GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 12 MAJA 2015 R., IV CSK 509/15<sup>1</sup>

Teza głosowanego postanowienia:

W wyniku majątkowego usamodzielnienia przedsiębiorstw państwowych w postaci ich uwłaszczenia w odniesieniu do urzędzeń przesyłowych uwłaszczenie to miało ten skutek, że powodowało nie tylko przekształcenie przysługującego przedsiębiorstwom prawa zarządu urzędzeń przesyłowych w prawo ich własności (w dniu 7 stycznia 1991 r.). Doszło także do przekształcenia tego tytułu prawnego we właściwe prawo podmiotowe o treści, z której wynika uprawnienie do dalszego korzystania z nieruchomości będących własnością Skarbu Państwa, na których umiejscowione zostały urzędzenia energetyczne. Prawem powstających w wyniku przekształcenia tytułu do korzystania z nieruchomości państwowych w zakresie niezbędnym do eksploatacji urzędzeń uzyskanych na własność i posadowionych na tych nieruchomościach była – w poprzednim stanie prawnym – służebność gruntowa o treści odpowiadającej służebności przesyłu. Skoro możliwe było umowne nabycie albo zasiedzenie takiej służebności przed wejściem w życie przepisów art. 305<sup>1</sup> k.c. i n., to taka służebność mogła też powstać *ex lege* jako prawny skutek uwłaszczenia osoby prawnej. Takie ograniczone prawo rzeczowe jest skuteczne wobec kolejnych właścicieli obciążonej nim nieruchomości gruntowej.

I. Do 31 stycznia 1989 r. obowiązywała w prawie polskim zasada tzw. jednolitej własności państwowej, zgodnie z którą przedsiębiorstwa państwowe jedynie wykonywały w imieniu własnym atrybuty własności państwowej; mienie państwowe należało do Skarbu Państwa. Jedna niepodzielna własność państwowa znajdowała się albo pod zarządem

bezpośrednim państwa, sprawowanym przez jego jednostki (organy) niemające osobowości prawnej, albo też w zarządzie państwowych osób prawnych<sup>2</sup>. Zasada ta nie była jednak interpretowana jednolicie, była przedmiotem żywego sporu, niemniej rozważania na jej temat mają w zasadzie walor historyczny<sup>3</sup>.

W art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 31 stycznia

<sup>1</sup> Niepubl.

<sup>2</sup> Por. J. Majorowicz, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. Z. Resich, Warszawa 1972, s. 335; J. Winiarz, (w:) *Kodeks cywilny z komentarzem*, red. J. Winiarz, Warszawa 1980, s. 127; J. Wasilkowski, *Pojęcie własności w prawie polskim*, Warszawa 1972, s. 111; *idem*, *Pojęcie własności według kodeksu cywilnego*, PiP 1965, z. 12, s. 821–822; Z. K. Nowakowski, *Prawo rzeczowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1980, s. 32.

<sup>3</sup> Por. W. Opalski, *Mienie ogólnonarodowe w świetle prawa cywilnego*, Warszawa 1975; S. Szer, *Prawa podmiotowe pań-*

1989 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny<sup>4</sup> postanowiono, że według art. 128 k.c. własność ogólnonarodowa (państwowa) ma przysługiwać Skarbowi Państwa albo innym państwowym osobom prawnym. Z dniem wejścia w życie tej ustawy (1 lutego 1989 r.) przedsiębiorstwa państwowe zyskały zdolność bycia podmiotami własnego mienia, a nie jedynie osobami zarządzającymi mieniem Skarbu Państwa.

Znowelizowany art. 128 k.c. stał się jednak przedmiotem kolejnego sporu interpretacyjnego. Zgodnie pierwszą opinią zmiana art. 128 k.c. doprowadziła tylko do upodmiotowienia

przedsiębiorstw państwowych; od 1 lutego 1989 r. mogły być one podmiotem własnego mienia<sup>5</sup>. W myśl konkurencyjnego zapatrywania przepis ten nie tylko przyznał przedsiębiorstwu państwowemu możliwość bycia podmiotem własnego mienia, ale także uwłaszczył je w mienie państwowe, przyznając co najmniej quasi-własność mienia ogólnonarodowego<sup>6</sup>. Sąd Najwyższy początkowo opowiedział się za drugim stanowiskiem<sup>7</sup>, ostatecznie jednak przyjął pierwsze<sup>8</sup>, uznając, że podstawą uwłaszczenia przedsiębiorstw państwowych w mienie skarbowe stały się dopiero przepisy

---

*stwowych osób prawnych*, PiP 1967, z. 6, s. 879–891; S. Grzybowski, *O stosunkach cywilno-prawnych na tle zasady jednolitej własności państwowej*, SC 1966, t. VIII, s. 39–100; J. Gwiazdomorski, *Zasada jednolitej własności socjalistycznej a osobowość prawna przedsiębiorstw państwowych*, PiP 1967, z. 4–5, s. 591–610; W. J. Katner, *Wybrane problemy cywilistyczne ustawy o przedsiębiorstwach państwowych z 1981 r.*, PiP 1982, z. 10, s. 66–78; T. Dybowski, *Sytuacja prawna mienia ogólnonarodowego*, PiP 1988, z. 5, s. 14–25; S. Włodyka, *Założenia regulacji prawnej mienia ogólnonarodowego*, PiP 1987, z. 10, s. 58–76; S. Buczkowski, *Przedsiębiorstwo państwowe a jego majątek*, PUG 1965, z. 3, s. 57–60; J. Wasilkowski, (w:) *System prawa cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, t. II, red. J. Ignatowicz, Ossolineum 1977, s. 67–68; M. Madey, *Stosunki własnościowe przedsiębiorstw państwowych*, Warszawa 1964; J. Wiszniewski, *Prawo cywilne*, Warszawa 1966, s. 155.

Panaowała zgoda co do tego, że mienie państwowe było przez przedsiębiorstwa państwowe jedynie zarządzane. Sporne było to, jaki charakter miał ten zarząd. Według J. Wasilkowskiego mienie ogólnonarodowe należało do państwa i nie sprzeciwiało się temu nadanie przedsiębiorstwom państwowym oraz innym państwowym jednostkom organizacyjnym osobowości prawnej. Osoby te bowiem nie miały wobec zarządzanego mienia żadnych uprawnień, które mogły być przeciwstawiane własności państwowej [por. J. Wasilkowski, (w:) *System prawa cywilnego*, s. 67–68; por. także M. Madey, *Stosunki własnościowe przedsiębiorstw*; pogląd ten przyjął również Sąd Najwyższy – por. uchwała SN (7) z 16 października 1961 r., I CO 20/61, OSN 1962, nr 2, poz. 41; wyrok SN z 10 lutego 1978 r., I CR 316/77, OSNC PiUS 1978, nr 12, poz. 232; uchwała SN z 27 czerwca 1984 r., III CZP 28/84, OSNC 1985, nr 1, poz. 11; uchwała SN (7) z 18 czerwca 1991 r., III CZP 38/91, OSNC 1991, nr 10–12, poz. 118; postanowienie SN z 4 października 2002 r., III CZP 62/02, OSNC 2004, nr 1, poz. 7; postanowienie SN z 11 grudnia 2008 r., II CSK 314/08, niepubl.]. Inni z kolei uznawali zarząd za rodzaj prawa podmiotowego i poszukiwali jego natury. Według pierwszej z opinii było to prawo podmiotowe rzeczowe, położone w systematyce tych praw między własnością a ograniczonymi prawami rzeczowymi (por. Z. Żabiński, *Majątek przedsiębiorstw państwowych*, Warszawa 1973, s. 57, który nazywa to prawo „użytkowaniem produkcyjnym”; J. Wiszniewski, *Prawo cywilne*, s. 155; W. J. Katner, *Wybrane problemy cywilistyczne*, s. 75, który nazywa to prawo „prawem użytkowania mienia przedsiębiorstwa państwowego”); według drugiej – zarząd miał charakter stosunku prawo-rzeczowego, który powinien być regulowany przepisami prawa rzeczowego (por. J. Topiński, *Zarząd mieniem ogólnonarodowym*, Warszawa 1956, s. 28); w myśl trzeciego zapatrywania – zarząd był swoistym (*sui generis*) prawem podmiotowym, którego nie można zaliczyć do kategorii praw rzeczowych [por. S. Grzybowski, S. Ritterman, (w:) *Materiały dyskusyjne do Projektu Kodeksu Cywilnego PRL. Materiały Sesji Naukowej 8. XII 1954 r.*, Warszawa 1954, s. 127 i n.].

<sup>4</sup> Dz.U. z 1989 r. nr 3, poz. 11.

<sup>5</sup> Por. E. Skowrońska, *Charakter uprawnień państwowych osób prawnych do posiadanego przez nie majątku w świetle ostatnich zmian ustawodawczych*, PS 1991, nr 1–2, s. 62, 63; Z. Radwański, *W sprawie skutków prawnych nowelizacji art. 128 k.c.*, PiP 1990, z. 4, s. 52–53.

<sup>6</sup> Por. T. Dybowski, *Własność Skarbu Państwa i państwowych osób prawnych w świetle nowego art. 128 k.c.*, PiP 1990, z. 4, s. 33, 34; J. Ignatowicz, *Zmiany wprowadzone do księgi I kodeksu cywilnego przez nowelę z 28 lipca 1990 roku*, PS 1991, z. 1–2, s. 31; W. J. Katner, *Głosa do uchwały SN z dnia 18 czerwca 1991 r.*, III CZP 38/91, PiP 1992, z. 10, s. 111.

<sup>7</sup> Por. wyrok SN z 12 grudnia 1989 r., III CRN 401/89, niepubl.

<sup>8</sup> Por. uchwała SN z 11 października 1990 r., III AZP 13/90, OSP 1991, nr 6, poz. 160; uchwała SN (7) z 18 czerwca 1991 r., III CZP 38/91, OSNC 1991, nr 10–12, poz. 118.



ustawy<sup>9</sup> z dnia 29 września 1990 r. o zmianie ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczeniu nieruchomości. Stanowisko to jest przekonujące<sup>10</sup> mimo zgłaszanych w piśmiennictwie obiekcji<sup>11</sup>.

Zgodnie z ustawą z 29 września 1990 r. przedsiębiorstwo państwowe zostało uwłaszczone kosztem mienia skarbowego w szczególności w użytkowanie wieczyste gruntów skarbowych lub gminnych (art. 2 ust. 1) oraz we własność budynków, lokali oraz innych urządzeń znajdujących się na tych gruntach (art. 2 ust. 2). Niemniej zdaniem Sądu Najwyższego urządzenia przesyłowe nie podlegały

art. 2 ust. 2 powołanej ustawy, nie należały bowiem do kategorii urządzeń „znajdujących się na gruntach”, o których stanowił ten przepis; nadto urządzenia te nie są rzeczami (złożonymi), ale zbiorem rzeczy. Dlatego nabycie przez przedsiębiorstwo własności urządzeń przesyłowych nastąpiło<sup>12</sup> dopiero na podstawie art. 1 pkt 9 ustawy z dnia 20 grudnia 1990 r. o zmianie ustawy o przedsiębiorstwach państwowych<sup>13</sup>.

**II.** Przyjęcie, że powołana ustawa była prawną podstawą nabycia przez przedsiębiorstwo własności urządzeń przesyłowych, skłoniło Sąd Najwyższy do postawienia tezy

<sup>9</sup> Dz.U. z 1990 r. nr 79, poz. 464.

<sup>10</sup> Zdaniem Sądu Najwyższego za poglądem tym przemawia to, że ustawą z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny (Dz.U. z 1990 r. nr 55, poz. 321) uchylono art. 128 k.c., a dodano art. 44<sup>1</sup> k.c., zgodnie z którym własność i inne prawa majątkowe stanowiące mienie państwowe przysługują Skarbowi Państwa albo innym państwowym osobom prawnym. Dowodzi to, że art. 128 k.c. pełnił jedynie funkcję art. 44<sup>1</sup> k.c. Podział mienia państwowego pomiędzy Skarb Państwa i inne państwowe osoby prawne nastąpił w szczególności na podstawie nowelizacji ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości przeprowadzonej ustawą z 29 września 1990 r. Kluczowe znaczenie miały zmiany w rozdziałach 3 i 4 ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości, normujących oddawanie w użytkowanie wieczyste, dzierżawę, najem, użyczenie oraz w zarząd nieruchomości (wraz z budynkami i urządzeniami) stanowiących własność Skarbu Państwa lub własność gminy. W myśl art. 2 ustawy z 29 września 1990 r. państwowe osoby prawne inne niż Skarb Państwa uzyskały, *ex lege*, w stosunku do zarządzanych przez siebie w dniu wejścia w życie tej ustawy gruntów – użytkowanie wieczyste, a w stosunku do budynków (innych urządzeń oraz lokali) – prawo własności. Natomiast według art. 3 tej ustawy nieruchomości nabyte przez państwowe osoby prawne po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 31 stycznia 1989 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny stanowiły od chwili nabycia własność tych osób. Na tle powołanych przepisów można przyjąć, że dopiero ustawa z 29 września 1990 r., a nie zmiana art. 128 k.c., stanowiła podstawę przekształcenia zarządu wykonywanego przez państwowe osoby prawne w prawo użytkowania wieczystego gruntów lub prawo własności budynków, lokali i innych urządzeń.

<sup>11</sup> Według W. J. Katnera (*Glosa*, s. 111) zdanie, że zmiana art. 128 k.c. ustawą z 31 stycznia 1989 r. nie spowodowała uwłaszczenia państwowych osób prawnych, stało się zasadne dopiero po wejściu w życie ustawy z 29 września 1990 r., która zmieniła ustawę z dnia 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości (Dz.U. z 1985 r. nr 22, poz. 99 ze zm.). Do chwili zmiany tej ustawy uzasadniona była teza, że nowelizacja art. 128 k.c. nie spowodowała uwłaszczenia państwowych osób prawnych. Niczego w tej kwestii nie dokonała nawet nowelizacja Kodeksu cywilnego z 28 lipca 1990 r., która dodała do k.c. art. 44<sup>1</sup>. Natomiast w opinii A. Agopszowicza (*Glosa do uchwały SN z dnia 18 czerwca 1991 r.*, III CZP 38/91, „Samorząd Terytorialny” 1992, nr 4, s. 62–65) nie można zgodzić się z wykładnią, według której ustawa z 29 września 1990 r. ma znaczenie nadrzędne, wiodące, a na dodatek oddziałujące z mocą wsteczną na art. 128 k.c. po jego nowelizacji. Przepis ten został uchylony przez ustawę z 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, która weszła w życie 1 października 1990 r. Ponadto art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 10 maja 1990 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o samorządzie terytorialnym i ustawę o pracownikach samorządowych (Dz.U. z 1990 r. nr 32, poz. 191) wskazuje, że „ustawodawca odrzucił zasadę jednolitej własności państwowej, nawet w obrębie tylko Skarbu Państwa, i że nie istnieje, a w każdym razie nie istniała w dniu 27 maja 1990 r., potrzeba podtrzymywania fikcji, według której prawa i obowiązki o charakterze majątkowym miałyby «należeć» do Skarbu Państwa, a nie do wymienionych w cytowanym przepisie państwowych jednostek organizacyjnych”.

<sup>12</sup> Por. uchwała SN z 18 czerwca 1991 r., III CZP 38/91, OSNCP 1991, nr 10–12, poz. 118. W wyroku SN z 21 maja 2015 r., IV CSK 514/14, niepubl., stwierdzono z kolei istnienie zasady uwłaszczenia, bez wskazywania jego podstawy prawnej.

<sup>13</sup> Dz.U. z 1991 r. nr 2, poz. 6.

komentowanego orzeczenia. Zdaniem SN wraz z własnością urządzeń przesyłowych przedsiębiorstwo nabyło z mocy prawa także służebność gruntową o treści służebności przesyłu, pozwalającą na korzystanie z urządzeń zgodnie z ich przeznaczeniem. Koncepcja ta jest dyskusyjna z dwóch powodów.

Po pierwsze, u jej podstaw leży założenie, zgodnie z którym także przed wejściem w życie przepisów Kodeksu cywilnego normujących służebności przesyłu (art. 305<sup>1</sup>–305<sup>4</sup>) dopuszczalne było nabycie (umowa, zasiedzenie) służebności gruntowej, której treść odpowiadała treści służebności przesyłu. Opinia ta jest dominująca i już utrwalona w orzecznictwie Sądu Najwyższego<sup>14</sup>, niemniej trudno się z nią zgodzić<sup>15</sup>. Przede wszystkim narusza zasadę *lex retro non agit*. Instytucja służebności przesyłu, która została wprowadzona do Kodeksu cywilnego w 2008 r., jest stosowana do oceny stanów faktycznych, które występowały na długo przed tą chwilą. Co więcej, analiza orzecznictwa jednoznacznie wskazuje, że instytucja służebności gruntowej o treści

służebności przesyłu zaczyna być stosowana wstecznie dopiero od wejścia w życie instytucji służebności przesyłu. W orzecznictwie spotyka się przypadki stwierdzenia zasiedzenia służebności gruntowej o treści służebności przesyłu nawet z datą z lat sześćdziesiątych XX wieku. Służebność przesyłu nie występowała w tym czasie w systemie prawnym, nie mogła być znana „posiadaczowi” tej służebności oraz właścicielowi nieruchomości potencjalnie obciążonej. Osoby te nie mogły zatem przewidywać skutków swojego zachowania na tle tej konstrukcji prawnej. Zainteresowani nie mogli w szczególności wiedzieć, że nabycie tej służebności, zgodnie ze współczesnym orzecznictwem Sądu Najwyższego<sup>16</sup>, nie wymagało przymiotu właściciela nieruchomości władnącej.

Koncepcja Sądu Najwyższego narusza w konsekwencji fundamentalną zasadę prawa rzeczowego – zasadę *numerus clausus* praw rzeczowych<sup>17</sup>. W systemie prawa rzeczowego występuje tyle praw rzeczowych, ile wyraźnie wprowadził do niego ustawą prawodawca<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Por. wyrok SN z 19 maja 2004 r., III CK 496/02, niepubl.; wyrok SN z 11 marca 2005 r., II CK 489/04, niepubl.; postanowienie SN z 31 maja 2006 r., IV CSK 149/05, niepubl.; postanowienie SN z 8 września 2006 r., II CSK 112/06, MoP 2006, nr 19, s. 1016; postanowienie SN z 4 października 2006 r., II CSK 119/06, MoP 2006, nr 21, s. 1128; postanowienie SN z 10 lipca 2008 r., III CSK 73/08, niepubl.; uchwała SN z 7 października 2008 r., III CZP 89/08, Biul. SN 2008, nr 10, s. 7; postanowienie SN z 7 listopada 2008 r., II CSK 326/08, niepubl.; wyrok SN z 12 grudnia 2008 r., II CSK 389/08, niepubl.; postanowienie SN z 5 czerwca 2009 r., I CSK 392/08, niepubl.; postanowienie SN z 22 lipca 2010 r., I CSK 606/09, niepubl.; uchwała SN z 27 czerwca 2013 r., III CZP 31/13, OSNC 2014, nr 2, poz. 11; uchwała SN z 22 maja 2013 r., III CZP 18/13, OSNC 2013, nr 12, poz. 139; uchwała SN z 27 czerwca 2013 r., III CZP 31/13, OSNC 2014, nr 2, poz. 11.

<sup>15</sup> Zob. J. Kondek, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 maja 2013 r., III CZP 18/13*, „Glosa” 2014, nr 2, s. 29–38; M. Warciński, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 maja 2013 r., III CZP 18/13*, PS 2016, nr 3, s. 122–132.

<sup>16</sup> Por. uchwała SN z 7 października 2008 r., III CZP 89/08, Biul. SN 2008, z. 10, s. 7; postanowienie SN z 7 listopada 2008 r., II CSK 326/08, niepubl.; wyrok SN z 12 grudnia 2008 r., II CSK 389/08, niepubl.; postanowienie SN z 5 czerwca 2009 r., I CSK 392/08, niepubl.; postanowienie SN z 22 lipca 2010 r., I CSK 606/09, niepubl.; uchwała SN z 27 czerwca 2013 r., III CZP 31/13, OSNC 2014, nr 2, poz. 11; uchwała SN z 22 maja 2013 r., III CZP 18/13, OSNC 2013, nr 12, poz. 139.

<sup>17</sup> Znaczenie tej zasady w prawie rzeczowym nie budzi wątpliwości – por. S. Wójcik, (w:) *System prawa cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, t. II, red. J. Ignatowicz, Ossolineum 1977, s. 15; P. Machnikowski, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, wyd. 3, Warszawa 2013, s. 40; E. Drozd, *Numerus clausus praw rzeczowych*, (w:) *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego. Studia i rozprawy. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego*, red. S. Sołtysiński, Poznań 1990, s. 259; F. Baur, J. F. Baur, R. Stürmer, *Sachenrecht*, München 1999, s. 3; J. T. Füller, *Eigenständiges Sachenrecht?*, Tübingen 2006, s. 371–372; K. H. Schwab, H. Prütting, *Sachenrecht. Ein Studienbuch*, München 2003, s. 9–10; J. Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlin–New York 2002, s. 5–6.

<sup>18</sup> W tym kontekście drugorzędne znaczenie ma dyskusja, która w nauce toczy się od lat, czy prawem rzeczowym jest prawo zdefiniowane wprost jako prawo rzeczowe, czy jest nim także takie prawo, które ma ustawowe cechy prawa rzeczowego. Zob. E. Drozd, *Numerus*, s. 257–269.

Służebność przesyłu została wprowadzona do tego systemu nie wcześniej niż w 2008 r. Nie zmienia tego twierdzenie, że koncepcja Sądu Najwyższego nie dotyczy służebności przesyłu, ale służebności gruntowej o treści służebności przesyłu. Pojęcie służebności gruntowej o treści służebności przesyłu w istocie znaczy tyle, co pojęcie służebności przesyłu. Instytucje te mają tożsame cechy, w szczególności ich podmioty nie muszą być właścicielem nieruchomości władnącej. Ponadto, co wiąże się z pierwszą uwagą, obydwie służebności nie muszą zwiększać użyteczności nieruchomości władnącej lub jej oznaczonej części. W przypadku służebności gruntowej wymienione cechy to cechy konstytutywne (art. 285 § 1 i 2 k.c., art. 50 k.c.).

Po drugie, trudno zgodzić się ze zdaniem, że art. 1 pkt 9 ustawy z dnia 20 grudnia 1990 r. o zmianie ustawy o przedsiębiorstwach państwowych stanowi podstawę ustanowienia służebności gruntowej o treści służebności przesyłu, nawet gdyby uznać, że prawo takie można było kreować przed wejściem w życie przepisów o służebności przesyłu. O ile treść tego przepisu<sup>19</sup> może być, jednak przy stosunkowo elastycznej wykładni, podstawą do uznania, że przedsiębiorstwo nabyło zgodnie z nim własność urządzeń przesyłowych, o tyle twierdzenie, że był on jeszcze źródłem nabycia *ex lege* służebności (niezależnie od jej treści), jest już zbyt daleko idące. Podstawy normatywne nabycia praw rzeczowych, niezależnie od spo-

sobu nabycia (czynność prawna, ustawa), muszą być wyraźne i jednoznaczne. Prawo polskie znało przypadki służebności gruntowych kreowanych przez ustawę<sup>20</sup>. Jednakże prawodawca stworzył je wprost, w sposób niebudzący wątpliwości. Artykuł 1 pkt 9 ustawy z dnia 20 grudnia 1990 r. o zmianie ustawy o przedsiębiorstwach państwowych jest daleki od takiego standardu, nawet jeżeli byłby interpretowany przy użyciu metody teleologicznej. Można odnieść wrażenie, że gdyby rzeczywiście intencją prawodawcy było ustanowienie *ex lege* służebności z mocy tego przepisu, nie mógł tej intencji lepiej ukryć w powołanym przepisie. Nic w nim nie wskazuje woli wykreowania służebności gruntowej o treści służebności przesyłu. Zaprezentowana w orzeczeniu wykładnia funkcjonalna powołanego przepisu wkroczyła już na pole prawotwórstwa.

Stanowisko Sądu Najwyższego rozmija się z generalną ideą przyjętą w Kodeksie cywilnym, zgodnie z którą powstanie służebności wbrew woli właściciela nieruchomości obciążonej następuje z mocy orzeczenia sądu zastępującego oświadczenie woli, a nie z mocy ustawy. Rozwiązanie takie przyjęto w prawie niemieckim (§ 917 BGB<sup>21</sup>); powstanie służebności drogi koniecznej sąd jedynie ustala<sup>22</sup>. W prawie polskim służebności przymusowe (art. 145, 151, 305<sup>2</sup> k.c.) powstają z mocy orzeczenia kształtującego prawo (art. 64 k.c. w związku z art. 1047 k.p.c.). Dotyczy to także zmiany treści (art. 291 k.c.) oraz zniesienia

<sup>19</sup> „(...) w art. 42 [ustawy o przedsiębiorstwach państwowych]:

a) w ust. 2 wyrazy «stanowiących część mienia ogólnonarodowego» skreśla się,

b) ust. 3 skreśla się,

c) dotychczasowy ust. 4 otrzymuje oznaczenie ust. 3 i brzmienie:

«3. Przedsiębiorstwo państwowe zbywa środki trwale w drodze publicznego przetargu»,

d) dotychczasowy ust. 5 oznacza się jako ust. 4”.

<sup>20</sup> Według nieobowiązującego już art. 51 ust. 2 ustawy z dnia 27 października 1977 r. o zaopatrzeniu emerytalnym oraz innych świadczeniach dla rolników i ich rodzin (Dz.U. nr 32, poz. 140 ze zm.) budynki wyłączone przez rolnika stanowiły odrębny przedmiot własności, a z własnością tą związana była *ex lege* służebność gruntowa w zakresie niezbędnym do korzystania z budynków. Zob. także K. Łukawski, *Prawa rzeczowe ograniczone przysługujące rolnikowi, który przekazał gospodarstwo za rentę lub odpłatnie*, NP 1980, z. 2, s. 59.

<sup>21</sup> Bürgerliches Gesetzbuch vom 18 August 1896 (wersja oryginalna RGBl. S. 195; w wersji opublikowanej 2 stycznia 2002 r. – BGBl. I 2002, S. 42 ze zm.) – kodeks cywilny niemiecki z 1896 r. (BGB); <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>

<sup>22</sup> Por. W. Kocon, *Droga konieczna*, Warszawa 1977, s. 18 i cyt. tam literatura.

służebności (art. 294 oraz 295 k.c.). Zasada ta nie została przyjęta przypadkowo; ma solidne uzasadnienie. W przeciwieństwie do koncepcji powstawania służebności *ex lege*, w naturalny sposób harmonizuje z istotną cechą praw rzeczowych – ich skutecznością *erga omnes*. Realizacja tej skuteczności wymaga przestrzegania zasady jawności praw rzeczowych. Nakazowi skierowanemu do właściciela rzeczy obciążonej oraz osób trzecich, aby szanowali cudze prawo rzeczowe, musi towarzyszyć jawność tego prawa. Nie można wymagać poszanowania prawa rzeczowego, którego istnienie lub treść są dla uczestników obrotu niedostępne. Instytucja kreowania ograniczonych praw rzeczowych z mocy prawa, jedynie ustalanych przez sąd, nie zapewnia tej jawności. W prawie polskim prawodawca godzi się czasem na takie rozwiązanie, ale jeżeli to możliwe, wycofuje się z niego<sup>23</sup>. Niemniej warto powtórzyć, nawet jeżeli akceptuje kreowanie ograniczonych praw rzeczowych z mocy ustawy, czyni to w drodze wyjątku, a wyjątek ten ma jednoznaczną podstawę w ustawie<sup>24</sup>; takiej podstawy wyraźnie brakuje w analizowanym przypadku.

Przyjęcie, że przedmiotowe służebności powstały *ex lege*, wymaga w razie sporu, aby sąd ustalił nie tylko istnienie służebności, ale także jej treść, a więc zakres i sposób jej wykonywania. Pojawia się pytanie, według jakich kryteriów sąd będzie tego dokonywał. Gdyby ustawa rzeczywiście wykreowała przedmiotowe służebności, z pewnością zawierałaby wskazówki, według których można byłoby określić treść tych praw. Takich normatywnych wskazówek jednak brakuje. W rachubę wchodzi jedynie ogólny art. 287 k.c., choć jego treść, ale również adekwatność wobec analizowane-

go problemu, budzi wątpliwości. Nie trzeba szerzej wyjaśniać, że kryteria w nim zawarte nie mają zbyt ścisłego związku z nakazami jasności i jednoznaczności treści kreowanych praw, wynikającymi z zasady jawności<sup>25</sup>. Ponadto systematyka tego przepisu wskazuje, że jest on adresowany przede wszystkim do przypadków, w których to umowa o ustanowienie służebności gruntowej, a nie jakiegokolwiek inne źródło powstania służebności, nie precyzuje dostatecznie treści tego prawa. Niemniej z komentowanej tezy należy wyciągnąć wniosek, że treść służebności gruntowych (w istocie przesyłowych), przysługujących od ponad ćwierćwiecza przedsiębiorcom przesyłowym, profesjonalnym podmiotom gospodarczym, prowadzącym wyspecjalizowaną działalność znacznych rozmiarów, będzie ustalana według zasad współżycia społecznego, przy uwzględnieniu zwyczajów miejscowych.

Choć nie jest to uwaga prawno-dogmatyczna, uzasadnione jest jednak zasygnalizowanie niespójności, jaką wywołuje omawiane orzeczenie w judykaturze Sądu Najwyższego. Orzeczenie to w zasadzie podważa bowiem rację powołanej wcześniej, utrwalonej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego w kwestii dopuszczalności zasiedzenia przez przedsiębiorców służebności gruntowych o treści służebności przesyłu<sup>26</sup>. Uznanie, że wraz z nabyciem własności urządzeń przesyłowych przedsiębiorca nabywa z mocy prawa służebność, wyklucza nabycie tej służebności przez przedsiębiorcę wskutek zasiedzenia. Komentowane orzeczenie w znacznej mierze przekreśla wysiłek Sądu Najwyższego w kształtowaniu i utrwalaniu bogatej już linii orzeczniczej. Stanowisko Sądu Najwyższego

<sup>23</sup> W szczególności nie przypadkiem zrezygnował z hipoteki ustawowej zabezpieczającej roszczenia podatkowe, deklarowanej wpisem do księgi wieczystej, na hipotekę przymusową, której proces powstania kończy prawotwórczy wpis do księgi wieczystej na podstawie stosownej decyzji administracyjnej.

<sup>24</sup> Z mocy ustawy powstaje w oznaczonych ściśle przypadkach zastaw zwykły; zob. art. 432 § 2, art. 588 § 2, art. 670 § 1, art. 701, art. 802 § 1, art. 859<sup>3</sup> k.c. Ustawowe prawo zastawu przewiduje także art. 38 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. nr 189, poz. 1159 ze zm.).

<sup>25</sup> *De lege ferenda* art. 287 k.c. powinien być uchylony, pozwala bowiem na zawieranie umów, w których treść kreowanych przez nie praw nie jest dostatecznie określona.

<sup>26</sup> Por. przypis 14.

w sprawie dopuszczalności zasiedzenia służebności gruntowej o treści służebności prześytu budzi wątpliwości z wielu powodów<sup>27</sup>. Jednakże nie sposób nie dostrzegać braku koherencji między nim a opinią wyrażoną w komentowanym orzeczeniu. Nie można także pomijać wartości spójnego i przewidywalnego orzecznictwa, choćby koncepcje w nim prezentowane były dyskusyjne.

Akceptując tezę tego orzeczenia, należałoby także przyjąć, że wraz z nabyciem budynków i innych urządzeń na podstawie art. 2 ust. 2 ustawy z 29 września 1990 r. przedsiębiorstwa nabyły także z mocy prawa stosowne służebności gruntowe, w szczególności drogowe, oparcia ściany itd. Ten sposób wnioskowania nie wyklucza postawienia generalnej tezy, że w każdym przypadku nabycia własności na

podstawie ustawy dochodzi również do nabycia *ex lege* prawa potrzebnego do wykonywania własności rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem (zasiedzenie, dziedziczenie, przemilczenie). Nie ma bowiem merytorycznych podstaw do czynienia z tego punktu widzenia różnicy między sytuacją, która stała się podstawą wydania komentowanego orzeczenia, a każdym innym przypadkiem nabycia własności rzeczy z mocy ustawy.

**III.** Analizowane orzeczenie dotyczy ważkiej społecznie i gospodarczo problematyki. Sądowi Najwyższemu towarzyszyła wyraźna i słuszna wola znalezienia pragmatycznego rozstrzygnięcia zagadnienia. Niemniej teza orzeczenia budzi wątpliwości natury zasadniczej, dlatego nie zasługuje na aprobatę.

---

<sup>27</sup> Por. przypis 15.

*Artur Kappel*

## GŁOSA DO UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 9 GRUDNIA 2016 R., III CZP 57/16

Teza głosowanej uchwały:

**Samoistny posiadacz nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste może nabyć jej własność przez zasiedzenie.**

1. W głosowanej uchwale z 9 grudnia 2016 r. Sąd Najwyższy odpowiedział pozytywnie na przedstawione do rozstrzygnięcia powiększonemu składowi tego Sądu zagadnienie prawne: „Czy samoistny posiadacz nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste osobie trzeciej może nabyć własność tej nieruchomości przez zasiedzenie?”<sup>1</sup>.

Powołana uchwała Sądu Najwyższego została podjęta na bazie stanu faktycznego, w którym sąd rejonowy stwierdził zasiedzenie na rzecz wnioskodawców będących posiadaczami samoistnymi własność nieruchomości, której właścicielem był Skarb Państwa, a następnie w wyniku komunalizacji gmina. Objęta wnioskiem o zasiedzenie nieruchomości (stanowiąca wygradzoną część większych działek ewidencyjnych) została oddana w użytkowanie wieczyste, jednak użytkownik wieczysty nigdy nie objął jej w posiadanie. Wnioskodawcy nie utracili bowiem posiadania wskutek oddania przedmiotowej nieruchomości w użytkowanie wieczyste.

Sąd drugiej instancji dokonał odmiennej oceny prawnej, oddalając wniosek o zasiedzenie. Sąd odwoławczy stwierdził, że samoistny posiadacz nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste nie może nabyć przez zasiedzenie własności nieruchomości, lecz co najwyżej użytkowanie wieczyste. W odniesieniu do gruntów oddanych w użytkowanie wieczyste wszystkie uprawnienia właścicielskie wykonuje użytkownik wieczysty i tylko on występuje w stosunkach prawnorzeczowych z osobami trzecimi.

2. Powołana na wstępie uchwała Sądu Najwyższego z 9 grudnia 2016 r. znalazła aprobatę w późniejszych orzeczeniach Sądu Najwyższego<sup>2</sup>. Tym niemniej uzasadnienie uchwały nie rozwiewa w dostateczny sposób wątpliwości związanych z dopuszczeniem możliwości zasiedzenia własności nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste. W szczególności wydaje się, że szerszej analizy wymaga kwestia

<sup>1</sup> Uchwała składu 7 sędziów SN z 9 grudnia 2016 r., III CZP 57/16, OSNC 2017, nr 5, poz. 51, podjęta w wyniku postanowienia SN z 6 kwietnia 2016 r., IV CSK 414/15 o przekazaniu powiększonemu składowi SN zagadnienia prawnego do rozstrzygnięcia, LEX nr 2053643.

<sup>2</sup> Uchwała SN z 22 marca 2017 r., III CZP 49/16, LEX nr 2252225 oraz postanowienie SN z 4 kwietnia 2017 r., I CSK 299/15, LEX nr 2329033.



możliwości ochrony własności po stronie podmiotu publicznego (Skarbu Państwa czy jednostek samorządu terytorialnego), który oddał nieruchomość w użytkowanie wieczyste, cedując w ten sposób na użytkownika zasadniczą część uprawnień do nieruchomości, w zakresie zbliżonym do uprawnień właścicielskich. Wydaje się również uzasadnione odmienne traktowanie możliwości zasiedzenia nieruchomości, które stały się przedmiotem posiadania samostannego prowadzącego do zasiedzenia jeszcze przed oddaniem w użytkowanie wieczyste, od sytuacji, w której objęcie w samoistne posiadanie nastąpiło już po oddaniu nieruchomości w użytkowanie wieczyste.

3. Instytucja użytkowania wieczystego uregulowana jest w art. 232–243 k.c. oraz w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami<sup>3</sup>. Użytkowanie wieczyste pojawiło się ostatecznie w naszym porządku prawnym w ustawie z dnia 14 lipca 1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach<sup>4</sup>, a następnie instytucję tę – po znacznym zmodyfikowaniu – przejął Kodeks cywilny<sup>5</sup>.

W przypadku użytkowania wieczystego Kodeks cywilny reguluje wyłącznie zagadnienia cywilnoprawne, natomiast ustawa o gospodarce nieruchomościami – zagadnienia administracyjne<sup>6</sup>.

Użytkowanie wieczyste zostało uregulowane jako prawo pośrednie łączące w sobie cechy zarówno prawa własności, jak i ograniczonych praw rzeczowych. Cywilnoprawne uregulowania tej instytucji nie są wystarczające, dlatego doktryna i orzecznictwo przyjmują, że do użytkowania wieczystego w drodze analogii należy stosować przepisy normujące bądź własność, bądź ograniczone prawa rzeczowe. Tym nie-

mniej treść użytkowania wieczystego, z uwagi na szeroki zakres uprawnień użytkownika wieczystego, jest o wiele bliższa treści prawa własności niż ograniczonych praw rzeczowych<sup>7</sup>. Wysoką rangę użytkowania wieczystego wyeksponował ustawodawca, rezerwując w systematyce Kodeksu cywilnego miejsce dla użytkowania wieczystego po prawie własności, a przed ograniczonymi prawami rzeczowymi<sup>8</sup>.

Przedmiotem użytkowania wieczystego mogą być grunty stanowiące własność Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego (art. 232 k.c.). Użytkownik wieczysty może korzystać z oddanego mu w użytkowanie gruntu z wyłączeniem innych osób oraz rozporządzać tym prawem, w granicach określonych przez ustawy, zasady współżycia społecznego oraz przez umowę, którą zawarł z właścicielem gruntu (art. 233 k.c.). W umowie o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste ustala się okres użytkowania wieczystego oraz sposób korzystania z tej nieruchomości (art. 236 i 239 k.c., a ponadto art. 29 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami).

Właścicielowi gruntu oddanego w użytkowanie wieczyste przysługuje uprawnienie do pobierania opłat, jego obowiązkiem jest zaś znoszenie korzystania z gruntu przez użytkownika wieczystego. Obowiązkiem zaś użytkownika wieczystego jest uiszczanie na rzecz właściciela rocznych opłat oraz wykorzystanie gruntu w sposób określony w umowie (art. 233 i 238 k.c.). Niewywiązywanie się przez użytkownika z obowiązku zagospodarowania nieruchomości zgodnie z umową jest sankcjonowane rozwiązaniem umowy (art. 240 k.c.).

W doktrynie oraz orzecznictwie ugruntował się pogląd, że właściciel nieruchomości

<sup>3</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 2147 z późn. zm.

<sup>4</sup> Dz.U. z 1969 r. nr 27, poz. 216 z późn. zm.

<sup>5</sup> Szerzej na ten temat: G. Bieniek, (w:) G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, wyd. 7, Warszawa: LexisNexis 2013, s. 929–930; J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa: LexisNexis 2012, s. 182–184.

<sup>6</sup> K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449*<sup>10</sup>, wyd. 7, Warszawa: C. H. Beck 2013, s. 541.

<sup>7</sup> *Ibidem*, s. 545; S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa: LexisNexis 2001, s. 353.

<sup>8</sup> G. Gniewek, *Prawo rzeczowe*, Warszawa: C. H. Beck 2010, s. 166.

oddanej w użytkowanie wieczyste jest jej posiadaczem samoistnym, użytkownik wieczysty zaś posiadaczem zależnym, w zakresie przyśługującego mu prawa<sup>9</sup>.

4. Zasiedzenie polega na nabyciu prawa przez nieuprawnionego posiadacza wskutek faktycznego wykonywania tego prawa w ciągu oznaczonego czasu. Instytucja ta umożliwia w drodze usankcjonowania stanu faktycznego usunięcie długotrwałej niezgodności pomiędzy stanem prawnym a stanem posiadania. Wskutek zasiedzenia posiadacz nabywa *ex lege* własność rzeczy, po stronie dotychczasowego właściciela następuje zaś utrata własności. Zasiedzenie jest więc pierwotnym sposobem nabycia własności<sup>10</sup>.

Poprzez zasiedzenie można nabyć tylko prawa rzeczowe. Ze względu zaś na to, że podstawą zasiedzenia jest posiadanie, można nabyć w drodze zasiedzenia tylko takie prawa, z którymi łączy się władztwo nad rzeczą<sup>11</sup>. Z ograniczonych praw rzeczowych można zasiedzieć niektóre służebności gruntowe (art. 292 k.c.), jak też służebność przesyłu (art. 292 k.c. w zw. z art. 305<sup>4</sup> k.c.)<sup>12</sup>.

Przedmiotem zasiedzenia mogą być jedynie rzeczy jako obiekty materialne (art. 45 k.c.) stanowiące przedmiot własności i obrotu cywilnoprawnego oraz posiadania. Nie jest możliwe zasiedzenie nieruchomości przeznaczonych na

cele publiczne, ich właścicielami mogą bowiem być wyłącznie Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego<sup>13</sup>.

5. W orzecznictwie i w doktrynie akceptację zyskał pogląd o dopuszczalności zasiedzenia również użytkownika wieczystego, ale jedynie wówczas, gdy to prawo zostało już wcześniej ustanowione. Podstawę takiego zasiedzenia stanowiły przepisy o zasiedzeniu nieruchomości stosowane w drodze analogii<sup>14</sup>.

Ponadto orzecznictwo przyjmuje stanowisko, że czasu posiadania w zakresie użytkowania wieczystego nie można zaliczyć na poczet posiadania właścicielskiego<sup>15</sup>. Natomiast ustanowienie użytkownika wieczystego nie przerywa terminu zasiedzenia własności nieruchomości<sup>16</sup>.

6. Sąd Najwyższy, uzasadniając w powołanej na wstępie uchwałę z 9 grudnia 2016 r. pogląd o możliwości zasiedzenia przez posiadacza samoistnego własności nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste, wskazał następujące argumenty.

Poprzez oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste uprawnionym do jego korzystania staje się użytkownik wieczysty. Korzystanie to winno mieć charakter celowy, właściciel może bowiem oczekiwać od użytkownika, że nieruchomość zostanie wykorzystana zgodnie

<sup>9</sup> S. Rudnicki, (w:) G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, wyd. 4, Warszawa: LexisNexis 2007, s. 492; uchwała SN z 23 lipca 2008 r., III CZP 68/08, OSNC 2009, nr 7–8, poz. 109; uchwała SN z 28 marca 2014 r., III CZP 8/14, OSNC 2015, nr 1, poz. 6.

<sup>10</sup> E. Gniewek (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 3. Prawo rzeczowe*, wyd. 3, Warszawa: C. H. Beck 2013, s. 633–635; E. Janeczko, *Zasiedzenie*, wyd. 3, Zielona Góra: Zachodnie Centrum Organizacji 2002, s. 11–14.

<sup>11</sup> J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, s. 108.

<sup>12</sup> K. Gołębiowski, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 6, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa: C. H. Beck 2014, s. 371.

<sup>13</sup> S. Rudnicki, (w:) G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, wyd. 7, s. 1156–1157; postanowienie SN z 24 czerwca 2010 r., IV CSK 40/10, OSNC 2011, nr 2, poz. 17 oraz postanowienie SN z 17 maja 2012 r., I CSK 408/11, LEX nr 1168865.

<sup>14</sup> Uchwała składu 7 sędziów SN z 11 grudnia 1975 r., III CZP 63/75, OSNC 1976, nr 12, poz. 259; S. Rudnicki, (w:) G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, wyd. 4, s. 937.

<sup>15</sup> Uchwała SN z 23 lipca 2008 r., III CZP 68/08, OSNC 2009, nr 7–8, poz. 109; uchwała SN z 28 marca 2014 r., III CZP 8/14, OSNC 2015, nr 1, poz. 6.

<sup>16</sup> Postanowienie SN z 18 stycznia 2008 r., V CSK 383/07, OSNC-ZD 2008, nr 4, poz. 106; postanowienie SN z 19 lutego 2015 r., III CSK 188/14, LEX nr 1678081 oraz postanowienie SN z 18 marca 2015 r., I CSK 200/14, LEX nr 1710336.

z przeznaczeniem określonym przy powstaniu tego prawa. Natomiast postępowanie przez użytkownika z nieruchomością w sposób dowolny, sprzeczny z postanowieniami umowy, zagrożone jest sankcją rozwiązania umowy (art. 240 k.c.). Właściciel nieruchomości, którym jest zawsze podmiot publiczny, powinien zatem korzystać z instrumentów, które pozwolą na zagwarantowanie osiągnięcia celu ustanowienia tego prawa, bądź przy braku takiej możliwości dążyć do jego wygaszenia.

Sąd Najwyższy również wskazał, że właściciel może dochodzić roszczenia petytoryjnego (art. 222 k.c.) przeciwko temu, kto nie jest w stanie przeciwstawić mu własnego prawa do korzystania z nieruchomości, a zatem nie przeciwko użytkownikowi wieczystemu i osobom, które wywodzą własne prawa od użytkownika, lecz przeciwko osobom nielegitymującym się żadnym tytułem do władania nieruchomością. Podobnie w przypadku roszczeń posesoryjnych, które mogą zmierzać do przywrócenia poprzedniego stanu posiadania i do zakazania naruszeń (art. 344 I k.c.). Właściciel może więc roszczeń petytoryjnych i posesoryjnych dochodzić przeciwko temu, z kim nie łączy go stosunek użytkownika wieczystego, a kto korzysta z nieruchomości w sposób wykraczający poza treść ustanowionego na niej prawa, mogący wskazywać na objęcie nieruchomości w posiadanie samoistne, z którego wyzuty został właściciel. Takie posiadanie nie jest wykonywane przeciwko użytkownikowi wieczystemu, lecz przeciwko właścicielowi.

Podobnie użytkownik wieczysty może korzystać w celu ochrony przysługującego mu prawa zarówno z roszczeń posesoryjnych, jak i petytoryjnych. Zakres ochrony, jaką użytkownik wieczysty może skutecznie uzyskać w postępowaniu posesoryjnym, jest wyznaczony przez właściwy dla niego zakres posiadania nieruchomości, a w postępowaniu petytoryjnym przez treść uprawnień do tej nieruchomości,

które należą do treści prawa uzyskanego na podstawie umowy z właścicielem.

Sąd Najwyższy zwrócił też uwagę, że orzecznictwo o dopuszczalności zasiedzenia użytkownika wieczystego ukształtowało się w czasie obowiązywania art. 177 k.c., który wyłączał możliwość nabycia przez zasiedzenie prawa własności nieruchomości państwowych, co miało nieco łagodzić skutki tego zakazu<sup>17</sup>. Ustawodawca może bowiem przyjąć, że niektóre nieruchomości nie podlegają zasiedzeniu. W stanie prawnym obowiązującym do 1 października 1990 r., tj. do wejścia w życie ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny<sup>18</sup>, spod zasiedzenia były wyłączone nieruchomości państwowe.

W ocenie Sądu Najwyższego nie ma podstaw do uznania, że nieruchomości obciążone prawem użytkownika wieczystego mają cechy wyłączające je spod zasiedzenia. Przeznaczenie nieruchomości z zasobu publicznego do ustanowienia na niej użytkownika wieczystego świadczy o tym, że nieruchomość nie jest zagospodarowana na cele wykluczające wprowadzenie na nią użytkownika wieczystego i oddanie mu nieruchomości w posiadanie w warunkach niepewności, czy zrealizuje on cel ustanowienia tego prawa. Właściciel należący do sektora publicznego może, a nawet powinien badać sposób wykorzystania nieruchomości pozostającej w jego zasobie i oddanej w użytkowanie wieczyste, w celu stwierdzenia, czy nieruchomość jest wykorzystywana zgodnie z przeznaczeniem i czy korzystający z niej dąży do osiągnięcia celu ustanowienia tego prawa.

Przytoczone wyżej poglądy znajdują potwierdzenie we wcześniejszym orzecznictwie Sądu Najwyższego, że oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste nie może stanowić przeszkody do zasiedzenia jego własności. Kodeks cywilny zawiera wyraźne przesłanki zasiedzenia własności, a wśród nich nie ma negatywnej przesłanki oddania gruntu w użytkowanie wie-

<sup>17</sup> Uchwała składu 7 sędziów SN z 11 grudnia 1975 r., III CZP 63/75, OSNCP 1976, nr 12, poz. 259.

<sup>18</sup> Dz.U. z 1990 r. nr 55, poz. 321.

czyste. Przyjęcie zaś, że ustanowienie użytkownika wieczystego wyłącza możliwość nabycia przez zasiedzenie własności gruntu, na którym to prawo powstało, byłoby jednoznaczne z wyłączeniem spod zasiedzenia szerszego katalogu nieruchomości niż te, których dotyczyło wyłączenie w stanie obowiązującym do dnia 1 października 1990 r., obejmując także oddane w użytkowanie wieczyste nieruchomości jednostek samorządu terytorialnego wszystkich szczebli<sup>19</sup>.

Dopuszczenie możliwości zasiedzenia gruntu oddanego w użytkowanie wieczyste nie jest sprzeczne z konstytucyjną zasadą ochrony własności, aby wszelkie wątpliwości co do zasad stosowania instytucji zasiedzenia były tłumaczone na korzyść własności<sup>20</sup>. Stwierdzenie nabycia własności przez zasiedzenie po ustaleniu, że zasiadający spełnił przesłanki ustawowe, nie może być uznane za naruszenie konstytucyjne chronionych wartości, gdyż utrata prawa jest w takim przypadku konsekwencją zaniechania jego wykonywania i tolerowania stanu sprzecznego z nim przez odpowiednio długi czas<sup>21</sup>.

Reasumując: Sąd Najwyższy – odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa – przyjął, że wejście w posiadanie samoistne nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste jest możliwe tylko wtedy, gdy użytkownik wieczysty dopuścił tę osobę do władania nieruchomością w szerszym zakresie niż przysługujący jemu samemu. Jeżeli zatem nieruchomość obciążona użytkowaniem wieczystym znalazła się w posiadaniu samoistnym zasiadającego, to jego posiadanie skierowane jest nie tylko przeciwko właścicielowi, ale także użytkownikowi wieczystemu. Jest ono możliwe wyłącznie wtedy, gdy użytkownik wieczysty zaniechał korzystania z przedmiotu ustanowionego na jego rzecz prawa w zakresie, w jakim powinien

je wykonywać. Zasiedzenie gruntu oddanego w użytkowanie wieczyste powoduje zatem nie tylko utratę jego własności przez Skarb Państwa albo jednostkę samorządu terytorialnego, lecz także wygaśnięcie ustanowionego na nim użytkowania wieczystego. Użytkowanie wieczyste nie może bowiem obciążać gruntów prywatnych<sup>22</sup>.

7. Przytoczona wyżej argumentacja Sądu Najwyższego sprowadza się do wykazania istnienia po stronie właściciela nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste (Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego) szeregu instrumentów pozwalających na skuteczną ochronę własności, prowadzącą do przerywania biegu terminu zasiedzenia.

Wymagają jednak dostrzeżenia istotne słabe punkty tej argumentacji. We wcześniejszym orzecznictwie Sądu Najwyższego trafnie zwracano bowiem uwagę, że z funkcji i charakteru użytkowania wieczystego wynika, iż instytucja ta pozwala Skarbowi Państwa lub jednostce samorządu terytorialnego na scedowanie do tego stopnia uprawnień właścicielskich bez wyzbycia się prawa własności, że z chwilą oddania gruntu w użytkowanie wieczyste w relacje prawnorzeczowe z osobami trzecimi wchodzi tylko użytkownik wieczysty. W innym przypadku Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego musiałaby na bieżąco śledzić losy oddanej w użytkowanie nieruchomości. Właściciel gruntu (Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego) nie ma jednak wystarczających instrumentów prawnych, które umożliwiłyby mu ingerencję w uprawnienia użytkownika wieczystego z tej przyczyny, że nieruchomością oddaną w użytkowanie wieczyste włada osoba trzecia. Rozwiązanie użytkowania wieczystego nie byłoby możliwe tylko z powodu, że nieruchomością

<sup>19</sup> Postanowienie SN z 18 stycznia 2008 r., V CSK 383/07, OSNC-ZD 2008, nr 4, poz. 106; postanowienie SN z 21 czerwca 2013 r., I CSK 175/12, LEX nr 1360165; postanowienie SN z 19 lutego 2015 r., III CSK 188/14, LEX nr 1678081 oraz postanowienie SN z 18 marca 2015 r., I CSK 200/14, LEX nr 1710336.

<sup>20</sup> Uzasadnienie wyroku TK z 28 października 2003 r., P 3/03, OTK-A 2003, nr 8, poz. 82.

<sup>21</sup> Uchwała składu 7 sędziów SN z 9 sierpnia 2011 r., III CZP 10/11, OSNC 2011, nr 12, poz. 129.

<sup>22</sup> Uchwała składu 7 sędziów SN z 15 lutego 2011 r., III CZP 90/10, OSNC 2011, nr 7-8, poz. 76.

władą osoba trzecia, jeżeli nieruchomości jest wykorzystywana zgodnie z przepisami i umową o oddanie jej w użytkowanie wieczyste<sup>23</sup>.

Sąd Najwyższy zwraca również uwagę, że użytkownikowi wieczystemu przysługują – bez konieczności ich przenoszenia na właściciela gruntu – roszczenia o naprawienie szkody powstałej przed ustanowieniem tego prawa przeciwko osobie trzeciej, która bezprawnym działaniem lub zaniechaniem doprowadziła do degradacji gruntu stanowiącego przedmiot użytkowania wieczystego w sposób uniemożliwiający jego wykorzystanie zgodnie z przeznaczeniem. Ponadto to użytkownik wieczysty, a nie właściciel, jest legitymowany do dochodzenia roszczenia o zakazanie wykonywania służebności drogowych, jak również ich zniesienie<sup>24</sup>.

Nie przekonuje także argumentacja Sądu Najwyższego, że gdyby ustawodawca chciał wyłączyć możliwości nabycia w drodze zasiedzenia własności nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste, to uczyniłby to wprost, podobnie jak miało to miejsce w art. 177 k.c., który wyłączał możliwość zasiedzenia nieruchomości państwowych. Polemizując z tym stanowiskiem, można w drodze analogii odwołać się do prezentowanych w orzecznictwie poglądów co do możliwości zasiedzenia nieruchomości przeznaczonych pod drogę publiczną.

Stosownie do treści art. 2a w zw. z. art. 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych<sup>25</sup> drogi publiczne w zależności od przypisania do odpowiedniej kategorii (krajowe, wojewódzkie, powiatowe, gminne) stanowią własność Skarbu Państwa lub właściwej

jednostki samorządu terytorialnego. Należy również zauważyć, że obecnie brak jest przepisów, które wyłączałyby *expressis verbis*, tak jak to stanowił uchylony art. 177 k.c. w odniesieniu do nieruchomości państwowych, możliwość zasiedzenia nieruchomości przeznaczonych pod drogi publiczne. Natomiast brak możliwości zasiedzenia tych nieruchomości wyprawdany jest w drodze uznania nieruchomości przeznaczonych pod drogi publiczne za rzeczy wyłączone z obrotu cywilnoprawnego (*res extra commercium*).

W kwestii możliwości zasiedzenia dróg publicznych w judykaturze zarysowały się różne stanowiska. Wydaje się, że najdalej idąca koncepcja została przedstawiona w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2010 r., w którym jednoznacznie wykluczono możliwość zasiedzenia nieruchomości przeznaczonej pod drogę publiczną. Posiadanie tego rodzaju nieruchomości (nawet samoistne) nie może prowadzić do zasiedzenia<sup>26</sup>. Tym niemniej w orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje podgląd mniej kategoriyczny. Przyjmuje się, że możliwe jest posiadanie samoistne nieruchomości przeznaczonej pod drogę publiczną, prowadzące do zasiedzenia. Jednak do zasiedzenia może dojść jedynie wówczas, gdy na danej nieruchomości, mimo jej wyodrębnienia jako drogi i wpisania do ewidencji gruntów, faktycznie ani prawnie droga nie została utworzona<sup>27</sup>.

Przenosząc przedstawioną wyżej argumentację w zakresie możliwości zasiedzenia gruntów przeznaczonych pod drogi publiczne na obszar rozważań co do możliwości zasiedzenia gruntów oddanych w użytkowanie wieczyste,

<sup>23</sup> Postanowienie SN z 14 marca 2012 r., II CSK 127/11, LEX nr 1170220 oraz postanowienie SN z 16 października 2014 r., II CSK 299/14, LEX nr 1554585.

<sup>24</sup> Uchwała SN z 20 czerwca 1984 r., III CZP 26/84, OSP 1985, nr 10, poz. 195 oraz uchwała SN z 22 października 1968 r., III CZP 98/68, OSNC 1969, nr 11, poz. 188.

<sup>25</sup> Dz.U. z 2017 r. poz. 2222, z późn. zm.

<sup>26</sup> Postanowienie SN z 24 czerwca 2010 r., IV CSK 40/10, OSNC 2011, nr 2, poz. 17 z glosą E. Klat-Górskiej, LEX nr 602303.

<sup>27</sup> Postanowienie SN z 15 lutego 2012 r., I CSK 293/11, OSNC 2012, nr 9, poz. 104; postanowienie SN z 14 marca 2014 r., III CSK 103/13, LEX nr 1463865; postanowienie SN z 22 maja 2014 r., IV CSK 556/13, LEX nr 1475237 oraz postanowienie SN z 6 maja 2015 r., III CSK 196/14, LEX nr 1666022.

można doszukać się pewnych analogii. W przypadku nieruchomości oddanych w użytkowanie wieczyste również nie ma regulacji, która – po uchyleniu art. 177 k.c. – *expressis verbis* wyłączałyby możliwość nabycia własności tych nieruchomości w drodze zasiedzenia. Ponadto z treści art. 232 k.c. wprost wynika, że oddane w użytkowanie wieczyste grunty mogą stanowić wyłącznie własność Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub ich związków. Zarówno w przypadku nieruchomości drogowych, jak i tych oddanych w użytkowanie wieczyste, możliwe jest objęcie ich w samoistne posiadanie przez podmiot inny niż Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego. W przypadku nieruchomości drogowych elementem wyłączającym je spod zasiedzenia jest ich uznanie za drogi publiczne w rozumieniu przepisów ustawy o drogach publicznych. Natomiast w przypadku nieruchomości oddanych w użytkowanie wieczyste ograniczeń w możliwości ich zasiedzenia można doszukiwać się w naturze ustanowionego na tych nieruchomościach prawa, które może istnieć tylko na gruncie Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub ich związków. Wydaje się również, że należałoby różnicować przypadki, w których do objęcia w samoistne posiadanie dochodzi przed ustanowieniem użytkownika wieczystego, od sytuacji, w której takie objęcie następuje już po oddaniu nieruchomości w użytkowanie wieczyste.

8. Podsumowując: do możliwości zasiedzenia nieruchomości oddanych w użytkowanie wieczyste należy podchodzić z dużą uwagą i z pewnością nie można automatycznie rozszerzać poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy na wszystkie przypadki samoistnego

posiadania tych nieruchomości. Wydaje się, że do zaakceptowania jest stanowisko o możliwości zasiedzenia nieruchomości, które stały się przedmiotem posiadania samoistnego prowadzącego do zasiedzenia jeszcze przed oddaniem ich w użytkowanie wieczyste. Chodzi więc o sytuację, w której właściciel toleruje posiadanie samoistne jeszcze przed oddaniem gruntu w użytkowanie, a więc kiedy jego władztwo nad rzeczą nie zostało ograniczone przez ustanowienie użytkownika wieczystego. Decydując się na oddanie nieruchomości w takim stanie w użytkowanie wieczyste, właściciel musi liczyć się z dalszymi konsekwencjami, w tym z utratą jej własności wskutek zasiedzenia.

Natomiast niezwykle ostrożnie należałoby podejść do sytuacji, w której objęcie w samoistne posiadanie następuje już po oddaniu nieruchomości w użytkowanie wieczyste. W tym przypadku właściciel gruntu może nie dysponować wystarczającymi instrumentami prawnymi, pozwalającymi mu na ingerencję w uprawnienia użytkownika wieczystego, z tej przyczyny, że nieruchomością oddaną w użytkowanie wieczyste włada osoba trzecia, zwłaszcza w sytuacji, jeżeli nieruchomość jest wykorzystywana zgodnie z przepisami i umową o oddanie jej w użytkowanie wieczyste. Realizacja (bądź proces realizacji) przez użytkownika wieczystego prawa do nieruchomości winna wykluczać możliwość zasiedzenia własności tej nieruchomości. W tym przypadku proces zasiedzenia winien ograniczać się jedynie do prawa użytkownika wieczystego, zmierzający bowiem do zasiedzenia posiadacz samoistny w istocie doprowadza do wyłączenia z posiadania użytkownika wieczystego.



# Najnowsze orzecznictwo

Monika Strus-Wołos

## PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH CYWILNYCH

### Prawo cywilne materialne

W dniu 1 grudnia 2017 r., uchwałą w sprawie III CZP 65/17, SN rozstrzygnął, że członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, który objął tę funkcję już wtedy, gdy spółka była niewypłacalna, ponosi odpowiedzialność przewidzianą w art. 299 k.s.h. za długi spółki powstałe po objęciu przezeń funkcji, także wówczas, gdy zgłoszony przez niego wniosek o ogłoszenie upadłości spółki zostałby oddalony na tej podstawie, że majątek spółki nie wystarczyłby na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego lub wystarczyłby jedynie na zaspokojenie tych kosztów. W praktyce orzeczniczej doszło bowiem do rozbieżności. Część sądów przyjmowała, że skoro zarząd obejmował swe funkcje już po osiągnięciu przez spółkę stanu niewypłacalności w takim stopniu, że wniosek o ogłoszenie upadłości zostałby oddalony z powodu braku majątku na pokrycie kosztów, to niewystąpienie przez ten nowy zarząd z wnioskiem o ogłoszenie upadłości nie powodowało szkody po stronie wierzycieli, gdyż i tak wierzyciel nie zostałby zaspokojony. Jednakże niektóre sądy zwracały uwagę, że istnienie szkody wynika z faktu zaciągania przez spółkę zobowiązań w stanie jej niewypłacalności, a wysokość szkody jest wprost proporcjonalna do wysokości nie-

zaspokojonych roszczeń. Dlatego członkowie zarządu, którzy nie złożyli we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości w sytuacji całkowitej niewypłacalności spółki, lecz zaciągali w tym czasie nowe zobowiązania, a egzekucja przeciwko spółce okazała się bezskuteczna, na skutek opóźnienia dochodziło zaś do powstania wobec spółki nowych zobowiązań (które nie powstałyby, gdyby ten wniosek został złożony w terminie), odpowiadają na podstawie art. 299 k.s.h., chociażby pozwany członek zarządu wykaże, że nawet w sytuacji dopełnienia przez zarząd prawem nałożonych obowiązków stopień zaspokojenia wierzyciela byłby taki sam.

#### Porównanie winy w prawie cywilnym w sprawach o naprawienie szkody i w prawie karnym

Niezmiernie ciekawe wywody znajdziemy w uzasadnieniu postanowienia SN z 31 sierpnia 2017 r., V CSK 591/16, w którym SN przekazał sprawę do rozstrzygnięcia składowi powiększonemu. Sprawca wypadku ze skutkiem śmiertelnym (sprawca zbiegł z miejsca wypadku) w postępowaniu karnym został uznany za niepoczytalnego i z tego względu postępowanie umorzono na podstawie art. 17

§ 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 31 § 1 k.k. Córka ofiary wystąpiła o odszkodowanie po niemal 14 latach od zdarzenia. Pozwany podniósł zarzut przedawnienia, gdyż w dacie wypadku obowiązywał dziesięcioletni okres przedawnienia, liczony od dnia popełnienia przestępstwa. Jednakże sąd apelacyjny zwrócił uwagę, że ustawą z dnia 16 lutego 2007 r. wprowadzono między innymi art. 442<sup>1</sup> § 2 k.c. Przepis ten przewiduje, że w sytuacji, gdy szkoda wynikła ze zbrodni lub występku, roszczenie o naprawienie szkody ulega przedawnieniu z upływem lat 20. Przepis przejściowy – art. 2 ustawy nowelizującej pozwala na stosowanie art. 442<sup>1</sup> § 2 k.c. do roszczeń, które wprawdzie powstały przed dniem jej wejścia w życie, ale nie były jeszcze w tym dniu przedawnione. Dlatego skoro od daty zdarzenia w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej Kodeks cywilny nie minęło 10 lat, roszczenia powódki przedawniają się po upływie 20 lat od daty czynu niedozwolonego, gdyż zdarzenie to było przestępstwem. Pozwany w skardze kasacyjnej podniósł, że skoro postępowanie karne umorzono z uwagi na jego niepoczytalność, a okoliczność ta wyłącza winę sprawcy, to nie doszło do wypełnienia znamion podmiotowych przestępstwa. Wobec tego w sprawie powinien być zastosowany art. 442 § 1 k.c., zgodnie z którym przedawnienie następuje wraz z upływem trzech lat od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się o szkodzie i osobie zobowiązanej do jej naprawienia. Uzasadnienie postanowienia stanowi świetne repetytorium pojęć winy w obu gałęziach prawa, kompensacyjnej funkcji odszkodowania w prawie cywilnym, a także do-

tychczasowego orzecnictwa. SN dostrzegł, że za taką wykładnią art. 442<sup>1</sup> § 2 k.c., aby liczyć termin przedawnienia według ścisłych zasad obowiązujących w prawie karnym, przemawia przede wszystkim konieczność posługiwania się w prawie jednolicie rozumianymi określeniami oraz zasada racjonalnego ustawodawcy, który gdyby widział taką potrzebę, to zasygnalizowałby to sam w treści przepisu. Przeciwno takiej wykładni przemawiają zaś diametralnie różne funkcje prawa karnego i cywilnego. Gdy odpowiedzialność w prawie cywilnym zostaje oderwana od winy sprawcy, a na dodatek, jak w przypadku szkód komunikacyjnych, poprzez obowiązkowe ubezpieczenia rozkładana jest na wszystkich posiadaczy pojazdów, brak jakichkolwiek racjonalnych przesłanek, aby skracać termin przedawnienia tylko z tego powodu, że prawo karne nie zna odpowiedzialności osób, którym winy przypisać nie można. Dlatego uzależnianie pojmowania przedawnienia roszczeń cywilnoprawnych od rozumienia winy w prawie karnym, które ma znaczenie dla ustalenia, czy sprawca czynu ponosi odpowiedzialność karną, wydaje się nie znajdować dostatecznego uzasadnienia. Co warto szczególnie zapamiętać, SN stwierdził, że zasada racjonalnego ustawodawcy nie zawsze może być podstawą wykładni, gdyż „nawet racjonalny ustawodawca popełnia przeoczenia i błędy, o czym świadczą liczne nowelizacje, a także orzecnictwo, które w dążeniu do zapewnienia, aby rozstrzygnięcie było słuszne i sprawiedliwe, niejednokrotnie odstępuje od wykładni literalnej przepisu”. Czekamy zatem na uchwałę składu powiększonego SN.

## Prawo cywilne procesowe

### Konwencja haska – zmiana postanowienia o wydanie dziecka

Uchwałą z 22 listopada 2017 r., III CZP 78/17, SN rozstrzygnął, że art. 577 k.p.c. (dopuszczający możliwość zmiany również prawomocnych postanowień, jeżeli wymaga tego dobro osoby, której postępowanie dotyczy) może być

zastosowany także do postanowień zarządzających wydanie dziecka na podstawie konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę. Orzeczenie zasługuje na całkowitą aprobatę. Sąd Najwyższy zauważył, że choć szybkość postępowania zwykle służy dobru dziecka, w wyjątkowych

wypadkach musi być możliwość zmiany sytuacji dziecka. Ponieważ konwencja w zasadzie nie zawiera przepisów proceduralnych, stosuje się przepisy krajowe, w tym art. 577 k.p.c. Jednocześnie SN słusznie przestrzegł, że przepis ten nie może być wykorzystywany jako nieprzewidziany ustawą quasi-środek zaskarżenia.

### **Zakaz wywodzenia negatywnych skutków procesowych z przełożenia przez urząd pocztowy na dzień następnego czynności technicznych związanych z przyjęciem przesyłki**

Weteranów nocnych wizyt w urzędach pocztowych ucieszy zapewne postanowienie SN z 6 września 2017 r., I CZ 86/17, zgodnie z którym pełnomocnik nie odpowiada za czynności techniczne podejmowane przez pracownika operatora pocztowego, gdyż pozostają one poza sferą możliwego oddziaływania pełnomocnika. W sprawie tej na stemplu pocztowym umieszczonym przez pracownika operatora pocztowego na potwierdzeniu nadania przesyłki figurowała data ostatniego dnia terminu do wniesienia skargi kasacyjnej, natomiast w systemie informatycznym operatora pocztowego wskazana była data dnia następnego. Stało się to podstawą odrzucenia skargi przez sąd apelacyjny, co SN zasadnie uchylił.

### **Przywrócenie terminu w razie choroby pełnomocnika**

Adwokaci z zadowoleniem przyjmą postanowienie SN z 18 sierpnia 2017 r., IV CZ 48/17. W sprawie tej pełnomocnik prowadząca indywidualną praktykę adwokacką źle się poczuła w ostatnim dniu terminu do usunięcia braków formalnych pisma. Lekarz przeprowadził badanie kardiologiczne, zalecił odpoczynek i stwierdził niezdolność do pracy obejmując ostatni dzień terminu i kolejne kilka dni, jednakże z adnotacją „chory może chodzić”. Z powodu tej adnotacji sąd drugiej instancji odmówił przywrócenia terminu i w konsekwencji odrzucił skargę, gdyż zdaniem tego sądu pełnomocnik mogła zlecić wysyłkę innej osobie.

SN trafnie uznał jednak, że choć wskazówka na zwolnieniu „chory może chodzić” stanowi przyzwolenie na dokonywanie zwykłych czynności dnia codziennego, to nie oznacza, że chory może w tym czasie wykonywać zwykłe obowiązki zawodowe; tu: sporządzać pisma procesowe, dokonywać lub zlecać ich wysyłkę i realizować czynności procesowe w imieniu strony. Dotyczy to także takich czynności, które mogą być postrzegane jako wymagające niewielkiego wysiłku intelektualnego. Każda bowiem czynność procesowa, a zwłaszcza podejmowana w związku ze złożeniem środka zaskarżenia do Sądu Najwyższego, wymaga namysłu i staranności uwzględniającej stawiane kwalifikowanym pełnomocnikom procesowym wymagania wynikające z zawodowego charakteru ich działalności. Dotyczy to zwłaszcza kancelarii jednoosobowych, gdzie zlecenie takich czynności innej osobie jest trudniejsze. Dodać tu można, że odmienna wykładnia musiałaby prowadzić do oceniania przez sądy stopnia choroby, do czego sądy, jako niedysponujące wiedzą medyczną, nie są uprawnione. Należałoby wtedy także prowadzić drobiazgowo postępowanie dowodowe, czy chory adwokat ma warunki do przyjęcia substytutu w domu, czy miał w domu akta tej sprawy itp. Dlatego rozstrzygnięcie SN jest słuszne.

### **Skład majątku małżonków podlegającego podziałowi**

W postanowieniu SN z 26 października 2017 r., II CSK 883/16, SN przypomina, że skład majątku podlegającego podziałowi powinien być ustalany na chwilę, w której ustaje wspólność majątkowa małżeńska. Zagadnienie to występuje zresztą także w sprawach o dział spadku, a w podobnym kształcie również w sprawach o zniesienie współwłasności, przy czym w tym ostatnim wypadku jest to chwila powstania współwłasności. W sytuacji, w której w ramach surogacji do majątku weszła cena zbycia składnika, który wcześniej wchodził w jego skład, do składu dzielonego majątku należy przyjąć właśnie tę cenę, bez potrzeby innych ustaleń wartości tego skład-

nika (wycena nieruchomości przez biegłego). Skoro małżonkowie zgodnie sprzedali składnik majątku, który wcześniej wchodził w skład ich majątku wspólnego, to składnikiem ich majątku, o którym mowa w art. 46 k.r.o., stała się po prostu cena sprzedaży tego składnika, jak trafnie zauważa SN. Wreszcie SN w uzasadnieniu podkreślił, że art. 45 § 1 k.r.o. nie dotyczy rozliczenia nakładów poczynionych już po ustaniu wspólności majątkowej, ale przed podziałem majątku, który był objęty wspólnością. Podstawę materialnoprawną rozliczenia takich nakładów stanowi natomiast art. 207 w związku z art. 1035 k.c. i art. 46 k.r.o. Jednakże o zwrocie nakładów z majątku osobistego na majątek, który wcześniej był objęty wspólnością małżeńską, sąd także orzeka wyłącznie na wniosek, a nie z urzędu. Dlatego adwokaci muszą pamiętać, że w braku odpowiedniego wniosku sąd nie powinien orzekać o takich nakładach.

#### **Krąg uczestników postępowania o wpis do rejestru zastawów. Interes prawny w postępowaniu nieprocesowym**

Istotą sprawy, w której SN wydał postanowienie z 14 września 2017 r., V CSK 680/16, jest to, czy uczestnikiem postępowania o wpis do rejestru zastawów może być, oprócz zastawcy, zastawnika oraz dłużnika niebędącego zastawcą, także inny podmiot mający interes prawny w rozstrzygnięciu. Tu chodziło o wierzyciela spoza kręgu podmiotowego ustalonego stosunkiem umowy zastawu rejestrowego, który kwestionował ważność umowy zastaw-

niczej, a nadto wskazywał, że ustanowienie zastawu rejestrowego na zbiorze wierzycielności i praw na rzecz zastawnika pogorszy jego sytuację prawną w postępowaniu upadłościowym jako wierzyciela niezabezpieczonego rzeczowo. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że po uchyleniu w 2009 r. art. 3 ust. 3 u.z.r. (który stanowił, że wniosek o wpis zastawu składał zastawca albo zastawnik) do określenia kręgu uczestników postępowania o wpis zastawu rejestrowego mają zastosowanie wprost przepisy k.p.c. o postępowaniu nieprocesowym, a więc ogólna reguła określona w art. 510 § 1 k.p.c., jak również z mocy art. 694<sup>1</sup> § 2 k.p.c., odpowiednio art. 694<sup>3</sup> § 1 i 2 k.p.c. W dalszej części uzasadnienia SN zawarł wywody odnoszące się do wykładni interesu prawnego w postępowaniu nieprocesowym, ale także szerzej – do rozróżniania interesu prawnego i ekonomicznego. Tu SN trafnie zauważył, że skoro zastaw rejestrowy daje zastawnikowi na podstawie tzw. prawa odrębności pierwszeństwo zaspokojenia w postępowaniu upadłości z przedmiotu zastawu, to zakwestionowanie przez innego wierzyciela zastawu, a w konsekwencji także przywileju egzekucyjnego zastawnika, jest nie tylko interesem ekonomicznym, ale również i interesem prawnym tego niezabezpieczonego wierzyciela. Ponieważ pojęcia interesu prawnego i ekonomicznego są niedookreślone, sądy często stosują daleko idącą dowolność w ich wykładni. Stąd każde orzeczenie uściślające te pojęcia jest cenne dla praktyki.

## PRZEGLĄD ORZECZNICTWA NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

### O zasadach przeprowadzania referendum lokalnych

Wnioskiem z 10 kwietnia 2017 r. Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego wniósł o podjęcie, w składzie siedmiu sędziów NSA, uchwały wyjaśniającej następujące zagadnienie: „Czy do uznania, że poparcie przez mieszkańca jednostki samorządu terytorialnego wniosku o przeprowadzenie referendum lokalnego zostało udzielone w sposób prawidłowy, konieczne jest zawarcie, przez popierającego wniosek na karcie poparcia referendum, wszystkich danych osobowych i daty udzielenia poparcia określonych w art. 14 ust. 4 ustawy z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym (Dz.U. z 2016 r. poz. 400)”.

We wniosku wskazano, że w orzecznictwie sądów administracyjnych istnieją rozbieżności na tle kontroli aktów organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego oraz aktów komisarzy wyborczych odrzucających wnioski o przeprowadzenie referendum lokalnych.

Na tle podniesionej we wniosku kwestii zasadniczo wykształciły się dwa stanowiska.

W myśl pierwszego z nich wszystkie elementy wskazane w art. 14 ust. 4 u.r.l. muszą znaleźć się na karcie poparcia wniosku o referendum. Brak któregośkolwiek z nich przesądza o nieudzieleniu poparcia dla wniosku referendalnego.

Natomiast zgodnie z odmiennym stanowiskiem przy ocenie prawidłowości poparcia wniosku referendalnego nie należy kierować się nadmiernym rygoryzmem. W szczególności pojawiły się wątpliwości co do tego, czy do uznania prawidłowości poparcia wniosku o referendum lokalne konieczne jest podanie na karcie poparcia w sposób prawidłowy wszystkich danych osobowych zawartych w art. 14 ust. 4 ustawy z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym (Dz.U. z 2016 r. poz. 400 – dalej: u.r.l.), czy też wystarczy, że na tej karcie zostaną zamieszczone dane osobowe umożliwiające identyfikację osoby składającej podpis, nawet jeżeli popierający wniosek posłużyli się skrótami nazw ulic bądź miejscowości lub też nie wpisali pełnych adresów zamieszkania.

Ustosunkowując się do powyższej kwestii, Naczelny Sąd Administracyjny wyraził następujący pogląd.

W świetle art. 14 ust. 4 podpis nie egzystuje samodzielnie. Ma być złożony pod danymi przez podpisującego jego danymi osobowymi. Podpis i dane dotyczące osoby udzielającej poparcia wzajemnie się uzupełniają. Łącznie pełnią rolę identyfikatora osoby, która opowiedziała się za przeprowadzeniem referendum. Natomiast zgodnie z odmiennym stanowiskiem prezentowanym w niektórych

orzeczeniach sądów administracyjnych przy ocenie prawidłowości poparcia wniosku referendalnego nie należy kierować się nadmiernym rygoryzmem. Dlatego według niektórych składów orzekających brak jest podstaw, by odrzucić podpis obywatela, jeżeli poza wskazaniem imienia i nazwiska oraz numeru PESEL wpisał on adres zamieszkania, używając skrótowej nazwy, lub nie wskazał numeru domu, ewentualnie mieszkania.

Zasady przeprowadzania referendów lokalnych określa w szczególności art. 14 ust. 1 u.r.l., stanowiąc, że w terminie 60 dni od dnia powiadomienia przewodniczącego zarządu danej jednostki samorządu terytorialnego, a w gminie wójta (burmistrza, prezydenta miasta), o zamiarze wystąpienia z inicjatywą przeprowadzenia referendum inicjator przeprowadzenia referendum zbiera podpisy mieszkańców uprawnionych do wybierania organu stanowiącego danej jednostki samorządu terytorialnego, którzy chcą poprzeć inicjatywę w tej sprawie. Stosownie do ust. 2 tego artykułu podpisy zbiera się na kartach, z których każda zawiera informacje o przedmiocie zamierzonego referendum oraz o tym, że poparcia nie można wycofać. Karta zawiera również: 1) nazwiska i imiona członków grupy oraz imię, nazwisko i miejsce zamieszkania pełnomocnika, jeżeli inicjatorem referendum jest grupa obywateli; 2) nazwę i adres siedziby statutowej struktury terenowej partii politycznej lub organizacji społecznej oraz imię, nazwisko i adres zamieszkania pełnomocnika, jeżeli inicjatorem referendum jest partia polityczna lub organizacja społeczna.

W myśl art. 14 ust. 3 u.r.l. podpisy popierające wniosek w sprawie przeprowadzenia referendum z inicjatywy mieszkańców można zbierać w miejscu, czasie i w sposób wykluczający stosowanie jakichkolwiek nacisków zmierzających do wymuszenia podpisów. Natomiast zgodnie z art. 14 ust. 4 u.r.l. mieszkaniec jednostki samorządu terytorialnego popierający wniosek o przeprowadzenie referendum podaje na karcie nazwisko, imię, adres zamieszkania, numer ewidencyjny PESEL i datę udzielenia poparcia. Dane te potwierdza

własnoręcznym podpisem. Wycofanie udzielonego poparcia jest bezskuteczne.

Zgodnie z art. 3 u.r.l. w referendum mają prawo brać udział osoby stale zamieszkujące na obszarze danej jednostki samorządu terytorialnego. Wobec tego wynikający z art. 14 ust. 4 u.r.l. obowiązek podania adresu zamieszkania mieszkańca jednostki samorządu terytorialnego stanowi jeden z najistotniejszych elementów poparcia. Nawet gdy dana osoba jest zameldowana na terenie jednostki samorządu terytorialnego, na terenie której ma zostać przeprowadzone referendum, ale tam nie mieszka, nie jest ona uprawniona do udziału w tym referendum. Natomiast osoba, która mieszka na terenie danej jednostki samorządu terytorialnego, a nie jest tam zameldowana, ma prawo wzięcia udziału w takim referendum. Dlatego adresu zamieszkania nie można traktować wyłącznie jako nieobligatoryjnych danych uzupełniających.

Zgodnie z art. 170 Konstytucji: „Członkowie wspólnoty samorządowej mogą decydować, w drodze referendum, o sprawach dotyczących tej wspólnoty, w tym o odwołaniu pochodzącego z wyborów bezpośrednich organu samorządu terytorialnego. Zasady i tryb przeprowadzania referendum lokalnego określa ustawa”. W myśl art. 2 ust. 1 u.r.l. mieszkańcy jednostki samorządu terytorialnego, jako członkowie wspólnoty samorządowej, wyrażają w drodze głosowania swoją wolę:

1) w sprawie odwołania organu stanowiącego tej jednostki;

2) co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej tej wspólnoty, mieszczącej się w zakresie zadań i kompetencji organów danej jednostki;

3) w innych istotnych sprawach, dotyczących społecznych, gospodarczych lub kulturowych więzi łączących tę wspólnotę.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 26 lutego 2003 r., sygn. akt K 30/02 (OTK ZU 2003, nr 2A, poz. 16), stwierdził, że prawo do wyrażania woli politycznej w drodze referendum lokalnego jest publicznym prawem podmiotowym o charakterze politycznym, jego istotę



stanowi uprawnienie każdego mieszkańca do udziału w bezpośrednim sprawowaniu władzy publicznej na poziomie lokalnym i ma także zasadnicze znaczenie dla oceny stanu demokracji w całym państwie.

Realizacja prawa do udziału w referendum lokalnym powinna być oparta na odpowiednim systemie instytucji oraz rozwiązań procesowych.

Prezyzyjnie sformułowane w ustawie o referendum wymogi formalne mają na celu zapobieżenie manipulacjom i nadużyciom procedur referendalnych do partykularnych celów czy wprowadzaniu mieszkańców w błąd co do okoliczności mających znaczenie dla ich decyzji o poparciu inicjatywy referendalnej.

Od strony podmiotowej prawo do udziału w referendum lokalnym jest ujęte szerzej niż prawo wyborcze czy prawo do udziału w referendum ogólnokrajowym. Zgodnie z art. 3 u.r.l. w referendum lokalnym mają prawo brać udział osoby stale zamieszkujące na obszarze danej jednostki samorządu terytorialnego, posiadające czynne prawo wyborcze do organu stanowiącego tej jednostki. Konstytucja w art. 62 stanowi, że „obywatel polski ma prawo udziału w referendum oraz prawo wybierania Prezydenta Rzeczypospolitej, posłów, senatorów i przedstawicieli do organów samorządu terytorialnego, jeżeli najpóźniej w dniu głosowania kończy 18 lat” (ust. 1), przy czym „prawo udziału w referendum oraz prawo wybierania nie przysługuje osobom, które prawomocnym orzeczeniem sądowym są ubezwłasnowolnione lub pozbawione praw publicznych albo wyborczych” (ust. 2).

Posiadanie obywatelstwa Unii Europejskiej daje możliwość korzystania z uprawnień związanych zwłaszcza z zakresem podmiotowym prawa wyborczego do organów władzy lokalnej szczebla podstawowego. Do czasu akcesji prawa te były zastrzeżone wyłącznie dla obywateli polskich. Zgodnie z art. 22 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326/47 z 26 października 2012 r., dalej: TFUE) „każdy obywatel Unii mający miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim,

którego nie jest obywatelem, ma prawo głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych w Państwie Członkowskim, w którym ma miejsce zamieszkania, na takich samych zasadach jak obywatele tego państwa”.

Regulacje Unii Europejskiej zostały recypowane w prawie polskim i znajdują odzwierciedlenie w postanowieniach ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (Dz.U. z 2011 r. poz. 112 z późn. zm.).

Kodeks wyborczy w art. 10 § 1 pkt 3 lit. a i art. 11 § 1 pkt 5 stanowi, że prawo wybierania (czynne prawo wyborcze) oraz prawo wybieralności (biernie prawo wyborcze) ma w wyborach do rady gminy obywatel polski oraz obywatel Unii Europejskiej niebędący obywatelem polskim, który najpóźniej w dniu głosowania kończy 18 lat, oraz stale zamieszkuje na obszarze tej gminy. Obywatelom Unii Europejskiej niebędącym obywatelami polskimi prawo wybierania i prawo wybieralności przysługuje wyłącznie do rady gminy.

Stosownie do art. 10 § 2 pkt 1 i 2 Kodeksu wyborczego prawo wybierania nie przysługuje osobom: 1) pozbawionym praw publicznych prawomocnym orzeczeniem sądu; 2) pozbawionym praw wyborczych prawomocnym orzeczeniem Trybunału Stanu; 3) ubezwłasnowolnionym prawomocnym orzeczeniem sądu.

Stosownie do treści art. 14 ust. 1 i 2 u.r.l. inicjator przeprowadzenia referendum na wniosek mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego zbiera podpisy mieszkańców uprawnionych do wybierania organu stanowiącego danej jednostki samorządu, którzy chcą poprzeć inicjatywę w tej sprawie.

Kodeks wyborczy nie wiąże stałego zamieszkiwania z zameldowaniem dla potrzeb określenia praw wyborczych. Przynależność do wspólnoty samorządowej powstaje *ex lege* z chwilą zamieszkania na terenie określonej jednostki samorządu terytorialnego, bez względu na dopełnienie obowiązku meldunkowego. Instytucja zameldowania ma bowiem charakter wyłącznie ewidencyjno-porządkowy.

O miejscu zamieszkiwania dla określenia praw wyborczych decydują dwie przesłanki

faktyczne występujące łącznie: przebywanie w znaczeniu fizycznym w określonej miejscowości pod oznaczonym adresem oraz zamiar stałego pobytu w tym miejscu. Na stałość pobytu w danej miejscowości wskazuje skupienie w niej życiowej aktywności, związanej z pracą czy rodziną.

Z treści przepisu art. 15 ust. 2 ustawy o ewidencji ludności wynika, że numer PESEL jest to jedenastocyfrowy symbol numeryczny, jednoznacznie identyfikujący osobę fizyczną, zawierający datę urodzenia, numer porządkowy, oznaczenie płci oraz liczbę kontrolną. Wymóg podania numeru ewidencyjnego PESEL nie odnosi się do obywateli Unii stale zamieszkujących na obszarze danej jednostki – wymagany jest numer paszportu lub innego dokumentu stwierdzającego tożsamość.

Przy weryfikacji podpisów pod wnioskiem mieszkańców o przeprowadzenie referendum nie jest konieczne sięganie do danych zawartych w ewidencji ludności, ale wystarczy oparcie się na rejestrze wyborców. Oba rejestry (wyborców i ludności) – prowadzone obecnie w formie informatycznej – są ze sobą sprzężone w taki sposób, że określone dane osobowe (identyfikacyjne, meldunkowe) z ewidencji ludności są automatycznie przekazywane do rejestru wyborców.

Rejestr wyborców służyć ma celom wyborczym, czyli ma potwierdzać posiadanie czynnego i biernego prawa wyborczego.

Zgodnie z art. 18 § 5 Kodeksu wyborczego rejestr wyborców potwierdza prawo wybierania, a zatem to w oparciu o dane wynikające z tego właśnie rejestru (a nie z ewidencji ludności) zasadne jest dokonanie weryfikacji podpisów poparcia mieszkańców uprawnionych do wybierania rady gminy, złożonych pod wnioskiem o przeprowadzenie referendum lokalnego.

Przepis art. 17 ust. 1 u.r.l. stanowi, że organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego

podejmuje uchwałę w sprawie przeprowadzenia referendum, jeżeli wniosek mieszkańców spełnia wymogi ustawy. Skoro wymogi wniosku określa art. 14 u.r.l., stanowiący, że podpis ma zostać złożony na karcie poparcia wniosku i ma potwierdzać enumeratywnie wymienione dane osobowe, również na tej karcie umieszczone, a także ma zostać opatrzony datą, to nie sposób przyjąć za prawidłową takiej interpretacji wskazanych przepisów, która prowadzi do konstatacji, że wniosek spełnia wymogi ustawy nawet wówczas, gdy karty poparcia nie zawierają wszystkich elementów enumeratywnie wymienionych w art. 14 ust. 4 u.r.l.

Mieszkaniec popierający wniosek musi podać na karcie nazwisko, imię, adres zamieszkania i numer ewidencyjny PESEL, i właśnie te dane potwierdza własnoręcznym podpisem. Tym samym podpis, o którym mowa w art. 14 ust. 4 u.r.l., nie może oznaczać jedynie podpisu *sensu stricto*, lecz ma charakter uwierzytelniający podane dane.

Przepis art. 14 ust. 4 u.r.l. wskazujący, jakie dane powinien podać na karcie mieszkaniec jednostki samorządu terytorialnego popierający wniosek o przeprowadzenie referendum, reguluje tryb postępowania w sprawie o przeprowadzenie referendum i musi być interpretowany i stosowany ściśle. Wszystkie dane są zatem jednakowo ważne. W żadnym razie dane te nie mogą być uszczuplone i jakiegokolwiek odstępstwo od tego w procesie interpretacji i stosowania nie jest dopuszczalne.

Zważywszy na powyższe okoliczności, Naczelny Sąd Administracyjny przyjął w uchwale z 11 grudnia 2017 r. o sygn. II OPS 2/17 stanowisko, że w świetle art. 14 ust. 4 u.r.l. poparcie wniosku o przeprowadzenie referendum lokalnego wymaga złożenia na karcie poparcia wszystkich danych osobowych i daty udzielenia poparcia, potwierdzonych własnoręcznym podpisem.

## EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (październik–grudzień 2017 r.)

### PRAWO DO ŻYCIA (ART. 2)

Obowiązek państwa przyjęcia właściwych regulacji dla ochrony życia musi być rozumiany w sensie obejmującym również obowiązek zapewnienia skutecznego ich działania w praktyce. Obejmuje więc również konieczne środki ich implementacji, w tym kontroli i wprowadzania w życie. W tym rozumieniu w wyjątkowych okolicznościach na podstawie części materialnej art. 2 Konwencji może pojawić się odpowiedzialność państwa z powodu działań lub zaniechań instytucji opieki medycznej.

*Wyrok Lopes de Sousa Fernandes v. Portugalia, 19.12.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 56080/13, § 189–190.*

Pierwszy rodzaj wyjątkowych okoliczności to sytuacje, w których życie pacjenta zostało świadomie narażone na ryzyko przez odmowę dostępu do pilnych środków ratujących życie. Nie dotyczy to sytuacji, w których uznaje się wyłącznie, że leczenie pacjenta było wadliwe, niewłaściwe lub spóźnione. Drugi wchodzi w grę, gdy systemowa lub strukturalna dysfunkcja w opiece szpitalnej pozbawia pacjenta dostępu do pilnych środków ratujących życie, a władze – chociaż wiedziały lub powinny były wiedzieć o ryzyku – nie podjęły koniecznych

środków zaradczych, narażając w ten sposób życie pacjentów na niebezpieczeństwo.

*Wyrok Lopes de Sousa Fernandes v. Portugalia, 19.12.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 56080/13, § 191–192.*

Sprawa należy do drugiej z wymienionych kategorii w razie wystąpienia łącznie następujących czynników. Po pierwsze, działania lub zaniechania instytucji opieki medycznej były czymś więcej niż tylko błędem lub zaniedbaniem medycznym w sytuacji, gdy z naruszeniem swoich obowiązków zawodowych odmówiły pacjentowi leczenia z pełną świadomością, że jego życiu grozi w związku z tym niebezpieczeństwo. Po drugie, dysfunkcja wchodząca w grę – aby można było ją przypisać władzom państwowym – musi być obiektywnie i autentycznie możliwa do uznania za systemową lub strukturalną; nie może wyłącznie odnosić się do indywidualnych przypadków dysfunkcyjności w rozumieniu przyjęcia przez personel błędnej diagnozy lub podjęcia niewłaściwego działania. Po trzecie, musi istnieć związek między zarzuconą dysfunkcją i szkodą doznaną przez pacjenta. Wreszcie musi ona być rezultatem niespełnienia przez państwo obowiązku przyjęcia odpowiednich regulacji.

*Wyrok Lopes de Sousa Fernandes v. Portugalia, 19.12.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 56080/13, § 194–196.*

Wymaganie niezależności systemu krajowego stworzonego dla ustalenia przyczyny śmierci pacjentów znajdujących się pod opieką pracowników służby zdrowia jest w tym kontekście dorozumiane. Wyklucza ono nie tylko związek hierarchiczny lub instytucjonalny, ale również oznacza, że wszyscy zaangażowani w proces ustalania przyczyny śmierci pacjentów są formalnie i faktycznie niezależni od tych, których dotyczą badane wydarzenia. Wymaganie to jest szczególnie ważne w przypadku biegłych, których opinie z dużym prawdopodobieństwem mogą być kluczowe dla oceny przez sąd wysoce skomplikowanych kwestii odnoszących się do zaniedbania medycznego, a więc miały szczególne znaczenie w danym postępowaniu.

*Wyrok Lopes de Sousa Fernandes v. Portugalia, 19.12.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 56080/13, § 217.*

W sprawach na tle art. 2, szczególnie dotyczących postępowania mającego wyjaśnić okoliczności śmierci osoby w warunkach szpitalnych, stwierdzona przewlekłość postępowania wyraźnie wskazuje, że postępowanie było na tyle wadliwe, iż stanowiło naruszenie pozytywnych obowiązków państwa na podstawie Konwencji, chyba że rząd przedstawił wysoce przekonujące i wiarygodne powody usprawiedliwiające długość postępowania.

*Wyrok Lopes de Sousa Fernandes v. Portugalia, 19.12.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 56080/13, § 219.*

W odróżnieniu od spraw dotyczących używania siły przez funkcjonariuszy państwa ze skutkiem śmiertelnym, w których właściwe władze muszą z własnej inicjatywy wszczynać śledztwa, w sprawach zaniedbań medycznych, w których śmierć została wywołana w sposób niezamierzony, obowiązki proceduralne państwa zaczynają wchodzić w grę dopiero po wszczęciu postępowania przez krewnych zmarłego.

*Wyrok Lopes de Sousa Fernandes v. Portugalia, 19.12.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 56080/13, § 220.*

### ZAKAZ TORTUR (ART. 3)

Pojęcie „możliwy do uzasadnienia zarzut” na tle art. 3 nie może być równoznaczne ze stwierdzeniem jego naruszenia w części materialnej. Wymaga jedynie, aby istniało uzasadnione podejrzenie, że skarżący był źle traktowany przez policję albo inną władzę państwową.

*Wyrok Hentschel i Stark v. Niemcy, 9.11.2017 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 47274/15, § 82.*

W przypadku gdy śledztwo jest prowadzone pod nadzorem niezależnego organu, ale przez jednostkę tej samej formacji policji, która brała udział w badanych wydarzeniach, tym większe znaczenie dla zachowania publicznego zaufania ma sposób jego prowadzenia, wskazujący, że jest ono niezależne.

*Wyrok Hentschel i Stark v. Niemcy, 9.11.2017 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 47274/15, § 86.*

Władze, które wysłały zamaskowanych policjantów dla utrzymania prawa i porządku albo w celu zatrzymania, muszą zapewnić, aby nosili w sposób widoczny odróżniające ich oznakowania. Zapewnia to anonimowość, umożliwiając równocześnie identyfikację i przesłuchanie w przypadku zarzutów co do sposobu prowadzenia operacji. Przy braku takich oznakowań naoczni świadkowie i ofiary policjantów nie są w stanie wskazać policjantów, którzy mieli dopuścić się złego traktowania. W rezultacie niektóre ich kategorie mogą okazać się faktycznie bezkarne.

*Wyrok Hentschel i Stark v. Niemcy, 9.11.2017 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 47274/15, § 91.*

Przy braku identyfikujących oznakowań na helmach funkcjonariuszy tym ważniejsze są inne dostępne czynności śledcze pozwalające ustalić tożsamość osób odpowiedzialnych za użycie nadmiernej siły oznaczającej złe traktowanie.

*Wyrok Hentschel i Stark v. Niemcy, 9.11.2017 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 47274/15, § 93.*

## **PRAWO DO POSZANOWANIA ŻYCIA PRYWATNEGO I RODZINNEGO (ART. 8)**

Dążenie do zapobieżenia zakłóceniu porządku publicznego może uzasadniać działanie państwa mające zniechęcić swoich obywateli do korzystania w innych krajach z instytucji zakazanych przez to państwo (jak zawarcie małżeństwa przez pary tej samej płci) i których z perspektywy Konwencji państwo nie musi uznawać, np. przez odmowę rejestracji takiego związku. Konwencja nie stoi na przeszkodzie takiemu podejściu. Państwo ma uprawniony interes w tym, aby były przestrzegane jego wybory ustawodawcze i nie można było w ten sposób obejść rozwiązań prawnych przyjętych przez demokratycznie wybrane władze.

*Wyrok Orlandi i inni v. Włochy, 14.12.2017 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 26431/12, § 207.*

Decyzje o odmowie zarejestrowania w jakiegokolwiek formie małżeństw osób tej samej płci, pozostawiające w próżni prawnej osoby, które je zawarły w innym państwie, muszą uwzględnić konsekwencje społeczne takiej sytuacji – narażenie na trudności w życiu codziennym i brak ochrony prawnej takiego związku.

*Wyrok Orlandi i inni v. Włochy, 14.12.2017 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 26431/12, § 209.*

## **PRAWO DO RZETELNEGO PROCESU SĄDOWEGO (ART. 6)**

Arbitralność sposobu rozpatrywania sprawy karnej przez sąd oznacza, że nie wchodzi w grę wyłącznie nieprawidłowa kwalifikacja prawna lub podobny błąd w stosowaniu prawa karnego. Rzetelność postępowania karnego zostaje wtedy tak fundamentalnie osłabiona, że inne gwarancje procedury karnej tracą wszelkie znaczenie.

*Wyrok Navalnyye v. Rosja, 17.10.2017 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 101/15, § 84.*

## **WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)**

Działanie źródła informacji dziennikarskiej wyraźnie w złej wierze nigdy nie może rozstrzygać o zasadności wydania nakazu ujawnienia źródła, ale wyłącznie służyć jako ważny – chociaż jeden z wielu – czynnik wymagający uwzględnienia w poszukiwaniu równowagi na podstawie art. 10 ust. 2 Konwencji. W rezultacie ochrona źródeł dziennikarskich nie przestaje automatycznie istnieć w rezultacie zachowania samego źródła, również gdy osoba będąca źródłem sama o tym poinformowała organy państwa. Wymagany w takim przypadku stopień ochrony tajemnicy dziennikarskiej na podstawie art. 10 Konwencji jest wtedy bardziej ograniczony niż w przypadku dziennikarza korzystającego z pomocy osób o nieujawnionej tożsamości.

*Wyrok Becker v. Norwegia, 5.10.2017 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 21272/12, § 74, 76.*

## **PRAWO DO SWOBODNEGO PORUSZANIA SIĘ (ART. 2 PROTOKOŁU NR 4)**

Swoboda wyboru miejsca zamieszkania leży w samym centrum ochrony art. 2 ust. 1 Protokołu nr 4, którego przepisy byłyby pozbawione wszelkiego znaczenia, gdyby nie wymagał on zasadniczo od państw uwzględniania indywidualnych wyborów w tej sferze. W rezultacie wszelkie wyjątki od tej zasady muszą wynikać z interesu publicznego w społeczeństwie demokratycznym.

*Wyrok Garib v. Holandia, 6.11.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 43494/09, § 141.*

## **GRANICE STOSOWANIA OGRANICZEŃ PRAW (ART. 18)**

Podobnie jak art. 14, art. 18 Konwencji nie ma niezależnego bytu; może być stosowany wyłącznie w połączeniu z innym artykułem Konwencji lub Protokołów, gwarantującym prawa i wolności, które państwa zobowiązały

się zapewnić osobom znajdującym się pod ich jurysdykcją, lub określającym warunki, w których możliwe jest ograniczenie tych praw i wolności. Zasada ta wynika z jednej strony z jego sformułowania, uzupełniającego klauzule, np. ze zdania drugiego art. 5 ust. 1 oraz ustępów drugich art. 8 do 11, które pozwalają na ograniczenia, a z drugiej strony – z jego miejsca w Konwencji, na końcu Rozdziału I, który wskazuje prawa i wolności podlegające ochronie i określające warunki, w jakich mogą one podlegać ograniczeniom.

*Wyrok Merabishvili v. Gruzja, 28.11.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 72508/13, § 287.*

Artykuł 18 nie ma na celu wyłącznie wyjaśnienia zakresu klauzul ograniczających zawartych w Konwencji, ale zakazuje wyraźnie państwom ograniczania praw i wolności zapisanych w Konwencji dla celów innych niż w niej przewidziane i w tym stopniu jest autonomiczny. W rezultacie, podobnie jak w przypadku art. 14, może dojść do naruszenia art. 18 nawet przy braku naruszenia artykułu, w związku z którym ma on zastosowanie.

*Wyrok Merabishvili v. Gruzja, 28.11.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 72508/13, § 288.*

Z treści art. 18 wynika, że do naruszenia dochodzi wyłącznie, gdy prawo lub wolność wchodzące w grę podlega ograniczeniom dozwolonym na podstawie Konwencji.

*Wyrok Merabishvili v. Gruzja, 28.11.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 72508/13, § 290.*

Odrębne badanie zarzutu na tle tego artykułu jest dozwolone wyłącznie, gdy fundamentalnym aspektem sprawy wydaje się być twierdzenie, że ograniczenie prawa lub wolności zostało zastosowane w celu innym niż przewidziane w Konwencji.

*Wyrok Merabishvili v. Gruzja, 28.11.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 72508/13, § 291.*

Ograniczenie zgodne z zezwalającym na nie przepisem materialnym Konwencji nadal może naruszać art. 18, jeśli okaże się, że było jednak stosowane głównie w innym celu – nieprzewidzianym w Konwencji; innymi słowy – jeśli ten inny cel był dominujący. W przypadku, gdy główne znaczenie miał cel przewidziany w Konwencji, ograniczenie nie jest sprzeczne z art. 18, nawet jeśli realizowało poza nim również inny cel.

*Wyrok Merabishvili v. Gruzja, 28.11.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 72508/13, § 305.*

Odpowiedź na pytanie, jaki cel jest dominujący, zależy od wszystkich okoliczności. Przy ocenie Trybunał musi brać pod uwagę naturę i stopień karygodności rzekomo ukrytego celu oraz pamiętać, że Konwencja ma na celu zachowanie i promowanie ideałów i wartości społeczeństwa demokratycznego rządzącego się prawem.

*Wyrok Merabishvili v. Gruzja, 28.11.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 72508/13, § 307.*

W sytuacjach ciągłych nie można wykluczyć, że ocena, jaki cel był dominujący, może z biegiem czasu się zmieniać.

*Wyrok Merabishvili v. Gruzja, 28.11.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 72508/13, § 308.*

Nie ma powodu, aby w związku z zarzutami na tle art. 18 Konwencji, przy ustalaniu ukrytego celu i czy był on dominujący, Trybunał musiał ograniczać się do bezpośredniego dowodu albo stosować w takim przypadku specjalny, zaostrożony standard dowodowy, odchodząc od swojego zwykłego podejścia w tej materii przyjmowanego w przypadkach zarzutów na tle innych artykułów Konwencji.

*Wyrok Merabishvili v. Gruzja, 28.11.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 72508/13, § 316.*



# Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

## CZY ODNOSZĄCE SIĘ DO INSTYTUCJI WZNOWIENIA POSTĘPOWANIA GRANICE, O KTÓRYCH MOWA W ART. 412 § 1 K.P.C., OBEJMUJĄ TAKŻE PODSTAWY PRAWNE I FAKTYCZNE POZWU BĄDŹ WNIOSKU, KTÓRY INICJOWAŁ WZNOWIONE POSTĘPOWANIE?

W komentarzach najczęściej stwierdza się, że sformułowanie art. 412 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego – „sąd rozpoznaje sprawę na nowo w granicach, jakie zakreśla podstawa wznowienia” – oznacza granice w dwojakim znaczeniu: zakresu zaskarżenia oraz kierunku żądanej kontroli, tj. określonej podstawy wznowienia. Podnosi się również, że nie koliduje z regułą wyrażoną w art. 412 § 1 branie przez sąd pod uwagę z urzędu przyczyn odrzucenia pozwu – a to ze względu na odpowiednie stosowanie w kwestiach wznowieniowych przepisów o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. Wreszcie piśmiennictwo w ślad za orzecznictwem przyjmuje, że w sprawach objętych wznowieniem nie funkcjonuje zakaz *reformationis in peius*.

Nieczęsto jednakże przychodzi się mierzyć judykaturze z zagadnieniem ujętym jeszcze głębiej, a mianowicie: czy dopuszczalne jest merytoryczne, odmienne od pierwotnego, orzeczenie po wznowieniu, jeżeli zestawienie brzmienia pisma, które inicjowało sprawę (pozwu w postępowaniu procesowym, a wniosku – w nieprocesowym), z *meritum* rozstrzygnięcia będącego przedmiotem skargi wskazuje rozbieżność pomiędzy tymi dwiema treściami.

Tęgo właśnie rodzaju niejasność zdarzyła się

w bardzo interesującej sprawie, w której Sąd Najwyższy podjął w dniu 22 marca 2017 r., pod sygnaturą III CZP 112/17, uchwałę następującą: „Po wznowieniu postępowania na skutek stwierdzenia nieważności wynikającej z pozbawienia możliwości działania sąd rozpoznaje sprawę na nowo w granicach zakreślonych wnioskiem o wszczęcie postępowania (art. 412 § 1 k.p.c.)”. Materia kazusu nie pozwoliła na takie ujęcie tezy, które obejmowałyby także inne przyczyny wznowienia; wydaje się jednak, że ostrożnie można by odnosić jej zasadnicze stwierdzenie co najmniej także do innych tak zwanych względnych przyczyn restytucyjnych. Wszak – jak to wyraził Sąd Najwyższy w motywach postanowienia z 21 lipca 2017 r., I CZ 75/17: „Celem skargi jest podjęcie i kontynuowanie prawomocnie zakończonego postępowania w tej instancji, w której orzekł sąd właściwy do wznowienia. Sprawa wraca do stanu sprzed uprawomocnienia się orzeczenia i kontynuowane jest jej rozpoznanie. Podstawa wznowienia rozstrzyga również, w jakim zakresie uwzględnić należy wyniki poprzedniego postępowania. Sąd musi powtórzyć i uzupełnić wcześniej przeprowadzone postępowanie w takim zakresie, w którym materiał procesowy wcześniej zgromadzony jest

dotknięty podstawą wznowienia. Dokonuje on własnej, w pełni samodzielnej oceny prawnej żądań stanowiących przedmiot sprawy we wznowionym postępowaniu, nie jest związany oceną dokonaną wcześniej przez sąd, który wydał orzeczenie objęte skargą”.

Kanwa wspomnianej wyżej sprawy, w której zapadła uchwała III CZP 112/17, była zaś – relacjonując w dużym skrócie – następująca.

Grunt o rolnym charakterze położony na krańcach Warszawy do wybuchu drugiej wojny światowej był własnością, w częściach ułamkowych, kilku osób fizycznych. Nie była dlań prowadzona księga hipoteczna ani też wieczysta, dopiero w 1974 r. założono zbiór dokumentów. W 1982 r. Skarb Państwa (należy bowiem pamiętać, że w owym czasie obowiązywała zasada jednolitej własności państwowej, własność samorządów terytorialnych jako kategoria w ogóle nie funkcjonowała) reprezentowany przez władze stołecznej dzielnicy, na terenie której nieruchomość się znajduje, złożył do właściwego miejscowo sądu rejonowego wniosek o zasiedzenie na swoją rzecz, twierdząc, że taki właśnie skutek dawności miałby nastąpić na dzień 17 stycznia 1965 r., i wywodząc go między innymi stąd, że fiskus władał przedmiotową ziemią co najmniej od zakończenia działań wojennych, a przy tym dawni właściciele nie są znani. Postępowanie zakończyło się prawomocnym orzeczeniem pierwszej instancji stwierdzającym ziszczenie się skutku zasiedzenia na rzecz strony wnioskującej z dniem 1 stycznia 1956 r., z tym że jako podstawę stwierdzenia, iż grunt stał się własnością Skarbu Państwa, wskazano w końcowym postanowieniu dekret z dnia 8 marca 1946 r. o majątkach opuszczonych i poniemieckich (Dz.U. nr 13, poz. 87 ze zm.), czyli zespół norm opartych na innym aniżeli zasiedzenie przejawie dawności, a mianowicie przemilczeniu; nie można jednakże mówić wprost o popełnieniu przez sąd błędu systematyki, jako że art. 34 ust. 1 dekretu zdaje się te dwa pojęcia utożsamiać, zbiorczo nazywając je „przedawnieniem”.

W 1998 r. jedna ze spadkobierczyń przed-

wojennych właścicieli gruntu (wywodząc prawa z XIX-wiecznej tak zwanej tabeli likwidacyjnej – w dawnym Królestwie Polskim była to forma zapisu rezultatów ukazu carskiego z 1864 r. uwłaszczającego włościan) złożyła skargę o wznowienie, wskazując, że jako osoba zainteresowana powinna była brać udział w postępowaniu, które odbyło się kilkanaście lat wcześniej. Sąd rejonowy wznowił postępowanie i po merytorycznym rozpoznaniu sprawy (określiwszy aktualny, pełny krąg uczestników) oddalił wniosek Skarbu Państwa.

W związku z rozpatrywaniem apelacji wniesionej przez Skarb Państwa reprezentowany przez Prezydenta m.st. Warszawy (pełniącego w tym wypadku funkcję nieistniejącego w powiecie warszawskim starosty) właściwy sąd okręgowy powziął najpierw wątpliwość wyrażoną w pytaniu prawnym: „Czy w sprawie z wniosku Skarbu Państwa o zasiedzenie nieruchomości można stwierdzić nabycie jej własności przez przemilczenie?” Sąd Najwyższy odmówił rozwiania zdefiniowanego w taki sposób problemu, gdyż – jak stwierdził – zagadnienie prawne nie może się sprowadzać do pytania o możliwy sposób rozstrzygnięcia sprawy. Sąd okręgowy zapytał zatem ponownie, formułując tym razem swe obiekcje w sposób następujący:

„1. Czy po wznowieniu postępowania sprawa powinna zostać rozpoznana w granicach faktycznych i prawnych przyjętych za podstawę zaskarżonego postanowienia stwierdzającego nabycie własności przez przemilczenie, czy w granicach faktycznych i prawnych wskazanych we wniosku wszczynającym sprawę o stwierdzenie zasiedzenia?

2. W razie udzielenia odpowiedzi, że po wznowieniu postępowania sprawa powinna zostać rozpoznana w granicach faktycznych i prawnych przyjętych za podstawę zaskarżonego postanowienia – czy skutkiem skargi o wznowienie postępowania zarzucającej jego nieważność jest zmiana orzeczenia tylko w razie ustalenia, że okoliczności wynikające z podstawy skargi mogły mieć wpływ na treść wydanego rozstrzygnięcia?”

Cytowana tu wcześniej teza stanowiąca łączną odpowiedź na owe dwa pytania oznacza opowiedzenie się składu orzekającego za szerszą z dwóch możliwych interpretacji instytucji wznowienia postępowania z powodu tak zwanych względnych przyczyn restytucyjnych. Interpretacja węższa zakładałaby utożsamienie tej fazy rozpatrywania skargi o wznowienie, w której (po uprzednim zbadaniu formalnej dopuszczalności samej skargi, w szczególności z punktu widzenia zachowania terminu) określa się dopuszczalność wznowienia – z fazą końcową, mającą za przedmiot ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy. O ile – wywodzi się w motywach orzeczenia – takie „zlanie się” w całość tych dwóch faz (określanych z łacińska, kolejno, jako *iudicium rescindens* i następnie *iudicium rescissorium*) może mieć rację bytu przy istnieniu nieważności postępowania, o tyle ich rozdzielenie jest niezbędne w wypadku takim, jak pozbawienie strony możliwości działania.

W uzasadnieniu uchwały zwrócono uwagę na „elastyczny” charakter materii sprawy po pomyślnym przebrnięciu fazy *iudicium rescindens*. Wszak choć we wznowionym postępowaniu chodzi (na etapie *iudicium rescissorium*) o rozstrzygnięcie o identycznym przedmiocie postępowania lub jego części, jaki był przedmiotem rozstrzygnięcia w prawomocnie zakończonym postępowaniu, to jednak w odniesieniu do tego przedmiotu dopuszczalne są różne czynności dyspozycyjne w zależności od

tego, w jakim stadium postępowania dochodzi do jego wznowienia. I tak gdy do wznowienia postępowania dochodzi w pierwszej instancji, zmiana powództwa jest możliwa w granicach określonych w art. 193 w związku z art. 406 k.p.c., a w razie wznowienia postępowania w drugiej instancji – w granicach wynikających z art. 383 w związku z art. 406 k.p.c. We wznowionym postępowaniu w pierwszej i w drugiej instancji możliwe jest natomiast zarówno uznanie powództwa (art. 213 § 2 w związku z art. 406 k.p.c.), jak i zawarcie ugody (art. 223 w związku z art. 406 k.p.c.). Dopuszczalne jest też cofnięcie pozwu (art. 203 w związku z art. 406 k.p.c.) lub wniosku w postępowaniu nieprocesowym (art. 512 w związku z art. 406 k.p.c.).

W odniesieniu do stanu konkretnej sprawy, w toku której Sąd Najwyższy podjął omawianą uchwałę, zauważono, że podczas rozpatrywania skargi o wznowienie niezbędne będzie jednoznaczne wyjaśnienie, w oparciu o którą z dwóch możliwych instytucji dawności Skarb Państwa opierał pierwotnie i opierałby swoje żądanie obecnie.

Linia kreślona zarówno w uchwale III CZP 112/17, jak i w cytowanym wyżej postanowieniu I CZ 75/17 zasługuje na aprobatę. Dla pełnomocników jawi się ona jako zachęta do składania skarg o wznowienie postępowania z wiarą, że wykorzystanie tej instytucji nie okaże się jedynie „sztuką dla sztuki”, ponieważ niesie ono szanse istotowego rozpoznania tej samej sprawy – na nowo.

# Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

## MERRY CHRISTMAS CZY SEASONS GREETINGS, CZYLI ROZWAŻANIA O EUROPEJSKIEJ TOŻSAMOŚCI

Mamy za sobą Święta Bożego Narodzenia, rozpoczął się kolejny rok zbliżający nas do trzeciej dekady XXI wieku. Wśród otrzymanych od przyjaciół i zawodowych kolegów – tak tradycyjną, jak i elektroniczną pocztą – kartek świątecznych znowu znacząco przeważały te z *seasons greetings*, czyli życzenia z okazji jakichś świąt, a nie Święt Bożego Narodzenia. Znikoma liczba kartek z *merry Christmas* utwierdziła mnie w przekonaniu, że dla większości z nas – Europejczyków – duchowy wymiar tych świąt, ich istota i charakter zaniknęły lub co najmniej straciły na znaczeniu. Świąteczny wystrój galerii handlowych od początku listopada, wyglądający zewsząd pajacowaci mikołaje niemający nic wspólnego ze św. Mikołajem i nawałnica reklam w mediach potwierdzają, że Boże Narodzenie to dzisiaj przede wszystkim wielka operacja handlowa i okazja zarobku, niejednokrotnie pretekst do rodzinnych spotkań i konfrontacji, a coraz rzadziej przeżycie duchowe.

Czy życzenia *seasons greetings* to tylko wyraz bezrefleksyjnej zgody na polityczną poprawność? A może raczej ma brytyjski dziennikarz Douglas Murray, kiedy w najnowszej książce pod znamienym tytułem *Przedziwna śmierć Europy* (Zysk i S-ka, Poznań 2017, tłum. To-

masz Bieroń) stwierdza, że Europejczycy są wypaleni, gdyż upadł duch europejskiej religii, który przez wieki był źródłem energii i wynosił Europę na szczyty ludzkiej kreatywności (s. 274–278)? Poprzez utratę religii „Europa straciła swoją założycielską historię”, a potem było już tylko gorzej, gdyż próby zastąpienia religii poprzez świeckie uniwersalne teorie, jak marksizm i faszyzm, przynosiły kolejne katastrofy.

„Pod koniec dwudziestego wieku można było zatem wybaczyć Europejczykom, że mieli w sobie albo odziedziczyli pewne znużenie – pisze Murray. – Wypróbowali już religię i antyreligię, wiarę i niewiarę, racjonalizm człowieka i religijność rozumu. Wymyślili prawie wszystkie projekty polityczne i filozoficzne. Wreszcie Europa nie tylko wszystkie je wypróbowała, ale również – co bardziej druzgocące – poznała się na nich. Idee te zostawiły po sobie miliony trupów, nie tylko w Europie, ale wszędzie tam, gdzie je wypróbowano. Co można zrobić z tego typu rozczarowaniami czy taką wiedzą?” (s. 288).

Na początku tego wieku wydawało się, że wart poświęcenia jest „muskularny liberalizm”, czyli skoordynowana obrona liberalnych praw na całym świecie, ale i ta idea się wypaliła, pozostawiając „pobojowisko upadłych państw”, jak Irak, Afganistan czy Libia (s. 288).

Za francuską filozofką Chantal Delsol Murray porównuje kondycję współczesnego Europejczyka z kondycją Ikara, który przeżył swój upadek. „Nie zrealizowaliśmy swojego celu i jesteśmy oszołomieni, ale jakimś cudem przeżyliśmy – pisze. – Otaczają nas gruzy – metaforyczne i prawdziwe – wszystkich naszych marzeń, religii, ideologii politycznych i tysiąca innych aspiracji, z których wszystkie po kolei okazały się fałszywe. Chociaż nie mamy już żadnych złudzeń ani ambicji, nadal żyjemy. Co zatem powinniśmy robić? Przed upadłym Ikarą stoi wiele możliwości. Najbardziej oczywista z nich to oddać się życiu poświęconemu wyłącznie przyjemnościom” (s. 289–290). I tak brak wiary w jakiejkolwiek ideologie skłania do płytkich przyjemności, konsumpcjonizmu sprowadzanego do częstego kupowania nietrwałych rzeczy i zastępowania ich nowszymi wersjami i poszukiwaniu dobrej zabawy (s. 290–291). Idą za tym takie symptomy dekadencji, jak ucieczka od nakładania na siebie obowiązków, preferowanie relacji na próbie, postrzeganie powinności jako projektów.

Pozbawione duchowości i wyprane z ideologii społeczeństwa są podatne zarówno na głosy populistów obiecujących więcej państwowych świadczeń, jak i na obietnice dobrobytu pod parasolem totalitarnego państwa. Oddanie wolności w zamian za opiekę i bezpieczeństwo postrzegane jest jako propozycja do rozważenia, szczególnie atrakcyjna dla tych, którzy ze swych wolności i tak nie potrafią należycie skorzystać. Dotyczy to również sfery ducha. Dla wypalonych społeczeństw Zachodu całkiem atrakcyjny może wydawać się islam, co przekonująco przedstawił Michel Houellebecq w powieści *Uległość* (W.A.B. 2015, tłum. Beata Geppert).

Murray przekonuje, że wobec całkowitego fiaska polityki wielokulturowości we Francji, Niemczech czy Wielkiej Brytanii główny problem Europy to obecnie zachowanie europejskiej tożsamości wobec skutków muzułmańskiej imigracji (s. 134, 136–137). O ile jego rozważania mają charakter chłodnej analizy i mogą niecierpliwego czytelnika nawet znu-

żyć, o tyle ich przeciwieństwem są dwa, napisane wkrótce po zburzeniu World Trade Center, ogniste pamflety słynnej włoskiej dziennikarki – Oriany Fallaci: *Wściekłość i duma* (Cyklady, Warszawa 2003, tłum. Krzysztof Hejwowski) i *Sila rozumu* (Cyklady, Warszawa 2004, tłum. Joanna Wajs).

Fallaci przekonuje, że islam próbuje ogarnąć Europę przez stulecia, aż od swoich początków. Gdyby Karol Młot nie zwyciężył pod Poitiers w 732 roku, a Jan III Sobieski pod Wiedniem w 1683 roku, Europa byłaby już dawno islamska. Współcześnie jego ekspansja jest groźniejsza niż kiedykolwiek, bo uderza w indywidualizm i chce zniszczyć europejską kulturę i tożsamość nie tylko aktami terroryzmu, ale konsekwentną „polityką brzucha”, czyli nieporównywalną z Europejczykami rozrodczością, aby wkrótce uzyskać władzę w krajach europejskich przy wykorzystaniu demokratycznych mechanizmów wyborczych.

Na naszych oczach – pisze Fallaci – dokonany jest ideologiczny rabunek „poprzez kradzież Chrześcijaństwa, wchłonięcie go, pokazanie go w szatkach zwyrodniałego dziecka, określenie Jezusa Chrystusa jako jednego z proroków Allacha. Proroka drugiej klasy poza wszystkim. O tyle późniejszego od Mahometa, że prawie sześćset lat później tamten musiał zaczynać od początku. Uciąć sobie pogawędkę z archaniołem Gabrielem i napisać, o rozpaczy, Koran. Aby okraść nas z niego skuteczniej, teolodzy muzułmańscy negocjują nawet fakt, że został ukrzyżowany. Wsadzają go do swojej Dżanny, żeby obżerał się jak pasibrzuch, pił jak opój, kopolował jak maniak seksualny. Potem wyrokują: biedaczek, na swój sposób słowo Allacha i on głosił, ale jego niegodziwi wyznawcy nazwali chrześcijaństwem to, co w rzeczywistości było Islamem” (*Sila rozumu*, s. 211–212).

Fallaci wylicza liczne przewiny współczesnej klasy politycznej i stwierdza wprost, że europejscy politycy sprzedali Europę islamowi już w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku (*Sila rozumu*, s. 159), umożliwiając islamskim liderom inwestycje kapitałowe, a is-

lamskim imigrantom niekontrolowany napływ i równe z Europejczykami prawa bez żadnych obowiązków, w szczególności bez uprzedniej kulturowej i społecznej asymilacji (s. 151–169).

Na początku wieku Fallaci, przez lata zamieszkująca w Nowym Jorku, wskazywała jako realnego sojusznika Europy w obronie przed islamizacją Stany Zjednoczone, gdyż to właśnie Amerykanie – jak żaden inny naród – są wyczuleni na wolności i prawa człowieka. Konstytucja USA – wywodzi ze swadą Fallaci – „zmusza plebejuszy przemienionych w obywateli do tego, by powstałi przeciwko tyranii i rządili się sami. Aby wyrażali swoją indywidualność, poszukiwali swego szczęścia. (Co dla biedaków, dla plebsu oznacza bogacenie się). Mówiąc krótko, głosi całkowite przeciwieństwo tego, co zwykli robić komuniści, zabraniając ludziom samorządu, wyrażania swej osobowości, bogacenia się. Sadzając na tronie Jego Wysokość Państwo. (...) Tak – moim zdaniem Ameryka ratuje, ocala plebs. Zasadniczo wszyscy są tam plebejuszami. Biali i czarni, żółci i brązowi, głupi i mądrzy, biedni i bogaci. Właściwie w wielu przypadkach ci bogaci są najbardziej plebejcy. Takie chamy! Widać od razu, że nigdy nie czytali *Dobrych manier Monsignora della Casa*, że nigdy nie mieli kontaktu z wyrażaniem czy oglądają. (...) Ale są uratowani, na Boga! Są ocaleni! Nie ma na tym świecie nic bardziej żywego, potężniejszego, bardziej nieustępliwego niż Ocalony Plebs, Uratowany Plebs. Zawsze sobie połamiesz zęby na Uratowanym Plebsie, Ocalonym Plebsie. I w ten czy inny sposób wszyscy połamiali sobie zęby na Ameryce. Anglicy, Niemcy, Rosjanie, Meksykanie, hitlerowcy, faszysty, komuniści...” (*Wściekłość i duma*, s. 74–75).

Świadomość pobjowisk pozostawionych w obronie „muskularnego liberalizmu” i spe-

cyfika realizacji hasła wyborczego „America first!” przez obecnego prezydenta USA podaje w wątpliwość nadzieję na pomoc amerykańskich „uratowanych plebejuszy”. Po lekturze prac Pata Buchanana, które niedawno na tych łamach przedstawiłem (*Raport patologa, czyli głos amerykańskiej prawicy*, „Palestra” 2017, nr 7–8), można twierdzić, że amerykańscy konserwatyści spisali już w zasadzie Europę na straty.

Zresztą, jak przekonuje Fallaci, prawdziwym obliczem Zachodu nie jest Ameryka i nie ona jest głównym celem ekspansji islamu, ale Europa. „Mimo, że jest córką Europy, dziedziczką Europy, Ameryka nie ma jej kulturowych rysów. Chociaż zrodziła się z Zachodu, chociaż jest drugim obliczem Zachodu, Ameryka nie jest tym Zachodem, który Islam chce ujarzmić. (...) A zatem, żeby ugasić pożar, potrzeba przede wszystkim i nade wszystko Europy. Ale jak można liczyć na taką Europę, która jest już Eurabią, która przyjmuje wroga z kapeluszem w rękę, która utrzymuje go, a nawet proponuje mu prawo do głosowania?? Jak można zaufać takiej Europie, która sprzedała się i sprzedaje wrogowi jak mała kurewka, która islamizuje i ogłupia swoje dzieci, i oszukuje je od momentu, w którym idą do przedszkola? Takiej Europie, która, koniec końców, nie potrafi już rozmawiać? Zmierzch inteligencji jest zmierzchem Rozumu. (...) Ludzić się, że istnieje dobry Islam, i zły, czyli nie pojmować, że istnieje tylko jeden Islam, że cały Islam to sadzawka i że zmierzając w tym kierunku skończymy tonąc w sadzawce, jest wbrew Rozumowi. Nie bronić własnego terytorium, własnego domu, własnego jestestwa jest wbrew Rozumowi” (*Sila rozumu*, s. 302–303).

Te słowa napisane w 2003 roku nie brzmią dziś jak herezja. Czy zatem śląc życzenia *seasons greetings*, nie pozbawiamy się rozumu?



# Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

## UMORZENIE POSTĘPOWANIA NAGRODĄ ZA POSTAWĘ SPRAWCY WYPADKU

Kierująca samochodem osobowym marki Nissan Primera stanęła przed Sądem Rejonowym w O. w charakterze oskarżonej o popełnienie przestępstwa określonego w art. 177 § 1 k.k. Nie ma najmniejszych wątpliwości, że zarzut spowodowania wypadku drogowego jest słuszny, ponieważ wykonując na skrzyżowaniu manewr skręcenia w prawo, nie ustąpiła pierwszeństwa dwóm kobietom poruszającym się oznakowanym przejściem dla pieszych z lewej na prawą stronę, patrząc z pozycji kierującej. Wskutek braku należytej obserwacji przedpola jazdy, w obszarze należącym do najbardziej niebezpiecznych, doszło do potrącenia jednej pieszej i otarcia drugiej. W następstwie wypadku potrącona doznała obrażeń skutkujących naruszeniem czynności organizmu na czas powyżej 7 dni. Druga pokrzywdzona poinformowała kierującą, że nie ma żadnych obrażeń, zniszczeniu uległy jedynie zakupy, które miała przy sobie, określając ich wartość na 7 zł. Tak niefortunnie zaczął się nowy rok, wypadek bowiem zaistniał 7 stycznia, około godziny 9.50.

Z okoliczności wypadku wynika jednoznacznie, że kierująca samochodem osobowym przez nieumyślne naruszenie zasady „szczególnej ostrożności” spowodowała wypadek z określonymi skutkami. Jej naganne

zachowanie jako uczestnika ruchu jest niezaprzeczalnym faktem, jednakże, co wymaga podkreślenia, zachowała się przyzwoicie. Mianowicie natychmiast udzieliła ранnej pomocy i wezwała pogotowie ratunkowe, a także udostępniła swój telefon komórkowy, umożliwiając jej zawiadomienie męża. Drugiej pokrzywdzonej zrekompensowała zniszczenie zakupów wartości 7 zł, wręczając jej kwotę 10 zł. Obie panie przeprosiła, prosząc o wybaczenie. Zarówno w chwili zdarzenia, jak i w toku postępowania przygotowawczego oraz sądowego niezmiennie przyznawała się do winy. Tego rodzaju postawa – niestety należąca do rzadkości – zasługuje na pochwałę. Popęlnianie błędów jest rzeczą ludzką, ale przyznanie się do naruszenia prawa wymaga odwagi. W tej hierarchii wartości cech ludzkich jeszcze wyżej stoją szczerze przeprosiny. Tak niewiele, a cieszy. Ponadto owocuje. W prezentowanej bowiem sprawie Sąd, oceniając właściwie całokształt ujawnionych okoliczności przebiegu wypadku, warunkowo umorzył postępowanie karne z wyznaczeniem próby na okres roku. Ponadto na podstawie art. 67 § 3 k.k. w zw. z art. 49 § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonej świadczenie pieniężne w kwocie 3000 zł, płatne na rzecz Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w S. W myśl

dyspozycji art. 627 k.p.k. w zw. z art. 629 k.p.k. zasądził od oskarżonej na rzecz oskarżycielki posiłkowej pokrzywdzonej wydatki z tytułu korzystania w postępowaniu sądowym z pomocy pełnomocnika z wyboru w kwocie (uwzględniającej stawkę 22% podatku od towarów i usług) wynoszącej 439,20 zł. Z kolei zgodnie z art. 627 k.p.k. i art. 7 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz.U. z 1983 r. nr 49, poz. 223 ze zm.) zasądził od oskarżonej na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w kwocie 365,08 zł, w tym wymierzył jej opłatę w kwocie 100 zł. Wyrok jest prawomocny.

Sąd w całości dał wiarę wyjaśnieniom kierującej. Były one bowiem jasne, logiczne i konsekwentne, a także zgodne z dokumentami ujawnionymi w toku rozprawy, co do negacji prawdziwości oraz autentyczności których w zasadzie nie znaleziono podstaw. Dotyczyło to także tego fragmentu wypowiedzi procesowej oskarżonej, która w stadium przygotowawczym w istocie kwestionowała rodzaj obrażeń ciała doznanych w wyniku wypadku przez pokrzywdzoną. W postępowaniu jurysdykcyjnym bowiem oskarżona ostatecznie wskazała, że nie kwestionuje dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, w tym opinii biegłego medyka, który określił rodzaj oraz charakter tych obrażeń ciała. Zresztą już w dochodzeniu oskarżona wskazywała, że co do kwalifikacji obrażeń pokrzywdzonej będzie się mogła ostatecznie wypowiedzieć dopiero po zapoznaniu się z dokumentacją lekarską znajdującą się w aktach sprawy, co oznacza, iż formułując wątpliwości odnoszące się do tej kwalifikacji, czyniła to bez oparcia się na całości dokumentów określających stan zdrowia pokrzywdzonej po wypadku. Tym samym ostatecznie potwierdziła brak negacji ustaleń wynikających z tej opinii, co nie dość, że uzasadniało rezygnację z przesłuchania jej autora (wezwanego z urzędu na rozprawę w celu ewentualnego wyjaśnienia wątpliwości oskarżonej odnoszących się do wydanej przez niego opinii), to na

dodatek pozwalało na jednoznaczne uznanie, iż w realiach sprawy sprawstwo i zawinienie oskarżonej nie budziły żadnych wątpliwości. Już w dochodzeniu bowiem wszystkie pozostałe okoliczności stanowiące sferę dociekań w kwestii wypadku drogowego zostały przez nią jasno i jednoznacznie potwierdzone. Co istotne, dotyczyło to w szczególności niebudzącego wątpliwości przyznania się kierującej do spowodowania wypadku.

Przywołane wyjaśnienia oskarżonej, która na rozprawie potwierdziła całość ustaleń stadium przygotowawczego, ujawniały szczerą jej wypowiedzi procesowej, pozwalając – przy spełnieniu pozostałych warunków formalnych – na skorzystanie z możliwości ograniczenia postępowania dowodowego w sposób dokonany przez Sąd. Nie dość bowiem, że oskarżona w istocie złożyła przed Sądem wyjaśnienia, przyznała się w nich do winy, ona sama, jej obrońca, oskarżycielka posiłkowa i jej pełnomocnik (prokurator nie stawił się na rozprawę) wyrazili zgodę na ograniczenie postępowania dowodowego, to na dodatek wyjaśnienia oskarżonej nie budziły żadnych wątpliwości odnoszących się do jej sprawstwa i winy.

Należy wskazać, że jednym z warunków skorzystania z instytucji ograniczenia postępowania dowodowego (art. 388 k.p.k.) jest złożenie przez oskarżonego wyjaśnień w stadium jurysdykcyjnym. Chodzi o to, że w piśmiennictwie trafnie podnosi się, iż pojęcie „wyjaśnienia oskarżonego” obejmuje całość jego wypowiedzi na rozprawie, od podania danych o swojej osobie do wyrażenia stanowiska w ramach głosów stron<sup>1</sup>. Oznacza to, że oskarżona, podając swoje dane osobowe, wypowiadając się w głosach stron, ale przede wszystkim podtrzymując złożone uprzednio wyjaśnienia oraz odnosząc się do nich po ich ujawnieniu, w istocie złożyła wyjaśnienia w rozumieniu przywołanego przepisu, a zatem brak było formalnego przeciwwskazania do zastosowania instytucji określonej w art. 388 k.p.k.

Sąd w pełni podzielił opinię biegłego z za-

<sup>1</sup> Zob. P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Zakamycze 2006, s. 175.

kresu medycyny sądowej z uwagi na jej jasny, zupełny i kategoriyczny charakter, a także na oparcie się przy okazji jej sporządzenia na aktualnym stanie wiedzy. Niemniej dostrzeżono rozróżnienie treściowe istniejące między terminem „naruszenie czynności narządów ciała” – oznaczającym spowodowanie w organizmie takich zmian, które zakłócają jego normalne, zgodne z przeznaczeniem funkcjonowanie, co nie oznacza jednakże spowodowania bezwładności tego narządu<sup>2</sup>, a terminem „rozstrój zdrowia” – oznaczającym takie oddziaływanie na organizm, które wprawdzie nie narusza jego całości, lecz zakłóca jego funkcje<sup>3</sup>. Dlatego, nie negując opinii tego biegłego, przy zauważeniu charakteru obrażeń ciała doznanych przez pokrzywdzoną, należało określić je mianem „naruszenia czynności narządów ciała”, co jednakże nie miało żadnego wpływu na treść orzeczenia. Musiało jednak skutkować właściwą zmianą opisu przypisanego oskarżonej występku.

Oskarżonej należało przypisać sprawstwo i winę, co jednak trafnym zdaniem Sądu, opartym na wnikliwej analizie niezbędnych okoliczności, nie wymagało wydania wobec niej wyroku skazującego.

Sprawcą występku z art. 177 § 1 k.k. jest ten, „kto, naruszając chociażby nieumyślnie, zasady bezpieczeństwa w ruchu lądowym (...), powoduje nieumyślnie wypadek, w którym inna osoba doznała obrażeń ciała określonych w art. 157 § 1 k.k.”. Analizowany typ czynu zabronionego, mający charakter materialny i powszechny, dla swojego bytu wymaga w pierwszej kolejności naruszenia określonej zasady lub zasad bezpieczeństwa m.in. w ruchu drogowym, co następuje „choćby nieumyślnie”<sup>4</sup>.

Analiza konkluzji aktu oskarżenia wskazywała, że oskarżonej zarzucono naruszenie zasady ostrożności, przejawiające się w nie-

należyтым obserwowaniu przedpola jazdy, co w konsekwencji sprawiło, iż nie ustąpiła pierwszeństwa pieszym prawidłowo przechodzącym przez oznakowane przejście dla pieszych i doprowadziła do wypadku, wskutek czego jedna z przechodzących doznała obrażeń ciała określonych w art. 157 § 1 k.k. Zasada ostrożności wyraża się *sensu largo* podjęciem przez kierującego takich czynności, jakie zwykle w takiej sytuacji przeciętny człowiek powinien powziąć, aby uniknąć skutku przestępnego<sup>5</sup>. Zarazem wymagania stawiane m.in. osobie prowadzącej pojazd mechaniczny są zgeneralizowane w takim stopniu, aby mógł im podołać modelowy uczestnik ruchu<sup>6</sup>.

Oceniane dowody jasno wskazywały, że prowadzony przez oskarżoną samochód najeżdżał na piesze prawidłowo przechodzące przez oznakowane przejście dla pieszych. Fakt ten niewątpliwie wynikał z nienależytego obserwowania przedpola drogi, a co za tym idzie – nieustąpienia pierwszeństwa pieszym. W konsekwencji kierująca zapoczątkowała stan zagrożenia, który trwał aż do wypadku.

Zgromadzone dowody nie pozostawiały złudzeń co do tego, że analizowanym zachowaniem kierująca wyczerpała także ustawowe znamiona strony podmiotowej przypisanego występku. Niewątpliwie bowiem nie chciała jego popełnienia. Nie było również dowodów mających potwierdzać, aby przewidywała możliwość jego popełnienia i na to się godziła. Uczyniła to jednak, ponieważ nie zachowała ostrożności wymaganej od kierującego samochodem w miejscu i w warunkach, jak zaistniało w sprawie, co wyrażało się w nienależyтым obserwowaniu przedpola jazdy. Zarazem, jak każdy racjonalnie myślący użytkownik drogi, oskarżona musiała przewidywać spowodowanie wypadku drogowego w sytuacji oczywiście-

<sup>2</sup> Zob. B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, (w:) *Nowa Kodyfikacja Karno. Krótkie komentarze*. Zeszyt 28, Warszawa 2000, s. 251.

<sup>3</sup> *Ibidem*, s. 251–252.

<sup>4</sup> Zob. uchwałę SN z 22 listopada 1973 r., VI KZP 29/73, OSNPG 1974, nr 2, poz. 23.

<sup>5</sup> Zob. wyrok SN z 7 lutego 1949 r., WAK 82/49, PiP 1949, z. 11, s. 153.

<sup>6</sup> K. Buchała, *Przestępstwa i wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej*. Komentarz, Bydgoszcz 1997, s. 121.

go przecież uświadomienia sobie zaistnienia wskazanego naruszenia.

W sprawie spełnione zostały warunki do przypisania oskarżonej winy z uwagi na istnienie wszystkich okoliczności pozytywnych i brak przesłanek negatywnych.

Sąd podzielił – wyrażone w głosach stron – wnioski oskarżonej oraz jej obrońcy i warunkowo umorzył postępowanie. Na podjęcie takiej decyzji miały wpływ następujące okoliczności.

Po pierwsze, ustawowe zagrożenie typu czynu zabronionego z art. 177 § 1 k.k. stwarzało podstawy sięgnięcia po omawiany środek probacyjny.

Po drugie, okoliczności przypisanego występkę nie budziły żadnych wątpliwości, co w znacznej mierze wynikało z wyjaśnień oskarżonej, w których szczerze przyznała się do jego popełnienia i szczegółowo opisała jego przebieg.

Po trzecie, oskarżona nie była wcześniej karana za przestępstwo umyślne, a nawet nie była karana w ogóle. Mając na uwadze jej średni wiek, wskazywało to na incydentalny charakter przypisanego przestępstwa w jej dotychczasowym życiu.

Po czwarte, wina i stopień społecznej szkodliwości przypisanego występkę nie były znaczne. Stopień winy oskarżonej determinowany był pełnym rozeznaniem przez nią bezprawności i karygodności przypisanego czynu, jak również pełną możliwością dostosowania swojego zachowania do obowiązującego porządku prawnego. Z kolei na niebędący znacznym stopień społecznej szkodliwości przypisanego jej przestępstwa wpływ miały w szczególności jego okoliczności. Jakkolwiek bowiem Sąd dostrzega, że do zdarzenia doszło na oznakowanym przejściu dla pieszych, a zatem w strefie szczególnej ochrony znajdującego się na nim pieszego, to jednak niepodobna było nie zwrócić uwagi na nieumyślne naruszenie przez kierującą zasady ostrożności, wskazujące na wyjątkowość zdarzenia także w jej praktyce kierowania pojazdem samochodowym.

Po piąte, należało uwzględnić zachowanie oskarżonej bezpośrednio po popełnieniu

przestępstwa, polegające na tym, że dwukrotnie przeprosiła pokrzywdzoną, udostępniła jej telefon komórkowy, tak aby mogła zawiadomić męża o zdarzeniu, a także – wraz ze swoim małżonkiem – odwiozła ją ze szpitala do domu. Wszystko to wskazuje na to, iż fakt popełnienia przestępstwa nie dość, że nie był dla oskarżonej obojętny, to na dodatek wpłynął na sferę jej psychiki, co wyrażało się w podjęciu działań mających zminimalizować jego negatywne dla pokrzywdzonej następstwa.

Po szóste, w realiach sprawy było oczywiście, że właściwości i warunki osobiste oskarżonej oraz dotychczasowy sposób życia miały szczególnie istotne znaczenie prognostyczne. Była osobą o ustabilizowanej pozycji życiowej i zawodowej. Jak wskazano, była lekarzem medycyny. Wcześniej nie wchodziła w konflikty z prawem. Nakazywało to potraktowanie przypisanego jej przestępstwa jako wyjątkowego zdarzenia, niewykluczającego możliwości dania jej szansy, jaką niewątpliwie stanowi warunkowo umorzenie postępowania.

Osobno podkreślić trzeba, że warunkowo umorzenie postępowania realizuje zasadę ograniczenia penalizacji w sprawach drobnych, przyjmując, że są zdarzenia, w których mimo niewymierzenia kary można skutecznie przeprowadzić proces wychowawczy, zapobiegając w ten sposób ponownemu wkroczeniu sprawcy na drogę przestępstwa. Wszak istota warunkowego umorzenia postępowania nie sprowadza się do uwolnienia sprawcy od odpowiedzialności karnej, lecz zawiera w sobie element represji karnej (okres próby), który w razie zaistnienia ku temu warunków wystarczająco powstrzymuje sprawcę od popełnienia przestępstwa w przyszłości. Zresztą cel ten dodatkowo zwiększa nałożenie na sprawcę któregoś z obowiązków określonych w art. 67 § 3 k.k. Stąd, dla wzmocnienia reakcji karnej, mającego na celu skuteczne powstrzymanie oskarżonej od rażącego naruszenia prawa w okresie próby oraz pozwalającego zrealizować cele ogólnoprewencyjne, orzeczono wobec niej świadczenie pieniężne w wysokości odpowiadającej jej możliwo-

ściom majątkowym. Zważywszy bowiem, że jej wynagrodzenie wynosiło 6000 zł netto miesięcznie, a wynagrodzenie jej męża – 3000 zł netto miesięcznie, przy czym kierująca miała jedną osobę na utrzymaniu i majątek większej wartości, orzeczenie wobec niej świadczenia pieniężnego w kwocie 3000 zł w żadnej mierze nie mogło być uznane za rażąco surowe. Przeciwnie nawet sam obrońca oskarżonej, wnioskując w głosach stron o warunkowe umorzenie postępowania, wskazał zasadność sięgnięcia w jej wypadku właśnie po świadczenie pieniężne, którego wysokości nie określił, pozostawiając tę kwestię Sądowi.

Wobec bardzo znacznego stopnia pozytywnej prognozy istniejącej po stronie oskarżonej okres próby ustalono na minimalnym pułapie 1 roku.

W sprawie nie znaleziono podstaw do sięgnięcia w stosunku do oskarżonej po zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych określonego rodzaju (art. 67 § 3 k.k. w zw. z art. 42 § 1 k.k.). Uwzględniono bowiem, że istota tego środka karnego sprowadza się do wyłączenia możliwości spowodowania zagrożenia dla bezpieczeństwa w komunikacji. Stąd konstatacja, że im większe jest ryzyko zagrożenia bezpieczeństwa w komunikacji przez prowadzącego pojazd, tym analizowany środek powinien być orzeczony na dłuższy okres, a ponadto preferować należy orzeczenie zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych, a nie jedynie pojazdów mechanicznych określonego rodzaju.

Okoliczności popełnienia przez oskarżoną przypisanego jej przestępstwa, jego jednostko-

wy charakter, nieumyślne naruszenie zasady bezpieczeństwa w ruchu lądowym, uprzednie prowadzenie pojazdów mechanicznych bez konsekwencji karnoprawnych oraz postawa kierującej po dokonaniu tego czynu skutkowały uznaniem, że sięgnięcie wobec niej do opisanego środka karnego, nawet na minimalny okres próby, nie miałyby uzasadnienia, powodując, że wyrok byłby w tym zakresie rażąco surowy. Eliminacja z ruchu określonego jego uczestnika powinna bowiem mieć miejsce w sytuacjach uzasadniających uznanie, że stwarza on dla innych uczestników tego ruchu rzeczywiste niebezpieczeństwo. Jednostkowy charakter przypisanego oskarżonej przestępstwa, w ramach którego – co wymaga ponownego zaakcentowania – nieumyślnie naruszyła ona zasadę ostrożności, nawet przy dostrzeżeniu, że do zdarzenia doszło na oznakowanym przejściu dla pieszych, a uderzenie nastąpiło w dwie osoby, nie pozwalał – co słusznie zauważył Sąd – na uznanie, iż kierująca będzie stwarzała tego rodzaju niebezpieczeństwo dla innych uczestników ruchu drogowego, które wymaga jej eliminacji na pewien czas z uczestnictwa w ruchu drogowym. Nie można jednak zgodzić się z zawartym w uzasadnieniu wyroku twierdzeniem – co w rzeczy samej nie ma znaczenia dla prawidłowości rozstrzygnięcia – że tylko jedna piesza mogła być uznana za pokrzywdzoną z powodu rodzaju doznanych obrażeń ciała. Otóż druga piesza, która wprawdzie nie doznała obrażeń ciała, to jednak również ma status pokrzywdzonej, ponieważ stan zagrożenia spowodowany przez kierującą obejmował również ją.

# Recenzje i noty recenzyjne

**Bernard Robertson, G. A. Vignaux, Charles E. H. Berger**  
*Interpreting Evidence. Evaluating Forensic Science in the Courtroom*  
Wiley, Oxford 2016, wyd. 2, ss. 216

Od kilku lat z coraz większą intensywnością mówi się o konieczności zmiany paradygmatu w kryminalistyce i wprowadzeniu innego, odbiegającego od dotychczasowych standardów, sposobu jej uprawiania. Rzeczą dotyczy kwestii opiniowania kryminalistycznego w ramach wybranych ekspertyz. Zrozumienie tej złożonej problematyki wraz z rozpoznaniem potrzebnych zmian w tym zakresie wymaga posiadania dobrze ugruntowanej wiedzy z zakresu m.in. ogólnej metodologii nauk, logiki oraz statystyki. Problem jest doniosły, gdyż niejednokrotnie sposób konstruowania ostatecznych wniosków, będących istotną częścią opinii w sprawach karnych, jak i cywilnych, wpływa – czasem bezpośrednio – na decyzje podejmowane przez organy procesowe. Mówiąc inaczej – nierzadko twierdzenia biegłego/experta wpływają na czyjeś życie, wolność, zdrowie, na czyjeś „być albo nie być”. Osoby stosujące prawo powinny być zaznajomione z procesami poznawczymi zachodzącymi w opiniowaniu kryminalistycznym. Wydaje się, że takie standardy pozwoliłyby na właściwe oszacowanie, z odpowiednią uczciwością merytoryczną, jakości uzyskanej opinii i ograniczyłyby zjawisko tzw. dyktatu biegłego.

Należy zauważyć, że na polskim rynku wydawniczym istnieje luka w zakresie opracowań dotyczących metodologicznych oraz logicznych zagadnień dowodu z opinii biegłego. Brakuje

takich wydań, które dostarczyłyby prawnikowi-praktykowi niezbędnej, aczkolwiek wyrażonej w sposób przystępny, wiedzy do „radzenia” sobie z dowodami eksperckimi/naukowymi, zwłaszcza w kontekście wspomnianej zmiany paradygmatu opiniowania kryminalistycznego. Lukę tę z powodzeniem wypełnić może bogata bibliografia obcojęzyczna, zwłaszcza anglojęzyczna.

Przykładem takiej właśnie książki, którą należy z całą stanowczością traktować jako jedno z podstawowych dzieł w zakresie m.in. logicznej i metodologicznej teorii dowodów, jest pozycja autorstwa B. Robertsona, G. A. Vignauxa i Ch. E. H. Bergera. Autorzy w sposób kompleksowy prezentują narzędzia poznawcze pomocne w zrozumieniu istoty dowodu z opinii biegłego, w tym dowodu naukowego, oraz metody pozwalające na interpretację i oszacowanie jakości tego dowodu na użytek postępowania sądowego.

Opracowanie podzielone jest na jedenaście merytorycznych rozdziałów. Każda z tych części rozpoczyna się od krótkiego powtórzenia materiału prezentowanego w rozdziale poprzednim. Taki redakcyjny zabieg uznać należy za pożyteczny. Pracę kończą wnioski sformułowane w ramach rozdziału dwunastego oraz dodatek, będący przewodnikiem dla prawników oraz biegłych w zakresie pomiaru i sposobów wyra-



żania niepewności dotyczących danych ustaleń w ramach pracy biegłego. Prezentowana książka jest drugim, poszerzonym i zaktualizowanym wydaniem opracowania opublikowanego przeszło dwadzieścia lat temu. Rozwój metod oraz teorii w przedmiotowym zakresie uzasadnia to kolejne wydanie.

Tematyka przedstawiona w książce zgodna jest z naukowym trendem reprezentowanym przez grupę badaczy uprawiających tzw. *New Evidence Scholarship*. Jak sami Autorzy wskazują, ich sposób myślenia o dowodach oraz krytyczna postawa poznawcza w tym zakresie wywodzą się z deskryptywnej teorii dowodów. Dzięki niej właśnie prezentowane w książce treści mogą mieć zastosowanie do analizy każdego dowodu z opinii biegłego, niezależnie od porządku prawnego, w którym biegłemu przyszło opiniować, ze względu na niespecyficzną prezentowanych metod w stosunku do normatywnych regulacji.

Lektura trzech pierwszych rozdziałów (*Introduction; Interpreting Scientific Evidence; The Alternative Hypothesis*)<sup>1</sup> wyposaża Czytelnika w podstawową aparaturę pojęciową umożliwiającą oszacowywanie dowodu z opinii biegłego. Mowa w nich bowiem o pomiarze za pomocą narzędzi z zakresu prawdopodobieństwa rozmiarów niepewności wniosków z przeprowadzonego badania eksperckiego. Autorzy w tym kontekście wskazują celowość wykorzystania ilorazu wiarygodności oraz teorematu Bayesa. Jak sami słusznie przyznają, mierniki te powinny mieć zastosowanie nie tylko w przypadku uzyskania dowodu na podstawie szczegółowych obliczeń, ale także w sytuacji, gdy biegły nie dysponuje ilościowymi danymi. By móc obliczać prawdopodobieństwo trafności danego wyniku, należy odnieść ten wynik do założonej hipotezy, gdyż dany dowód nie powinien pozostawać w izolacji wobec założeń co do przebiegu jakiegoś zdarzenia czy też stanu rzeczy, ale powinien właśnie odnosić się do prawdopodobieństwa wystąpienia tego zdarzenia lub stanu rzeczy. W związku

z tym w drugim rozdziale następuje dokładna charakterystyka tworzenia hipotez i sposobów ich porównywania. Autorzy trafnie wskazują konieczność dostarczenia ekspertowi wiedzy co do sformułowanych hipotez, dzięki czemu biegły, używając narzędzi statystycznych, będzie mógł poczynić odpowiednie założenia.

W kolejnym rozdziale (*What Questions Can the Expert Deal With?*) omawiane są ogólne standardy opiniowania. Mówiąc innymi słowy – chodzi o zakres kwestii rozstrzyganych w trakcie ekspertyzy. Autorzy słusznie zauważają, że twierdzenia eksperta nie muszą ograniczać się tylko do wykazywania zbieżności/rozbieżności źródeł pochodzenia danego śladu. Oprócz tej standardowej procedury opiniowania biegły może także wskazać aktywność, która mogła spowodować powstanie lub brak danego śladu, wraz z odpowiednią interpretacją takiego stanu rzeczy. Ponadto ekspertowi nie wolno odnosić się w swojej opinii do kwestii prawnych dotyczących winy/niewinności oskarżonego/podejzanego, gdyż ta kompetencja należy do odpowiedniego organu procesowego. Biegły nie powinien także opiniować, gdy nie posiada wiedzy o okolicznościach i kontekście danego zdarzenia, w tym przedmiotu opiniowania.

Kluczowy dla aktualnych zmian dotyczących paradygmatu kryminalistyki i innych nauk sądowych w zakresie formy opiniowania jest rozdział piąty (*Explaining the Strength of Evidence*). Ta część poświęcona została scharakteryzowaniu sposobów przedstawiania siły danego dowodu. Istotnym narzędziem z tego zakresu jest iloraz wiarygodności, pozwalający na określenie prawdopodobieństwa dowodu z opinii biegłego w odniesieniu do danej hipotezy. Jednak, jak słusznie zauważają Autorzy, nie zawsze możliwe jest ilościowe oszacowanie siły dowodu. W takich przypadkach biegły, na zasadzie konwencji, może użyć odpowiednich słów wyrażających moc dowodu dla danej hipotezy, np. wyrażenia w postaci: słabe wsparcie, silne wsparcie, bardzo silne wsparcie. Kluczowe dla formy prezentacji opinii krymi-

<sup>1</sup> Dla lepszej przejrzystości tytuły poszczególnych rozdziałów podano w nawiasie.

nalistycznej lub opinii z zakresu innych nauk sądowych jest stwierdzenie, że przypisywanie danemu śladowi cech niepowtarzalności nie jest relewantne dla procedury opiniowania. Ekspert nie powinien zastanawiać się nad tym, czy dwa ślady są takie same, ale nad tym, czy te ślady pochodzą z tego samego źródła. Dla przykładu, nawet jeśli wszystkie ludzkie twarze są niepowtarzalne, nie oznacza to, że ekspert poprawnie zidentyfikuje daną osobę jako tę, o którą faktycznie chodzi. Wbrew pozorom założenie o niepowtarzalności danego śladu w myśl nowej epistemologii identyfikacji kryminalistycznej nie jest pomocne dla opiniowania dla potrzeb sądowych.

W kolejnym rozdziale (*The Case as a Whole*) w interesujący sposób prezentowane są treści skierowane przede wszystkim do organów procesowych, a dotyczące interpretowania zgromadzonego materiału dowodowego, w tym wpływu dowodu z opinii biegłego na oszacowanie siły innych, nieeksperskich dowodów. Autorzy słusznie zauważają, że status dowodu z opinii biegłego różni się od innych dowodów. Wyjaśniając taki stan rzeczy, wskazują spodziewaną – mile widzianą przez organy procesowe – kategoryczność tego dowodu, możliwość określenia jego prawdopodobieństwa w wymierny sposób, a także charakter źródła dowodowego – eksperta i profesjonalisty, którego w zasadzie nie dotyczą wątpliwości co do jego rzetelności, wiedzy i uczciwości, które to wątpliwości mogą się pojawić w przypadku zwykłych świadków. Narzędziem, które z powodzeniem może radzić sobie w poprawnej i logicznej analizie całego materiału dowodowego, w tym dowodu z opinii biegłego, jest teoremat Bayesa. W kontekście tego ostatniego jego funkcjonalność zaprezentowano na przykładzie materiału dowodowego uzyskanego w rzeczywistej sprawie karnej.

Częścią książki poświęconą wiadomościom skierowanym przede wszystkim do biegłych jest rozdział siódmy (*Forensic Science Methodology*). Autorzy w sposób przystępny przedstawili ogólną metodologię, która winna być stosowana w ramach formułowania konkret-

nej opinii. Procedura ta została wyjaśniona na przykładzie badania śladów biologicznych zawierających materiał DNA, poczynając od podjęcia decyzji co do wyboru cech materiału porównawczego i dowodowego, poprzez porównanie zbieżności tych cech, a skończywszy na obliczeniu prawdopodobieństwa pochodzenia/niepochodzenia danego śladu z tego, a nie innego źródła. Kończącą fazą w procesie opiniowania winno być obliczenie ilorazu wiarygodności wyrażającego siłę dowodową dowodu z opinii biegłego w kontekście hipotezy o wspólnym pochodzeniu śladu dowodowego i porównawczego oraz hipotezy o przypadkowej zbieżności. Niezwykle wartościowy dla wpłynięcia na dobrą współpracę i komunikację organu procesowego z biegłym jest przedstawiony w końcowej części tego rozdziału model ekspertyzy, tzw. model CAI (*Case Assessment and Interpretation*). Należy ubolewać nad tym, że w Polsce niewiele osób spośród grona biegłych sądowych z zakresu kryminalistyki o nim słyszało, choć model ten „ma” już kilkanaście lat.

Treści prezentowane w kolejnym rozdziale (*Assigning Likelihood Ratios*) wydają się być niezwykle doniosłe dla biegłych – konserwatyistów, którzy tkwią w starym paradygmacie opiniowania w naukach sądowych. Mianowicie w sposób przystępny – zważywszy na dość skomplikowaną problematykę – przedstawiono metody obliczania ilorazu wiarygodności dla różnych dowodów, poczynając od tych, dla których kwestie prawdopodobieństwa nie budzą wątpliwości (np. dowód z badań DNA), poprzez dowód z badań daktyloskopijnych i pisma ręcznego, a skończywszy – ku zdziwieniu – na dowodzie z badań psychologicznych. Jak zauważają Autorzy, nawet w tzw. metodach jakościowych, którymi są metody stosowane w psychologii, winno dążyć się do oszacowywania siły dowodów. Ponadto tradycyjne kryminalistyczne badania porównawcze powinny otworzyć się na stosowanie obliczeń ilorazu wiarygodności dla osiągniętych wyników. W tym zakresie Autorzy przytaczają stanowisko *European Fingerprint Working Group*

(EFPWG), uznanej i prestiżowej instytucji eksperckiej wchodzącej w skład *European Network of Forensic Science Institutes* (ENFSI).

Jak sami Autorzy przyznają, celem ich opracowania jest dostarczenie sądom oraz prawnikom niezbędnej wiedzy pozwalającej właściwie oszacować oraz zinterpretować dowód z opinii biegłego. Jednak procesy poznawcze z tym związane obciążone są możliwością wystąpienia błędów. Tym problemom właśnie poświęcony jest rozdział dziewiąty (*Errors of Thinking*). Mowa w nim o znanych już w literaturze błędach, tzw. błędzie prokuratora i błędzie obrońcy, ale także – i to jest tematyka stosunkowo nowa – o potrzebie właściwej interpretacji istnienia śladu, który później będzie przedmiotem badania biegłego. Zwraca się tutaj słuszną uwagę na kwestię zapewnienia jakości ekspertyzy kryminalistycznej, na problem akredytacji placówek badawczych oraz certyfikacji ekspertów.

Rozdział dziesiąty (*Frequentist Statistics and Database Matching*) ma charakter wysoce specjalistycznego opracowania poświęconego błędom oraz trudnościom pojawiającym się w trakcie kryminalistycznych badań porównawczych w procesie analizy danych statystycznych związanych z częstotliwością występowania danej cechy w określonej populacji. W szczególności i dość zaawansowany sposób Autorzy wykorzystują egzemplifikację badań materiału biologicznego w postaci badań DNA w celu objaśnienia rodzaju oraz konsekwencji możliwych do popełnienia przez eksperta błędów. Cenną uwagą w kontekście tych rozważań jest teza głosząca, że w ramach opiniowania kryminalistycznego na użytek postępowania sądowego decyzje co do prawdziwości lub fałszywości stworzonych hipotez mogą być podejmowane tylko po rozważeniu wszystkich dostępnych w sprawie informacji, z uwzględnieniem siły poszczególnych dowodów, oszacowanej zgodnie z narzędziami prawdopodobieństwa.

Jak wspomniano, prezentowana książka wykorzystuje deskryptywną teorię dowodów, pozwalającą prowadzić rozważania o dowo-

dach na – powiedzielibyśmy – metapoziomie, bez odniesień do danego porządku prawnego. Jednakże pewne aspekty związane z analizą dowodu z opinii biegłego mają naturę *stricte* normatywną. Chodzi mianowicie o status biegłego oraz dopuszczalność dowodu z jego opinii w ramach danego procesu. Tym właśnie kwestiom poświęcony jest kolejny, jedenasty rozdział opracowania (*Implications for the Legal System*). Autorzy wyraźnie zaznaczają, że koncentrują swoje rozważania w zakresie wskazanej materii na systemie *common law*, choć niektóre implikacje tej problematyki mają charakter niespecyficzny dla danego porządku prawnego. Te ostatnie dotyczą charakterystyki epistemicznej dowodu naukowego. W tym zakresie przywoływane są znane już standardy: standard Frye'a i standard Dauberta. W tym kontekście Autorzy nie są tu szczególnie odkrywcy, choć każda merytoryczna wzmianka o dowodzie naukowym jest godna uwagi, zwłaszcza tak uporządkowana, jak tutaj ma to miejsce. Nie do przecenienia jest teza głosząca, że pojęcia prawdopodobieństwa i ilorazu wiarygodności nie powinny być traktowane jedynie jako techniki statystyczne, lecz jako arsenał interpretacyjny kryminalistyki i innych nauk sądowych. Zarówno kryminalistyka, jak i inne nauki sądowe traktowane są tutaj jako dyscypliny, których własnością jest oszacowywanie wartości dowodów dla przeciwstawnych hipotez. Spoiwem, które łączy organy wymiaru sprawiedliwości zarówno w systemie kontynentalnym, jak i w *common law*, jest logika. Zarówno ekspert, jak i poszczególni członkowie składu orzekającego, prokurator oraz obrońca winni legitymować się zdolnością myślenia zgodnego z prawidłami logiki. Na marginesie warto zauważyć, że w trakcie aplikacji prawnych prowadzonych w Polsce na naukę logiki oraz ogólnej metodologii nauk nie przeznaczają się ani jednej godziny zajęć, choć celowość kształcenia w tym zakresie jest oczywista.

Ostatnia część pracy, będąca syntezą prowadzonych rozważań wyrażonych w ramach wniosków, zawarta jest w rozdziale dwunastym (*Conclusion*). Autorzy w sposób niezwykle

zręczny odnieśli się do najważniejszych kwestii poruszanych na wcześniejszych kartach opracowania, dostarczając Czytelnikowi w pigułce to, co powinien wiedzieć na temat oszacowywania i interpretacji dowodów z opinii biegłego w ramach postępowania sądowego. Nie sposób przywołać wszystkich tez z tego zakresu, dlatego ograniczono się do wybranych. Po pierwsze, prawnicy oraz biegli muszą się ze sobą komunikować. Komunikacja ta ma swoje ograniczenia wynikające z luk w wiedzy biegłych i prawników, dotyczących w przypadku tych drugich działalności biegłych i specyfiki ich pracy, a w przypadku tych pierwszych wiedzy dotyczącej procesu sądowego. Narzędziami, które ułatwią tę komunikację, są logika, prawdopodobieństwo, wnioskowanie. Dzięki takim kanałom komunikacyjnym możliwe jest uniknięcie nieporozumień związanych zwłaszcza z dowodem naukowym. Istotnym zagadnieniem dotyczącym dowodu z opinii biegłego jest właściwa jego interpretacja. Dzięki zaangażowaniu ilorazu wiarygodności ta interpretacja jest możliwa i w znacznym stopniu ułatwiona. Ważniejsze od technicznych szczegółów związanych z metodyką postępowania biegłego w ramach ekspertyzy jest zrozumienie logiki wnioskowania i procesów poznawczych dotyczących tego dowodu. Wnioskowanie jest niespecyficzne w stosunku do przedmiotu wnioskowania i materii, której dotyczy, dlatego nie trzeba być fizykiem, chemikiem czy biologiem, aby móc oszacować dowód z opinii fizyka, chemika, biologa, posługując się przy tym analizą logiczną. Biegli winni opiniować z wykorzystaniem ilorazu wiarygodności, a nie tylko czyniąc to w formie kategoriicznych stwierdzeń: „że jest tak a tak” lub „było tak a tak” itp. Jeśli chodzi o analizę dowodu naukowego, to Autorzy przytaczają zestaw pięciu pytań, które powinny być zawsze brane pod uwagę, gdy ma się

do czynienia z tego rodzaju dowodem. Brzmiały one następująco:

- Jakie jest prawdopodobieństwo dowodu, przy założeniu, że hipoteza oskarżenia jest prawdziwa?
- Jakie są alternatywne hipotezy?
- Dlaczego to są alternatywne hipotezy?
- Jakie jest prawdopodobieństwo dowodu przy uwzględnieniu alternatywnych hipotez?
- Jaka jest wartość dowodu?

Odpowiedzi na te pytania pozwolą właściwie oszacować oraz zinterpretować tego rodzaju dowody. W dodatku stanowiącym ostatnią część książki Autorzy krok po kroku, w sposób przystępny wskazują, jakie narzędzia i w jaki sposób winny być wykorzystane przy udzielaniu odpowiedzi na ten zestaw pytań. Dodatek ten pełni rolę praktycznego przewodnika – tak dla biegłych, jak i prawników – w kwestiach prawdopodobieństwa, ilorazu wiarygodności, teorematu Bayesa oraz siły dowodów. Bez większego trudu zauważyć można, że w polskiej literaturze bardzo trudno jest wskazać jakąś konkretną pozycję dotyczącą interpretacji dowodów wykorzystującą takie właśnie narzędzia.

Prezentowana książka powinna znaleźć się w codziennym użyciu biegłych oraz prawników, praktyków i teoretyków. Jak mawiał śp. prof. Kazimierz Jaegermann: „nie ma nic lepszego dla dobrej praktyki niż dobra teoria”. Właśnie teoria przedstawiona w tym opracowaniu jest najlepszym narzędziem dla udoskonalenia i tak już trudnej praktyki korzystania przez organy wymiaru sprawiedliwości z dowodu z opinii biegłego. Pozostaje mieć nadzieję, że prawnicy przekonają się o konieczności obycia się z ogólną metodologią nauk, z logiką oraz prawdopodobieństwem, a biegli będą wykonywać swoją robotę zgodnie z aktualnymi standardami wiedzy naukowej.

*Anna Ibek*

# 100-lecie Odrodzonej Adwokatury Polskiej

*Katarzyna Mróz, Janusz Kanimir*

## **ADWOKAT JAN MACIASZEK (1876–1932) – PIERWSZY POLSKI PREZYDENT BYDGOSZCZY**

### **Inauguracja obchodów 100-lecia Odrodzonej Adwokatury Polskiej w Bydgoszczy**

Oficjalne obchody Stulecia Odrodzonej Adwokatury Polskiej rozpoczęły się 12 stycznia 2018 r. podczas Spotkania Noworocznego w Warszawie, w którym wzięli udział członkowie Naczelnej Rady Adwokackiej, przedstawiciele rad adwokackich oraz Krajowej Rady Sądownictwa, a także przybyli goście, m.in. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego prof. Mał-

gorzata Gersdorf oraz Rzecznik Praw Obywatelskich dr Adam Bodnar.

Na szczeblu lokalnym obchody związane ze stuleciem odrodzonej Adwokatury rozpoczęły się 20 stycznia 2018 r. w Bydgoszczy – w 98. rocznicę powrotu tego miasta do Polski i objęcia jego prezydentury przez adwokata Jana Maciaszka.

Uroczystości zostały zainaugurowane o godz. 13.00 na Rynku Starego Miasta, na którym rozgrywały się wydarzenia sprzed 98 lat. To właśnie na tym historycznym placu zarządca miasta przekazał klucze do grodu nowemu polskiemu włodarzowi. Rynek przystrójony został w symbolu adwokatury i jubileuszu obchodów, w sposób szczególnie udekorowana została narożna kamienica ze zrekonstruowaną na potrzeby jubileuszu



Prezes NRA adw. Jacek Trela w towarzystwie Państwa Maciaszków (w rolę mecenasowej Maciaszkowej wcieliła się dziekan ORA w Bydgoszczy adw. Justyna Mazur)



kancelarią adwokacką adw. Jana Maciaszka. Niedaleko Rynku, przy ulicy Gdańskiej 6, mieściła się bowiem kancelaria komisarycznego prezydenta miasta.

Zebranych bydgoszczan i gości witali aktorzy przebrani w stroje z epoki z lat 20. XX w. W pewnym momencie na Rynek wjechała doróżka, a w niej dwoje eleganckich ludzi. To państwo Maciaszkowie... W rolę Pani Maciaszkowej wcieliła się dziekan ORA w Bydgoszczy adw. Justyna Mazur. Inscenizacja stanowiąca kulminacyjny punkt bydgoskich obchodów przywołała zgromadzonym ważne wydarzenia z czasów dwudziestolecia międzywojennego. Uczestnicy historycznej rekonstrukcji mogli wysłuchać oryginalnych przemówień, wygłoszonych 98 lat temu przez ustępującego niemieckiego burmistrza miasta i przejmującego władzę nad miastem polskiego przedstawiciela.

Dla przybyłych na Stary Rynek bydgoszczan atrakcją okazała się wiktoriańska karuzela z 1896 r. (najstarsza i jedyna zachowana w Polsce). Uczestnicy wydarzeń mogli skosztować także lokalnych ciasteczek w kształcie klucza – nieco przypominających klasyczne maślane ciasteczka szkockie – nazywanych w Bydgoszczy „maciaszkami” na cześć pierwszego polskiego prezydenta miasta.

Postać Jana Maciaszka jest coraz lepiej znana bydgoszczanom, do czego przyczyniają się coroczne obchody i symbolizujące je ciasteczka „maciaszki”... ze wszech miar warta jest też prezentacja całemu środowisku adwokackiemu.

Dla bydgoszczan Jan Maciaszek był wzorem cnoty i męstwa, bohaterem walczącym o polskość w Bydgoszczy, odznaczającym się patriotyzmem i wzorową ofiarnością. Choć nie był bydgoszczaninem, z miastem nad Brdą związał się na lata, stając się jednym z jego symboli...

Aż chce się w tym miejscu zacytować Galla Anonima: „Nie chcę w Bydgoszczy jeść chleba za darmo. Chcę z siebie dla tego miasta dać tyle, ile mogę”<sup>1</sup>. Niewątpliwie Maciaszek dał Bydgoszczy nawet więcej niż „tyle, ile mógł”.

Jan Maciaszek urodził się 3 maja 1876 r. w Ostrowie Wielkopolskim, na ziemiach, gdzie Polacy prowadzili „najdłuższą wojnę nowoczesnej Europy” – nawiązując do serialu Jerzego Sztywni – walcząc z pruskimi władzami zaborczymi. Patriotyzm Wielkopolan odcisnął widoczne piętno w sercu młodego Jana. Po ukończeniu szkoły ludowej oraz gimnazjum w Ostrowie Jan Maciaszek studiował prawo i wiedzę o państwie na Uniwersytecie w Berlinie. W tym czasie przynależał do konspiracyjnej organizacji polskiej młodzieży akademickiej, Związku Młodzieży Polskiej ZET<sup>2</sup>.

W 1901 r. Jan Maciaszek odbył obowiązkową, jednoroczną służbę wojskową w armii pruskiej, w regimencie artylerii konnej w Poznaniu, uzyskując stopień podporucznika. Po złożeniu egzaminu referendarskiego (1899) oraz asesorskiego (1904) prowadził praktykę adwokacką w Rawiczu, następnie w Lesznie i Poznaniu<sup>3</sup>.

Po wybuchu I wojny światowej Jan Maciaszek pełnił obowiązki zastępcy niemieckiego prezydenta policji w okupowanej Łodzi. Do Poznania powrócił jeszcze przed wybuchem powstania wielkopolskiego. W listopadzie 1918 r. czynnie uczestniczył w ruchu polskim dążącym do przejęcia władzy w byłym zaborze pruskim<sup>4</sup>. W grudniu 1918 r. Maciaszek został szefem Wydziału Bezpieczeństwa Publicznego Komisarjatu Naczelnej Rady Ludowej w Poznaniu. Po likwidacji Komendy Miasta Poznania kierował wojskiem wielkopolskim. Jan Maciaszek został mianowany na głównodowodzącego Polskich Sił Zbrojnych

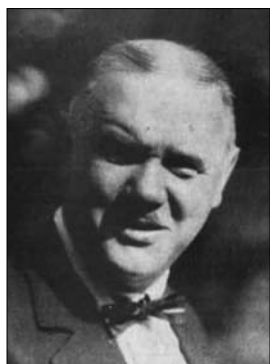
<sup>1</sup> *Cronica et gesta ducum sive principum Polonorum, List do trzeciej księgi*: „I coś innego jeszcze wyjawię waszej roztropności, [a mianowicie] że nie po to podjąłem tę pracę, aby rzekomo wynosić się ponad innych czy też aby zalecać siebie jako wymowniejszego w słowach, lecz by unikać próżnowania i zachować wprawę w dyktowaniu, oraz by za darmo nie jeść chleba polskiego”. Gall Anonim, *Kronika Polska*, Roman Grodecki (tł.), Marian Plezia (wst., opr.). Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich 2003, s. 88.

<sup>2</sup> Zob. J. Kutta, *Bydgoski Słownik Biograficzny*, Bydgoszcz: Kujawsko-Pomorskie Towarzystwo Kulturalne 1994, t. 2, s. 94–96.

<sup>3</sup> J. Kutta, *Dzieje adwokatury w Wielkopolsce i na Pomorzu Nadwiślańskim w latach 1772–1945*, Bydgoszcz 2017, s. 135–136.

<sup>4</sup> Tamże.





Adwokat Jan Maciaszek

byłego zaboru pruskiego. Należący do głównych organizatorów Straży Ludowej w Wielkopolsce, aktywnie uczestniczył w organizowaniu odsieczy dla oblężonego przez Ukraińców Lwowa<sup>5</sup>.

Na początku 1919 r. Jan Maciaszek został przewodniczącym Komisji Likwidacyjnej wszystkich nieliniowych instytucji, zakładów i składów, pozostałych po wojskach niemieckich. W połowie stycznia 1919 r. nowo mianowany głównodowodzący Polskich Sił Zbrojnych byłego zaboru pruskiego gen. Józef Dowbor-Muśnicki postawił ppor. Maciaszka na czele utworzonego szefostwa aprowizacji, instytucji kierowniczej do spraw gospodarki wojskowej i uruchomienia przemysłu wojennego. Po podpisaniu w dniu 28 czerwca 1919 r. traktatu wersalskiego (wejście w życie 10 stycznia 1920 r.) został on skierowany do Bydgoszczy, która na mocy postanowień owego traktatu stała się formalnie częścią Polski. W październiku 1919 r. Jan Maciaszek powołany został na stanowisko pełnomocnika polskiego przy niemieckim Magistracie bydgoskim. 14 stycznia 1920 r. Ministerstwo byłej Dzielnicy Pruskiej ustanowiło adw. Maciaszka Komisarzem Generalnym rządu RP na miasto Bydgoszcz, odpowiedzialnym za przejęcie miasta wcielonego do Prus w wyniku zabiorów – akt powołania przekazał Maciaszkowi wicewojewoda poznański adw. dr Witold Celiński<sup>6</sup>.

Styczeń 1920 r. był miesiącem przełomowym

dla Bydgoszczy. Uroczysty akt przejęcia władzy i powrotu Bydgoszczy do granic II Rzeczypospolitej odbył się 19 stycznia, o godz. 18.00, w Sali posiedzeń Rady Miejskiej w gmachu Ratusza. W tym nadzwyczajnym wydarzeniu władze polskie reprezentowała 10-osobowa delegacja w składzie: adw. Jan Maciaszek – generalny komisarz rządu polskiego, adw. Melchior Wierzbicki – komisarz Naczelnej Rady Ludowej na okręg nadnotecki, dr Jan Biziel – prezes Rady Ludowej na miasto Bydgoszcz, Stanisław Niesiołowski – starosta powiatu bydgoskiego, redaktor Jan Teska – wydawca „Dziennika Bydgoskiego”, sekretarz Rady Ludowej, Antoni Czarnecki – organizator polskich związków zawodowych, ksiądz Jan Filipiak, Mieczysław Chłapowski – ziemianin, Władysław Kużaj – aptekarz, Józef Milchert – kupiec, skarbnik Rady Ludowej. Na ceremonii obecny był również niemiecki burmistrz Bydgoszczy Hugo Wolff<sup>7</sup>.

Jako pierwszy głos zabrał dotychczasowy gospodarz miasta Hugo Wolff, który uroczystie powitał zebranych oraz wygłosił oświadczenie:

„Niemieccy obywatele Bydgoszczy lojalnie się do nowych warunków zastępują, wiernie swe obowiązki jako nowi obywatele państwa polskiego spełniać i swoją współpracą dalszy rozwój i pomyślność miasta popierać będą. Wobec tego wyrażam moje usilne przekonanie i nadzieję, że niemieccy mieszkańcy Bydgoszczy doznawać będą i ze strony polskich władz im się słusznie należącej opieki i uznania, jeżeli obowiązki swe obywatelskie wypełniać będą i że z powodów dawniejszej ich przynależności do niemieckiej ojczyzny żadna krzywda im się nie stanie, bądź to w kwestiach politycznych lub ekonomicznych”<sup>8</sup>.

Następnie adw. Maciaszek otrzymał z rąk niemieckiego burmistrza Hugona Wolffa starannie ułożone na atlasowej poduszce insygnium władzy nad Bydgoszczą – symbolicz-

<sup>5</sup> Pod koniec listopada, na prośbę przybyłego ze Lwowa do Poznania Romana Longchamps de Bérier, Jan Maciaszek wysłał do Galicji pierwszych ochotników z Wielkopolski. Za zasługi dla Lwowa został odznaczony Złotym Krzyżem Zasługi – J. Kutta, *Prezydenci miasta Bydgoszczy 1920–1939*, Bydgoszcz: SOMIX 1991, s. 97.

<sup>6</sup> J. Kutta, *Dzieje adwokatury w Wielkopolsce i na Pomorzu Nadwiślańskim*, s. 135–136.

<sup>7</sup> L. Stachiewicz, *Oddanie miasta Bydgoszczy w ręce polskie*, „Dziennik Bydgoski” 1920, nr 16 (z 21 stycznia), s. 2.

<sup>8</sup> Zob. M. Leszczyńska, *Kajdany zerwane, ale grania „Boże coś Polskę” zaraz zakażą*, „Gazeta Wyborcza”, Magazyn Bydgoski z 19 stycznia 2017 r.



W zrekonstruowanym gabinecie adwokata Jana Maciaszka, pierwszego polskiego prezydenta Bydgoszczy

ny klucz do bram miasta. Odebrawszy cenny symbol, Maciaszek złożył niemieckim radnym zapewnienie:

„Panowie przekonani możecie być o tem, że rząd polski wszelkimi siłami starać się będzie nie tylko o podtrzymanie dobrobytu, handlu i przemysłu, jako i kulturalnego rozwoju naszego pięknego grodu, ale że dołoży wszelkich wysiłków, aby go jak najbardziej rozwinąć (...) Polska nie ma najmniejszego powodu nie zastosowywać względem swych nowych obywateli zasady tolerancji, które do najpiękniejszych zalet naszych dawnych dziejów należą, o czym przede wszystkim założenie naszego miasta świadczy. Oby się miasto i jego mieszkańcy pod nowymi rządami zawsze czuło jak najszczęśliwiej, aby miasto nasze doszło do największego rozkwitu. Tak nam dopomóż Bóg!”<sup>9</sup>

Dotychczasowy burmistrz Bydgoszczy Hugo Wolff przestał formalnie sprawować władzę. 20 stycznia 1920 r. Jan Maciaszek rozpoczął urzędowanie w mieście jako komisaryczny prezydent Bydgoszczy. Tego dnia pierwsze polskie

oddziały Szóstego Pułku Strzelców Wielkopolskich, otoczone przez występujące pod sztandarami delegacje stowarzyszeń polskich, w pełnym oryndku wkroczyły na Stary Rynek<sup>10</sup>.

„Któż opiszę tę chwilę, któż odmaluje entuzjazm rozpierający serca! Bicie dzwonów, okrzyki: niech żyje Polska! niech żyje wojsko! i lży gorące, lży szczęścia, płynące ze wszystkich oczu, słabym są tylko wyrazem tego uniesienia, zalewającego duszę Bydgoszczy.”<sup>11</sup>

Jako pierwszy wkraczające polskie wojsko powitał prezes Tymczasowej Rady Miejskiej, lekarz dr Jan Biziel, znakomity mówca:

„Wyście kość z kości, krew z krwi naszej. Witamy orla polskiego z tego samego miejsca, gdzie stał posąg tego, który nas okuł w pęta niewoli. Wy nas z niej wybawiliście. Szlakiem pułków Waszych szła sława. Witamy Was symbolem gościnności polskiej, chlebem i solą, a wdzięczność, jaką dla Was czujemy i radość z Waszego przybycia, wlewamy w okrzyk: Niech żyje wojsko polskie!”<sup>12</sup>.

Przemówienie dr. Bizieła rozgrzało patriotycznie nastawione tłumy ludności, manifestujące swoją radość z odrodzenia II Rzeczypospolitej. Epatujące nadzieją i pokrzepieniem materiały prasowe, które ukazały się 21 stycznia 1920 r. na łamach „Dziennika Bydgoskiego”, przepelnione były wdzięcznością za wyzwolenie kraju spod wpływów zaborcy<sup>13</sup>. Pisano:

<sup>9</sup> L. Stachiewicz, *Oddanie miasta Bydgoszczy*, s. 2.

<sup>10</sup> Była to pierwsza defilada w wolnej Bydgoszczy, o której Niemcy napisali w „Schicksalstunden. Unvergessliches aus schweren Tagen in Posen und Westpreussen”, że „dobre, żołnierskie wrażenie czynią wkraczające oddziały, to trzeba przyznać z zazdrością i bólem” (*einen guten soldatischen Eindruck machen die einrückenden Truppen das muss man mit Neid und Schmerz gestehen*). Por. „Wiarus”, 25 września 1937 r., rok VIII, nr 39.

<sup>11</sup> *Bydgoszcz – stolica szabli polskiej*, „Wiarus”, 25 września 1937 r., rok VIII, nr 39.

<sup>12</sup> Tamże.

<sup>13</sup> W „Dzienniku Bydgoskim” w emocjonalny sposób opisywano moment wkroczenia oddziałów wojska polskiego

„Stary nasz gród, odwieczne polska dzielnica nadnotecka witają Was jako tych, którzy po półtora wieku rozłąki z ojczyzną zadziergają nić łączności naszej z Macierzą, jako zwiastunów promiennej przyszłości (...). Dłonie otwarte Wam podajemy, a serca szczerze biją dla Was. Jako tych, którzy zdejmują z rąk naszych kajdany niewoli i wrota wolności nam otwierają”. (...) Bracia żołnierze, niesiecie nam dziś to, o czym pokolenia całe marzyły, dar najcenniejszy, którego wartość wyższa jest ponad wszystkie skarby świata. Wolność, do której tak dawno tęskniliśmy. Nie dziękować dziś za to chcemy, ale z głębi wezbranego uczuciem serca witamy Was jako najmilszych braci naszych, jako przedstawicieli potęgi narodu i spadkobierców najpiękniejszych idei naszych”. (...) Opadają już z rąk naszych kajdany wiekowej niewoli, powracamy na łono Ojczyzny. Iszczą się nadzieje, z którymi całe pokolenia polskie do grobu się kładły nie doczekawszy się ich spełnienia. W niezbadanych wyrokach swoich nam właśnie Opatrzność pozwoliła doczekać się tej wielkiej i radosnej chwili. Czyż okazemy się jej godnymi?”.

Odpowiedzialność za odbudowę i rozwój miasta spoczęła na komisarzu generalnym rządu Rzeczypospolitej na Bydgoszcz, Janie Maciaszku. Już w styczniu 1920 r. czynił on starania na rzecz terytorialnego powiększenia województwa pomorskiego oraz uczynienia z Bydgoszczy siedziby województwa. Działania te nie przyniosły jednak pożądanego skutku<sup>14</sup>. 11 marca 1920 r. bydgoska Rada Miejska, jeszcze niemiecka, wybrała adw. Jana Maciaszka na stanowisko prezydenta Bydgoszczy. Wybór ten nie został jednak zatwierdzony przez wojewodę poznańskiego Witolda

Celichowskiego. 1 kwietnia 1920 r. do granic administracyjnych Bydgoszczy włączono 18 gmin podmiejskich, w większości zamieszkałych przez Polaków. Na skutek inkorporacji terytorialnej powierzchnia miasta zwiększyła się ośmiokrotnie, stając się jednym z największych terytorialnie miast polskich<sup>15</sup>. Jako prezydent komisaryczny adw. Jan Maciaszek poświęcał wiele uwagi sprawom finansowym i gospodarce komunalnej, będąc adwokatem Izby Rzemiosła oraz Izby Przemysłowo-Handlowej, przyczyniając się jednocześnie do rozwoju przemysłu w mieście. Rozpoczął budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na przedmieściach, dbał o budowę i rozwój szkolnictwa polskiego, osobiście angażował się w sprawę obsady kierownictwa Teatru Miejskiego<sup>16</sup>.

Zaskakujące, bulwersujące wypadki, do jakich doszło w czerwcu 1921 r., pozostają w cieniu zasług adw. Jana Maciaszka. Niestusznie oskarżany o zbyt wolne tempo polonizacji administracji publicznej, recesję, bezrobocie oraz silne uzależnienie od niemieckiej gospodarki, z dniem 20 czerwca 1921 r. złożył rezygnację ze stanowiska. Rezygnacja została potwierdzona przez przedstawicieli Ministerstwa byłej Dzielnicy Pruskiej 4 lipca 1921 r. Odtąd adw. Jan Maciaszek nie uczestniczył czynnie w życiu publicznym Bydgoszczy. Poświęcił się adwokaturze i notariatowi. Do śmierci prowadził jedną z największych kancelarii w Bydgoszczy – przy ul. Gdańskiej 6.

---

do miasta: „To nie sen, nie! To jawa! Już Bydgoszcz polska. Już jesteśmy złączeni z naszą macierzą w jedną, niepodzielną całość. Nasi bohaterzy są już wśród nas. Cześć im i chwała!” Por. „Dziennik Bydgoski”, 21 stycznia 1920 r., rok XIII, nr 16.

<sup>14</sup> Realne szanse na przeniesienie siedziby województwa pomorskiego do Bydgoszczy pojawiły się w 1926 r., kiedy powołano komisję dla usprawnienia administracji publicznej przy prezesie Rady Ministrów. Trzy lata później Prezes Prokuratury Generalnej RP Stanisław Bukowiecki miał stwierdzić, że „zachodzi konieczność obrania Bydgoszczy na stolicę Pomorza”. Ostatecznie reforma terytorialna została zainicjowana w roku 1938.

<sup>15</sup> Na przełomie roku 1928/1929 Polacy stanowili 92% populacji miasta, natomiast przed repolonizacją, pod zabarami, w 1910 r. Polaków było według oficjalnego spisu 10 976, a więc około 19%, oraz 28% według korekty Eugeniusza Romera. Por. *Gemeindelexikon die Regierungsbezirke Allenstein, Danzig, Marienwerder, Posen, Bromberg und Oppeln: auf Grund der Ergebnisse der Volkszählung vom 1. Dezember 1910 und anderer amtlicher Quellen*, Provinz Posen Regierungsbezirk Bromberg, Berlin 1912, s. 2–3.

<sup>16</sup> M. Dierżykraj-Lipowicz, *Zgromadzenie Izby adwokackiej w Bydgoszczy. W hołdzie Marszałkowi Józefowi Piłsudskiemu*, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 301–304.

Jan Maciaszek zmarł 10 stycznia 1932 r. w Bydgoszczy po długiej i ciężkiej chorobie. Pochowany został na bydgoskim cmentarzu Nowofarnym<sup>17</sup>. Manifestacyjny pogrzeb Jana Maciaszka zgromadził tysiące mieszkańców Bydgoszczy. 11 stycznia 1932 r. na łamach „Dziennika Bydgoskiego” opublikowany został następujący tekst:

„Nie zawsze za czasów jego urzędowania godził się na wszystkie posunięcia ś.p. prezydenta Maciaszka, bo surowego mieliśmy w nim cenzora prawnego, to jednak przyznać musimy, iż był to mąż prawy, nieugięty, charakter nieskazitelny”.

Wsparciem dla adwokata i działacza społeczno-politycznego Jana Maciaszka była jego małżonka – Łucja z Gremczyńskich (1884–1947). Pochodziła ona z Nakła n. Notecią. Państwo Maciaszkowie mieli córkę Zofię, późniejszą żonę adwokata Bernarda Ciesielskiego, powojennego długoletniego dziekana Wojewódzkiej Rady Adwokackiej w Bydgoszczy, którego syn Bogdan (1937–1985) również był adwokatem w tym mieście<sup>18</sup>.

20 stycznia 2005 r., w związku z przypadającą 85. rocznicą powrotu Bydgoszczy do Rzeczypospolitej, na pisemny wniosek obywatelski adw. Macieja Dzierżykraj-Lipowicza, złożony 3 sierpnia 2004 r. na ręce wiceprzewodniczącego Rady Miasta Bydgoszczy adw. Romana Jasiakiewicza, Rada podjęła uchwałę o umieszczeniu w sali sesyjnej Ratusza spiżowej tablicy poświęconej adw. Janowi Maciaszkowi, pierwszemu w Odrodzonej Polsce prezydentowi Bydgoszczy. W tym dniu Rada podjęła również uchwałę o nazwaniu imieniem Jana Maciaszka sali sesyjnej oraz wybiciu z tej okazji okolicznościowego medalu z wizerunkiem pierwszego prezydenta miasta. Medal ten zaprojektowany został przez warszawską artystkę Urszulę Walerzak. Na cześć adwokata Jana Maciaszka nazwano także ulicę na bydgoskim Miedzyniu.

Podczas uroczystej sesji Rady Miasta w dniu 19 stycznia 2005 r. wspomnianą tablicę odsłonili wspólnie przewodnicząca Rady Felicja Gwincińska i prezydent Bydgoszczy Konstanty Dombrowicz. Na tablicy autorstwa bydgoskiego rzeźbiarza Marka Guczalskiego widnieje napis:

Był to mąż prawy, nieugięty,  
charakter nieskazitelny

Jan Maciaszek

1876–1932

Adwokat

Powstaniec Wielkopolski

19 stycznia 1920 roku

mocą Traktatu Wersalskiego

Bydgoszcz powróciła

do Rzeczypospolitej Polskiej

Komisarycznym Prezydentem Miasta

został Jan Maciaszek 1920–1921

19 stycznia 2005

\* \* \*

Bydgoskie doroczne obchody w 2018 r. miały wyraźny akcent adwokacki. Uczestniczyli w nich przedstawiciele centralnych władz Adwokatury, na czele z prezesem NRA adw. Jackiem Trelą, wiceprezesem NRA adw. Jerzym Glancem oraz członkiem prezydium NRA adw. Tomaszem Jachowiczem. Reprezentanci NRA oraz władze Izby Adwokackiej w Bydgoszczy podjęci zostali na ratuszu przez Prezydenta miasta.

Wieczorem w sali Akademii Muzycznej w Bydgoszczy odbyła się promocja książki prof. Janusza Kutty pt. *Dzieje adwokatury w Wielkopolsce i na Pomorzu Nadwiślańskim w latach 1772–1945*. Prezentacja, którą prowadzili adwokat Ewa Czerska i aplikant adwokacki Rafał Przybyszewski, przeplatana była piękną muzyką i piosenkami pochodzącymi z okresu II RP w wykonaniu chóru City Singers pod kierownictwem Marty Ronek-Koślińskiej, któremu towarzyszyła formacja Vion-dion Duo w składzie:

<sup>17</sup> S. Błażejowski, J. Kutta, M. Romaniuk, *Bydgoski Słownik Biograficzny*, Tom II, Bydgoszcz: Kujawsko-Pomorskie Towarzystwo Kulturalne 1995, s. 94–96.

<sup>18</sup> M. Dzierżykraj-Lipowicz, *Zgromadzenie Izby adwokackiej*, s. 301–304.



Prof. Janusz Kutta podczas promocji swojej książki pt. *Dzieje Adwokatury w Wielkopolsce i na Pomorzu Nadwiślańskim w latach 1772–1945*

Malwina Mikołajczak-Lutrzykowska (skrzypce) i Krzysztof Lutrzykowski (akordeon).

Podczas prezentacji prof. Kutta podzielił się z licznie zebranymi przedstawicielami adwokatury oraz środowisk prawniczych Bydgoszczy refleksjami na temat palestry pomorskiej i wielkopolskiej w badanym okresie, podkreślając ogromny wkład adwokatów w budowę świadomości narodowej polskiej, a w czasie I wojny światowej i tuż po niej – w budowę państwa polskiego na tym terenie. O adwokaturze gdańskiej przed 1939 r. wypowiedział się wiceprezes NRA adw. Jerzy Glanc. Przedstawił interesujący pogląd na temat współpracy adwokatów polskich w Gdyni z adwokatami niemieckimi w Gdańsku, w związku z reprezentacją interesów Polaków będących obywatelami Wolnego Miasta Gdańsk. Zwracali się oni o pomoc do adwokatów polskich w Gdyni, a ci – by skutecznie reprezentować ich interesy przed organami sądowymi Gdańska – „wynajmowali” adwokatów niemieckich w Gdańsku. Adwokat Tomasz Jachowicz zaprezentował natomiast swoje obserwacje dotyczące świadomości historycznej wśród adwokatów izby wielkopolskiej, przypominając też sylwetki tych najbardziej zna-

nych, jak Władysław Seyda czy Cyryl Ratajski. Refleksjami nad dziejami adwokatury, w związku z Jubileuszem, podzielił się też prezes NRA adw. Jacek Trela. Sędzia NSA w stanie spoczynku Edmund Łój przywołał postać adwokata, a potem sędziego i prezesa Najwyższego Trybunału Administracyjnego Stefana Łaszewskiego (1862–1924). Zastępca redaktora naczelnego „Palestry” adw. prof. UW Adam Redzik pogratulował przedsięwzięcia Pani Dziekan ORA w Bydgoszczy, a Autorowi – znakomitego dzieła. Na ręce Pani Dziekan przekazał najnowsze wydanie *Historii Adwokatury* (wyd. 4) i egzemplarz świeżo opublikowanego tomu trzeciego *Słownika Biograficznego Adwokatów Polskich*. Wskazał, że wśród autorów *Słownika* są prof. Kutta oraz adw. Dzierżykraj-Lipowicz i dodał, że dziesięć biogramów w *Słowniku* to adwokaci związani z Bydgoszczą, zaś adwokatów związanych z Pomorzem i Wielkopolską uwzględniono w *Słowniku* kilkudziesięciu. Podał przy tym przykład Władysława Mieczkowskiego, którego podpis, jako Naczelnego Dyrektora Banku Polskiego, widniał na banknotach złotych emitowanych po 1924 r. Nawiązując do wystąpienia artystycznego, przywołał też adwokatów, którzy łączyli wykonywanie zawodu z pasją muzyczną czy aktorską, jak Paweł Aslanowicz, przez lata redaktor naczelny „Palestry”, a jednocześnie kompozytor muzyki do wielu przebojów, np. Mariana Hemara.

Na zakończenie prof. Kutta podziękował za wydanie książki i promocję, podkreślając znaczenie badań nad dziejami adwokatury, rozumianymi nie tylko jako prezentacja minionych regulacji ustrojowych, ale przede wszystkim opowieść o ludziach tworzących adwokaturę. Wskazał na ważność przedsięwzięć takich, jak *Słownik Biograficzny Adwokatów Polskich* i syntez o historii adwokatury – w skali ogólnopolskiej, jak i lokalnej.

Spotkanie zamknęła Dziekan ORA w Bydgoszczy adw. Justyna Mazur, wyrażając po raz kolejny wdzięczność Autorowi za znakomitą Książkę, a uczestnikom spotkania za udział w wydarzeniu.



Janusz Kutta

## WITOLD MIELCARZEWICZ (1870–1933) PIERWSZY POLSKI PREZES WYDZIAŁU IZBY ADWOKACKIEJ I PIERWSZY DZIEKAN RADY ADWOKACKIEJ W TORUNIU

Witold Mielcarzewicz, adwokat i notariusz w Toruniu, w urzędowym akcie zgonu (brak aktu urodzenia) zapisany został jako osoba trojga imion: Pankracy Józef Witold<sup>1</sup>. Także w aktach toruńskiej Parafii pw. św. Jana Chrzciciela i św. Jana Ewangelisty ma trzy imiona: Paweł Józef Witold<sup>2</sup>. Tę występującą w aktach różnicę rozstrzygnął sam Mielcarzewicz, który konsekwentnie podawał tylko jedno imię – Witold.

Adwokat Witold Mielcarzewicz urodził się 12 maja 1870 r. w Warszawie jako syn Aleksego, radcy sądowego w Poznaniu i Marii z Bożeckich *vel* Bożeńskich rodem z Warszawy<sup>3</sup>. Okazuje się, że istniejące granice zaborów i różnego rodzaju restrykcje zaborców wobec Polaków nie były w stanie przerwać więzi łączących rodaków bytujących w trzech



różniących się ustrojowo państwach zaborczych. Małżeństwa, rzecz można, „mieszane”, liczniejsze, niż można by sądzić, były mocnym wyrazem trwającej więzi między Polakami mi trzech zaborów.

O dzieciństwie i latach szkolnych Mielcarzewicza wiadomo niewiele. Z pewnością uczęszczał do gimnazjum i zdał maturę. Według jednego z jego biografów był on uczniem i abiturientem znakomitego Gimnazjum św. Marii Magdaleny w Poznaniu<sup>4</sup>.

Jednak w opublikowanym spisie uczniów tego Gimnazjum brak nazwiska W. Mielcarzewicz. Brak w nim również nazwiska Władysława Szumana, późniejszego adwokata i przyszłego pierwszego w Polsce odrodzonej prezesa Sądu Apelacyjnego w Toruniu, z którym W. Mielcarzewicz miał się w gimnazjum przyjaźnić<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Urząd Stanu Cywilnego (USC) w Toruniu, akt zgonu Pankracego, Józefa, Witolda Mielcarzewicza, nr 757/1933.

<sup>2</sup> Archiwum Akt Dawnych Diecezji Toruńskiej im. ks. Alfonsa Frelichowskiego, Akta Parafii pw. św. Jana Chrzciciela i św. Jana Ewangelisty w Toruniu, Księga pogrzebow 93/1933, sygn. AE008 – Paweł Józef Witold Mielcarzewicz.

<sup>3</sup> Z. Nowak (red.), *Słownik biograficzny Pomorza Nadwiślańskiego* (SBPN), t. 3, Gdańsk 1997, s. 209 (T. Zakrzewski).

<sup>4</sup> Zob. K. Przybyszewski, *Ludzie Torunia Odrodzonej Rzeczypospolitej (1920–1939)*, Toruń 2001, s. 374.

<sup>5</sup> A. Białoblocki, *Absolwenci Gimnazjum i Liceum Świętej Marii Magdaleny w Poznaniu 1805–1950*, Poznań 1995. Zob. też *Śp. Witold Mielcarzewicz*, „Czasopismo Adwokatów Polskich. Dział Województw Zachodnich” (Cz. Adw. Pol. Dz. W. Zach.) 1933, nr 12, s. 141–142.



Witold Mielcarzewicz studiował początkowo medycynę na uniwersytecie w Krakowie. Jednak z tych studiów zrezygnował i przeniósł się na prawo, które to studia odbył na uniwersytetach we Wrocławiu, w Monachium i Berlinie<sup>6</sup>. Po ich ukończeniu odbył aplikację sądową w Poznaniu i po złożeniu egzaminu asesorskiego osiadł w 1901 r. jako adwokat w Toruniu<sup>7</sup>. Wraz z Władysławem Szumanem „stali sami i wspólnie na straży interesów polskości południowych części Pomorza, broniąc niejednokrotnie w procesach politycznych, karnych i cywilnych przed sądami i władzami administracyjnymi pruskimi, praw polskiej ludności tego kraju, a bardzo często działali bezinteresownie”<sup>8</sup>.

Witold Mielcarzewicz od 1903 r. należał do Towarzystwa Naukowego Toruńskiego<sup>9</sup>, które skupiało sporą grupę polskiej inteligencji pomorskiej, w tym także nielicznych prawników, zwłaszcza adwokatów<sup>10</sup>. Ci ostatni raczej nie kwapili się do pracy naukowej, lecz swoją postawą i działalnością zawodową oraz społeczną umacniali polską tożsamość Pomorzan. W sprawach politycznych Mielcarzewicz zajmował stanowisko umiarkowane, czym zdobywał sympatyków zarówno wśród polskich, jak i niemieckich mieszkańców Torunia i Pomorza<sup>11</sup>.

Podczas wielkiej wojny, wraz z toruńskimi polskimi działaczami Heleną Steinbornową (1875–1953) i Bronisławem Hozakowskim (1887–1948), reprezentował polskich torunian w ogólnomiejskim Komitecie zbiórki społecznej

na rzecz żołnierzy armii niemieckiej przebywających w niewoli, a także rodzin poległych<sup>12</sup>. Pamiętać trzeba, że wśród tych żołnierzy nie brak było Polaków z Wielkopolski i Pomorza.

Po przejściu przez Polskę Pomorza w 1920 r. Mielcarzewicz zajął się organizacją polskiej adwokatury w województwie pomorskim, a dokładniej w okręgu Sądu Apelacyjnego w Toruniu. 29 grudnia 1920 r. uczestniczył w pierwszym walnym zgromadzeniu już polskiej Izby Adwokackiej i został wybrany przewodniczącym (prezesem) jej Wydziału<sup>13</sup>. Jako adwokat wyróżniał się niezwykłą pracowitością, sumiennością, a także bezstronnością. Nie dziwi więc, że Izba ta wybierała go jednogłośnie kilkanaście razy na swego prezesa<sup>14</sup>. 31 października 1932 r. walne zgromadzenie Izby Adwokackiej w Toruniu, działając już na mocy dopiero co uchwalonego Prawa o adwokataturze, wybrało Mielcarzewicza dziekanem Rady Adwokackiej w Toruniu na trzyletnią kadencję<sup>15</sup>. Przerwała ją 3 listopada 1933 r. śmierć W. Mielcarzewicza. Rada Adwokacka w nekrologu podkreślała, że dziekan Mielcarzewicz, stojąc na czele adwokatury pomorskiej, „był jej duchowym przewodnikiem, zaskarbiając sobie zaletami serca i umysłu głęboki szacunek i powszechną miłość kolegów”<sup>16</sup>. Z kolei redakcja Związku Adwokatów Polskich w województwach zachodnich w swoim organie „Czasopismo Adwokatów Polskich Dział Województw Zachodnich” pisała: „Odszedł od nas jako kolega o kryształowym charakterze, który wywarł

<sup>6</sup> „Słowo Pomorskie” nr 255 z 5 listopada 1933 r.

<sup>7</sup> Tamże. Zob. też *Handbuch überden Königlich Preussischen Hof Und Staat für das Jahr 1901 i 1902*, Berlin 1901, 1902.

<sup>8</sup> Śp. Witold Mielcarzewicz, Cz. Adw. Pol. Dz. W. Zach. 1933, nr 12.

<sup>9</sup> M. Biskup (red.), *Dzieje Towarzystwa Naukowego w Toruniu 1875–1975*, t. 2, Towarzystwo Naukowe, Toruń 1978, Aneks I (J. Pakuski), s. 177.

<sup>10</sup> Tamże.

<sup>11</sup> SBPN, t. 3, s. 209 (T. Zakrzewski).

<sup>12</sup> Tamże.

<sup>13</sup> Archiwum Państwowe w Bydgoszczy (APB), Okręgowa Rada Adwokacka w Toruniu (ORA), Protokół z walnego zgromadzenia Izby Adwokackiej w Toruniu 29 XII 1920, sygn. 481/90, k. 1–2. Por. W. Zarzycki, *Adwokatura pomorska w okresie międzywojennym (1920–1939)*, „Palestra” 1990, nr 2–3, s. 1–2.

<sup>14</sup> Śp. Witold Mielcarzewicz, Cz. Adw. Pol. Dz. W. Zach. 1933, nr 12, s. 142.

<sup>15</sup> ABP, ORA w Toruniu, Protokół z walnego zgromadzenia Izby Adwokackiej w Toruniu 13 XI 1932.

<sup>16</sup> Śp. Witold Mielcarzewicz, Cz. Adw. Pol. Dz. W. Zach. 1933, nr 12, s. 142; tamże 1933, nr 9 i 10 (nekrolog); „Słowo Pomorskie” 1933, nr 255, s. 14.

duży wpływ na poziom etyczny i koleżeńskie obyczaje nowopowstałej adwokatury polskiej na terenie województwa pomorskiego<sup>17</sup>. „Najlepszym dowodem rzeczowości i bezstronności oraz wysokiego poziomu etycznego urzędowania śp. Witolda Mielcarzewicza na stanowisku Prezesa i Dziekana Izby i Rady Adwokackiej – stwierdziła ta redakcja – jest fakt, iż przez wszystkie lata Jego urzędowania nie było zażaleń na Jego osobę jak i na sposób załatwienia spraw przez Niego rozstrzyganych”<sup>18</sup>.

Praktykę adwokacką łączył Mielcarzewicz od 1920 r. z notariatem. Jego kancelaria adwokacka i notarialna mieściła się w Toruniu przy ul. Żeglarskiej 31 (narożnik Starego Rynku)<sup>19</sup>.

Trudno powiedzieć, od kiedy Mielcarzewicz należał do Związku Adwokatów Polskich, stowarzyszenia utworzonego w styczniu 1911 r. we Lwowie. W każdym razie był jednym z założycieli powołanego 23 października 1927 r. kolejnego, już ósmego Oddziału Związku Adwokatów Polskich w Toruniu i wszedł w skład jego zarządu jako członek. Ponownie w skład zarządu Oddziału ZAP został wybrany w maju 1928 r.<sup>20</sup>

Poza sprawami zawodowymi Mielcarzewicz żywo interesował się sztuką i teatrem. W okresie od 27 lipca 1920 do 1 września 1922 r. był decernentem do spraw teatru i przewodniczącym Deputacji Teatralnej w Toruniu, a po jej rozwiązaniu w 1923 r. członkiem Komitetu Teatralnego<sup>21</sup>. „Teatr Miejski, pobudowany na zagładę polskości i wytępienie – podkreślano w organie ZAP – zabrzmiął pod Jego opieką polską mową i polską sztuką, osiągając za czasów Jego działalności jako Teatr Polski bardzo wysoki poziom”<sup>22</sup>. O tym, że Mielcarzewicz był

dobrym znawcą teatru, świadczy fakt powołowania go przez sąd jako rzeczoznawcy w sprawach z tej dziedziny sztuki<sup>23</sup>.

Naturalnie adwokat W. Mielcarzewicz z tytułu pełnionych funkcji w toruńskiej Izbie Adwokackiej, a także jako osoba dobrze znana w Toruniu i na Pomorzu, powoływany był i wchodził w skład różnego rodzaju komitetów honorowych. I tak w 1930 r. wszedł w skład Komitetu Honorowego „Miesiąca Pomorza” zawiązanego pod wysokim protektoratem Prezydenta RP Ignacego Mościckiego. Inicjatorem tegoż „Miesiąca”, który odbył się w dniach od 16 listopada do 16 grudnia 1930 r., był Związek Obrony Kresów Zachodnich. Jego celem było uświadomienie społeczeństwu, czym było i jest Pomorze dla Polski, oraz realne związanie tej dzielnicy z resztą kraju. Celem konkretnym „Miesiąca Pomorza” było „zebranie funduszków na zakup flotylii hydroplanów krajowych, które strzec będą skrawka polskiego morza...”<sup>24</sup>. Zaznaczyć tu trzeba, że obchody „Miesiąca” były manifestacyjną odpowiedzią Polaków na nasiloną agitację rewizjonistyczną Rzeszy Niemieckiej i wypowiedzi jej polityków z Gottfriedem Reinholdem Treviranusem na czele<sup>25</sup>.

Wykluczyć nie można, że adwokat W. Mielcarzewicz, podobnie jak wiele innych znanych osób na Pomorzu, był czynnym działaczem Związku Obrony Kresów Zachodnich.

Witold Mielcarzewicz zmarł 3 listopada 1933 r. w Toruniu. Pochowany został 7 listopada tego roku na toruńskim cmentarzu przy ulicy św. Jerzego (obecnie K. I. Gałczyńskiego)<sup>26</sup>.

Ożeniony z Martą z d. Steinke, rodowitą torunianką. Małżeństwo było bezdzietne<sup>27</sup>.

<sup>17</sup> Cz. Adw. Pol. Dz. W. Zach. 1933, nr 12, s. 142.

<sup>18</sup> Tamże.

<sup>19</sup> *Księga adresowa i informacyjna miasta Torunia*, 1932, rozdz. 2, s. 101.

<sup>20</sup> „Czasopismo Adwokatów Polskich” 1927, nr 11 z listopada, 1928, nr 5 z maja i nr 7 z lipca.

<sup>21</sup> Cz. Adw. Pol. Dz. W. Zach. 1933, nr 12, s. 142.

<sup>22</sup> Tamże.

<sup>23</sup> Zob. *Miesiąc propagandy morza i Pomorza*, „Strażnica Zachodnia” 1930, nr 20.

<sup>24</sup> Tamże.

<sup>25</sup> J. Kutta, *Druga Rzeczypospolita i Kaszubi 1920–1939*, Bydgoszcz 2003, s. 276, 327–328.

<sup>26</sup> USC w Toruniu, Akt zgonu Witolda Mielcarzewicza, nr 717/1933; „Słowo Pomorskie” 1933, nr 255.

<sup>27</sup> SBPN, t. 3, s. 209 (T. Zakrzewski).

# Kronika adwokatury

## Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

### PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 21 LISTOPADA 2017 R.

Prezydium NRA zaakceptowało wybór nowego ubezpieczyciela w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia OC adwokatów i udzieliło upoważnienia adw. Jackowi Treli, prezesowi NRA i adw. Henrykowi Stabli, skarbnikowi NRA do podpisania umowy generalnej z Towarzystwem Ubezpieczeniowym Hestia.

Zastępca sekretarza NRA adw. Anisa Gnacikowska przypomniała, że w dniach 20–21 października 2017 r. odbyło się spotkanie sekretarzy okręgowych rad adwokackich. W tym samym czasie przeprowadzono również szkolenie dotyczące ochrony danych osobowych. Wykład, który dotyczył również rozporządzenia o ochronie danych osobowych (RODO), mającego wejść w życie 25 maja 2018 r., wygłosił adw. Adam Baworowski. Wykładowca zwrócił szczególnie uwagę na art. 10 RODO, który nakłada na adwokatów szczególne obowiązki związane z przetwarzaniem danych osobowych zawartych w sprawach karnych.

Prezydium NRA postanowiło zwrócić się do Ośrodka Badawczego Adwokatury o:

- opracowanie zagadnień związanych z wymogami prawnymi w zakresie obowiązków związanych z ochroną danych osobowych, ciężących na adwokatów wykonujących zawód w każdej z form oraz na organach

samorządu adwokackiego z uwzględnieniem:

a) aktualnie obowiązujących przepisów w tym zakresie,

b) projektowanych rozwiązań, które zgodnie z regulacjami UE (w szczególności RODO) muszą zostać przyjęte i wejść w życie nie później niż w maju 2018 r.,

- przygotowanie kompleksowej informacji w zakresie ochrony danych osobowych, jakie spełniać muszą adwokaci wykonujący zawód w każdej z form, kancelarie adwokackie i organy samorządu – opracowanie wzorów projektów regulaminów i instrukcji wewnętrznych dotyczących zasad bezpieczeństwa w zakresie ochrony danych osobowych adwokatów wykonujących zawód w każdej z form jak wyżej,
- opracowanie wzorów umów dla adwokatów i kancelarii adwokackich uwzględniających zasady zbierania danych i ich przetwarzania i udostępniania przy wykonywaniu usług adwokackich.

Prezydium NRA powołało zespół do przygotowania projektu zmian w Regulaminie działania rzeczników dyscyplinarnych w następującym składzie: przewodniczący zespołu – adw. prof. Piotr Kardas, członkowie zespołu – adw. Tomasz Jachowicz, adw. Ewa Krasow-

ska, adw. Radosław Baszuk, adw. Przemysław Rosati.

Skarbnik NRA adw. Henryk Stabla przedstawił informacje o zakończonych negocjacjach z firmami wydawniczymi w sprawie „Palestry”. Rozmowy z firmą Poligraf doprowadziły do ustalenia warunków satysfakcjonujących dla NRA. Przy nakładzie 7–9 tys. egzemplarzy drukowanych cena za pojedynczy zeszyt wyniesie ok. 6,5 zł brutto. Prezydium NRA udzieliło upoważnienia adw. J. Treli, prezesowi NRA i adw. H. Stabli do zawarcia umowy ze wspomnianą firmą.

Adwokat Henryk Stabla poinformował, że firma MakPrint zgodnie ze zleceniami od 2007 r. przygotowała III tom *Słownika Biograficznego Adwokatów Polskich*. Publikacja była wstępnie przygotowana na KZA w 2016 r. W związku z wykonaną pracą firma wystawiła fakturę. Obecny na posiedzeniu adw. Adam Redzik przypomniał, że idea wydania III tomu *Słownika* pojawiła się w 2008 r. W związku z tym firma MakPrint otrzymywała sukcesywnie materiały do przygotowania i publikacji omawianego tomu. Na żadnym etapie prac nie zapłacono za wykonanie zlecenia i przysłana obecnie faktura końcowa uwzględnia wszystkie koszty poniesione przez firmę MakPrint. Adwokat Adam Redzik stwierdził, że wydanie III tomu *Słownika* jest ważne z uwagi na zbliżający się Jubileusz 100-lecia Adwokatury. Po

dyskusji, w której głos jeszcze zabierali: adw. Piotr Kardas, adw. Jerzy Glanc, adw. Sławomir Ciemny, Prezydium NRA zdecydowało, że Redakcja „Palestry” podejmie negocjacje z firmą MakPrint dotyczące druku III tomu *Słownika* w nakładzie 200–500 egzemplarzy. Ostateczną decyzję Prezydium NRA podejmie po przedstawieniu wyników negocjacji.

Prezydium NRA przyznało kwotę 3000 zł brutto jako coroczne wsparcie dla Towarzystwa Opieki nad Ociemniałymi w Laskach.

Po dyskusji na temat publikacji przygotowanych przez OBA Prezydium NRA zdecydowało o przekazaniu kwoty 6000 zł netto w formie wsparcia publikacji monografii *Prawo transportowe. Morze. Ląd. Powietrze*.

W związku z wnioskami izb o wsparcie finansowe na organizację obchodów 100-lecia adw. Henryk Stabla zwrócił się o ustalenie jednolitych zasad przyznawania izbom takiego wsparcia.

Delegowano adw. Katarzynę Przyłuską-Ciszewską, prezes Centrum Mediacyjnego przy NRA, na konferencję UIA pt. „Mediacja w sporach sportowych”, która odbędzie się w Lizbonie w dniach 12–13 stycznia 2018 r.

Prezydium NRA podjęło uchwały w sprawach: zmiany treści Polityki Rachunkowości NRA (nr 54/2017) oraz ustanowienia nagrody „Kobieta Adwokatury” i zatwierdzenia regulaminu tej nagrody (nr 55/2017).

### PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 5 GRUDNIA 2017 R.

Przewodnicząca Centralnego Zespołu Wizytatorów adw. Mirosława Pietkiewicz zreferowała treść protokołów nadesłanych przez poszczególne okręgowe rady adwokackie. Poinformowała, że plan pracy CZW na 2017 r. został zrealizowany w 100% – odbyły się wizytacje w 12 izbach adwokackich. Zrelacjonowała szczegóły i dodała, że wnioski są pozytywne, nie zlecono zaleceń powizytacyjnych.

Adwokat M. Pietkiewicz poinformowała, że ORA w Krakowie uhonorowała medalem Izby

Krakowskiej Pro Lege et Libertate dwóch adwokatów – Ryszarda Brodowskiego i Andrzeja Grabińskiego oraz Uniwersytet Jagielloński, a Rada Miejska Krakowa wyraziła zgodę na nazwanie dwóch ulic nazwiskami zasłużonych adwokatów – dr. Kazimierza Ostrowskiego i dr. Stanisława Kosińskiego.

Wiceprezes NRA adw. Jerzy Glanc poinformował, że w dniach 24–26 listopada 2017 r. odbyła się Konferencja Kierowników Szkolenia Aplikantów Adwokackich, na którą za-

proszono również przedstawicieli aplikantów ze wszystkich Izb. Część konferencji została poświęcona kwestii wdrożenia do programu szkolenia zajęć dotyczących ochrony praw człowieka, odbyła się również dyskusja nad bieżącymi problemami. Poruszano sprawę planów prowadzenia aplikacji przez uniwersytety oraz działalności prywatnych szkół przygotowujących aplikantów do egzaminu. Dyskutowano na temat zmian legislacyjnych w Prawie o advokaturze w zakresie poprawiania egzaminu adwokackiego. J. Glanc wskazał, że większość obecnych na konferencji aplikantów zdecydowanie nie popierała propozycji poprawiania tylko tego przedmiotu, którego nie zdało się w pierwszym terminie. Ocen niedostatecznych na egzaminie w skali kraju jest tylko 15–20% i nie można wciąż obniżać kryteriów. Prezes NRA adw. Jacek Trela wskazał, że jeśli władza publiczna obniża standardy egzaminu adwokackiego i nie stanowi on już wartościowego sprawdzenia wiedzy i kwalifikacji do wykonywania zawodu, to należy gdzie indziej szukać gwarancji – w należytej organizacji szkolenia aplikantów przez samorządy, a nie przez niektóre uniwersytety. Dodał, że duże kancelarie prawne zainteresowane są szkoleniem aplikantów na własną rękę. Intencje leżące u podstaw przekazania uniwersytetom prowadzenia aplikacji są czytelne i nie mają nic wspólnego z troską o podniesienie poziomu szkolenia. Efekty dotkliwie odczuwają nie tylko samorządy adwokacki i radcowski, ale również przede wszystkim obywatele. Przecież lekarzy nie kształcą w specjalizacji na sali wykładowej, ale przy łóżku pacjenta i stole operacyjnym. Dobry dziennikarz uczy się profesji nie na teoretycznych zajęciach, ale w czasie pracy w redakcji. Zaznaczył, że w ostatnich latach advokatura przeprowadziła znaczącą reformę aplikacji, wprowadzając nowe metody szkolenia i nowoczesne narzędzia. Wykładowcy są rozliczani z prowadzonej pracy. Do tego samorząd poniósł z własnych środków milionowe nakłady na przygotowanie lub dostosowanie zaplecza szkoleniowego – sal wykładowych i sprzętu. Wiceprezes NRA

adw. Piotr Kardas stwierdził, że próba konkurowania z uniwersyteckimi wydziałami prawa na niwie prowadzenia szkolenia teoretycznego musi zakończyć się niepowodzeniem, ale nie o szkolenie teoretyczne tu przecież chodzi. Wydziały prawa chcą poszerzyć swoją działalność o zakres, w którym nie posiadają kompetencji. Na uniwersytetach funkcjonują kliniki prawa – forma kształcenia praktycznego. Jest ogromna liczba chętnych do skorzystania z tego kształcenia, a bardzo mała liczba miejsc, gdyż zajęć nie prowadzą pracownicy wydziału, a zatrudniani z zewnątrz adwokaci przekazujący wiedzę praktyczną. Skoro wydziały prawa nie potrafią zorganizować zajęć dla wszystkich chętnych w ramach klinik prawa, to jak poradzą sobie z prowadzeniem aplikacji? Studenci już w trakcie studiów szukają możliwości uczenia się przez praktykę, korzystając na przykład ze staży w kancelariach, ponieważ uniwersytet nie zapewnia im potrzebnej wiedzy i kadr, które mogą prowadzić zajęcia z praktyki funkcjonowania prawa. Zaznaczył, że aplikacja to nie jest kształcenie o charakterze wykładu czy seminarium – to szkoła mistrzów i podejście indywidualne. Zajęcia stanowią uzupełnienie wiedzy przekazywanej aplikantom przez patronów. Młodzi ludzie chcą i potrzebują praktycznej nauki zawodu, kontaktu z osobami, które mają już doświadczenie i mogą się nim dzielić. Taka jest aplikacja prowadzona przez samorząd. W podobnym duchu wypowiedział się adw. Marek Mikołajczyk, który między innymi stwierdził, że jeśli nie obronimy samorządowej aplikacji, to otworzymy kolejne drzwi do zawłaszczenia Advokatury.

Zaproszeni na posiedzenie Prezydium adw. Ignacy Kurkowski i adw. Mateusz Kolański przedstawili zarys projektu portalu Prawnik-Zleca.pl, który ma na celu ułatwienie nawiązania kontaktu i współpracy między adwokatami, aplikantami i specjalistami z różnych dziedzin.

Prezydium NRA zdecydowało o:

- przeznaczeniu kwoty do 40 000 zł brutto na dofinansowanie organizacji XXXV Narciar-

- skich Mistrzostw Adwokatury, które odbędą się w dniach 1–4 marca 2018 r.;
- dofinansowaniu do kwoty 10 000 zł brutto organizacji Biegu Narciarskiego o Puchar adw. Ryszarda Porzyckiego, który odbędzie się w dniach 4–7 stycznia 2018 r.;
- zleceniu druku 500 egz. III tomu *Słownika Biograficznego Adwokatów Polskich* (za kwotę 34 650 zł);
- przyznaniu kwoty do 20 000 zł na wsparcie organizacji przez ORA w Katowicach koncertu w Filharmonii Zabrzeńskiej, który odbędzie się 27 stycznia 2018 r. i zainauguruje obchody 100-lecia adwokatury;
- delegowaniu adw. Mariusza Lewandowskiego do udziału w konferencji „Prawa

podejrzanych i oskarżonych dzieci w postępowaniu karnym”, która odbędzie się 26 stycznia 2018 r. na uniwersytecie w Leiden.

Prezes NRA adw. Jacek Trela poinformował, że Prokurator Generalny złożył do Trybunału Konstytucyjnego wnioski o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją RP przepisów § 6 pkt 3–7 *Regulaminu wykonywania zawodu adwokata w kancelarii indywidualnej lub spółkach* dotyczących tzw. depozytu adwokackiego. Trybunał zwrócił się do NRA o przedstawienie stanowiska. Prezydium NRA zdecydowało o przekazaniu ww. wniosku do adw. prof. Macieja Gutowskiego, przewodniczącego Komisji Legislacyjnej przy NRA, w celu opracowania stanowiska NRA.

### PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 19 GRUDNIA 2017 R.

Adwokat Jarosław Szczepaniak, adw. Katarzyna Piotrowska-Mańko oraz pan Krzysztof Waloszczyk zaprezentowali główne założenia, strukturę, koszty i sposoby finansowania projektu „Adwokat – medium do kreowania polityki wizerunkowej Adwokatury oraz działań edukacyjnych dla społeczeństwa”.

Po omówieniu szczegółów projektu z pomysłodawcami Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej zdecydowało, że ten temat zostanie przedstawiony na posiedzeniu plenarnym NRA w styczniu 2018 r.

Przewodniczący Komisji ds. Informatyzacji adw. Tomasz Korczyński omówił kwestie związane z poprawą funkcjonalności SOA (m.in.: zlecenie przygotowania modułu dotyczącego przenoszenia aplikantów między izbami, umożliwienie wykonywania automatycznego grupowego mailingu dla adwokatów przez biuro NRA, zlecenie rozbudowy SOA o moduł danych statystycznych).

Prezes NRA adw. Jacek Trela poinformował, że w czasie roku jubileuszu 100-lecia Adwokatury Polskiej wykorzystane zostaną dwa znaki graficzne – jeden z nich jest rozszerzonym wariantem znaku Adwokatura Polska. Drugie logo zostało

opracowane przez plastyczkę – panią Bożenę Januszewską. Logo zostało już przekazane do izb w celu rozpropagowania wśród adwokatów.

Oznajmił, że po uzgodnieniach z adw. prof. Maciejem Gutowskim, przewodniczącym Komisji Legislacyjnej, zwrócił się do dr. Piotra Karlika o przygotowanie odpowiedzi NRA na wnioski Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie niezgodności z Konstytucją przepisów *Regulaminu wykonywania zawodu adwokata w kancelarii indywidualnej lub spółkach*.

Sekretarz NRA adw. Rafał Dębowski poinformował, że spotkał się z adw. Mikołajem Pietrzakiem, dziekanem ORA w Warszawie i adw. Adamem Baworowskim w sprawie prac legislacyjnych nad wdrożeniem RODO. Szczególny niepokój budzi to, czy i jak adwokaci będą mogli przetwarzać dane o wyrokach sądów karnych. W przepisach znajdują się niejednoznaczne wskazania dotyczące nadzoru władzy publicznej. Przypomniał, że Ośrodek Badawczy Adwokatury przygotowuje opracowanie nt. procedur, którymi kierować się powinni adwokaci i organy samorządu. Prezydium NRA upoważniło adw. A. Baworowskiego do reprezentacji NRA w pracach legislacyjnych dotyczących tej mate-



rii i do zorganizowania zespołu specjalistów do opracowania stanowisk merytorycznych.

Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej zdecydowało o sporządzeniu aneksu do umowy generalnej ubezpieczenia OC (w zakresie potwierdzenia, że ubezpieczeniem objęci są również rzecznicy dyscyplinarni i ich zastępcy) oraz postanowiło upoważnić adw. Rafała Dębowskiego do włączenia się w prace związane z ubezpieczeniami OC, a mające na celu wyjaśnienie sytuacji po mailingu spółki Marsh Service, w tym również do opracowania i wyśtosowania szczegółowego komunikatu adresowanego do adwokatów.

Adwokat Anisa Gnacikowska stwierdziła, że należy poinformować adwokatów jasno i konkretnie o warunkach umowy, jaka firma obsługuje ubezpieczenia i jak działa serwis, a także przeprosić za zaistniałą sytuację. Te informacje są na naszej stronie, ale powinny być również wysłane bezpośrednio do adwokatów.

Wydano komunikat w związku z mailingiem wysłanym do adwokatów przez spółkę Marsh Service Sp. z o.o., działającą z ramienia STU ERGO Hestia S.A. (w żaden sposób niezgodnym z NRA co do formy i treści), w sprawie zasad logowania do systemu obsługującego nowe ubezpieczenia OC adwokatów.

*Andrzej Bąkowski*

## Jubileusz 90-lecia urodzin Adwokata Andrzeja Bąkowskiego



Jubilat adw. Andrzej Bąkowski

23 listopada 2017 r. adwokat Andrzej Bąkowski, członek Kolegium „Palestry” i wieloletni jej Autor, obchodził Jubileusz 90-lecia urodzin. Ten Jubileusz był okazją do zorganizowania szczególnego spotkania, które odbyło się w gościnnym domu Jubilata. W spotkaniu udział wzięli: redaktor naczelny „Palestry” adw. Czesław Jaworski, zastępca redaktora naczelnego adw. prof. UW, dr hab. Adam Redzik, dyrektor Biu-

ra Naczelnej Rady Adwokackiej Łukasz Tkacz, syn Jubilata adw. Julian Bąkowski, Grażyna Oziemska z biura Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury oraz Anna Grabowska i piszący te słowa z redakcji „Palestry”.

Jubileuszowe spotkanie w domu adw. Andrzeja Bąkowskiego w zalesionej dzielnicy Warszawy – Wesołej – rozpoczęło się od chóralnego odśpiewania Jubilatowi *Sto lat*, toastu i serdecznych urodzinowych życzeń. Do życzeń i gratulacji dla Jubilata dołączył się Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Jacek Trela. Z okazji Jubileuszu adw. Andrzeja Bąkowskiego został nagrany krótki film z udziałem Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej oraz wszystkich pracowników Biura NRA. Film ten został wyświetlony Jubilatowi i przekazany na płycie DVD wraz z pisemnymi życzeniami od Prezesa NRA.

Jubilat został obdarowany specjalnie na tę okazję wydaną, a przygotowaną w tajemnicy, księgą zawierającą wszystkie Jego opracowania opublikowane na łamach „Palestry” w latach 1986–2016 – z pominięciem Kroniki adwokatury, w której od lat relacjonuje przebieg posiedzeń Prezydium NRA oraz posiedzeń plenarnych NRA.

Tytuł książki – *Z zakamarków pamięci i po lekturze* – nawiązuje do nazwy autorskiego działu Mecenasa Bąkowskiego z łamów „Palestry” i do charakterystycznego sposobu dzielenia się w nim swoimi wydobytymi z pamięci re-

fleksjami zainspirowanymi lekturą wskazanych książek. Publikacja przygotowana została przez zespół redakcji „Palestry”: adw. Czesława Jaworskiego, Annę Grabowską, adw. Adama Redzika i Macieja Kwieka, a przedmowę napisał Adam Redzik. Zawiera ona szczegółową biografię adw. Andrzeja Bąkowskiego, obejmującą historię rodziny, przebieg pracy zawodowej i praktyki adwokackiej.

Na księgę składają się opracowania adw. Andrzeja Bąkowskiego podzielone na cztery części: 1. *Moja Adwokatura*, 2. *Po lekturze*, 3. *Szpalty pamięci*, 4. *Noty recenzyjne*. Część pierwszą rozpoczyna opracowanie, które nigdy wcześniej nie ukazało się w „Palestrze”, a przygotowane zostało przed laty na użytek portalu Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury, pt. *Szkic do problematyki dyscypliny adwokackiej w przekroju historii Adwokatury*.

Ta obszerna, bo licząca 644 strony księga to wyraz szczególnego podziękowania Naczelnej Rady Adwokackiej i Redakcji „Palestry” za wieloletnią pracę i zaangażowanie w sprawy samorządu adwokackiego. Dość przypomnieć, że Mecenas Bąkowski, który – jak wskazano – od lat jest kronikarzem NRA, przez wiele kadencji był sędzią Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury, a w latach 2001–2007 jego wiceprezesem. Ponadto przez dwie kadencje (1989–1995) był rzecznikiem dyscyplinarnym NRA. Pracował też w wielu komisjach w Izbie Adwokackiej w Warszawie, a także przy Naczelnej Radzie Adwokackiej, np. w Komisji Praw Człowieka przy NRA czy Komisji Etyki i Wykonywania Zawodu przy ORA w Warszawie. Dwukrotnie był sędzią Trybunału Stanu (1991–1993 i 1997–2001). Za obrony w procesach politycznych, w tym w procesie Radia „Solidarność” oraz procesach Komitetu Obrony Robotników, w 2009 r. został przez Prezydenta RP odznaczony Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski. W 2010 r. otrzymał Wielką Odznakę „Adwokatura Zasłużonym”, a dwa lata później wyprodukowano film dokumentalny (w formie wywiadu) w ramach serii „Nestorzy Adwokatury Polskiej”, który (wraz ośmioma innymi) został dołączony na nośniku DVD do zeszytu 5–6 „Palestry” z 2012 r.

W czasie jubileuszowego spotkania nie brakowało wzruszeń, wspomnień i miłych rozmów w gronie oddanych Jubilatowi współpracowników i zarazem przyjaciół z Redakcji „Palestry”.

Sto lat, Panie Mecenasie!

Maciej Kwiek

## Antonín Mokří – nowy prezes CCBE

Członek Prezydium Czeskiej Izby Adwokackiej (ČAK) Antonín Mokří osiągnął znaczący międzynarodowy sukces. Na sesji plenarnej w Brukseli w listopadzie 2017 r. został wybrany Prezesem Rady Europejskich Izb Adwokackich (CCBE) na roczną kadencję i rozpoczął sprawowanie tej funkcji z dniem 1 stycznia 2018 r.

Nowo wybrany przewodniczący nie jest nowicjuszem w CCBE, rozpoczął współpracę z tą organizacją z ramienia czeskiej adwokatury już w pierwszych latach XXI w., zanim Czechy dołączyły do Unii Europejskiej, a jeszcze wcześniej, w latach 90., zdobył również doświadcze-

nie w innych organizacjach adwokackich działających na skalę międzynarodową, takich jak AIJA i UIA. W CCBE pracował przez sześć lat w Komisji Finansowej, był również członkiem Komitetu ds. Swobodnego Przepływu Prawników i sprawował inne ważne funkcje.

„Pozostaję czynnym adwokatem i zdaję sobie sprawę, że połączenie praktyki z pracą w strukturze europejskiej jest i nadal pozostanie dość trudne. Z drugiej strony sprawowanie szczytnej funkcji międzynarodowej jest dla mnie wyzwaniem, któremu z całych sił pragnę sprostać” – powiedział dr Mokří przy okazji swojego wyboru. „Chciałbym, aby rok mojej prezydentury odbył się bez większych zawirowań w zakresie wyda-



Gratulacje dr. Antonínowi Mokremu z okazji wyboru na funkcję Prezesa CCBE składającego Przewodniczący Czeskiej Izby Adwokackiej dr. Vladimír Jirousek (Zdjęcie: ČAK)

rzeń politycznych, gospodarczych i społecznych na naszym kontynencie. Polityka wpływa na nasze położenie, czy tego chcemy, czy nie. Powtarzające się gdzieś ataki terrorystyczne powodują nadmiernie intensywne poczucie zagrożenia, które następnie prowadzi do wysiłków zmierzających do ograniczenia praw i swobód obywatelskich, a w konsekwencji zagraża istnieniu rządów prawa”. Jeśli chodzi o działania CCBE, to zdaniem nowego jej Prezesa konieczne

jest sumienne opracowywanie programów, które są następnie starannie realizowane na kolejnych etapach, z poszanowaniem zasad wypracowanych przez wszystkich poprzedników Antonína Mokrego na piastowanym teraz przezeń stanowisku. „Skoncentruję się w szczególności na zbliżającym się opracowaniu ostatecznego tekstu konwencji dotyczącej adwokatury, na problematyce cyberprzestrzeni i pojawiania się nowych technologii, na ochronie danych osobowych, znaczeniu Brexitu i innych gorących tematach”.

CCBE jest najważniejszą europejską organizacją prawniczą z siedzibą w Brukseli, reprezentującą milion europejskich adwokatów poprzez jej członków, którymi są stowarzyszenia adwokackie, w sumie z 45 krajów europejskich. CCBE działa jako swoisty łącznik między organami Unii Europejskiej a europejskimi krajowymi adwokatami i dlatego jest uznawane za „głos palestry” na naszym kontynencie. Zarówno czeska, jak i polska adwokatura (a także polscy radcowie prawni) są pełnoprawnymi członkami tej organizacji od 2004 r.

*Ewa Stawicka*

## Tom trzeci *Słownika Biograficznego Adwokatów Polskich* obejmujący 330 życiorysów adwokatów zmarłych w latach 1945–2010 już dostępny

Obchody 100-lecia Odrodzonej Adwokatury Polskiej zainaugurowaliśmy wydaniem przygotowywanego w trudzie od dziesięciu lat tomu trzeciego *Słownika Biograficznego Adwokatów Polskich*.

*Słownik Biograficzny Adwokatów Polskich* to dzieło zapoczątkowane przed ponad czterdziestu laty przez adw. dr. R o m a n a Ł y c z y w k a i adwokatów skupionych w kręgu kierowanego przez adw. Witolda Bayera Ośrodka Badawczego Adwokatury. W założeniu twórców miał zawierać biogramy najwybitniejszych adwokatów, którzy zasłynęli także na innym niż praca zawodowa polu działalności,

i obejmować trzy tomy: t. 1 – adwokaci zmarli przed 1918 r.; t. 2 – adwokaci zmarli między 1918 a 1944 r. i t. 3 – adwokaci zmarli po 1945 r. Dość sprawnie wydano w pięciu zeszytach tom 1 oraz zeszyt pierwszy tomu 2. Upadek Polski Ludowej, kryzys gospodarczy i wkrótce potem śmierć redaktora naczelnego adw. Łyczówka doprowadziły do przerwania cyklu wydawniczego. Zeszyt drugi został wydany w 1997 r., po czym na kilka lat prace nad *Słownikiem* zostały wstrzymane. Wznowiono je w 2004 r., a w roku 2007 ukazał się zeszyt zamykający tom drugi (3–4) – pierwszy wydany przez redakcję „Palestry”.

Oddany do rąk Czytelników zeszyt rozpoczyna wydawanie tomu trzeciego – ostatniego z przewidzianych przez twórców. Jest on przygotowany inną metodą – nie podzielono biogramów alfabetycznie, ale postanowiono o wydaniu zeszytu z życiorysami adwokatów z całego przedziału alfabetycznego. Na zeszyt składa się 330 biogramów wybitnych adwokatów zmarłych między 1945 a 2010 r. Wśród życiorysów znajdzie czytelnik wybitnych adwokatów, którzy zasłynęli na wielu polach: działacze samorządu adwokackiego (m.in. Joanna Agacka-Indecka, Maria Budzanowska, Stanisław Janczewski, Stanisław Kalinowski, Zdzisław Krzemiński, Stanisław Kalinowski), wybitnych obrońców w procesach politycznych (np. Stanisław Afenda, Andrzej Grabiński, Stanisław Hejmowski, Władysław Siła-Nowicki, Stanisław Szurlej, Tade-

usz de Virion), żołnierzy i oficerów Wojska Polskiego, a nawet generałów (Józef Daniec, Edward Gruber), polityków (Prezydent RP Władysław Raczkiewicz, Wacław Bitner, Jolanta Szymanek-Deresz, Wojciech Trąmpczyński, Edward Wende, Stanisław Zajęc), uczonych (m.in. Stefan Grzybowski, Rafał Lemkin, Alfred Ohanowicz, Kazimierz Przybyłowski, Emil Szlechter, Tadeusz Zieliński), pisarzy i poetów (np. Jan Brzechwa, Karol Bunsch, Jerzy Korycki, Stanisław Mikke), ale też aktorów (Henryk Vogelfänger, Mieczysław Malec), muzyków i kompozytorów (Paweł Aślanowicz, Mateusz Gliński, Teodor Zalewski).

Słownik do nabycia w redakcji „Palestry”, <http://palestra.pl/pages/show/6>, w cenie 100 zł. Nakład ograniczony.

## Adwokat Waldemar Gujski powtórnie wyróżniony przez Chambers & Partners

Chambers & Partners, chyba najbardziej szanowany międzynarodowy podmiot oceniający firmy prawnicze oraz prawników działających w różnych dziedzinach prawa, uhonorowała po raz kolejny współpracującego od lat

z „Palestrą” adwokata Waldemara Gujskiego, wybitnego specjalistę w dziedzinie prawa pracy, uznając go za jedyne w Polsce *Senior States-man* z zakresu prawa pracy.

Gratulujemy wyróżnienia!

## Sprostowanie i uzupełnienie

W „Palestrze” 2017 nr 11 (s. 135–137), we wspomnieniu poświęconym śp. adwokatowi Andrzejowi Warfołomiejewowi, znalazła się informacja o losach wojennych Jego Ojca Borysa Warfołomiejewa. Rodzina zwróciła uwagę, że Borys Warfołomiejew był żołnierzem 27 Wołyńskiej Dywizji Armii Krajowej, a nie żołnierzem Okręgu Wileńskiego AK, jak podano we wspomnieniu. W czasie okupacji Borys Warfołomiejew najpierw był w oddziale partyzanckim, który niebawem wszedł w struktury świeżo powstałego Związku Walki Zbrojnej (ZWZ), przekształconego z kolei w Armię Krajową. Oddział

Borysa Warfołomiejewa w zasadzie operował na terenach dawnych województw wschodnich i południowych II Rzeczypospolitej, głównie na Wołyniu. W 1944 r. wszedł w skład wspomnianej 27 Wołyńskiej Dywizji AK, a jednym z jego dowódców był ppłk dypl. Jan Wojciech Kiwerski „Oliwa”. Oddział, w którym służył Ojciec śp. Andrzeja Warfołomiejewa, walczył z Niemcami, UPA oraz z bolszewikami, aż do rozbrojenia Dywizji przez NKWD w lipcu 1944 r.

Powyższe informacje otrzymaliśmy od syna śp. Andrzeja Warfołomiejewa – adwokata Piotra Warfołomiejewa.

## TABLE OF CONTENTS

<i>Jacek Trela</i> , advocate, president of Polish Bar Council (Warszawa) The hundredth year of the reborn Polish Bar .....	7
<i>Michał Balcerzak</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of Nicolaus Copernicus University (Toruń) The extraordinary appeal to the Supreme Court in the context of the application to the European Court of Human Rights .....	11
<i>Magdalena Budyn-Kulik</i> , Ph.D. habilitated, Maria Curie-Skłodowska University (Lublin), <i>Marek Kulik</i> , Ph.D. habilitated, professor of Maria Curie-Skłodowska University (Lublin) Punishment of 20 years imprisonment .....	23
<i>Radostaw Koper</i> , Ph.D. habilitated, professor of University of Silesia (Katowice) Sense and nonsense of the rules <i>ne peius</i> in criminal proceedings .....	28
<i>Kazimierz Postulski</i> , retired judge of Court of Appeal (Lublin) Overturn of decision allowing for service of the penalty of deprivation of liberty in the electronic surveillance system .....	36
<i>Robert Rynkun-Werner</i> , advocate, Ph.D. (Warszawa) Obligatory prohibition of driving a motor vehicles and the constitutional values of a democratic state of law .....	46
<i>Dominika Boniecka</i> , assistant of University of Szczecin (Szczecin) The violence against minors in the light of the amendment of the 23 <sup>rd</sup> March 2017 and analysis results of case studies .....	53
<i>Joanna Szczyrzyca</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of University of Silesia (Katowice) Institution of conditional detention in the Polish criminal trial .....	61
<i>Joanna Wawrzyniak-Zaczyńska</i> , advocate's trainee (Bydgoszcz) The construction of the entity obliged to return property in the light of the provisions of the Act of 23 March 2017 on the amendment of the Criminal Code and other acts .....	70
<i>Piotr F. Piesiewicz</i> , advocate, Ph.D., associate professor, SWPS University (Warszawa) Claiming damages under art. 79 sec. 1 point 3a and 3b of the copyright law with particular consideration of the interpretation of the "respective remuneration" .....	78
<i>Robert Krzysztof Tabaszewski</i> , advocate, Ph.D., KUL (Lublin) The institution of clientele in the European law and in the light of Strasbourg judicial standards .....	90
<i>Anna Stasiak-Apelska</i> , candidate for doctor's degree, SWPS University (Warszawa) Computer programs as a subject of protection .....	109
<i>Monika Maśnicka</i> , advocate, assistant of University of Gdańsk (Gdynia-Gdańsk) Restructuring proceedings and criminal responsibility of company's members of the management board and liquidators in case of failure to timely file an insolvency motion .....	114
<i>Piotr Kantorowski</i> , legal adviser, candidate for doctor's degree of Higher School of Law and Administration (Rzeszów) Joint and several liability of the proxy to submit VAT-R declaration .....	121
<b>THE BAR TODAY AND TOMORROW</b>	
<i>Maciej Gutowski</i> , advocate, Prof. Ph.D. habilitated, dean of District Bar Council (Poznań), <i>Piotr Kardas</i> , advocate, Prof. Ph.D. habilitated, Jagiellonian University, Vice-president of Polish Bar Council (Kraków) Proposals of draft assumptions for the legal apprenticeship reform .....	130
<b>GLOSSES</b>	
<i>Michał Majczyna</i> , tax adviser (Lublin), <i>Jacek Matarewicz</i> , advocate, tax adviser (Warszawa) Gloss to the sentence of Court of Justice of European Union of 4 <sup>th</sup> October 2017, C-164/16 [on VAT taxation of leasing with a surrender option] .....	147



<i>Anna Marcinkowska</i> , Ph.D., prosecutor of District Prosecutor's Office (Krosno) Gloss to the sentence of Court of Appeal in Wrocław of 6 <sup>th</sup> April 2016, II AKa 67/16 [on the content of the obligation of the guarantor] .....	156
<i>Michał Warciński</i> , Ph.D. habilitated, associate professor of University of Warsaw, judge of Constitutional Tribunal (Warszawa) Gloss to the decision of Supreme Court of 12 <sup>th</sup> May 2015, IV CSK 509/15 [on land easement with the meaning of transmission easement] .....	162
<i>Artur Kappel</i> , judge of District Court, candidate for doctor's degree, Polish Academy of Sciences (Nowy Sącz) Gloss to the resolution of Supreme Court of 9 <sup>th</sup> December 2016, III CZP 57/16 [on the acquisition by prescription of a property handed over for perpetual usufruct] .....	169
<b>RECENT CASE-LAW</b>	
<i>Monika Strus-Wołos</i> , advocate, Ph.D. (Warszawa) Review of Supreme Court's case-law – Civil Chamber .....	176
<i>Zbigniew Szonert</i> , Ph.D., retired judge of NSA (Supreme Administrative Court) (Warszawa) Review of the case-law of Supreme Administrative Court .....	180
<i>Marek Antoni Nowicki</i> , advocate (Warszawa) European Court of Human Rights – review of case-law (October–December 2017) .....	184
<b>LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS</b>	
<i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa) Do the limits relating to the institution of revision referred to in art. 412 § 1 of the Code of Civil Procedure also include the legal bases and the factual merit of the summons or the motion which has initiated the revision? .....	188
<b>LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES</b>	
<i>Andrzej Tomaszek</i> , advocate (Warszawa) <i>Merry Christmas or Seasons Greetings</i> , i.e. discussion about the European identity .....	191
<b>ROAD ACCIDENTS</b>	
<i>Wojciech Kotowski</i> , (Warszawa) Discontinuation of proceedings as a reward for the accident perpetrator's attitude .....	194
<b>REVIEWS AND NOTES</b>	
Bernard Robertson, G. A. Vignaux, Charles E. H. Berger, <i>Interpreting Evidence. Evaluating Forensic Science in the Courtroom</i> <i>Anna Ibek</i> , Ph.D., associate professor, Andrzej Frycz Modrzewski Cracow Academy (Kraków) .	199
<b>100<sup>TH</sup> ANNIVERSARY OF THE REBORN POLISH BAR</b>	
<i>Katarzyna Mróz</i> , advocate (Piastów), <i>Janusz Kanimir</i> (Warszawa) Advocate Jan Maciaszek (1876–1932) – the first Polish president of Bydgoszcz. Inauguration .	204
<i>Janusz Kutta</i> , Ph.D. habilitated, Prof. (Bydgoszcz) Witold Mielcarzewicz (1870–1933). The first Polish president of the Bar Association Department and the first dean of the Bar Council in Toruń .....	211
<b>THE BAR CHRONICLE</b>	
From the meetings of Polish Bar Council's Presidium .....	214
<b>VARIA</b>	
90 <sup>th</sup> birth anniversary of Andrzej Bąkowski – <i>Maciej Kwiek</i> (Warszawa) .....	219
Antonin Mokry – new president of CCBE – <i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa) .....	220
Third volume of <i>Biographical Dictionary of Polish Lawyers</i> covering 330 biographies of lawyers deceased in years 1945–2010 already available .....	221
Advocate Waldemar Gujski honoured again by Chambers & Partners .....	222
Correction and supplement .....	222

## Informacje dla autorów

W „Palestrze” publikujemy artykuły naukowe, artykuły praktyczne, glosy, przeglądy orzecznictwa, recenzje, sprawozdania oraz teksty informacyjne. Czasopismo sprofilowane jest na szeroko ujęte prawo sądowe, czyli materialne i procesowe prawo cywilne (w tym prawo handlowe, prawo własności intelektualnej oraz prawo pracy) oraz materialne i procesowe prawo karne. Podejmowane są również zagadnienia z zakresu prawa administracyjnego, konstytucyjnego oraz międzynarodowego, a także historyczno-prawne, ale dotyczące szeroko ujętej adwokatury.

Z uwagi na liczebność nadsyłanych opracowań, ich różnorodność i niejednorodność wprowadzone zostały wymogi wobec przesyłanego materiału w zakresie objętości oraz sposobu prezentacji treści, w tym konstrukcji odsyłaczy. Artykuły naukowe nie powinny przekraczać 10 stron tekstu (1 strona = 1800 znaków). Objętość glos to 5–8 stron, recenzji 2–5 stron, a sprawozdań i tekstów informacyjnych 1–3 stron.

Teksty prosimy przysyłać drogą elektroniczną na e-mail: redakcja@palestra.pl, ewentualnie tradycyjną drogą pocztową (ul. Świętojerska 16, 00-202 Warszawa) z wydrukiem oraz edytowalną wersją elektroniczną na płycie CD lub DVD. Do artykułów (z pominięciem glos, recenzji, sprawozdań i tekstów informacyjnych) należy dodać tytuł w języku angielskim, streszczenie w językach angielskim i polskim (do 600 znaków), pojęcia kluczowe (również w językach angielskim i polskim). Wszystkie teksty należy zaopatrzyć w krótką informację o autorze/autorach (status zawodowy i naukowy, dane adresowe, numer telefonu) oraz oświadczenie, że tekst nie został przedstawiony innej redakcji.

Prosimy o jednolite wstawianie przypisów na dole strony, według następujących zasad. Książkę cytujemy wg wzorca: Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 10, Warszawa, C.H. Beck 2009, s. 112. Gdy książka posiada wielu autorów, a jest pod redakcją jednego, wskazujemy cytowanego autora oraz stronę w redagowanej książce według wzorca: E. Wojnicka, *Autorskie prawa osobiste*, (w:) Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 13 – *Prawo autorskie*, red. J. Barta, wyd. 2, Warszawa, C.H. Beck 2007, s. 239. Artykuł w czasopiśmie proszę powoływać w sposób następujący: pierwsza litera imienia, nazwisko, tytuł kursywą, tytuł czasopisma w cudzysłowie lub jego skrót (np. KKP, PiP, PPIA), rok wydawniczy, numer zeszytu oraz strony – wszystkie elementy oddzielone przecinkiem (np. M. Filar, *Pierwsze – nie mieszać*, „Palestra” 2012, nr 7–8, s. 215–216). W przypadku kolejnego przywołania cytowanej wcześniej pozycji proszę wpisać pierwszą literę imienia, nazwisko, początek tytułu (kursywą) oraz strony (np. M. Filar, *Pierwsze*, s. 215). Gdy cytujemy tę samą pozycję, co w przypisie poprzednim proszę wpisać słowo „Tamże” oraz numer strony (Tamże, s. 216). W przypadku publikacji elektronicznych proszę podać – oprócz autora i tytułu – adres strony internetowej oraz – w nawiasie kwadratowym – datę dostępu. Dodatkowe informacje znajdują Państwo na naszej stronie internetowej ([www.palestra.pl](http://www.palestra.pl)).

Wszystkie teksty przesyłane do redakcji poddane są recenzjom. W przypadku artykułów i glos są to recenzje wewnętrzna i zewnętrzna. Wynik recenzji wpływa na decyzję o skierowaniu tekstu do druku.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania, wynikających z opracowania redakcyjnego, zmian w tekstach przyjętych do druku. Nadesłanie tekstu z zamiarem opublikowania go w „Palestrze” jest tożsame z udzieleniem zgody na publikację w Internecie. Tekstów niezamówionych nie zwracamy.

*W numerze między innymi:*

**JACEK TRELA**

Setny rok odrodzonej Adwokatury Polskiej

**MICHAŁ BALCERZAK**

Skarga nadzwyczajna do Sądu  
Najwyższego w kontekście skargi  
do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

**MACIEJ GUTOWSKI, PIOTR KARDAS**

Propozycje modelowych założeń  
reformy aplikacji adwokackiej

**RADOSŁAW KOPER**

Sens i bezsens reguł *ne peius* w procesie karnym

**DOMINIKA BONIECKA**

Przemoc wobec małoletnich w świetle  
nowelizacji z 23 marca 2017 r.  
oraz analizy badań aktowych

**ROBERT KRZYSZTOF TABASZEWSKI**

Instytucja klienteli w prawie europejskim  
w świetle strasburskich standardów orzeczniczych

**ANNA STASIAK-APELSKA**

Programy komputerowe jako przedmiot ochrony