

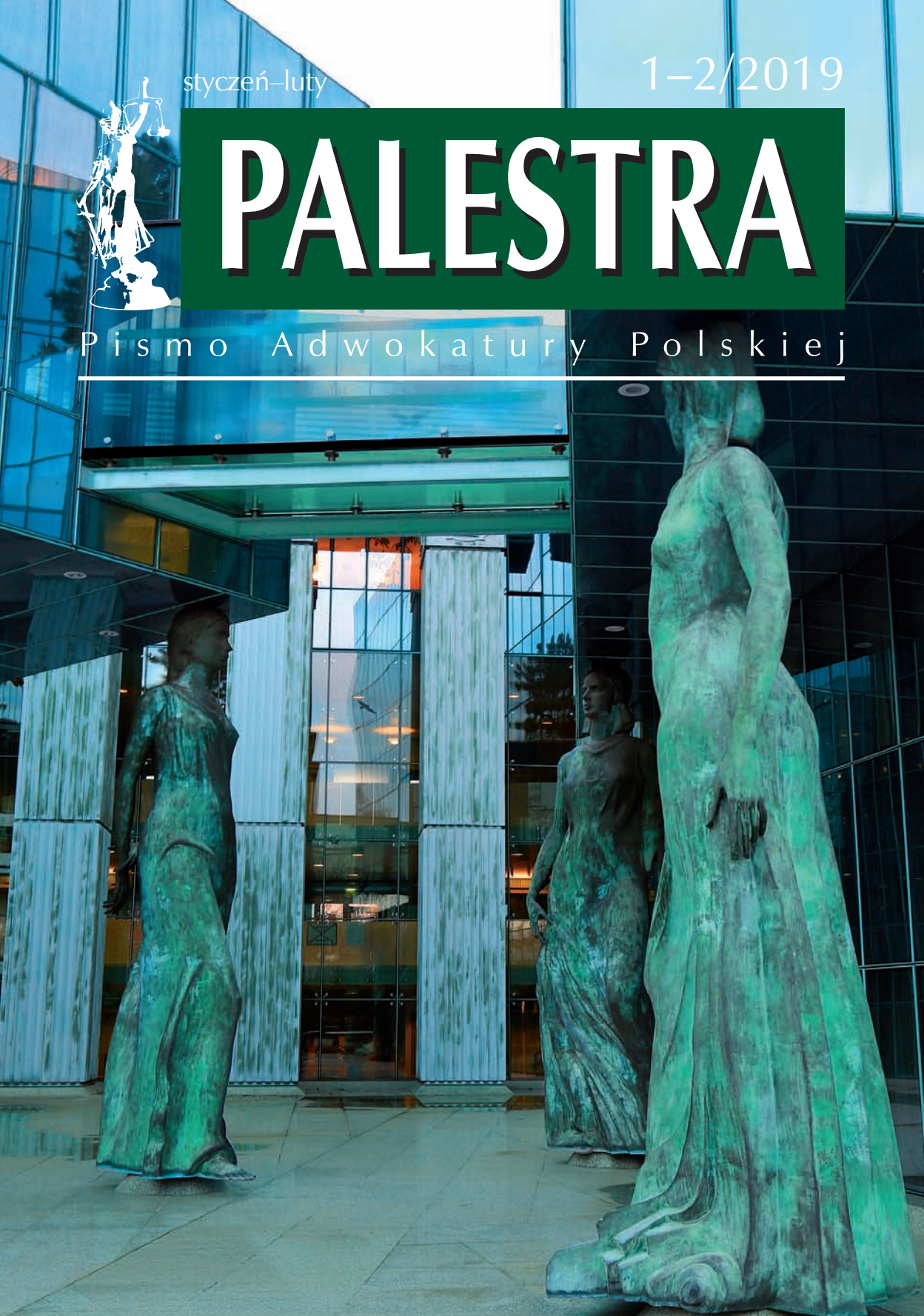
styczeń–luty

1–2/2019



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





styczeń–luty

1–2/2019

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 LXIV nr 735–736



Naczelna Rada Adwokacka

Palestra – misja czasopisma, linia programowa

W „Palestrze” publikujemy artykuły naukowe, artykuły praktyczne, glosy, przeglądy orzecznictwa, dotyczące szeroko ujętego prawa sądowego, czyli materialnego i procesowego prawa cywilnego (w tym prawa handlowego, prawa własności intelektualnej oraz prawa pracy) oraz materialnego i procesowego prawa karnego. Podejmowane są również zagadnienia z zakresu prawa administracyjnego, konstytucyjnego oraz międzynarodowego, a także publikacje historyczno-prawne, dotyczące szeroko rozumianej adwokatury. Najważniejszy jest jednak sposób doboru tematu oraz jego tematyka. Zależy nam, żeby Autorzy tworzyli publikacje naukowe atrakcyjne z punktu widzenia Czytelników, którymi są praktycy i badacze prawa, w szczególności adwokaci i aplikanci adwokaccy oraz przedstawiciele innych zawodów prawniczych.

Publikacje powinny dotyczyć konkretnie wybranych, jak najbardziej sprecyzowanych, problemów prawnych i stanowić ich analizę prawną czy też rozprawę mającą na celu udowodnienie argumentacyjnie postawionej w tytule i opisanej w abstrakcie tezy autorskiej.

Teksty przekrojowe mające charakter porządkujący, informacyjny lub opisujący zmiany ustawodawcze powinny dotyczyć wyłącznie tematów bardzo aktualnych, związanych z nowelizacjami przepisów, nowym ustawodawstwem i jego stosowaniem lub kontrowersyjnymi przepisami, których interpretacja lub stosowanie ciągle budzą w środowisku dyskusje.

Przesłanie tekstu do redakcji „Palestry” jest tożsame z oświadczeniem, że tekst nie został przedstawiony żadnej innej redakcji, a także udzieleniem zgody na publikację również w formie elektronicznej. Przekazując tekst do redakcji, autor – w momencie przyjęcia go do druku – przenosi na wydawcę wyłączne prawo do jego publikacji. Warunkiem publikacji tekstu jest odesłanie uprzednio podpisanej umowy.

Wszystkie teksty naukowe przesyłane do redakcji „Palestry” poddawane są recenzjom wewnętrznym i zewnętrznym. Wyniki recenzji wpływają na decyzję o skierowaniu tekstu do druku. Redakcja zastrzega sobie prawo skracania tekstów, zmiany tytułów, śródtytułów oraz poprawek merytorycznych i stylistycznych, w tym również w wersjach angielskich.

Autor gwarantuje oryginalność tekstu i ponosi odpowiedzialność za aktualność stanu prawnego, orzecznictwa i doktryny.

Autor zapewnia, że przekazane wydawcy prawa autorskie do utworu w dacie jego przyjęcia przez redakcję nie będą ograniczone jakimikolwiek prawami osób trzecich, korzystanie z utworu i rozporządzanie nim przez wydawcę nie będzie naruszać dóbr osobistych ani praw osób trzecich.

„Palestra” kieruje się zasadami etycznymi zgodnymi z wytycznymi Komitetu do spraw Etyki Publikacyjnej (COPE – *Committee on Publication Ethics*).

Aby przeciwdziałać przypadkom „ghostwriting”, „guest authorship”, autorzy mają obowiązek ujawnienia i powiadomienia redakcji o wkładzie poszczególnych autorów w powstanie publikacji. Są też zobowiązani do przekazania redakcji informacji o wkładzie merytorycznym instytucji naukowo-badawczych, stowarzyszeń i innych podmiotów oraz o sposobie finansowania publikacji (w szczególności grantów i dotacji). Redakcja – w razie odmowy publikacji – nie ma obowiązku uzasadniania swojego stanowiska. Zastrzega sobie prawo do niedopuszczenia artykułu do druku bez podania przyczyny. Tekstów niezamówionych redakcja nie zwraca i nie ma obowiązku ich archiwizacji.

Wskazówki dla Autorów

Do procedury recenzyjnej oraz ewentualnej publikacji dopuszczane będą artykuły naukowe o objętości 11–22 stron znormalizowanego maszynopisu wraz z przypisami (1 strona maszynopisu = 1800 znaków ze spacjami; 1 arkusz = 22 strony maszynopisu). Objętość glos i przeglądów orzecznictwa nie powinna przekraczać 10–12 stron maszynopisu, a sylwetek uznanych adwokatów, felietonów, pytań i odpowiedzi prawnych oraz recenzji książek – 2–3 stron maszynopisu.

Sprawozdania z konferencji, zjazdów oraz środowiskowych imprez integracyjnych (wraz ze zdjęciami, filmami i innymi materiałami audiowizualnymi), teksty informacyjne, kalendaria i zapowiedzi wydarzeń, dłuższe sylwetki oraz inne cenne materiały istotne dla środowiska publikujemy przede wszystkim na stronie internetowej i w portalu „Palestry”.

Teksty proszę przysyłać drogą elektroniczną na e-mail: redakcja@palestra.pl w formacie word, rtf lub odt. Każdy artykuł naukowy, glosa lub przegląd orzecznictwa powinien zawierać:

- tytuł w języku polskim i angielskim,
- abstrakt w języku polskim i angielskim opisujący w jak najprostszy sposób, czego dotyczy analizowany w tekście problem (max. 500 znaków),
- słowa kluczowe w języku polskim i angielskim,
- wyraźny podział tekstu na lead (wprowadzenie w tematykę i przyciągnięcie uwagi czytelników, który może być tożsamy z abstraktem, ale nie musi), śródtytuły (rozdziały i ewentualnie podrozdziały), wnioski lub podsumowanie,
- informację o autorze (autorach) w języku polskim i angielskim, ich tytuły naukowe, status zawodowy i naukowy, informacje o afiliacji, dane adresowe, numery telefonów,
- bibliografię załącznikową wszystkich publikacji autorskich cytowanych w tekście,
- oświadczenie, że tekst nie został przedstawiony żadnej innej redakcji.

Przypisy powinny znajdować się na dole strony i być tworzone według ustalonych przez redakcję standardów. Przypisy wstawiane na dole strony powinny zawierać odniesienia do wszystkich cytowanych ustaw, wyroków, książek i czasopism.

Książki cytujemy według wzorca: Inicjał imienia i Nazwisko, *Pełny tytuł publikacji kursywą*, miejsce i rok wydania, numer strony cytowanego fragmentu.

Przykładowo: gdy jest jeden lub kilku autorów monografii – Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009; E. Wojnicka, *Autorskie prawa osobiste (w:) System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 13, *Prawo autorskie*, red. J. Barta, Warszawa 2007, s. 239.

Artykuły i glosy cytujemy według wzorca: Inicjał imienia i Nazwisko, *Pełny tytuł artykułu lub glosy kursywą*, „Pełny Tytuł Czasopisma” rok/numer, numer strony początkowej artykułu lub glosy lub też numer strony cytowanego fragmentu.

W przypisach powołujemy wszystkie daty i pełne nazwy ustaw powołanych w tekście, podajemy odwołania do tekstów jednolitych publikatorów oraz prezentujemy pełne dane cytowanych orzeczeń i miejsc ich publikacji. Daty zapisujemy cyframi arabskimi, nie stosujemy m.in. zapisów: z dnia, z późn. zm., sygn. akt., tekst jedn. Prawidłowe przykłady to:

- ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.), dalej p.o.a.
- ustawa z 6.06.1974 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.), dalej k.k.,
- wyrok TS z 28.11.2013 r. C-280/12 P, *Rada Unii Europejskiej v. Fulmen i Fereydoun Mahmoudian*, ECLI:EU:C:2013:775;
- wyrok SN z 17.09.2003 r. (II CK 10/02), LEX nr 82277.

W przypadku kolejnego przywołania cytowanej wcześniej pozycji stosujemy następujący wzorec: Inicjał imienia i Nazwisko, *Początek tytułu...*, numer strony początkowej artykułu lub glosy lub też numer strony cytowanego fragmentu.

Przykładowo: Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 112; A. Tucholska-Lenart, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, *XX lat...*, s. 43; J. Zajadło, *Czy Cyceron...*, s. 32; A. Szlęzak, *O umownych terminach...*, s. 43.

Nie stosujemy w przypisach zapisów, które nie odsyłają do konkretnego nazwiska autora i jego konkretnej publikacji – np. idem, ibidem, tamże, tenże, op. cit.

Bardziej szczegółowe informacje, m.in. dotyczące adiacji materiałów, znajdą Państwo na stronie internetowej www.palestra.pl.

Redaktor naczelny:
Maciej Gutowski

Sekretarz redakcji:
Klaudiusz Kaleta

Redaktor języka angielskiego:
Julian Bąkowski

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

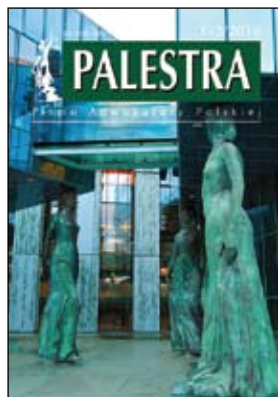
Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

Stanislav Balik
Zbigniew Banaszczyk
Andrzej Bąkowski
Monika Florczak-Wątor
Lech Gardocki
Joseph Hoffmann
Jan Kuklewicz
Katalin Ligeti
Erik Luna
Elwira Marszałkowska-Krześ
Marek Mikołajczyk
Andrzej Mączyński
Frank Meyer
Marek Antoni Nowicki
Adam Olejniczak
Lech K. Paprzycki
Mychajło Petriw
Krzysztof Piesiewicz
Krzysztof Pietrzykowski
Jerzy Pisuliński
Stanisław Rymar
Philippe Sands
Piotr Sendecki
Tomasz Siemiątkowski
Tomasz Sójka
Ewa Stawicka
Stephen C. Thaman
Andrzej Tomaszek
Paweł Wiliński
Witold Wołodkiewicz
Józef Wójcikiewicz
Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz
Włodzimierz Wróbel
Małgorzata Wrzolek-Romańczuk
Stanisław Zabłocki
Jerzy Zajadło
Robert Zawłocki
Piotr Zientarski
Jerzy Zięba

WYDAJE NACZELNA RADA ADWOKACKA WARSZAWA

Na okładce:

Kariatydy to podpory architektoniczne w formie postaci kobiecych, pełniące funkcję kolumny podtrzymującej na przykład gzyms, balkon lub część budynku. Według przekazów Witruwiusza, rzymskiego architekta żyjącego w I w. p.n.e., nazwa ta pochodzi od greckiego *karyatides*, czyli „dziewczyny ze wsi Karyai”, które zostały sprzedane przez



Greków po zburzeniu sprzyjającej Persom wsi Karyai i były zmuszane do ciężkiej, niewolniczej pracy.

Prezentowane na okładce tego numeru „Palestry” kariatydy znajdują się na tyłach budynku Sądu Najwyższego w Warszawie. Posągi wykonał z brązu Jerzy Juczkwicz. Mają to być personifikacje trzech cnót – Wiary, Nadziei i Miłości. Ich twarze mają rysy żony i dwóch córek Marka Budzyńskiego, architekta i współtwórcy projektu budynku Sądu Najwyższego, który stworzył wraz ze Zbigniewem Badowskim.

Foto na okładce: INFO FOTO FACTORY

Przygotowanie okładki do druku: Artur Tabaka

Adres Redakcji:

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

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

e-mail: redakcja@palestra.pl

Internet: www.palestra.pl

Ark. wyd.: 16,1. Nakład: 9200 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

Artykuły

Witold Wołodkiewicz

Plus ratio quam vis – sentencja uniwersalna 9

Włodzimierz Wróbel

Izba Dyscyplinarna jako sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2
Konstytucji RP 17

Jacek Giezek, Piotr Kardas

Nowe uregulowania ciągłości popełnienia przestępstwa i wykroczenia
(art. 12 § 2 k.k. i art. 10a k.w.) 36

Łukasz Chojniak

Postulat nowelizacji Kodeksu postępowania karnego – krytycznie
o niektórych proponowanych zmianach 56

Rita Wilk-Formanowicz

Nowy obowiązek informowania o schematach podatkowych (MDR) 70

Tobiasz Nowakowski

Wpływ nieprawidłowo określonej klauzuli zmiennego oprocentowania
na skuteczność umowy kredytu udzielonego we franku szwajcarskim 85

Paweł Lewandowski

O definicji przedsiębiorcy i działalności gospodarczej po wejściu w życie
ustawy – Prawo Przedsiębiorców 94

Michał Siwowski

Aktualizacja opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego – wybrane
zagadnienia praktyczne sądowego etapu postępowania 106

Marcin Tollik

Niejednoznaczne skutki art. 14 ustawy z 20.07.2018 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności	117
---	-----

Paulina Witczak-Brus

Umowa o urodzenie dziecka surogatki jako problem współczesnego ustawodawstwa	124
--	-----

Głosy

Paweł Daniluk

Objęcie zakresem art. 218 § 1a k.k. tylko osób będących pracownikami w rozumieniu Kodeksu pracy – glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 20.09.2018 r. (I KZP 5/18)	135
--	-----

Konrad Zawodziński

Zarządzenie środków tymczasowych w sprawie ze skargi Komisji Europejskiej dotyczącej Puszczy Białowieskiej – glosa do postanowienia Trybunału Sprawiedliwości UE z 20.11.2017 r., C-441/17 R <i>Komisja p. Polsce</i>	143
--	-----

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

Czy wierzyciel, któremu dłużnik udzielił pełnomocnictwa w celu zabezpieczenia wypełnienia warunków wiążącej ich umowy, w przypadku skorzystania z tego pełnomocnictwa ma obowiązek chronienia interesu dłużnika?	154
--	-----

Karty historii

Łukasz Dembski

Koncepcja „Polsko-Niemieckiej Wspólnoty Interesów” według Krzysztofa Skubiszewskiego jako istotny element budowania pojednania polsko-niemieckiego	157
--	-----

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (październik–grudzień 2018 r.)	173
---	-----

Michał Jackowski, Łukasz Lewandowski

Przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (październik 2018 r.–styczeń 2019 r.)	183
---	-----

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

Czy kasacja jest zasadna? 189

Recenzje

Katarzyna MrózRecenzja: *Stalking*, red. Marek Mozgawa, Warszawa: Wolters Kluwer 2018 194

Szpalty pamięci

Marcin Zaborski

Maciej Bednarkiewicz 1940–2016 205

Table of contents 223

Recenzenci „Palestry” w roku 2018 r.

Zbigniew Banaszczyk, Radosław Baszuk, Antoni Bojańczyk, Jacek Giezek, Waldemar Gujski, Maciej Gutowski, Wojciech Hermeliński, [Czesław Jaworski], Piotr Kardas, Tomasz T. Koncewicz, Tomasz J. Kotliński, Maciej Łaszczuk, Elwira Marszałkowska-Krześ, Andrzej Mączyński, Marek Antoni Nowicki, Lech K. Paprzycki, Mychajło Petriw, Krzysztof Pietrzykowski, Tomasz Przesławski, Arkadiusz Radwan, Adam Redzik, Tomasz Siemiątkowski, Ewa Stawicka, Andrzej Tomaszek, Paweł Wiliński, Witold Wołodkiewicz, Stanisław Zabłocki.

Pojęcia kluczowe: *prawo rzymskie, plus ratio quam vis, sentencje łacińskie*

Artykuły

Witold Wołodkiewicz

PLUS RATIO QUAM VIS – SENTENCJA UNIWERSALNA

Plus ratio quam vis (łac. więcej znaczy rozum niż siła) – będąca od 1964 r. dewizą Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz 72. Sesji SIHDA – nie jest paremią prawniczą ani związaną z edukacją młodzieży. Formuła *Plus ratio quam vis* nie pochodzi bowiem ze skarbnicy wiedzy prawnej, lecz erotycznej. Jest jednak tak pojemna, że mogła stać się hasłem najstarszej polskiej uczelni, jak również hasłem jednego z ważniejszych międzynarodowych spotkań romanistów i historyków praw antycznych.

W dniach 11–15.09.2018 r. odbyła się w Uniwersytecie Jagiellońskim LXXII Sesja *Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité* (SIHDA). Sesje SIHDA odbywają się co roku i są organizowane przez poszczególne uniwersytety. Podczas zeszłorocznej sesji, która odbyła się w Bolonii, organizację sesji powierzono Wydziałowi Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Hasłem LXXII sesji SIHDA w Krakowie była – zaproponowana przez prof. Karola Estreichera – dewiza Uniwersytetu Jagiellońskiego *Plus ratio quam vis*, która od 1964 r. zdobi *Collegium Maius* UJ. Na pierwszy rzut oka może się wydawać, że jest to jedna z wielu łacińskich paremii (reguł) prawniczych, która mogłaby się odnosić do godności Uniwersytetu. W odniesieniu do Sesji SIHDA dewiza ta miała zapewne odsyłać do racjonalności prawa i jego nauczania oraz ochrony osób, których prawa zostały lub mogą być naruszone przez użycie siły. W rzeczywistości łacińska sentencja *Plus ratio quam vis* (w podanym sformułowaniu) nie odnosiła się do godności uniwersyteckiej oraz zagadnień prawnych i zupełnie inne jest jej źródło.

Sentencja *Plus ratio quam vis* została przekazana w *Elegiach* Maksymiana, poety żyjącego w VI wieku n.e., który często był utożsamiany z Gaiusem Corneliussem Gallusem, przyjacielem Oktawiana Augusta i Wergiliusa, żołnierzem i poetą, au-

torem elegii miłosnych. Maksymian, żyjący przeszło pół tysiąca lat po Corneliusie Gallusie, w zachowanych elegiach użył zwrotu, który, być może, pochodził od jego starszego kolegi. Zagadnienie wpływu tekstów Corneliusa na Maksymiana stanowi spór wśród filologów klasycznych¹. Autorką, która zajmowała się tą kwestią, jest krakowska filolożka klasyczna, profesor Anna Maria Wasyl. Nie miejsce tu na omawianie interesującej kwestii, czy Maksymianus użył zwrotu podobnego do Corneliusa Gallusa lub wywodzącego się z *Elegii* tegoż autora. Ważne, że sentencja ta doszła do czasów współczesnych w dziele Maksymiana *Elegie*. W różnych rękopisach i drukach Maksymiana występują jej dwie wersje: *Plus ratio quam vis caeca* oraz *Plus ratio quam vis*². Trudno dociec, jak brzmiała pierwotnie interesująca nas fraza³. Czy jej początki sięgają czasów, gdy żył Cornelius Gallus (tj. przełomu republiki i pryncypatu), czy też została stworzona przez późniejszego elegika, Maksymiana, który użył jej w VI wieku n.e.

Fraza *Plus ratuio quam vis* (przyjęta jako motto UJ oraz sesji krakowskiej SIHDA) w oryginale stanowiła opis stanu ducha starzejącego się mężczyzny, którego – po latach długiego i szczęśliwego pożycia – opuściła kochanka Licoryda, przerażona jego niemocą i brzydotą. W dalszym ciągu Maksymian opisuje historię z bardzo wczesnej młodości bohatera, gdy nieokrzesany jeszcze w sprawach erotycznych (*rusticus*) nie umiał opanować gwałtownego uczucia, jakie nim owładnęło do równie niedoświadczonej Akwiliny. Bohater elegii utyskuje nad swym starczym wiekiem, który uniemożliwia mu kontynuowanie erotycznych podbojów. I tu Poeta, gdy chodzi o umiejętność tworzenia lub przekazywania zgrabnych sentencji i efektownych „złoty myśli” (nieważne czy swych własnych, czy przejętych od poprzedników), godny zestawienia z największymi łacińskimi mistrzami, wypowiada interesującą nas frazę:

*Vincat honor luxum, pietas succedat amori: Plus ratio quam vis caeca valere solet. Hic lacrimis longos, quantum fas, flevimos annos: Est grave, quod doleat, commemorare diu*⁴.

Co w polskim tłumaczeniu Anny Marii Wasyl brzmi:

*Szacunek niech zastąpi żądzę, a cześć miłość: Więcej rozum niż ślepa siła zwykle znaczy. Oplakaliśmy długie lata, ile wolno: Ciężko to, co ból sprawia, ciągle przypominac*⁵.

Frazę tę, jako dewizę Uniwersytetu Jagiellońskiego, zaproponował w roku 1952 profesor Karol Estreicher (junior), dyrektor Muzeum UJ, przedstawiciel słynnej dynastii profesorów Krakowskiej Wszechnicy. W swym pamiętniku (nazwanym *Dziennikiem wypadków*), pod datą 22.06.1952 r., Karol Estreicher pisał: „Trafiłem wreszcie na dewizę

¹ Por. Brill's *Encyclopaedia of the Ancient World*, English Edition, Leiden–Boston 2006, t. 8, s. 512 (artykuł pisany przez Wilfreda Stroha).

W polskiej literaturze opracowania tematu *Elegii* Maksymianusa zob. A.M. Wasyl, *Plus ratio quam vis. Od mimochodem rzuconej sentencji do dewizy uniwersyteckiej*, „Terminus” 2013/1, s. 15–34; Maximianus, *Elegie. Przekład z języka łacińskiego, wstęp i objaśnienia* A.M. Wasyl, Warszawa 2016, s. 145. Zob. również J. Sondel, *Słownik historii i tradycji Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków 2012, s. 1007.

² Por. A.M. Wasyl, *Plus ratio...*, s. 23.

³ Por. Maksymianus, *Elegie...*, uwagi A.M. Wasyl, s. 88–89.

⁴ Maksymianus, *Elegie...*, s. 2; 71–74.

⁵ Polskie tłumaczenie. A.M. Wasyl, *Elegie...*, s. 24.

godną UJ: *Plus ratio quam vis*. Jest to pierwsza część przysłowia łacińskiego, *Plus ratio quam vis caeca valere solet* – irytowało mnie, że UJ dewizy nie posiada⁶.

Estreicher znalazł samą sentencję – cytowaną w licznych słownikach przysłów łacińskich⁷. Nie znalazł jednak kontekstu, w jakim pojawiła się ona w *Elegiach* Maksymiana. W roku 1964, gdy obchodzono 600-lecie Uniwersytetu Jagiellońskiego, dewiza *Plus ratio quam vis* została przyjęta jako oficjalne zawołanie UJ i umieszczona na portalu w *Collegium Maius* Uniwersytetu. Wtedy też Estreicher wynalazł polskie korzenie dewizy w historii UJ: w mowie o kształceniu dzieci, którą w roku 1558 wygłosił profesor UJ Andrzej Gostyński, wywodząc ją z przypowieści biblijnych. Mówca użył zwrotu *Melior est sapientia quam vires, et vir prudens, quam fortis*⁸.

Włoski profesor Rocco Butiglione w swym wykładzie z roku 2005 – z okazji otrzymania doktoratu *honoris causa* Uniwersytetu Jagiellońskiego – wywodził, że motto UJ nawiązywało do pokojowej chrystianizacji Litwy przez Polskę⁹.

Zwrot *Plus ratio quam vis*, oderwany od swego pierwotnego kontekstu, może służyć jako motto do ilustracji różnych sytuacji, które nie mają nic wspólnego z jego oryginalnym znaczeniem, Maksymian, jak widzieliśmy, użył go jako przestrogi przed erotycznym pożądaniem, gdy przychodzi nieunikniona starość: należy wtedy zachować rozsądek, a nie stosować rozwiązań siłowych.

W mottcie UJ fraza *plus ratio quam vis* miała oznaczać – w zamysle prof. Estreichera – przewagę rozumu nad koniunkturalnymi reformami, narzucanymi uniwersytetom. Tak rozumiał Karol Estreicher proponowaną frazę, gdy (w roku 1952) obserwował eksperymenty, które w okresie stalinowskiego totalitaryzmu usiłowano czynić, wprowadzając sowieckie rozwiązania w uniwersytetach polskich, w ich organizacji i programach nauczania.

Pojemność znaczeniowa zwrotu *plus ratio quam vis* pozwala użyć go również jako przestrogi przed nierozważnym stosowaniem prawa i pogarszaniem jego jakości przez autorytarną władzę i niezbyt rozsądnych legislatorów. Może on też nawoływać do jego rozsądnego tworzenia i stosowania, bez uciekania się do fizycznego lub psychicznego przymusu.

Podstawowym elementem hasła jest słowo *ratio* („rozsądek”), które stanowi integralną część interesującej nas sentencji. Chodzi tu o *ratio* przy tworzeniu, stosowaniu oraz interpretacji prawa, jak również o racjonalny, a nie narzucany siłą, sposób organizowania studiów uniwersyteckich, co w przypadku studiów prawniczych wiąże się z rolą prawa rzymskiego oraz historii w formowaniu współczesnego prawnika.

Słowo *ratio* ma w odniesieniu do prawa różne znaczenia. Według Adolfa Bergera *ratio* w źródłach prawa rzymskiego oznacza: *reason, ground, motive, consideration*¹⁰. Biondo

**DEWIZA PLUS RATIO QUAM VIS
ZOSTAŁA PRZYJĘTA JAKO
OFICJALNE ZAWOŁANIE UJ
I UMIESZCZONA NA PORTALU
W COLLEGIUM MAIUS W 1964 R.**

⁶ A.M. Wasyl, *Plus ratio...*, s. 17–18.

⁷ Najczęściej bez podania źródła, z którego ta sentencja pochodzi.

⁸ Zob. A.M. Wasyl, *Plus ratio...*, s. 19. Por. *Lib. Ekklesiastes* 9, 16–17.

⁹ Zob. A.M. Wasyl, *Plus ratio...*, s. 21–23.

¹⁰ A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1963, *ratio*.

Biondi określa *ratio* jako podstawę zarówno poszczególnych instytucji prawnych, jak i prawa jako całości: „*fondamento di singoli istituti e del diritto nel suo complesso*”¹¹.

Prawo rzymskie – określane często jako „spisany rozum” (*ratio scripta*) – odegrało ogromną rolę w nauczaniu i stosowaniu prawa. Wynikało to z rozwoju tego systemu prawnego w drodze rozsądnej interpretacji i dostosowania archaicznych i niekiedy przestarzałych przepisów do potrzeb współczesności. Racjonalność tworzenia i rozwoju prawa poprzez jego rozważną interpretację, dokonywaną przez uczonych prawników (*iurisprudentes*) lub przez pretorów (w postępowaniu *in iure*), była wielokrotnie powoływana w tekstach przekazanych w Kodyfikacji Justyniana. Można tu wskazać przykładowo następujące teksty Digestów Justyniana:

- Julian (D.1,3,15) wspomina, że prawo sprzeczne z *ratio iuris* nie może być przestrzegane: *in his quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*;
- ten sam Julian (D.1,3,20) wspomina, że nie wszystkie dawne ustawy były racjonalne: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*;
- Modestinus (D,1,3,25), mówiąc o *iuris ratio* oraz o zasadach słuszności (*aequitas*), przestrzega, że te prawa, które z pożytkiem dla dobra ludzi zostały wprowadzone, nie mogą być interpretowane w sposób bardziej surowy, który by odbierał ludziom korzyści, dla których zostały uchwalone: *Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producimus ad severitatem*;
- Ulpian (D.1,3,13), powołując się na Pediusa, wyraża pogląd że inne kwestie, które dotyczą zbliżonego interesu regulowanego przez ustawę, powinny być rozstrzygane w drodze interpretacji dokonywanej przez jurystów lub w postępowaniu sądowym: *Nam ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel altrum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri*;
- Pomponius (D.1,2,2,5), pisząc o dalszym rozwoju prawa po wydaniu ustawy dwunastu tablic, zauważa, że wymaga on interpretacji ze strony prawników: *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori*.

Racjonalność prawa w działaniu wymaga zatem racjonalnych interpretatorów, a zatem dobrze wykształconych prawników. W kwestii koncepcji racjonalnego sposobu nauczania prawa współzawodniczą ze sobą dwie tendencje: Pierwsza to nauczanie przepisów. Tego rodzaju edukacja prawnicza, oparta na pozytywistycznym podejściu do prawa, jest traktowana jako nauczanie przyszłego prawnika aktualnych przepisów i umożliwienie mu (natychmiast po zakończeniu studiów) wykonywania zawodów prawniczych. Jest lansowana przez prymitywnych lub autorytarnych władców, którzy uważają, że przez wydanie przepisów prawnych (doraźnie zmienianych) można rozwiązać skomplikowane problemy życia społecznego oraz przez nauczanie przepisów wykształcić uczonego prawnika (*iurisprudens*).

¹¹ B. Biondi, *Novissimo digesto italiano* (NNDI), t. 14, s. 895, *ratio legis*.

Druga koncepcja studiów prawniczych to przygotowanie absolwenta do samodzielnego rozwiązywania różnych (często dotychczas niespotykanych) sytuacji życiowych w oparciu o rozsądną interpretację istniejących przepisów oraz rozsądek organów posługujących się prawem.

W tej pierwszej koncepcji mamy do czynienia z dążeniem do wykształcenia prawnika, który ma stosować aktualną normę prawną, obserwującego stały zalew nowych przepisów i ich nowelizacji (dokonywanych często już przed wejściem w życie samej ustawy)¹². Wiąże się to z prymitywizmem rządzących i legislatorów, wychowanych na studiach prawniczych w pozytywistycznej wizji prawa, traktowanego jako przepis ustawy. W wielu językach europejskich utożsamiane jest słowo „ustawa” ze słowem „prawo”¹³. Tak też jest to traktowane niekiedy w nomenklaturze wydziałów prawa na uniwersytetach (np. w uniwersytetach włoskich: „*Facoltà di diritto*” – „*Facoltà di legge*”; we Francji „*Faculté de droit*” – „*Faculté de jurisprudence*”). Niekoniecznie ta inna terminologia musi świadczyć o innym podejściu do nauczania prawa (teoretyczne czy praktyczne?), stanowi jednak ilustrację pomieszania pojęć również przez środowiska akademickie. Może również wynikać z tradycji historycznej, wywodzącej się z uniwersytetów średniowiecznych.

**RACJONALNOŚĆ PRAWA
W DZIAŁANIU WYMAGA
RACJONALNYCH
INTERPRETATORÓW, A ZATEM
DOBRCZE WYKSZTAŁCONYCH
PRAWNIKÓW. SŁOWO RATIO STAJE
SIĘ ELEMENTEM PODSTAWOWYM
DLA WSPÓŁCZESNEGO,
OŚWIECZONEGO PRAWNIKA**

Z kolei druga koncepcja studiów prawniczych to nauczanie przyszłych absolwentów rozsądnego (racjonalnego) spojrzenia na prawo. To nauczanie studentów odpowiedniej metody i interpretacji normy prawnej. Wymaga ono sięgnięcia do historii prawa, do prawa rzymskiego i dalszych jego dziejów. W tym miejscu pozwolę sobie zacytować wybitnego romanistę włoskiego Mario Talamanę, który tak syntetycznie określa rolę prawa rzymskiego w różnych koncepcjach nauczania prawa: „Kto pragnie kształcić prawnika, a nie jedynie znawcę normy [prawnej], nie może negować, że kultura jest elementem niezbędnym do formowania prawnika, co odróżnia go od tego, który zna normy prawa (albo niektóre z nich), ale nie może być nazwanym prawnikiem”¹⁴.

Ten aspekt prawa rzymskiego powinien mieć również znaczenie we współczesnej, racjonalnej edukacji prawniczej. Justynian w konstytucji *Omnem* (§ 1) wspominał, że celem studiów prawniczych jest wykształcenie przyszłych prawników, aby byli „najlepsi i najbardziej uczeni” (*optimi atque eruditissimi*). Podobną myśl wyrażał Celsus (D.1,3,17),

¹² Por. ostatnia praktyka polska. Zob. W. Wołodkiewicz, *Stanowienie prawa – jakość prawa*, „Palestra” 2011/5–6, s. 212–216.

¹³ Por.: włoskie „*la legge – il diritto*” francuskie „*la loi – le droit*”; angielskie „*Law – Wright*”; polskie „ustawa – prawo”.

¹⁴ M. Talamanca, *Istituzioni di diritto Romano*, Milano 1990, s. 3: „*né chi voglia contribuire a formare dei giuristi, e non dei semplici conoscitori di norme, potrà mai porre in dubbio che la cultura è un elemento formativo indispensabile del giurista, il quale lo distingue appunto da chi, pur conoscendo le norme (o qualcuna di esse), giurista non è*”.

podkreślając, że „znajomość ustaw nie polega jedynie na znajomości słów, lecz ich mocy i znaczenia” (*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*).

W tej „racjonalnej” edukacji prawniczej znaczenie i rozumienie słowa *ratio* staje się elementem podstawowym również dla współczesnego, oświeconego prawnika.

Innym elementem sentencji *Plus ratio quam vis* jest przeciwstawienie rozsądku sile (*vis*). Prawo rzymskie dawało różne środki chroniące przed stosowaniem siły. Można tu wymienić przykładowo:

- *vindicatio* przy ochronie własności w procesie legisakcyjnym, która jest symbolicznym okazaniem swej władzy nad rzeczą, której władca jest gotów bronić siłą. Również przeciwnik, dokonując *contravindicatio*, jest gotów bronić siłą swego władania rzeczą;
- przy ochronie faktycznego władania (*possessio*) za pomocą interdyktów posesoryjnych, w których pretor zakazuje stosowania siły (*vim fieri veto*);
- wyłączenia odpowiedzialności, o ile zobowiązanie kontraktowe powstało na skutek użycia siły fizycznej lub psychicznej.

Sentencja *plus ratio quam vis* mogłaby mieć zastosowanie w przypadkach, gdy przeciwnik zmusił drugą stronę do zawarcia zobowiązania kontraktowego, używając siły fizycznej lub przymusu psychicznego: *exceptio*, udzielana przez pretora, na podstawie użycia siły lub strachu przy zawieraniu kontraktu (*vis ac metus*).

Podkreślenie tych aspektów prawa rzymskiego było zapewne intencją organizatorów LXXII spotkania SIHDA w Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie. Ważne, że w Krakowie, mieście, w którym odbywało się spotkanie SIHDA, sentencja *Plus ratio quam*

vis, będąca dewizą Uniwersytetu Jagiellońskiego, stała się również tematem wiodącym spotkania romanistów i historyków prawa.

Plus ratio quam vis, dewiza krakowskiej Alma Mater oraz 72. Sesji SIHDA – nie jest wprawdzie paremią prawniczą, ani związaną z edukacją młodości. Maksymian miał na myśli zupełnie inne zagadnienia niż edukację i prawo. Formuła *Plus ratio quam vis* nie pochodzi bowiem ze skarbnicy

wiedzy prawnej, lecz erotycznej. Jest jednak tak pojemna, że mogła stać się hasłem najstarszej polskiej Uczelni, jak również hasłem jednego z ważniejszych międzynarodowych spotkań romanistów i historyków praw antycznych.

**NAUCZANIE STUDENTÓW
ODPOWIEDNIEJ METODY
I INTERPRETACJI NORMY PRAWNEJ
WYMAGA SIĘGNIĘCIA DO HISTORII
PRAWA, DO PRAWA RZYMSKIEGO
I DALSZYCH JEGO DZIEJÓW**

ABSTRACT

Witold Wołodkiewicz – *Plus ratio quam vis* – universal phrase

Phrase plus ratio quam vis is an expression that thanks to Prof. Karol Estreicher (junior), was adopted in 1964 as a motto of the Jagiellonian University. It also became the main theme of the 72nd Session of the Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (SIHDA), which was held in September 2018 in Cracow and was organised by Prof. Franciszek Longchamps de Bérier.

Phrase plus ratio quam vis derives from a poem preserved under the name of Maximianus, who was an elegiac poet of the 6th century AD. In the poem, the author describes the state of mind of an aging man left by a lover.

Plus ratio quam vis, which is a motto of the Cracow's Alma Mater and the 72nd Session of SIHDA, is neither a legal maxim nor is related to youth education. The expression plus ratio quam vis has its origins, not in the treasury of legal knowledge, but erotic one. However, it is so broad in its scope that it could become the motto of the oldest Polish University, as well as the main theme of one of the most significant international meetings of Romanists and Historians of ancient laws.

Keywords: roman law, plus ratio quam vis, latin phrase, sentence

Witold Wołodkiewicz

The author is an advocate (District Bar Council in Warsaw), a professor of legal sciences, a specialist of Roman law and its influence on contemporary legal culture.

prof. Witold Wołodkiewicz

Autor jest adwokatem (ORA w Warszawie), profesorem nauk prawnych, specjalistą w zakresie prawa rzymskiego i jego wpływu na współczesną kulturę prawną.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Berger Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1963 (ratio)

Biondi Biondo, *Novissimo digesto italiano* (NNDI), t. 14, s. 895 (hasło: ratio legis)

Brill's Encyclopaedia of the Ancient World, English Edition, Leiden–Boston 2006, t. 8, (artykuł pisany przez Wilfreda Stroha)

Maximianus, *Elegie. Przekład z języka łacińskiego, wstęp i objaśnienia* A.M. Wasyl, Warszawa 2016

Sondel Janusz, *Słownik historii i tradycji Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków 2012

Talamanca Mario, *Istituzioni di diritto Romano*, Milano 1990

Wasył Anna Maria, *Plus ratio quam vis. Od mimochodem rzuconej sentencji do dewizy uniwersyteckiej*, „Terminus” 2013/1, s. 15

Wołodkiewicz Witold, *Stanowienie prawa – jakość prawa*, „Palestra” 2011/5–6, s. 212

Pojęcia kluczowe: *Sąd Najwyższy, sąd wyjątkowy, Izba Dyscyplinarna, postępowanie dyscyplinarne, wymiar sprawiedliwości, Konstytucja RP, sędzia*

Artykuły

Włodzimierz Wróbel

IZBA DISCYPLINARNA JAKO SĄD WYJĄTKOWY W ROZUMIENIU ART. 175 UST. 2 KONSTYTUCJI RP

Artykuł 175 ust. 2 Konstytucji RP przewiduje możliwość powoływania sądów wyjątkowych wyłącznie na czas wojny. Konstytucja wyklucza także funkcjonowanie innych sądów niż te wskazane w art. 175 Konstytucji. Cechą sądu wyjątkowego jest odrębność organizacyjna, autonomia w stosunku do innych sądów, specyficzny sposób powołania sędziów takiego sądu, szczególnie zakres rozpoznawanych spraw – zarówno pod względem czasowym, podmiotowym, jak i przedmiotowym oraz specyficzna procedura. Izba Dyscyplinarna spełnia te cechy sądu wyjątkowego, mimo nominalnego włączenia jej w strukturę Sądu Najwyższego. W związku z tym powstają zasadnicze wątpliwości, czy orzeczenia wydawane przez tę izbę mają charakter orzeczeń sądowych w rozumieniu konstytucyjnym.

Zgodnie z art. 175 ust. 1 Konstytucji RP¹ wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe². Jednocześnie ustęp drugi tego artykułu wyraźnie stanowi, że sądy wyjątkowe lub tryb doraźny mogą być ustanowione tylko na czas wojny. Innymi słowy, na gruncie Konstytucji ustanowienie sądu wyjątkowego w okresie pokoju jest zakazane³.

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

² Można się zastanawiać, w jakim zakresie w systemie wymiaru sprawiedliwości funkcjonują także Trybunał Konstytucyjny oraz Trybunał Stanu, których nie przewiduje katalog z art. 175 ust. 1 Konstytucji. Są to jednak organy przewidziane bezpośrednio w Konstytucji – przypisanie im także zadań z zakresu wymiaru sprawiedliwości powoduje jedynie uzupełnienie katalogu z art. 175 ust. 1 Konstytucji.

³ Przepis przewidujący bezpośredni zakaz ustanawiania sądów wyjątkowych lub specjalnych był przewidziany w projekcie Konstytucji złożonym przez Prezydenta RP (art. 100). Pozostałe projekty Kon-

W powyższym kontekście musi się pojawić pytanie o sposób wykładni konstytucyjnego terminu „sąd wyjątkowy” – o to, czym jest taki sąd na gruncie regulacji konstytucyjnej. Skoro Konstytucja wyraźnie odróżnia „sąd wyjątkowy” od „trybu doraźnego”, owa „wyjątkowość” nie musi polegać na skróconej, pozbawionej elementów gwarancyjnych formie postępowania⁴, wszak wyodrębnienie sądu wyjątkowego odnosi się do statusu sądu, nie zaś do trybu postępowania. Innymi słowy, zakazana w okresie pokoju „doraźność” może charakteryzować procedurę stosowaną zarówno przez sąd powszechny, Sąd Najwyższy czy specjalnie stworzony sąd wyjątkowy⁵. Gdyby tylko chodziło o powiązanie „wyjątkowości” sądu z doraźnym trybem procedowania, nie byłoby konieczności osobnego wskazywania w art. 175 ust. 2 Konstytucji na „sąd wyjątkowy”. Wiadomo także, że nazwa nadana określonej instytucji przez ustawodawcę zwykłego lub władzę wykonawczą nie przesądza o konstytucyjnej kwalifikacji tej instytucji⁶. Określona jednostka organizacyjna powołana do wykonywania władzy publicznej może być sądem w rozumieniu konstytucyjnym, choć słowa tego nie ma w używanej przez nią nazwie. Zasada ta tym bardziej działa w drugą stronę. Ustawodawca może różne jednostki organizacyjne nazywać „sądem”, co nie zmienia faktu, że owym sądem są tylko w znaczeniu

stytucji, procedowane przez Komisję Konstytucyjną Zgromadzenia Narodowego, nie przewidywały takiej regulacji, choć prawie wszystkie zawierały *numerus clausus* organów sądowych sprawujących wymiar sprawiedliwości. W czasie posiedzenia Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego Cimoszewicz zaproponował, by stosowny przepis otrzymał brzmienie: „W czasie pokoju nie może być ustanowiony żaden sąd wyjątkowy lub doraźny”. Kwestia ta była przedmiotem krótkiej dyskusji, w której ówczesny Prezes Izby Wojskowej SN zwrócił uwagę na konieczność wprowadzenia odrębnego zakazu trybów nadzwyczajnych, mając na względzie doświadczenia stanu wojennego. Ostatecznie Adam Strzembosz zaproponował, by zakaz obejmował odrębnie sądy wyjątkowe oraz tryby doraźne (Biuletyn KKZN nr X, s. 226).

⁴ Choć odnosi się wrażenie, że ów szybki sposób procedowania stanowi główną cechę, za pomocą której definiuje się także sąd wyjątkowy – por. np. K. Szczucki (w:) *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz. Art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, nb 28 do art. 175, Warszawa 2016; G. Artymiak (w:) *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 5, *Sądy i inne organy postępowania karnego*, red. Z. Kwiatkowski, Warszawa 2015, s. 212. Nie towarzyszy temu jednak żadna pogłębiona argumentacja, natomiast ową cechę szybkości odnosi się łącznie do sądu wyjątkowego oraz trybu doraźnego. Trafnie G. Artymiak stwierdza, że „poza konstytucyjną formułą wypowiedzianą w art. 175 Konstytucji RP (...) brak jest dalszych prawnych uregulowań pozytywnych poświęconych tej kategorii sądów. Chodzi tu bowiem o sądy wyjątkowe powoływane w czasie wojny i działające najczęściej z zastosowaniem skróconej procedury. Tradycyjnie sąd taki w państwach demokratycznych zwany bywa także sądem doraźnym i rozpatruje tylko sprawy karne”.

⁵ Na przykład według W. Koziulewicz (w:) *Tryb doraźny – uwagi de lege ferenda*, „Krytyka Prawa” 2010/1, s. 330, tryb doraźny charakteryzuje się: niezaskarżalnością wyroków, dużym uproszczeniem i przyspieszeniem postępowania oraz, jak w przeszłości podnoszono, poważnym ograniczeniem zasady *nulla poena sine lege penali anteriori* (poddanie sprawy trybowi doraźnemu powodowało, że w miejsce zagrożenia przewidzianego w ustawie za dane przestępstwo wstępowała surowa sankcja przewidziana w przepisach aktu prawnego normującego tryb doraźny). Należy jednak mieć na względzie, że Autor ten definiuje tryb doraźny przede wszystkim w perspektywie regulacji ustawowych, a nie jako termin konstytucyjny.

⁶ Por. M. Safjan (w:) *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, s. 97 wraz z cytowaną tam bogatą literaturą i orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego dotyczącym tzw. autonomizacji pojęć konstytucyjnych.

ustawowym, a nie konstytucyjnym, o ile nie spełnią kryteriów przewidzianych w ustawie zasadniczej⁷. Nazwy ustawowe nie tworzą bowiem samoistnie bytów konstytucyjnych. Identyfikacja jest w przypadku sądów wyjątkowych. O ich statusie decydują konstytutywne dla tego typu sądu cechy dekodowane na płaszczyźnie konstytucyjnej, nie zaś nadana mu przez ustawodawcę nazwa.

Ustawodawca (lub władza wykonawcza) może wykreować sąd jako jednostkę organizacyjną, która spełnia przewidziane w Konstytucji kryteria. Chodzi w szczególności o formalne gwarancje niezależności oraz niezawisłości orzekających w tej jednostce sędziów. Regulacja konstytucyjna przesądza, że tworzenie sądów nie jest swobodną decyzją ustawodawcy: sąd taki musi bowiem należeć do jednej z kategorii wymienionych w art. 175 ust. 1 Konstytucji RP⁸, w przypadku zaś gdyby miał być sądem wyjątkowym, to tym bardziej jego utworzenie w czasie pokoju byłoby zakazane.

Należy w takim razie zastanowić się bliżej nad tym, jak definiować ową wyjątkowość i jakie są przyczyny tak jednoznacznego konstytucyjnego zakazu rozszerzania katalogu sądów poza zakres wyznaczony w cytowanym już wielokrotnie art. 175 ust. 1 Konstytucji.

„Wyjątkowość” sądu można rozumieć na różne sposoby. Przedstawiona wcześniej analiza dyskusji prowadzonych w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego wskazuje, że pierwotnie chodziło o sąd procedujący według uproszczonych reguł, cechujących się obniżonym standardem gwarancyjnym, nastawionym przede wszystkim na szybkość i efektywność postępowania. Wyodrębnienie w późniejszej fazie prac Komisji, zakazanego w okresie pokoju, „trybu doraźnego” wymusiło poszukiwanie innych kryteriów pozwalających na zdefiniowanie „sądu wyjątkowego”, tym bardziej że pojęcie to nie jest w zasadzie w literaturze omawiane.

W najszerszym rozumieniu tego terminu sądem wyjątkowym jest każdy sąd, który nie jest sądem „zwykłym”, a więc tym przewidzianym w art. 175 ust. 1 Konstytucji. Zakaz powoływania sądów wyjątkowych zawarty w art. 175 ust. 1 Konstytucji byłby więc uzupełnieniem zakazu inferowanego z wyliczenia zawartego treści art. 175 ust. 1 Konstytucji (traktowanego jako wyliczenie zamknięte), z ograniczeniem tego zakazu do okresu pokoju. Na gruncie tej wykładni w okresie wojny dopuszczalne byłoby bowiem tworzenie sądów innych niż te określone w ust. 1.

W innym znaczeniu „wyjątkowość” oznaczałaby określoną cechę lub zbiór cech danego sądu, odróżniająca go od sądów wymienionych w art. 175 ust. 1. Ową cechą mógłby być szczególny sposób procedowania (niezośnany z trybem doraźnym), określona kategoria spraw wydzielona kryterium przedmiotowym lub podmiotowym, wyodrębnienie

⁷ Tak jest w przypadku określenia „sąd lekarski” użytego w ustawie o wykonywaniu zawodu lekarza i lekarza dentystry dla nazwania korporacyjnych organów odpowiedzialności zawodowej – por. A. Zieliński, *Prawo do sądu i organizacja władzy sądowniczej* (w:) *Księga XX-lecia orzecnictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 485; L. Garlicki (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, t. 4, komentarz do art. 175, s. 9; K. Dunaj, *Sądy wojskowe jako organy wymiaru sprawiedliwości*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2015/24, s. 12.

⁸ Por. J. Gudowski, *Sąd Najwyższy. Pozycja ustrojowa, funkcje i zadania (spojrzenie sędziego cywilisty)*, „*Przebieg Sądowy*” 2015/11–12, s. 22.

organizacyjne, okres, na który sąd został powołany, szczególnie sposób powoływania sądów lub składów tego sądu, określony kryterium czasowym zakres spraw. Podkreśla się niekiedy, że chodzi o sądy orzekające w określonej kategorii spraw (karnych, majątkowych), z którymi inne sądy nie mogłyby sobie poradzić w normalnej procedurze lub w odpowiednim, krótkim czasie, wymaganym ze względu na okoliczności⁹.

Można ostatecznie termin „wyjątkowy” rozumieć jeszcze wężiej, jako kompetencje do rozstrzygnięcia konkretnej, indywidualnej sprawy. W takim znaczeniu sąd wyjątkowy byłby sądem *ad hoc* lub *ad personam*, powołanym do rozstrzygnięcia spraw, które wcześniej miały miejsce¹⁰. Takie właśnie znaczenie nadaje się terminowi „sąd wyjątkowy” w literaturze niemieckiej¹¹, choć także w tym wypadku nie wyklucza się możliwości uznania za wyjątkowy także sądu, którego kompetencja zostałaby określona generalnie według pewnych przedmiotowo-podmiotowych kryteriów, ale w sposób zupełnie arbitralny. Podkreśla się przy tym, że szczególne niebezpieczeństwo funkcjonowania sądów wyjątkowych wynika z ich powoływania bezpośrednio przez rząd lub inny organ władzy wykonawczej¹². Niekiedy właśnie taki sposób powołania sądu i jego składu osobowego, z dominującym wpływem czynnika politycznego (czy to po stronie władzy wykonawczej, czy ustawodawczej) i odbiegający od normalnej procedury powoływania sędziów (i sądów) uważa się za cechę definicyjną sądu wyjątkowego.

Mając na uwadze, że zgodnie z art. 175 ust. 2 Konstytucji ustanowienie „sądu wyjątkowego” jest dopuszczalne jedynie na czas wojny, nie można uznać, by chodziło w tym przypadku o sąd *ad hoc* lub *ad personam*, a więc powołany do rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, bez generalnie określonej kompetencji przedmiotowej lub podmiotowej. Taki sąd stanowiłby bowiem zaprzeczenie konstytucyjnego prawa do sądu właściwego w rozumieniu art. 45 Konstytucji. Należy podkreślić, że prawa tego nie można wyłączyć lub ograniczyć nawet w okresie stanu wojennego i stanu wyjątkowego (art. 233 ust. 1 Konstytucji). Te same powody stoją u podstaw odrzucenia możliwości funkcjonowania tak rozumianych sądów wojennych na gruncie niemieckiej Konstytucji¹³. Oznacza to, że termin „wyjątkowy” został w treści art. 175 ust. 2 Konstytucji użyty w innym znaczeniu.

W art. 175 ust. 1 Konstytucji wskazano podstawowy organ wymiaru sprawiedliwości, jakim jest sąd powszechny. Temu sądowi przypisano domniemanie kompetencji do sprawowania wymiaru sprawiedliwości (art. 177 Konstytucji). Pozostałe sądy zostały wydzielone albo na zasadzie konkretnego kryterium przedmiotowego lub podmiotowo-

⁹ M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007, s. 27–28.

¹⁰ Wydaje się, że w takim znaczeniu używany był ten termin w Konstytucji marcowej: „Art. 98. Nikt nie może być pozbawiony sądu, któremu z prawa podlega. Sądy wyjątkowe są dopuszczalne tylko w wypadkach, oznaczonych ustawami, wydanymi przed popełnieniem czynu karygodnego. Ściganie obywatela i wymierzenie kary jest dopuszczalne tylko na zasadzie obowiązującej ustawy. Kary, połączone z udręczeniami fizycznymi, są niedozwolone i nikt takim karom podlegać nie może”.

¹¹ Por. R. Böttcher (w:) *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar 25, neubearbeitete Auflage*, red. P. Riess, Berlin 2003, t. 7, nb 5a, s. 62.

¹² R. Böttcher (w:) *Die Strafprozessordnung...*, s. 63.

¹³ Jako naruszenie prawa do „ustawowego sędziogo” zob. R. Böttcher (w:) *Die Strafprozessordnung...*, s. 63.

-przedmiotowego (sądy wojskowe, sądy administracyjne), albo kryterium funkcjonalnego (Sąd Najwyższy, NSA). Oczywiście w ramach systemu sądów powszechnych może istnieć określone wyspecjalizowanie danych jednostek organizacyjnych tych sądów w zakresie określonych spraw. Takie wyodrębnienie nie będzie miało cech powołania sądu wyjątkowego, o ile dany sąd będzie organizacyjnie funkcjonował w ramach struktury sądownictwa powszechnego lub wojskowego czy administracyjnego, sędziowie orzekający w tych sądach powoływani będą według zasad ogólnych, a właściwość będzie określana według kryteriów generalnych i abstrakcyjnych.

Wyjątkowość sądu to odstępstwo od reguły. To wyodrębnienie organizacyjne wraz ze szczególnym trybem powoływania sędziów oraz szczególną kompetencją przedmiotową, podmiotową lub czasową oraz autonomią (finansową, administracyjną, organizacyjną) w stosunku do innych organów sądowych. Dodatkowym wyróżnikiem może być odmienność procedury, nie jest to jednak cecha decydująca, z uwagi na samoistny zakaz ustanawiania w okresie pokoju trybów doraźnych.

Określenie „sąd wyjątkowy” wskazuje na zasadniczą odrębność organizacyjną oraz kompetencyjną owego sądu w stosunku do sądów „zwykłych”, a więc tych funkcjonujących według powszechnie przyjętych reguł. Mając na względzie fakt, że taką regułą o podstawowym znaczeniu jest art. 175 ust. 1 Konstytucji, każdy sąd, który nie mieści się w katalogu sądów określonych w tym przepisie, posiada status sądu wyjątkowego, i jako taki jest niedopuszczalny na gruncie Konstytucji w okresie pokoju¹⁴.

Zakaz tworzenia sądów wyjątkowych, poza nadzwyczajnym okresem wojny, nie jest trudno uzasadnić. Utworzenie sądu działającego poza konstytucyjnymi strukturami sądownictwa niesie za sobą niebezpieczeństwo politycznego wykorzystania przez podmiot tworzący taki sąd. Sąd wyjątkowy stanowi także zagrożenie dla realizacji zasady sądu właściwego w rozumieniu art. 45 Konstytucji. Należy ponadto mieć na uwadze fakt, że przewidziane w Konstytucji struktury sądownictwa tworzą wewnętrzne mechanizmy organizacyjne gwarantujące niezależność sądów i niezawisłość sędziów. Tworzenie i funkcjonowanie sądu wyjątkowego (specjalnego) poza tymi strukturami owych gwarancji jest pozbawione. Takie wyodrębnienie daje także ustawodawcy (lub władzy wykonawczej) znacznie większe możliwości arbitralnego decydowania o zakresie rozpoznawanych spraw i trybie postępowania¹⁵. Wydzielony z powszechnej struktury orga-

¹⁴ Warto przy tym zwrócić uwagę, że niekiedy wprowadza się rozróżnienie między terminem „wyjątkowy” a „szczególny”. Ten ostatni termin miałby stanowić przeciwieństwo dla określenia „powszechny”. To prowadziło niektórych autorów do twierdzenia, że np. sądy wojskowe czy administracyjne mają charakter takich sądów szczególnych, o wydzielonym zakresie spraw – por. G. Artymiak (w:) *System Prawa Karnego Procesowego...*, s. 210. Trafnie jednak zwraca się uwagę, że w istocie kwalifikacja sądów wojskowych czy administracyjnych jako sądów szczególnych nadmiernie podkreśla ich nadzwyczajny charakter, tymczasem mają one taką samą silną podstawę konstytucyjną jak sądy powszechne. W dalszej części rozważań określenie „szczególny” będzie więc tożsame ze zwrotem „wyjątkowy, nadzwyczajny” – por. M. Masternak-Kubiak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, uwagi do art. 175; L. Garlicki (w:) *Konstytucja...*, komentarz do art. 175, s. 7; K. Dunaj, *Sądy wojskowe...*, s. 11 i cytowana tam w przyp. 9 literatura, mając świadomość, że na poziomie ustawowym termin „sąd szczególny” jest używany na określenie sądów innych niż powszechne (zob. np. art. 439 § 1 pkt 3 k.p.k.).

¹⁵ Należy zwrócić uwagę, że zakres spraw rozpoznawanych przez sądy „zwykłe” jest w dużej mierze determinowany przez treść art. 175 ust. 1 w zw. z art. 177 oraz 178 i 184 Konstytucji.

nizacyjnej sądów wskazanych w art. 175 ust. 1 Konstytucji sąd wyjątkowy bardzo łatwo może być uzależniony od władzy wykonawczej, choćby poprzez decyzje finansowe czy administracyjne¹⁶.

Należy mieć na względzie, że konstytucyjny zakres władzy publicznej przekazany sądom ma bardzo istotne znaczenie w perspektywie konstytucyjnych praw i wolności jednostki. Co do zasady, o treści tych praw w konkretnych sytuacjach decydują w ostateczności sądy. Tylko one są bowiem powołane na mocy Konstytucji do sprawowania wymiaru sprawiedliwości w indywidualnych sprawach. Parlament tej konstytucyjnej władzy sądów nie może przejąć. Z istoty „wymierzania sprawiedliwości” wynika jednak szczególny zakres dyskrecjonalności i uznaniowości władzy sądów, której nie można zastąpić żadnego rodzaju algorytmem. Wymiar sprawiedliwości dokonuje się w kontekście rozstrzygnięć aksjologicznych, bilansowania wartości istotnych w perspektywie konkretnej sprawy. Dokonuje się to ostatecznie w sumieniu sędziego w ramach złożonych mechanizmów, których celem jest z jednej strony ochrona procesu podejmowania decyzji przez sędziego od wpływów zewnętrznych, pozaprosesowych, z drugiej zaś strony zagwarantowanie maksymalnej racjonalności oraz wykluczenie arbitralności i stronniczości sędziego.

Władza sędziego musi być realizowana w ramach gwarantujących bezpieczeństwo tej władzy dla praw i wolności jednostki, tak by minimalizować niebezpieczeństwo arbitralności, stronniczości i pozamerytorycznych wpływów. Owymi ramami są także przewidziane w Konstytucji struktury sądownictwa z odpowiadającymi im funkcjami, których nie można w sposób dowolny kształtować. Z tego właśnie powodu np. Sąd Najwyższy, jako sąd, który podejmuje ostateczne rozstrzygnięcia, pełni – zgodnie z art. 183 Konstytucji RP – nadzór nad działalnością sądów powszechnych i wojskowych w zakresie orzecznictwa, a wszelkie inne dodatkowe kompetencje Sąd ten może wykonywać wyłącznie na podstawie jednoznacznej normy konstytucyjnej lub ustawowej. Konstytucja nie bez powodu stwierdza w tym przepisie, że mogą to być wyłącznie określone „czynności”, co podkreśla wyjątkowy charakter tych kompetencji. Nie może być to więc jakaś typowa działalność orzecznicza polegająca na rozstrzyganiu określonych kategorii spraw jako sąd pierwszej instancji. Nawet gdyby ustawodawca przewidział takie uprawnienia Sądu Najwyższego, musiałyby one zostać uzgodnione z jednej strony z treścią art. 183 ust. 1 i 2 Konstytucji, z drugiej zaś strony konstytucyjną kompetencją sądów powszechnych w tym zakresie. Należy wszakże podkreślić, że konstytucyjnej podstawy dla tego zakresu kognicji Sądu Najwyższego, który wykracza poza nadzór judykacyjny, poszukuje się niekiedy w treści art. 175 ust. 1 Konstytucji – będzie to przedmiotem dalszych rozważań.

¹⁶ Oczywiście podobne zagrożenia mogą się pojawić także w przypadku tradycyjnych struktur sądownictwa, co od dawna jest przedmiotem dyskusji nie tylko w Polsce. Skala tych zagrożeń jest jednak zupełnie inna z uwagi na systemowe i historyczne zakorzenienie tych struktur, a także ich wielkość. Powołanie i istnienie sądu wyjątkowego, właśnie z uwagi na jego efemeryczność i z reguły małą obsadę kadrową oraz administracyjną, jest w niepomierne większym stopniu zależne od bieżących potrzeb politycznych władzy wykonawczej podejmującej decyzje finansowe i administracyjne wobec takiego sądu.

Warto podkreślić, że historyczne uzasadnienie konstytucyjnego zakazu tworzenia sądów wyjątkowych (sądów szczególnych) odsyła do doświadczeń okresu totalitarnego, nie tylko na ziemiach polskich, ale także w innych krajach europejskich. W tym kontekście warto wskazać, że niesławne niemieckie sądy specjalne (Sondergericht), tworzone jeszcze w Republice Weimarskiej, w sensie organizacyjnym miały charakter w istocie specjalnych wydziałów karnych w sądach krajowych¹⁷. Dla odmiany pierwszy powojenny sąd specjalny powołany przez PKWN na mocy dekretu z 12.09.1944 r. o specjalnych sądach karnych dla spraw zbrodniarzy faszystowsko-hitlerowskich w art. 2 tworzył taki sąd obok sądu apelacyjnego. Powołanie do tego sądu następowało w odrębnym, uznaniowym trybie.

Jak już o tym wcześniej wspomniano, nazwy nadawane określonym jednostkom organizacyjnym tworzoną przez władzę wykonawczą lub władzę ustawodawczą nie tworzą rzeczywistości konstytucyjnej. Fakt nazwania określonego organu sądem specjalnym (wyjątkowym) nie musi oznaczać wcale, że istotnie organu tego nie będzie można przypisać do którejś z kategorii sądów przewidzianych w Konstytucji. Ale zasada ta działa także w drugą stronę – stworzenie jednostki organizacyjnej, którą określi się jako część struktury sądownictwa powszechnego czy Sądu Najwyższego, nie musi oznaczać, że nie stworzono w ten sposób zakazanego konstytucyjnie sądu wyjątkowego. Status danej jednostki będzie wynikać z jej cech organizacyjnych, zakresu kompetencji, sposobu powoływania osób, które miałyby w tej jednostce podejmować rozstrzygnięcia, a także usytuowania tej jednostki organizacyjnej względem innych organów sądowych. Z wcześniejszych wywodów jasno wynika, że kryterium definiującym sąd wyjątkowy nie musi być szczególna, uproszczona procedura wydawania rozstrzygnięć. Innymi słowy, do istoty tego sądu nie należy fakt stosowania w nim trybu doraźnego, jakkolwiek najczęściej – z uwagi na wspomniane odrębności strukturalne – pewne modyfikacje procedury z reguły mogą być zidentyfikowane.

Po rozważeniu tych ogólnych uwarunkowań konstytucyjnych można teraz przejść do analizy szczegółowych regulacji konstruujących jednostkę organizacyjną, którą ustawodawca nazwał „Izbą Dyscyplinarną” w Sądzie Najwyższym.

Podstawą prawną jej istnienia jest ustawa o Sądzie Najwyższym¹⁸. Artykuł 3 ustawy o SN stanowi, że Sąd Najwyższy dzieli się na izby, jedną z nich jest zaś Izba Dyscyplinarna. Regulacja ta sugeruje więc, że owa izba jest zwykłą, „organizacyjną” częścią Sądu Najwyższego jako struktury nadrzędnej. Już jednak kolejny przepis tej ustawy, art. 4, wskazuje na szczególną specyfikę pojawienia się owej izby w Sądzie Najwyższym – wyraźnie bowiem stwierdza, że w Sądzie Najwyższym będą prowadzone postępowania dyscyplinarne, co w szczególny sposób powinno rzutować na treść regulaminu Sądu Najwyższego, którego wydanie jest obecnie kompetencją Prezydenta¹⁹.

¹⁷ M. Zeidler, *Das Sondergericht Freiberg. Zu Justiz und Repression in Sachsen 1933–1940*, Dresden 1998, s. 12 i powołane tam w przypisie 21 analizy w tym zakresie.

¹⁸ Ustawa o Sądzie Najwyższym z 8.12.2017 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 5 ze zm.), dalej ustawa o SN.

¹⁹ Przyznanie tej kompetencji Prezydentowi budzi zasadnicze wątpliwości konstytucyjne, jest to jednak zagadnienie na osobne opracowanie.

Zgodnie z art. 183 ust. 3 Konstytucji konstytucyjnym organem państwa jest Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego. Nazwa tego organu sugeruje, że jest to osoba reprezentująca Sąd Najwyższy, a ponadto że mogą być jeszcze inni prezesi Sądu Najwyższego, spośród których Pierwszy Prezes ma funkcję wiodącą. Ma to swoje oczywiste uzasadnienie w fakcie, że Sąd Najwyższy jest organem konstytucyjnym o charakterze instytucjonalnym, wobec tego musi być reprezentowany przez określoną osobę, której dodatkowo Konstytucja przydała przymiot organu konstytucyjnego (art. 183 ust. 3 Konstytucji).

Okazuje się jednak, że ustawowa konstrukcja Izby Dyscyplinarnej czyni Prezesa tej izby organem niezależnym od Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, i to także w stosunkach zewnętrznych. Taką szczególną kompetencją Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego jest coroczne składanie Sejmowi, Senatowi, Prezydentowi oraz Krajowej Radzie Sądownictwa informacji o działalności Sądu Najwyższego oraz stwierdzonych w związku z nią istotnych problemach, „w tym wynikających z orzecznictwa”. Informacja ta dotyczy działalności

wszystkich izb, poza Izbą Dyscyplinarną. W tym zakresie swoją własną informację przedstawia Prezes kierujący tą izbą, którą to informację, na zasadzie autonomicznej, jedynie dołącza się do informacji Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Pierwszy Prezes SN nie tylko więc nie jest autorem informacji o działalności tej izby, ale też nie może zmieniać treści informacji przygotowanej przez Prezesa kierującego Izbą Dyscyplinarną (art. 5 § 1 ustawy o SN). W ten sam sposób uregulowano kompetencję w zakresie przedstawiania właściwym organom

**PREZES SĄDU NAJWYŻSZEGO
NIE TYLKO NIE JEST AUTOREM
INFORMACJI O DZIAŁALNOŚCI
IZBY DISCYPLINARNEJ,
ALE TEŻ NIE MOŻE ZMIENIAĆ
TREŚCI INFORMACJI
PRZYGOTOWANEJ PRZEZ PREZESA
KIERUJĄCEGO TĄ IZBĄ.**

uwag o stwierdzonych nieprawidłowościach lub lukach w prawie, których usunięcie jest niezbędne dla zapewnienia praworządności, sprawiedliwości społecznej i spójności systemu prawnego RP. Także i w tym przypadku Prezes Izby Dyscyplinarnej otrzymał niezależną, autonomiczną kompetencję do występowania z takimi uwagami, bez względu na stanowisko w tym zakresie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Pomimo więc konstytucyjnej konstrukcji kierowania Sądem Najwyższym przez Pierwszego Prezesa SN Izba Dyscyplinarna w stosunkach zewnętrznych reprezentowana jest przez swojego Prezesa.

Zupełnie niezwykle jest uregulowanie, zgodnie z którym reprezentowanie Sądu Najwyższego w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym czy w pracach komisji sejmowych lub senackich Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego ma wykonywać „w porozumieniu” z Prezesem Izby Dyscyplinarnej.

Należy ponadto podkreślić, że ustawa przewiduje wyłączną kompetencję Prezesa Izby Dyscyplinarnej o rozstrzyganiu co do właściwości owej izby w zakresie spraw przekazywanych do lub z izby (art. 28 § 2 ustawy o SN). Wyznacza to pełną niezależność w określaniu własnej kognicji oraz zakresu rozpoznawanych spraw, czego nie może zmodyfikować w żadnym stopniu ani Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, ani żaden skład Sądu Najwyższego. W przypadku tego samego sądu przydzielanie i przenoszenie spraw między poszczególnymi częściami organizacyjnymi (np. wydziałami) wydaje się naturalną kompetencją prezesa takiego sądu.

Najbardziej jaskrawym przykładem autonomiczności i odrębności jest odrębny budżet Izby Dyscyplinarnej, którego projekt jest uchwalany przez zgromadzenie sędziów Izby Dyscyplinarnej, a następnie tylko technicznie dołączany do projektu przygotowanego przez Pierwszego Prezesa SN dla Sądu Najwyższego. Także wykonywanie tego budżetu w Izbie Dyscyplinarnej odbywa się zupełnie niezależnie w stosunku do Sądu Najwyższego. Prezesowi tej izby, zgodnie z wyraźną regulacją ustawową, przysługują uprawnienia ministra właściwego do spraw finansów publicznych, a wszelkie przeniesienia wydatków, które miałyby skutkować zmniejszeniem budżetu Izby Dyscyplinarnej, wymagają zgody Prezesa Izby Dyscyplinarnej. Rozstrzygnięcie to ma tak kategoryczny charakter, że sugeruje, iż warunek zgody dotyczy także działań podejmowanych przez podmioty zewnętrzne. Konstrukcja prawnofinansowa odnosząca się do Izby Dyscyplinarnej tworzy z niej odrębną, w stosunku do Sądu Najwyższego, jednostkę budżetową. W tym sensie Izba Dyscyplinarna ma taki sam niezależny status organizacyjny w stosunku do Sądu Najwyższego jak każdy inny podmiot publiczny o wydzielonym budżecie (np. Rzecznik Praw Obywatelskich czy Trybunał Konstytucyjny)²⁰.

Wyodrębnienie organizacyjne Izby Dyscyplinarnej podkreśla ponadto fakt, że ma ona odrębną kancelarię Prezesa Izby Dyscyplinarnej, której regulamin określa Prezes tej izby, a nie Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego. Ten sam Prezes Izby powołuje i odwołuje Szefa swojej Kancelarii, bez konieczności jakichkolwiek konsultacji z Pierwszym Prezesem SN. Izba Dyscyplinarna może mieć też własnego rzecznika prasowego, podległego Prezesowi Izby Dyscyplinarnej, który uzyskuje autonomiczne kompetencje np. do redagowania strony internetowej Sądu Najwyższego w zakresie dotyczącym izby²¹. Wyraźny przepis ustawowy wskazuje także, że czynności z zakresu prawa pracy wobec osób wykonujących czynności służbowe w kancelarii Prezesa Izby Dyscyplinarnej dokonuje Prezes tej izby lub upoważniona przez niego osoba. Oznacza to, że w istocie Izba Dyscyplinarna jest odrębnym zakładem pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Choć więc pracownicy administracyjni Izby Dyscyplinarnej określani są jako pracownicy SN, to zatrudnienie podejmują w odrębnej jednostce budżetowej, stąd to Izba Dyscyplinarna, a nie Sąd Najwyższy, jest dla nich zakładem pracy. Umowy z tymi pracownikami zawiera więc Prezes Izby Dyscyplinarnej, jako wykonawca budżetu, a nie Pierwszy Prezes SN.

Regulamin Sądu Najwyższego w zakresie organizacyjnym składa się w istocie z dwóch części – tej dotyczącej Sądu Najwyższego (Kancelaria Pierwszego Prezesa SN) i tej dotyczącej Izby Dyscyplinarnej (Kancelaria Prezesa kierującego pracami Izby Dyscyplinarnej). Nie jest to przy tym akt wewnętrzny, wykreowany przez sam Sąd Najwyższy, ale regulacja prawna narzucona przez podmiot zewnętrzny, Prezydenta RP, który w ten

²⁰ Ciekawą kwestią jest przyjmowanie projektu budżetu Izby Dyscyplinarnej przez sędziów tej Izby – w przypadku Sądu Najwyższego to Kolegium tego sądu uchwała ten projekt. Istotne jest, że o ile Prezes Izby Dyscyplinarnej uczestniczy w ten sposób (jako członek Kolegium) w uchwalaniu projektu budżetu SN, o tyle żaden organ Sądu Najwyższego nie ma wpływu na projekt budżetu Izby Dyscyplinarnej.

²¹ Zob. § 6a rozporządzenia Prezydenta RP z 29.03.2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego (Dz.U. poz. 660 ze zm.), dalej regulamin Sądu Najwyższego. Przepis ten przewiduje także możliwość powołania odrębnego zespołu prasowego.

sposób tworzy autonomię organizacyjną Izby Dyscyplinarnej. To raz jeszcze podkreśla jej odrębność w stosunku do Sądu Najwyższego, ma ona bowiem swoje źródło nie w decyzji samego sądu (czy jego organów), ale podmiotów zewnętrznych – Prezydenta RP.

Ustawowa regulacja wyłącza także uprawnienia Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego w stosunku do Izby Dyscyplinarnej w zakresie powoływania i odwoływania przewodniczących wydziałów w tej izbie, opiniowania oświadczeń woli dalszego pełnienia urzędu przez sędziów tej izby, którzy ukończyli 65. rok życia, wykonywania czynności w zakresie powoływania ławników w Izbie Dyscyplinarnej, opiniowania ogłoszenia liczby wolnych stanowisk sędziego w Izbie Dyscyplinarnej, przenoszenia sędziów Izby Dyscyplinarnej za ich zgodą do orzekania w innej izbie, występowania z wnioskiem do Ministra Sprawiedliwości o delegowanie sędziego sądu powszechnego do orzekania w Izbie Dyscyplinarnej lub do wykonywania funkcji asystenta sędziego lub innych czynności czy też kierowania sędziów Izby Dyscyplinarnej na badania lekarskie (zob. art. 20 ustawy o SN).

Zgodnie z ustawą o Sądzie Najwyższym Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego może nakazać natychmiastowe zwolnienie sędziego Izby Dyscyplinarnej zatrzymanego na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa tylko w porozumieniu z Prezesem Izby Dyscyplinarnej. O zatrzymaniu sędziego tej izby zawiadamia się także Prezesa Izby Dyscyplinarnej. Uregulowanie to w sposób jednoznaczny już ujawnia zamiar ustawodawcy potraktowania Izby Dyscyplinarnej jako odrębnego sądu. Zgodnie bowiem z treścią art. 181 Konstytucji prezes „właściwego miejscowo” sądu może nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa sędziego. Jeżeli w ustawie o Sądzie Najwyższym przewiduje się wykonanie tej kompetencji wspólnie przez Prezesa Izby Dyscyplinarnej oraz Pierwszego Prezesa SN, to konstytucyjność takiego rozwiązania możliwa jest do zachowania tylko przy założeniu, że Prezes Izby Dyscyplinarnej też jest „prezesem sądu właściwego miejscowo”, co zakłada, że Izba Dyscyplinarna jest odrębnym sądem²².

Właściwość rzeczowa Izby Dyscyplinarnej została określona w sposób szczególny – izba ta stała się sądem orzekającym w pierwszej instancji w sprawach dyscyplinarnych sędziów Sądu Najwyższego, w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych dotyczących sędziów Sądu Najwyższego, w sprawach z zakresu przeniesienia sędziego Sądu Najwyższego w stan spoczynku. Jednocześnie izba ta jest organem sądowym, który rozpoznaje w pierwszej – i jedynej – instancji odwołania od rozstrzygnięć organów korporacyjnych dotyczących spraw dyscyplinarnych adwokatów, radców prawnych, notariuszy, sędziów sądów powszechnych, sędziów sądów wojskowych, prokuratorów IPN, prokuratorów oraz komorników sądowych (a także asesorów, referendarzy czy aplikantów występujących w stosownych ustawach dotyczących tych zawodów prawniczych). Należy mieć na uwadze, że te kompetencje Izby Dyscyplinarnej co do zasady nie mają nic wspólnego z funkcją Sądu Najwyższego, jaką jest nadzór judykacyjny nad orzecznictwem sądów powszechnych. Jest to bowiem orzekanie me-

²² Cała regulacja zakładająca, że uprawnienie określone w art. 181 *in fine* Konstytucji względem sędziów Sądu Najwyższego wykonuje Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, jest wątpliwa konstytucyjnie. Kwestia ta wykracza jednak poza zakres tematyczny niniejszego artykułu.

rytoryczne w sprawach, które (poza postępowaniem dyscyplinarnym przewidzianym w ustawie o sądach powszechnych) nie były wcześniej przedmiotem orzekania przez sąd w znaczeniu konstytucyjnym. Rozpatrywanie tych spraw przez Izbę Dyscyplinarną jest więc pierwszym postępowaniem przed sądem, które miałyby realizować standard konstytucyjny wynikający z art. 45 Konstytucji. Problem polega na tym, że takiego odrębnego „sądu dyscyplinarnego” nie przewiduje Konstytucja RP²³.

Jeżeli szczególny sposób powołania do sądu wyjątkowego należy uznać za jedną z podstawowych cech wyróżniających sąd takiego typu, to Izba Dyscyplinarna spełnia to kryterium w sposób kanoniczny. Powołanie danej osoby na stanowisko sędziego w Izbie Dyscyplinarnej następuje konkretnie do tej izby, a nie ogólnie do Sądu Najwyższego. Konkursy ogłaszane są na wolne miejsca nie w Sądzie Najwyższym jako całości, ale konkretnie do Izby Dyscyplinarnej (podobnie jak do pozostałych izb). Nie ma możliwości, by doszło do przeniesienia sędziego z innej izby do Izby Dyscyplinarnej bez zgody Prezesa tej izby – szczególną regulację zawiera w tym względzie art. 131 ustawy, wprowadzając blokadę obejmowania urzędu w Izbie Dyscyplinarnej przez dotychczasowych sędziów SN, wyłączając przepisy ogólne. Przeniesienie do tej izby (do czasu obsadzenia wszystkich miejsc) może nastąpić wyłącznie za zgodą Prezesa Izby Dyscyplinarnej, na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, w drodze powołania przez Prezydenta RP. Jest to więc pełna blokada polityczna, której nie ma w przypadku którejkolwiek innej izby, w tym także nowo utworzonej Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych. Słusznie także podkreślono w opinii Pierwszej Prezes Sądu Najwyższego z 6.10.2017 r., że aktualna większość rządząca na lata ukształtuje skład Izby Dyscyplinarnej²⁴.

Oznacza to, że powoływanie do Izby Dyscyplinarnej na stanowiska sędziów tej izby dokonuje się w sposób autonomiczny – i następuje to w procedurze określonej już w nowej ustawie o Krajowej Radzie Sądownictwa, a więc procedurze skrajnie upolitycznionej

²³ Przed powołaniem Izby Dyscyplinarnej sprawy dyscyplinarne rozpoznawał także Sąd Najwyższy. Kompetencja ta miała jednak wyjątkowy charakter w porównaniu z liczbą spraw rozpoznawanych przez SN w ramach nadzoru judykacyjnego nad orzeczeniami sądów powszechnych i wojskowych. Konstytucyjną podstawę do orzekania w sprawach dyscyplinarnych upatrywano w treści art. 175 ust. 1 Konstytucji, który przewiduje, że także Sąd Najwyższy „sprawuje wymiar sprawiedliwości”, zgodnie zaś z art. 177 Konstytucji określony zakres spraw może być zastrzeżony dla kognicji innych sądów wskazanych w art. 175 ust. 1 Konstytucji niż sądy powszechne – por. A. Górski, *Uwagi o sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości przez Sąd Najwyższy* (w:) *Aurea praxis. Aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Ercińskiego*, red. J. Gudowski, K. Weitz, Warszawa 2011, t. II. Wykładnia ta może jednak budzić wątpliwości w świetle art. 183 ust. 1 Konstytucji, który wyraźnie precyzuje funkcje Sądu Najwyższego, wskazując jedynie możliwość wykonywania przez SN „innych czynności” określonych w Konstytucji i ustawach. Szersze rozważenie konstytucyjnej dopuszczalności merytorycznego orzekania przez SN w sprawach dyscyplinarnych znacznie przekracza ramy niniejszego opracowania. Istotne jest, że zakres kognicji Izby Dyscyplinarnej od strony przedmiotowej niewiele ma wspólnego z nadzorem nad „działalnością sądów powszechnych i wojskowych w zakresie orzekania”, o którym mowa w art. 183 ust. 1 Konstytucji RP, a który jest konstytucyjnym zadaniem Sądu Najwyższego.

²⁴ Opinia Pierwszej Prezes SN z 6.10.2017 r. do przedłożonego przez Prezydenta RP projektu ustawy o Sądzie Najwyższym, <http://search.sejm.gov.pl/SejmSearch/ADDL.aspx?DoSearchNewByIndex> (dostęp: 22.02.2019 r.).

z uwagi na partyjny wybór członków Rady przez zwykłą większość sejmową oraz uznanie, że wręczenie nominacji sędziowskiej przez Prezydenta ma charakter prerogatywy, a więc jest uznaniowe. To także powoduje, że cały skład Izby Dyscyplinarnej, z uwagi na sposób powołania, ma zupełnie odmienny charakter od dotychczasowego składu Sądu Najwyższego. Ów szczególny tryb powołania podkreśla szczególnie i wyjątkowy charakter Izby Dyscyplinarnej. Status sędziów tej izby również jest szczególny, choćby mając na względzie zasadniczo wyższe wynagrodzenia czy zdecydowanie mniejszy zakres obciążeń²⁵.

W stosunku do Izby Dyscyplinarnej spełniona jest także inna cecha sądów wyjątkowych, jaką jest odrębność proceduralna. I nie chodzi przy tym o naturalne różnice, jakie istnieją w postępowaniu dyscyplinarnym w stosunku do ogólnych norm postępowania karnego. Owe odrębności mają charakter fundamentalny.

Postępowanie przed Izłą Dyscyplinarną ma charakter w pełni inkwizycyjny. Co

prawda obowiązuje w tym postępowaniu zasada skargowości, ale żądanie podjęcia czynności wyjaśniających może do Rzecznika Dyscyplinarnego skierować Prezes Izby Dyscyplinarnej (choć takie uprawnienie nie przysługuje już prezesom innych izb). Z żądaniem takim może także wystąpić Prokurator Generalny i niezależnie od niego Prokurator Krajowy. Rzecznik co prawda może wydać postanowienie o umorzeniu postępowania dyscyplinarnego, niemniej

W IZBIE DISCYPLINARNEJ FORMALNIE ZACHOWANA JEST DWUINSTANCYJNOŚĆ, ALE MA ONA CHARAKTER POZIOMY, A W ZWIĄZKU Z OGRANICZONYM LICZBOWYM SKŁADEM TEJ IZBY MA ONA POZORNY CHARAKTER

podmioty posiadające kompetencję do wiążącego żądania podjęcia czynności wyjaśniających mogą zażalić się na postanowienie Rzecznika Dyscyplinarnego do sądu dyscyplinarnego (czyli określonego składu Izby Dyscyplinarnej). Rozstrzygnięcie sądu dyscyplinarnego i zawarte w nim wskazania są dla Rzecznika wiążące. Ostatecznie więc Prezes Izby Dyscyplinarnej może zobligować Rzecznika Dyscyplinarnego do prowadzenia postępowania wyjaśniającego, a w przypadku, gdy ten ostatni odmówi, w trybie zażalenia Prezes Izby Dyscyplinarnej kieruje zażalenie do sądu dyscyplinarnego w Izbie Dyscyplinarnej, którego skład osobowy sam wyznacza, a ponadto, z uwagi na automatyzm przyjęty w § 83a ust. 2 Regulaminu Sądu Najwyższego²⁶ oraz małą liczbę sędziów Izby Dyscyplinarnej, może uczestniczyć w jej rozpoznaniu jako przewodniczący składu orzekającego (§ 89 ust. 2 regulaminu SN). Należy ponadto przypomnieć, że orzeczenia Izby Dyscyplinarnej, także te wydawane jako sąd pierwszej instancji, nie podlegają żadnej kontroli, nawet w trybie nadzwyczajnym, została

²⁵ Por. opinia Pierwszej Prezes SN z 6.10.2017 r. do przedłożonego przez Prezydenta RP projektu ustawy o Sądzie Najwyższym, <http://search.sejm.gov.pl/SejmSearch/ADDL.aspx?DoSearchNewByIndex> (dostęp: 22.02.2019 r.)

²⁶ Zgodnie z tym przepisem sprawy przydzielane są automatycznie według kolejności ich wpływu sędziom danej izby według kolejności alfabetycznej. Wyraźnie przy tym wskazano, że „przydzielając sprawy Prezes Sądu Najwyższego nie może pominąć sędziego, któremu według kolejności alfabetycznej powinna zostać przydzielona sprawa”.

bowiem wyłączona możliwość złożenia kasacji (także kasacji nadzwyczajnej) od tych orzeczeń.

Jeszcze inną odrębnością o zasadniczym charakterze jest możliwość wyznaczenia przez Prezydenta RP Nadzwyczajnego Rzecznika Dyscyplinarnego do prowadzenia określonej sprawy sędziego Sądu Najwyższego. Oznacza to możliwość zupełnego odstąpienia od ustawowych generalnych reguł procesowych w konkretnej, indywidualnej sprawie. Ustawa przewiduje równocześnie, że wyznaczenie takiego Rzecznika Nadzwyczajnego jest równoznaczne z żądaniem podjęcia czynności wyjaśniających – oznacza to więc, że w sposób bezpośredni Prezydent – polityk może w konkretnych, indywidualnych sprawach wszczynać postępowania dyscyplinarne wobec sędziów SN. To samo uprawnienie zostało przyznane Ministrowi Sprawiedliwości (kolejny polityk), w przypadku, w którym Prezydent nie skorzystałby ze swojej kompetencji w określonym czasie. Należy przy tym pamiętać, że wyznaczenie takiego Nadzwyczajnego Rzecznika z mocy samego prawa wyłącza od działania rzecznika dyscyplinarnego powołanego przez Kolegium Sądu Najwyższego.

W Izbie Dyscyplinarnej formalnie zachowana jest dwuinстанcyjność, ale ma ona charakter poziomy, a w związku z ograniczonym liczbowym składem tej izby²⁷ ma ona pozorny charakter. Z kolei postępowania dyscyplinarne w stosunku do osób wykonujących zawody prawnicze mają charakter jednoinstancyjny – od orzeczeń tych nie przysługuje środek odwoławczy w zwykłym trybie²⁸.

O wyjątkowym charakterze sądu może także decydować wspomniany wyżej sposób powoływania jego sędziów lub składów orzeczniczych do rozpoznawania konkretnych spraw. Szczególną cechą Izby Dyscyplinarnej w tym kontekście jest udział w niej osób (ławników) powołanych przez organ polityczny, jakim jest Senat, który wybiera „ławników” Izby Dyscyplinarnej zwykłą większością głosów.

Wskazane powyżej cechy Izby Dyscyplinarnej nakazują zakwalifikować ją jako sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji lub co najmniej jako organ sądowy nieprzewidziany w art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że przekazanie temu organowi uprawnień z zakresu wymiaru sprawiedliwości w sprawach dyscyplinarnych oraz innych sprawach dotyczących statusu sędziów Sądu Najwyższego stanowi jednoznaczne naruszenie Konstytucji²⁹. Należy przy tym

²⁷ 16 osób zgodnie z regulaminem SN, przy czym efektywnie może być ich mniej.

²⁸ Wiele innych odmienności proceduralnych wskazano w opinii Pierwszej Prezes SN z 6.10.2017 r. do przedłożonego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projektu ustawy o Sądzie Najwyższym, <http://search.sejm.gov.pl/SejmSearch/ADDL.aspx?DoSearchNewByIndex>

²⁹ Za zupełny eufemizm w tym kontekście należy uznać twierdzenie K. Szczuckiego (skądinąd reprezentującego w pracach parlamentarnych projektodawcę tych rozwiązań, tzn. Prezydenta RP), stwierdzającego, że „1. Regulacja zawarta w art. 20 ustawy o SN [przenoszącym uprawnienia Pierwszego Prezesa SN na Prezesa Izby Dyscyplinarnej – przyp. autora] wpisuje się w ogólne założenie ustawodawcy polegające na nadaniu Izbie Dyscyplinarnej szczególnego statusu przejawiającego się w jej autonomii. Przepisy ustawy są w tym zakresie próbą pogodzenia dwóch dążeń: tj. wyposażenia Izby Dyscyplinarnej w daleko idącą samodzielność, przy jednoczesnym utrzymaniu jej w strukturze Sądu Najwyższego. Izba Dyscyplinarna nie ma być zatem odrębnym sądem, tylko częścią Sądu Najwyższego, niemniej – ze względu na specyfikę swojej właściwości rzeczowej – ulokowanym niejako obok pozostałych struktur Sądu Najwyższego” – por. K. Szczucki, *Ustawa o Sądzie Najwyższym. Komen-*

pamiętać, że kompetencją Izby Dyscyplinarnej, której skład osobowy został powołany w szczególny sposób, objęto także konkretne czyny popełnione przed ustanowieniem tej izby. W tym sensie spełnia ona charakterystykę sądu wyjątkowego także w wąskim znaczeniu, jako sądu stworzonego *ex post*, który ma orzekać w konkretnych, indywidualnych sprawach.

Gdyby przyjęto ustawę o Trybunale Dyscyplinarnym, którego ustrój odpowiadałby cechom obecnej Izby Dyscyplinarnej określonym w obowiązującej ustawie o Sądzie Najwyższym, nikt nie miałby wątpliwości, że jest to stworzenie sądu wyjątkowego z naruszeniem art. 175 Konstytucji. Konstytucja nie przewiduje bowiem odrębnych sądów szczególnych – sądów dyscyplinarnych. W tej sytuacji w sprawach dyscyplinarnych powinny orzekać sądy powszechne, a jedynie wyjątkowo, w zakresie wyznaczonym przez art. 183 ust. 1 Konstytucji, Sąd Najwyższy. Natomiast elementy organizacyjne łączące Izbę Dyscyplinarną z Sądem Najwyższym są tak nikłe, że nie dają podstaw do przyjęcia, iż mamy do czynienia z jednostką organizacyjną tego sądu³⁰. Na pewno nie tworzy takich podstaw wspólny budynek, stołówka, parking i wspólna – choć redagowana odrębnie – strona internetowa. Nie tworzy także takich podstaw udział członków Izby Dyscyplinarnej w organach kolegialnych Sądu Najwyższego³¹, tak jak nie włączyłaby Trybunału Stanu w skład Sądu Najwyższego regulacja ustawowa, która przewidywałaby udział w Zgromadzeniu Ogólnym i Kolegium członków tego Trybunału (skądinąd taką osobą jest Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego jako Przewodniczący Trybunału Stanu).

Jakie są konsekwencje tezy, że Izba Dyscyplinarna ma charakter sądu wyjątkowego w rozumieniu art. 175 ust. 1 Konstytucji, a w związku z tym w części spraw dyscyplinarnych orzeczenia wydawać będzie organ nie tylko nieprzewidziany w Konstytucji, co wprost w niej zakazany?

tarz, Warszawa 2018, t. 1 do art. 20. Owo „niejakie ulokowanie” oznacza w praktyce brak powiązań hierarchicznych Izby Dyscyplinarnej ze strukturami czy to orzecznictwymi, czy administracyjnymi Sądu Najwyższego, a autonomia jest organizacyjną niezależnością. K. Szczucki nawet nie próbuje wykazać, w jakim zakresie Izba Dyscyplinarna „została utrzymana” w strukturze SN.

³⁰ W opinii Pierwszej Prezes SN z 6.10.2017 r. złożonej w trakcie prac legislacyjnych nad projektem ustawy o Sądzie Najwyższym, przewidującym utworzenie Izby Nadzwyczajnej, stwierdzono, że Izba ta jest w istocie „nadizbą”, „a właściwie odrębnym i samodzielny sądem, który został tylko pozornie usadowiony w strukturze Sądu Najwyższego”, <http://search.sejm.gov.pl/SejmSearch/ADDL.aspx?DoSearchNewByIndex> (dostęp: 22.02.2019 r.).

³¹ Dążenie do autonomii Izby Dyscyplinarnej w stosunku do Sądu Najwyższego doprowadziło twórców tych konstrukcji do faktycznego wykluczenia możliwości kandydowania przez Prezesa Izby Dyscyplinarnej na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Zgodnie z § 10 regulaminu Sądu Najwyższego Prezes Izby Dyscyplinarnej jest z mocy prawa członkiem i przewodniczącym komisji skrutacyjnej na Zgromadzeniu Ogólnym dokonującym wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa SN. Trudno sobie wyobrazić, by funkcje takiego przewodniczącego komisji skrutacyjnej mogła pełnić jedna z osób ubiegających się o stanowisko Pierwszego Prezesa SN. Gdyby jednak Prezes Izby Dyscyplinarnej zdecydował się kandydować, to wybór nie mógłby zostać dokonany, przyjęte regulacje nie przewidują bowiem możliwości zastąpienia Prezesa Izby Dyscyplinarnej w funkcji przewodniczącego komisji skrutacyjnej. Przy okazji Prezes Izby Dyscyplinarnej otrzymał możliwość pełnej blokady pracy wyborczego Zgromadzenia Ogólnego, w przypadku jego nieobecności nie może bowiem pracować komisja skrutacyjna.

Pierwszą kwestią jest ustalenie, czy w ramach stworzonej struktury nieznanego Konstytucji sądu w postaci Izby Dyscyplinarnej będą orzekać sędziowie w rozumieniu konstytucyjnym. Przyjęte w tym zakresie rozwiązania dotyczące sposobu powoływania osób orzekających w Izbie Dyscyplinarnej budzą zasadnicze wątpliwości, a to na skutek dekonstytucjonalizacji organu, który zgodnie z Konstytucją RP ma podstawową rolę w procesie powoływania na stanowisko sędziego – chodzi o Krajową Radę Sądownictwa³². Ustawa, która ukształtowała ów organ w sposób sprzeczny z Konstytucją, spowodowała równocześnie, że w perspektywie konstytucyjnej wadliwy stał się cały proces powoływania na stanowisko sędziego.

Należy przy tym mieć na uwadze, że zgodnie z Konstytucją Krajowa Rada Sądownictwa nie może być zastąpiona przez inny organ w procesie powoływania na stanowisko sędziego sądu powszechnego, sądu administracyjnego czy Sądu Najwyższego lub Naczelnego Sądu Administracyjnego. Konstytucja nie wprowadza natomiast wewnętrznego zróżnicowania w obrębie sądów powszechnych ani też konstytucyjnej kompetencji Krajowej Rady Sądownictwa w odniesieniu do zajmowania przez sędziów funkcji w poszczególnych strukturach organizacyjnych sądownictwa powszechnego. Oznacza to, że Konstytucja nie przesądza, w jaki sposób może być realizowany proces powoływania sędziów na konkretne stanowiska sędziowskie w ramach struktury sądownictwa powszechnego. Oczywiście istnieje wiele istotnych racji wskazujących na to, że także w tym przypadku Krajowa Rada Sądownictwa powinna odgrywać istotną rolę – powołanie na stanowisko sędziego zawsze następuje do konkretnego sądu. Niemniej dotyczy już osób, które mają status sędziego. Jeżeli status ten został uzyskany w trybie konstytucyjnym, to przeniesienie z jednego sądu do drugiego nie wymaga już spełniania tak restrykcyjnych przesłanek³³.

Czym innym jest jednak powołanie do Izby Dyscyplinarnej (czy Sądu Najwyższego) osób, które do tej pory nie były sędziami tego sądu lub w ogóle nie miały statusu sędziego. Nie jest to zmiana stanowiska w ramach struktury sądownictwa powszechnego (np. z sędziego sądu rejonowego na sędziego sądu okręgowego). Wspomniane wcześniej naruszenie konstytucyjnej procedury powołania na stanowisko sędziego sądu wyjątkowego (szczególnego) wynikające z dekonstytucjonalizacji Krajowej Rady Sądownictwa

³² Zob. analizy wykazujące naruszenie Konstytucji RP w zakresie nowej ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa, a także kwestionujące zgodność z Konstytucją sposobu powołania obecnych członków tego gremium – w szczególności K. Grajewski, *Krajowa Rada Sądownictwa w świetle przepisów ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. – zagadnienia podstawowe*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2018/1 i powołana tam literatura oraz opinie prawne. Istotne znaczenie ma także fakt, że sama obecnie działająca Krajowa Rada Sądownictwa we wniosku skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego podniosła zarzut, że zasadnicze uregulowania dotyczące sposobu jej powoływania są sprzeczne z Konstytucją (K 12/18), <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/sprawa.xhtml?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%2012/18> (dostęp: 22.02.2019 r.).

³³ Należy mieć jednak na względzie stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w wyroku z 8.05.2012 r. (K 7/10), w którym wskazano, że te same standardy konstytucyjne powinny obowiązywać przy każdym powołaniu na stanowisko sędziowskie, także w ramach tej samej struktury sądownictwa.

powoduje, że osoby orzekające w Izbie Dyscyplinarnej nie mogą nabyć w sposób prawidłowy statusu sędziów w rozumieniu konstytucyjnym.

Niezgodny z Konstytucją status Izby Dyscyplinarnej jako sądu wyjątkowego i wadliwy tryb powołania członków tego sądu powoduje, że nie posiadają oni podstawowej gwarancji niezawisłości, jaką jest nieusuwalność. Ta cecha jest konstytutywna dla przyjęcia, że dana osoba sprawuje urząd sędziego w rozumieniu konstytucyjnym. Z istoty uznania określonych regulacji prawnych za niezgodne z Konstytucją, a określonych zdarzeń wynikających ze stosowania tych regulacji jako dokonanych z naruszeniem Konstytucji, wynika, że w określonej perspektywie czasowej można się spodziewać działań zmierzających do uzyskania stanu zgodności z Konstytucją albo do zmiany Konstytucji. Okoliczność ta powoduje, że owe stany faktyczne dokonane z naruszeniem Konstytucji nie mogą liczyć na normalną ochronę konstytucyjną. Trudno więc przyjmować, że konstytucyjne gwarancje nieusuwalności obejmować będą osoby, które uzyskują status sędziego w sposób sprzeczny z Konstytucją – bądź to z uwagi na niekonstytucyjny tryb powołania, bądź to z uwagi na powołanie do niekonstytucyjnego sądu. Innymi słowy, gwarancją ich nieusuwalności przestaje być Konstytucja, a staje się nią zmienne poparcie polityczne ugrupowań sprawujących w danym momencie władzę polityczną³⁴, a tym samym mających decydujący wpływ na stanowienie ustaw zwykłych. Te bowiem ustawy – a nie Konstytucja – są obecnie podstawą funkcjonowania Izby Dyscyplinarnej i jej sędziów.

Fakt, że Izba Dyscyplinarna nie może być sądem w znaczeniu konstytucyjnym, bo nie przewiduje jej art. 175 ust. 1 Konstytucji, jako sąd wyjątkowy jest zaś zakazana w związku z wyraźnym brzmieniem art. 175 ust. 2 Konstytucji, również wyklucza uznanie, że rozstrzygnięcia tej izby mają charakter wyroku sądu w rozumieniu art. 42 ust. 3 Konstytucji, który to przepis, w zakresie ochrony domniemania niewinności, ma zastosowanie także w odniesieniu do odpowiedzialności dyscyplinarnej³⁵. Domniemanie niewinności może być wzruszone wyłącznie na podstawie wyroku sądu – ale tylko sądu, który spełnia konstytucyjne cechy takiego organu.

Czym w takim razie są te rozstrzygnięcia i czym jest Izba Dyscyplinarna? Niewątpliwie intencją ustawodawcy było nadanie Izbie Dyscyplinarnej cech sądu, podobnie jak rozstrzygnięciom składów tej izby cech wyroków sądowych. Nadto regulacja prawna sprawia, że izba ta pozoruje działania innego sądu – Sądu Najwyższego. Regulacja ustawowa nie jest jednak w stanie nadać Izbie Dyscyplinarnej cech sądu w znaczeniu konstytucyjnym. Sąd wyjątkowy (sąd nienależący do katalogu określonego w art. 175 ust. 1 Konstytucji) w okresie pokoju nie może być sądem w rozumieniu Konstytucji, sprzeczne by to było bowiem z zasadą legalizmu. Ustawą zwykłą stworzono więc organ władzy

³⁴ Sytuacja ta w sposób oczywisty rzutuje na gwarancje niezawisłości – świadomość niepewności co do stabilności statusu sędziego może w odbiorze społecznym prowadzić do przypisywania członkom Izby Dyscyplinarnej motywacji związanych z podejmowanymi rozstrzygnięciami niemieszczących się w zakresie standardu bezstronności.

³⁵ Por. P. Wiliński, P. Karlik (w.): *Konstytucja RP. Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1, nb 247 do art. 42 i przywoływane tam orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

publicznej podejmujący prawnie wiążące rozstrzygnięcia w sprawach indywidualnych. W ten sam sposób, z mocy ustawy, działają organy orzekające w sprawach dyscyplinarnych w ramach poszczególnych korporacji zawodowych. Ustawodawca może tworzyć takie organy, tyle tylko że rozpoznawanie przez nie spraw indywidualnych nie będzie spełniać standardu określonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji, innymi słowy, nie będzie to rozpoznanie sprawy przez sąd. Z uwagi zaś na to, że rozstrzygnięcia Izby Dyscyplinarnej nie mogą być przedmiotem kasacji ani innego środka zaskarżenia, w sprawach, w których orzeczenia takie będą zapadać, strona zostanie pozbawiona konstytucyjnego prawa do sądu. Prawo to bowiem realizowane jest wyłącznie wówczas, gdy dana konkretna sprawa może być przedstawiona „sądowi” w rozumieniu konstytucyjnym (bez względu na to, czy ma to być sąd powszechny, sąd administracyjny, wojskowy czy też NSA lub SN).

Stworzenie Izby Dyscyplinarnej spowodowało więc wykluczenie wielu spraw indywidualnych spod zakresu kognicji sądów, w sprawach tych bowiem wyłączono możliwość złożenia środka odwoławczego do sądu. Z uwagi na charakter orzeczeń dyscyplinarnych stanowi to ewidentne naruszenie art. 77 ust. 2 Konstytucji, zgodnie z którym ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. W przypadku zaś, gdy w pierwszej instancji orzekały sądy w znaczeniu konstytucyjnym (dotyczy to w szczególności spraw dyscyplinarnych sędziów), wyłączna kompetencja Izby Dyscyplinarnej do rozpoznawania środków odwoławczych oznacza, że w sprawach tych przestała być realizowana konstytucyjna zasada dwuinstancyjnego postępowania odwoławczego (art. 176 ust. 1 Konstytucji)³⁶.

Stan ten oznacza, że w dużej części spraw dyscyplinarnych dojdzie do ograniczenia prawa do sądu, co w przyszłości może zostać zakwestionowane nie tylko przed polskimi organami³⁷, ale także przed trybunałami międzynarodowymi, w tym Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, w perspektywie art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³⁸. Prawo do sądu, o którym mówi Konwencja, jest prawem do organu sądowego zgodnego z zasadą legalizmu, a więc organu sądowego przewidzianego w konstytucji danego państwa³⁹.

³⁶ Należy przy tym pamiętać, że z uwagi na zmodyfikowanie zasad postępowania dyscyplinarnego prowadzonego w sprawach sędziów Izba Dyscyplinarna uzyskała szerokie możliwości orzekania reformatoryjnego, także wówczas, gdy doszło do uniewinnienia obwinionego przez sąd (lub umorzenia postępowania). W takiej sytuacji wydawane przez Izbę Dyscyplinarną orzeczenia reformatoryjne nie będą miały charakteru orzeczeń sądowych (w rozumieniu konstytucyjnym) i równocześnie zamknięta będzie droga postępowania sądowego do kontroli tych orzeczeń.

³⁷ Przywrócenie w postępowaniach dyscyplinarnych konstytucyjnego standardu prawa do sądu będzie wymagać wprowadzenia skutecznych środków prawnych umożliwiających sądową kontrolę wydanych wcześniej rozstrzygnięć dyscyplinarnych przez Izbę Dyscyplinarną. Trudno obecnie wskazywać, jaki charakter będzie miał ów środek kontroli.

³⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.).

³⁹ Por. P. Hofmański, A. Wróbel (w:) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, t. 1, nb 130 do art. 6, s. 313. Szersze omówienie tego zagadnienia wymagałoby odrębnego opracowania.

ABSTRACT

Włodzimierz Wróbel – *The Disciplinary Chamber as exceptional court in sens of regulation of Art. 175 Polish Constitution*

Article 175, paragraph 2 of the Constitution of the Republic of Poland provides possibility of appointment of exceptional courts during the time of war. The Constitution also excludes the functioning of other courts than those indicated in art. 175. A feature of an exceptional court is organizational separation, autonomy in relation to other courts, a specific manner of appointing judges of such a court, a special scope of cases recognized – both in terms of time, subject, matters as well as a specific procedure. The Disciplinary Chamber meets these features of an exceptional court, despite its nominal inclusion in the structure of the Supreme Court. Therefore, there are fundamental doubts as to whether the judgments issued by this Chamber have the character of judicial decisions in the constitutional sense of this notion.

Keywords: Supreme Court, Disciplinary Chamber, exceptional court, judge, Constitution, disciplinary procedure, justice

dr hab. Włodzimierz Wróbel

The author is professor of Jagiellonian University, chairman of the Department of Criminal Law of the Jagiellonian University, Head of the Chair of Bioethics and Medical Law of the Jagiellonian University.

dr hab. Włodzimierz Wróbel

Autor jest profesorem Uniwersytetu Jagiellońskiego, kierownikiem Katedry Prawa Karnego, kierownikiem Zakładu Bioetyki i Prawa Medycznego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Artymiak Grzegorz** (w:) *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 5, *Sądy i inne organy postępowania karnego*, red. Z. Kwiatkowski, Warszawa 2015
- Böttcher Reinhard** (w:) *Die Strafprozessordnung und as Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar 25, neubearbeitete Auflage*, red. P. Riess, Berlin 2003, t. 7
- Brzeziński Michał**, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007
- Dunaj Katarzyna**, *Sądy wojskowe jako organy wymiaru sprawiedliwości*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2015/24, s. 12
- Hofmański Piotr, Wróbel Andrzej** (w:) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, t. 1

- Garlicki Leszek** (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, t. 4
- Górski Antoni**, *Uwagi o sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości przez Sąd Najwyższy* (w:) *Aurea praxis. Aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, red. J. Gudowski, K. Weitz, Warszawa 2011, t. II
- Gudowski Jacek**, *Sąd Najwyższy. Pozycja ustrojowa, funkcje i zadania* (spojrzenie sędziego cywilisty), „Przegląd Sądowy” 2015/11–12, s. 22
- Karlik Piotr, Wiliński Paweł** (w:) *Konstytucja RP. Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1
- Kozielewicz Wiesław** (w:) *Tryb doraźny – uwagi de lege ferenda*, „Krytyka Prawa” 2010/1, s. 330
- Masternak-Kubiak Małgorzata**, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3
- Safjan Marek** (w:) *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016
- Zieliński Adam**, *Prawo do sądu i organizacja władzy sądowniczej* (w:) *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006
- Szczucki Krzysztof** (w:) *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz. Art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, nb 28 do art. 175, Warszawa 2016
- Szczucki Krzysztof**, *Ustawa o Sądzie Najwyższym. Komentarz*, Warszawa 2018, t. 1 do art. 20
- Zeidler Manfred**, *Das Sondergericht Freiberg. Zu Justiz und Repression in Sachsen 1933–1940*, Dresden 1998

Pojęcia kluczowe: *czyn ciągły, ciąg przestępstw, wykroczenie, wymiar kary, podstawa przypisania, ne bis in idem, przesłanki czynu ciągłego, z góry powzięty zamiar, taka sama sposobność, ta sama sposobność, podobny sposób popełnienia, umyślność, nieumyślność, wymiar kary*

Artykuły

Jacek Giezek, Piotr Kardas

NOWE UREGULOWANIA CIĄGŁOŚCI POPEŁNIENIA PRZESTĘPSTWA I WYKROCZENIA (ART. 12 § 2 KODEKSU KARNEGO I ART. 10A KODEKSU WYKROCZEŃ)

Artykuł jest syntetycznym omówieniem zmiany normatywnej, obejmującej regulację ciągłości w Kodeksie karnym oraz w Kodeksie wykroczeń, ze szczególnym uwzględnieniem charakteru prawnego instytucji wyłaniającej się z dodanego art. 12 § 2 k.k., postrzeganego jako uzupełnienie instytucji czynu ciągłego. Analiza relacji, w jakiej art. 12 § 1 k.k. pozostaje do art. 12 § 2 k.k., prowadzi autorów do wniosku, że drugi z wymienionych przepisów ma charakter subsydiarny, uzupełniający i poszerzający zakres czynu ciągłego na przypadki, w których sprawca nie działa ze z góry powziętym zamiarem. Prezentacja przesłanek ciągłości wynikających z art. 12 § 2 k.k. oraz ich konfrontacja ze znaną dotychczas konstrukcją czynu ciągłego pozwala na ocenę konsekwencji zastosowania nowej instytucji, także z uwzględnieniem regulacji zawartej w art. 10a k.w. Nie tracąc z pola widzenia, że czyn ciągły, o jakim mowa w art. 12 § 1 k.k., składa się wyłącznie z objętych jednym zamiarem zachowań umyślnych, podczas gdy przesłanki ciągłości uregulowane w art. 12 § 2 k.k. zostały wypreparowane z komponentu subiektywnego (uprzedmiotowione), autorzy przedstawiają możliwe komplikacje, jakie wiązać się mogą z praktycznym zastosowaniem tej konstrukcji oraz sposoby rozwiązywania ujawniających się na tle nowej regulacji problemów.

Problematyka podstaw odpowiedzialności za przestępstwo popełnione w warunkach ciągłości stanowi nieodmiennie przedmiot zainteresowania przedstawicieli doktryny

prawa karnego oraz obiekt najpoważniejszych kontrowersji w orzecznictwie¹. Wśród kwestii spornych szczególne miejsce zajmuje zagadnienie wykorzystywania instytucji czynu ciągłego do kwalifikowania zachowań objętych zjawiskiem kontrawencjonalizacji. Wynika to, jak można przypuszczać, z dwóch zasadniczych powodów. Po pierwsze – z braku uregulowania ciągłości w Kodeksie wykroczeń². Po wtóre – ze znaczenia i konsekwencji zastosowania zasady *ne bis in idem*. Brak regulacji ciągłości w Kodeksie wykroczeń przesądza, że w zakresie jego zastosowania zasadniczo nie istnieją normatywne podstawy do powiązania dwóch lub więcej zachowań tego samego sprawcy w jedną, podlegającą skumulowanej ocenie całość, jak dzieje się to w przypadku przestępstw w oparciu o konstrukcję czynu ciągłego³. Z punktu widzenia odpowiedzialności za wykroczenia wielość zachowań tego samego sprawcy prowadzić może co najwyżej do realnego zbiegu wykroczeń. Powaga rzeczy osądzonej powoduje natomiast szczególne komplikacje wówczas, gdy sprawcy dwóch lub więcej pozostających w zbiegu realnym czynów stanowiących wykroczenia przypisano już odpowiedzialność, następnie zaś pojawia się potrzeba dokonania oceny stanowiących ich podstawę zachowań jako elementów utworzonego na podstawie art. 12 k.k. czynu ciągłego. Aktualizacja zakazu *ne bis in idem* opartego na wcześniejszym prawomocnym skazaniu za wykroczenia wyklucza, ze względów *prima facie* wyłącznie proceduralnych⁴, możliwość skazania za

¹ Spory związane z instytucją ciągłości towarzyszą praktyce stosowania prawa niezależnie od aktualnego kształtu ustawowej regulacji odnoszącej się do tego zagadnienia. Zob. w szczególności A. Kajtla, *Przestępstwo ciągłe w polskim prawie karnym*, Warszawa 1985; P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999; P. Kardas, *Res iudicata a konstrukcja czynu ciągłego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007/2, s. 53; J. Giezek, *Zbieg przepisów a konstrukcja przestępstwa ciągłego* (w:) *Zbieg przepisów i zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń 2006, s. 91; M. Rogalski, *Przesłanka powagi rzeczy osądzonej w procesie karnym*, Kraków 2006; A. Wojtaszczyk, W. Zontek, *Czy art. 12 jest ciągłym problemem?*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007/2, s. 111; uchwała SN z 15.06.2006 r. (I KZP 15/07), OSNKW 2007/7–8. poz. 55.

² Zob. w tej kwestii m.in. T. Bojarski (w:) T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2012, s. 64. Zob. też krytycznie M. Bielski, *Wokół „przepełnionego” charakteru przestępstwa rozboju*, „Państwo i Prawo” 2009/2, s. 99; P. Kardas, *Problem reakcji na tzw. czyny przepełnione w świetle ciągłości popełnienia przestępstwa, konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych oraz zasady ne bis in idem*, „Prokuratura i Prawo” 2018/3, s. 5.

³ Co do kumulującej funkcji czynu ciągłego w sferze wyznaczenia podstawy odpowiedzialności karnej zob. P. Kardas (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, t. 1, s. 195 oraz powołana tam literatura. J. Giezek (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 90.

⁴ Zakaz *ne bis in idem* traktowany jest bowiem powszechnie jako proceduralna reguła gwarancyjna. Nie jest jednak bynajmniej oczywiste, jakie są podstawy i uzasadnienie tej zasady. Można wszak twierdzić, że powaga rzeczy osądzonej to proceduralne uzupełnienie zasady materialnoprawnej, wyrażającej przekonanie, że podwójne karanie narusza podstawowe intuicje sprawiedliwościowe i jest wyrazem nieuzasadnionego represjonowania pozbawionego podstaw. Z pewnej perspektywy można twierdzić, że *ne bis in idem*, choć funkcjonuje zasadniczo w obszarze procesowym, pełni te same funkcje co reguły kolizyjne, zapobiega nieuzasadnionej redundancji karania. Jego specyfiką jest tym samym przede wszystkim to, że eliminuje podwójne karanie w sytuacjach, gdy układ procesowy uniemożliwia zapobieżeniu tego typu zjawiskom poprzez odwołanie się do konstrukcji materialnoprawnych, w tym w szczególności wskazanych wyżej reguł kolizyjnych. Można tym samym

przestępstwo przy wykorzystaniu konstrukcji czynu ciągłego. Problemów tego typu nie ma w wypadku równoczesnego wartościowania dwóch lub więcej zachowań w perspektywie odpowiedzialności za przestępstwo i wykroczenie⁵, ani też w sytuacji uprzedniego przypisania odpowiedzialności za przestępstwo popełnione w warunkach czynu ciągłego, w kontekście pojawiającej się następnie kwestii odpowiedzialności za wykroczenia, która miałyby obejmować zachowania składające się na ów czyn⁶.

Problem ciągłości w sferze objętej zjawiskiem kontrawencjonalizacji ma charakter szczególny, generuje bowiem trudności w praktyce stosowania prawa, których rozwiązanie w jakikolwiek dający się pomyśleć sposób zawsze może być kwestionowane. Każde rozstrzygnięcie zagadnień spornych pozbawione jest bowiem klarownej ustawowej podstawy, stąd też wywoływać może mniej lub bardziej uzasadnione wątpliwości na płaszczyźnie sprawiedliwościowej. Zastosowanie zasady *ne bis in idem* w wypadku wcześniejszego prawomocnego ukarania za wykroczenia, które mogłyby stanowić elementy czynu ciągłego, w sytuacji braku podstaw do kumulacji odpowiedzialności na płaszczyźnie prawa wykroczeń, wywoływać może zastrzeżenia ze względu na brak możliwości zastosowania wobec sprawcy adekwatnej dolegliwości, na którą zasłużył. Pominięcie zakazu wynikającego z tej zasady – będąc przejawem nieuzasadnionego podwójnego karania za to samo – skutkować z kolei może zarzutem naruszania rudymen tarnej sprawiedliwości. Nie dysponując jednoznaczną podstawą ustawową służącą do rozwiązywania pojawiających się dylematów, poruszamy się więc w sferze argumentów, których siła przemawia za przeciwstawnymi rozstrzygnięciami, co umożliwia ich relatywizację, a jednocześnie stanowi pożywkę dla wszelkiej maści radykalizmów, od gwarancyjnego po populistyczny. Pierwszy wyklucza jakiegokolwiek osłabianie zakazu *ne bis in idem*, nakazując łączyć go bez wyjątków z przesłanką tożsamości czynu, wyznaczającą najszerzej jego zakres i najdalej idące konsekwencje⁷. Drugi sprzyja zgłaszaniu roszczenia o ukaranie za przestępstwo popełnione w warunkach ciągłości, uzasadnianego powszechnym poczuciem sprawiedliwości. Każde z tych rozwiązań podyktowane jest w pewnym sensie przesłankami aksjologicznymi, tyle tylko, że o przeciwstawnych wektorach. Jednemu towarzyszy nieodparte przekonanie o wyższości zasad gwarancyjnych nad społecznym

twierdzić, że *ne bis in idem* ma materialnoprawne źródła i uzasadnienie. Zob. P.H. van Kempen, J. Beemelmans, *EU protection of the substantive criminal law principles of guilt and ne bis in idem under the Charter of Fundamental Rights: Underdevelopment and Overdevelopment in an incomplete criminal justice framework*, „New Journal of European Criminal Law” 2018/2, s. 247.

⁵ Zupełnie odrębną kwestią jest to, że obowiązujące regulacje proceduralne wykluczają możliwość przeprowadzenia w ramach jednego postępowania oceny dwóch lub więcej zachowań tego samego sprawcy z punktu widzenia odpowiedzialności karnej oraz odpowiedzialności za wykroczenia.

⁶ W tym zakresie w orzecznictwie przyjmuje się, że „jeżeli kilka zachowań, z których każde wyczerpuje jednostkowo znamiona wykroczenia tworzy łącznie jeden czyn zabroniony będący przestępstwem ciągłym, to zachowania te tracą przymiot wykroczeń, a tym samym nie może odnosić się do nich art. 10 § 1 k.w., gdyż w aspekcie prawa wykroczeń wchodzi w rachubę kilka odrębnych czynów, a na gruncie prawa karnego tylko jeden, tyle że złożony z kilku zachowań” – wyrok SN z 21.10.2010 r. (V KK 291/10), OSNKW 2010/12, poz. 108. Identycznie SN w wyroku z 21.01.2016 r. (II KK 370/15), LEX nr 1959480; wyrok SN z 17.10.2013 r. (IV KK 147/13), OSNKW 2014/2, poz. 16, LEX nr 1403985.

⁷ Zob. szerzej P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 378.

poczuciem sprawiedliwości, chroni bowiem jednostkę (adresata normy) przed ponownym osądem ocenionego już zachowania, czyniąc to jednak kosztem niedającego się uniknąć uwolnienia i złagodzenia odpowiedzialności w niektórych przypadkach. Drugie wiąże się z przeświadczeniem, że surowość karania, odpowiadająca powszechnej, niejednokrotnie spauperyzowanej wierze w jego sens, ma przewagę nad funkcjami gwarancyjnymi, możliwa niesprawiedliwość jednostkowych rozstrzygnięć stanowi zaś w tym przypadku akceptowalną, konieczną cenę.

Nie powinno przeto dziwić, że w okresie dominacji podlanych częstokroć „sosem populizmu” tendencji zwiększania represyjności systemu prawa zagadnienia pojawiające się na styku konstrukcji ciągłości z problematyką kontrawencjonalizacji, zwłaszcza zaś z zasadą *ne bis in idem*, stanowiły na przestrzeni ostatniego roku przedmiot zainteresowania prawodawcy. Przejawem aktywności legislacyjnej były dwa projekty zmian normatywnych, z których drugi stał się podstawą nowelizacji wprowadzonej na mocy ustawy z 4.10.2018 r. Przyjęte wówczas rozwiązania legislacyjne stanowiły przejaw realizacji koncepcji zmiany uregulowania ciągłości popełnienia przestępstwa, której pierwotny kształt został zaprezentowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości pod koniec 2017 r.⁸ Powołaną ustawą dodano bowiem do art. 12 drugi paragraf, nadając mu następujące brzmienie: „Odpowiada jak za jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa ten, kto w krótkich odstępach czasu, przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób popełnia dwa lub więcej umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu, jeżeli łączna wartość mienia uzasadnia odpowiedzialność za przestępstwo”. Dotychczasowa treść art. 12 została oznaczona jako jego § 1. Równoległe wprowadzono do Kodeksu wykroczeń art. 10a, ujęty w następujący sposób: „§ 1. Jeżeli czyn będący wykroczeniem, za które wymierzono karę lub środek karny, stanowi wspólnie z innym czynem lub czynami, ze względu na łączną wartość mienia przestępstwo, za które wymierzono karę lub środek karny tego samego rodzaju, wykonuje się surowszą karę lub środek karny. Przepisy art. 10 § 1 zdanie drugie oraz § 2–4 stosuje się odpowiednio. § 2. W wypadku dwóch lub więcej czynów będących wykroczeniami, o których mowa w § 1, za karę lub środek karny wymierzony za wykroczenie w rozumieniu § 1 uznaje się sumę kar lub środków karnych wymierzonych za te wykroczenia”.

Przytoczone przepisy – wprowadzone do obowiązującego porządku prawnego na mocy tej samej ustawy nowelizującej – zawierają treści, które odnoszą się do różnych aspektów tego samego zagadnienia. Stanowią zatem wymagające łącznej interpretacji – choć ujęte w dwóch komplementarnie sformułowanych jednostkach redakcyjnych, zawartych w dwóch ustawach mających rangę kodeksów – regulacje odnoszące się do tej samej kwestii, tj. podstaw i zakresu odpowiedzialności za przestępstwo (i ewentualnie wykroczenie⁹) popełnione w warunkach ciągłości w zakresie związanym ze zjawiskiem

⁸ Zob. w tej kwestii m.in. P. Kardas, *Problem reakcji na tzw. czyny przepołowione...*, s. 5.

⁹ Co do możliwości wykorzystywania konstrukcji zawartych w Kodeksie karnym do oceny odpowiedzialności za wykroczenia oraz związanych z tym komplikacji zob. m.in. P. Kardas, *Podstawy odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia. Kilka uwag o nieistniejących przepisach (w:) W poszukiwaniu prawdy. Rozważania o prawie, historii i sprawiedliwości. Prace dedykowane profesorowi Janowi Wiśniewskiemu*, red. K. Banasik, A. Kargol, A. Kubiak-Cyruł, M. J. Lubelski, E. Plebanek, A. Strzelec, Kraków

kontrawencjonalizacji. Mają więc charakter materialnoprawny. Jednak już nieco tylko uważniejsze spojrzenie na art. 10a k.w. uświadamia nam, że – niezależnie od zagadnienia ciągłości popełnienia przestępstwa (lub wykroczenia) w aspekcie materialnoprawnym – zawarte w nim rozwiązania odnoszą się także do kwestii proceduralnych, związanych z konstrukcją powagi rzeczy osądzonej jako negatywnej przesłanki procesowej¹⁰. Z takiej perspektywy wprowadzone rozwiązania wymagają analizy w obu wskazanych wyżej obszarach: materialnoprawnym, dotyczącym istoty, przesłanek i konsekwencji wynikających z ciągłości popełnienia przestępstwa (a być może także wykroczenia); proceduralnym, związanym z zasadą *ne bis in idem* odnoszoną do przypadku kontrawencjonalizacji. Mając na uwadze odmienny charakter obu zagadnień, każde z nich poddać należy odrębnej analizie. Z powodów oczywistych rozpocząć trzeba od uwag dotyczących charakteru wprowadzonych zmian oraz ich konsekwencji na płaszczyźnie prawa karnego materialnego.

Strukturalnie i treściowo regulacja zawarta w art. 12 § 2 k.k. stanowi uzupełnienie i w pewnym zakresie modyfikację dotychczasowych regulacji Kodeksu karnego, związanych z poddawaniem prawnokarnemu wartościowaniu ciągiem zachowań (tj. z czynem ciągłym oraz z ciągiem przestępstw). *Prima facie* rozwiązanie z art. 12 § 2 k.k. wykazuje podobieństwo do konstrukcji czynu ciągłego (art. 12 k.k.). Hipoteza powyższa opiera się nie tylko na jego umieszczeniu jako kolejnego paragrafu w przepisie art. 12 k.k., ale także na dającym się zauważyć podobieństwie treściowym do rozwiązania zawartego w dzisiejszym art. 12 § 1 k.k., sugerującym zbieżność konstrukcyjną obu regulacji. Przepis art. 12 § 2 k.k. określa podstawy odpowiedzialności karnej „jak za jeden czyn zabroniony” w sytuacji, gdy sprawca dopuścił się dwóch lub więcej zachowań (czynów), z których każde stanowi realizację znamion wykroczenia, powtarza część warunków ciągłości wskazanych w art. 12 § 1 k.k., określając odmiennie niektóre z przesłanek uzasadniających powiązanie takich zachowań w jedną całość. Za konstrukcyjnym podobieństwem regulacji zawartej w art. 12 § 2 k.k. do czynu ciągłego przemawia rezultat wynikający z zastosowania tej konstrukcji, polegający na łącznym wartościowaniu wszystkich zachowań stanowiących odrębne wykroczenia. Z drugiej jednak strony w art. 12 § 2 k.k. można doszukiwać się podobieństwa do wyrażonej w art. 91 k.k. instytucji ciągu przestępstw, na co w szczególności wskazywać mogą podobnie sformułow-

2018, s. 339–366; P. Kardas, *Aksesoryjność czy samodzielność odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo w prawie wykroczeń? Księga Jubileuszowa Profesora Stanisława Hoca. O stabilność kodeksu karnego w świetle realiów*, red. D. Mucha, Opole 2018, t. 1, s. 211–226.

¹⁰ Trzeba zaznaczyć, że zasadniczym powodem wprowadzenia tego rozwiązania nie było wyłącznie dążenie do poszerzenia zakresu zastosowania instytucji czynu ciągłego (tego rodzaju postulaty pojawiają się od chwili wejścia w życie regulacji ciągłości przewidzianej w art. 12 i art. 91 k.k. z 1997 r.), ale także zamiar rozwiązania przez ustawodawcę problemu związanego z trudnościami w pociągnięciu sprawcy do odpowiedzialności karnej za czyn ciągły w sytuacjach, gdy za składające się na czyn ciągły zachowania przypisano odpowiedzialność za wykroczenia. Pozwala to twierdzić, że jednym z celów wprowadzonej regulacji było rozwiązanie problemu wynikającego z zastosowania do tego typu sytuacji zasady *ne bis in idem*, wyłączającej odpowiedzialność za popełnione w warunkach czynu ciągłego przestępstwo wówczas, gdy składające się na czyn ciągły zachowania zostały wcześniej prawomocnie osądzone jako wykroczenia.

ne przesłanki¹¹. Nawiązanie do ciągu przestępstw sugerować może także przyjęcie, że sprawca odpowiada „jak za jeden czyn zabroniony” w przypadku wielości zachowań stanowiących samoistnie wykroczenia, a więc tworzących wieloczynowy realny zbieg wykroczeń. Dostrzeżenie, że dwa lub więcej umyślne wykroczenia – powiązane w całość dzięki integrującym je przesłankom z art. 12 § 2 k.k. – stanowią podstawę odpowiedzialności „jak za jeden czyn zabroniony”, powoduje, że nabieramy wątpliwości co do tego, czy rozwiązanie zawarte w tym przepisie stanowi rzeczywiście odmianę czynu ciągłego, czy też – być może – raczej ciągu przestępstw. Rozterki te pogłębia pytanie, czy ciągłość, o której mowa w analizowanym przepisie, to wyraz tzw. jednoczynowej, czy też wieloczynowej koncepcji. Podstawowe trudności wywołuje również kwestia relacji między art. 12 § 1 k.k. a art. 12 § 2 k.k., zwłaszcza zaś ustalenie, czy dodany na mocy nowelizacji przepis ma charakter regulacji szczególnej, która na zasadzie *lex specialis* wypiera konstrukcję wyrażoną w art. 12 § 1 k.k., czy też być może jest rozwiązaniem wobec dotychczasowej regulacji ciągłości komplementarnym, subsydiarnym, jedynie uzupełniającym, a w istocie poszerzającym zakres konstrukcji czynu ciągłego. Pytanie powyższe w sposób konieczny łączy się z dylematem konstrukcyjnego pierwowzoru regulacji zawartej w art. 12 § 2 k.k., którego ewentualne rozstrzygnięcie, sugerujące jej podobieństwo do ciągu przestępstw, dezaktualizuje pytanie o specjalność lub subsydiarność tego rozwiązania wobec instytucji czynu ciągłego, nakazując uznać je za autonomiczną i zarazem niezwiązaną z nią konstrukcją, skądinąd bezrefleksyjnie umieszczoną w Kodeksie karnym jako kolejny paragraf art. 12. Niewiele w powyższym kontekście wyjaśnia treść wprowadzonego jednocześnie do systemu prawa art. 10a k.w., choć pozwala przyjąć, że odpowiadającemu „jak za jeden czyn zabroniony” sprawcy powiązanych w jedną całość dwóch lub więcej wykroczeń popełnionych w warunkach określonych w art. 12 § 2 k.k. wymierza się tylko jedną karę, co przesądza, iż w istocie – niezależnie od swoistej stylistyki – przypisuje mu się odpowiedzialność za jedno przestępstwo. Ustalenie, czy konstrukcja przewidziana w art. 12 § 2 k.k. określa zmodyfikowany czyn ciągły, czy też uzupełnia regulację ciągu przestępstw, to jedno z ważniejszych zagadnień wykładniczych, decyduje bowiem o sposobie interpretacji i zastosowania tego przepisu.

Podjmując próbę rozwikłania normatywnej istoty, funkcji, przesłanek i konsekwencji zastosowania instytucji przewidzianej w art. 12 § 2 k.k., w tym również jej relacji do klasycznej konstrukcji czynu ciągłego, warto rozpocząć od wyznaczenia zakresu zastosowania przyjętego rozwiązania oraz relacji do zakresu zastosowania art. 12 § 1 k.k. Lektura art. 12 § 2 k.k. przesądza, że odnosi się on wyłącznie do przypadków takich zachowań (dwóch lub więcej) podejmowanych przez tego samego sprawcę, które – ujmowane samoistnie – stanowią szereg wykroczeń, wartościowane zaś łącznie przedradzają się w jedno przestępstwo przeciwko mieniu, gdy suma wartości mienia będącego przedmiotem zamachu poszczególnych wykroczeń przekracza próg właściwy dla przestępstwa. To przesądza, że przepis art. 12 § 2 k.k. odnosi się do zagadnienia ciągłości w wąsko zakreślonym obszarze związanym z kontrawencjonalizacją. Konstrukcję

¹¹ Trzeba jednak dostrzec, że część przesłanek ciągłości z art. 12 § 2 k.k. nawiązuje do treści art. 91 k.k., co sprawia, iż z perspektywy zestawienia art. 12 § 2 k.k. z art. 12 § 1 k.k. i art. 91 k.k. wprowadzony przepis jawi się jako swoista hybryda.

przewidzianą w art. 12 § 2 k.k. zastosować można tylko wówczas, gdy poszczególne zachowania sprawcy oceniane samodzielnie stanowią wykroczenia przeciwko mieniu, oceniane zaś łącznie realizują znamiona przestępstwa przeciwko mieniu. Treść art. 12 § 2 k.k. wyklucza użycie zawartej w nim regulacji do jakiegokolwiek innego przypadku¹². *Prima facie* z takiego ujęcia zdaje się również wynikać warunek tożsamości rodzajowej kwalifikacji w zakresie wykroczeniowym i w sferze przestępstwa, przesądzający, że chodzi tutaj o tę samą konstrukcję typizującą opisaną w Kodeksie wykroczeń oraz w Kodeksie karnym. Treść art. 12 § 2 k.k. zdaje się wskazywać, że warunkiem zastosowania tej odmiany ciągłości jest identyczność rodzajowa kwalifikacji w sferze prawa wykroczeń i prawa karnego materialnego, tj. wykorzystywanie tych samych rodzajowych odmian czynów zabronionych przeciwko mieniu, mających identycznie ukształtowane znamiona podmiotu, strony podmiotowej, przedmiotu oraz strony przedmiotowej, różniących się jedynie wartością przedmiotu zamachu¹³.

Odrzucając warunek tożsamości rodzajowej z uwagi na brak jego wyraźnego sformułowania, popaść moglibyśmy w niezwykle trudno rozwiązywalne problemy wykładnicze. Łatwo je dostrzec, gdy zdamy sobie sprawę, że umyślne wykroczenia przeciwko mieniu, do których popełnienia dochodzi w krótkich odstępach czasu oraz przy wykorzystaniu tej (takiej) samej sposobności, realizować wszak mogą – odpowiednio i kolejno – znamiona kradzieży, przywłaszczenia oraz zniszczenia rzeczy lub uczynienia jej niezdatną do użytku. Przy założeniu, że łączna wartość tego rodzaju tworzących ciąg wykroczeń przekroczy 500 zł, a zatem – zgodnie z normą wynikającą z art. 12 § 2 k.k. oraz przy odrzuceniu warunku tożsamości rodzajowej – ich sprawca odpowiedzieć powinien jak za jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa, zrodzić musi się pytanie o kwalifikację prawną decydującą o podstawie takiej odpowiedzialności oraz o granice, w jakich miałyby się ona kształtować (pytanie o podlegającą zastosowaniu normę sankcjonującą). Jeśli wszak sprawca popełnił we wskazanych w art. 12 § 2 k.k. okolicznościach wykroczenia kwalifikowane jako kradzież, przywłaszczenie oraz zniszczenie cudzej rzeczy, to czy miałyby to oznaczać, że – odpowiadając jak za jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa – dopuścił się (alternatywnie) kradzieży, przywłaszczenia albo zniszczenia cudzej rzeczy, czy może poprawniejsza byłaby kumulatywna kwalifikacja ciągu zachowań realizujących znamiona różnych wykroczeń przeciwko mieniu na podstawie każdego z typizujących te zachowania

¹² Inna sprawa, że może pojawić się wątpliwość, czy przestępstwo złożone z szeregu zachowań realizujących znamiona wykroczenia, popełnianych przy wykorzystaniu tej (takiej) samej sposobności, nadaje się do tego, aby stać się jednym z elementów ciągu przestępstw, które wszak – zgodnie z art. 91 k.k. – również wymagają wykorzystania tej (takiej) samej sposobności przy ich popełnieniu. *Prima facie* nie wydaje się, aby konstrukcja taka była wykluczona.

¹³ Trzeba zaznaczyć, że warunek rodzajowej tożsamości kwalifikacji prawnej na płaszczyźnie prawa wykroczeń i prawa karnego materialnego nie został wyraźnie sformułowany w art. 12 § 2 k.k. W związku z powyższym na płaszczyźnie wykładni językowej pojawiać się mogą również inne stanowiska, w tym dopuszczające możliwość różnorodnej kwalifikacji poszczególnych zachowań stanowiących wykroczenia oraz utworzonego na ich podstawie przestępstwa przeciwko mieniu. Poglądy takie należy jednak uznać za błędne. Kwestia ta będzie stanowić przedmiot rozważań w dalszej części niniejszego opracowania.

przepisów. Przeciwno pierwszemu z rozważanych tutaj rozwiązań zdaje się przemawiać fakt, że przykładowo drobną kradzież, której przedmiot stanowiłaby rzecz przedstawiająca minimalną wartość, lecz odpowiednio „obudowaną”, a więc występującą w sekwencji innych równie drobnych wykroczeń przeciwko mieniu (np. przywłaszczeń), należałoby potraktować albo jak przestępstwo kradzieży, które jest zagrożone sankcją od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności, albo jak przestępstwo przywłaszczenia, obwarowane sankcją od miesiąca do 3 lat pozbawienia wolności. Wchodząca potencjalnie w rachubę kumulatywna kwalifikacja wskazane tutaj problemy jedynie potęguje.

Przyjmując, że art. 12 § 2 k.k. odnosi się wyłącznie do sfery właściwej dla zjawiska kontrawencjonalizacji, należałoby w dalszej kolejności ustalić, czy do tak wyznaczonego obszaru zastosowanie znaleźć może – co najmniej w pewnym zakresie – także art. 12 § 1 k.k. Jeśli nie budzi wątpliwości twierdzenie, że czynem ciągłym mogły być objęte także takie zachowania, które oceniane samoistnie stanowiłyby wykroczenia¹⁴, to oczywiste jest również, że zakres zastosowania regulacji zawartych w art. 12 § 1 i 2 k.k. częściowo pokrywa się. W ich wspólnym polu mieszczą się bowiem wskazane wyżej przypadki dwóch lub więcej zachowań, z których każde samodzielnie stanowi umyślne wykroczenie przeciwko mieniu. Do tych stanów faktycznych odnosić się może zarówno art. 12 § 1 k.k., jak i art. 12 § 2 k.k. Faktu krzyżowania się zakresów zastosowania obu przepisów nie zmienia odmiennosc przewidzianych w nich przesłanek ciągłości. Nie ma wszak wątpliwości, że w zakresie zastosowania art. 12 § 1 k.k. mieszczą się zachowania podjęte przez sprawcę ze z góry powziętym zamiarem. Te zachowania objęte są także przepisem art. 12 § 2 k.k., wszak spełnieniu wskazanych w nim przesłanek przedmiotowych towarzyszyć może działanie sprawcy ze z góry powziętym zamiarem. Nie wchodząc w tym miejscu w dość złożone relacje, w jakich pojęcie „czyn” pozostaje do pojęcia „zachowanie”, można oczywiście wyobrazić sobie sytuację, w której każde z zachowań podjętych w krótkich odstępach czasu – poddawane prawnokarnej kwalifikacji w oderwaniu od pozostałych – oceniane jest jako realizujące znamiona umyślnego wykroczenia przeciwko mieniu (np. każde jest kradzieżą rzeczy o wartości nieprzekraczającej 100 zł), przy czym łączna wartość mienia uzasadniałaby odpowiedzialność za przestępstwo. Nie jest także wykluczone, że zachowania te są podejmowane:

- w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, ale bez wykorzystania tej (takiej) samej sposobności oraz w pozbawiony podobieństwa sposób;
- bez takiego zamiaru, ale przy wykorzystaniu tej (takiej) samej sposobności lub w podobny sposób;
- w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz przy jednoczesnym wykorzystaniu tej (takiej) samej sposobności lub w podobny sposób;
- zarówno bez z góry powziętego zamiaru, jak i przy braku spajającej je tej (takiej) samej sposobności oraz w pozbawiony podobieństwa sposób.

Zakresu zastosowania przepisu art. 12 § 1 i 2 k.k. nie różnicuje także sposób ustalania, że poszczególne zachowania stanowią umyślne wykroczenia przeciwko mieniu, co

¹⁴ Zob. m.in. P. Kardas (w:) *Kodeks karny...*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, t. 1, s. 195; J. Giezek (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 90.

można uczynić co najmniej w dwojaki sposób. Po pierwsze, poprzez dokonanie autonomicznej oceny organu rozważającego kwestie zastosowania konstrukcji z art. 12 § 1 lub 2 k.k. (czynu ciągłego), który na własne potrzeby stwierdza, że każde z zachowań sprawcy realizuje znamiona umyślnego wykroczenia przeciwko mieniu. Możliwe jest jednak podejście formalne, wedle którego spełnienie tej przesłanki z art. 12 § 2 k.k. wymaga stosownego rozstrzygnięcia innego organu, polegającego na przypisaniu sprawcy, chociażby nieprawomocnie, odpowiedzialności za wykroczenia. Pierwsza z opisanych możliwości nie wyklucza potrzeby rozważenia kolizji między art. 12 § 1 i 2 k.k., których przesłanki spełnione są jednocześnie w takich układach procesowych. Druga – oparta na formalnym stwierdzeniu we właściwej procesowo formie, że w przypadku każdego z zachowań doszło do popełnienia umyślnego wykroczenia przeciwko mieniu – może stanowić, w pewnym ujęciu interpretacyjnym dotyczącym zasady *ne bis in idem*, przeszkodę do wykorzystywania art. 12 § 1 k.k., z uwagi na powagę rzeczy osądzonej, co mogłoby sugerować, że odnosi się do nich art. 12 § 2 k.k. Trzeba jednak od razu zaznaczyć, że takie spojrzenie na ciągłość z tych samych powodów wyklucza możliwość wykorzystania art. 12 § 2 k.k.

Do wypadków, w których doszło do uprzedniego formalnego stwierdzenia, że każde z zachowań stanowiących potencjalnie części czynu ciągłego realizuje znamiona wykroczenia, odnosić się będą obie regulacje zawarte w art. 12 k.k. (tj. gdy przyjmie się wąski zakres zastosowania zasady *ne bis in idem*) albo nie będzie się do nich odnosić żaden z tych przepisów (gdy przyjmie się wykładnię zakresu zastosowania zasady *ne bis in idem* wedle modelu prezentowanego w orzecznictwie ETPCz i TSUE)¹⁵. Pozwala to twierdzić, że w przypadkach, gdy każde z zachowań stanowi realizację umyślnego wykroczenia przeciwko mieniu, zakresy zastosowania art. 12 § 1 i 2 k.k. krzyżują się. Zarazem treść art. 12 § 2 k.k. z uwagi na pominięcie subiektywnej przesłanki ciągłości oraz zastąpienie jej przesłankami obiektywnymi obejmować będzie przypadki, w których z uwagi na brak działania sprawcy ze z góry powziętym zamiarem nie istnieją podstawy do stosowania art. 12 § 1 k.k. W tym obszarze analizowany przepis rozszerza zakres czynu ciągłego. Z kolei sytuacje, w których tylko jedno lub kilka z zachowań stanowi wykroczenie, pozostałe zaś nie spełniają tej przesłanki, brak jest możliwości zastosowania art. 12 § 2 k.k., skoro przepis ten wymaga, aby każde z zachowań stanowiło wykroczenie. W takich wypadkach, gdy sprawca działał ze z góry powziętym zamiarem, możliwe jest wykorzystanie art. 12 § 1 k.k. jako normatywnej podstawy czynu ciągłego, w razie zaś niespełnienia tej przesłanki możliwe są dwa rozwiązania, albo wykorzystanie art. 12 § 2 k.k. do spięcia klamrą ciągłości wyłącznie tych zachowań, które stanowią wykroczenia, przy jednoczesnym pominięciu w procesie prawnokarnej oceny pozostałych, albo wyłączenie możliwości stosowania konstrukcji ciągłości przewidzianej w art. 12 k.k. Pierwsze z rozwiązań wydaje się wątpliwe, opiera się bowiem na odniesieniu art. 12 § 2 k.k. do przypadków niespełniających wskazanych w nim kryteriów ciągłości. Przepis art. 12 § 2 k.k. zawiera bowiem wymóg, by każde z zachowań stanowiło umyślne wykroczenie przeciwko mieniu, z czego wynika, że nie odnosi się on do wypadków, gdy jedno lub więcej zachowań popełnionych w warunkach przewidzianych w art. 12 § 2 k.k. nie

¹⁵ Zob. szerzej P.Kardas, *Problem reakcji na tzw. czyny przepołowione...*, s. 5.

realizuje znamion wykroczenia. Dodatkowo za takim sposobem interpretacji zakresu zastosowania art. 12 § 2 k.k. przemawia to, że warunek umyślności wykroczeń przeciwko mieniu określa dwie dodatkowe przesłanki ciągłości w rozumieniu art. 12 § 2 k.k. Pierwszą – związaną ze stroną podmiotową, ciągłość w rozumieniu art. 12 § 2 k.k. obejmować może tylko zachowania charakteryzujące się umyślnością, i nie rozszerza konstrukcji czynu ciągłego na zachowania nieumyślne. Druga przesądza natomiast o tym, że art. 12 § 2 k.k. odnosi się wyłącznie do zachowań stanowiących obiektywnie (i subiektywnie, o czym była mowa powyżej) zamachy przeciwko mieniu. Obie przesłanki mają charakter konstytutywny i muszą zostać spełnione łącznie, by można było rozważać zastosowanie art. 12 § 2 k.k. W przypadku ich niespełnienia, ale przy ewentualnym ustaleniu, że sprawca działał ze z góry powziętym zamiarem, możliwe byłoby zastosowanie art. 12 § 1 k.k. Jeśliby jednak odpadła również ta przesłanka, to wykluczona zostałaby możliwość wykorzystywania instytucji ciągłości jako podstawy kumulacji zachowań i łącznego wartościowania.

Zarysowaną powyżej perspektywę, wskazującą podobieństwo konstrukcyjne art. 12 § 2 k.k. do czynu ciągłego, warto uzupełnić o analizę konsekwencji zastosowania tej instytucji. Treść art. 12 § 2 k.k. rozstrzyga, że w tym przypadku sprawca wielu zachowań (czynów) stanowiących wykroczenia odpowiada „jak za jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa”. Na płaszczyźnie językowej ustawodawca określa skutek użycia ciągłości z art. 12 § 2 k.k. inaczej, niż czyni to w przypadku czynu ciągłego z art. 12 § 1 k.k. Zarazem mimo tej odmienności przepis art. 12 § 2 k.k. bez wątpienia służyć ma do powiązania zachowań stanowiących umyślne wykroczenia przeciwko mieniu w jedną całość, co umożliwi stwierdzenie, że z uwagi na łączną wartość naruszonego przez sprawcę mienia tak oceniane złożone zdarzenie „wyczerpuje znamiona przestępstwa”. Ten element konstrukcji art. 12 § 2 k.k. przesądza, że przepis ten służy do powiązania wielu zachowań stanowiących samoistnie wykroczenia w jedną podstawę prawnokarnego wartościowania. Jest to zatem regulacja wpływająca na sposób przypisania odpowiedzialności. Jednocześnie art. 12 § 2 k.k. nie odnosi się do kwestii wymiaru kary. W tym przypadku, identycznie jak przy konstrukcji czynu ciągłego z art. 12 § 1 k.k., przypisanie jednego przestępstwa przesądza o wymiarze jednej kary w normalnych granicach ustawowego zagrożenia¹⁶. Co więcej, mamy tutaj do czynienia z przypisaniem odpowiedzialności za jedno przestępstwo, nie zaś za wiele przestępstw. Nie ma większego znaczenia fakt, że podstawę odpowiedzialności „jak za jeden czyn zabroniony”

¹⁶ Trzeba dodać, że w tym zakresie sytuacja ulegnie zmianie po ewentualnym wejściu w życie przygotowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (w wersji z 25.01.2019 r.), w którym dodano art. 57b o następującej treści: „Skazując za przestępstwo określone w art. 12 § 1 sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości od dolnej granicy zagrożenia zwiększonego o połowę do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia”. Niestety w uzasadnieniu do przedłożonego projektu brak jakiegokolwiek odniesienia się do tej zmiany. Zaproponowana regulacja zdaje się sugerować, że projektodawcom brak całościowej wizji rozwiązania problemu kontrawencjonalizacji w przypadku ciągu zachowań realizujących – każde z osobna – znamiona wykroczenia, a – ujmowanych zbiorczo – znamiona przestępstwa, a jedyną wyraźnie pojawiającą się intencją jest zaś zaostrzenie represji karnej.

stanowi wielość zachowań realizujących znamiona wykroczenia, skoro art. 12 § 2 k.k. nie określa odpowiedzialności za szereg wykroczeń, lecz za jedno przestępstwo. Niezależnie więc od tego, czy ustawodawca – nie zachowując pożądanej precyzji – chciał ową wielość potraktować jak jeden czyn zabroniony, czy też jedynie uznać ją za podstawę odpowiedzialności „jak za jeden czyn zabroniony”, konsekwencją takiego rozwiązania jest odpowiedzialność za jeden, nie zaś za wiele czynów zabronionych. Może to sugerować, że art. 12 § 2 k.k. bardziej zbliża się do konstrukcji czynu ciągłego, określonej aktualnie w § 1 tego przepisu, niż do ciągu przestępstw. W wypadku zastosowania art. 91 k.k. dochodzi bowiem do przypisania odpowiedzialności za wielość przestępstw popełnionych wieloma czynami, a następnie do redukcji konsekwencji na poziomie wymiaru kary. Nie tracąc przeto z pola widzenia, że przepis art. 12 § 2 k.k. określa przesłanki i konsekwencje odpowiedzialności za jedno przestępstwo, nie zaś za szereg wykroczeń, a w konsekwencji skutkuje – bez konieczności sięgania do jakichkolwiek mechanizmów redukcyjnych, wchodzących w rachubę w przypadku ciągu czynów zabronionych – wymiarem jednej kary, stwierdzić należy, iż mimo niefortunnego ujęcia oraz ujawniających się *prima facie* wątpliwości przepis art. 12 § 2 k.k. określa przesłanki odpowiedzialności za szczególną odmianę (postać) czynu ciągłego. Przedstawione wyżej uwagi – uzupełnione o wynikający z art. 12 § 2 k.k. cel i funkcję tego rozwiązania – prowadzą do wniosku, że mamy w tym przypadku do czynienia z rozwiązaniem opartym na modelu czynu ciągłego, a tym samym uzupełnieniem lub modyfikacją dotychczasowej regulacji ciągłości przewidzianej aktualnie w art. 12 § 1 k.k. To zaś przesądza, że konieczne jest ustalenie relacji między art. 12 § 1 i art. 12 § 2 k.k.

Nawiązując do krzyżujących się zakresów zastosowania art. 12 § 1 i art. 12 § 2 k.k., trzeba w pierwszej kolejności odnotować, że – na co wyżej zwracaliśmy już uwagę – w ich wspólnym polu mieszczą się przypadki, gdy sprawca dopuszcza się dwóch lub więcej zachowań stanowiących umyślne wykroczenia przeciwko mieniu, działając ze z góry powziętym zamiarem oraz przy wykorzystaniu tej (takiej) samej sposobności lub w podobny sposób. Określając w tej perspektywie charakter przepisu art. 12 § 2 k.k., dostrzegamy dwie wyłaniające się możliwości, a mianowicie że przepis ten to *lex specialis* wobec art. 12 § 1 k.k. lub że służy on do poszerzenia zakresu zastosowania konstrukcji czynu ciągłego na wypadki nieobjęte konstrukcją art. 12 § 1 k.k., czyli ma charakter przepisu w pewnym sensie subsydiarnego (uzupełniającego).

Konsekwencją uznania, że przepis art. 12 § 2 k.k. to *lex specialis* wobec art. 12 § 1 k.k., byłoby objęcie wszystkich przypadków, w których składające się na czyn ciągły zachowania stanowią samoistnie umyślne wykroczenia przeciwko mieniu, zakresem zastosowania art. 12 § 2 k.k. i tym samym wyłączenie tego rodzaju przypadków, także realizowanych ze z góry powziętym zamiarem, z zakresu zastosowania art. 12 § 1 k.k. Taki sposób interpretacji przepisu art. 12 § 2 k.k. wiązać się może z wyodrębnieniem szczególnego kręgu przypadków, do których przepis ten się odnosi, tj. związanych wyłącznie z kontrawencjonalizacją, oraz uwzględnieniem swoistego wymogu dotyczącego normatywnej charakterystyki zachowań stanowiących elementy czynu ciągłego, z których każde stanowić musi umyślne wykroczenie przeciwko mieniu. Przyjmując, że powyższy warunek oznacza wymóg, by każde z poddawanych ocenie zachowań stanowiło umyślne wykro-

czenie przeciwko mieniu, co zarazem oznaczałoby, że art. 12 § 2 k.k. nie odnosi się do wypadków, gdy co najmniej jedno z zachowań popełnionych w warunkach określonych w tym przepisie nie stanowi umyślnego wykroczenia przeciwko mieniu, można byłoby twierdzić, iż art. 12 § 2 k.k. przejmuje z zakresu zastosowania art. 12 § 1 k.k. te sytuacje, w których każde z zachowań stanowiło samodzielnie realizację znamion umyślnego wykroczenia przeciwko mieniu i zarazem wszystkie popełnione były przez sprawcę działającego ze z góry powziętym zamiarem. Do tego rodzaju wypadków – oczywiście przy uznaniu, że art. 12 § 2 k.k. to *lex specialis* – miałby zastosowanie wyłącznie ten przepis, w żadnym zaś układzie nie odnosiłby się do nich przepis art. 12 § 1 k.k. Relacje między zakresami zastosowania tych konstrukcji określane byłyby w tym ujęciu w sposób generalno-abstrakcyjny.

Można prezentować także stanowisko przeciwne, przyjmując, że art. 12 § 2 k.k. ma charakter przepisu uzupełniającego zakres objęty regulacją art. 12 § 1 k.k., co oznaczałoby, że odnosi się on wyłącznie do sytuacji, gdy sprawca dopuszcza się dwóch lub więcej zachowań stanowiących samoistnie wykroczenia i zarazem nie działa ze z góry powziętym zamiarem. W obszarze art. 12 § 1 k.k. pozostawałyby tym samym wypadki, w których ciągłość wynika z faktu, że wszystkie lub co najmniej niektóre zachowania realizujące znamiona umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu zostały podjęte w wykonaniu z góry powziętego zamiaru. To rozwiązanie zdaje się mieć zdecydowane przewagi nad zarysowanym powyżej ujęciem alternatywnym.

W odniesieniu do przesłanki normatywnej ciągłości w rozumieniu art. 12 § 2 k.k. – to jest wymogu, by każde z zachowań stanowiło umyślne wykroczenie przeciwko mieniu – należy zauważyć, że analizowany przepis w żaden sposób nie odnosi się do trybu i formy ustalenia tej okoliczności. Tym samym z perspektywy art. 12 § 2 k.k. możliwe jest zarówno stwierdzenie tej okoliczności w sposób formalny, poprzez poprzedzającą analizę przesłanek ciągłości przypisanie sprawcy odpowiedzialności za wykroczenia (prawomocnie lub nieprawomocnie), jak i dokonanie w tym zakresie ustaleń samodzielnie przez organ rozważający kwestię zastosowania art. 12 § 2 k.k. W drugim ze wskazanych przypadków wydaje się, że jednoznacznie określony normatywny warunek ciągłości wymaga ustalenia wedle reguł przyjmowanych w zakresie rozstrzygania podstaw odpowiedzialności karnej, a więc z perspektywy standardu udowodnienia z subiektywną pewnością organu stosującego prawo, że poszczególne zachowania stanowią umyślne wykroczenia przeciwko mieniu¹⁷. Brak ustaleń dotyczących tej przesłanki powoduje bowiem niespełnienie jednego z ustawowych warunków ciągłości przewidzianego w art. 12 § 2 k.k. i w konsekwencji wyłącza możliwość zastosowania tej konstrukcji. Odmienną kwestią jest to, w jakim zakresie w tego typu wypadkach możliwe jest wykorzystanie art. 12 § 1 k.k., co sygnalizowano powyżej. Ustalenie tej kwestii ma istotne znaczenie, obie konstrukcje mają bowiem charakter materialnoprawny i powinny być stosowane obligatoryjnie. Pominięcie ciągłości stanowić będzie tym samym naruszenie prawa materialnego.

¹⁷ Co do standardu udowodnienia zob. szerzej M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 108; J. Giezek, *Fakty oraz ich ocena jako przedmiot materialnoprawnych domniemań w procesie karnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018/114, s. 77.

Zasadnicza modyfikacja przesłanek ciągłości, jakie wprowadzono do art. 12 § 2 k.k., sprowadza się w istocie do ich uprzedmiotowienia, w miejsce bowiem występującej w klasycznej konstrukcji czynu ciągłego przesłanki subiektywnej w postaci „z góry powziętego zamiaru” wprowadzono przesłanki obiektywne, ujęte w postaci alternatywy rozłącznej i zwykłej. Są to popełnienie składających się na czyn ciągły umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu „przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób”. Mimo zobiektywizowania przesłanek ciągłości konstrukcja przewidziana w art. 12 § 2 k.k. odnosić się może wyłącznie do zachowań umyślnych i w żadnym układzie nie stwarza podstaw do przyjmowania konstrukcji nieumyślnego czynu ciągłego. Warunek umyślności wyrażony jest bowiem poprzez przesłankę normatywnej kwalifikacji każdego z zachowań, które musi stanowić umyślne wykroczenie. Stąd też z tego punktu widzenia konstrukcja art. 12 § 2 k.k. nie wprowadza zasadniczych zmian do systemu prawa, pozostawiając tę odmianę ciągłości wyłącznie w sferze zachowań umyślnych. Zarazem przepis art. 12 § 2 k.k. – określając specyficznie warunek umyślności, poprzez kwalifikację prawną stanowiących elementy czynu ciągłego zachowań – nie wymaga już, by umyślność odnoszona była do wyznaczonej za pomocą kryteriów ciągłości całości, obejmującej poszczególne zachowania. W konsekwencji warunek umyślności odnoszony jest samoistnie do każdego z zachowań stanowiących elementy czynu ciągłego, które mogą być popełniane z tym samym, takim samym lub odnawialnym zamiarem. Umyślność czynu ciągłego ma zatem w przypadku art. 12 § 2 k.k. szczególną postać, odnosi się bowiem samoistnie do części składowych, nie zaś do całości. W tym zakresie mamy do czynienia z istotną zmianą normatywną, poszerzającą zakres zastosowania konstrukcji czynu ciągłego.

Obok przedstawionego powyżej warunku umyślności odnoszonego do poszczególnych zachowań przepis art. 12 § 2 k.k. określa dodatkowe, obiektywne przesłanki ciągłości, w istocie stanowiące podstawę powiązania ze sobą jako podstawy odpowiedzialności jak za jeden czyn zabroniony dwóch lub więcej umyślnych wykroczeń. Jakkolwiek warunki te nie zmieniają charakteru czynu ciągłego, który jest – jak starano się to wyżej opisać – konstrukcją obejmującą wyłącznie zachowania umyślne, to zarazem wymagają odrębnego dowodowego ustalenia. Sposób ujęcia tych przesłanek wskazuje na alternatywę rozłączną w odniesieniu do przesłanek tej samej albo takiej samej sposobności, co potwierdza ich normatywna istota. Z perspektywy przesłanki sposobności popełnienia wykroczeń nie ma wątpliwości, że sprawca może je zrealizować przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności, wykluczone jest natomiast popełnienie części wykroczeń przy wykorzystaniu tej samej, pozostałych zaś przy wykorzystaniu takiej samej sposobności. Przesądza o tym użyty przez ustawodawcę spójnik alternatywy rozłącznej. Jeśli zatem sprawca popełnia część umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu przy wykorzystaniu tej samej sposobności, podczas gdy w przypadku pozostałej ich części sposobność jest już tylko taka sama, wykluczone jest przyjęcie jednego czynu ciągłego, obejmującego wszystkie wykroczenia. Możliwe jest natomiast uznanie, że sprawca dopuścił się dwóch czynów ciągłych, pod warunkiem że wykroczenia powiązane klamrą tej samej albo takiej samej sposobności, ze względu na łączną wartość mienia, uzasadniają odpowiedzialność za przestępstwo. Niespełnienie tej przesłanki powoduje, że nie jest

możliwe wykorzystanie dla wartościowania tych wypadków konstrukcji przewidzianej w art. 12 § 2 k.k.

Nieco inaczej przedstawia się sprawa z przesłanką popełnienia wykroczeń w podobny sposób. Została ona ujęta jako samoistny warunek ciągłości, co sprawia, że jego spełnienie umożliwia spięcie klamrą ciągłości wszystkich popełnionych w taki sposób wykroczeń, niezależnie od tego, czy jednocześnie były one realizowane przy wykorzystaniu tej samej lub takiej samej sposobności. Zarazem z uwagi na wykorzystanie przez ustawodawcę spójnika alternatywy zwykłej pomiędzy tą przesłanką a przewidzianymi wcześniej przesłankami popełnienia wykroczeń przy wykorzystaniu tej samej lub takiej samej sposobności możliwe jest jednoczesne wykorzystanie w odniesieniu do analizowanego przypadku jednej z tych przesłanek oraz przesłanki popełnienia wykroczeń w podobny sposób. W konsekwencji w razie popełnienia części wykroczeń przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności, pozostałych zaś w podobny sposób, nie jest wykluczone powiązanie wszystkich popełnionych przez sprawcę wykroczeń w jeden czyn ciągły. Relacje między przesłanką popełnienia wykroczeń w podobny sposób a przesłankami popełnienia wykroczeń przy wykorzystaniu tej samej lub takiej samej sposobności pozwalają twierdzić, że nie jest wykluczone ich łączne wykorzystanie dla powiązania klamrą ciągłości zachowań stanowiących realizację znamion umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu, czego konsekwencją jest znaczne poszerzenie zakresu zastosowania omawianej instytucji.

Trudno oprzeć się wrażeniu, że sposób ujęcia wskazanych wyżej przesłanek nawiązuje do modeli interpretacyjnych przestępstwa ciągłego wypracowanych w okresie obowiązywania art. 58 Kodeksu karnego z 1969 r. Ustawodawca wykorzystał przedmiotowe ujęcie ciągłości, zasadniczo związane z tzw. wieloczynową koncepcją przestępstwa ciągłego¹⁸. Warto wskazać, że podobnie ujęte przesłanki zawarte zostały w art. 91 § 1 k.k. w odniesieniu do ciągu przestępstw (przesłanka wykorzystania takiej samej sposobności) oraz w art. 6 § 2 ustawy – Kodeks karny skarbowy¹⁹. Nie wchodząc w pogłębioną analizę sposobu interpretacji tych przesłanek, wystarczające będzie w tym miejscu podkreślenie, że zasadniczym punktem odniesienia przy ich wykładni powinny być te wypowiedzi orzecznictwa i doktryny, które nawiązywały do jednoczynowej koncepcji przestępstwa ciągłego. W perspektywie dwóch regulacji wykazujących w tym obszarze podobieństwo do art. 12 § 2 k.k., z uwagi na charakter konstrukcji, obiektywne przesłanki ciągłości określone w art. 6 § 2 k.k.s. odgrywają zdecydowanie istotniejszą rolę²⁰.

¹⁸ Co do prezentowanych wówczas koncepcji przestępstwa ciągłego oraz sposobu wykładni i zastosowania przesłanek ciągłości zob. szerzej P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym...*, s. 131–258; A. Kaftal, *Przestępstwo ciągłe...*, s. 35.

¹⁹ Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2018 r. poz. 1958 ze zm.), dalej k.k.s. Por. P. Kardas (w.): P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 83; P. Kardas (w.): *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, t. 2, s. 705.

²⁰ Przepis ten stanowi bez wątpienia wyraz tzw. jednoczynowej koncepcji przestępstwa ciągłego, i w tym aspekcie zasadniczo różni się od art. 91 k.k., opartego na tzw. wieloczynowej koncepcji przestępstwa ciągłego ujmowanego jako odmiana realnego zbiegu przestępstw. Co do koncepcji przestępstwa ciągłego oraz wynikających z nich konsekwencji – zob. szerzej P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe*

Z perspektywy funkcjonalnej wszystkie alternatywnie ujęte przedmiotowe przesłanki ciągłości mają charakter uzupełniający, nabudowany na przesłance umyślności zachowania, która w sposób oczywisty wynika z warunku realizacji przez każde z zachowań spiętych kłamrą ciągłości znamion umyślnego wykroczenia przeciwko mieniu. Określenie „z wykorzystaniem tej samej lub takiej sposobności” służy do charakterystyki okoliczności, w jakich dochodzi do popełnienia każdego ze składających się na czyn ciągly wykroczeń. W istocie opiera się na szczególnej więzi między wykroczeniami wynikającej z okoliczności przedmiotowych, obiektywnie umożliwiających lub ułatwiających ich popełnienie. Chodzi tutaj o okoliczności towarzyszące realizacji znamion, jakkolwiek w znamionach stanowiących charakterystykę popełnianych wykroczeń niewystępujące. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie obejmuje zestaw okoliczności towarzyszących, tworzących możliwość i kontekst (ten sam lub taki sam), w którym realizowane są poszczególne zachowania sprawcy. Warto podkreślić, że w orzecznictwie związanym z art. 58 k.k. z 1969 r. podkreślano, że „przez wykorzystanie tej samej sposobności należy rozumieć działalność będącą wyzyskiwaniem jednej i tej samej sytuacji, w której znajduje się sprawca i która stwarza dla niego trwałą okazję powtarzania danego rodzaju zachowań”²¹. Ta sama lub taka sama sposobność była interpretowana jako wykorzystywanie przy popełnieniu każdego z zachowań niedostatecznego zabezpieczenia mienia, wykorzystanie stanowiska służbowego lub zajmowanej pozycji, pełnionych obowiązków, tego samego układu stosunków, braku należytej ochrony, dostępu do określonych miejsc²².

Popełnienie wykroczeń w podobny sposób nawiązuje do przesłanki ciągu przestępstw przyjmowanej do czasu modyfikacji z 20.02.2015 r.²³ W tym zakresie można odwołać się do interpretacji tej przesłanki na gruncie art. 91 § 1 k.k. W szczególności trzeba podkreślić, że przesłanka ta nie jest tożsama z przesłanką podobieństwa wykroczeń, oznacza szczególną charakterystykę popełnienia wykroczeń o identycznej kwalifikacji²⁴. Popełnienie wykroczeń w podobny sposób to dopuszczenie się zachowań mających pewne cechy zgodne, wzajemnie się przypominających, zbliżonych w swym charakterze czy prawie jednakowych. Warto dodać, że określenie to odnosi się do charakterystyki zachowania sprawcy w zakresie nieobjętym znamionami umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu, jakie każde z zachowań składających się na czyn ciągly realizuje. Wykroczenia popełnione w podobny sposób to wykroczenia popełnione w takich okolicznościach, które występują w odniesieniu do każdego z nich i jednocześnie nie zostały już uwzględnione w ustawowym zestawie znamion danego typu wykroczenia²⁵.

w prawie karnym materialnym..., s. 131–236. Co do sposobu interpretacji przesłanek ciągłości na gruncie art. 6 § 2 k.k.s. – P. Kardas (w.): P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz...*, s. 90.

²¹ Wyrok SN z 21.01.1974 r. (III KR 356/73), OSNKW 1974/5, poz. 92.

²² Por. m.in. wyrok z 21.02.1972 r. (I KR 277/71), OSNKW 1972/7–8, poz. 122.

²³ Zob. szerzej P. Kardas (w.): *Kodeks karny...*, red. W. Wróbel, A. Zoll, t. 2, s. 700; J. Giezek (w.): *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz...*, s. 576.

²⁴ Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas (w.): *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 1159.

²⁵ Por. P. Kardas (w.): *Kodeks karny...*, red. A. Zoll, s. 1159.

Nie powinniśmy wreszcie tracić z pola widzenia, że przepis art. 12 § 2 k.k. wymaga dla przyjęcia ciągłości spełnienia przesłanki zbieżności czasowej pomiędzy poszczególnymi umyślnymi wykroczeniami przeciwko mieniu, ujętej identycznie jak w przypadku art. 12 § 1 k.k. oraz art. 91 k.k. za pomocą zwrotu „w krótkich odstępach czasu”.

Przedstawione wyżej uwagi pozwalają twierdzić, że przepis art. 12 § 2 k.k. określa szczególną odmianę czynu ciągłego jako instytucji o charakterze redukcyjno-kumulującym, uzupełniającą zakres uregulowania ciągłości w art. 12 § 1 k.k. Rozwiązanie zawarte w art. 12 § 2 k.k. ma charakter subsydiarny wobec art. 12 § 1 k.k. i znajduje zastosowanie do tych wypadków, które pozostają poza zakresem klasycznej regulacji czynu ciągłego. W perspektywie podstaw odpowiedzialności karnej art. 12 § 2 k.k. umożliwia i zarazem nakazuje powiązanie w jedną całość dwóch lub więcej zachowań tego samego sprawcy, stanowiących samoistnie umyślne wykroczenia przeciwko mieniu. Przepis ten prowadzi do modyfikacji oraz wyznaczenia podstawy prawnokarnego wartościowania w sposób oparty na redukcji. Z wielu zachowań pozwala bowiem tworzyć jeden podlegający łącznej ocenie oraz skutkujący kumulacją kompleks, a w rezultacie wszystkie zachowania, które bez użycia mechanizmu z art. 12 § 2 k.k. stanowiłyby odrębne wykroczenia, stają się łączną podstawą odpowiedzialności za jedno przestępstwo. Oznacza to, że z perspektywy funkcjonalnej art. 12 § 2 k.k. służy do określenia podstawy prawnokarnego wartościowania, którą jest oceniany jako jedna całość kompleks zachowań stanowiących odrębnie umyślne wykroczenia przeciwko mieniu.

Mając na względzie status dyrektywalny przepisu art. 12 § 2 k.k. (który w przypadku § 1 był dotychczas niekwestionowany), uznać należałoby, że wyraża on część znamion typu czynu zabronionego, a także swoiście ujęte reguły kolizyjną oraz interpretacyjną. Z tego punktu widzenia nie różni się od konstrukcji aktualnie wyrażonej w art. 12 § 1 k.k.²⁶ Konsekwencją zastosowania art. 12 § 2 k.k. jest przypisanie sprawcy wielu wykroczeń przeciwko mieniu odpowiedzialności za przestępstwo przeciwko mieniu, opartej na zsumowaniu zawartości bezprawia, w tym w szczególności wartości przedmiotów zamachu. Konstrukcja wyrażona w art. 12 § 2 k.k. ma charakter instytucji prawa materialnego, co przesądza, że jej stosowanie należy do obowiązków organów wymiaru sprawiedliwości, przede wszystkim sądów, niezależnie od wynikających z jej użycia konsekwencji.

Przepis art. 12 § 2 k.k. służy do wyznaczania podstawy prawnokarnego wartościowania, co sprawia, że jednocześnie określa granice czasowe czynu ciągłego. W ramach wyznaczanych przez ciągłość w rozumieniu art. 12 § 2 k.k. dokonuje się łącznej oceny wartości uszczerbku na mieniu, wynikającego ze wszystkich zachowań stanowiących wykroczenia. Sumarycznie w odniesieniu do całości dokonuje się także oceny stopnia społecznej szkodliwości. W odniesieniu do pozostałych relewantnych z punktu widzenia odpowiedzialności karnej elementów konstrukcja z art. 12 § 2 k.k. nie różni się od konstrukcji czynu ciągłego dzisiaj opisanego w art. 12 § 1 k.k. Trzeba podkreślić, że przyjęcie ciągłości w rozumieniu art. 12 § 2 k.k. ma swoje konsekwencje w zakresie zastosowania zasady *ne bis in idem procedatur*, która w razie prawomocnego przypisania

²⁶ Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas (w:) *Kodeks karny...*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, t. 1, s. 219.

odpowiedzialności za czyn ciągły w rozumieniu tego przepisu rozciąga się na całość zdarzenia stanowiącego podstawę odpowiedzialności, poczynając od początku pierwszego, a kończąc na momencie zakończenia ostatniego z umyślnych wykroczeń spiętych klamrą ciągłości. W zakresie zasady *ne bis in idem* regulacja zawarta w art. 12 § 2 k.k. – z uwagi na konstrukcyjne podobieństwo – wywołuje te same trudności i kontrowersje, co rozwiązanie zawarte w art. 12 § 1 k.k. Żaden element regulacji zawartej w art. 12 § 2 k.k. nie wpływa na sposób określania relacji tej konstrukcji do zasady *ne bis in idem*²⁷.

W charakterze refleksji podsumowującej omawiane wyżej zagadnienia można by wyrazić ogólniejszej natury wątpliwość, czy regulacja przewidziana w dodanej do art. 12 Kodeksu karnego kolejnej jednostce redakcyjnej była w ogóle potrzebna oraz czy wypełniła jakąś istniejącą wcześniej lukę lub doprowadziła do modyfikacji odpowiedzialności za ciąg wykroczeń popełnionych w tzw. zamiarze odnawialnym. Otóż – z jednej strony – nie sposób zaprzeczyć, że brak z góry powziętego zamiaru wykluczał możliwość zastosowania dyrektywy interpretacyjnej, jaka dawniej była ujęta w art. 12, a obecnie wynika z § 1 tego przepisu. Szeregu wykroczeń przeciwko mieniu, którego łączna wartość przekraczała granicę wytyczoną między przestępstwem a wykroczeniem, w przypadku towarzyszącego im zamiaru odnawialnego, a więc podejmowanego „na raty”, nie dałoby się więc zakwalifikować jako popełnianego jednoczynowo (w tzw. czynnie ciągłym) przestępstwa. Z oczywistych powodów tego rodzaju sekwencja wykroczeń – nawet w przypadku wykorzystania tej (takiej) samej sposobności, w jakiej byłyby one popełniane – nie mogłaby również stanowić ciągu przestępstw. Oznaczałoby to, że dodany obecnie art. 12 § 2 k.k. stanowi jakieś *novum*, skoro wynikająca z niego norma reguluje sytuację dotychczas nieobjętą żadnym stanowiącym podstawę odpowiedniego wartościowania mechanizmem redukcyjno-kumulacyjnym, a mianowicie taką, w której ciąg wykroczeń przeciwko mieniu wykonanych z zamiarem odnawialnym chcielibyśmy traktować – ze względu na łączną wartość mienia – jak jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa, mimo wielości składających się nań czynów karalnych. Z drugiej jednak strony nie da się uniknąć pytania, czy – wobec licznych wątpliwości interpretacyjnych, pojawiających się także w kontekście wyżej jedynie zasygnalizowanych zmian normatywnych (już obowiązujących lub dopiero projektowanych) – rozwiązanie takie chcielibyśmy uznać za potrzebne oraz dobrze przemyślane.

²⁷ Odrębną i wymagającą bardziej szczegółowego omówienia kwestią jest znaczenie regulacji z art. 10a k.w. w odniesieniu do zasady *ne bis in idem*, co pozostaje jednak poza zakresem zainteresowania niniejszego artykułu.

ABSTRACT

Jacek Giezek, Piotr Kardas – *The new regulation pertaining to continuous crime both in the Article 12 para 2 of the Criminal Code and in the Article 10a of the Code of Misdemeanors*

Said dissertation sets out to discuss the new regulation pertaining to continuous crime both in the Criminal Code and the Code of Misdemeanors. It entails an analysis of the legal nature of the institution enshrined in Article 12 of the CC. The final reflection is that said provision is one complementary to the entirety of the statutory regulation of continuous crime.

Furthermore, the article strives to present the relationship between Article 12 para 1 CC and Article 12 para 2 CC in that it states that the latter is of subsidiary and complementary character. It also widens the scope of application of the regulation onto circumstances when the perpetrator does not act with premeditated intent.

The elements of continuous crime set forth in Article 12 para 2 CC are described and reflected upon, with particular regard to the consequences of applying said institution, taking into account the regulations of the Code of Misdemeanors.

Nevertheless, this text includes an overview of the similarities and differences of the constructs enshrined in both of the aforementioned Articles.

The authors believe that continuous offense should only be associated with and applicable to behavior of intentional nature. The importance of objectivization of elements of continuous crime set forth in Article 12 para 2 CC is also emphasized.

Finally, it contains a review of the possible complications associated with the practical application of said constructs, as well as a proposition of appropriate solutions.

Keywords: *continuous offense, misdemeanor, punishment, basis of imputability, ne bis in idem, statutory elements of continuous offense, confluence of misdemeanors, premeditation, similar opportunity, similar way of perpetration, intent*

prof. zw. dr hab. Piotr Kardas

The author is an advocate (District Bar Council in Krakow), chairman of the Department of Comparative Criminal Law of the Jagiellonian University and vice-president of the Polish Bar Council.

prof. zw. dr hab. Jacek Giezek

The author is an advocate (District Bar Council in Wroclaw), chairman of the Department of Criminal Law of the University of Wroclaw and chairman of the Ethics Committee of the Polish Bar Council.

prof. zw. dr hab. Piotr Kardas

Autor jest adwokatem (ORA Kraków), kierownikiem Zakładu Prawa Karnego Porównawczego Uniwersytetu Jagiellońskiego, wiceprezesem Naczelnej Rady Adwokackiej.

prof. zw. dr hab. Jacek Giezek

Autor jest adwokatem (ORA Wrocław), kierownikiem Katedry Prawa Karnego Materialnego Uniwersytetu Wrocławskiego, przewodniczącym Komisji Etyki Naczelnej Rady Adwokackiej.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bemelmans Joeri, van Kempen Piet Hein, *EU protection of the substantive criminal law principles of guilt and ne bis in idem under the Charter of Fundamental Rights: Underdevelopment and Overdevelopment in an incomplete criminal justice framework*, „New Journal of European Criminal Law” 2018/2

Bielski Marek, *Wokół „przepołowionego” charakteru przestępstwa rozboju*, „Państwo i Prawo” 2009/2

Bojarski Tadeusz (w:) **T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk**, *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2012

Giezek Jacek, *Fakty oraz ich ocena jako przedmiot materialnoprawnych domniezań w procesie karnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018/114

Giezek Jacek (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012

Giezek Jacek, *Zbieg przepisów a konstrukcja przestępstwa ciągłego* (w:) *Zbieg przepisów i zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń 2006

Gutowski Maciej, Kardas Piotr, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017

Kaftal Alfred, *Przestępstwo ciągłe w polskim prawie karnym*, Warszawa 1985

Kardas Piotr, *Akcesoryjność czy samodzielność odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo w prawie wykroczeń? Księga Jubileuszowa Profesora Stanisława Hoca. O stabilność kodeksu karnego w świetle realiów*, red. D. Mucha, Opole 2018, t. 1

Kardas Piotr (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2012

Kardas Piotr (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, t. 1

- Kardas Piotr** (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53–116*, Warszawa 2016, t. 2
- Kardas Piotr** (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2016
- Kardas Piotr**, *Podstawy odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia. Kilka uwag o nieistniejących przepisach* (w:) *W poszukiwaniu prawdy. Rozważania o prawie, historii i sprawiedliwości. Prace dedykowane profesorowi Janowi Widackiemu*, red. K. Banasik, A. Kargol, A. Kubiak-Cyruł, M. J. Lubelski, E. Plebanek, A. Strzelec, Kraków 2018
- Kardas Piotr**, *Problem reakcji na tzw. czyny przepołowione w świetle ciągłości popełnienia przestępstwa, konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych oraz zasady ne bis in idem*, „Prokuratura i Prawo” 2018/3
- Kardas Piotr**, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999
- Kardas Piotr**, *Res iudicata a konstrukcja czynu ciągłego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007/2
- Kardas Piotr**, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011
- Rogalski Maciej**, *Przesłanka powagi rzeczy osądzonej w procesie karnym*, Kraków 2006
- Wojtaszczyk Adam, Zontek Witold**, *Czy art. 12 jest ciągłym problemem?*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007/2

Pojęcia kluczowe: *postępowanie karne, nowelizacja, obecność oskarżonego, dowody, uzasadnienie, naruszenie prawa materialnego*

Artykuły

Łukasz Chojniak

POSTULAT NOWELIZACJI KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO – KRYTYCZNIE O NIEKTÓRYCH PROPONOWANYCH ZMIANACH

Każda nowelizacja ustawy procesowej warta jest odnotowania, jednak projekt oparty datą 4.12.2018 r. jest szczególnie, nie tylko bowiem zawiera propozycje zasadniczych zmian postępowania karnego, ale także podważa obowiązujące do tej pory niektóre zasady procesowe, także te o charakterze gwarancyjnym, jak na przykład prawo oskarżonego do udziału w rozprawie. Nie brak w nim z pewnością rozwiązań ciekawych i zmierzających być może we właściwym kierunku, czyli ku usprawnieniu postępowania. Nie zmienia to jednak bardzo krytycznej oceny całego projektu.

Dostępny wcześniej na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji¹, a obecnie skierowany już do Sejmu, projekt daleko idącej, kolejnej nowelizacji Kodeksu postępowania karnego² zasługuje na wnikliwe omówienie, zwłaszcza w zakresie niektórych proponowanych zmian. Zawarte w nim rozwiązania atakują podstawowe gwarancje procesowe oskarżonego, są niekiedy wewnętrznie sprzeczne i tworzą iluzję rozwiązań trafnie zdiagnozowanych wcześniej problemów. Ponadto zarówno sam projekt, jak

¹ Zob. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12318806/katalog/12554733#12554733> (dostęp: 18.02.2019 r.). Obecnie projekt trafił do Sejmu – druk sejmowy nr 3251, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1246-2019/\\$file/8-020-1246-2019.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1246-2019/$file/8-020-1246-2019.pdf) (dostęp: 26.02.2019 r.). W dalszej części tekstu posługuję się numeracją stron z projektu zamieszczonego na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.), dalej k.p.k.

i jego uzasadnienie posługują się fałszywą argumentacją, co w sytuacji przedłożenia projektu rządowego zasługuje na szczególną krytykę.

UWAGI WSTĘPNE

Rozpoczynając analizę przedmiotowego projektu, trzeba wyjść od przypomnienia kilku podstawowych założeń dyskursu prawniczego. Nie ulega wątpliwości, że regulom tym podlega także proces legislacyjny³. Argumentacja zawarta w uzasadnieniu projektu powinna opierać się na prawdzie. Co więcej, argumentacja prawnicza powinna być prowadzona w bezpośrednim związku z obowiązującym prawem. Dyskurs prawniczy powinien być w możliwie wysokim stopniu niesprzeczny. Argument *a cohaerentia* pozwala oczekiwać usuwania (oraz niewprowadzania) do dyskursu prawniczego tez, które pozostają w sprzeczności czy też niezgodności z tezami już przyjętymi i zaakceptowanymi przez uczestników dyskursu. Wreszcie, nie można występować przeciwko własnemu stanowisku, a przede wszystkim nie można przeczyć samemu sobie⁴. Większości tych zasad proponowany projekt przeczy.

Zacznijmy od tego, że projekt odwołuje się do dwóch aktów prawa europejskiego – dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z 22.10.2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności⁵, a także do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z 9.03.2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym⁶.

Pierwszy z wymienionych aktów prawnych miał być implementowany do polskiego porządku prawnego do 27.11.2016 r., a drugi do 1.04.2018 r. Tak się jednak nie stało. Określony w obu dyrektywach standard minimalny wciąż w wielu miejscach nie jest respektowany przez polskiego ustawodawcę. Tylko przykładowo, dyrektywa z 22.10.2013 r. przewiduje w art. 3 prawo dostępu podejrzanego i oskarżonego do adwokata w takim terminie i w taki sposób, aby osoby te mogły rzeczywiście i skutecznie wykonywać przysługujące im prawo do obrony. Podejrzani i oskarżeni powinni mieć dostęp do adwo-

³ Zob. rozporządzenie z 20.06.2002 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2016 r. poz. 283), wydane na podstawie art. 14 ust. 4 pkt 1 ustawy z 8.08.1996 r. o Radzie Ministrów (Dz.U. z 2012 r. poz. 392 ze zm.).

⁴ J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003, s. 43–95.

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z 22.10.2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności (Dz.Urz. UE L 294 z 6.11.2013 r.), dalej dyrektywa z 22.10.2013 r.

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z 9.03.2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym (Dz.Urz. UE L 127 z 29.04.2016 r.), dalej dyrektywa z 9.03.2016 r.

kata bez zbędnej zwłoki, także przed ich przesłuchaniem przez policję lub inny organ ścigania lub sądowy⁷. Prawo to jednak, w realiach polskiej procedury karnej, nie jest respektowane⁸. O ile bowiem nie można mieć większych zastrzeżeń do regulacji prawnej przewidującej możliwość ustanowienia obrońcy z wyboru dla podejrzanego przed jego pierwszym przesłuchaniem (a także pełnomocnika dla świadka, jeśli wymagają tego jego interesy), o tyle całkowicie nie funkcjonuje dostęp do adwokata – obrońcy z urzędu – dla zatrzymanego oczekującego na przedstawienie zarzutów i pierwsze przesłuchanie w sprawie. Krótki, 48-godzinny termin

na realizację czynności z zatrzymanym praktycznie uniemożliwia, w realiach polskiego postępowania karnego, efektywne przyznanie prawa do obrońcy z urzędu takiemu zatrzymanemu. Co prawda istnieje tu odpowiednia podstawa prawna – art. 78 § 1a k.p.k. pozwala podejrzanemu żądać wyznaczenia obrońcy z urzędu w celu dokonania określonej czynności procesowej. Rzecz jednak w tym, że podejrzany może złożyć

takie żądanie wtedy, gdy zostaną mu ogłoszone zarzuty, a więc gdy już rozpoczyna się jego pierwsze przesłuchanie, co w praktyce wyklucza możliwość wzięcia przez takiego obrońcę z urzędu udziału w tym przesłuchaniu.

Podobnie dyrektywa z 2013 r. zapewnia możliwość spotkania się na osobności podejrzanego i jego obrońcy w celu porozumienia się przed przesłuchaniem przez policję lub inny organ ścigania lub organ sądowy. Tymczasem wciąż obowiązuje spreczny z tym standardem art. 73 § 2 i 4 k.p.k., w myśl którego w postępowaniu przygotowawczym prokurator, udzielając zezwolenia na porozumiewanie się, może zastrzec w szczególności uzasadnionych wypadkach, jeżeli wymaga tego dobro postępowania przygotowawczego, że będzie przy tym obecny sam lub osoba przez niego upoważniona. Zastrzeżenie to nie może być utrzymywane ani dokonane po upływie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania podejrzanego. Nie zmienia to jednak istoty rzeczy, że, w praktyce, to od dobrej woli prokuratora zależeć będzie, czy podejrzany i obrońca będą mogli ustalić linię obrony przed pierwszym przesłuchaniem. Zarządzenie prokuratora nie podlega zaskarżeniu. Prawo oskarżonego do komunikowania się ze swoim obrońcą bez udziału osób trzecich jest jednym z podstawowych wymogów rzetelnego procesu w społeczeństwie demokratycznym i wynika z art. 6 ust. 3(c) Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Prawo to nie jest wyraźnie powołane w Konwencji i może być przedmiotem pewnych ograniczeń. Jednakże jeżeli obrońca nie może naradzać się

⁷ Zob. też wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 27.11.2008 r., *Salduz przeciwko Turcji*, nr skargi 36391/02.

⁸ Zob. trafne uwagi zawarte na stronie internetowej Rzecznika Praw Obywatelskich – <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-po-raz-kolejny-upomina-sie-o-adwokata-dla-podejrzewanego-zwlaszcza-dla-osob-z> (dostęp: 18.02.2019 r.). RPO stwierdza w stanowisku z 6.04.2018 r. m.in., że w Polsce nadal nie istnieje system zapewniający obrońcę każdemu, kto zostanie zatrzymany. O zagwarantowanie tego prawa zgodne ze standardami europejskimi RPO ubiega się od dawna. Kwestia ta była przedmiotem jego wystąpienia do Ministra Sprawiedliwości z kwietnia 2017 r. Ponieważ RPO nie otrzymał na to odpowiedzi, na początku 2018 r. złożył skargę do Prezesa Rady Ministrów.

ze swoim klientem i otrzymywać poufnych instrukcji bez nadzoru, świadczona pomoc prawna może stracić wiele ze swojej efektywności, podczas gdy Konwencja ma gwarantować prawa, które są rzeczywiste i skuteczne⁹.

Żadna z powyższych różnic w regulacji prawnej pomiędzy polskim Kodeksem postępowania karnego a prawem europejskim nie jest niwelowana przez przygotowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości projekt.

Przewrotność omawianego projektu polega jednak na tym, że nie tylko nie realizuje on założeń obu dyrektyw, ale nadto wprowadza rozwiązania wprost z nimi sprzeczne, oddalające nas od wyznaczonego prawem europejskim standardu minimalnego. Dotyczy to zwłaszcza kwestii obecności oskarżonego na rozprawie. Proponowane w projekcie rozwiązanie nie tylko nie gwarantuje tego podstawowego prawa oskarżonego, ale, o czym dalej, w sposób wręcz niespotykany je ogranicza. Trudno byłoby dociec, jak nowe rozwiązania mają pozostawać w zgodzie z art. 8 ust. 1 dyrektywy z 2016 r. gwarantującej podejrzanym i oskarżonym prawo do obecności na rozprawie. W przypadku gdy oskarżony i jego obrońca nie byli obecni na rozprawie nie ze swojej winy, dyrektywa z 2016 r. wymaga umożliwienia wznowienia takiego postępowania i rozpoznania sprawy co do istoty, o ile pod nieobecność oskarżonego i jego obrońcy zapadło orzeczenie w przedmiocie winy oskarżonego (art. 9 dyrektywy z 2016 r.).

OBECNOŚĆ OSKARŻONEGO NA ROZPRAWIE

Tymczasem projektodawcy, odwołując się przecież do wspomnianej dyrektywy z 2016 r., proponują wprowadzenie do Kodeksu postępowania karnego nowego art. 378a k.p.k.

Zgodnie z tym rozwiązaniem, jeżeli oskarżony lub obrońca nie stawili się na rozprawę i w aktach sprawy brak jest dowodu doręczenia mu zawiadomienia lub wezwania lub jeżeli zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że niestawiennictwo wynikało z powodu przeszkód żywiołowych lub innych wyjątkowych przyczyn lub wtedy, gdy usprawiedliwił należycie niestawiennictwo, sąd może przeprowadzić postępowanie dowodowe w jego nieobecności, a w szczególności przesłuchać świadków, którzy stawili się na rozprawę, nawet jeżeli oskarżony nie złożył jeszcze wyjaśnień.

Przewiduje się zatem, że niezależnie od przyczyny niestawiennictwa obrońcy lub oskarżonego, choćby była ona usprawiedliwiona, sąd może prowadzić postępowanie dowodowe. Nie ma znaczenia ani waga sprawy, ani jej zawikłałość. Nie ma też znaczenia zdolność do samodzielnej obrony przez oskarżonego, którego obrońca nie może, z przyczyn obiektywnie usprawiedliwionych, stawić się na rozprawę.

Próżno szukać w uzasadnieniu projektu wytłumaczenia tak radykalnego rozwiązania. Propozycja wręcz fundamentalnej zmiany opatrzona jest albo gołosłownymi argumentami o charakterze publicystycznym, albo nietrafnymi porównaniami.

Stwierdza się zatem¹⁰, że w praktyce orzeczniczej sądów bardzo istotnym czynnikiem

⁹ Wyrok ETPCz z 13.01.2009 r., w sprawie nr 52479/99, *Rybacki przeciwko Polsce*, [https://etpcz.ms.gov.pl/etpccontent/\\$N/9900000000000001_I_ETPC_052479_2099_Wy_2009-01-13_001](https://etpcz.ms.gov.pl/etpccontent/$N/9900000000000001_I_ETPC_052479_2099_Wy_2009-01-13_001) (dostęp: 18.02.2019 r.).

¹⁰ Zob. *Uzasadnienie projektu...*, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12318806/katalog/12554733#12554733>, s. 42–44.

wpływającym na przedłużanie się trwania postępowań jest konieczność odraczania i przerywania rozpraw w sytuacji usprawiedliwionej nieobecności oskarżonych i obrońców. Powoduje to, oprócz przewlekłości postępowania, duże koszty społeczne i finansowe, w szczególności polegające na konieczności ponownego stawienia się w innym terminie, nieraz kilkukrotnego, świadków i biegłych, którzy nie mogli być przesłuchani z uwagi na usprawiedliwioną nieobecność stron i ich pełnomocników.

Zatrzymując się w tym miejscu, warto dodać kilka zdań komentarza do tak przedstawionej tezy. Otóż trudno winić obrońcę i oskarżonego, że spotkały ich tego typu okoliczności, które w sposób usprawiedliwiony uniemożliwiają im stawiennictwo na rozprawie. Projektodawcy nie wskazują tu bowiem ani na instytucję nadużycia prawa do obrony, ani na działania *praeter legem* czy też *contra legem* – w takich bowiem sytuacjach zrozumiałe byłoby poszukiwanie rozwiązań zmierzających do powstrzymania obstrukcji procesowej. Przeciwnie, w uzasadnieniu projektu można dalej przeczytać, że nie sposób uznawać każdego takiego niestawiennictwa za zamierzone i nacechowane złą wolą stron i ich pełnomocników i nie można także dopuścić do nieuzasadnionego naruszenia ich gwarancji procesowych. Ale ta, oczywista dla projektodawców, konstatacja nie prowadzi do przyjęcia wniosku, że w żadnym wypadku nie jest możliwe dokonanie jakiegokolwiek czynności dowodowej.

Na dowód tak postawionej tezie przywołano regulację funkcjonującą w Kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia, którego art. 71 § 2 i 3 przewidują, że jeżeli oskarżyciel publiczny, oskarżyciel posiłkowy, pokrzywdzony lub obwiniony nie stawił się na rozprawę i w aktach sprawy brak jest dowodu doręczenia im wezwania lub zawiadomienia, sąd może, jeżeli uzna to za celowe, przeprowadzić postępowanie dowodowe, a w szczególności przesłuchać świadków, którzy stawili się na rozprawę. Na następnej rozprawie dowody te przeprowadza się ponownie tylko, jeżeli zażąda tego strona nieobecna na poprzedniej rozprawie, chyba że była o jej terminie prawidłowo powiadomiona.

Porównanie rozwiązań funkcjonujących w Kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia do regulacji przewidzianych w Kodeksie postępowania karnego jest nietrafne i nieuprawnione. Trudno bowiem porównywać z natury odformalizowaną procedurę dotyczącą czynów o małym natężeniu karygodności, jakimi są wykroczenia, do postępowania w sprawach o zbrodnie zagrożonych nawet karą dożywotniego pozbawienia wolności. Zarówno waga i charakter spraw, jak i potencjalna odpowiedzialność sprawcy sprzeciwiają się takiemu zestawieniu.

Ale nawet w tym zakresie projektodawcy nie pozostali konsekwentni. Przepis art. 71 § 2 i 5 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia¹¹ zakłada, że w przypadku usprawiedliwionej nieobecności obrońcy i obwinionego na następnej rozprawie dowody te przeprowadza się ponownie tylko, jeżeli zażąda tego strona nieobecna na poprzedniej rozprawie. Żądanie strony jest więc dla sądu wiążące, a dowód przeprowadza się ponownie w całości.

Tymczasem nowy art. 378a § 3–6 k.p.k. miałby wprowadzić zasadę, że jeżeli sąd przeprowadził postępowanie dowodowe podczas usprawiedliwionej nieobecności oskarżo-

¹¹ Ustawa z 24.08.2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2018 r. poz. 475 ze zm.).

nego lub obrońcy, oskarżony lub obrońca może najpóźniej na kolejnym terminie rozprawy, o którym był prawidłowo zawiadomiony przy jednoczesnym braku procesowych przeszkód do jego stawiennictwa, złożyć wniosek, ale o uzupełniające przeprowadzenie dowodu przeprowadzonego podczas jego nieobecności. W razie niezłożenia wniosku w tak określonym terminie prawo do jego złożenia wygasa i w dalszym postępowaniu nie jest dopuszczalne podnoszenie zarzutu naruszenia gwarancji procesowych, w szczególności prawa do obrony, wskutek przeprowadzenia tego dowodu podczas nieobecności oskarżonego lub obrońcy.

We wniosku o uzupełniające przeprowadzenie dowodu oskarżony lub obrońca będzie miał obowiązek wykazać, że sposób przeprowadzenia dowodu podczas jego nieobecności naruszał gwarancje procesowe, w szczególności prawo do obrony. W razie uwzględnienia wniosku sąd przeprowadzi dowód, lecz uzupełniająco, jedynie w zakresie, w którym wykazano naruszenie gwarancji procesowych, w szczególności prawa do obrony.

Już pobieżna lektura propozycji zawartej w projektowanym art. 378a k.p.k. wskazuje, że nie tylko wprost narusza ona standard wyznaczony chociażby powołaną w projekcie dyrektywą z 2016 r., ale byłoby to rozwiązanie o wiele mniej gwarancyjnym charakterze, niż ma to miejsce w Kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia. Zatem prawo obwinionego do udziału w rozprawie i w postępowaniu dowodowym w sprawach o wykroczenia będzie silniej chronione niż analogiczne prawo oskarżonego w sprawie karnej.

Po pierwsze, oskarżony będzie miał prawo, o ile jego wniosek zostanie uwzględniony, do uzupełniającego przeprowadzenia dowodu przeprowadzonego podczas jego nieobecności. Nie będzie to więc ponowne przesłuchanie świadka i biegłego na okoliczności już wynikające z jego zeznań, a jedynie przesłuchanie uzupełniające, a więc takie, które w swoim założeniu zmierza do uzyskania nowych informacji od przesłuchiwanego podmiotu, a nie do zweryfikowania już przedstawionych uprzednio informacji za pomocą własnych pytań. Trudno więc mówić o jakimkolwiek zagwarantowaniu prawa oskarżonego do czynnego udziału w postępowaniu dowodowym, skoro nawet niezawiniona przecież przez niego choroba wykluczy go z możliwości przesłuchania świadka i będzie on musiał przyjąć za dobrą monetę tak ustalone pod jego nieobecność fakty.

Po drugie, oskarżony musi wykazać, że takie uzupełniające przeprowadzenie dowodu jest konieczne, gdyż sposób przeprowadzenia dowodu podczas jego nieobecności naruszał gwarancje procesowe, a w szczególności prawo do obrony. Nie chodzi więc o wykazanie, że oskarżony chciałby dowieść innych okoliczności (ustalić prawdę), ale wyłącznie o to, czy to, co już ustalono bez jego udziału, zostało ustalone w zgodzie z procedurą karną. Jeśli zatem nie zadawano świadkowi pytań sugerujących, nie wpływano na jego swobodę wypowiedzi itd., to oskarżony nie będzie w stanie skutecznie zakwestionować sposobu przeprowadzenia takiego przesłuchania. Co więcej, projektodawcy zakładają, że generalnie usprawiedliwiona nieobecność oskarżonego na rozprawie tylko w nielicznych przypadkach będzie stanowić o naruszeniu jego praw, jeśli pod jego nieobecność prowadzono postępowanie dowodowe. Oskarżony musi bowiem tę okoliczność należycie wykazać, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na nim. Tym samym pozycja oskarżonego z podmiotu postępowania niebezpiecznie zmierza w kierunku jego przedmiotu.

POSTĘPOWANIE DOWODOWE

Pozostaje też niewiadomą, jak pogodzić przyjętą w projekcie, choć nieznaną ustawie procesowej, konstrukcję wygaśnięcia prawa do złożenia wniosku o uzupełniające przeprowadzenie dowodu z obowiązkiem sądu dążenia do ustalenia prawdy w procesie. Katalog przesłanek pozwalających sądowi oddalić wniosek dowodowy zawarty w art. 170 § 1 k.p.k. wskazuje dość jednoznacznie, że nie jest możliwe oddalenie wniosku dowodowego, jeżeli okoliczności, które ma on wykazać, mogą mieć istotny wpływ na rozstrzygnięcie co do istoty sprawy. Skoro zaś projekt wprowadza nieznaną ustawie procesowej konstrukcję wygaśnięcia prawa, to wniosek taki nie może być w ogóle rozpoznany przez sąd. Niemniej złożony nawet z przekroczeniem wskazanego w nowym art. 378a § 3 k.p.k. wniosek stanowi informację dla sądu o ważnej okoliczności, której sąd nie powinien zlekceważyć stosownie do treści art. 9 § 2 k.p.k. Nieprzeprowadzenie takiego dowodu może wówczas stanowić o naruszeniu przez sąd treści art. 167 k.p.k., chyba że ukrytą intencją projektodawców jest próba (choć nie wynika to jednoznacznie z treści projektu ani jego uzasadnienia) zmiany paradygmatu procesu karnego i odejście od dążenia do ustalenia w nim prawdy. Tak czy inaczej, przyjęte rozwiązanie nie tylko jest sprzeczne z podstawowymi gwarancjami procesowymi oskarżonego, ale także nieprzemysłane pod kątem spójności systemowej i efektywności jego stosowania. Podobnie rzecz ma się z propozycją nowelizacji samego art. 170 k.p.k.

PROJEKT ZAKŁADA, ŻE SĄD MOŻE ODDALIĆ WNIOSEK DOWODOWY, JEŚLI ZOSTANIE ON ZŁOŻONY PO TERMINIE, O KTÓRYM STRONA SKŁADAJĄCA WNIOSEK ZOSTAŁA ZAWIADOMIONA

Projekt przewiduje bowiem rozszerzenie zamkniętego katalogu przesłanek zawartych w art. 170 § 1 k.p.k., pozwalających oddalić wniosek dowodowy poprzez wprowadzenie prekluzji dowodowej. Postuluje się, aby nowy pkt 6 tego przepisu pozwalał sądowi oddalić wniosek dowodowy, jeśli zostanie on złożony po zakreślonym przez organ procesowy terminie, o którym strona składająca wniosek została zawiadomiona. Rozwiązanie to budzi wątpliwości z kilku co najmniej przyczyn.

Zacznijmy od pewnej niekonsekwencji. Nie sposób zapomnieć, że główną – oficjalnie proklamowaną – przyczyną odejścia od modelu względnie kontradiktoryjnego postępowania karnego, co dokonało się nowelą Kodeksu postępowania karnego z 11.03.2016 r.¹², było właśnie deklarowane przez projektodawców – a był to projekt rządowy¹³ – a następnie przez samego ustawodawcę przekonanie, że proces karny musi za swój główny cel przyjmować poszukiwanie prawdy. Najlepiej przygotowanym do tego podmiotem miał być sąd, toteż na jego barkach powinna spoczywać odpowiedzialność za przebieg i wynik procesu¹⁴. Powstaje zatem pytanie, jak pogodzić obecnie proponowane rozwiązanie, ewidentnie pozostające w sprzeczności z tak opisanym celem procesu.

¹² Ustawa z 11.03.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 437).

¹³ Zob. druk sejmowy nr 207 – Sejm VIII kadencji.

¹⁴ Zob. uzasadnienie do druku sejmowego nr 207 – Sejm VIII kadencji, s. 1–6.

Sama prekluzja dowodowa wydaje się być dopuszczalna w procesie karnym, a jej celem jest przede wszystkim dyscyplinowanie stron postępowania i wymuszanie ich aktywności w toku procesu. Jest to więc rozwiązanie skorelowane zwłaszcza z procesem opartym na modelu względnie kontradyktoryjnym. Nie ma ono na celu ograniczenia dotarcia do prawdy, a przeciwnie – chodzi tu takie ukształtowanie aktywności stron postępowania, aby to ustalenie prawdziwego stanu faktycznego już w toku postępowania przed sądem pierwszej instancji leżało w ich interesie. Nie da się jednak zrozumieć – w świetle paradygmatu racjonalnego ustawodawcy – że z jednej strony podkreśla się nadrzędne znaczenie zasady prawdy w procesie i podporządkowanie jej całego toku postępowania, aby niebawem wprowadzać tak daleko idący wyłom w tym myśleniu, a tym przecież jest postulowana prekluzja dowodowa.

Gorzej, że owa niekonsekwencja projektodawców idzie dalej, proponuje się bowiem dodanie do art. 170 k.p.k. nowego § 1a, zgodnie z którym nie będzie można oddalić wniosku dowodowego na podstawie ani dotychczasowego art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k., ani na podstawie nowego pkt 6 tego przepisu, o ile okoliczność, która ma być udowodniona, ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy został popełniony czyn zabroniony, czy stanowi on przestępstwo i jakie, czy czyn zabroniony został popełniony w warunkach, o których mowa w art. 64 lub 65 Kodeksu karnego, lub czy zachodzą warunki do orzeczenia pobytu w zakładzie psychiatrycznym na podstawie art. 93g Kodeksu karnego. W istocie zatem chyba sami projektodawcy nie są do końca przekonani do trafności proponowanego rozwiązania limitującego inicjatywę dowodową stron w postępowaniu. Nowy § 1a w istocie znosi bowiem zasadność regulacji przewidywanej w nowym art. 170 § 1 pkt 6 k.p.k. Powtarza się więc sytuacja, gdy wspomnianą już nowelą z 11.03.2016 r. pozostawiono w postępowaniu odwoławczym przepis o charakterze prekluzyjnym (art. 427 § 3 k.p.k.), jednocześnie zmieniając model także tego postępowania odwoławczego na względnie inkwizycyjny (art. 167 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k.), przez co przewidziane w art. 427 § 3 k.p.k. rozwiązanie pozwalające odwołującej się stronie wskazać nowe fakty lub dowody, o ile nie mogła powołać ich w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, nie ma większego znaczenia. Każdy istotny dla wyniku sprawy nowy dowód sąd odwoławczy musi i tak dopuścić i przeprowadzić z urzędu.

Nowe rozwiązanie przewidziane w art. 170 § 1 pkt 6 k.p.k. nie ma też racji bytu dlatego, że ten sam efekt można było do tej pory osiągnąć poprzez odwołanie się do pkt 5 pozwalającego oddalić wniosek dowodowy, jeżeli w sposób oczywisty zmierzał on do przedłużenia postępowania. Przepis art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. pozwala skutecznie walczyć z obstrukcją procesową stron, a więc umyślnym wykorzystywaniem uprawnień procesowych w celu uniemożliwienia toku procesu lub jego spowolnienia¹⁵. Nie jest to jednak instytucja pozwalająca na oddalenie wniosku dowodowego, złożonego nawet w końcowym etapie postępowania, o ile tylko wnioskodawca wykaże, że ustalana okoliczność ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Można oczywiście takie postąpienie wnioskodawcy oceniać w kategoriach lojalności procesowej względem sądu, ale w świetle nadrzędnego celu procesu, jakim jest ustalenie prawdy, nie może być to wniosek dowodowy zignorowany i w konsekwencji oddalony przez sąd.

¹⁵ Postanowienie SN z 3.04.2012 r. (V KK 30/12), LEX nr 1163966.

Jeżeli zaś chodzi o nowy § 1a art. 170 k.p.k., to również stanowi on *superfluum* wobec już obowiązującego art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. Skoro bowiem oddała się wniosek dowodowy, gdy okoliczność, która ma być udowodniona, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, to *a contrario*, gdy taka okoliczność ma znaczenie dla wyniku postępowania, wniosku dowodowego nie można oddalić. Nawet jeżeli, w konsekwencji, realizacja wniosku dowodowego doprowadzi do znaczącego wydłużenia postępowania.

Omawiany projekt w zakresie postępowania dowodowego jest tak samo niekonsekwentny na gruncie proponowanej nowelizacji art. 452 § 2 k.p.k. i dodania do niego pkt 2. Przepis miałby mieć nadane nowe brzmienie, zgodnie z którym sąd odwoławczy zobowiązany byłby oddalić wniosek dowodowy, jeżeli dowód nie był powołany przed sądem pierwszej instancji, pomimo że składający wniosek mógł go wówczas powołać lub okoliczność, która ma być udowodniona, dotyczy nowego faktu, niebędącego przedmiotem postępowania przed sądem pierwszej instancji, a składający wniosek mógł go wówczas wskazać.

W kolejnej części proponowanego nowego art. 452 § 2 pkt. 2 k.p.k. projektodawcy zakładają jednak, że wniosku dowodowego nie można by oddalić, jeżeli okoliczność, która ma być udowodniona, w granicach rozpoznania sprawy przez sąd odwoławczy, ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy został popełniony czyn zabroniony, czy stanowi on przestępstwo i jakie, czy czyn zabroniony został popełniony w warunkach, o których mowa w art. 64 lub 65 Kodeksu karnego lub czy zachodzą warunki do orzeczenia pobytu w zakładzie psychiatrycznym na podstawie art. 93g Kodeksu karnego.

Dość jasno wynika zatem z proponowanej regulacji, że prekluzja dowodowa znajdzie zastosowanie wyłącznie do kwestii pobocznych w stosunku do głównego nurtu postępowania. Tu jednak do tej pory zarówno sąd pierwszej, jak i drugiej instancji dysponowały możliwością oddalenia wniosku dowodowego na podstawie art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. Nie inaczej widzą ten problem projektodawcy, wskazując w uzasadnieniu projektu, że przeprowadzanie dowodów powinno następować przede wszystkim przed sądem pierwszej instancji, ale te założenia dotyczące funkcjonalnych relacji pomiędzy postępowaniem głównym i apelacyjnym muszą ustąpić w sytuacji, gdyby zagrożone było dokonanie prawidłowych ustaleń faktycznych co do zasadniczego przedmiotu procesu¹⁶. Jaka zatem jest celowość proponowanych zmian?

Poza powyższymi uwagami dodatkowym komentarzem należy opatrzeć proponowany nowy art. 427 § 3a k.p.k. W środku odwoławczym nie można by podnosić zarzutu nieprzeprowadzenia dowodu z urzędu, chyba że okoliczność, która ma być udowodniona, ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy został popełniony czyn zabroniony, czy stanowi on przestępstwo i jakie, czy czyn zabroniony został popełniony w warunkach, o których mowa w art. 64 lub 65 Kodeksu karnego, lub czy zachodzą warunki do orzeczenia pobytu w zakładzie psychiatrycznym na podstawie art. 93g Kodeksu karnego. Nie wspominając już po raz kolejny o pozornej wyłącznie prekluzji dowodowej, jaką proponuje się w tym nowym przepisie, trzeba też dodać o pewnej sprzeczności modelowej, jaką wywoła wprowadzenie tego rozwiązania. Skoro bowiem od 2016 r. powrócono, niesłusznie, do względnie inkwizycyjnego modelu postępowania sądowego, przerzucając na sąd odpowiedzialność za wynik postępowania, to niezrozumiałe jest pozbawienie stron moż-

¹⁶ Zob. *Uzasadnienie projektu...*, s. 59–60.

liwości domagania się wyciągnięcia konsekwencji procesowych z bierności i zaniechań sądu pierwszej instancji w tym zakresie. A żeby jeszcze bardziej ukazać, jak bardzo proponowana nowelizacja nie została przemyślana, warto dodać, że analogiczne zastrzeżenie, jak w przypadku postępowania apelacyjnego, nie zostało przewidziane w stosunku do postępowania kasacyjnego. Tym samym projekt prowadzi do sytuacji, gdy nie będzie możliwe uwzględnienie przez sąd odwoławczy zarzutu bierności w zakresie inicjatywy dowodowej ze strony sądu pierwszej instancji, ale tenże sąd drugiej instancji, jeśli sam zaniecha takiej aktywności, zgodnie z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k., liczyć się będzie musiał z możliwie skutecznym zarzutem kasacyjnym strony.

UZASADNIENIE WYROKU

Ważną nowością, która nie może ująć uwadze, jest wprowadzenie, zarówno w art. 424 § 4 k.p.k. (nowa jednostka redakcyjna), jak i w art. 457 § 3 k.p.k., obowiązku sporządzania uzasadnienia wyroku na formularzu według ustalonego wzoru. W miejsce rozbudowanych, nawet kilkusetstronicowych uzasadnień wyroków proponuje się wprowadzenie uzasadnień opartych na formularzach¹⁷. Nie do końca jednak wiadomo, jak owe formularze miałyby pomóc sędziom w skróceniu, jak należy rozumieć, nazbyt rozbudowanych uzasadnień wyroków.

W uzasadnieniu projektu można przeczytać, że aktualna praktyka przy tym wcale nie jest efektywna – uzasadnienia są pisane zawiłym językiem, niezrozumiałym dla stron, niepotrzebnie przeładowane orzecznictwem, powtórzeniami, nieczytelne konstrukcyjnie, np. nie wiadomo, gdzie szukać rozważań na niektóre tematy. Optymalnym rozwiązaniem ma się okazać wprowadzenie formularzy uzasadnień wyroków. Taka formuła porządkowałaby strukturę uzasadnienia, wymusiłaby operowanie krótszymi, konkretnymi konstrukcjami językowymi, bardziej zrozumiałymi dla stron, nie wymuszałaby sporządzania wielostronicowych uzasadnień¹⁸. Tak problem ten widzą projektodawcy.

Tymczasem uzasadnienie wyroku stanowi jedyny, jak się trafnie zauważa, materialny dowód przebiegu rozumowania sądu i jako takie pozwala na jego weryfikację. Podkreśla się, że uzasadnienie jest kluczowym komponentem prawa do rzetelnego sądu jako konstytucyjnie chronionego prawa jednostki. Uproszczenia w sporządzaniu uzasadnień są oczywiście dopuszczalne, a standardy europejskie wynikające z orzecznictwa ETPCz przewidują, że zakres uzasadnień orzeczeń sądowych może być różny w zależności od charakteru decyzji procesowych. Zakres ten powinien być ustalany przy uwzględnieniu okoliczności sprawy, różnorodności argumentów podniesionych przez strony, różnic rozwiązań ustawowych, reguł zwyczajowych, poglądów prawnych oraz sposobów ogłaszania i formułowania wyroków istniejących między państwami Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁹. Sporządzenie uzasadnienia zapadłego rozstrzygnięcia jest istotnym elementem prawa do rzetelnego procesu kar-

¹⁷ Zob. *Uzasadnienie projektu...*, s. 50.

¹⁸ Zob. *Uzasadnienie projektu...*, s. 51.

¹⁹ J. Mierzwińska-Lorencka, *Uzasadnianie wyroków w sprawach karnych (w:) Uzasadnienia decyzji stosowania prawa*, red. I. Rzućdziło-Grochowska, M. Grochowski, Warszawa 2015, s. 266–267, 284.

nego. Uzasadnienie to wymusza samokontrolę sądu, który musi wykazać, że orzeczenie jest materialnie i formalnie prawidłowe, że odpowiada wymogom sprawiedliwości, dokumentuje argumenty przemawiające za przyjętym rozstrzygnięciem, jest podstawą kontroli zewnętrznej przez organy wyższych instancji, służy indywidualnej akceptacji orzeczenia, umacnia poczucie zaufania społecznego i demokratycznej kontroli nad wymiarem sprawiedliwości, wzmacnia bezpieczeństwo prawne²⁰.

Jeśli intencją projektu jest dążenie do skrócenia obecnej formy uzasadnień wyroku, to wydaje się, że formularze tego oczekiwania nie spełnią. Po pierwsze, w uzasadnieniu projektu nie ma w ogóle wzmianki na temat funkcjonowania art. 424 § 1 k.p.k., który od 1.07.2015 r. wymaga od sędziów sporządzenia jedynie zwięzłego uzasadnienia. Od tego bowiem momentu przepis art. 424 k.p.k. nie wymaga, aby w pisemnym uzasadnieniu wyroku były rozważane w sposób drobiazgowy wszystkie, a więc i drugorzędne, okoliczności sprawy. Przepis ten obliuguje bowiem do „zwięzłego” wskazania, jakie fakty sąd uznał za udowodnione i nieudowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych²¹. Jeśli więc, mimo istniejącej podstawy prawnej do ograniczenia zakresu uzasadnienia wyroku tylko do niezbędnej istoty sprawy i mimo iż same tylko braki w uzasadnieniu nie stanowią skutecznej podstawy do uchylecia zaskarżonego wyroku sądu *meriti* (art. 455a k.p.k.), to trudno doprawdy zrozumieć, jak ową praktykę miałyby zmienić formularze. Po drugie, nie ulega zmianie katalog niezbędnych elementów każdego uzasadnienia wyroku określony w § 1 i 2 art. 424 k.p.k. – czy będzie ono sporządzane na formularzu, czy też nie, musi zawierać niezbędne minimum określone ustawą. Po trzecie, sprawy karne różnią się między sobą tak zasadniczo, że bardzo trudno wyobrazić sobie, aby możliwe było opracowanie takiego wzoru formularza, który pozwoli uwzględnić wszystkie możliwe kwestie, jakie sąd uważa za konieczne do omówienia w uzasadnieniu wydanego wyroku. To może zaś spowodować problemy w konstruowaniu uzasadnień i sprawić, że problem, który obecnie chyba nie jest dominujący, a więc nieczytelność i zawiłość uzasadnień wyroków karnych, dopiero w istocie zostanie wygenerowany tą właśnie nowelizacją. Po czwarte wreszcie, formularze mogą doprowadzić do takiego uproszczenia konstrukcji uzasadnień wyroków, że naruszone zostanie w ten sposób prawo strony do sądu, którego elementem jest prawo do weryfikowalnego uzasadnienia zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia²².

ZARZUT NARUSZENIA PRAWA MATERIALNEGO

Ostatnią ze zmian, które proponuje projekt, a na którą chciałbym zwrócić uwagę, jest proponowana nowelizacja podstaw odwoławczych zawartych w art. 438 k.p.k. w zakresie formułowania zarzutów naruszenia prawa materialnego.

Po nowelizacji obok dotychczasowego pkt 1 art. 438 k.p.k. pojawiłby się nowy pkt 1a. I tak pkt 1 przewidywałby możliwość podniesienia zarzutu obrazu przepisów

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 27.04.2016 r. (II AKa 37/16), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2016/9, poz. 39.

²¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 23.09.2015 r. (II AKa 220/15), LEX nr 1927501.

²² Wyrok TK z 16.01.2006 r. (SK 30/05), OTK-A 2006/1, poz. 2.

prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego sprawcy. W tym przypadku, tak jak do tej pory, nie byłoby konieczności wskazywania wpływu podniesionego uchybienia na treść zaskarżonego orzeczenia, co wydaje się oczywiste, gdyż takowy wpływ zawsze istnieje. Co ciekawe, tak opisując pierwszą z podstaw odwoławczych, projektodawcy przeoczyli, że uniemożliwia on zaskarżenie wyroku uniewinniającego, jeśli sąd niewłaściwie zastosował prawo materialne przez błędną wykładnię znamion czynu zarzuconego oskarżonemu. Nie ma bowiem w takim przypadku mowy ani o sprawcy (wszak oskarżony został uniewinniony), ani o czynie przypisanym (bo żaden czyn oskarżonemu finalnie nie został przypisany).

Kolejna, nowa podstawa odwoławcza znalazłaby się w nowym art. 438 pkt 1a k.p.k. Tu przewiduje się natomiast możliwość podniesienia zarzutu obrazy przepisów prawa materialnego w innych wypadkach niż wskazane w art. 438 pkt. 1 k.p.k., o ile, co zaskakuje, mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia.

Pojawia się zatem pytanie, czy projektodawcy są w stanie wskazać choćby jeden przypadek naruszenia stanowczych przepisów prawa materialnego, które nie miałyby wpływu na treść zaskarżonego orzeczenia. Jeśli nawet owo uchybienie sprowadza się do poprawienia kwalifikacji prawnej czynu bez zmiany orzeczonej kary, to nie oznacza to, że w warunkach nowej, poprawionej kwalifikacji prawnej sąd odwoławczy nie rozważał adekwatności wcześniej orzeczonej kary. Tym samym wpływ takiego uchybienia na treść zaskarżonego orzeczenia wydaje się oczywisty. Odwołanie się przeze mnie do tego przykładu nie jest przypadkowe. W uzasadnieniu projektu czytamy bowiem, że w konsekwencji nowego ukształtowania względnych podstaw odwoławczych zawsze kontroli podlegałaby prawidłowość kwalifikacji prawnej czynu przypisanego sprawcy, a więc kwestia zupełnie zasadnicza z punktu widzenia właściwego trafnego określenia przedmiotu postępowania, w pozostałym zaś zakresie eliminowane byłyby konsekwencje wszelkich innych naruszeń prawa materialnego, jeżeli mogłyby mieć wpływ na treść orzeczenia. Projektodawcy dodają, że można byłoby zrezygnować ze zbędnego formalizmu sprowadzającego się do zmiany przez sąd odwoławczy podstaw prawnych rozstrzygnięć, których powołanie lub niepowołanie nie pozostawało w związku z treścią orzeczenia²³. Jest to więc błędne rozumienie przebiegu kontroli odwoławczej. Brak ostatecznej korekty orzeczenia w zakresie kary czy środków karnych nie oznacza, że konieczność takowej zmiany nie była rozważana przez sąd odwoławczy. Skoro zaś, jak przyjmuje się dość powszechnie, każde naruszenie stanowczych przepisów prawa materialnego może mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, to nie do końca jest jasne, jaki efekt ma osiągnąć proponowana zmiana podstaw odwoławczych. Dodać jeszcze można, że przecież korekty, o których tu mowa, w obecnym modelu postępowania odwoławczego są dokonywane przez sąd odwoławczy i nie powodują konieczności uchylecia orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji. Zatem i ekonomika postępowania nie stanowi *ratio* tak zaproponowanego rozwiązania.

²³ *Uzasadnienie projektu...*, s. 56.

PODSUMOWANIE

Pozostaje więc pytanie o celowość tak opisanej nowelizacji. To z pewnością nie wszystkie proponowane zmiany, lecz na ich całościowe opisanie ani nie pozwala objętość tego artykułu, ani też nie byłoby to celowe. Chodziło mi bowiem o wskazanie kilku najbardziej istotnych z mojej perspektywy nowych lub zmienionych regulacji, które pozwolą na całościową ocenę projektu. Zawarte są w nim także inne rozwiązania, niekiedy zmieniające we właściwym kierunku, ale już nie o tak fundamentalnym dla procesu karnego znaczeniu jak te przeze mnie wcześniej opisane.

Na pewno pozytywnie można odczytać proponowaną zmianę art. 405 k.p.k. poprzez uznanie, że z chwilą zamknięcia przewodu sądowego ujawnione są bez odczytywania wszystkie protokoły i dokumenty podlegające odczytaniu na rozprawie, które nie zostały odczytane. Inne, jak nowe rozwiązanie art. 350a k.p.k., choć może motywowane właściwymi intencjami, pozostawiają znak zapytania co do ich funkcjonowania po ewentualnym wprowadzeniu w życie. Skoro bowiem przewodniczący mógłby zaniechać wezwania na rozprawę świadków przebywających za granicą lub mających stwierdzić okoliczności, które nie są tak doniosłe, aby konieczne było bezpośrednie przesłuchanie świadków na rozprawie, w szczególności takie, którym oskarżony w wyjaśnieniach swych nie zaprzeczył, to otwiera to pytanie o możliwość wprowadzenia do polskiego procesu karnego instytucji milczącego przyznania okoliczności, podobnej do tej uregulowanej w art. 229 k.p.c. czy też w art. 233 § 2 k.p.c. Nie zostało to jednak w żaden sposób szerzej uzasadnione w projekcie. Stwarza to wrażenie dość chaotycznie przygotowanej nowelizacji, bez głębszego jej przemyślenia. Trudno bowiem podzielić argumentację projektodawców, że nowy art. 350a k.p.k. jest konieczny, aby sąd mógł z urzędu dokonać selekcji wzywanych przez oskarżyciela świadków pod kątem istotności ich zeznań dla przebiegu postępowania²⁴. Przecież już dziś sąd może wnioski o przesłuchanie takich świadków oddalić na podstawie art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. Wymaga to jednak jasnej decyzji sądu w tym zakresie, lecz z całą pewnością nie jest niemożliwe z uwagi na brak podstawy prawnej.

Nieprzemyślane rozwiązania nie muszą okazać się finalnie nietrafione, jeśli będą dopracowane, wpisane w cały system procesu karnego, którego wizja chyba wymyka się projektodawcom. Nieustające zmiany w procedurze, bez szerszego zamysłu, do jakiego celu mają one doprowadzić, obrócą się przeciwko wymiarowi sprawiedliwości i samym uczestnikom postępowania. A już z pewnością zmiany, które wprost atakują podstawowe wartości procesu, jak chociażby prawo do udziału w rozprawie, niczego dobrego nie przyniosą. Może wyrok zapadnie szybko, ale czy będzie to wyrok sprawiedliwy?

²⁴ *Uzasadnienie projektu...*, s. 40.

ABSTRACT

**Łukasz Chojniak – Postulate to amend the Code of Criminal Procedure
– critically about some proposed changes**

The article concentrates on the proposed amendment to the Criminal procedure code. This is the another important change in the Polish criminal procedure in the last years. The amendments that are proposed at the moment are debatable. The aspiration to make the criminal procedure more efficient is absolutely justifiable but it can't be made if it means the dramatic limitation of the accused rights like presence at the main trail. Some other amendments were also commented in the article.

Keywords: *criminal procedure, amendment, presence of the accused, evidence, statement of reasons, violation of the provisions of substantive law*

Łukasz Chojniak

The author is an advocate (District Bar Council in Warsaw), assistant professor at the Department of Criminology and Criminal Policy in the Institute of Social Prevention and Resocialization of the Faculty of Applied Social Sciences and Resocialization of the University of Warsaw, partner at Chojniak i Wspólnicy Adwokaci.

dr Łukasz Chojniak

Autor jest adwokatem (ORA Warszawa), adiunktem w Katedrze Kryminologii i Polityki Kryminalnej w Instytucie Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji Wydziału Stosowanych Nauk Społecznych i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego, współnikiem w Kancelarii Chojniak i Wspólnicy Adwokaci sp.p.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Mierzwińska-Lorencka Joanna, *Uzasadnianie wyroków w sprawach karnych* (w:) *Uzasadnienia decyzji stosowania prawa*, red. I. Rzucidło-Grochowska, M. Grochowski, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2015

Stelmach Jerzy, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Zakamycze, Kraków 2003

Pojęcia kluczowe: *schemat podatkowy, MDR, tajemnica adwokacka, optymalizacja podatkowa, obowiązek informacyjny*

Artykuły

Rita Wilk-Formanowicz

NOWY OBOWIĄZEK INFORMOWANIA O SCHEMATACH PODATKOWYCH (MDR)

Nowelizacja Ordynacji podatkowej wprowadziła od 1.01.2019 r. między innymi nowy rozdział (11A), zatytułowany „Informacje o schematach podatkowych”. Przepisy tego rozdziału mają stanowić implementację do prawa krajowego dyrektywy Rady (UE) 2018/822. Nakładają one na wiele podmiotów, w tym również na adwokatów, dodatkowe obowiązki dotyczące informowania Szefa Krajowej Administracji Skarbowej o schematach podatkowych. Rozwiązania przyjęte przez ustawodawcę polskiego poszły znacznie dalej, niż wymagała tego potrzeba implementacji wspomnianej dyrektywy. Implementacja stała się okazją dla polskiego prawodawcy do stworzenia mechanizmu zmuszającego część podatników i ich doradców do ujawniania wobec administracji podatkowej sposobów (struktur), które podatnicy mogą zastosować w celu optymalizacji podatkowej.

W dniu 1.01.2019 r. weszła w życie znaczna część przepisów ustawy z 23.10.2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw¹. Mocą tej ustawy do Ordynacji podatkowej² wprowadzony został nowy rozdział (11A), pod tytułem „Informacje o schematach podatkowych”. Przepisy tego rozdziału nakładają na wiele podmiotów, w tym adwokatów, dodatkowe obowiązki dotyczące informowania Szefa Krajowej Administracji Skarbowej (KAS) o schematach podatkowych. Przyjęło się określać tę instytucję skrótem MDR, pochodzącym od angielskojęzycznego

¹ Ustawa z 23.10.2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 2193), dalej ustawa nowelizująca.

² Ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2018 r. poz. 800 ze zm.), dalej o.p.

określenia *mandatory disclosure rules*, funkcjonującego na gruncie dyrektywy Rady (UE) 2018/822³, której implementacja do prawa krajowego stała się okazją dla polskiego prawodawcy do stworzenia mechanizmu zmuszającego część podatników i ich doradców do ujawniania wobec administracji podatkowej sposobów (struktur), które podatnicy mogą zastosować w celu optymalizacji podatkowej. Rozwiązania przyjęte przez ustawodawcę polskiego poszły jednak znacznie dalej, niż wymagała tego potrzeba implementacji wspomnianej dyrektywy.

W związku z tym, że adwokaci należą do kręgu osób uprawnionych do zawodowego wykonywania wszystkich czynności doradztwa podatkowego⁴ i w praktyce częstokroć – w ramach udzielanej pomocy prawnej – mają styczność z zagadnieniami natury podatkowej oraz zostali przez ustawodawcę wymienieni wprost jako podmioty, których „w szczególności” dotyczą nowe obowiązki informacyjne (jako tzw. „promotorów”), ważne jest poznanie przez każdego adwokata nowych regulacji w zakresie MDR i ich przeanalizowanie pod kątem własnej praktyki zawodowej.

Sednem nowej regulacji jest nałożenie na wiele podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym obowiązku zgłoszenia Szefowi Krajowej Administracji Skarbowej schematu podatkowego (rozumianego w dużym uproszczeniu jako rozwiązanie intelektualne, którego podstawą jest wykorzystanie znajomości przepisów prawa podatkowego i praktyki jego stosowania, które może prowadzić do optymalizacji obciążeń podatkowych), i to w terminie 30 dni od następnego dnia po udostępnieniu schematu podatkowego, po przygotowaniu do jego wdrożenia lub po dokonaniu pierwszej czynności związanej z jego wdrożeniem.

Poniżej zostanie omówiona przede wszystkim rozbudowana definicja ustawowa schematu podatkowego, która determinuje zakres nakładanych na doradców, w tym adwokatów, obowiązków informacyjnych, a także konsekwencje niedopełnienia nowych obowiązków w zakresie MDR. Ze względu na ograniczone ramy niniejszego opracowania, mającego na celu zwrócenie uwagi adwokatów na istotę MDR, nie przedstawiono w nim jednak wszystkich szczegółów tej obszernej regulacji.

W dniu 31.01.2019 r. Ministerstwo Finansów opublikowało w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie Ministerstwa Finansów⁵ obszerne objaśnienia podatkowe dotyczące MDR, stanowiące ogólne wyjaśnienia przepisów prawa podatkowego w rozumieniu art. 14a § 1 pkt 2 o.p. Zgodnie z art. 14n § 4 pkt 1 o.p. zastosowanie się do objaśnień powoduje objęcie ochroną właściwą dla interpretacji ogólnych i indywidualnych (na podstawie stosowanych odpowiedni przepisów art. 14k–14m o.p.). Stosując w praktyce omawiane niżej przepisy, warto każdorazowo zweryfikować aktualną treść objaśnień Ministra Finansów dotyczących MDR (we wstępie do pierwszej wersji objaśnień zastrze-

³ Dyrektywa Rady (UE) 2018/822 zmieniająca dyrektywę 2011/16/UE w zakresie obowiązkowej automatycznej wymiany informacji w dziedzinie opodatkowania w odniesieniu do podlegających zgłoszeniu uzgodnień transgranicznych (Dz.Urz. UE L 139 z 5.06.2018 r.), dalej dyrektywa. Dyrektywa ta została przyjęta 25.05.2018 r., a weszła w życie 25.06.2018 r. Termin implementacji do prawa krajowego upływa z końcem 2019 r.

⁴ Art. 3 ustawy z 5.07.2019 r. o doradztwie podatkowym (Dz.U. z 2019 r. poz. 283), dalej u.d.p.

⁵ Zob. https://mf-arch2.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=864af355-652d-402d-93c6-ee9b905109c0&groupId=764034 (28.02.2019 r. (dostęp: 28.02.2019 r.)).

zono, że objaśnienia mogą być w przyszłości uzupełniane o przedstawienie nowych zagadnień i komentarzy, a na kierunek ewentualnych zmian wpływać będzie analiza praktyki stosowania przepisów MDR.

CEL REGULACJI

Projektodawca podkreślał w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej, że celem MDR jest dalsze uszczelnienie systemu podatkowego i zapewnienie szybkiego dostępu administracji podatkowej do informacji o potencjalnie agresywnym planowaniu lub nadużyciach związanych z planowaniem podatkowym oraz o promotorach i użytkownikach schematów podatkowych, a także zniechęcenie podatników i ich doradców do korzystania ze schematów podatkowych. Ponadto obowiązywanie MDR miało by spowodować zmniejszenie ogólnej liczby kontroli dzięki nakierowaniu kontroli na wytypowanych dzięki raportowaniu podatników.

Artykuł 86k § 1 o.p. wprowadził możliwość wydawania przez Ministra Finansów ogólnych wyjaśnień dotyczących możliwości zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania lub innych przepisów mających na celu przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania w przypadku zastosowania schematu podatkowego lub kategorii schematów podatkowych. W wyjaśnieniach tych Minister Finansów może odwoływać się do konkretnych schematów poprzez wskazanie numeru schematu podatkowego (NSP).

Zgodnie z art. 86h § 2 o.p. nie wszczyna się postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe wyłącznie w oparciu o informacje przekazywane na podstawie omawianego rozdziału 11A o.p. Nic nie stoi na przeszkodzie jednak, aby przekazane informacje stanowiły podstawę do wszczęcia postępowania podatkowego, w wyniku którego zostaną uzyskane dodatkowe informacje pozwalające już na pociągnięcie do odpowiedzialności karnoskarbowej. W tym kontekście niezrozumiała jest deklaracja projektodawcy zawarta w uzasadnieniu projektu nowelizacji, że „system raportowania został zaprojektowany tak, by pełnić funkcję pomocniczą dla organów państwa oraz aby samo w sobie raportowanie schematów podatkowych nie narażało podatnika na represję ze strony państwa przejawiającą się we wszczynaniu postępowań na podstawie przepisów ustawy KKS wobec podatnika wyłącznie w oparciu o dane zawarte w informacji o schemacie podatkowym”⁶.

Jednocześnie w objaśnieniach podatkowych dotyczących MDR zadeklarowano, że występowanie u danego podatnika cech schematu podatkowego nie powinno być postrzegane jako sytuacja niewłaściwa lub naganna, a uznanie uzgodnienia za schemat podatkowy w rozumieniu przepisów MDR nie jest jednoznaczne z objęciem tego uzgodnienia zakresem zastosowania klauzuli ogólnej przeciwko unikaniu opodatkowania, szczególnych regulacji przeciwdziałających unikaniu opodatkowania lub też innych właściwych regulacji. Ministerstwo Finansów podkreśliło, że przepisy MDR mają szerszy zakres zastosowania niż przepisy nakierowane na zwalczanie unikania opodatkowania i oznacza to, że uzgodnienia dokonywane w dominującej mierze z uzasadnionych przyczyn ekonomicznych (a więc niespełniające kryterium „sztucznego sposobu dzia-

⁶ Zob. druk sejmowy nr 2860 Sejmu VIII kadencji.

łania” w rozumieniu klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania) nie są wyłączone z obowiązku przekazywania informacji o schematach podatkowych. Ministerstwo wyjaśnia przy tym, że wynika to stąd, że „Szef KAS oraz służby Ministerstwa Finansów chcą zachować możliwość samodzielnej oceny, czy element sztuczności występuje”⁷.

SCHEMAT PODATKOWY

Definicja schematu podatkowego jest relatywnie zwięzła w porównaniu z innymi definicjami zawartymi w art. 86a o.p., jednak niewiele wyjaśnia – składa się bowiem z pojęć, z których większość jest odrębnie definiowana w innych punktach tego przepisu. Zgodnie z tą definicją⁸ schemat podatkowy jest uzgodnieniem, które:

- a) spełnia kryterium głównej korzyści oraz posiada ogólną cechę rozpoznawczą,
- b) posiada szczególną cechę rozpoznawczą, lub
- c) posiada inną szczególną cechę rozpoznawczą.

Samo „uzgodnienie” definiowane jest odrębnie jako czynność lub zespół powiązanych ze sobą czynności, w tym czynność planowana lub zespół czynności planowanych, których co najmniej jedna strona jest podatnikiem lub które mają lub mogą mieć wpływ na powstanie lub niepowstanie obowiązku podatkowego.

„Kryterium głównej korzyści” rozumiane jest bardzo szeroko. Zgodnie z jego definicją spełnione jest, jeżeli na podstawie istniejących okoliczności oraz faktów należy przyjąć, że podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej mógłby zasadnie wybrać inny sposób postępowania, z którym nie wiązałoby się uzyskanie korzyści podatkowej rozsądnie oczekiwanej lub wynikającej z wykonania uzgodnienia, a korzyść podatkowa jest główną lub jedną z głównych korzyści, którą podmiot spodziewa się osiągnąć w związku z wykonaniem uzgodnienia.

„Ogólne cechy rozpoznawcze” są właściwościami uzgodnienia polegającymi na tym, że w odniesieniu do tego uzgodnienia spełniony jest co najmniej jeden z jedenastu wymienionych w art. 86a § 1 pkt 6 o.p. warunków. Wśród tych warunków ustawodawca wymienia następujące:

- a) promotor lub korzystający zobowiązali się do zachowania poufności sposobu, w jaki uzgodnienie pozwala na uzyskanie korzyści podatkowej,
- b) promotor jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia, którego wysokość uzależniona jest od wysokości korzyści podatkowej wynikającej z uzgodnienia,
- c) otrzymanie wynagrodzenia uzależnione jest od uzyskania korzyści podatkowej lub promotor zobowiązał się do zwrotu wynagrodzenia lub jego części, w przypadku gdy korzyść podatkowa nie powstanie lub powstanie w wysokości niższej, niż zakładano,
- d) dokonywane w ramach uzgodnienia czynności opierają się na znacznie ujednoczonej dokumentacji albo przyjmują znacznie ujednoczoną formę, które nie wy-

⁷ Por. Objaśnienia podatkowe z 31.01.2019 r. dotyczące informacji o schematach podatkowych (MDR), s. 6.

⁸ Por. art. 86a § 1 pkt 10 o.p.

- magają istotnych zmian w celu wdrożenia schematu u więcej niż jednego korzystającego,
- e) podejmowane są celowe czynności dotyczące nabycia spółki przynoszącej straty, zaprzestania głównej działalności takiej spółki i wykorzystywania strat takiej spółki w celu zmniejszenia zobowiązań podatkowych,
 - f) dochodzi do zmiany kwalifikacji dochodów (przychodów) do innego źródła dochodów lub zmiany zasad opodatkowania, których skutkiem jest faktycznie niższe opodatkowanie, zwolnienie lub wyłączenie z opodatkowania,
 - g) czynności prowadzą do okrężnego obiegu środków pieniężnych poprzez zaangażowanie podmiotów pośredniczących niepełniących istotnych funkcji gospodarczych, lub działań, które wzajemnie się znoszą lub kompensują lub prowadzą do stanu identycznego lub zbliżonego do stanu istniejącego przed dokonaniem tych czynności,
 - h) uzgodnienie obejmuje podlegające zaliczeniu do kosztów uzyskania przychodów transgraniczne płatności pomiędzy podmiotami powiązаныmi – jeżeli spełnione są dalsze warunki wskazane w art. 86a § 1 pkt 6h o.p.,
 - i) korzystający zobowiązał się, że w przypadku wdrożenia uzgodnienia będzie współpracował z promotorem, który udostępnił uzgodnienie, albo zapłaci promotorowi wynagrodzenie lub odszkodowanie,
 - j) promotor lub korzystający faktycznie respektują co najmniej jedno z zobowiązań w lit. b i c powyżej,
 - k) na podstawie istniejących okoliczności należy przyjąć, że rozsądnie działający promotor lub korzystający chcieliby, żeby co najmniej jedno ze zobowiązań wskazanych w lit. a–c powyżej było faktycznie respektowane.

„Szczególna cecha rozpoznawcza” jest rozumiana jako właściwość uzgodnienia polegająca na tym, że spełniony jest co najmniej jeden z dziewięciu wymienionych w art. 86a § 1 pkt 13 warunków. Warunki te są następujące:

- a) uzgodnienie obejmuje podlegające zaliczeniu do kosztów uzyskania przychodów transgraniczne płatności pomiędzy podmiotami powiązаныmi oraz spełnia dodatkowe przesłanki szczegółowe wymienione w ustawie,
- b) w odniesieniu do tego samego środka trwałego lub wartości niematerialnej i prawnej dokonywane są odpisy amortyzacyjne w więcej niż jednym państwie,
- c) ten sam dochód lub majątek korzysta z metod mających na celu unikanie podwójnego opodatkowania w więcej niż jednym państwie,
- d) w ramach uzgodnienia dochodzi do przeniesienia aktywów i określone przez dwa państwa wynagrodzenie z tego tytułu dla celów podatkowych różni się co najmniej o 25%,
- e) uzgodnienie może skutkować obejściem obowiązku raportowania wynikającego z ustawy o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami lub równoważnych ustaw, umów lub porozumień w zakresie automatycznej wymiany informacji, lub uzgodnienie może wykorzystywać brak równoważnych przepisów, umów lub porozumień lub ich niewłaściwe wdrożenie (w art. 86a § 9 o.p. wymieniono ce-

- chy uzgodnień, które w szczególności powodują obowiązek zgłaszania schematu z tytułu obejścia obowiązku raportowania przewidzianego przepisach/umowach o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami),
- f) występuje nieprzejrzysta struktura własności prawnej lub trudny do ustalenia jest beneficjent rzeczywisty z uwagi na wykorzystanie jednostek, dodatkowo scharakteryzowanych w art. 86a § 1 pkt 13 lit. f,
 - g) uzgodnienie wykorzystuje wprowadzone jednostronnie w danym państwie uproszczenie w stosowaniu przepisów związanych z ustalaniem cen transferowych,
 - h) dochodzi do przeniesienia praw do trudnych do wyceny wartości niematerialnych,
 - i) pomiędzy podmiotami powiązаныmi dochodzi do przeniesienia funkcji, ryzyka lub aktywów, jeżeli dochodzi jednocześnie do wskazanej w art. 86a § 1 pkt 13 lit. i zmian w zakresie EBIT podmiotu przenoszącego.

Natomiast „inna szczególna cecha rozpoznawcza” rozumiana jest jako właściwość uzgodnienia polegająca na tym, że spełniony jest co najmniej jeden z czterech wymienionych w art. 86a § 1 pkt 1 o.p. warunków. Warunki te są następujące:

- a) wpływ na część odroczoną podatku dochodowego lub aktywa albo rezerwy z tytułu podatku odroczonego, wynikający lub oczekiwany w związku z wykonaniem uzgodnienia u korzystającego, jest istotny w rozumieniu przepisów o rachunkowości oraz przekracza w trakcie roku kalendarzowego kwotę 5 mln zł,
- b) płatnik podatku dochodowego byłby zobowiązany do pobrania podatku przekraczającego w trakcie roku kalendarzowego kwotę 5 mln zł, jeżeli w odniesieniu do wypłat należności wynikających lub oczekiwanych w związku z wykonaniem uzgodnienia nie miałyby zastosowania właściwe umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania lub zwolnienia podatkowe,
- c) dochody (przychody) podatnika mającego w Polsce ograniczony obowiązek podatkowy (tj. nierezydenta), wynikające lub oczekiwane w związku z wykonaniem uzgodnienia, przekraczają łącznie w trakcie roku kalendarzowego kwotę 25 mln zł,
- d) różnica między polskim podatkiem dochodowym, który byłby należny w związku z wykonaniem uzgodnienia od korzystającego nieposiadającego siedziby, zarządu ani miejsca zamieszkania na terytorium RP, gdyby był on podatnikiem z nieograniczonym obowiązkiem podatkowym na terytorium RP (gdyby był rezydentem podatkowym RP), a podlegającym faktycznej zapłacie podatkiem dochodowym w państwie siedziby, zarządu lub miejsca zamieszkania korzystającego w związku z wykonaniem uzgodnienia, przekracza łącznie w trakcie roku kalendarzowego kwotę 5 mln zł.

PODMIOTY ZOBOWIĄZANE

Obowiązek zgłoszenia schematu ciąży nie tylko na korzystającym z niego (którym jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której udostępniane jest lub u której wdrażane jest uzgodnienie, lub która przygotowana

jest do wdrożenia uzgodnienia lub dokonała czynności służącej wdrożeniu takiego uzgodnienia), ale także, a może przede wszystkim, na tzw. promotorach i wspomagających.

Przez „udostępnianie” nowe przepisy rozumieją:

- a) oferowanie uzgodnienia korzystającemu, zawarcie umowy, której przedmiotem jest przekazanie informacji o uzgodnieniu, lub przyjmowanie wynagrodzenia z tytułu przekazania informacji o uzgodnieniu, lub
- b) przekazywanie korzystającemu w jakiejkolwiek formie, w tym drogą elektroniczną, telefoniczną lub osobiście, informacji o uzgodnieniu, w szczególności poprzez przedstawienie jego założeń.

„Wdrożenie” jest definiowane jako dokonywanie czynności faktycznych lub prawnych umożliwiających wykonanie lub zmierzających do wykonania uzgodnienia, w tym:

- a) zarządzanie, faktycznie uczestniczenie w podejmowaniu decyzji lub przeprowadzanie czynności związanych z uzgodnieniem, także gdy podejmowanie decyzji lub czynności dotyczy wykonania uzgodnienia przez inny podmiot,
- b) pośredniczenie lub udzielanie pomocy w czynnościach związanych z uzgodnieniem,
- c) dokonywanie innych czynności będących elementem uzgodnienia, lub
- d) oferowanie czynności wskazanych powyżej pod lit. a–c, zawarcie umowy, której przedmiotem są te czynności, lub przyjmowanie wynagrodzenia z tytułu tych czynności lub umowy.

Promotorem zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 86a § 1 pkt 8 o.p. jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, w szczególności doradca podatkowy, adwokat, radca prawny, pracownik banku lub innej instytucji finansowej doradzający klientom (również w przypadku gdy podmiot ten nie posiada miejsca zamieszkania, siedziby ani zarządu na terytorium RP), która opracowuje, oferuje, udostępnia lub wdraża uzgodnienie lub zarządza wdrożeniem uzgodnienia.

W objaśnieniach Minister Finansów podkreślił, że nie działa w roli promotora doradca podatkowy, adwokat, radca prawny, reprezentujący klienta w postępowaniu podatkowym lub postępowaniu sądowym w odniesieniu do zastanej sytuacji prawnopodatkowej.

Wspomagającym natomiast – co przewiduje art. 86a §1 pkt 18 o.p. – jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, w szczególności biegły rewident, notariusz, osoba świadcząca usługi prowadzenia ksiąg rachunkowych, księgowy lub dyrektor finansowy, bank lub instytucja finansowa, a także ich pracownik, która przy zachowaniu staranności ogólnie wymaganej w dokonywanych czynnościach, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności, obszaru specjalizacji lub przedmiotu wykonywanych czynności, podjęła się udzielić, bezpośrednio lub za pośrednictwem innych osób, pomocy, wsparcia lub porad dotyczących opracowania, wprowadzenia do obrotu, organizowania, udostępnienia do wdrożenia lub nadzorowania wdrożenia uzgodnienia. Należy podkreślić, że to, iż adwokaci nie zostali wymienieni w definicji wspomagającego (w przeciwieństwie do definicji promotora),

nie wyklucza możliwości uznania adwokata uczestniczącego we wdrożeniu schematu, którego promotorem był inny podmiot, za wspomagającego w rozumieniu omawianych przepisów.

W treści objaśnień wskazano, że w typowej sytuacji, jeżeli doradca prawny wdraża schemat podatkowy, który został opracowany i udostępniony przez doradcę podatkowego, co do zasady, to nie doradca prawny, a doradca podatkowy będzie mógł pełnić rolę promotora (co wynika z faktu, że to doradca podatkowy opracował i następnie udostępnił schemat podatkowy). Z kolei doradca prawny będzie, co do zasady, pełnił w takiej sytuacji rolę wspomagającego⁹.

OBOWIĄZEK PRZEKAZYWANIA INFORMACJI PRZEZ POSZCZEGÓLNE PODMIOTY

Jak już zostało wyżej wspomniane, promotor jest zobowiązany przekazać Szefowi KAS informacje o schemacie podatkowym w terminie 30 dni od dnia następnego po najwcześniejszym spośród zdarzeń: udostępnieniu schematu, przygotowaniu do jego wdrożenia lub od dnia dokonania pierwszej czynności związanej z wdrożeniem. Jednocześnie promotor jest zobowiązany przekazać korzystającemu ze schematu pisemną informację o NSP, czyli numerze schematu podatkowego, załączając potwierdzenie nadania NSP przez administrację podatkową po dokonaniu zgłoszenia schematu. Jeżeli w terminie na zgłoszenie schematu (tj. 30 dni) dany schemat nie posiada jeszcze NSP, promotor jest zobowiązany poinformować o tym pisemnie korzystającego, przekazując mu dodatkowe informacje dotyczące tego schematu, których katalog wymieniony jest w art. 86f o.p. Informacje te promotor lub korzystający powinni także przekazać wspomagającym, zlecając im wykonanie czynności pozostających w zakresie ich działania w odniesieniu do schematu podatkowego.

Obowiązek dokonania zgłoszenia schematu bezpośrednio przez korzystającego aktualizuje się w następujących przypadkach (przy czym termin na dokonanie zgłoszenia przez korzystającego jest taki sam jak wyżej wskazany termin przewidziany na zgłoszenie przez promotorów – tj. 30 dni):

- 1) korzystający nie został poinformowany przez promotora o NSP, ani – w przypadku braku NSP – o informacjach z katalogu zawartego w art. 86f o.p.,
- 2) korzystający został poinformowany przez promotora, że nie dokona on osobistego zgłoszenia, ze względu na obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej.

W art. 86d o.p. nałożono na wspomagającego obowiązek informowania szefa KAS o schematach podatkowych, w ramach których zlecono mu pewne czynności. Obowiązek ten aktualizuje się po stronie wspomagającego, jeżeli dostrzegł lub powinien był dostrzec, że uzgodnienie, w odniesieniu do którego jest wspomagającym, stanowi schemat podatkowy przy zachowaniu staranności ogólnie wymaganej w dokonywanych przez niego czynnościach, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności, obszaru jego specjalizacji oraz przedmiotu wykonywanych przez niego czynno-

⁹ Por. Objasnienia podatkowe z 31.01.2019 r. dotyczące informacji o schematach podatkowych (MDR), s. 42.

ści. Dodatkowo w odniesieniu do wspomagających przewidziano, że wspomagający może wstrzymać się z wykonaniem czynności w odniesieniu do danego uzgodnienia do czasu przekazania mu przez promotora lub korzystającego oświadczenia o tym, iż uzgodnienie nie stanowi schematu podatkowego, albo do czasu przekazania mu NSP lub informacji, o której mowa w art. 86b § 3 o.p. Wspomagający, który wstrzymał się z wykonaniem czynności, nie ponosi odpowiedzialności cywilnej względem zlecającego mu te czynności ani odpowiedzialności dyscyplinarnej w zakresie związanym z tym wstrzymaniem.

Artykuł 86e o.p. przewiduje, że w przypadku gdy więcej niż jeden podmiot jest obowiązyany do przekazania informacji o schemacie podatkowym, wykonanie tego obowiązku przez jednego z nich zwalnia pozostałych, którzy zostali wskazani w przekazanej Szefowi KAS informacji o danym schemacie oraz pisemnie poinformowani o NSP.

Na powyższym obowiązki informacyjne korzystającego i promotora się nie kończą. Korzystający, który w danym okresie rozliczeniowym dokonał jakichkolwiek czynności będących elementem schematu lub uzyskiwał wynikającą z niego korzyść podatkową, w terminie złożenia deklaracji podatkowej dotyczącej tego okresu rozliczeniowego przekazuje do Szefa KAS informację o zastosowaniu schematu, zawierającą NSP oraz wysokość korzyści podatkowej wynikającej ze schematu uzyskanej w danym okresie rozliczeniowym. Informacja ta jest składana pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia.

ZAKRES OBOWIĄZKU ZGŁOSZENIA SCHEMATÓW KRAJOWYCH

Zgodnie z art. 86a § 5 o.p. obowiązek przekazania informacji o schemacie podatkowym nie powstaje, gdy dotyczy korzystającego, dla którego nie jest spełnione kryterium kwalifikowanego korzystającego. Kryterium to zostało zdefiniowane w art. 86a § 4 o.p., zgodnie z którym kryterium to uważa się za spełnione, jeżeli wystąpiła u danego podmiotu jedna z niżej wymienionych przesłanek;

- przychody lub koszty korzystającego albo wartość aktywów tego podmiotu w rozumieniu przepisów o rachunkowości, ustalone na podstawie prowadzonych ksiąg rachunkowych, przekroczyły w roku poprzedzającym lub w bieżącym roku obrotowym równowartość 10 mln euro¹⁰,
- udostępniane lub wdrażane uzgodnienie dotyczy rzeczy lub praw o wartości rynkowej przekraczającej równowartość 2,5 mln euro,
- korzystający jest podmiotem powiązany z podmiotem spełniającym co najmniej jedno z wyżej wskazanych kryteriów.

Wyżej wskazane wyłączenie nie dotyczy jednak schematów podatkowych transgranicznych. Te z kolei definiowane są jako uzgodnienia spełniające tzw. kryterium transgraniczne oraz jednocześnie: spełniające kryterium głównej korzyści oraz posiadające

¹⁰ Zgodnie z art. 86a § 8 o.p. wyrażone w euro kwoty przelicza się na złote według średniego kursu NBP ogłaszanego w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok, w którym nastąpiło zdarzenie skutkujące obowiązkiem przekazania informacji o schemacie podatkowym.

którkolwiek z ogólnych cech rozpoznawczych, o których mowa w pkt. 6 lit. a–h, lub posiadających szczególną cechę rozpoznawczą (por. art. 86a § 1 pkt 12 w zw. z art. o.p.). Kryterium transgraniczne jest spełnione, jeżeli uzgodnienie dotyczy więcej niż jednego państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Unii Europejskiej i państwa trzeciego oraz spełnia jeden z dodatkowych warunków wymienionych w art. 86a § 3 o.p.

ZAKRES PRZEKAZYWANYCH INFORMACJI

Katalog informacji o schemacie podatkowym, które podlegają przekazaniu Szeffowi KAS, został przewidziany w art. 86f § 1 o.p. Składają się na niego następujące informacje:

- 1) o danych identyfikujących przekazującego informację oraz korzystającego, któremu udostępniono schemat,
- 2) o podstawie prawnej przekazywania informacji wraz ze wskazaniem przesłanek skutkujących uznaniem danego uzgodnienia za schemat podatkowy, ze wskazaniem cechy rozpoznawczej oraz roli przekazującego tę informację,
- 3) wskazanie, czy przekazywana informacja dotyczy schematu standaryzowanego lub transgranicznego,
- 4) streszczenie opisu uzgodnienia stanowiącego schemat, jego nazwę, jeżeli ją nadano, opis działalności gospodarczej, do której ma zastosowanie schemat, bez ujawnienia danych objętych tajemnicą handlową, przemysłową, zawodową lub procesu produkcyjnego,
- 5) wyczerpujący, według wiedzy przekazującego informację, opis uzgodnienia stanowiącego schemat podatkowy, wraz ze wskazaniem wartości przedmiotów tych czynności, założeń uzgodnienia, czynności dokonywanych w ramach uzgodnienia i ich chronologii oraz występujących powiązań pomiędzy podmiotami powiązanymi,
- 6) wskazanie znanych przekazującemu informację celów, których realizacji schemat podatkowy ma służyć,
- 7) o przepisach prawa podatkowego znajdujących, według wiedzy przekazującego informację, zastosowanie w schemacie podatkowym,
- 8) szacunkową wartość korzyści podatkowej lub przybliżoną wartość aktywa w podatku odroczonym, jeżeli występują i są znane przekazującemu informację lub możliwe do oszacowania przez niego,
- 9) wskazanie dokonanych czynności, które skutkowały przekazaniem informacji o schemacie, wraz ze wskazaniem dnia, w którym została lub zostanie dokonana pierwsza czynność służąca wdrożeniu tego schematu,
- 10) wskazanie danych identyfikujących podmiotów mających uczestniczyć w schemacie lub na które może mieć wpływ schemat podatkowy,
- 11) wskazanie innych znanych podmiotów obowiązanych do przekazania informacji o schemacie, jeżeli występują.

Informacja składana przez promotora lub wspomagającego obowiązane do zachowania tajemnicy zawodowej, z której nie został zwolniony przez korzystającego, dotycząca schematu standaryzowanego, nie musi zawierać danych informacji identyfikujących korzystającego.

OBOWIĄZEK INFORMACYJNY A TAJEMNICA ZAWODOWA

Problem naruszenia tajemnicy zawodowej obowiązującej adwokatów, poprzez realizację obowiązków informacyjnych z tytułu MDR, w ocenie ustawodawcy „rozwiązuje” nowa regulacja, zgodnie z którą podmioty związane tajemnicą zawodową zobowiązane są do raportowania osobiście jedynie o tzw. schemacie podatkowym standaryzowanym, a więc takim, który jest możliwy do wdrożenia lub udostępnienia u więcej niż jednego korzystającego bez konieczności zmiany jego istotnych założeń, w szczególności dotyczących rodzaju czynności podejmowanych lub planowanych w ramach schematu podatkowego.

W przypadku schematu, którego nie można uznać za standaryzowany, korzystający może zwolnić promotora z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, powodując zaktualizowanie się obowiązku promotora do dokonania osobistego zgłoszenia udostępnianego schematu.

Zgodnie z art. 86b § 7 o.p. nie stanowi naruszenia obowiązku zachowania prawnie chronionej tajemnicy zawodowej przekazanie informacji o schemacie podatkowym w sytuacji, w której przekazujący tę informację został zwolniony z obowiązku jej zachowania, ani przekazanie informacji o schemacie podatkowym standaryzowanym. Ustawa wprowadziła także zmianę do Prawa o adwokaturze¹¹ poprzez dodanie do art. 6 p.o.a. wyjątku przewidującego, że obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji przekazywanych na podstawie przepisów, o których mowa w niniejszym opracowaniu, w zakresie określonym tymi przepisami (tj. w art. 86b § 7 o.p.).

Jeżeli promotor nie został zwolniony przez korzystającego z obowiązku zachowania prawnie chronionej tajemnicy zawodowej, promotor nie ma obowiązku dokonania osobistego zgłoszenia schematu do Szefa KAS. Jednocześnie jednak powinien niezwłocznie poinformować korzystającego na piśmie o ciążyącym na korzystającym, ustawowym obowiązku zgłoszenia schematu, o terminie na jego dokonanie oraz o danych, których katalog przewiduje art. 86f § 1 o.p. (pozwalających na dokonanie osobistego zgłoszenia danego schematu przez samego korzystającego). Jeżeli promotorów zobowiązanych do zgłoszenia danego schematu jest więcej, promotor, który ze względu na obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie jest zobowiązany do osobistego dokonania zgłoszenia schematu (tj. gdy schemat nie jest standaryzowany i korzystający nie zwolnił promotora z obowiązku zachowania tajemnicy), powinien – równocześnie z zawiadomieniem korzystającego o jego własnym obowiązku dokonania zgłoszenia – zawiadomić także inne znane mu osoby zobowiązane do zgłoszenia danego schematu o tym, że sam nie przekaze osobiście informacji o schemacie do Szefa KAS. Ponadto w terminie 30 dni od dnia przekazania korzystającemu i pozostałym promotorom informacji, o których mowa powyżej, promotor niedokonujący osobistego zgłoszenia schematu jest zobo-

¹¹ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.), dalej p.o.a.

wiązany do zawiadomienia Szefa KAS o spełnieniu obowiązku informacyjnego wobec wskazanych wyżej podmiotów, podając jednocześnie datę udostępnienia schematu lub dokonania czynności związanej z wdrażaniem schematu oraz liczbę podmiotów, które zostały przez promotora poinformowane o tym, że samodzielnie nie dokona zgłoszenia schematu. Artykuł 86b § 7 o.p. przewiduje, że także przekazanie Szefowi KAS wyżej opisanego zawiadomienia o poinformowaniu pozostałych podmiotów (i ich liczbie) o tym, że dany promotor samodzielnie zgłoszenia nie dokona, nie stanowi naruszenia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej.

FORMA ZGŁOSZENIA

Artykuł 86g § 1 o.p. przewiduje, że jedynym dopuszczalnym sposobem przekazywania Szefowi KAS informacji o schematach podatkowych jest droga elektroniczna. Pod adresem <https://mdr.mf.gov.pl> została udostępniona przez Ministerstwo Finansów funkcjonalność generowania dokumentów dotyczących MDR oraz ich składania do Szefa KAS. Pod tym adresem została także udostępniona możliwość przesyłania tych dokumentów poprzez bramkę API. Przesyłane w ten sposób informacje powinny być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym albo podpisem zaufanym. Na stronie tej można także sprawdzić status NSP (numer schematu podatkowego) oraz wypełnić i złożyć cztery rodzaje informacji MDR-1, MDR-2, MDR-3 i MDR-4 – na które składają się rozbudowane formularze.

Po dokonaniu zgłoszenia Szef KAS nadaje NSP (numer schematu podatkowego) i przekazuje drogą elektroniczną zgłaszającemu potwierdzenie jego nadania, zawierające informację o tym numerze i dane zawarte w przekazanej przez zgłaszającego informacji o schemacie podatkowym. Szef KAS ma również możliwość zwrócenia się do przekazującego informację o ich uzupełnienie lub wyjaśnienie wątpliwości co do ich treści. Szef KAS odmówi nadania NSP, jeżeli przekazana informacja o schemacie podatkowym nie spełnia wymogów prawnych określonych dla tego rodzaju informacji. Ponadto NSP może zostać unieważniony, jeżeli okaże się, że NSP nadano wielokrotnie temu samemu schematowi podatkowemu lub nadano NSP na podstawie fałszywych lub fikcyjnych danych.

OBOWIĄZEK WPROWADZENIA PROCEDURY WEWNĘTRZNEJ

W art. 86l § 1 o.p. nałożono na osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej będące promotorami, zatrudniające promotorów lub faktycznie wypłacające im wynagrodzenie, których przychody lub koszty, w rozumieniu przepisów o rachunkowości, przekroczyły w roku poprzedzającym rok obrotowy równowartość 8 mln zł, obowiązek wprowadzenia i stosowania wewnętrznej procedury w zakresie przeciwdziałania niewywiązywaniu się z obowiązku przekazywania informacji o schematach podatkowych. Wewnętrzna procedura powinna określać, z uwzględnieniem charakteru, rodzaju i rozmiaru prowadzonej działalności – stosowane zasady postępowania i obejmować w szczególności określenie zasad wymienionych w art. 86l § 2 o.p.

Promotor jest zobowiązany do stosowania procedury wewnętrznej przez kolejne trzy lata po pierwszym roku jej stosowania, nawet jeżeli w tym pierwszym roku jego przychody lub koszty spadną poniżej poziomu 8 mln zł. U promotorów, u których w 2018 r. zostało spełnione wyżej wskazane kryterium kwotowe, procedura wewnętrzna powinna obowiązywać od 1.01.2019 r.

SANKCJE

Niewykonywanie opisanych w niniejszym artykule obowiązków dotyczących schematów podatkowych stanowi czyn karalny penalizowany na podstawie wprowadzonego nowego przepisu art. 80f ustawy – Kodeks karny skarbowy.¹² Zgodnie z tym przepisem podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych¹³ przede wszystkim ten, kto wbrew obowiązkowi:

- 1) nie przekazuje właściwemu organowi informacji o schemacie podatkowym lub danych dotyczących podmiotów, którym udostępniono standaryzowany schemat podatkowy, albo przekazuje te informacje po terminie,
- 2) nie składa informacji, o której mowa w art. 86j § 1 o.p., tj. informacji o dokonaniu w danym okresie rozliczeniowym jakiegokolwiek czynności będącej elementem schematu lub uzyskaniu korzyści podatkowej z zastosowania schematu.

Taka sama sankcja została przewidziana za niedopełnienie lub nieterminowe dopełnienie pozostałych obowiązków informacyjnych, o których mowa w Rozdziale 11A o.p., tj. np. obowiązku poinformowania korzystającego lub innych promotorów o tym, że promotor, ze względu na tajemnicę zawodową, nie przekaze informacji o schemacie Szefowi KAS.

Zachętą do składania informacji o schematach podatkowych ma być w zamiarze ustawodawcy dodanie do k.k.s. regulacji, zgodnie z którą – jeżeli w związku z przestępstwem skarbowym nastąpiło uszczuplenie należności publicznoprawnej, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w przypadku, gdy sprawca we właściwym terminie złożył informacje o schemacie podatkowym, a uszczuplona należność publicznoprawna wynika bezpośrednio z zastosowania tego schematu podatkowego (art. 36 § 3a k.k.s.).

Ordynacja podatkowa przewiduje ponadto kary pieniężne za niedopełnienie obowiązków w zakresie wprowadzenia i stosowania procedury wewnętrznej dotyczącej przeciwdziałania niewywiązywaniu się z obowiązku przekazywania informacji o schematach podatkowych (do 2 mln zł – w odniesieniu do promotorów będących osobami prawnymi i jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej oraz podmiotów zatrudniających promotorów lub faktycznie wypłacających im wynagrodzenie; a do 10 mln zł – jeśli stwierdzono w prawomocnym wyroku sądu popełnienie czynu z art. 80f k.k.s. wobec promotora będącego osobą fizyczną zatrudnioną lub fak-

¹² Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2018 r. poz. 1958 ze zm.), dalej k.k.s.

¹³ Dla przypomnienia: stawka dzienna na gruncie k.k.s. nie może być niższa od jednej trzydziestej części minimalnego wynagrodzenia (od stycznia 2019 r. – 75 zł) ani też przekraczać jej czterystukrotności (30 tys. zł).

tycznie otrzymującą wynagrodzenie od podmiotu zobowiązanego do wprowadzenia i stosowania procedury wewnętrznej).

Warto zauważyć, że publikując objaśnienia dotyczące MDR, Minister Finansów zadeklarował, że ewentualne opóźnienia dotyczące realizacji obowiązków informacyjnych na gruncie przepisów MDR nie będą rodziły negatywnych konsekwencji dla podmiotów zobowiązanych, pod warunkiem że obowiązki te zostały prawidłowo wykonane do 28.02.2019 r., natomiast w przypadku prawidłowego wykonania opóźnionych obowiązków informacyjnych w okresie od 1.03.2019 r. do 30.04.2019 r. opóźnienia te będą traktowane jako przypadki mniejszej wagi¹⁴.

WSTECZNY OBOWIĄZEK RAPORTOWANIA

Ustawa nowelizująca, oprócz dodania rozdziału 11A do Ordynacji podatkowej, wprowadziła również – wątpliwy pod względem zgodności z Konstytucją – obowiązek raportowania sięgający wstecz. Na podstawie przepisów przejściowych ustawy nowelizującej promotorzy przekazują Szefowi KAS informację o schemacie podatkowym transgranicznym, jeżeli pierwszej czynności związanej z jego wdrożeniem dokonano po 25.06.2018 r., a o pozostałych schematach – jeżeli pierwszej czynności związanej z jego wdrożeniem dokonano po 1.11.2018 r. W objaśnieniach Minister Finansów zwrócił uwagę, że szczególną uwagę należy zwrócić na czynności dokonane po dacie granicznej (czyli odpowiednio 25.06.2018 r. lub 1.11.2018 r.), gdy samodzielnie spełniają one definicje schematu podatkowego, a łączenie czynności dokonywanych po dacie granicznej z innymi, wcześniejszymi czynnościami, w celu uniknięcia obowiązku informowania o schematach podatkowych nie wyłączy obowiązku przekazania informacji, jeżeli czynności dokonane po dacie granicznej można uznać samoistnie za uzgodnienie będące schematem podatkowym.

PODSUMOWANIE

Artykuł opisuje pokrótce zmiany w Ordynacji podatkowej, polegające na wprowadzeniu nowego rozdziału dotyczącego obowiązkowego informowania o schematach podatkowych (tzw. MDR – ang. *Mandatory Disclosure Rules*), co – częściowo – stanowi implementację dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/822. W bardzo dużym uproszczeniu – schemat podatkowy jest sposobem na osiągnięcie korzyści podatkowych, a obowiązek ujawniania administracji podatkowej informacji o schematach podatkowych stanowi zupełnie nową konstrukcję, nieznaną i niestosowaną wcześniej w polskim porządku prawnym. Celem wprowadzanej regulacji jest pozyskanie przez administrację skarbową wiedzy o stosowanych schematach podatkowych, a także zniechęcenie doradców (zwanych w ustawie promotorami) oraz ich klientów będących podatnikami do udostępniania i stosowania schematów podatkowych. W celu naświetlenia zakresu nowych obowiązków informacyjnych dotyczących również adwokatów (których ustawodawca wprost wymienia jako promotorów schematów podatkowych),

¹⁴ Por. Objaśnienia podatkowe z 31.01.2019 r. dotyczące informacji o schematach podatkowych (MDR), s. 2.

w artykule wyjaśniono najważniejsze pojęcia, którymi posłużył się ustawodawca, definiując schemat podatkowy podlegający obowiązkowi zgłoszenia, a także wyznaczając krąg podmiotów, których dotyczy obowiązek ujawnienia schematów. W artykule przedstawiono także sankcje za niedopełnienie nowych obowiązków. Zwrócono uwagę na nowelizację przepisów ustawy – Prawo o adwokaturze, zgodnie z którą obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej miałby być wyłączony w zakresie realizacji obowiązku informowania o schematach podatkowych, a także na wsteczny obowiązek raportowania, dotyczący schematów udostępnionych jeszcze przed wejściem w życie omawianej nowelizacji. Ze względu na znaczną liczbę odesłań i definicji pojęć, które dotąd w polskich ustawach podatkowych nie występowały, stosowanie w praktyce przepisów o MDR może okazać się skomplikowane. Ułatwieniem dla zainteresowanych podmiotów mają być opublikowane przez Ministra Finansów 31.01.2019 r. objaśnienia.

ABSTRACT

Rita Wilk-Formanowicz – *New obligation to inform about tax schemes (MDR)*

Amendment of Tax statute introduces inter alia a new chapter, entitled „Information about tax schemes”. Regulations of this chapter are meant to implement into Polish law system the Council Directive (EU) 2018/822. They impose additional obligations on many entities about informing the Head of the National Tax Administration about tax schemes. The solutions adopted by the Polish legislator went much further than required ones. The implementation has become an opportunity to create a mechanism forcing taxpayers and their advisers to disclose to the tax administration the structures that taxpayers can apply to optimize tax.

Keywords: *tax scheme, MDR, reporting obligation, legal professional privilege, tax optimisation, reporting obligation*

Rita Wilk-Formanowicz

The author is an attorney-at-law who works at the law firm Gutowski i Wspólnicy Adwokacka Spółka Komandytowa. (ORA Poznan). She specializes in civil and public law, with particular emphasis on tax law. She obtained the LL.M title at the University of Bayreuth in Bavaria.

Rita Wilk-Formanowicz

Autorka jest adwokatem (ORA Poznań) z kancelarii Gutowski i Wspólnicy Adwokacka Spółka Komandytowa. Specjalizuje się w prawie cywilnym i publicznym, w tym w szczególności w prawie podatkowym. Uzyskała tytuł LL.M. z zakresu prawa niemieckiego na Uniwersytecie w Bayreuth w Bawarii.

Pojęcia kluczowe: *umowa kredytu, oprocentowanie, zmiana stopy oprocentowania, skutki niedozwolonych klauzul umownych*

Artykuły

Tobiasz Nowakowski

WPŁYW NIEPRAWIDŁOWO OKREŚLONEJ KLAUZULI ZMIENNEGO OPROCENTOWANIA NA SKUTECZNOŚĆ UMOWY KREDYTU UDZIELONEGO WE FRANKU SZWAJCARSKIM

Problem kredytów udzielanych we frankach szwajcarskich powstał po uwolnieniu kursu waluty przez Szwajcarski Bank Narodowy. Od tego momentu raty kredytu wzrosły dość znacząco. Dodatkowo banki bardzo często stosowały w umowach niedozwolone klauzule zmiany oprocentowania. Rozwiązanie problemu skutków wadliwej umowy kredytu poprzez uznanie jej w całości za nieważną nie prowadzi do satysfakcjonujących rezultatów. Stąd też rozsądnym kompromisem pomiędzy dalece idącą wykładnią sądową a nadmiernym sankcjonowaniem wydaje się uznanie zawartych umów jako nieoprocentowanego kredytu.

Niegdyś kredyty udzielane we frankach szwajcarskich cieszyły się wśród konsumentów ogromną popularnością. Ich atrakcyjność przejawiała się w dużo niższym oprocentowaniu w porównaniu do kredytów złotówkowych. W założeniu kredytobiorców frank szwajcarski miał stanowić „bezpieczną przystań” na lata, z uwagi na niewielkie wahania jego kursu. Dostrzegając popyt na zadłużanie się w szwajcarskiej walucie, banki nadużywały swojej pozycji, stosując w umowach liczne klauzule niedozwolone. Dotyczyły one w szczególności niejasnych mechanizmów uwzględniania zmiany stóp procentowych w Szwajcarii. Z chwilą nagłego wzrostu kursu franka położenie kredytobiorców uległo znacznemu pogorszeniu. Problem tzw. kredytów frankowych stał się wówczas już nie tylko zagadnieniem natury prawnej, ale także społecznej.

W prezentowanej materii zaproponowano już kilka możliwych rozstrzygnięć. Najdalej idący pogląd polega na uznaniu za nieważną całość umowy kredytu udzielonego we

franku szwajcarskim. Zwolennicy tego stanowiska opierają się na założeniu, że oprocentowanie stanowi *essentialia negotii* umowy kredytu i jako takie winno zostać określone w sposób jednoznaczny¹.

Bardziej liberalne ujęcie prezentują z kolei zwolennicy drugiego nurtu, opierające się na tzw. redukcji utrzymującej skuteczność². Sąd Najwyższy w głośnym wyroku z 14.05.2014 r. stwierdził, że eliminacja jedynie części abuzywnej klauzuli zmiany oprocentowania pozwala na pozostawienie jako wiążącej pozostałej części odsyłającej do kryteriów ustalania stopy procentowej w czasie trwania stosunku prawnego³. W konsekwencji oprocentowanie winno być ustalane na podstawie 3-miesięcznej stawki LIBOR CHF. Wyrok oceniono w doktrynie dość krytycznie, zarzucając sądowi brak istnienia podstawy prawnej przyjętego rozstrzygnięcia⁴. Liczne wątpliwości budzi bowiem dopuszczalność stosowania redukcji utrzymującej skuteczność⁵.

Sądzę jednak, że problem wadliwie określonej klauzuli zmiennego oprocentowania w tzw. umowach frankowych da się rozwiązać dużo prościej. Przede wszystkim, w mojej ocenie, uciekanie się do koncepcji nieważności trudno uznać za zasadne. Przeciwno unicestwianiu każdej umowy kredytu tylko ze względu na nieprawidłowe oznaczenie jednego z jej składników stoją w znacznej mierze względy praktyczne. Argumentu dodatkowego można upatrywać w stopniowym odchodzeniu od sankcyjnego pojmowania przepisów dotyczących ochrony konsumentów⁶. Zmiana ta wynika w głównej mierze z wpływu orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości na postrzeganie wolności kontraktowej jako naczelnej reguły rządzącej prawem umów⁷.

¹ Tak m.in. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 2.12.2016 r. (III C 75/16), LEX nr 2200378; wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 10.03.2017 r. (I C 472/16), niepubl.; wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z 13.07.2016 r. (I C 916/16), LEX nr 2156976 oraz w odniesieniu do każdej umowy kredytu, bez względu na jej rodzaj – K. Kurosz, *Nieważność umowy kredytu na skutek wadliwego określenia warunków zmiany oprocentowania*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017/1, s. 17–25. K. Kurosz wzmacnia swoje stanowisko także innymi argumentami, jak choćby zasada oznaczoności świadczenia czy też reguły uczciwości.

² Por. wyrok SN z 14.05.2015 r. (II CSK 768/14), OSNC 2015/11, poz. 132; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.06.2017 r. (XXVII Ca 3477/16), niepubl.

³ Por. wskazany wyżej wyrok SN z 14.05.2015 r. (II CSK 768/14), OSNC 2015/11, poz. 132.

⁴ Por. krytyczne uwagi J. Czabański, *Glosa do wyroku SN z 14.05.2015 r. (II CSK 768/14)*, „Palestra” 2016/1–2, s. 182–188; T. Czech, *Glosa do wyroku SN z 14.05.2015 r. (II CSK 768/14)*, „Monitor Prawa Bankowego” 2016/6, s. 56–65.

⁵ Por. przykładowo M. Bednarek (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, s. 773; F. Zoll, *Kilka uwag na temat tzw. redukcji utrzymującej skuteczność*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2000/1–2, s. 9.

⁶ M. Bednarek wskazuje, że uznanie umowy kredytu za nieważną tylko z powodu nieprawidłowo określonej klauzuli zmiennego oprocentowania jest niezasadne – por. M. Bednarek, *Skutki prawne wadliwego sformułowania klauzuli zmiennego oprocentowania w umowie kredytowej (przyczynki do dyskusji)*, „Studia Prawa Prywatnego” 2017/1, s. 51 i n. oraz wskazana tam literatura i orzecznictwo.

⁷ Por. wyrok z 14.06.2012 r. C-618/10 *Banco Español de Crédito SA*, ECLI:EU:C:2012:349.

TRUDNOŚCI ZWIĄZANE ZE ZNALEZIENIEM NIEBUDZĄCEJ WĄTPLIWOŚCI PODSTAWY PRAWNEJ UZNANIA UMOWY KREDYTU ZA NIEWAŻNĄ

Wiele wątpliwości wzbudza uzasadnienie koncepcji nieważności w oparciu o rozstrzygnięcie problemu, czy oprocentowanie stanowi *essentialia negotii* umowy kredytu⁸. Nawet gdybyśmy bowiem opowiedzieli się za stanowiskiem głoszącym, że oprocentowanie stanowi element przedmiotowo istotny umowy kredytu, to i tak globalne ujęcie nieważności zaprowadzi do wniosku, iż strony dokonały innej czynności prawnej⁹. Złożone przez strony oświadczenie woli kwalifikowalibyśmy bądź jako pożyczkę, bądź ewentualnie jako rodzaj umowy nienazwanej. Nie sądzę zatem, aby zasadne było wyłamywanie się z przyjętej od dawna linii orzeczniczej w tej materii.

Na marginesie można zaznaczyć, że w doktrynie wiele trudności nastęrcza wskazanie tych elementów, które rozgraniczają pożyczkę od kredytu. Jak stwierdza choćby J. Pisuliński, różnica pomiędzy tymi dwoma typami umów jest na tyle subtelna, że w praktyce obrotu wręcz niezauważalna¹⁰. Już samo wykonanie pożyczki, jak i kredytu, w tym także spełnienie świadczenia przez dłużnika, może zostać przecież dokonane w formie bezgotówkowej. Poza tym współcześnie „nieoprocentowane” pożyczki należą raczej do rzadkości, a w obrocie profesjonalnym wręcz nie występują. Jedyna różnica dotyczy stron umowy, kredytu bowiem może udzielić tylko bank. Stąd, z uwagi na powyższe argumenty, coraz częściej postuluje się wręcz, aby kredyt uregulować jako podtyp umowy pożyczki¹¹.

W mojej ocenie równie zbyt daleko idący jest pogląd formułujący obowiązek klarownego oznaczenia oprocentowania, wywiedziony z przepisów ustawy – Prawo bankowe¹². Powyższe stanowisko miałyby wynikać, po pierwsze, z rezultatu wykładni literalnej, w wyniku której dochodzimy do wniosku, że strony nie mogą blankietowo określić sposobu zmiany oprocentowania, a to z uwagi na brak dodatkowej normy kompetencyjnej wskazanej w ustawie¹³. Po drugie, źródło owej niedopuszczalności tkwiłoby w zasadzie racjonalności działań ustawodawcy. Zauważyć należy, że regulacja w art. 69 ust. 1 pkt 5 pr. bank. ma charakter niezwykle ogólny. Przepis stanowi jedynie, że „umowa kredytu powinna zawierać wysokość oprocentowania i warunki jego zmiany”. W żadnym razie ustawa nie przesądza o tym, w jaki sposób należy oznaczyć kryteria

⁸ Zdania w doktrynie są podzielone. J. Pisuliński uznaje otrzymanie odsetek przez bank za przedmiotowo istotny składnik umowy kredytu – por. J. Pisuliński (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 8, *Zobowiązania – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011, s. 377. Z kolei A. Janiak opowiada się za stanowiskiem, że oprocentowanie nie stanowi *essentialia negotii* umowy kredytu – por. A. Janiak (w:) *Umowy w obrocie gospodarczym*, red. A. Koch, J. Napierała, Warszawa 2011, s. 306.

⁹ Zabieg ten nazywa się konwersją lub „zycziwą interpretacją”. Szerzej na temat konwersji i globalnego ujęcia nieważności por. Z. Radwański (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 435–440; M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2012, s. 384–385.

¹⁰ Por. J. Pisuliński (w:) *System...*, s. 364.

¹¹ Por. J. Pisuliński, *Perspektywy bankowego prawa prywatnego*, „Monitor Prawa Bankowego” 2011/1, s. 46–47.

¹² Ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2018 r. poz. 2187), dalej pr. bank.

¹³ W tym kierunku K. Kurosz, *Nieważność umowy...*, s. 21.

też zmiany. Zgodnie z utrwalonym, najnowszym orzecznictwem Sądu Najwyższego strony mogą modyfikować treść norm prawnych, o ile nie mają one charakteru *iuris cogentis*¹⁴. Tak syntetyczne sformułowanie komentowanego art. 69 ust. 1 pkt 5 pr. bank. nie daje podstaw do uznania go za normę bezwzględnie wiążącą. Stąd właśnie wszelka ocena postanowień zawartych przez strony w umowie podlega ocenie w trybie art. 353¹ ustawy – Kodeks cywilny¹⁵.

OCENA SKUTKÓW UZNANIA UMOWY KREDYTU FRANKOWEGO ZA NIEWAŻNĄ

Uznanie umowy kredytu za nieważną powoduje konieczność rozliczenia się stron z nienależnie uzyskanych świadczeń¹⁶. Wzajemne roszczenia stron nie stają się jednak wymagalne w tym samym momencie czasowym. Dla prawidłowego wyznaczenia początku biegu terminu przedawnienia należy dokonać bowiem dwojakich ustaleń. Dalsze konsekwencje zależą wyłącznie od tego, jaki czas upłynął od momentu otrzymania kredytu przez kredytobiorcę. Roszczenia wynikające z nienależnego świadczenia należą bowiem do kategorii tzw. zobowiązań bezterminowych¹⁷. Chwila wypłaty środków na rzecz klienta wyznacza dla banku początek biegu terminu przedawnienia, ponieważ od tego momentu mógł on dokonać zawezwania dłużnika do zwrotu nienależnego świadczenia. Z kolei dla kredytobiorcy termin przedawnienia zaczyna biec oddzielnie dla każdej uiszczonej raty. Tutaj mamy do czynienia z sytuacją, gdzie po stronie kredytobiorcy występuje wiele nienależnie spełnionych świadczeń. Jest ich tyle, ile rat uiszczył, a dla każdej termin przedawnienia biegnie oddzielnie.

Przy ocenie skutków nieważności umowy kredytu nie sposób pominąć problemu związanego z upływem przedawnienia. Terminy przedawnienia nie są bowiem jednolite. Roszczenie banku ulega przedawnieniu już po 3 latach, liczonych od chwili, gdy miał on możliwość zawezwania dłużnika do zwrotu nienależnego świadczenia. Jak zaznaczyłem powyżej, momentem tym pozostaje wypłata środków przez bank. Zgoła inaczej kwestia upływu terminu przedawnienia przedstawia się w przypadku roszczenia klienta o zwrot nienależnie uiszczanych rat. Tutaj termin biegnie oddzielnie dla każdej z nich i wynosi 10 lat, liczonych od chwili zapłaty na rzecz banku¹⁸. Kredyty frankowe były udzielane długoterminowo, nawet na 40 lat. Przy tak wydłużonym czasie trwania umowy problem szybciej następującego przedawnienia roszczenia banku stanowi dość istotny mankament koncepcji nieważności. Trudno zaakceptować sytuację, w której nie-

¹⁴ Tak przykładowo wyrok SN z 29.04.2003 r. (V CKN 310/01), niepubl.; wyrok SN z 16.02.2001 r. (IV CKN 244/00), niepubl.

¹⁵ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.), dalej k.c.

¹⁶ Chodzić tutaj będzie o świadczenie pozostające w związku z wykonaniem nieważnej czynności prawnej.

¹⁷ Por. wyrok SN z 24.04.2003 r. (I CKN 316/01), niepubl.; wyrok SN z 16.12.2014 r. (III CSK 36/14), niepubl. Tak również m.in. M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 443 oraz P. Mostowik (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 289.

¹⁸ Oceny tej nie zmienia ostatnia nowelizacja Kodeksu cywilnego, która dokonała znaczących zmian w zakresie terminów przedawnienia. Skutek w postaci nieważności umowy wystąpił bowiem jeszcze pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów.

doszły kredytobiorca może żądać zwrotu zapłaconych rat, a roszczenie banku uległo już przedawnieniu.

Dostrzegając powyższy problem, K. Kurosz sugeruje nawet, aby ze względów „służnościowych” jako moment wymagalności oznaczyć chwilę wezwania przez bank klienta do zapłaty¹⁹. Autor proponuje rozważenie, czy podniesienie zarzutu przedawnienia przez kredytobiorcę nie stanowiło uznania roszczenia lub wręcz nadużycia prawa podmiotowego. Trudno jednak te argumenty uznać za satysfakcjonujące. Przede wszystkim wymagalność roszczenia o zwrot nienależnego świadczenia ustawa wiąże z chwilą, w której wierzyciel mógł w najwcześniejszym terminie dokonać wezwania. Tym momentem w omawianej sytuacji pozostaje wypłata świadczenia przez bank. Ewentualne uznawanie zarzutów przedawnienia podnoszonych przez kredytobiorców jako nadużycie prawa podmiotowego tylko z uwagi na krótki ustawowy termin wypacza jakikolwiek sens istnienia tej instytucji. Niezależnie bowiem od stanu faktycznego i rozstrzygnięcia, ostatecznie klient musi uczynić zadość obowiązкови wynikającemu z nienależnie uzyskanego świadczenia.

Na ocenę skutków nieważności umowy kredytu należy spojrzeć także w ramach stanu faktycznego, kiedy to roszczenia stron nie uległy jeszcze przedawnieniu. Polemikę należy podjąć z perspektywy uprawnienia, o którym mowa w art. 406 k.c. Wskazana norma odnosi się do wydania przez każdą ze stron korzyści uzyskanych z tytułu nienależnego świadczenia. Wydawać by się mogło, że w przypadku klienta banku jako profit należałoby uznać korzystanie z kapitału kredytodawcy bez stosownego wynagrodzenia²⁰. Problem ten jest jednak zdecydowanie bardziej złożony i samo wyznaczenie zakresu uzyskanych tutaj korzyści staje się wręcz niemierzalne. Dla dowiedzenia prawdziwości powyższej tezy wystarczy poprzestać na kilku przykładach. Kredyt we frankach w znacznej mierze brano w celu zakupu określonej nieruchomości. W chwili zawarcia umowy przez strony kredytobiorca w zamian za kapitał nabywał określone prawo własności. W wyniku dokonanych przesunięć majątkowych nie posiada już kapitału, którego zwrotu mógłby zażądać bank. Zatem by zadośćuczynić roszczeniu, klient winien przenieść na bank nabytą własność. Jednakże na tym cała trudność się nie kończy. Artykuł 406 k.c. niezwykle ogólnie określa zakres ewentualnych rozliczeń między stronami. Rozważać *in abstracto* można bowiem wiele postaci korzyści, jak choćby obowiązek zwrotu odszkodowania, które kredytobiorca uzyskał jako właściciel nieruchomości za wyrządzoną na niej szkodę.

STANOWISKO WŁASNE

W mojej ocenie blankietowy bądź abuzywny sposób określenia warunków zmiany oprocentowania nie prowadzi do zniweczenia całej czynności prawnej²¹. Co więcej, taka

¹⁹ Por. K. Kurosz, *Nieważność umowy...*, s. 25.

²⁰ Por. K. Kurosz, *Nieważność umowy...*, s. 25. Trudno jednak podzielić pogląd K. Kurosza, jakoby klient banku uzyskał korzyść mierzalną jedynie w fakcie posiadania kapitału, za który nie uiszcza wynagrodzenia.

²¹ Sąd Najwyższy uznaje w najnowszym orzecznictwie, że eliminacja klauzul abuzywnych nie prowa-

umowa nawet po wyeliminowaniu niedozwolonych jej postanowień dalej pozostaje stosunkiem prawnym kredytu. Wskazuje na to choćby wykładnia złożonych przez strony oświadczeń woli. Bank spełnił swoje zobowiązanie, wypłacając kwotę nominalną na oznaczony przez strony cel (np. zakup nieruchomości), żądając tym samym zapłaty przez klienta określonej liczby rat. Jak bowiem wiadomo, dla prawidłowej oceny złożonych oświadczeń woli bierze się także pod uwagę zachowanie stron po zawarciu umowy²². Właśnie okresowe spełnianie świadczenia determinuje tutaj typowy wzorzec dla obowiązku kredytobiorcy. Nie powinno tym samym budzić wątpliwości, że strony łączą ważny stosunek cywilnoprawny. Należy jednak udzielić odpowiedzi na pytanie, jak został on ukształtowany.

Ingerencja sądu w treść umów zawsze będzie budzić opory i wiele wątpliwości. Tym bardziej wzmagają się one, jeżeli owo uprawnienie ma dotyczyć obrotu konsumenckiego, ponieważ jego regulacje pozostają bardzo restrykcyjne. Jednakże trudno podzielić pogląd, jakoby nieważność całej umowy kredytu stanowiła dla konsumenta korzystne rozstrzygnięcie. Rozsądnym kompromisem między silnym sankcjonowaniem a dalece idącą wykładnią sądową pozostałoby uznanie, że klient z bankiem zawarł umowę nieoprocentowanego kredytu walutowego w CHF. Wyeliminowanie z obrotu niedozwolonej klauzuli zmiennego oprocentowania winno skutkować niedopuszczalnością modyfikacji stopy procentowej, i to niezależnie od tego, czy stroną umowy był konsument.

Wniosek powyższy wypływa z połączenia rezultatów wykładni systemowej i funkcjonalnej. Jeżeli zawarta umowa kredytu frankowego podlega regulacji ustawy o kredycie konsumenckim²³, wówczas konsumentowi przysługuje jeszcze bardziej wzmocniona ochrona prawna. W razie zastosowania przez bank nieprawidłowej klauzuli zmiennego oprocentowania, po złożeniu kredytodawcy pisemnego oświadczenia, konsument zwraca kredyt bez odsetek i innych kosztów w terminie i w sposób ustalony w umowie²⁴. Pozorną trudność mogą tutaj stanowić kwestie intertemporalne. Zaznaczyć należy, że sankcję tzw. kredytu darmowego w przypadku nieprawidłowo oznaczonych warunków zmiany oprocentowania przewidywała także poprzednio obowiązująca ustawa²⁵.

Natomiast w innych stanach faktycznych, do których nie sposób zastosować wspomnianych wyżej ustaw, rozstrzygnięcie można oprzeć na rezultacie wykładni funkcjonalnej. Skoro abuzywność dotyczy jedynie części umowy, to dalej wiąże ona strony w pozostałym zakresie. Odrzucając tym samym koncepcję uprawniającą sąd do modyfikowania stosunku zobowiązaniowego, dochodzimy do wniosku, że łącząca strony umowa pozbawiona jest oprocentowania.

Stanowisko powyższe jest bardzo korzystne dla klienta, ponieważ jedyną zmienną pozostaje relacja kursu franka szwajcarskiego do złotówki²⁶. Wszelkie pozostałe determi-

dzi do upadku całej umowy, nawet gdyby z okoliczności sprawy wynikało, iż bez tych postanowień umowa nie została zawarta – por. wyrok SN z 21.02.2013 r. (I CSK 408/12), OSNC 2013/11, poz. 127.

²² Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 5.03.2008 r. (V CSK 418/07), niepubl. Szerzej na temat wykładni oświadczeń woli por. Z. Radwański (w:) *System...*, s. 73 i n.

²³ Por. art. 3 ustawy z 12.05.2011 r. o kredycie konsumenckim (Dz.U. z 2011 r. nr 126, poz. 715).

²⁴ Por. art. 45 ustawy o kredycie konsumenckim.

²⁵ Por. art. 15 ust. 1 ustawy z 20.07.2001 r. o kredycie konsumenckim (Dz.U. z 2001 r. nr 100, poz. 1081).

²⁶ M. Bednarek, *Sankcja „kredytu darmowego” jako środek ochrony konsumenta*, „Europejski Przegląd

nanty, takie jak marża i oprocentowanie, nie ulegają bowiem żadnym wahaniom. Unika się tym samym ewentualnego problemu z nieustannym przeliczaniem rat z powodu zmiany stóp procentowych, co dotyczy mechanizmu stosowania stawki LIBOR CHF.

Ponadto ograniczamy także ewentualne, liczne straty po stronie banku. Nie można ulegać złudzeniu, że za wszelkie złe decyzje odpowiada z własnych funduszy instytucja bankowa. Skutki ewentualnej nieważności umów, czy też znacznych strat związanych z uszczupleniem zysku, poniosą ostateczni odbiorcy usług w postaci wyższych prowizji lub opłat. Stosując konstrukcję nieoprocentowanego kredytu, kredytodawca zobligowany zostanie jedynie do zwrotu części tego, co uzyskał. Wysokość nienależnego świadczenia opiewa na wartość uzyskanych od kredytobiorcy odsetek²⁷.

PODSUMOWANIE

Oparcie rozstrzygnięcia problemów kredytów udzielonych we frankach szwajcarskich na konstrukcji nieważności całej umowy z uwagi na abuzywność klauzuli dotyczącej warunków zmiany oprocentowania nie wydaje się dobrą drogą. Za odrzuceniem tego stanowiska stoją przede wszystkim względy praktyczne, takie jak przedawnienie roszczeń, czy też trudności związane z ewentualnymi rozliczeniem się stron z nienależnie uzyskanych świadczeń. Tutaj prawidłowość rozstrzygnięcia i tym samym niepokrzywdzenie żadnej strony implikuje konieczność dokonania wielu zabiegów wykładniczych, które i tak mogą nie doprowadzić do satysfakcjonujących rezultatów. Poza tym w niektórych przypadkach uwzględnienie nieważności przez sąd może nie być dla niedosłego kredytobiorcy korzystne, a to ze względu na konieczność niezwłocznego zwrotu bankowi całego nienależnego świadczenia.

Trudno także znaleźć zasadny argument pozwalający na wyłamanie się z globalnego ujęcia samej nieważności. Współcześnie, zresztą słusznie, postrzegamy umowę jako pewną istotną wartość, która także podlega ochronie. Autonomia woli stron podlega zaś ograniczeniom tylko w przypadkach wskazanych w ustawie bądź z uwagi na zasady współżycia społecznego. Regulacja samego oprocentowania umowy kredytu nie dostarcza dostatecznych dowodów, że przepisy te mają charakter norm bezwzględnie obowiązujących. Ich treść ma zbyt ogólną naturę, aby wyprowadzać zeń dalekosiężne wnioski. Stąd też zmiana dotychczasowej linii orzeczniczej na bardziej liberalną zdaje się lepiej odpowiadać ich wykładni funkcjonalnej.

Sięgając po argumenty pozaprawne, należy dokonywać holistycznej, a nie jedynie wybiórczej oceny zachowań stron. Samo stwierdzenie, że stronami spornych umów byli w większości przypadków konsumenci, nie powinno skłaniać sądów do interpretowania wszelkich stanów faktycznych na ich korzyść. Mimo szczególnych regulacji dotyczących obrotu konsumenckiego strony umowy pozostają formalnie równe, mając

Sądowy” 2009/3, s. 18 – autorka ta uznaje sankcję kredytu darmowego za nazbyt surową dla kredytodawcy.

²⁷ Podstawę ich zwrotu stanowiąc będzie art. 411 pkt 1 k.c. z tym zastrzeżeniem, że kredytobiorca, uiszczając raty, działał w celu uniknięcia przymusu. Tak też Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 5.09.2017 r. (II Ca 1520/16), niepubl.

określone uprawnienia, jak i obowiązki. Branie kredytów w walucie obcej zawsze wiąże się z ryzykiem wahań kursów. To z kolei ma bezpośrednie przełożenie na wysokość rat. Nieważność stanowi więc swoistą próbę ucieczki od konsekwencji własnych wyborów, zwłaszcza jeśli uwzględni się fakt, że większość umów kwestionowano dopiero po wielu latach od zaciągnięcia zobowiązania. Kluczowe pozostaje więc zapewnienie odpowiednio godziwego zysku po stronie banku, zaś minimalizacji ryzyka i niepewności w przypadku kredytobiorcy. To z kolei zapewnia uznanie, że na skutek wadliwego określenia warunków zmiany oprocentowania zawarto umowę nieoprocentowanego kredytu, gdzie jedyną formą odpłatności pozostaje marża. Nie można bowiem ulegać złudzeniu, że bank pokryje straty z własnych środków. Stanie się wręcz odwrotnie, ponieważ wszelkie ciężary poniosą ostatecznie wszyscy klienci, również ci, którzy kredytów we frankach szwajcarskich nie brali. Tym samym powyższy skutek trudno uznać za społecznie uczciwy.

ABSTRACT

Tobiasz Nowakowski – Effect of an incorrectly defined variable interest rate clause on the validity of the loan agreement granted in Swiss franc

The problem of loans in Swiss francs was created after the Swiss National Bank released the exchange rate. From that moment, loan installments have increased quite significantly. In addition, banks very often used abused rate change clauses in contracts. The solution to the problem of the effects of a faulty loan agreement by considering it as null and void as such does not lead to satisfactory results. Therefore, a reasonable compromise between a far-reaching court interpretation and excessive sanctioning seems to be the recognition of concluded contracts as an interest-free loan.

Keywords: *credit, interest rate, interest rate changes, consequences of abused contractual clauses*

Tobiasz Nowakowski

A graduate of the Faculty of Law and Administration of the University of Lodz.

Tobiasz Nowakowski

Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bednarek Małgorzata, Sankcja „kredytu darmowego” jako środek ochrony konsumenta, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009/3, s. 18

Bednarek Małgorzata, Skutki prawne wadliwego sformułowania klauzuli zmien-

nego oprocentowania w umowie kredytowej (przyczynek do dyskusji), „Studia Prawa Prywatnego” 2017/1, s. 51

Bednarek Małgorzata (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Ewa Łętowska, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2014

Czabański Jacek, *Glosa do wyroku SN z 14.05.2015 r. (II CSK 768/14)*, „Palestra” 2016/1–2, s. 182

Czech Tomasz, *Glosa do wyroku SN z 14.05.2015 r. (II CSK 768/14)*, „Monitor Prawa Bankowego” 2016/6, s. 56

Gutowski Maciej, *Nieważność czynności prawnej*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2012

Janiak Andrzej (w:) *Umowy w obrocie gospodarczym*, red. Andrzej Koch, Jacek Napierała, Wolters Kluwer, Warszawa 2011

Kurosz Krzysztof, *Nieważność umowy kredytu na skutek wadliwego określenia warunków zmiany oprocentowania*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017/1, s. 17

Mostowik Piotr (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Adam Olejniczak, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2014

Pisuliński Jerzy, *Perspektywy bankowego prawa prywatnego*, „Monitor Prawa Bankowego” 2011/1, s. 46

Pisuliński Jerzy (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 8, *Zobowiązania – część szczegółowa*, red. Janina Panowicz-Lipska, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2011

Radwański Zbigniew (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Zbigniew Radwański, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2008

Zoll Fryderyk, *Kilka uwag na temat tzw. redukcji utrzymującej skuteczność*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2000/1–2, s. 9

Pojęcia kluczowe: przedsiębiorca, działalność gospodarcza, prawo przedsiębiorców

Artykuły

Paweł Lewandowski

O DEFINICJI PRZEDSIĘBIORCY I DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ PO WEJŚCIU W ŻYCIE USTAWY – PRAWO PRZEDSIĘBIORCÓW

Prawo przedsiębiorców stanowi od kwietnia 2018 r. podstawowy akt prawny dotyczący wykonywania działalności gospodarczej. Zawarte we wskazanej regulacji definicje przedsiębiorcy oraz działalności gospodarczej różnią się od dotychczas obowiązujących. Część zmian ma charakter jedynie semantyczny, inne zaś wywierają wpływ na merytoryczne postrzeganie przedsiębiorcy i jego aktywności. Ustawa wprowadza nową instytucję działalności nieewidencjonowanej, mającej stanowić ułatwienie dla osób fizycznych prowadzących działalność w niewielkim rozmiarze. Wybrane zagadnienia szczegółowe nadal są dyskusyjne, co uzasadnia analizę definicji przedsiębiorcy i działalności gospodarczej.

Ustawa – Prawo przedsiębiorców¹ zastąpiła obowiązującą od 2004 r. ustawę o swobodzie działalności gospodarczej². Jak wynika z uzasadnienia do jej projektu, przedsiębiorcy zasługują na swój akt, ponieważ są istotną i ważną grupą podmiotów oraz strukturą wpływającą na dobrobyt społeczeństwa³. Zdaniem prawodawcy Prawo przedsiębiorców powinno odgrywać priorytetowe znaczenie w procesach wykładni poszczególnych przepisów odnoszących się do przedsiębiorców⁴.

¹ Ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 r. poz. 646).

² Ustawa z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm.), dalej u.s.d.g.

³ Uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców, druk sejmowy nr 2051, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2051> (dostęp: 21.02.2019 r.).

⁴ Uzasadnienie do projektu....

Ustawa wprowadziła nowe definicje działalności gospodarczej oraz przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 4 ust. 1 Prawa przedsiębiorców przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. W ust. 2 przywołany przepis jako przedsiębiorców kwalifikuje wspólników spółki cywilnej (s.c.) w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Przedsiębiorca jest definiowany przez kryterium podmiotowe (podmioty mogące być przedsiębiorcami) oraz funkcjonalne (wykonywanie działalności gospodarczej)⁵. Wobec tego podmiot, który choć wykonuje aktywność o cechach działalności gospodarczej, a nie zalicza się do ww. katalogu, nie stanie się przedsiębiorcą. Podobnie podmiot, który co prawda mieści się we wskazanym katalogu, a nie wykonuje działalności gospodarczej.

W odniesieniu do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej krąg podmiotowy ukształtowany w Prawie przedsiębiorców nie uległ zmianie, co pozwala przyjąć, że dotychczas głoszone w tym temacie tezy zachowują aktualność. Merytoryczny sposób postrzegania kategorii przedsiębiorcy w zakresie aspektu podmiotowego nie zmienił się. Nadal jednak istnieją kwestie dyskusyjne wymagające uwagi, m.in. aktualność zachowuje postrzeganie przedsiębiorcy z art. 43¹ Kodeksu cywilnego⁶, tj. czy zawarta tam definicja ma autonomiczny charakter, czy w jakimś zakresie wpływa na nią regulacja Prawa przedsiębiorców.

Prawo przedsiębiorców definiuje działalność gospodarczą jako zorganizowaną działalność zarobkową, wykonywaną we własnym imieniu i w sposób ciągły. Definicja ta uległa modyfikacji, została skrócona przez usunięcie wyliczenia przejawów aktywności w ramach działalności gospodarczej oraz cechę zawodowości.

1. ZAKRES PODMIOTOWY USTAWY

Przedsiębiorcą może być osoba prawna, jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, a wyposażona w zdolność prawną oraz osoba fizyczna. Odnośnie do statusu dwóch pierwszych kategorii nie ma wątpliwości⁷, dlatego uwagi na ten temat nie będą czynione. Podobnie przedstawia się sytuacja odnośnie do osób fizycznych, z wyjątkiem kwestii zdolności do czynności prawnych osoby fizycznej wykonującej działalność gospodarczą.

1.1. OSOBA FIZYCZNA Z NIEPEŁNĄ ZDOLNOŚCIĄ DO CZYNNOŚCI PRAWNYCH

Najliczniejszą kategorią podmiotów wykonujących działalność gospodarczą są osoby fizyczne (przedsiębiorcy jednoosobowi)⁸. Osobą fizyczną jest każdy człowiek, wyposa-

⁵ Por. M. Sieradzka (w:) M. Zdyb, M. Sieradzka, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 60.

⁶ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.), dalej k.c.

⁷ Szerzej zob. Z. Radwański, *Podmioty prawa cywilnego w świetle zmian kodeksu cywilnego przeprowadzonych ustawą z 14.02.2013 r.*, „Przeгляд Sądowy” 2003/7–8, s. 4.

⁸ Według danych GUS na 31.12.2017 r. liczba tych podmiotów wynosiła: 3 001 353, przy np. łącznej liczbie spółek prawa handlowego 537 273. Według tych danych łączna liczba podmiotów gospodarki narodowej to 4 309 800, w: *Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON*,

żony w niezbywalną i jednorodną zdolność prawną oraz, stopniowalną i zależną od poziomu rozwoju intelektualnego, zdolność do czynności prawnych.

W doktrynie nie ma zgodności co do tego, czy osoba fizyczna z ograniczoną zdolnością do czynności prawnych może być przedsiębiorcą. Jeden nurt poglądów odmawia jej tego prawa, przyjmując konieczność posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych. Autorzy wskazują m.in., że na skutek braku pełnej zdolności do czynności prawnych dany podmiot nie może uczestniczyć w obrocie gospodarczym, gdyż nie może dokonywać czynności prawnych⁹. Zwolennicy drugiego zapatrywania podają, że owa zdolność nie decyduje o samej możliwości bycia przedsiębiorcą, lecz o wykonywaniu czynności prawnych będących jednym z elementów prowadzenia działalności gospodarczej, które mogą być dokonywane przez przedstawiciela¹⁰.

Wyraziłem dotychczas zapatrywanie¹¹, że nie jest cechą konstytutywną przedsiębiorcy posiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych, skoro sam ustawodawca nie wprowadza tego wymogu¹². Osoba fizyczna może bowiem zostać przedsiębiorcą w wyniku np. spadkobrania. Żadna regulacja nie ogranicza osobie fizycznej możliwości wykonywania działalności gospodarczej przez osobę trzecią (przedstawiciela). Ponadto można przywołać przepis art. 109⁷ § 4 k.c., zgodnie z którym m.in. utrata zdolności prawnej przez przedsiębiorcę nie powoduje wygaśnięcia prokury. Niedogodności wynikające z faktu, że przedsiębiorcą jest osoba fizyczna nieposiadająca pełnej zdolności do czynności prawnych, nie mogą mieć wpływu na nabycie statusu przedsiębiorcy.

Obiektywnie rzecz ujmując, za oboma stanowiskami przemawiają pewne racjonalne argumenty. Uchwalanie Prawa przedsiębiorców stanowiło okazję wyartykułowania przez prawodawcę *expressis verbis* poglądu w tej materii. Rozwiązanie wątpliwości możliwe było np. przez dookreślenie w definicji przedsiębiorcy, że w kręgu podmiotowym mieszczą się osoby fizyczne nieposiadające pełnej zdolności do czynności prawnych.

1.2. WSPÓLNIK SPÓŁKI CYWILNEJ JAKO PRZEDSIĘBIORCA

Ustawa – Prawo przedsiębiorców, podobnie jak poprzedniczka, w dalszym ciągu wyklucza spółkę cywilną z katalogu przedsiębiorców, wskazując, że przedsiębiorcami są jej wspólnicy w zakresie wykonywanej działalności gospodarczej. Spółka nie została wyposażona w zdolność prawną i postrzegana jest głównie jako stosunek obligacyjny¹³.

2017 r., GUS 2018, s. 18. Zatem osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą stanowią 69,64% liczby wszystkich podmiotów.

⁹ M. Sieradzka (w:) M. Zdyb, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 62; C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 45.

¹⁰ Z. Miczek, *Osoba fizyczna jako przedsiębiorca – na tle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i kodeksu cywilnego*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2005/9, s. 26–27.

¹¹ P. Lewandowski, *Zdolność do czynności prawnych przedsiębiorcy jako osoby fizycznej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2017, t. C, s. 94 i n.; zob. także M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 71.

¹² Por. art. 20 i 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

¹³ M. Podleś (w:) M. Podleś, L. Siwik, *Spółka cywilna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2015, s. 21.

Podnosi się, że usunięcie z definicji przedsiębiorcy przesłanki wykonywania działalności we własnym imieniu sprawiło, że wspólnicy spółki będą przedsiębiorcami już na gruncie art. 4 ust 1 Prawa przedsiębiorców¹⁴. Byłoby tak w odniesieniu do podmiotów niezwiązanych umową spółki. Ustęp 4 jest jednak konieczny, gdyż nie tyle przesądza o statusie wspólników spółki, ile w sposób negatywny o niemożności traktowania spółki cywilnej jako przedsiębiorcy. Jego usunięcie nie byłoby zatem korzystne. Nie sposób także traktować go w charakterze przepisu zbędnego, z uwagi na nadmierną kazuistykę.

Zmianę polegającą na zastąpieniu określenia „uznaje się” zwrotem „jest” uważam za słuszną. Obecne brzmienie wskazuje, że wspólnik spółki cywilnej, w ramach wykonywanej działalności gospodarczej, jest przedsiębiorcą, nie zaś jedynie za niego jest uznawany. Dotychczasowe brzmienie sugerowało, że wspólnicy w istocie nie byli przedsiębiorcami, a jedynie za takich byli traktowani z racji szczególnego przepisu nadającego im ów status. Rozumienie takie nie zasługiwało na aprobatę, gdyż przepis odwoływał się do prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

1.3. UNIWERSALNA DEFINICJA PRZEDSIĘBIORCY?

W polskim porządku prawnym przedsiębiorca jest definiowany w wielu aktach prawnych¹⁵, w tym przede wszystkim w Prawie przedsiębiorców oraz Kodeksie cywilnym. Ustawowe definicje przedsiębiorcy mają różną budowę normatywną oraz różną moc obowiązywania (mają znaczenie uniwersalne lub znajdują zastosowanie wyłącznie na potrzeby konkretnego aktu normatywnego, uwzględniając specyfikę regulowanej materii)¹⁶.

Należy zauważyć, że drugą spośród ww. technik legislacyjnych posłużył się ustawodawca w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej¹⁷. Zatem *de lege lata* definicji z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nie nadawano uniwersalnego znaczenia. Dostrzegano jednak, że powinna mieć szerokie zastosowanie¹⁸. Sytuacja uległa zmianie w Prawie przedsiębiorców, gdyż art. 4 ust. 1 nie posługuje się znamionnym określeniem „w rozumieniu ustawy”. W związku z tym wydaje się, że definicja przedsiębiorcy zamieszczona w Prawie przedsiębiorców znajduje zastosowanie do stosunków publicznoprawnych, o ile ustawa szczególna nie stanowi inaczej, natomiast na potrzeby stosunków prywatnoprawnych przedsiębiorcę definiuje Kodeks cywilny.

¹⁴ M. Sieradzka, *Zakres przedmiotowy i podmiotowy ustawy z 6.3.2018 r. – prawo przedsiębiorców*, „Monitor Prawniczy” 2018/13 (dodatek), s. 37.

¹⁵ Zestawienie przedstawił M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2012, s. 286–296. Autor podaje 23 definicje legalne pojęcia przedsiębiorcy oprócz definicji zawartej w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej (obecnie w Prawie przedsiębiorców).

¹⁶ Ustawodawca posługuje się w takiej sytuacji określeniem „przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest (...)” lub innym równoważnym sformułowaniem.

¹⁷ M. Pawełczyk (w:) *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. A. Powalowski, Warszawa 2009, s. 35; odmiennie np. uchwała SN z 23.02.2005 r. (III CZP 88/04), LEX nr 143136.

¹⁸ WJ. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa, 2003, s. 28–29.

Można stwierdzić, że pozostawienie obu regulacji czyni niepotrzebne zamieszanie interpretacyjne¹⁹, nie wprowadzając nowej jakości dla analizowanej problematyki. Należy wskazać, że odmienności występujące na gruncie obu aktów prawnych, tj. w Prawie przedsiębiorców oraz w Kodeksie cywilnym, sprowadzają się do odmiennego postrzeżenia kryterium funkcjonalnego. O ile bowiem Prawo przedsiębiorców odwołuje się w tym zakresie wyłącznie do działalności gospodarczej, o tyle Kodeks cywilny obejmuje działalność gospodarczą i zawodową.

Wydaje się, że przy systemowym spojrzeniu na prawo bez znaczenia powinno być miejsce regulacji (akt prawny, w którym definicja się znajduje). Istotne jest jej kompleksowe ujęcie i poprawne uregulowanie. Pomimo różnic między prawem prywatnym a publicznym należy je postrzegać jako systemową całość, w której podstawowe instytucje (ich definicje) powinny być ujmowane w jednakowy sposób, jeżeli nic innego nie wynika z celu regulacji.

Zarówno definicja z Prawa przedsiębiorców, jak i z Kodeksu cywilnego, przyznają status przedsiębiorcy identycznemu kręgowi podmiotów, przy założeniu wykonywania działalności gospodarczej lub działalności gospodarczej i zawodowej. Wydaje się, że przedsiębiorca na gruncie prawa prywatnego i prawa publicznego powinien być zdefiniowany tożsamo, jeżeli nic innego nie wynika ze szczególnej regulacji wymagającej odmienności uwarunkowanych specyfiką danej materii. Z tego względu pożądane byłoby zsynchronizowanie obydwu definicji, tak by nie było między nimi obecnego, a nieuzasadnionego rozdzwieńku.

2. DEFINICJA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Dla nabycia statusu przedsiębiorcy istotne jest faktyczne (rzeczywiste) wykonywanie działalności gospodarczej²⁰. Irrelevantne natomiast jest uzyskanie wpisu do rejestru (ewidencji), i to pomimo obligatoryjnego charakteru wpisu.

2.1. KATEGORIE AKTYWNOŚCI

Ustawodawca zrezygnował z wyliczania aktywności mogących stanowić działalność gospodarczą. Wyróżnienie to miało niewielkie znaczenie poznawcze dla definicji działalności gospodarczej, mieściło bowiem w sobie każdy rodzaj ludzkiej aktywności²¹,

¹⁹ Por. przykładowo krytykę brzmienia art. 551 k.s.h. zamieszczoną przez M. Tofela w komentarzu do art. 584¹ k.s.h., przejawiającą się w odesłaniu w art. 551 § 5 k.s.h. do regulacji ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, nie zaś do art 43¹ k.c. – M. Tofel (w:) J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1848.

²⁰ Wprost w uzasadnieniu do projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców wskazuje na to projektodawca, że „dla uzyskania statusu przedsiębiorcy należy działalność gospodarczą, po jej podjęciu, rzeczywiście wykonywać. Podjęcie działalności gospodarczej należy zaś utożsamiać z pierwszym dokonaniem w obrocie gospodarczym konkretnej czynności wprost związanej z zadeklarowanym przedmiotem swojej działalności” – A. Bierć, *Osoba fizyczna jako przedsiębiorca*, „Studia Prawnicze” 1998/4, s. 8.

²¹ Por. J. Grykiel, *Pojęcia działalności gospodarczej i zawodowej w rozumieniu art. 43¹ k.c.*, „Studia Prawnicze” 2005/4, s. 38.

ponadto nie był to podział rozłączny, gdyż niektóre kategorie zawierały się w innych, np. eksploatacja kopalni ze złóż, będąc odrębną kategorią, mogła być kwalifikowana do działalności usługowej²². Nie ma aktywności, którą można wyłączyć z zakresu działalności gospodarczej. Potwierdza to orzecznictwo, w którym przyjęto szeroką wykładnię klasyfikacji działalności²³. Należy stwierdzić, że wprowadzona w Prawie przedsiębiorców zmiana nie pogarsza stanu prawnego w zakresie definicji działalności gospodarczej, a wręcz czyni go bardziej przejrzystym i uwydatniającym jego cechy kluczowe, wyróżniające od innych instytucji.

2.2. CECHY CHARAKTERYSTYCZNE DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

W przepisie art. 3 Prawa przedsiębiorców zachowano cechy charakterystyczne działalności gospodarczej występujące w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej (tj. zorganizowanie, zarobkowość, ciągłość oraz wykonywanie we własnym imieniu), natomiast usunięto z niej działalność zawodową. Należy uznać, że kosmetyczną zmianą jest inna kolejność użytych określeń. Wykładnia ustawowych cech działalności gospodarczej pokrywa się z ich dotychczasowym rozumieniem, dlatego głoszone dotychczas poglądy zachowują aktualność.

Warto dodać, że judykatura akcentuje następujące cechy działalności gospodarczej, a mianowicie:

- 1) profesjonalny charakter (stały, nie amatorski, nie okazjonalny),
- 2) podporządkowanie regułom opłacalności i zysku,
- 3) powtarzalność działań (np. seryjność produkcji, stypizowanie transakcji, stała współpraca),
- 4) uczestnictwo w obrocie gospodarczym²⁴.

Prowadzenie działalności gospodarczej to m.in. stworzenie odpowiednich warunków do jej wykonywania²⁵, jej przygotowywanie i zakładanie²⁶, które to okoliczności m.in. wskazywać mogą na zorganizowanie działalności gospodarczej. Działalność jest zarobkowa, gdy jest nastawiona, ukierunkowana na osiągnięcie dochodu (zamiar)²⁷, przy czym jego rzeczywiste uzyskanie nie jest niezbędne. Jeżeli w związku z prowadzoną działalnością podmiot zakłada osiągnięcie nadwyżki przychodów nad poniesionymi kosztami (osiągnięcie dochodu), oznacza to, że został osiągnięty cel zarobkowy działalności. Jednak zarobkowości nie należy utożsamiać z odpłatnością²⁸.

²² K. Pokryszka (w:) *Publiczne prawo gospodarcze. Zarys wykładu*, red. R. Blicharz, Warszawa 2015, s. 31.

²³ Uchwała SN z 16.05.1991 r. (III CZP 39/91), LEX nr 3677; wyrok SN z 15.11.1990 r. (II CR 865/89), LEX nr 1633466.

²⁴ Uchwała składu 7 sędziów SN z 18.06.1991 r. (III CZP 40/91), LEX nr 3682; uchwała składu 7 sędziów SN z 6.12.1991 r. (III CZP 117/91), LEX nr 3709.

²⁵ Wyrok WSA w Warszawie z 28.01.2009 r. (VII SA/Wa 1374/08), LEX nr 489317.

²⁶ Wyrok WSA w Opolu z 7.05.2008 r. (I SA/Op 18/08), LEX nr 484040.

²⁷ Wyrok NSA w Warszawie z 26.09.2008 r. (II FSK 789/07), LEX nr 495147.

²⁸ M. Etel, *Pojęcie...*, s. 180.

Ciągłość działalności wyłącza z definicji działalności gospodarczej czynności jednorazowe, incydentalne²⁹. Działalność gospodarcza musi wykazywać powtarzalność, co nie przekreśla możliwości występowania przerw w jej prowadzeniu. Istotny jest zamiar powtarzalnego dokonywania określonych czynności³⁰.

Jako relewantną cechą działalności gospodarczej potraktowano wykonywanie jej we własnym imieniu, która w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej znajdowała się w przepisie definiującym przedsiębiorcę. Zmianę tę należy uznać za poprawną, gdyż przesłanka ta w istocie odnosi się do działalności gospodarczej i stanowi jej determinantę (ujęcie funkcjonalne), nie zaś przedsiębiorcy. Działalność gospodarcza odróżnia się od innych sytuacji prawnych (np. stosunku pracy, stosunków cywilnoprawnych) tym, że oddziałuje bezpośrednio na podmiot ją wykonujący. Jego obciążają ryzyka (ponosi odpowiedzialność związaną z prowadzoną działalnością), jak również czerpie korzyści płynące z jej wykonywania.

Zmianą merytoryczną jest usunięcie z definicji działalności gospodarczej cechy zawodowości. Może ona świadczyć o pozbawieniu podmiotów świadczących działalność zawodową przymiotu przedsiębiorcy. Na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wskazywano, że przedstawiciele wolnych zawodów są przedsiębiorcami, jeżeli wykonują działalność zawodową we własnym imieniu i na własny rachunek³¹. Pomimo zmiany wydaje się, że pogląd ten zachowuje aktualność. Działalność zawodowa powinna być postrzegana jako działalność gospodarcza, jeżeli spełnia przesłanki z art. 3 Prawa przedsiębiorców. Poczytuję zmianę polegającą na usunięciu działalności zawodowej z zakresu pojęcia działalności gospodarczej za niesłuszny trend, sprowadzający się do maksymalnego skracania tekstu prawnego i czynienia go bardziej lakonicznym, co nie jest zabiegiem w pełni pożądanym³². Zmiana ta jawi się jako zbyt duża w związku dalszym występowaniem działalności zawodowej w definicji przedsiębiorcy z art. 43¹ k.c.

3. DZIAŁALNOŚĆ NIEWIDENCJONOWANA

Institucją nieznaną w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, a mającą wpływ na krąg podmiotów określanych mianem przedsiębiorcy, jest wprowadzona do ustawy tzw. działalność niewidencjonowana. Zgodnie z art. 5 ust 1 Prawa przedsiębiorców nie stanowi działalności gospodarczej działalność wykonywana przez osobę fizyczną, której przychód należny z tej działalności nie przekracza w żadnym miesiącu 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia, o którym mowa w ustawie z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i która w okresie ostatnich 60 miesięcy nie wykonywała działalności gospodarczej³³.

²⁹ Wyrok NSA (do 2003.12.31) w Warszawie z 17.09.1997 r. (II SA 1089/96), LEX nr 31312.

³⁰ Wyrok NSA w Warszawie z 28.04.2011 r. (II OSK 333/11), LEX nr 992553.

³¹ M. Sieradzka (w:) M. Zdyb, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 41.

³² Zob. P. Lewandowski, *Tym razem Sejm przesadził z lakonicznością*, „Rzeczpospolita – Rzecz o prawie” z 3.04.2018 r., s. D3.

³³ Odstępstwo od przesłanki czasowej wprowadzone zostało przez art. 195 ustawy wprowadzającej ustawę – Prawo przedsiębiorców. Stanowi on, że działalność niewidencjonowana znajduje zastosowanie do działalności wykonywanej przez osoby, które w okresie 12 miesięcy przed dniem wejścia

Warto podkreślić, że ustawodawca posługuje się określeniem przychodu należnego³⁴, nie zaś np. otrzymanego. Nie jest zatem konieczne fizyczne otrzymanie kwoty, a jedynie jej wymagalność. W rezultacie przekroczenie pułapu bagatelności przychodu z działalności gospodarczej (50% kwoty minimalnego wynagrodzenia) już na poziomie kwoty należnej powoduje, że dana aktywność zyska miano działalności gospodarczej, a podmiot – przedsiębiorcy. Ustawodawca w art. 5 ust. 3 Prawa przedsiębiorców wskazuje, że przekroczenie ustawowego progu przychodowego sprawia, że aktywność staje się działalnością gospodarczą, co następuje począwszy od dnia przekroczenia progu bagatelności przychodu z działalności. Z faktem tym związany jest obowiązek złożenia wniosku o wpis do CEIDG, co powinno nastąpić w terminie 7 dni od dnia osiągnięcia ww. pułapu. Wpis ma zatem charakter obligatoryjny, jednak wyłącznie deklaratoryjny, potwierdzając uprzedni fakt uzyskania z mocy prawa statusu przedsiębiorcy.

Przepis art. 5 Prawa przedsiębiorców sprawia, że osoba, która wykonuje działalność przy spełnieniu przesłanek działalności nieewidencjonowanej, nie nabywa statusu przedsiębiorcy. Nie dotyczy to osoby fizycznej, która wykonuje działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej (osoba taka nie może skorzystać z dobrodziejstwa działalności nieewidencjonowanej, por. art. 5 ust. 5 Prawa przedsiębiorców). Niezależnie od ustawowego wyłączenia spod definicji działalności gospodarczej, osoba fizyczna może złożyć wniosek o wpis do CEIDG, uzyskując tym samym status przedsiębiorcy. Z uwagi jednak na obowiązki wynikające ze statusu przedsiębiorcy, przy relatywnym braku korzyści wynikających z wpisu, stan taki wydaje się mało prawdopodobny.

Przesłanki wymienione w art. 5 ust. 1 Prawa przedsiębiorców, statuujące działalność nieewidencjonowaną, muszą być spełnione kumulatywnie. Stanowi ona pewnego rodzaju ulgę dla podmiotów wykonujących sporadyczną (dodatkową), prowadzoną w niewielkim rozmiarze aktywność. Przedstawiona regulacja jawi się jako słuszna. Brak takiej w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej powodował, że podmioty wykonujące działalność w niewielkim rozmiarze były przedsiębiorcami, obciążonymi ciężarami związanymi z posiadaniem statusu przedsiębiorcy, np. obowiązek wpisu do CEIDG. Wydaje się, że podmioty wykonujące działalność bagatelną nie powinny podlegać obowiązkowi wynikającym z Prawa przedsiębiorców oraz angażować środków i zasobów państwowych.

Można się zastanawiać nad zasadnością tej przesłanki, czy okres 60 miesięcy nie jest zbyt długi i czy okres np. 3 lat (36 miesięcy) nie byłby wystarczający. Aczkolwiek można wskazać, że każde precyzyjne określenie długości tego okresu może być kwestionowane jako arbitralne. Brak argumentacji w tym zakresie ze strony projektodawcy pozwala sądzić, że jest to regulacja przypadkowa.

w życie Prawa przedsiębiorców nie były wpisane do CEIDG, lub których wpis został wykreślony z CEIDG wcześniej niż 12 miesięcy przed dniem wejścia w życie ustawy, nawet jeżeli w okresie ostatnich 60 miesięcy przed dniem wejścia w życie tej ustawy wykonywały działalność gospodarczą.

³⁴ Jednocześnie ustawa wprowadza definicję legalną przychodu należnego, pod którym to pojęciem należy rozumieć kwoty należne, choćby nie zostały faktycznie otrzymane, po wyłączeniu wartości zwróconych towarów, udzielonych bonifikat i skont. Definicja ta znajdzie zastosowanie wyłącznie do regulacji z art. 5 Prawa przedsiębiorców.

4. WYŁĄCZENIE SPOD ZAKRESU REGULACJI PRAWA PRZEDSIĘBIORCÓW

Artykuł 6 Prawa przedsiębiorców wskazuje na przedmiotowe wyłączenie spod zakresu działania ustawy, do których zalicza się działalność wytwórczą w rolnictwie, wynajmowanie przez rolników pokoi, sprzedaż posiłków domowych i świadczenie w gospodarstwach rolnych innych usług związanych z pobytem turystów, wyrób wina przez producentów będących rolnikami wyrabiającymi mniej niż 100 hl wina w ciągu roku gospodarczego, działalność rolników w zakresie sprzedaży przetworzonych w sposób inny niż przemysłowy produktów roślinnych i zwierzęcych. W przeciwieństwie do art. 5 Prawa przedsiębiorców przedmiotowe wyłączenie nie pozbawia określonych aktywności przymiotu działalności gospodarczej. Przyjęte rozwiązanie świadczy o tym, że podmioty wykonujące działalność wskazaną w art. 6 mogą posiadać status przedsiębiorcy, lecz nie znajdują do nich zastosowania reguły Prawa przedsiębiorców. Wniosek taki wynika z literalnego brzmienia przepisu oraz jego zestawienia z ww. art. 5 Prawa przedsiębiorców. Stwierdzenia o niestosowaniu przepisów ustawy nie sposób utożsamiać z określeniem, że dana aktywność nie jest działalnością gospodarczą³⁵.

Regulacja ta wprowadza nierówność podmiotów wykonujących tożsamą działalność. Inaczej traktuje podmioty nieposiadające statusu rolnika i podmioty będące rolnikami. Trzeba zauważyć, że ustawodawca nie odwołuje się do kategorii rolnika indywidualnego, lecz posługuje się określeniem „rolnik”. Tymczasem rolnik i rolnik indywidualny stanowią odrębną kategorię normatywną. Rolnik indywidualny definiowany jest w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego³⁶, zgodnie z którą jest nim osoba fizyczna będąca właścicielem, użytkownikiem wieczystym, samoistnym posiadaczem lub dzierżawcą nieruchomości rolnych, których łączna powierzchnia użytków rolnych nie przekracza 300 ha, posiadająca kwalifikacje rolnicze oraz co najmniej od 5 lat zamieszkała w gminie, na obszarze której jest położona jedna z nieruchomości rolnych wchodzących w skład gospodarstwa rolnego i prowadząca przez ten okres osobiście to gospodarstwo. Brak natomiast jednolitej, uniwersalnej definicji rolnika. Porządek prawny zna kilka definicji rolnika, jednak każda definiuje go na potrzeby konkretnego aktu prawnego.

Należy sądzić, że pojęcie rolnika w Prawie przedsiębiorców wykracza poza kategorię osoby fizycznej i obejmuje każdy podmiot prawa wykonujący działalność rolniczą³⁷. Jako retoryczne potraktować należy pytanie, czy każdy z zamieszczonych w art. 6 Prawa przedsiębiorców przypadków zasługuje na uprzywilejowane traktowanie. Ustawa –

³⁵ Por. uchwałę składu 7 sędziów NSA w Warszawie z 2.04.2007 r. (II OPS 1/07), LEX nr 249087.

³⁶ Ustawa z 11.11.2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego (Dz.U. z 2017 r. poz. 2196 ze zm.).

³⁷ Definicja rolnika zawarta jest m.in. w: art. 2 pkt 14 ustawy z 5.02.2015 r. o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego (Dz.U. z 2017 r. poz. 278 ze zm.), art. 4 ust 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1307/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiającego przepisy dotyczące płatności bezpośrednich dla rolników na podstawie systemów wsparcia w ramach wspólnej polityki rolnej oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 637/2008 i rozporządzenie Rady (WE) nr 73/2009 – Dz.U. UE L.2013.347.608; art. 6 pkt 1 ustawy z 20.12.1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (Dz.U. z 2017 r. poz. 2336 ze zm.).

Prawo przedsiębiorców zdaje się bezrefleksyjnie przejęła regulację poprzedniczki, nie uwzględniając słusznych głosów doktryny w tej materii³⁸.

5. PODSUMOWANIE

Przeprowadzone rozważania dowodzą, że ustawa – Prawo przedsiębiorców, w porównaniu do swojej poprzedniczki, nie wprowadziła radykalnych zmian w definicji przedsiębiorcy. Nowa regulacja, porządkując niektóre kwestie, nie rozwiązuje wszystkich istniejących w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości.

Analiza pojęcia przedsiębiorcy interpretowana łącznie z regulacjami odnoszącymi się do działalności gospodarczej pozwala stwierdzić, że krąg podmiotowy przedsiębiorcy nie uległ zmianie. Nadal są to osoby fizyczne, jednostki organizacyjne wyposażone w zdolność prawną oraz osoby prawne. Podmioty te muszą rzeczywiście wykonywać działalność gospodarczą. W związku z uchwaleniem Prawa przedsiębiorców możliwe było usunięcie rozbieżności w zakresie dwóch kluczowych definicji przedsiębiorcy, tj. obowiązującej w Kodeksie cywilnym i wprowadzanej analizowaną ustawą – Prawo przedsiębiorców, czego ustawodawca nie uczynił.

Nie można nie zauważyć w ustawie – Prawo przedsiębiorców zmiany w zakresie definicji działalności gospodarczej, polegającej na wykreśleniu cechy zawodowości. Należy pozytywnie odnieść się do wprowadzenia w Prawie przedsiębiorców działalności nieewidencjonowanej, wyłączającej aktywność osoby fizycznej, nieprzynoszącej znacznego dochodu z zakresu pojęciowego działalności gospodarczej, co z kolei wiąże się z wyeliminowaniem wielu obowiązków wynikających z prowadzenia działalności gospodarczej.

Reasumując, wprowadzenie Prawa przedsiębiorców nie poddaje się jednoznacznej ocenie. Można uznać, że szansa na poprawę stanu prawnego w związku z nową ustawą nie została w pełni wykorzystana.

³⁸ Por. C. Kosikowski, *Ustawa...*, s. 40.

ABSTRACT

Paweł Lewandowski – *On the definition of entrepreneur and business activity after the entry into force of the Entrepreneurs Act*

The Act of 6.03.2018. Law of Entrepreneurs replaced the Act of 2.7.2004 on the Freedom of Economic Activity. The new Act shall be a basic for taking and carrying out of business. The definitions of entrepreneur and business activity contained therein are different from those already not in force, what justify to analyze them. The article points out which changes are only semantic and which influence the substantive perception of the entrepreneur and his activity. The attention was also drawn to the discussion of detailed issues, which the legislator did not include in Law of Entrepreneurs.

Keywords: *entrepreneur, economic activity, law of entrepreneurs*

Paweł Lewandowski

Author is an advocate (Olsztyn), an assistant professor in the Department of Civil II and Commercial Law at the University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Poland.

dr Paweł Lewandowski

Autor jest adwokatem (ORA w Olsztynie), asystentem w Katedrze Prawa Cywilnego II i Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bierć Andrzej, *Osoba fizyczna jako przedsiębiorca*, „Studia Prawnicze” 1998/4, s. 5

Etel Maciej, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012

Grykiel Jarosław, *Pojęcia działalności gospodarczej i zawodowej w rozumieniu art. 43¹ k.c.*, „Studia Prawnicze” 2005/4, s. 31

Katner Wojciech Jan, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, LexisNexis, Warszawa 2003

Kosikowski Cezary, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2011

Lewandowski Paweł, *Tym razem Sejm przesadził z lakonicznością*, „Rzeczpospolita – Rzecz o prawie” z 3.04.2018 r., s. D3

Lewandowski Paweł, *Zdolność do czynności prawnych przedsiębiorcy jako osoby fizycznej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2017, t. C, s. 91

- Tofel Marcin** (w:) J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012
- Miczek Zbigniew**, *Osoba fizyczna jako przedsiębiorca – na tle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i kodeksu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005/9, s. 24
- Pawełczyk Mirosław** (w:) *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. A. Powałowski, Wolters Kluwer, Warszawa 2009
- Podleś Marcin, Siwik Lidia**, *Spółka cywilna w obrocie gospodarczym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015
- Pokryszka Katarzyna** (w:) *Publiczne prawo gospodarcze. Zarys wykładu*, red. R. Blicharz, Wolters Kluwer, Warszawa 2015
- Radwański Zbigniew**, *Podmioty prawa cywilnego w świetle zmian kodeksu cywilnego przeprowadzonych ustawą z 14.02.2013 r.*, „Przegląd Sądowy” 2003/7–8, s. 3
- Sieradzka Małgorzata**, *Zakres przedmiotowy i podmiotowy ustawy z 6.3.2018 r. – prawo przedsiębiorców*, „Monitor Prawniczy” 2018/13 (dodatek), s. 34
- Szydło Marek**, *Swoboda działalności gospodarczej*, C.H. Beck, Warszawa 2005
- Zdyb Marian, Sieradzka Małgorzata**, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013

Pojęcia kluczowe: *użytkowanie wieczyste, opłata roczna z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej, aktualizacja opłaty z tytułu użytkowania wieczystego*

Artykuły

Michał Siwowski

AKTUALIZACJA OPŁATY ROCZNEJ Z TYTUŁU UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO – WYBRANE ZAGADNIENIA PRAKTYCZNE SĄDOWEGO ETAPU POSTĘPOWANIA

Artykuł dotyczy głównych kwestii interpretacyjnych powstałych na kanwie sądowego etapu postępowania w przedmiocie aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego. Skomplikowany proces aktualizacyjny składa się z części administracyjnej oraz sądowej, przy czym niektóre przepisy regulujące postępowanie, zawarte w ustawie o gospodarce nieruchomościami, mogą być trudne do pogodzenia ze znajdującymi zastosowanie przepisami Kodeksu postępowania cywilnego. Artykuł analizuje rzadko spotykany przypadek, w którym ciężar dowodu spoczywa na pozwanym (właścicielu nieruchomości). Autor podejmuje również próbę oceny wartości dowodowej operatu szacunkowego sporządzonego przed rozpoczęciem sądowego etapu procedury.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów¹ z dniem 1.01.2019 r. prawo użytkowania wieczystego takich gruntów przekształca się w prawo własności. Wprowadzenie możliwości wystąpienia takiego przekształcenia z mocy samego prawa stanowi odpowiedź ustawodawcy na postulaty formułowane

¹ Ustawa z 20.07.2018 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów (Dz.U. z 2018 r. poz. 1716 ze zm.), dalej u.p.u.w.g.

głównie przez współużytkowników wieczystych gruntów zabudowanych budynkami wielolokalowymi, w których wyodrębniono własność lokali.

W obecnym stanie prawnym nadal istnieje jednak znaczna ilość gruntów oddanych w użytkowanie wieczyste niepodlegających przekształceniu z uwagi na inny niż mieszkaniowy cel ich zabudowy. W szczególności chodzi tu o grunty oddane w użytkowanie wieczyste przedsiębiorcom prowadzącym na nich działalność gospodarczą. Uprawnienie właściciela gruntu do aktualizacji wysokości opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego, przewidziane w art. 77 ustawy o gospodarce nieruchomościami², stanowi instrument podwyższania opłat, w tym przypadku w trudnym do określenia wymiarze i czasie. Co prawda art. 77 u.g.n. jednoznacznie wskazuje wzrost wartości nieruchomości jako przesłankę wszczęcia procedury aktualizacyjnej, jednakże dynamika cen na rynku nieruchomości, od których pośrednio zależy wysokość opłaty, oraz nieregularność dokonywanych przez organ aktualizacji skutkują niepewnością po stronie przedsiębiorcy co do planowanych kosztów, które zostaną poniesione w przyszłości w formie opłat rocznych z tytułu użytkowania wieczystego. Powyższą zależność zdaje się dostrzegać również ustawodawca, który w 2011 r. ustawą o ograniczeniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców³ wydłużył okres, w jakim może nastąpić aktualizacja opłat z tytułu użytkowania wieczystego gruntu z cyklu rocznego na nie częściej niż raz na trzy lata.

W świetle powyższych uwarunkowań niezbędne stało się uchwalenie proceduralnych ram dla aktualizacji opłaty rocznej, gwarantujących użytkownikowi wieczystemu możliwość zakwestionowania nowej wysokości opłaty. Nastąpiło to przy uwzględnieniu cywilnoprawnego charakteru użytkowania wieczystego, ale również przy wprowadzeniu administracyjnego trybu kwestionowania dotychczasowej wysokości opłaty. W ustawie o gospodarce nieruchomościami uchwalono bowiem tryb postępowania aktualizacyjnego, w którym po etapie administracyjnym, prowadzonym przed samorządowym kolegium odwoławczym, może nastąpić przekazanie sprawy do rozpoznania sądowi powszechnemu.

Aby tak się stało, w pierwszej kolejności musi zostać wyczerpana administracyjna część drogi odwoławczej. Postępowanie aktualizacyjne inicjuje właściciel nieruchomości poprzez doręczenie użytkownikowi wieczystemu zawiadomienia o wypowiedzeniu i aktualizacji opłaty z tytułu użytkowania wieczystego (art. 78 u.g.n.). W wypowiedzeniu, na podstawie sporządzonego w tym celu operatu szacunkowego, określa się nową wysokość opłaty. Użytkownik wieczysty kwestionujący nową wysokość opłaty lub też

**W USTAWIE O GOSPODARCE
NIERUCHOMOŚCIAMI
UCHWALONO
TRYB POSTĘPOWANIA
AKTUALIZACYJNEGO OPŁATY
ROZROZNIENIA, W KTÓRYM PO ETAPIE
ADMINISTRACYJNYM PRZED
SAMORZĄDOWYM KOLEGIUM
ODWOŁAWCZYM, MOŻE
NASTĄPIĆ PRZEKAZANIE SPRAWY
DO ROZPOZNANIA SĄDOWI
POWSZECHNEMU**

² Ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2018 r. poz. 2204 ze zm.), dalej u.g.n.

³ Ustawa z 25.03.2011 r. (Dz.U. z 2011 r. nr 106 poz. 622). Obecna treść ustawy w zakresie częstotliwości aktualizacji została ostatecznie sprecyzowana ustawą z 28.07.2011 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 187 poz. 1110).

samą zasadność wypowiedzenia może w terminie 30 dni od dnia otrzymania wypowiedzenia złożyć do samorządowego kolegium odwoławczego (SKO) właściwego ze względu na miejsce położenia nieruchomości wniosek o ustalenie, że aktualizacja opłaty rocznej jest nieuzasadniona albo jest uzasadniona w innej wysokości (art. 78 ust. 2 u.g.n.). Właściwe SKO wydaje następnie orzeczenie, w którym oddala wniosek użytkownika wieczystego, względnie ustala nową wysokość opłaty lub ustala, że aktualizacja opłaty jest nieuzasadniona. Od orzeczenia kolegium właściwy organ lub użytkownik wieczysty mogą wnieść sprzeciw, co jest równoznaczne z żądaniem przekazania sprawy do sądu powszechnego właściwego ze względu na miejsce położenia nieruchomości (art. 80 ust. 1 u.g.n.).

W odniesieniu do sądowego etapu postępowania aktualizacyjnego powstało wiele praktycznych zagadnień interpretacyjnych, istotnych z punktu widzenia czynności podejmowanych przed sądem przez zawodowego pełnomocnika. Kwestie te dotyczą m.in. możliwości usunięcia braków pozwu obejmujących sferę przesłanek procesowych, rozmieszczenia ciężaru dowodu oraz relacji opinii biegłego sądowego do operatu szacunkowego sporządzonego na zlecenie organu.

Zgodnie z art. 80 ust. 2 u.g.n. w razie skutecznego wniesienia sprzeciwu od orzeczenia SKO traci ono moc. Orzeczenie, tracąc swój byt procesowy i materialny, nie wywiera wpływu na rozstrzygnięcie sądu, który rozstrzyga spór samodzielnie, rozpoznając sprawę od początku, tak jakby nie było w niej wcześniejszego rozstrzygnięcia⁴. Kolegium przekazuje właściwemu sądowi akta sprawy wraz ze sprzeciwem, a wniosek, o którym mowa w art. 78 ust. 2, zastępuje pozew. Oznacza to, że również w sprawie, w której SKO wydało orzeczenie pozytywne dla użytkownika wieczystego (np. uznając, że wypowiedzenie dotychczasowej opłaty jest nieuzasadnione), to właśnie użytkownik wieczysty będzie stroną powodową, i to bez względu na fakt, że sprzeciw od orzeczenia SKO – inicjujący sądowy etap procedury – złożył organ, kwestionując niekorzystne rozstrzygnięcie kolegium.

Przepis art. 80 ust. 2 u.g.n., zgodnie z którym wniosek złożony przed SKO zastępuje pozew, może mieć doniosłe negatywne konsekwencje dla użytkownika wieczystego w przypadku błędnego oznaczenia we wniosku drugiej strony postępowania aktualizacyjnego. Wniosek o ustalenie, że aktualizacja opłaty jest nieuzasadniona lub uzasadniona w innej wysokości, powinien być złożony przeciwko właścicielowi (Skarbowi Państwa, konkretnej jednostce samorządu terytorialnego lub związkowi takich jednostek), a nie przeciwko organowi reprezentującemu właściciela (staroście, wójtowi, burmistrzowi, prezydentowi miasta, zarządowi powiatu lub zarządowi województwa). Zdaniem niektórych autorów błędne oznaczenie podmiotu, przeciwko któremu składa się wniosek, wywołuje na etapie postępowania sądowego negatywne skutki dla podmiotu składającego wniosek, w postaci odrzucenia pozwu ze względu na pierwotny, nieusuwalny brak zdolności sądowej (którą mają właściciele gruntu, a nie reprezentujące ich organy)⁵.

⁴ Uchwała składu 7 sędziów NSA w Warszawie z 25.11.2013 r. (I OPS 12/13), LEX nr 1391606.

⁵ E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2018, LEX/el., teza 4 do art. 80; por. również postanowienie SN z 17.11.2005 r. (IV CK 313/05), Legalis nr 173184; postanowienie SN z 15.05.2009 r. (II CSK 681/08), Legalis nr 265859 oraz postanowienie SN z 3.10.2002 r. (I CKN 448/01), OSP 2003/7–8, poz. 99.

W praktyce może zatem wystąpić sytuacja, w której wniosek w złożonej przez użytkownika wieczystego formie (tj. wskazujący organ osoby prawnej jako właściciela nieruchomości) pomimo nieprecyzyjnego oznaczenia właściciela będzie podlegał rozpoznaniu przez kolegium, natomiast będzie jednocześnie obciążony nieusuwalnym brakiem, uniemożliwiającym rozpoznanie sprawy przez sąd, ponieważ przesłanką warunkującą uzupełnienie braku w zakresie zdolności sądowej (art. 70 Kodeksu postępowania cywilnego⁶) jest zachowanie tożsamości strony dotkniętej tym brakiem.

Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie dotyczącym możliwości uzupełnienia braku zdolności sądowej pozwanego poprzez sprecyzowanie przez powoda oznaczenia strony pozwanej (w ramach art. 199 § 2 k.p.c.) przyjmował jednak dotychczas liberalne stanowisko, które należy podzielić na gruncie specyficznego postępowania dotyczącego aktualizacji opłaty od użytkownika wieczystego. W orzeczeniu wydanym w 2014 r. na gruncie postępowania aktualizacyjnego Sąd Najwyższy słusznie stwierdził, że w sprawie zainicjowanej wnioskiem, o którym mowa w art. 78 ust. 2 u.g.n., w którym wskazano uprawniony organ zgodnie z wymaganiami przewidzianym w art. 78 ust. 3 tej ustawy, ustalenie strony pozwanej, tj. czy jest nią wskazany organ, czy też osoba prawna (jednostka samorządu terytorialnego, Skarb Państwa), do reprezentowania której jest uprawniony wskazany organ, powinno nastąpić na podstawie analizy całokształtu okoliczności poprzedzających przekazanie sprawy do sądu powszechnego przy uwzględnieniu istnienia ułomnej regulacji przewidzianej w art. 78 ust. 3 u.g.n., niedostosowanej do specyfiki postępowania sądowego⁷. Sąd Najwyższy, zajmując się podobną kwestią, przyjął również, że mimo braku precyzji w oznaczeniu strony istotne jest, że z przebiegu postępowania przed samorządowym kolegium odwoławczym nie było wątpliwości, że prezydent miasta występował jako reprezentant Skarbu Państwa, czyli że drugą stroną był w istocie Skarb Państwa – prezydent miasta⁸.

Powyższy pogląd, umożliwiający „doprecyzowanie” przez powoda oznaczenia pozwanego na sądowym etapie postępowania, chociaż wyrażony przed nowelizacją art. 78 ust. 3 u.g.n.⁹, należy podzielić z co najmniej dwóch względów. Po pierwsze, redakcja przepisów normujących postępowanie aktualizacyjne (w szczególności art. 78 ust. 1 u.g.n., zgodnie z którym „aktualizacji opłaty rocznej dokonuje właściwy organ”¹⁰) nadal może wprowadzać w błąd użytkownika wieczystego, w szczególności niereprezentowanego

⁶ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.), dalej k.p.c.

⁷ Postanowienie SN z 16.01.2014 r. (IV CSK 214/13), LEX nr 1444340.

⁸ Postanowienie SN z 8.01.2009 r. (I CSK 263/08), LEX nr 523626; por. również postanowienia SN z 4.02.2004 r. (I CK 342/03), Legalis nr 272431 i z 24.09.2004 r. (I CK 131/04), OSNC 2005/9, poz. 156 oraz wyrok SN z 18.06.1998 r. (II CKN 817/97), OSNC 1999/1, poz. 16.

⁹ Ustawą z 20.07.2017 r. o zmianie u.g.n. oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r. poz. 1509) zmieniono m.in. treść art. 78 ust 3 u.g.n. poprzez sprecyzowanie, że wniosek, o którym mowa w ust. 2, składa się przeciwko „właścicielowi nieruchomości” (w poprzednim brzmieniu przeciwko „właściwemu organowi”).

¹⁰ W postanowieniu z 25.05.2007 r. (I CSK 30/07), LEX nr 390531, SN przedstawił wykładnię określenia „właściwy organ” na gruncie ww. przepisu. Należy przez to rozumieć organ osoby prawnej, która jest właścicielem nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste, uprawniony do podejmowania za właściciela czynności w zakresie stosunku użytkownika wieczystego.

na tym etapie postępowania przez profesjonalnego pełnomocnika, co do tożsamości drugiej strony postępowania aktualizacyjnego. Ponadto błędne określenie właściciela nieruchomości we wniosku do SKO nie powoduje żadnych negatywnych konsekwencji dla użytkownika wieczystego (przyszłego powoda) na administracyjnym etapie postępowania. Dopiero wniesienie przez stronę (niekoniecznie użytkownika wieczystego) sprzeciwu od orzeczenia SKO skutkuje „przeistoczeniem się” wniosku w pozew oraz poddaniem wniosku (pozwu) sądowej ocenie pod kątem spełniania wymogów ustawy procesowej, których to wymogów wniosek nie musiał przecież spełniać na etapie jego składania. W takich okolicznościach odrzucenie pozwu w związku z oczywiście mylnym oznaczeniem strony pozwanej we wniosku (np. Prezydent Miasta zamiast Skarb Państwa – Prezydent), chociaż uzasadnione literalną wykładnią przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, wydaje się trudne do pogodzenia z gwarancjami przysługującymi użytkownikowi wieczystemu zarówno na gruncie Konstytucji RP (prawo do sądu¹¹), jak również Kodeksu postępowania administracyjnego (zasada pogłębiania zaufania uczestników postępowania do władzy publicznej) – o ile z okoliczności sprawy wynika, że nieprawidłowe oznaczenie nastąpiło na skutek błędu oraz o ile nie ulega wątpliwości, przeciwko komu użytkownik wieczysty chciał skierować wniosek do SKO.

Wydaje się, że redakcja art. 78 ust. 1 u.g.n. stanowiąca o dokonywaniu aktualizacji opłaty przez „właściwy organ” może dostarczać wątpliwości interpretacyjnych, ponieważ niedostatecznie wskazuje właściciela nieruchomości jako stronę postępowania aktualizacyjnego. Nie można również stwierdzić, że chodzi tutaj wprost o organ osoby prawnej będącej właścicielem nieruchomości, ponieważ starosta nie ma ustrojowo statusu „organu” Skarbu Państwa¹². Zasadne wydaje się zatem jednoznaczne ustawowe okre-

ślenie podmiotu, o którym mowa w ww. przepisie, jako właściciela nieruchomości (ewentualnie z dodaniem, że w jego imieniu działa właściwy organ), analogicznie do sposobu, w jaki dokonano nowelizacji art. 78 ust. 3 u.g.n.

Wniosek przekazywany do właściwego sądu przez SKO zazwyczaj nie spełnia wymogów formalnych dla pozwu, określonych w art. 187 k.p.c. Braki pozwu na tym etapie postępowania najczęściej dotyczą obowiązku wskazania w pozwie wartości przedmiotu sporu, której określenie oczywiście nie jest wymagane na etapie składania wniosku do SKO. W orzecznictwie ugruntowany

jest pogląd, że wartość interesu majątkowego, którego ochrony prawnej dochodzi powód, czyli wartość przedmiotu sporu, równa jest różnicy między zaproponowaną nową wysokością opłaty rocznej a dotychczasową wysokością opłaty rocznej. Konsekwentnie kwota odpowiadająca tej różnicy musi być uznana za wartość przedmiotu zaskarżenia apelacyjnego, gdy żądanie powoda, wynikające z wniesionego sprzeciwu od orzeczenia kolegium,

**POWODEM W SPRAWIE
BĘDZIE ZAWSZE UŻYTKOWNIK
WIECZYSTY I TO JEGO BĘDZIE
OBCIĄŻAŁ OBOWIĄZEK UISZCZENIA
OPŁATY SĄDOWEJ OD POZWU,
NIEZALEŻNIE OD TEGO, KTO
WNIÓSŁ SPRZECIW,
CO NIEWĄTPLIWIE STANOWI
SWEGO RODZAJU NADUŻYCIE
LEGISLACYJNE**

¹¹ Por. orzeczenie TK z 13.03.1996 r. (K 11/95), OTK 1996/2, poz. 9.

¹² Por. postanowienie SN z 25.05.2007 r. (I CSK 30/07), LEX nr 390531.

nie zostało przez sąd pierwszej instancji uwzględnione, oraz za wartość przedmiotu za skarżenia kasacyjnego, gdy nie została uwzględniona również apelacja powoda¹³.

Ponadto przed rozpoczęciem merytorycznego rozpoznania sprawy przez sąd powód na wezwanie sądu w trybie art. 130 k.p.c. zobowiązany jest do uiszczenia opłaty od pozwu. Jak już wspomniano, powodem w sprawie będzie zawsze użytkownik wieczysty, i to jego będzie obciążał obowiązek uiszczenia opłaty sądowej od pozwu, niezależnie od tego, kto wniósł sprzeciw¹⁴, co niewątpliwie stanowi swego rodzaju nadużycie legislacyjne. Brak szczegółowej regulacji obciążającej opłatą od pozwu stronę wnoszącą sprzeciw (a więc stronę, która *de facto* kieruje sprawę do sądu) zdaje się być nieuzasadnionym oportunistycznym ustawodawcy, który – jak się wydaje – niejako korzystając z przepisu art. 80 ust. 2 u.g.n. (wniosek zastępuje pozew), w sposób uniwersalny przerzucił na użytkowników wieczystych ciężar ponoszenia opłaty od pozwu. Użytkownikom wieczystym trudno pogodzić się z sytuacją, w której najpierw otrzymują wypowiedzenie dotychczasowej opłaty, które w ocenie SKO jest niezasadne, a następnie, na skutek sprzeciwu właściciela, muszą ponosić (lub przynajmniej tymczasowo wykładać) niejednokrotnie wysokie opłaty od pozwów. Wprowadzenie regulacji obciążającej obowiązkiem ponoszenia opłaty od pozwu stroną wnoszącą sprzeciw byłoby zgodne z wykładnią funkcjonalną art. 2 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych¹⁵, zgodnie z którym do uiszczenia kosztów sądowych obowiązana jest strona, która wnosi do sądu pismo podlegające opłacie. W opisanym powyżej przypadku trudno uznać, aby to użytkownik wieczysty wniósł pozew do sądu, skoro samo powstanie pozwu (który uprzednio był wnioskiem do SKO) oraz jego skierowanie do sądu nastąpiły na skutek działania właściciela nieruchomości (tj. na skutek wniesienia sprzeciwu).

Co istotne, po przekazaniu akt sprawy wraz ze sprzeciwem na podstawie art. 80 ust. 2 u.g.n. właściwemu sądowi przez samorządowe kolegium odwoławcze przewodniczący wzywa do opłacenia pozwu także wówczas, gdy sprzeciw został wniesiony przez adwokata lub radcę prawnego¹⁶. Nie ma tu zatem zastosowania przewidziany w art. 130² § 1 k.p.c. dla pism składanych przez profesjonalnego pełnomocnika rygor zwrotu pisma bez wzywania do uiszczenia opłaty.

Powództwo, o którym mowa w art. 80 u.g.n., ma charakter powództwa o ukształtowanie prawa, ponieważ nie ogranicza się do oceny skuteczności czy też bezskuteczności wypowiedzenia dotychczasowej stawki opłaty, ale tę stawkę ustala w sposób wiążący dla stron stosunku prawnego (praworzecowego stosunku użytkownika wieczystego)¹⁷.

¹³ Postanowienie SN z 19.06.2008 r. (V CZ 37/08), LEX nr 637712.

¹⁴ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13.10.2011 r. (VI ACa 255/11), LEX nr 1120315.

¹⁵ Ustawa z 28.07.2005 r. (Dz.U z 2018 r. poz. 300).

¹⁶ Uchwała SN z 21.12.2006 r. (III CZP 133/06), LEX nr 204968.

¹⁷ Por. np. wyrok SN z 21.02.2013 r. (IV CSK 430/12), LEX nr 1318444; odmiennie m.in. uchwała SN z 19.09.1997 r. (III CZP 44/97), OSNC 1998/2, poz. 21; wyrok SN z 29.10.1997 r. (II CKN 281/97), OSNC 1998/4, poz. 65, gdzie SN uznał, że spór sądowy o ustalenie wysokości opłaty rocznej z tytułu użytkownika wieczystego został ukształtowany jako spór ustalający, wywołany powództwem o ustalenie (art. 189 k.p.c.). Stanowisko to zostało jednak przedstawione w odniesieniu do kwestii dopuszczalności skargi kasacyjnej, bez odniesienia się do zakresu ustaleń faktycznych, które winien poczynić sąd w toku postępowania.

Charakter powództwa ma istotne znaczenie dla zakresu okoliczności podlegających ustaleniu przez sąd w toku postępowania dowodowego. Badaniu nie podlega jedynie zasadność wypowiedzenia dokonanego przez organ, ale również to, czy opłata powinna być ponoszona w innej wysokości, a jeżeli tak, to w jakiej. Co więcej, w postępowaniu sądowym wszczętym w wyniku sprzeciwu użytkownika wieczystego od orzeczenia SKO sąd może również ustalić wyższe opłaty roczne, niż ustalono w orzeczeniu kolegium, od którego został wniesiony sprzeciw. Spór sądowy może bowiem skończyć się ustaleniem, że opłaty powinny być wnoszone w innej wysokości – zarówno w mniejszej, jak i w większej, niż ustaliło to kolegium lub proponował właściwy organ. Kasatoryjny charakter sprzeciwu od orzeczenia SKO pozwala na orzekanie przez sąd na nowo, w sposób nieuwarunkowany swoistym *reformationis in peius*, a zatem z procesowym ryzykiem odwołującego się, że opłata ustalona przez sąd może być wyższa od ustalonej przez kolegium¹⁸. Jednakże oznaczając inną opłatę niż zaproponowana przez właściwy organ, sąd może orzekać tylko w granicach stawek wynikających ze stanowisk stron (por. art. 321 § 1 k.p.c.)¹⁹. Trudno zatem podzielić pogląd kwalifikujący powództwo użytkownika wieczystego jako powództwo o ustalenie, o którym mowa w art. 189 k.p.c.²⁰, ponieważ w postępowaniu aktualizacyjnym nie chodzi o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, lecz o ustalenie wysokości opłaty rocznej.

Ogólna zasada procesu, zgodnie z którą to powód winien wykazać się inicjatywą dowodową, w postępowaniu aktualizacyjnym doznaje swoistego ograniczenia wynikającego z treści art. 78 ust. 3 u.g.n., zgodnie z którym ciężar dowodu, że istnieją przesłanki aktualizacji opłaty rocznej, spoczywa na „właściwym organie”, czyli właścicieli nieruchomości, będącym stroną pozwaną. Jest to przepis o charakterze materialnoprawnym, który – w sensie czasowym – określa ciężar rozkładu dowodu w całym postępowaniu aktualizacyjnym, obejmującym fazę postępowania administracyjnego i fazę sądowego postępowania rozpoznawczego. Nie ma przy tym znaczenia to, że właściciel nieruchomości pozostaje zawsze stroną pozwaną w postępowaniu sądowym po wniesieniu sprzeciwu przez właściwy organ lub użytkownika wieczystego od orzeczenia kolegium (art. 80 ust. 1 u.g.n.)²¹. Zatem obowiązek udowodnienia zasadności aktualizacji opłaty tak co do zasady, jak również co do wysokości obciąża pozwanego również na sądowym etapie postępowania.

W praktyce kluczowym dla rozstrzygnięcia sprawy dowodem jest opinia biegłego rzeczoznawcy majątkowego, mająca na celu ustalenie, czy została spełniona opisana w art. 77 ust. 1 u.g.n. przesłanka do aktualizacji opłaty (tj. zmiana wartości nieruchomości). Kwestią dyskusyjną pozostaje, na której ze stron postępowania ciąży obowiązek złożenia takiego wniosku dowodowego w toku postępowania sądowego. Z jednej strony prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym wniosek o dopuszczenie takiego dowodu z opinii biegłego sądowego powinien złożyć użytkownik wieczysty, a w razie braku takiej inicjatywy z jego strony proces powinien się skończyć oddaleniem powódz-

¹⁸ Por. wyrok SN z 21.02.2013 r. (IV CSK 430/12), LEX nr 1318444.

¹⁹ Zob. wyrok SN z 11.09.2003 r. (III CKN 239/01), LEX nr 146452.

²⁰ Por. postanowienie SN z 10.10.2002 r. (V CZ 110/02), Legalis nr 285022.

²¹ Wyrok SN z 23.09.2009 r. (I CSK 45/09), LEX nr 530615.

twa. Przeprowadzana aktualizacja opłaty rocznej oparta bowiem była na oszacowaniu wartości nieruchomości dokonany przez rzeczoznawcę majątkowego na zlecenie właściciela gruntu, zatem powód powinien podważać tę wycenę stanowiącą podstawę wypowiedzenia opłaty dotychczasowej i żądać ponownego oszacowania wartości nieruchomości²². Według innego poglądu zawarty w art. 78 ust. 3 u.g.n. rozkład ciężaru dowodu obciąża właściciela nieruchomości (pозwanego) do podjęcia w tym zakresie inicjatywy dowodowej. Jej przejawem powinno być złożenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, względnie dowodzenie zasadności aktualizacji poprzez wykazanie prawidłowości i rzetelności operatu szacunkowego sporządzonego przed złożeniem oferty nowej wysokości opłaty rocznej, poprzez dowód z oceny tego operatu przez organizację zawodową rzeczoznawców majątkowych²³.

Wydaje się, że zasadnicze dla rozstrzygnięcia powyższej kwestii jest ustalenie dowodowej doniosłości operatu szacunkowego sporządzonego (zleconego) przez właściciela nieruchomości na potrzeby wypowiedzenia. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego nie może być traktowana jako dowód w procesie opinia biegłego, chociażby był nim stały biegły sądowy, jeżeli została ona sporządzona na polecenie strony²⁴. Prywatne ekspertyzy opracowane na zlecenie stron lub uczestników postępowania nie są dowodem z opinii biegłego, lecz stanowią umotywowane z punktu widzenia wiadomości specjalnych stanowisko stron lub uczestników postępowania. Nie mogą zatem zastąpić dowodu z opinii biegłego²⁵. Należy zatem uznać, że bez względu na kompetencje opiniującego operat szacunkowy sporządzony na potrzeby wypowiedzenia dotychczasowej opłaty w toku postępowania sądowego może być uznany jedynie za dokument prywatny w rozumieniu art. 245 k.p.c. Tego rodzaju dowód podlega oczywiście ocenie sądu przy zastosowaniu art. 233 k.p.c., natomiast nie może stanowić dla sądu źródła wiadomości specjalnych, niezbędnych do ustalenia wysokości opłaty²⁶.

Zatem sąd, nie posiadając we własnym zakresie wiedzy i wiadomości niezbędnych do ustalenia, czy wartość nieruchomości uległa zmianie, nie może oprzeć swojego rozstrzygnięcia na treści operatu sporządzonego na potrzeby wypowiedzenia zmieniającego. Jeżeli więc strona pozwana, zobligowana do podjęcia inicjatywy dowodowej na mocy art. 78 ust. 3 u.g.n., nie złoży w toku postępowania sądowego wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, narazi się na ryzyko braku udowodnienia podstawy faktycznej roszczenia, jaką jest wzrost wartości nieruchomości objętej opłatą, co w dalszej kolejności powinno skutkować uznaniem przez sąd wypowiedzenia dotychczasowej opłaty za nieuzasadnione. Dlatego należy uznać, że to w procesowym interesie

²² E. Bończak- Kucharczyk, *Ustawa...*, LEX/el., teza 5 do art. 80.

²³ J. Jaworski, A. Prusaczyk, A. Tułodziecki, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis, teza 8 do art. 80.

²⁴ Wyrok SN z 28.09.1956 r. (III Cr 121/56), OSN 1958, poz. 16.

²⁵ Postanowienie SN z 14.06.2018 r. (V CSK 349/17), LEX nr 2515701; por. wyrok SN z 8.06.2001 r. (I PKN 468/00), OSNP 2003/8, poz. 197.

²⁶ Zgodnie ze stanowiskiem SN, gdy rozstrzygnięcie sprawy wymagałoby wiadomości specjalnych, niedopuszczalne jest pominięcie dowodu z opinii biegłych. Por. m.in. wyrok SN z 18.07.1975 r. (I CR 331/75), LEX nr 7729; postanowienie SN z 9.05.2000 r. (IV CKN 1209/00), LEX nr 52621 oraz wyrok SN z 26.10.2006 r. (I CSK 166/06), LEX nr 209297.

pozwanego leży złożenie odpowiedniego wniosku dowodowego na sądowym etapie postępowania.

Opłaty roczne z tytułu użytkowania wieczystego ustala się według stawki procentowej od ceny nieruchomości gruntowej (art. 72 ust. 1 u.g.n.). Wysokość stawek procentowych opłat jest z kolei uzależniona od określonego w umowie celu, na jaki nieruchomość gruntowa została oddana. Procedura aktualizacyjna opisana w art. 78–81 u.g.n. znajduje zastosowanie nie tylko do zmiany opłaty na skutek zmiany wartości nieruchomości, ale również do zmiany opłaty z uwagi na zmianę przeznaczenia nieruchomości, co w konsekwencji prowadzi do zmiany stawki procentowej (art. 72 ust. 2 u.g.n.).

W praktyce zdarza się, że wypowiedzenie zawiera nową wysokość opłaty wyliczoną w związku ze spełnieniem się obu powyższych przesłanek, tj. wzrostem wartości nieruchomości, jak również zmianą przeznaczenia nieruchomości gruntowej oddanej w użytkowanie wieczyste skutkującą nową stawką procentową. Na gruncie tego specyficznego rodzaju wypowiedzenia powstało zagadnienie dopuszczalności kwestionowania przez użytkownika wieczystego na etapie sądowym jednej z podstaw wypowiedzenia, która nie była przez niego kwestionowana w administracyjnej części procedury. Zgodnie z aktualną linią orzecniczą Sądu Najwyższego użytkownik wieczysty, który w postępowaniu przed samorządowym kolegium odwoławczym zakwestionował jedynie podwyższenie opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste ze względu na wzrost wartości nieruchomości, choć aktualizacja opłaty obejmowała także podwyższenie stawki procentowej, może na etapie postępowania sądowego kwestionować także zasadność podwyższenia tej stawki²⁷. Uzasadniając swoje stanowisko, Sąd Najwyższy słusznie argumentuje, że gdy od początku przedmiotem postępowania aktualizacyjnego był wzrost wysokości opłaty zarówno ze względu na wzrost wartości nieruchomości, jak i podwyższenie stawki procentowej opłaty użytkownik wieczysty, wszczynając postępowanie administracyjne, o którym mowa w art. 78 ust. 2 u.g.n., wyczerpał tym samym obligatoryjny tryb takiego postępowania co do obu podstaw aktualizacji opłaty, niezależnie od tego, czy swoimi zarzutami objął je obie, czy tylko jedną z nich. Niedopuszczalne jest natomiast rozszerzenie żądania na etapie postępowania sądowego i objęcie tym postępowaniem także zmiany stawki procentowej opłaty w sytuacji, w której wypowiedzenie było spowodowane wyłącznie zmianą wartości nieruchomości²⁸. W takim wypadku występuje czasowa niedopuszczalność drogi sądowej z uwagi na obowiązek uprzedniego wyczerpania etapu postępowania przed samorządowym kolegium odwoławczym także w kwestii zmiany stawki procentowej²⁹.

Treść wyroku sądu w sprawie aktualizacji opłaty od użytkowania wieczystego powinna uwzględniać konstytutywny charakter orzeczenia, rozumiany jako obowiązek ustalenia stawki opłaty w sposób wiążący dla stron stosunku umownego. Wyrok, poza

²⁷ Wyrok SN z 7.04.2011 r. (IV CSK 427/10), LEX nr 1111023.

²⁸ Zob. wyrok SN z 6.12.2007 r. (IV CSK 326/07), niepubl.

²⁹ Por. M. Stahl, *Zbieg drogi postępowania administracyjnego i sądowego*, Studia Prawno-Ekonomiczne, Łódź 1979, t. XXI, s. 41; E. Łętowska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza w administracji (w:) System prawa administracyjnego*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1978, t. III, s. 68–69.

przypadkiem oddalenia powództwa, musi zatem określać konkretną wysokość opłaty rocznej, a w sytuacji gdy w sprawie zastosowanie znajdzie art. 77 ust. 2a u.g.n.³⁰, również określić wymiar opłaty za lata, w których użytkownik wieczysty będzie obowiązany do ponoszenia części nowej opłaty³¹. W przypadku gdy wraz z sądowym ustaleniem nowej wysokości następuje rozliczenie nakładów, jakie użytkownik wieczysty poniósł na nieruchomości (art. 77 ust. 4 u.g.n.), orzeczenie powinno zawierać rozliczenie tych nakładów, określając wymiar opłaty dla lat, w których nowa opłata będzie podlegać pomniejszeniu w związku z rozliczeniem nakładów.

Jak widać, konieczność adaptacji procesowych przepisów zawartych w u.g.n do postępowania przed sądem powszechnym powoduje wiele praktycznych wątpliwości interpretacyjnych. Abstrahując od postulowanych wyżej korekt redakcyjnych w treści ustawy, warta rozważenia wydaje się dalej idąca zmiana, polegająca na rezygnacji z administracyjnego etapu postępowania przed SKO³². Jednym z niewielu przypadków jednolitości orzeczniczej w omawianym postępowaniu jest przecież pogląd, zgodnie z którym procedura aktualizacji opłaty od użytkownika wieczystego na każdym etapie postępowania ma charakter sprawy cywilnej³³. Jak się wydaje, *ratio legis* wprowadzenia etapu przedsądowego w postaci postępowania przed SKO była szybkość postępowania przy jednoczesnym odciążeniu orzeczniczym sądów powszechnych³⁴. Uchwalenie wspomnianej na wstępie regulacji, zgodnie z którą prawo użytkownika wieczystego niektórych gruntów przekształca się z mocy prawa w prawo ich własności, według szacunków Rady Ministrów ma natomiast objąć 2,5 miliona użytkowników wieczystych³⁵, czyli potencjalnych uczestników postępowania aktualizacyjnego. Wejście ww. ustawy w życie jest zatem dobrym czasem do oceny aktualności przesłanek, które stały za wprowadzeniem mieszanego trybu postępowania aktualizacyjnego.

³⁰ W przypadku gdy zaktualizowana wysokość opłaty rocznej przewyższa co najmniej dwukrotnie wysokość dotychczasowej opłaty rocznej, użytkownik wieczysty wnosi opłatę roczną w wysokości odpowiadającej dwukrotności dotychczasowej opłaty rocznej. Pozostałą kwotę ponad dwukrotność dotychczasowej opłaty (nadwyżka) rozkłada się na dwie równe części, które powiększają opłatę roczną w następnych dwóch latach. Opłata roczna w trzecim roku od aktualizacji jest równa kwocie wynikającej z tej aktualizacji.

³¹ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 13.06.2016 r. (I ACa 193/15), LEX nr 2071310.

³² Takie rozwiązanie było postulowane m.in. przez J.J. Ziętego, *Aktualizacja opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste gruntu*, Warszawa 2014, LEX/el. oraz rozważane przez Ł. Dziamskiego, *Aktualizacja opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego. Zagadnienia proceduralne*, Warszawa 2013, LEX/el.

³³ Por. m.in. uchwała SN z 21.04.1994 r. (III CZP 36/94), OSNC 1994/11, poz. 209; uchwała składu 7 sędziów SN z 15.06.1993 r. (III CZP 51/93), OSNC 1993/11, poz. 190; uchwała NSA z 20.05.1996 r. (OPK 10/96), ONSA 1997/1, poz. 8.

³⁴ Zob. stanowisko Prokuratora Generalnego zreferowane w uzasadnieniu orzeczenia TK z 13.03.1996 r. (K 11/95), LEX nr 25711.

³⁵ Takie dane przedstawiono na oficjalnej stronie internetowej: <https://www.premier.gov.pl/wydarzenia/decyzje-rzadu/projekt-ustawy-o-przekształceniu-prawa-uzytkowania-wieczystego-gruntow.html> (dostęp: 21.02.2019 r.).

ABSTRACT

Michał Siwowski – Revaluation of annual fee for perpetual usufruct. Selected issues from judicial phase of the procedure

The paper discusses major legal interpretation problems that arise during the judiciary phase of revaluation of annual fee for perpetual usufruct. A complex revaluation process consist of both administrative and judicial parts, with certain procedural regulations included in Real Property Management Act being difficult to adapt to generally applicable rules of the civil procedure code. The work examines unusual case where the burden of proof is placed on the defendant (real property owner). The author also attempts to examine judicial evidential value of an expert valuation report prepared before the judicial part of the proceedings has started.

Keywords: perpetual usufruct, annual fee for perpetual usufruct of land real estate, revaluation of annual fee for perpetual usufruct

Michał Siwowski

The author is an advocate (District Bar Council in Rzeszów).

Michał Siwowski

Autor jest adwokatem (ORA w Rzeszowie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Bończak-Kucharczyk Ewa**, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018
- Dziamski Łukasz**, *Aktualizacja opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego. Zagadnienia proceduralne*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013
- Jaworski Jacek, Prusaczyk Arkadiusz, Tułodziecki Adam, Wolanin Marian**, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, wyd. 5, C.H. Beck, Warszawa 2015
- Łętowska Ewa**, *Odpowiedzialność odszkodowawcza w administracji (w:) System prawa administracyjnego*, red. J. Starościek, Ossolineum, Wrocław 1978
- Stahl Małgorzata**, *Zbieg drogi postępowania administracyjnego i sądowego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1979, t. XXI
- Zięty Jakub Jan**, *Aktualizacja opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste gruntu*, LexisNexis, Warszawa 2014

Pojęcia kluczowe: *użytkowanie wieczyste, przekształcenie, nieruchomości, budownictwo mieszkaniowe, spółdzielnia mieszkaniowa, developer, pomoc publiczna, pomoc de minimis*

Artykuły

Marcin Tollik

NIEJEDNOZNACZNE SKUTKI ART. 14 USTAWY Z 20.07.2018 R. O PRZEKSZTAŁCENIU PRAWA UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO GRUNTÓW ZABUDOWANYCH NA CELE MIESZKANIOWE W PRAWO WŁASNOŚCI

Artykuł omawia przepisy nowej ustawy z 29.07.2018 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności, której skutki weszły w życie 1.01.2019 r. Zdaniem autora, wbrew opiniiom dominującym przy pośpiesznej nowelizacji ustawy w grudniu 2018 r., z przekształceniem nie wiąże się udzielenie pomocy publicznej, gdyż nie wiąże się z nim przysporzenie. Niejednoznaczny przepis art. 14 ustawy może być interpretowany w zgodzie z tym założeniem, a zastosowanie znajdując w stosunku do bonifikaty od opłaty przekształceniowej.

Przepis art. 14 ustawy z 20.07.2018 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności¹ wskazuje, że niniejszą ustawę stosuje się z uwzględnieniem przepisów o pomocy publicznej, a zwłaszcza rozporządzenia Komisji (UE) z 18.12.2013 r. nr 1407/2013 w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis*².

¹ Ustawa z 20.07.2018 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności (Dz.U. z 2018 r. poz. 1716), dalej ustawa przekształceniowa.

² Rozporządzenie Komisji (UE) z 18.12.2013 r. nr 1407/2013 w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis* (Dz.Urz. UE L 352, s. 1), dalej rozporządzenie nr 1407/2013. Kwestia pomocy publicznej dotyczy podmiotów gospodarczych, jak np. spół-

Ostatnio przepis art. 14 ust. 2 ustawy przekształceniowej obnażył poziom polskiej legislacji. Z początku w zachwycie przedwyborczym nad nową ustawą pozostawał zupełnie niezauważony, potem stał się źródłem alarmujących wieści podważających jakikolwiek sens ekonomiczny nowej ustawy³ i w związku z nimi argumentem za szybkością jej nowelizacją, która... pozostawiła go w niezmienionej formie.

Rzeczywistym źródłem całego zamieszania jest nie tyle odesłanie do zastosowania przepisów o pomocy *de minimis*, gdyż i tak obowiązują one bezpośrednio z mocy prawa unijnego, ile brzmienie przywołanego ust. 2, stanowiącego, że „gdy nastąpi przekroczenie limitu pomocy *de minimis*, stosuje się dopłatę do wysokości wartości rynkowej nieruchomości określonej na dzień przekształcenia”.

Redakcja tego fragmentu przepisu jest najpewniej wynikiem szybkiego, pozbawionego naukowej prawniczej refleksji, tworzenia aktów prawnych, z którym niestety mamy do czynienia coraz częściej. Jednak w ramach koncepcji tzw. racjonalnego ustawodawcy należy i w tym wypadku poszukać możliwego do stosowania rozwiązania.

Piśmiennictwo prawnicze na początku również nie dostrzegło pojawiającego się problemu⁴, następnie podążyło za poglądem, który pojawił się u podstaw ratunkowej nowelizacji ustawy, dokonanej w grudniu 2018 r., przyjmując założenie, iż wartością pomocy publicznej jest różnica między sumą opłat przekształceniowych a rynkową wartością nieruchomości⁵ – w myśl wprost literalnego brzmienia art. 14 ust. 2 ustawy przekształceniowej. Taką samą interpretację oficjalnie reprezentuje też Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁶. Osobiście nie podzielam tego stanowiska.

ANALIZA

Przepis art. 1 ust. 1 ustawy przekształceniowej przymusowo nie tylko przekazuje własność gruntu, ale pozbawia też dotychczasowego prawa użytkownika wieczystego. Nawet ściślej – prawo użytkownika wieczystego przekształca się w prawo własności. Wartość rynkowa gruntu w chwili przekształcenia nie jest więc wartością przysporzenia.

dzielni lub deweloperów, którzy z mocy omawianej ustawy stali się właścicielami lokali użytkowych znajdujących się na nieruchomościach zabudowanych w przeważającej części budynkami z lokalami mieszkalnymi.

³ Zob. np. Z. Okoński, *Deweloperzy zagrożeni wielkimi opłatami*, „Rzeczpospolita” z 25.11.2018 r., <https://www.rp.pl/Biznes/311259976-RZECZOBIZNESIE-Zbigniew-Okonski-Deweloperzy-zagrozeni-wielkimi-oplatami.html> (dostęp: 28.12.2018 r.); P. Ciszek, *Ustawa o uwłaszczeniu. Firmom budującym mieszkania grozi upadek*, <https://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/arttykul/ustawa-o-uwlaszczeniu-budowlanka-mieszkania,113,0,2422385.html> (dostęp: 24.02.2019 r.); wypowiedź wiceministra inwestycji i rozwoju Artura Sobonia dla „Gazety Prawnej” cytowana w: *Spółdzielnie zbankrutują przez nową ustawę? Miliony do zwrotu*, www.haloursynow.pl <https://www.haloursynow.pl/artykuly/spoldzielnie-zbankrutuja-przez-nowa-ustawe-miliony-do-zwrotu,10983.htm> (dostęp: 24.02.2019 r.).

⁴ E. Klat-Górska, *Przekształcenie użytkownika wieczystego we własność. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2019, s. 83–85, 92–93.

⁵ P. Wancke, *Ustawa o przekształceniu prawa użytkownika wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 85.

⁶ Zob. <https://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia2.php#faq3563> (dostęp: 28.02.2019 r.).

Przysporzeniem w tym momencie może być co najwyżej różnica między utraconą formą władania nieruchomością a nabytą.

Rynkowe ceny sprzedaży prawa użytkowania wieczystego do nieruchomości nie różniły się dotychczas w znaczny sposób od cen własności nieruchomości⁷. Wieczysty użytkownik mógł utracić swoje władanie tylko w wyjątkowych okolicznościach, odmowa przedłużenia prawa po zakończeniu ustalonego pierwotnie czasu jego trwania (40–99 lat) mogła mieć bowiem miejsce tylko ze względu na ważny interes społeczny. Z tytułu władania prawem użytkowania wieczystego użytkownik często wiele lat ponosił opłatę roczną, uznawaną w orzecznictwie za prawnorzeczowe zobowiązanie realne⁸, a nie za ekwiwalent uzyskiwanych pożytków z władania gruntem.

Przekształcenie w oparciu o obecną ustawę przekształceniową nie różni się materialnoprawnie od przekształcenia, jakiego można było dokonać na podstawie dotychczasowej ustawy z 29.07.2005 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości⁹. Obecnie zatem również zastosowanie powinna znaleźć ocena, którą dobitnie wyraził mec. Arkadiusz Prusaczyk, wskazując za „oczywiste, iż następstwem nabycia prawa własności, jest wygaśnięcie, na skutek konfuzji, prawa użytkowania wieczystego, które przysługiwało nabywcy prawa własności nieruchomości i które ma wartość majątkową”¹⁰.

Wobec powyższego, jeśliby przyjąć, że w chwili przekształcenia rynkowa wartość nieruchomości miałyby być przysporzeniem na rzecz dotychczasowego użytkownika, to w zakresie wartości dotychczasowego prawa użytkowania wieczystego zostałyby on wywłaszczony¹¹ bez odszkodowania.

Na podstawie art. 7 ustawy przekształceniowej dotychczasowy użytkownik, a nowy właściciel nieruchomości, ma obowiązek ponosić opłatę z tytułu przekształcenia. W opłacie tej należy, w moim przekonaniu, upatrywać zrównoważenia wartości między dotychczasowym prawem a nowym. Ustawodawca, arbitralnie narzucając stronom termin przekształcenia z mocy prawa, ustalił też w drodze ustanowienia opłaty przekształceniowej odpowiedni ekwiwalent dla pokrycia wartości nabywanego prawa. Nie można traktować opłaty przekształceniowej jako sposobu na kontynuowanie opłat z tytułu użytkowania wieczystego, gdyż ani użytkowanie, ani obowiązki i prawa związane z celem ustanowienia tegoż użytkowania nie istnieją już od chwili przekształcenia.

⁷ Nie mam uprawnień rzeczoznawcy majątkowego, stąd jest to tylko moja prywatna opinia. Aczkolwiek w oparciu o ogólnodostępne informacje z ogłoszeń cen nieruchomości oraz faktu osobistego bycia stroną jednej takiej transakcji wydaje mi się, że mogę ją wyrazić w sposób dostatecznie pewny co do prawdziwości.

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 31.01.2013 r. (VI ACa 804/11), Legalis nr 1049279.

⁹ Ustawa z 29.07.2005 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości (Dz.U. z 2005 r. nr 175 poz. 1459), dalej ustawa z 2005 r.

¹⁰ A. Prusaczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, red. J. Jaworski, Warszawa 2017, s. 264.

¹¹ Pomimo że prawo użytkowania wieczystego nie jest prawem własności, jego odebranie mieści się w pojęciu wywłaszczenia, jako pozbawienia szeroko pojętego prawa majątkowego – por. postanowienie SN z 17.05.2012 r. (I CSK 404/11), Legalis nr 558659; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 30.10.2017 r. (I ACa 188/17), Legalis nr 1728499; K. Zaradkiewicz, *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2015, art. 21.

Trudno zresztą znaleźć jakikolwiek inny cel dla uzasadnienia opłaty przekształceniowej niż jako ekwiwalent wyrównujący różnice między wartością prawa nabywanego a traczonego. Ustawa z 2005 r. przecież operowała takim samym terminem – opłaty przekształceniowej, acz ze zdefiniowaniem jej jako wartości między nabywanym prawem a prawem dotychczasowym użytkownika wieczystego (art. 4 ust. 1 oraz 2 tejsze ustawy w zw. z art. 69 ustawy z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami)¹². Różnica leży wyłącznie w sposobie określenia kwoty dopłaty. W systemie przyjętym przez ustawę z 2005 r. wlicza się opłatę według różnicy wartości przekształcających praw, w tym zaś prawo użytkowania wieczystego według wzoru z aktu wykonawczego¹³. W systemie przyjętym w ustawie przekształceniowej – przez odwołanie do wielkości opłaty z tytułu użytkowania. Jest to jednak tylko różnica techniczna, brak jakichkolwiek argumentów, aby zakładać odmienne cele obowiązujących typów opłat przekształceniowych. W obu przypadkach mamy do czynienia z narzuconą ustawą wartością, w założeniu odpowiadającą wyrównaniu skutków przekształcenia praw.

Podsumowując tę część rozważań – przysporzenie na rzecz dotychczasowego użytkownika wieczystego, w postaci otrzymania prawa własności gruntu, jest w pełni zrównoważone utratą wartości dotychczasowego prawa użytkowania wieczystego i opłatą przekształceniową.

Chybiony jest również pogląd upatrujący pomoc publiczną w trwającej na przestrzeni określonej liczby lat periodiczności opłaty przekształceniowej. Instytucja rozłożenia świadczenia na raty, która to mogłaby być formą pomocy, polega na odsunięciu poszczególnych jego części na dalsze terminy płatności w stosunku do daty wymagalności zobowiązania. Tymczasem terminy coroczne opłaty przekształceniowej są pierwotnymi terminami jej wymagalności. Zatem dłużnik wnosząc zgodnie z nimi opłatę – co roku spełnia świadczenie we właściwych terminach wymagalności. Zresztą opłata przekształceniowa objęta jest mechanizmem waloryzacji, co niweluje ewentualną korzyść zobowiązanego wynikającą z upływu czasu.

Wobec tego nie ma miejsca przysporzenie, jakie jest niezbędne, aby stwierdzić udzielenie pomocy publicznej.

MOŻLIWA RACJONALNA TREŚĆ NORMY

Gdzie zatem pomoc publiczna, o jakiej mówi art. 14 ustawy przekształceniowej?

Pomocą publiczną, jedyną możliwą do dostrzeżenia, będzie dopiero wartość udzielonej bonifikaty i w ten sposób, w moim przekonaniu, należy interpretować zastosowanie przepisu art. 14 ustawy przekształceniowej.

Problem literalnej interpretacji art. 14 ust. 2 ustawy przekształceniowej będzie rozwiązany, gdy przyjmemy w zgodzie z zasadą racjonalnego ustawodawcy, że chodziło jedynie o określenie górnej granicy możliwej dopłaty dla zabezpieczenia różnic ryn-

¹² Ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2018 r. poz. 2204 ze zm.), dalej u.g.n.

¹³ § 29 Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wyceny nieruchomości i sporządzania operatu szacunkowego z 21.09.2004 r. (Dz.U. nr 207 poz. 2109).

kowej wartości nieruchomości i wysokości waloryzowanej opłaty przekształceniowej. Norma prawna nie określa w tym miejscu pozytywnie wielkości dopłaty, ale stawia nieprzekraczalny próg, gdyby wartość dopłaty z nieprzewidzianych względów mogła się do tego pułapu zbliżyć.

Matematycznie rzecz biorąc, możliwa jest sytuacja, gdy wartość podlegającej waloryzacji opłaty z tytułu przekształcenia mocno odbiegnie od pierwotnej wartości gruntu, skoro waloryzacja uwzględnia aktualne rynkowe zmiany w cenach nieruchomości (art. 10 ustawy przekształceniowej w zw. z art. 5 u.g.n.), a więc zmienną bez górnej granicy wielkości. Przepis art. 14 ust. 2 ustawy przekształceniowej ma służyć zatem zabezpieczeniu możliwej dopłaty do granicy wartości na dzień przekształcenia, to jest dzień nabycia prawa, z którym opłata przekształceniowa i udzielana od niej bonifikata, czyli pomoc publiczna, są związane.

Innymi słowy – skoro udzielana pomoc (bonifikata) obliczana jest od wartości opłaty przekształceniowej, a ta zaś ma być w przeciągu długiego okresu waloryzowana w stosunku do zmian cen rynkowych nieruchomości, to teoretycznie, przy odpowiednich czynnikach rynkowych, może przekroczyć wartość nieruchomości z 1.01.2019 r.

Czy możliwe jest przewidzenie takiej sytuacji, nie jest rolą prawa i nie musi zależeć od tego wewnętrzna koherencja przepisów ustawy. Na przestrzeni 20 lat, w jakim to okresie pobierana jest w wariacie podstawowym opłata przekształceniowa, znaczne wahania wartości nieruchomości lub inflacji rzeczywiście, w kontekście choćby historii lat 80–90. XX w., mogą mieć miejsce.

Nawet jeśli pojawienie się czynników do wypełnienia powyżej opisanej dyspozycji normy zapewne nigdy nie nastąpi, to takie zastosowanie nieudanego brzmienia art. 14 ust. 2 ustawy przekształceniowej mieści się w granicach wykładni literalnej i zasady racjonalnego ustawodawcy, wobec faktu braku przysporzenia w chwili przekształcenia. Pozytywnie koreluje też z celem ustawy, jakim był kolejny krok w wygaszaniu instytucji użytkowania wieczystego, a nie obarczanie deweloperów i spółdzielni ryzykiem bankructwa.

Czy taka wykładnia nie jest sprzeczna ze znowelizowanym art. 14 ust. 1 ustawy przekształceniowej, skoro za dzień udzielenia pomocy publicznej przyjmuje on dzień wydania zaświadczenia stwierdzającego przekształcenie?

Wydaje mi się, że nie. Po pierwsze, pośrednio potwierdza to, że przekształcenie, które z mocy prawa następuje 1.01.2019 r., nie jest źródłem udzielenia przysporzenia mogącego stanowić pomoc publiczną, gdyż pomocy nie uważa się za udzieloną w tym dniu. Po drugie, głównym celem wydania zaświadczenia, w myśl art. 4 ust. 4 ustawy przekształceniowej, jest informacja o wysokości opłaty przekształceniowej. To od wysokości opłaty zależy wartość udzielanej bonifikaty. Od momentu wydania zaświadczenia albo od momentu wydania decyzji, o której mowa w art. 7 ust. 8 ustawy przekształceniowej, możliwe jest ustalenie indywidualnej wartości kwoty ewentualnej bonifikaty, stąd i wartości pomocy publicznej. *Ratio legis* znowelizowanego zdania trzeciego w ust. 1 art. 14 ustawy przekształceniowej wydaje się w ten sposób zachowane¹⁴.

¹⁴ Moim zdaniem oznacza to pośrednio obowiązek organu wydania zaświadczenia, o którym mowa w art. 4 ustawy przekształceniowej, również nie później niż przy wydawaniu decyzji wskazanej w art. 7 ust. 8 te same ustawy.

PRZYCZYNY GRUDNIOWEJ NOWELIZACJI

Dlaczego ratunkowa nowelizacja z grudnia 2018 r. zamiast naprawić brzmienie art. 14 ust. 2 ustawy przekształceniowej, tylko przez usunięcie niejednoznacznego fragmentu odniesienia „do wysokości wartości rynkowej nieruchomości określonej na dzień przekształcenia”, pozostawia go niezmienionym? Do tego pogłębia niezrozumiały oddźwięk przepisu, proponując, aby za dzień udzielenia pomocy publicznej uważać dzień wydania zaświadczenia stwierdzającego przekształcenie (znowelizowane zdanie trzecie w art. 14 ust. 1 ustawy przekształceniowej).

Mogę się mylić, ale prawdopodobnie wprowadzone przekonanie, aby wartość nieruchomości traktować jako wartość przysporzenia i co za tym idzie – pomocy publicznej, wynika z działań samorządów, przy których słabe przygotowanie prawnicze i pośpiech legislatury pełniły tylko rolę czynnika sprzyjającego. Faktem jest, że gminy jako właściciele wielu nieruchomości znajdujących się w wieczystym użytkowaniu tracą stały dochód z opłat za użytkowanie wieczyste. Z punktu widzenia interesu budżetu samorządowego nie ma znaczenia okoliczność, że przekształcenie uwzględniła poniesione świadczenia obu stron. Samorząd najchętniej otrzymywałby świadczenie z opłat w nieskończoność. Stąd zapewne mogły być poszukiwane interpretacje pozwalające na podważenie skutków ustawy. Pod ich wpływem uchwalona w grudniu 2018 r. nowelizacja ustawy przekształceniowej wprowadza możliwość przedłużenia opłaty przekształceniowej nawet na kolejne 99 lat (dodany art. 7 ust. 6a ustawy przekształceniowej), co znowu na dłuższy czas zapewni dochody samorządom, zmiana zaś art. 14 ustawy przekształceniowej (zdanie trzecie) wzmacnia wrażenie, jakoby przekształcenie było przysporzeniem na rzecz użytkownika i skłoni deweloperów oraz spółdzielnie do skorzystania, na wszelki wypadek¹⁵, z wniosku o przedłużenie opłaty.

KONKLUZJA

Cała nadzieja w sądach, które w przypadku zaskarżenia decyzji ustalającej dopłatę mogą, pomimo dziwnego brzmienia art. 14 ustawy przekształceniowej, zastosować wprost przepisy rozporządzenia nr 1407/2013¹⁶ oraz art. 21 ust. 2 Konstytucji¹⁷ i uchylić decyzję o dopłacie w zakresie, w jakim dopłata przekracza wartość udzielonej bonifikaty pomniejszonej o wysokość limitu pomocy *de minimis*.

¹⁵ W przypadku nieruchomości, w których dotychczasowa opłata z tytułu użytkowania wieczystego przez długi czas nie była waloryzowana, jest to decyzja mniej korzystna, gdyż niesie ryzyko waloryzacji, jakiej gminy nie zdążyły wprowadzić przed 1 stycznia. Niemniej znam podmioty, które podejmują taki wybór ze względu na obawy wyniesione z opinii grożących zastosowaniem dopłat z tytułu przekroczenia pomocy *de minimis*.

¹⁶ Przepisy rozporządzenia nr 1407/2013 wymieniają jako pomoc dotacje, gwarancje, pożyczkę, czyli zawsze rodzaj jednostronnego przysporzenia na rzecz beneficjenta pomocy. Nie znalazłem żadnej podstawy wśród norm rozporządzenia, by uznać za pomoc przekazanie prawa własności, jeśli wiąże się ono z jednoczesnym odebraniem prawa podobnego o niewiele mniejszej wartości i obowiązkiem dopłaty, czyli wyrównaniem przysporzenia.

¹⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

ABSTRACT

Marcin Tollik – *The ambiguous effects of Article 14 of the Act dated July 20th 2018 on the transformation of perpetual usufruct rights (leasehold use of real-estate properties erected on land owned by the State Treasury) into ownership rights*

This article covers the bill concerning transformation of perpetual usufruct rights (leasehold use of real-estate properties erected on land owned by the State Treasury) into ownership rights which will be implemented on 1st January 2019. In the author's opinion (against the majority voices during the hasty revision in December 2019) the transformation doesn't entail granting the public aid because there is no profit. Ambiguous provision of the act's art. 14 can be interpreted in accordance with the abovementioned assumption and can be used for a rebate in the transformation fee.

Keywords: *perpetual usufruct, transformation, immobility, housing construction, housing cooperative, real estate development, public aid, de minimis aid*

Marcin Tollik

Author is advocate (The District Bar Council in Warsaw), runs his own Lawyer's Office – Marcin Tollik.

Marcin Tollik

Autor jest adwokatem (ORA w Warszawie), prowadzi własną działalność – Kancelarię Adwokacką – Marcin Tollik.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Klat-Górska Elżbieta**, *Przekształcenie użytkowania wieczystego we własność. Zagadnienia prawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019
- Prusaczyk Arkadiusz**, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, red. J. Jaworski, C.H. Beck, Warszawa 2017
- Wancke Piotr**, *Ustawa o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019
- Zaradkiewicz Kamil**, *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, C.H. Beck, Warszawa 2015

Pojęcia kluczowe: *surogatki, macierzyństwo zastępcze, prawa stanu cywilnego, przysposobienie, handel ludźmi*

Artykuły

Paulina Witczak-Brus

UMOWA O URODZENIE DZIECKA SUROGATKI JAKO PROBLEM WSPÓŁCZESNEGO USTAWODAWSTWA

Artykuł jest poświęcony zjawisku macierzyństwa zastępczego w sytuacji, gdy dziecko przychodzi na świat w drodze umowy, której stało się przedmiotem. Podejmując się analizy aktualnego stanu prawnego, niedoszłych zmian legislacyjnych oraz oczekiwań od współczesnej medycyny, należy rozważyć potrzebę penalizacji umów o urodzenie dziecka. Należy bowiem stwierdzić, że współczesny ustawodawca akceptuje obowiązującą lukę prawną. Przeprowadzona analiza pozwala zauważyć, że kwestia macierzyństwa zastępczego we współczesnym świecie jawi się jako problem prawny i społeczny, etyczna kontrowersyjność pozostaje zaś wpisana w ryzyko jego funkcjonowania.

Moralność, jak również patologia życia małżeńskiego i rodzinnego mają swoje źródło w zabronionych relacjach interpersonalnych¹, które stanowią wyzwanie dla polskiego prawodawstwa. Pojawiła się sfera życia, w której prawo przestało się sprawdzać, co przesądza o konieczności nowelizacji współczesnego ustawodawstwa, tak by wyraźnie stanąć na straży dóbr chronionych konstytucyjnie oraz powszechnego ładu społecznego.

Przystępując do analizy aktualnego stanu prawnego surogacji w polskim porządku prawnym, w pierwszej kolejności należy wyłożyć znaczenie terminu „surogatka”, przeprowadzona dotychczas analiza pozwala bowiem zauważyć, że kwestia dochodzenia do macierzyństwa we współczesnym świecie jest nie tylko problemem prawnym,

¹ M.Z. Stepulak, *Zaburzenia relacyjności systemu rodzinnego jako podstawowy problem moralny i społeczny* (w:) *Socjologia religii. Moralność współczesnego społeczeństwa polskiego. Założenia i rzeczywistość*, red. J. Baniak, Poznań 2008, s. 135.

społecznym i moralnym, ale również stwarzającym trudności natury definicyjnej. Pod pojęciem surogatki, kryje się kobieta, która przyjmuje do swojej macicy zapłodnioną *in vitro* komórkę jajową innej kobiety, a po urodzeniu dziecka oddaje je genetycznym rodzicom². Powyższa definicja nie oddaje jednak w pełni wielu generujących się implikacji w zależności od wyboru techniki wspomaganego rozrodu, który poprzedza moment umieszczenia komórki jajowej w macicy matki zastępczej. Powszechnie znana łacińska sentencja *mater semper certa est*, będąca od wieków dogmatem cywilistów, statuując zasadę ustalania pochodzenia dziecka zawsze od jego matki, wydaje się tracić na swojej uniwersalności oraz możliwości powszechnego zastosowania. Wobec powyższego współczesna nauka postawiła przed współczesnymi badaczami nauki prawa pytanie o to, kto jest matką, czy kobieta zachodząca w ciążę i rodząca dziecko bez woli jego wychowania, stając się odżywczo-biologicznym inkubatorem dla rozwijającego się w niej życia, czy też kobieta, z której zapłodnionej komórki jajowej powstało rozwijające się życie. Poniżej przedstawione rozważana nie dotyczą więzi emocjonalnych i socjologicznych, które tworzą się na płaszczyznach niepodlegających wartościowaniu przez prawo czy też medycynę, a w życiu prywatnym często mającym wartość najwyższą. Na potrzeby niniejszego artykułu należy zwrócić uwagę, że autor dokonuje rozróżnienia na macierzyństwo genetyczne, biologiczne i społeczne.

UMOWA O URODZENIE DZIECKA

Usługi surogacyjne pozostają czymś dotychczas niespotykanym, jest to bowiem sytuacja, kiedy dziecko przychodzi na świat w drodze umowy. Na wstępie należy wskazać, że polski Kodeks cywilny³ i Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁴ w swoim aktualnym brzmieniu, jak również w brzmieniu poprzednim, milczą na temat dopuszczalności zawierania umów o urodzenie dziecka oraz możliwości rozwiązywania mogących się rodzić z tego tytułu implikacji dotyczących prawa cywilnego, rodzinnego oraz na gruncie ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego⁵. Oznacza to, że takie praktyki nie są prawnie zabronione, ale również nie mają żadnych oficjalnych uregulowań. Można dokonać spostrzeżenia, że w obecnym stanie faktycznym to, co nie jest zakazane, jest dozwolone. Aktualnie jednak o nieważności zawierania takich umów może stanowić wyłącznie art. 58 k.c., traktując je jako nadużycie prawa, niemieszczące się w zasadzie swobody umów. Artykuł 58 k.c. określa od strony negatywnej zakres dopuszczalności treści czynności prawnej⁶. Teoretyzując, można przyjąć, że zawieranie umów w zakresie świadczenia usług macierzyństwa zastępczego jest dozwolone, pomijając oczywiście zarzut przestępstwa handlu ludźmi, tj. art. 189a Kodeksu karnego⁷, na jaki można się narazić lub wypełnić znamiona czynu zabro-

² Zob. <https://sjp.pl/surogatka> (dostęp: 22.02.2019 r.).

³ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.), dalej k.c.

⁴ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682 ze zm.), dalej k.r.o.

⁵ Ustawa z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 2224 ze zm.).

⁶ M. Safjan (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449¹¹*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, t. 1, s. 250–251.

⁷ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.), dalej k.k.

nionego z art. 211a k.k., tj. organizowanie adopcji dla korzyści majątkowych. W polskim systemie prawnym, zgodnie z art. 61⁹ k.r.o., nie podlega wątpliwości, że za matkę w ścisłym biologicznym – faktycznym znaczeniu uznajemy kobietę, która urodziła dziecko. Troska o kobietę będącą matką jest wyrażona również w art. 71 ust 2 Konstytucji RP⁸, który stanowi: „matka przed i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy władz publicznych, której zakres określa ustawa”. Przywilej szczególnej ochrony przyszłych matek wyraźnie proklamuje także art. 68 ust. 3 ustawy zasadniczej: „władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku”. Artykuł ten nakłada obowiązek objęcia ochroną kobiet będących w ciąży. Zgodnie z obowiązującym prawem matką jest kobieta, niezależnie od zaistniałych okoliczności faktycznych, w oderwaniu od faktu wszczęcia zapłodnionej nasieniem dawcy komórki jajowej dawczyni w ciało surogatki. W świetle aktualnie obowiązujących przepisów w polskim ustawodawstwie całkowicie bez znaczenia pozostaje fakt, że przychodzące na świat dziecko nie posiada żadnej więzi genetycznej z rodzącą kobietą. Biologiczne macierzyństwo oznacza bowiem zaistnienie obiektywnego faktu pochodzenia dziecka od danej kobiety, będącego następstwem zdarzenia naturalnego, polegającego na zapłodnieniu kobiety przez mężczyznę, a następnie urodzeniu dziecka przez tę kobietę. Stwierdzaniem tak opisanego pochodzenia zajmują się nauki biologiczne oraz medyczne, z prawnego zaś punktu widzenia biologiczne macierzyństwo ma znaczenie ze względu na postulat zgodności aktu stanu cywilnego ze stanem rzeczywistym oraz konsekwencje cywilistyczne. Macierzyństwo biologiczne powstaje z chwilą poczęcia, stosunek prawny zaś tegoż macierzyństwa z chwilą urodzenia się dziecka. Znaczenie rozróżnienia macierzyństwa biologicznego i genetycznego jest prawnie doniosłe z praktycznego, jak i z teoretycznego punktu widzenia, macierzyństwo biologiczne może bowiem istnieć bez genetycznego pokrewieństwa. Sztuczny proces prokreacji stwarza jednocześnie możliwość rozdzielenia ról macierzyństwa pomiędzy dwie, a nawet trzy kobiety. Rola matki zastępczej sprowadza się do donoszenia ciąży, urodzenia dziecka i oddania go rodzicom – dawcom materiału genetycznego. Rozróżniane są dwa rodzaje macierzyństwa zastępczego: całkowite i częściowe⁹. Pierwsze odnosi się do sytuacji, gdy komórka jajowa i nasienie pochodzą od przyszłych rodziców „zleceniodawców”, a w drugim przypadku, gdy strony umówią się, że komórka jajowa należąca do matki zastępczej zostanie zapłodniona nasieniem pochodzącym od „zleceniodawcy” – gdzie nie będzie się dało podważyć możliwości zastosowania art. 61⁹ k.r.o. Możliwa jest jednak także sytuacja, gdy dawczyni komórki jajowej, kobieta nosząca i kobieta oczekująca na dziecko to trzy zupełnie różne osoby¹⁰. Kwestia macierzyństwa zastępczego może się rysować w sposób następujący: matką biologiczną dziecka jest surogatka, matką genetyczną anonimowa dawczyni komórki jajowej, a matką społeczną będzie kobieta (żona, partnerka) mężczyzny podpisującego umowę o macierzyństwo zastępcze. Nawet jeśli „zleceniodawczyni” umówiła się z inną kobietą, że ta donosi ciążę i urodzi dla niej, czyli dawczyni materiału genetycznego, dziecko, i w konsekwencji zdarzy się, że do aktu

⁸ T. Krzemiński, *Ludzki enbryon. Czy ma prawo do życia?*, Kraków 2011, s. 64.

⁹ K. Szynceł, *Sztuczne zapłodnienie*, Kraków 2010, s. 36.

¹⁰ K. Szynceł, *Sztuczne...*, s. 35.

urodzenia zostanie wpisana jako matka osoba, która dziecka nie urodziła, można żądać zaprzeczenia jej macierzyństwa i domagać się ustalenia macierzyństwa tej kobiety, która dziecko wydała na świat, mimo iż oprócz wydania dziecka na świat i okresu trwania ciąży nie zachodzi między kobietą a dzieckiem żaden węzeł pokrewieństwa. W obecnej sytuacji prawnej brak związku genetycznego między dzieckiem a rodzącą nie stanowi dla polskich organów problemu uznania jej w świetle prawa za matkę, co zdecydowanie budzi bardzo poważne wątpliwości natury prawnej.

Procedura macierzyństwa zastępczego jest regulowana także w innych krajach świata, zarówno w tych bogatych, jak i biedniejszych. Macierzyństwo zastępcze jest legalne m.in. w Indiach, niektórych stanach USA, Kanadzie, Anglii, Holandii, Grecji, na Ukrainie, w Białorusi, Rosji i Izraelu, a także w niektórych krajach Ameryki Łacińskiej, np. Argentynie¹¹. Zalegalizowanie macierzyństwa zastępczego na Ukrainie, w porównaniu ze Stanami Zjednoczonymi czy Izraelem, gdzie ceny za zamówienie ciąży są tam zdecydowanie wyższe, powoduje, że ten kierunek pozostaje dość atrakcyjny dla przyszłych potencjalnych rodziców, jednakże cena nie obejmuje komplikacji medycznych związanych z ciążą i porodem¹². Na Ukrainie, zgodnie z art. 123¹³ § 2 Kodeksu rodzinnego Ukrainy, w razie przeniesienia do organizmu innej kobiety zarodka ludzkiego, poczętego przez kobietę i mężczyznę wskutek zastosowania pomocniczych technologii reprodukcyjnych, rodzicami dziecka są zlecający urodzenie. Wyżej wymieniony artykuł w § 2 stanowi, że „w przypadku przeniesienia do organizmu innej kobiety zarodka poczętego przez małżeństwo (mężczyznę i kobietę) wskutek zastosowania pomocniczych technologii reprodukcyjnych, rodzicami dziecka jest małżeństwo”¹⁴. Dowodami potwierdzającymi fakt pokrewieństwa dziecka z matką genetyczną i stanowiącymi podstawę do rejestracji dziecka w urzędzie są: akt urodzenia dziecka wystawiony na Ukrainie, kopia świadectwa medycznego o urodzeniu, zaświadczenie o pokrewieństwie genetycznym płodu z matką i ojcem, wniosek surogatki o udzielenie zgody na zarejestrowanie wnioskodawczyni w Urzędzie Stanu Cywilnego Ukrainy jako matki dziecka – a to na podstawie art. 3, 4, 10, 11, 60, 88, 209, 212–215 Kodeksu postępowania cywilnego Ukrainy¹⁵.

ADOPCJA POZA PRAWEM

W oderwaniu od powyżej opisanych dywagacji jeszcze do niedawna kolejnym, i stosunkowo prostym, sposobem wprowadzenia urodzonego dziecka do akt stanu cywilne-

¹¹ M. Tomczyk, *Macierzyństwo za pieniądze*, „Służba Zdrowia” 2010/93–100, s. 55–59, http://www.sluzba-zdrowia.com.pl/artukul.php?numer_wydania=3994&art=2 (dostęp: 26.02.2019 r.).

¹² Zob. http://www.sluzbazdrowia.com.pl/artukul.php?numer_wydania=3994&art=2 (dostęp: 26.02.2019 r.).

¹³ Сімейний кодекс України, стаття 123, визначення походження дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, із змінами і доповненнями, внесеними згідно із, законами України від 22.12.2006 р. N 524-V, від 20.09.2011 р. N 3760-VI.

¹⁴ Сімейний кодекс України, стаття 123, визначення походження дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, із змінами і доповненнями, внесеними згідно із, законами України від 22.12.2006 р. N 524-V, від 20.09.2011 р. N 3760-VI.

¹⁵ Печерський районний суд міста Києва, Справа № 757/36315/15-ц, Категорія 9, 09 листопада 2015 року.

go i nabycia pełni praw do niego potencjalnych „rodziców” (nawet bez omawianej więzi genetycznej któregośkolwiek z nich) była adopcja ze wskazaniem. Jest to forma adopcji zgodna z prawem, która w swoim uprzednim brzmieniu była ostro krytykowana przez ośrodki adopcyjne. Procedura ta od formy adopcji zwykłej różni się tym, że odbywa się poza procedurami ośrodków adopcyjnych i dziecko od razu trafia do rodziny adopcyjnej, na podstawie bowiem art. 119¹ § 1 k.r.o. rodzice (w klasycznym biologicznym rozumieniu) mogli dość swobodnie wyrazić zgodę na przysposobienie swojego dziecka ze wskazaniem dowolnej, aczkolwiek w ocenie sądu mającej ku temu odpowiednie kompetencje, osoby przysposabiającego. Sąd bowiem przede wszystkim bada, czy adopcja jest zgodna z dobrem dziecka, którym musi się kierować. Jednak ustawą z 24.07.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej¹⁶ dodano art. 119^{1a} k.r.o., który ograniczył możliwość wskazywania osób przysposabiających przez rodziców. Obecnie rodzice przed sądem opiekuńczym mogą wskazać wyłącznie krewnego któregośkolwiek z nich, jak również swojego współmałżonka. Do czasu wspomnianej zmiany katalog osób mogących być wskazanymi do przysposobienia pozostawał otwarty – pretendenci na rodziców, jeśli spełniali w ocenie sądu rodzinnego określone kwalifikacje, mogli być obcymi ludźmi, którzy zamówili dziecko u rodzącej. Zatem liczba przeprowadzonych adopcji ze wskazaniem, które były dokonywane przez adopcyjne podziemie, pozostanie nieznana. Scenariusze przysposobienia ze wskazaniem mogły być następujące: przysposabiający przysposabiają dziecko od jego rodziców, nie mając z nim żadnej genetycznej więzi – jeśli czynność wskazania była odpłatna, mogło dochodzić do wypełnienia znamion czynu zabronionego – przestępstwa handlu ludźmi z art. 189a k.k. W tej sytuacji pojawia się tylko jeden rodzaj macierzyństwa – biologiczne. Inny przykład to sytuacja, kiedy rodzice biologiczni (w tym surogatka) wskazywaliby przed sądem osobę przysposabiającego – w tym przypadku dawców materiału genetycznego, zleciendawców urodzenia na życzenie, zatem dochodzi tu do krzyżowania się macierzyństwa biologicznego i genetycznego. Kolejny przykład polega na tym, że matka biologiczna zapłodniona nasieniem potencjalnego przysposabiającego, niezależnie od przeprowadzonego sposobu zapłodnienia jej komórki jajowej, mogła jego oraz jego żonę (partnerkę) wskazać jako kandydatów na rodziców adopcyjnych. W sytuacji powyższej zdecydowanie łatwiejsza byłaby możliwość dochodzenia ojcostwa ojca biologicznego przed sądem – która jednak implikowałaby dalsze problemy w sytuacji, kiedy rodząca byłaby mężatką. Wtedy bowiem formalności związanych z ojcostwem powinno się dopełnić w następującej kolejności: najpierw wytoczyć powództwo o zaprzeczenie ojcostwa i obalić ustawowe domniemanie, że dziecko pochodzi od męża matki, oraz wykazać, że nie jest on jego ojcem, a dopiero później dochodzić uznania ojcostwa ojca genetycznego. Powyższe znajdzie zastosowanie, kiedy mężczyzna zapłodni kobietę podczas zbliżenia seksualnego, poprzez inseminację lub też wtedy, kiedy komórka jajowa innej kobiety zostanie zapłodniona jego nasieniem *in vitro*, a następnie przetransportowana do surogatki. Mężczyzna może zatem obalić ustawowe domniemanie i na podstawie więzów genetycznych dochodzić ustalenia swojego ojcostwa, kobieta zaś takiego prawa

¹⁶ Dz.U. z 2015 r. poz. 1199.

jest pozbawiona. Dodanie art. 119^{1a} k.r.o. wyeliminowało w znacznej mierze możliwość wykorzystywania adopcji ze wskazaniem jako narzędzia do handlu dziećmi, jednakże należy zastrzec, że pojęcie „krewni” w polskiej cywilistyce pozostaje dość szerokie.

PRAWO DO POZNANIA GENETYCZNEJ TOŻSAMOŚCI

Sytuacja demograficzna w Polsce, po części spowodowana niemożnością posiadania dzieci, skłania do potrzeby refleksji nad problematyką dążeń Polaków do potomstwa, gdzie niepłodność coraz częściej staje się dramatem osobistym oraz coraz większym problemem społecznym. Warto się także zastanowić, czy ludzie mają prawo do posiadania dziecka¹⁷ i czy prawo to może być sprzeczne z moralnością. Aktualnie prawo to rozpatrujemy głównie z perspektywy wolności człowieka, która to, w szerokim rozumieniu, jest główną wartością ludzkiego życia. Współcześnie znaczna ilość wartości została wyparta przez samorealizację, która nie powinna być ograniczana przez istotę lub substancję ludzką¹⁸. Etyka dzisiejszych społeczeństw jest zastępowana prawem, które wypiera coraz częściej moralność. Współczesna debata bioetyczna i medyczna posługuje się słowami kluczowymi, które coraz częściej utrudniają dotarcie do prawdziwych znaczeń, poglądów i założeń myślowych, które pod fasadą szczytnych intencji tak naprawdę kryją prymitywne ludzkie instynkty¹⁹. Rodzina, małżeństwo, pragnienie posiadania dziecka, macierzyństwo i ojcostwo są realnymi potrzebami ludzkimi. Bywają one coraz częściej wykorzystywane jako kontrowersyjne etyczne źródła zarobkowania w sytuacji, gdy ludzie naturalną drogą prokreacji nie mogą sprostać temu pragnieniu. Pojawiające się nowe zachowania, które winniśmy klasyfikować jako zachowania o charakterze przestępczym, a które są zwieńczeniem następujących zmian społecznych promujących utylitaryzm i grożących podstawowym wartościom rodziny i małżeństwa²⁰. Aktualny stan prawny obiektywnie naraża dobra dziecka, które przyszło na świat dzięki zabiegom wspomaganej ludzkiej prokreacji, poprzez dopuszczenie do sytuacji, w której niemożliwe jest dochodzenie zagwarantowanego konstytucyjnie prawa do poznania swojej genetycznej tożsamości, wyrażanego przez art. 30 Konstytucji RP²¹, którego źródła także upatruje się w art. 47 Konstytucji oraz po części w art. 72 ww. ustawy zasadniczej. Ustawodawca, regulując kwestię związaną z ustaleniem pochodzenia dziecka, miał na uwadze niewątpliwie jedynie naturalny sposób zapłodnienia, jednakże wraz z rozwojem technik prokreacyjnych katalog możliwości zapłodnienia uległ poszerzeniu i wciąż się poszerza. Do tej pory nie uregulowano w prawie polskim zagadnienia pochodzenia dziecka po implantacji embrionu do łona matki zastępczej, a nie można odmawiać dziecku poznania jego genetycznego pochodzenia. Należy również pamiętać, że nasienie wykorzystane do wykonania opisanego powyżej zabiegu może też pochodzić z banku nasienia, a dawcy zostaje zapewniona względna anonimowość – jednakże ten problem

¹⁷ M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005, s. 44.

¹⁸ T. Terlikowski, *Moralny totalitaryzm*, Warszawa 2006, s. 5–15.

¹⁹ T. Terlikowski, *Moralny totalitaryzm*, s. 5–15.

²⁰ T. Terlikowski, *Moralny totalitaryzm*, s. 5–15.

²¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

nie stanowi przedmiotu niniejszego opracowania. Ustawodawca powinien uczynić stosowne kroki, aby nie pozostawiać poza obrębem regulacji prawnych tak ważnych zjawisk społecznych, jakimi są macierzyństwo, rodzicielstwo oraz przysługujące każdemu prawo do znajomości genetycznego pochodzenia. Warto także zestawić art. 61⁹ k.r.o. z art. 73 ust 3 ustawy z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego, zgodnie z którego brzmieniem na wniosek przysposobionego po osiągnięciu przez niego pełnoletności wydaje się odpis zupełny dotychczasowego aktu urodzenia wraz z dokumentami z akt zbiorowych rejestracji stanu cywilnego, w formie dokumentu elektronicznego, kopii lub wydruku dokumentu elektronicznego poświadczonych za zgodność z oryginałem przez kierownika urzędu stanu cywilnego. Na podstawie ustawy obowiązującej poprzednio kwestię z ewentualnym dochodzeniem swojego pochodzenia regulował art. 48 ust. 4 i art. 49 ust. 2a ustawy z 29.09.1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego²², który stanowił, że przysposobiony po uzyskaniu pełnoletności mógł żądać podania informacji o swoim pochodzeniu poprzez udostępnienie księgi stanu cywilnego w części dotyczącej aktu urodzenia. Powyższe regulacje trzeba zaś oceniać w świetle konstytucyjnej wartości, jaką jest wspomniana powyżej godność ludzka. Zasada równości gwarantuje każdemu, niezależnie od formy zapłodnienia, niezbywalne prawo poznania swojej genetycznej tożsamości i genetycznego pochodzenia²³.

SUROGACJA W PRAWIE KARNYM

Przechodząc na grunt prawa karnego, należy wskazać, że w chwili obecnej jedynym prawnokarnym przepisem dotyczącym szeroko rozumianej przestępczości prokreacyjnej w perspektywie agresywnego rozwoju podziemia macierzyństwa zastępczego zdaje się być art. 211a k.k., w skrajnych zaś przypadkach art. 189a k.k. Powyższe nie dotyczy problemów powstających z usługami okołoprokreacyjnymi, jak również nie dotyczy surogacji, niezależnych od pobudek i motywacji, jakie kierują zlecniodawcami i surogatką. W 2013 r.²⁴ powstał projekt Komisji Kodyfikacyjnej, gdzie pojawiła się oczekiwana propozycja zmiany brzmienia art. 221a k.k., który zostałby wzbogacony o dodany § 2, a miał on stanowić, że „Art. 211a § 1. Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, zajmuje się organizowaniem adopcji dzieci wbrew przepisom ustawy, podlega karze pozba-

²² Ustawa z 29.09.1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. z 2011 r. nr 212 poz. 1264 ze zm.). Ustawa obowiązywała do 28.02.2015 r.

²³ Ustawa z 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz.U. z 2017 r. poz. 865 ze zm.), jako pierwszy w Polsce akt legalizujący zabiegi prokreacji medycznie wspomaganey, nie gwarantuje możliwości uzyskania wiedzy o swoim genetycznym pochodzeniu. Dziecko zrodzone w wyniku dawstwa innego niż partnerskie, komórce rozrodczych lub dawstwa zarodka, ma prawo zapoznać się wyłącznie z informacjami dotyczącymi: roku i miejsca urodzenia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka; stanu zdrowia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka; wyników badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddany był kandydat na dawcę przed pobraniem komórek rozrodczych lub kandydaci na dawców zarodka przed utworzeniem zarodka.

²⁴ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego 5.11.2013 r. zakończyła prace nad nowelizacją części ogólnej i szczególnej Kodeksu karnego, prezentując projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, www.bip.ms.gov.pl (dostęp: 19.02.2019 r.).

wienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2. Tej samej karze podlega, kto udziela pomocy lub nakłania inną osobę do przekazania dziecka, wobec którego przysługuje jej władza rodzicielska, w zamian za korzyść majątkową albo w tym celu udziela tej osobie korzyści majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3". Jednak nie została ona wprowadzona w życie, tym samym organy ścigania zostały pozbawione podstawy do tego, by móc w jakikolwiek sposób walczyć z omawianym zjawiskiem. Jednakże w mojej ocenie nie zamknęłoby to drogi do możliwości stosowania umów o usługę surogacyjną ze względów altruistycznych, kiedy matka zastępcza nie otrzymuje żadnego wynagrodzenia, jedynie zwracane są jej koszty związane z ciążą i porodem, a tego bezpośrednią korzyścią majątkową autor nie nazywa. Komisja Kodyfikacyjna proponowała wprowadzenie odpowiedzialności karnej za działania mające na celu skłonienie osoby, której przysługuje władza rodzicielska, do przekazania dziecka poddanego tej władzy innej osobie w zamian za korzyść majątkową (projektowany art. 211a § 2 k.k.). Była to reakcja na pojawiające się coraz częściej zjawisko wykorzystywania trudnej sytuacji majątkowej kobiet, decydujących się ze względów finansowych na usługę surogacji lub też przekazanie własnych dzieci poza zwykłymi procedurami adopcyjnymi. Należy pamiętać, że przedmiotem ochrony w proponowanej zmianie było dobro dziecka, przy równoczesnym dbaniu o porządek publiczny. Bezspeczne jest, że dobro dziecka jest dobrem najwyższym w najmniejszej jednostce społecznej, jaką jest rodzina. Ustawodawca podjął kolejną próbę wyznaczenia granicy, tuż przy zakazie handlu organami, dotyczącą wyznaczenia ram dysponowania przez kobiety swoim ciałem – jednak bezskutecznie. Dlatego za w pełni uzasadnione uważam rzetelne zastanowienie się nad przyszłymi konsekwencjami zmian prawa dotyczącego prokreacji. Dynamiczny rozwój zjawisk prawu do tej pory nieznanymi powoduje coraz mniejszą przejrzystość współczesnych systemów prawa. Znamiennej tendencją jest ogólnikowe ujmowanie norm prawnych poprzez częste odsyłanie do norm pozaprawnych, np. „dobrych obyczajów”, „norm etyki zawodowej” czy też „zasad współżycia społecznego”. Powoduje to rozszerzanie procesu stanowienia prawa na organy stosujące prawo oraz na doktrynę prawniczą²⁵. Nowe prawo powinniśmy tworzyć z należytą rozważą, niepochoinnie i tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne²⁶. Każde nowe rozwiązanie musi być zharmonizowane z obowiązującymi przepisami materialnymi, procesowymi i ustrojowymi, musi być także w zgodzie z prawem Unii Europejskiej i postanowieniami umów międzynarodowych ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską. Jak podają badacze nauki legislacyjnej, nie można narazić się na rewolucyjność, by nie burzyć obowiązującego dotychczas systemu prawa, a tym samym nie zmuszać obywateli do znacznej modyfikacji zachowań²⁷. Na tle aktualnej sytuacji politycznej w Polsce należy zauważyć, że pochoinnie ustawodawcza powoduje destabilizację życia obywateli, spadek zaufania do racjonalnego ustawodawcy, a przede wszystkim godzi w wypracowany demokratyczny system wartości państwa prawa. Przy dokonywaniu zmian związanych z dewaluacją prawa, będącą efektem róż-

²⁵ A. Kiebała, *Współczesne problemy legislacji (w:) Prawo wobec wyzwań cywilizacji*, red. M. Grzybowski, Rzeszów 1999, s. 43.

²⁶ A. Kiebała, *Współczesne problemy...*, s. 43-44.

²⁷ A. Kiebała, *Współczesne problemy...*, s. 43-44.

norodnych procesów społecznych i potrzeb obywateli dotyczących regulacji przepisów mówiących o prokreacji, należy wskazać, że prawo nie nadąża tutaj za rzeczywistością. Pozostaje zaakceptować fakt, że prawo należy stale nowelizować. Istnieje kategoria zachowań, które możemy dostosować do prawa dopiero po ujawnieniu się ich w życiu społecznym i spowodowaniu tym samym niepożądanych stanów faktycznych²⁸.

PODSUMOWANIE

W odczuciu powszechnym zasada dobra dziecka najpewniej zostaje zrealizowana poprzez zapewnienie wychowania dziecka w rodzinie naturalnej, zwłaszcza gdy dzieckiem opiekują się rodzice biologiczni. Jak wskazał prof. Marek Safjan, były prezes Trybunału Konstytucyjnego, macierzyństwo biologiczne jest najczęściej przyjmowanym na świecie rozwiązaniem ze względu na więź biologiczną oraz emocjonalną, która tworzy się między dzieckiem a kobietą, która je rodzi. W opinii Trybunału Konstytucyjnego²⁹ taki pogląd nie oznacza absolutnego prymatu „rodziny naturalnej i więzi biologicznej jako podstawy kształtowania stosunków rodzinnych” nad innymi formami stosunków rodzinnych. W niektórych sytuacjach dobro dziecka może wymagać ochrony stosunków rodzinnych opartych na innego typu więzi niż biologiczna (np. przysposobienie, rodzina zastępcza, ustabilizowane relacje rodzinne). Ukształtowanie sytuacji rodzinnej powinno mieć na celu „przede wszystkim interes małoletniego związany z zapewnieniem odpowiednich warunków wychowania i rozwoju”³⁰. Akcentując jednocześnie, że aktualne milczenie ustawodawcy, który nie dokonał penalizacji usługi o urodzenie ani nie doregulował przepisów pozwalających na jej stosowanie, pozostaje nieakceptowalnym rozwiązaniem. Niezależnie od legalizacji czy też penalizacji macierzyństwa zastępczego, zwracając uwagę na nieocenione postępy genetyki, postuluję, aby w imię równości praw kobiet i mężczyzn o ustalaniu macierzyństwa decydowały także testy DNA, analogicznie jak ma to miejsce w postępowaniach o ustalenie ojcostwa. Kolejnym z sugerowanych, a możliwym rozwiązaniem dla polskiego ustawodawcy, który nie zdecydowałby się na pełną penalizację usługi lub „prośby” o urodzenie dziecka, byłaby możliwość dopuszczalności wynajmowania brzucha wyłącznie z czysto altruistycznych pobudek, kiedy kobieta rodząca nie robi tego pod żadnym przymusem, w tym finansowym. Za wzór mogą posłużyć nam sprawnie działające ustawodawstwa innych państw, o zbliżonych porządkach prawnych i porównywalnym poziomie zapatrywań na problemy socjologiczno-społeczne. Okres prenatalny nie decyduje o związkach uczuciowych, a świadczą o tym miliony szczęśliwych dzieci wychowywanych przez rodziców socjologicznych. Pragnienie posiadania dziecka nie usprawiedliwia czynów godzących w godność drugiego człowieka i nie może być wartością wyższą aniżeli prawa przysługujące przychodzącemu na świat w drodze umowy dziecku.

²⁸ A. Kiebała, *Współczesne problemy...*, s. 44–55.

²⁹ Wyrok TK z 28.04.2003 r. (K 18/02), OTK ZU 2003/4A, poz. 32, Legalis nr 56665.

³⁰ Wyrok TK z 28.04.2003 r. (K 18/02), OTK ZU 2003/4A, poz. 32, Legalis nr 56665.

ABSTRACT

Paulina Witczak-Bruś – Agreement for brith of baby surrogate moterhood as a problem conterporary legislator

This article is devoted to the topic of surrogacy, an event when the baby is delivered under the agreement it is the subject of. Analysing current legislation, the would be legislative amendments and expectations from nowadays medicine, the need to penalise the agreements concerning babies delivery should be considered. The conducted analysis allows for conclusion that the issue of surrogacy in nowadays world is seen as a legal and social problem, whilst ethical controversy is within the risk of surrogacy existence. There is an area of life now in which law ceased to be successful, which decides on the necessity to amend legislation so that it clearly protects values protected by the Constitution and common social order.

Keywords: *surrogacy, surrogates, marital status law, adoption, human trafficking*

Paulina Witczak-Bruś

The author is an advocate (District Bar Council in Krakow), CEO&Founder – a law company Paulina Witczak-Bruś in Cracow, PhD student in the Department of Criminal Law at the Jagiellonian University.

Paulina Witczak-Bruś

Autorka jest adwokatem (ORA w Krakowie), zarządzającą Kancelarią Adwokacką Paulina Witczak-Bruś w Krakowie, doktorantką w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Gałązka Małgorzata, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2005, s. 44.

Kiebała Andrzej, *Współczesne problemy legislacji (w:) Prawo wobec wyzwań cywilizacji*, red. M. Grzybowski, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie” 1999/5

Krzemiński Tomasz, *Ludzki embrion. Czy ma prawo do życia?*, Wydawnictwo św. Stanisława BM, Kraków 2011

Safjan Marek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449¹¹*, K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2005

Stepulak Marian Zdzisław, *Zaburzenia relacyjności systemu rodzinnego jako podstawowy problem moralny i społeczny (w:) Socjologia religii. Moralność*

współczesnego społeczeństwa polskiego. Założenia i rzeczywistość, red. J. Baniak, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza. Wydział Teologiczny, Poznań 2008

Szyncel Katarzyna, *Sztuczne zapłodnienie*, Wydawnictwo św. Stanisława BM, Kraków 2010

Terlikowski Tomasz, *Moralny totalitaryzm*, Fronda PL, Warszawa 2006

Tomczyk Martyna, *Macierzyństwo za pieniądze*, „Służba Zdrowia” 2010/93–100, http://www.sluzbazdrowia.com.pl/artukul.php?numer_wydania=3994&art=2

Glosy

Paweł Daniluk

OBJĘCIE ZAKRESEM ART. 218 § 1A K.K. TYLKO OSÓB BĘDĄCYCH PRACOWNIKAMI W ROZUMIENIU KODEKSU PRACY – GŁOSA DO UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 20.09.2018 R. (I KZP 5/18)

W glosie zaprezentowano krytyczne uwagi wobec stanowiska Sądu Najwyższego, zgodnie z którym pracownikiem w rozumieniu art. 218 § 1a Kodeksu karnego jest osoba pozostająca w stosunku pracy opisanym w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. W opozycji do tego stanowiska podjęto próbę wykazania, że użyte w art. 218 § 1a k.k. pojęcie „pracownik” przybiera różne znaczenie w zależności od tego, czy chodzi o naruszanie praw pracownika wynikających z ubezpieczenia społecznego, czy też o naruszanie praw pracownika wynikających ze stosunku pracy.

Uchwała Sądu Najwyższego z 20.09.2018 r. (I KZP 5/18)

Zakresem art. 218 § 1a Kodeksu karnego objęte są tylko osoby będące pracownikami w rozumieniu art. 2 Kodeksu pracy i art. 22 § 1 i § 1¹ Kodeksu pracy, a więc osoby zatrudnione na warunkach charakterystycznych dla stosunku pracy, niezależnie od nazwy zawartej przez strony umowy; ustaleń w tym zakresie dokonuje w procesie karnym sąd, zgodnie z zasadą jurysdykcyjnej samodzielności wyrażoną w art. 8 § 1 Kodeksu postępowania karnego.

Analizę i ocenę głosowanej uchwały¹ warto poprzedzić przypomnieniem o innej uchwale SN, podjętej 15.12.2005 r.² Obie te uchwały dotyczyły czynów zabronionych stypizowanych w rozdziale XXVIII Kodeksu karnego³ „Przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową”. Przy czym uchwała z 15.12.2005 r. odnosiła się do czynu zabronionego z art. 220 § 1 k.k., głosowana uchwała zaś – do czynu zabronionego z art. 218 § 1a k.k. Zarówno art. 220 § 1 k.k., jak i art. 218 § 1a k.k. *expressis verbis* stanowią o pracowniku. W pierwszym z tych przepisów mowa o narażeniu pracownika na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w wyniku niedopełnienia przez osobę zobowiązaną obowiązku z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy. Z kolei w przepisie drugim mowa o złośliwym lub uporczywym naruszaniu praw pracownika wynikających ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego przez osobę wykonującą czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. W uchwale z 15.12.2005 r. stwierdzono, że „Przedmiotem ochrony są w normach zawartych w art. 220 k.k. prawa osoby pozostającej w stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy⁴, a więc w takim stosunku, jaki – uwzględniając jego rzeczywiste cechy – jest lub powinien być nawiązany przez dokonanie jednej z czynności prawnych określonych w art. 2 k.p.”. Tym samym SN przyjął, że pracownikiem w rozumieniu art. 220 § 1

k.k. jest – najogólniej rzecz ujmując – osoba (fizyczna) pozostająca w stosunku pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 k.p. Taka wykładnia jest prawidłowa i w konsekwencji zasługuje na aprobatę⁵.

Na gruncie art. 220 § 1 k.k. należy zatem odrzucić prezentowane niekiedy interpretacje odmienne. I tak nie zasługuje na akceptację wąskie ujęcie znaczenia pojęcia pracownika, ograniczające je do osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę, co odpowiada definicji pracownika wynikającej z art. 2 k.p.⁶ Wadliwe jest również szerokie rozumienie pojęcia pracownika, zgodnie z którym pracownikiem jest nie tylko osoba pozostająca w stosunku pracy, lecz także każda inna osoba wykonująca osobiście pracę zarobkową, choćby nie posiadała ona zdolności pracowniczej. Do kategorii tej zaliczają się więc – według omawianej interpretacji – i ci, którzy nie są pracownikami w rozumieniu art. 2 i art. 22 § 1 k.p., np. osoby pracujące na podstawie prawidłowo zawartych umów cywilnoprawnych⁷. Szersza krytyka tych dwóch sposobów rozumienia pojęcia pracownika na gruncie art. 220 § 1 k.k. została zawarta w innym miejscu⁸. Tu należy jedynie przypomnieć, że przy ustalaniu zakresu znaczeniowego pojęcia „pracownik” w rozumieniu

¹ Uchwała SN z 20.09.2018 r. (I KZP 5/18), Legalis nr 1822231.

² Uchwała SN z 15.12.2005 r. (I KZP 34/05), OSNKW 2006/1, poz. 2.

³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.), dalej k.k.

⁴ Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2018 r. poz. 917 ze zm.), dalej k.p.

⁵ Szerzej zob. P. Daniluk, W. Witoszko, *Glosa do uchwały SN z 15.12.2005 r.* (I KZP 34/05), „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006/7–8, s. 437–439.

⁶ Tak np. J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1998, s. 389.

⁷ Tak np. W. Wróbel (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2008, t. II, s. 858–859, 883–884.

⁸ Zob. P. Daniluk, W. Witoszko, *Glosa...*, s. 437 i n.; P. Daniluk (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018, s. 1508–1509.

art. 220 § 1 k.k. należy uwzględnić art. 22 § 1 k.p., w myśl którego przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Jak natomiast wynika z art. 22 § 1¹ k.p., zatrudnienie w powyższych warunkach jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy. Pozwala to na objęcie pojęciem pracownika także tych osób, które formalnie nie są zatrudnione na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę (art. 2 k.p.), lecz w rzeczywistości – wykonując czynności na podstawie różnych, najczęściej pozornych, umów cywilnoprawnych (np. umowa zlecenia, umowa o dzieło) – świadczą pracę w ramach stosunku pracy⁹. Zatem pracownikiem w rozumieniu art. 220 § 1 k.k. jest każda osoba fizyczna pozostająca w stosunku pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 k.p., bez względu na to, czy stosunek ten nawiązany został na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Wobec tego nie można uznać za pracowników w rozumieniu art. 220 § 1 k.k. osób pozostających w tzw. niepracowniczych stosunkach zatrudnienia, do których zalicza się: niepracownicze zatrudnienie typu ustrojowego (dotyczące osób wykonujących pracę w charakterze

organów państwowych – np. Prezydenta RP), niepracownicze zatrudnienie typu administracyjnoprawnego (dotyczące tzw. służb mundurowych – np. funkcjonariuszy Policji, Straży Granicznej, Służby Więziennej), niepracownicze zatrudnienie typu penalnego (dotyczące części skazanych świadczących pracę podczas odbywania kary pozbawienia wolności) oraz niepracownicze zatrudnienie typu cywilnoprawnego (dotyczące osób świadczących pracę na podstawie rzeczywistych umów prawa cywilnego)¹⁰.

W uchwale z 20.09.2018 r. SN, będąc pod silnym wpływem – o czym świadczy uzasadnienie głosowanego judykatu – trafnych ustaleń poczynionych w uchwale z 15.12.2005 r., przyjął, że „zakresem art. 218 § 1a k.k. objęte są tylko osoby będące pracownikami w rozumieniu art. 2 k.p. i art. 22 § 1 i § 1¹ k.p., a więc osoby zatrudnione na warunkach charakterystycznych dla stosunku pracy, niezależnie od nazwy zawartej przez strony umowy”. Tym samym uznał, analogicznie jak to miało miejsce w uchwale z 15.12.2005 r., że pracownikiem jest osoba pozostająca w stosunku pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 k.p. Tyle tylko, że tym razem ustalenie to zostało poczynione na gruncie art. 218 § 1a k.k., nie zaś – jak w sprawie I KZP 34/05 – art. 220 § 1 k.k.

Problem jednak w tym, że proste i niejako automatyczne przeniesienie trafnych ustaleń uchwały z 15.12.2005 r. dotyczącej art. 220 § 1 k.k. na grunt art. 218 § 1a k.k. nie jest *de lege lata* możliwe. Kwestia ta jawi się jako dużo bardziej skomplikowana, niż przyjął to SN w głosowanej uchwale,

⁹ Zob. P. Daniluk (w:) *Kodeks...*, s. 1508; a także P. Daniluk, W. Witoszko, *Glosa...*, s. 437–438; A. Tomporek, *Przedmiot ochrony prawnokarnej i podmioty przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową* (art. 219 – 221 k.k.), „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2002/8, s. 28, 35.

¹⁰ P. Daniluk (w:) *Kodeks...*, s. 1509. Zob. też B. Ćwiertniak (w:) *Prawo pracy*, red. K.W. Baran, Kraków 2005, s. 172–174; W. Sanetra, *Prawo pracy. Zarys wykładu*, Białystok 1994, t. I, s. 54–62.

stwierdzając – z dużą pewnością siebie – że „treść art. 218 § 1a k.k. nie stanowi konstrukcji o charakterze szczególnie skomplikowanym semantycznie, a użyta w tzw. otoczeniu normatywnym tego przepisu terminologia prawnicza nie wskazuje na istnienie ponadprzeciętnego problemu wykładniczego”.

Przede wszystkim należy odnotować, na co słusznie zwrócił uwagę SN w uchwale z 15.12.2005 r., że w tytule rozdziału XXVIII k.k. operuje się szeroką formułą odwołującą się do osób wykonujących pracę zarobkową, nie zaś do węższego pojęcia pracownika. Formuła ta, określająca rodzajowy przedmiot ochrony przepisów typizujących pomieszczonych w rozdziale XXVIII k.k., jest w pełni uzasadniona. Wszak przepisy te chronią prawa różnych podmiotów (innymi słowy, w tym zakresie ich przedmiot ochrony nie jest taki sam). Pozostawiając na chwilę art. 218 k.k. na boku, można przykładowo wskazać, że art. 218a k.k. chroni prawo do odpoczynku zarówno pracownika, jak i zatrudnionego (w przepisie tym *expressis verbis* mowa o tych dwóch kategoriach)¹¹, z kolei art. 219 k.k. chroni prawo osoby wykonującej pracę zarobkową (objętej ubezpieczeniem społecznym) do otrzymania należnych świadczeń z ubezpieczenia społecznego w odpowiedniej wysokości¹². W takim stanie rzeczy, jak zasadnie zauważa SN w uchwale z 15.12.2005 r., zachodzi „konieczność logicznego uogólnienia przedmiotu ochrony w tytule rozdziału”, tak aby objąć nim wszystkie przedmioty ochrony „indywidualizowane w poszczególnych normach tego rozdziału”. Jak wywodzi dalej SN w cytowanej uchwale: „Określony w tytule przedmiot ochrony może być

zatem przesłanką wskazującą na granice tego zakresu i może więc służyć do rozpoznania tej granicy w wypadku wątpliwości, których nie usuwa określenie przedmiotu ochrony w danej normie – lecz nie może uzasadniać twierdzenia, że przedmiot ochrony każdej zamieszczonej w rozdziale normy jest identyczny co do zakresu i odpowiadający treści skategoryzowanej w tytule rozdziału. Zakres ochrony udzielanej dobru prawnemu przez określoną normę prawa karnego ustalany być musi – z zasadniczych, gwarancyjnych względów – przede wszystkim z uwzględnieniem znaczenia pojęć, których użyto dla sprecyzowania znamion czynu zabronionego”. Innymi słowy, wykładnia znamion czynów zabronionych zawartych w rozdziale XXVIII k.k., dokonywana w taki sposób, aby obejmowały one ochroną prawa osoby wykonujące pracę zarobkową (czyli nie tylko pracowników w rozumieniu Kodeksu pracy), dopuszczalna jest w wypadkach tych typów, w których ustawodawca nie określił przedmiotu ochrony w sposób odmienny¹³.

Gdyby w glosowanej uchwale SN zwrócił baczniejszą uwagę na powyższe kwestie, to – jak się wydaje – uniknąłby błędu polegającego na prostym przeniesieniu trafnych ustaleń uchwały z 15.12.2005 r. dotyczących art. 220 § 1 k.k. na grunt art. 218 § 1a k.k. Wszak zaprezentowane wyżej ustalenia, wyeksponowane w uchwale SN z 15.12.2005 r., nakazują mieć na względzie dwa zasadnicze elementy. Po pierwsze, przedmiot ochrony poszczególnych przepisów typizujących z rozdziału XXVIII k.k. nie jest taki sam, a tym samym przepisy te mogą udzielać (i udzielają) ochrony pra-

¹¹ Zob. P. Daniluk (w:) *Kodeks...*, s. 1500–1501.

¹² Zob. P. Daniluk (w:) *Kodeks...*, s. 1504.

¹³ P. Daniluk (w:) *Kodeks...*, s. 1509. Zob. też Z. Siwik (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2008, s. 893–894.

wom różnych podmiotów. Po drugie, to przede wszystkim sposób ujęcia znamion poszczególnych typów czynów zabronionych z rozdziału XXVIII k.k. określa krąg podmiotów, których prawa są chronione w przepisach typizujących.

Wobec powyższego SN w głosowanej uchwale powinien, przed skorzystaniem z ustaleń uchwały z 15.12.2005 r., szczegółowo zbadać znamiona art. 218 § 1a k.k. i ustalić, jak mają się one do znamion art. 220 § 1 k.k. Tego w głosowanej uchwale zabrakło. Tymczasem znamiona art. 218 § 1a k.k. wskazują, że użyte w tym przepisie pojęcie pracownika nie ma identycznego znaczenia, jak pojęcie pracownika z art. 220 § 1 k.k.

Brzmienie art. 218 § 1a k.k. nie pozostawia wątpliwości, że chroni on prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego, a więc prawa mające swoje źródło w stosunku pracy lub stosunku ubezpieczenia społecznego. Precyzując, należy wskazać, że przez prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy należy rozumieć te prawa, które przysługują pracownikowi w związku z zobowiązaniowym stosunkiem prawnym łączącym go z pracodawcą i stanowią odpowiednik obowiązków tego ostatniego. Mogą one wynikać z zapisów konkretnej umowy o pracę, jak również z przepisów (postanowień) o charakterze generalnym, których adresatem są wszyscy pracownicy lub ich określone grupy (zob. art. 9 k.p.). Owe przepisy (postanowienia) zawarte są w powszechnie obowiązujących aktach prawnych (Konstytucji RP, umowach międzynarodowych, ustawach, rozporządzeniach) oraz w źródłach właściwych tylko prawu pracy (układach zbiorowych pracy, porozumieniach zbiorowych, regulaminach pracy, regulaminach wynagradzania,

statutach). Z kolei przez pojęcie praw pracownika wynikających z ubezpieczenia społecznego rozumieć należy te prawa, które przysługują pracownikowi na mocy trójstronnego stosunku ubezpieczenia społecznego, łączącego go jako ubezpieczonego z pracodawcą (płatnikiem składek) i ubezpieczycielem (ZUS). Warto odnotować, że ubezpieczenie społeczne pracownika w porównaniu z innymi grupami ubezpieczonych jest najpełniejsze i obejmuje wszystkie jego rodzaje, a więc: ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenia rentowe, ubezpieczenie w razie choroby i macierzyństwa (tzw. ubezpieczenie chorobowe), ubezpieczenie z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (tzw. ubezpieczenie wypadkowe). Prawa pracownika wynikające z ubezpieczenia społecznego są ściśle skorelowane z obowiązkami płatnika składek oraz ubezpieczyciela i dotyczą przede wszystkim zgłoszenia pracownika do ubezpieczenia, opłacania składek, ustalania prawa do świadczeń, a także wypłacania świadczeń¹⁴.

Mając powyższe na uwadze, trzeba stwierdzić, że użyte w art. 218 § 1a k.k. pojęcie „pracownik” przybiera różne znaczenie w zależności od tego, czy chodzi o naruszenie praw pracownika wynikających z ubezpieczenia społecznego, czy też o naruszenie praw pracownika wynikających ze stosunku pracy. Takie odczytanie art. 218 § 1a k.k. znajduje uzasadnienie w wykładni systemowej. W związku z tym, że Kodeks karny nie definiuje pojęcia pracownika, przy ustalaniu jego znaczenia należy odwołać się do tej gałęzi prawa, gdzie ma ono swoje naturalne i niejako pierwotne

¹⁴ Zob. P. Daniluk (w:) *Kodeks...*, s. 1494–1495 i przywołana tam literatura.

zakorzenie¹⁵. W wypadku pracownika i jego praw wynikających ze stosunku pracy tą gałęzią prawa jest prawo pracy. Natomiast w wypadku pracownika i jego praw wynikających z ubezpieczenia społecznego tą gałęzią prawa jest prawo ubezpieczeń społecznych.

W konsekwencji w zakresie naruszania praw pracownika wynikających z ubezpieczenia społecznego jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o sposób rozumienia analizowanego pojęcia udziela art. 8 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych¹⁶, która to ustawa jest podstawowym aktem prawnym dla wszystkich rodzajów ubezpieczeń społecznych. Przepis ten stanowi, że za pracownika uważa się osobę pozostającą w stosunku pracy (ust. 1), a także osobę wykonującą pracę na podstawie umowy agencyjnej, umowy zlecenia lub innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, albo umowy o dzieło, jeżeli umowę taką zawarła z pracodawcą, z którym pozostaje w stosunku pracy, lub jeżeli w ramach takiej umowy wykonuje pracę na rzecz pracodawcy, z którym pozostaje w stosunku pracy (ust. 2a). Przy czym należy mieć na uwadze, że użyte w art. 8 ust. 1 i 2a u.s.u.s. wyrażenie „stosunek pracy” oznacza – zgodnie z jego definicją ustawową zawartą w art. 22 § 1 k.p. – stosunek prawny, przez nawiązanie którego pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrud-

niania pracownika za wynagrodzeniem. Jeżeli natomiast chodzi o rozumienie pojęcia „pracownik” w kontekście naruszania praw pracownika wynikających ze stosunku pracy, to – z uwagi na brak szczególnej regulacji w tym zakresie – należy się odwołać do jego znaczenia przyjętego na gruncie prawa pracy. Zgodnie z nim pracownikiem jest każda osoba fizyczna pozostająca w stosunku pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 k.p., bez względu na podstawę jego nawiązania. Pojęciem tym nie są więc objęte osoby wykonujące pracę na podstawie umowy agencyjnej, umowy zlecenia lub innej umowy o świadczenie usług, wskazane w art. 8 ust. 2a u.s.u.s.¹⁷

Powyższe uświadamia, że na **gruncie art. 218 § 1a k.k. pojęcie „pracownik” powinno być rozumiane inaczej w kontekście naruszania jego praw wynikających z ubezpieczenia społecznego, inaczej zaś w kontekście naruszania jego praw wynikających ze stosunku pracy. W głosowanej uchwale dyferencjacji tej nie dostrzeżono i – bazując na ustaleniach uchwały z 15.12.2005 r. dotyczącej art. 220 § 1 k.k. – przyjęto, że, najogólniej rzecz ujmując, pracownikiem jest osoba pozostająca w stosunku pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 k.p. To zaś jest prawidłowe tylko w kontekście naruszania praw pracownika wynikających ze stosunku pracy, pomija natomiast równie istotny kontekst naruszania jego praw wynikających z ubezpieczenia społecznego.**

Wskazana wadliwość głosowanej uchwały nie znajduje usprawiedliwienia w realiach sprawy zawisłej przed sądem występującym z zagadnieniem prawnym (z dokonanego przez SN opisu wynika, że w sprawie tej chodzi o „naruszenie praw pracowniczych wynikających ze stosunku pracy”). Wszak ustalenia tej uchwały mają

¹⁵ Zob. P. Daniluk, W. Witoszko, *Glosa...*, s. 437.

¹⁶ Ustawa z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 300 ze zm.), dalej u.s.u.s.

¹⁷ P. Daniluk (w:) *Kodeks...*, s. 1495.

charakter ogólny i wyraźnie odnoszą się do całej zawartości normatywnej art. 218 § 1a k.k., obejmującej naruszenie praw pracownika wynikających zarówno ze stosunku pracy, jak i ze stosunku ubezpieczenia społecznego. Dość wskazać, że SN w podjętej uchwale nie dokonuje żadnej dyferencjacji i ogólnie stwierdza: „Zakresem art. 218 § 1a k.k. objęte są tylko osoby będące pracownikami w rozumieniu art. 2 k.p. i art. 22 § 1 i § 1¹ k.p., a więc osoby

zatrudnione na warunkach charakterystycznych dla stosunku pracy, niezależnie od nazwy zawartej przez strony umowy”. Konieczne zróżnicowanie rozumienia pojęcia „pracownik” (w zależności od tego, czy chodzi o naruszenie praw wynikających ze stosunku pracy, czy też o naruszenie praw wynikających z ubezpieczenia społecznego) nie wybrzmiewa również w żadnym fragmencie uzasadnienia glosowanej uchwały.

ABSTRACT

Paweł Daniluk – *Covering the scope of art. 218 § 1a k.k. only employees who are employees within the meaning of the Labor Code – gloss to the resolution of the Supreme Court of 20/09/2018 (I KZP 5/18)*

The gloss is devoted to the problem of the interpretation of Article 218 (1a) of the Criminal Code. The basic issue is the way of understanding the term ‘employee’ used in this article. In the analyzed judgment the Supreme Court stated that an employee within the meaning of Article 218 (1a) of the Criminal Code is a person remaining in an employment relationship (Article 22 (1) of the Labor Code). This statement was critically analyzed.

Keywords: *Criminal Code, employee, employment relationship*

dr hab. Paweł Daniluk

Author is a professor in the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences.

dr hab. Paweł Daniluk

Autor jest profesorem nadzwyczajnym Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Ćwiertniak Bolesław (w:) *Prawo pracy*, red. K.W. Baran, Zakamycze, Kraków 2005

Daniluk Paweł (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, C.H. Beck, Warszawa 2018

- Daniluk Paweł, Witoszko Wioletta**, *Glosa do uchwały SN z 15.12.2005 r. (I KZP 34/05)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006/7–8
- Sanetra Walerian**, *Prawo pracy. Zarys wykładu*, Temida2, Białystok 1994, t. 1
- Siwik Zygfryd** (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, LexisNexis, Warszawa 2008
- Tompson Aleksandra**, *Przedmiot ochrony prawnokarnej i podmioty przestępstw przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową (art. 219 – 221 k.k.)*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2002/8
- Wojciechowski Janusz**, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Librata, Warszawa 1998
- Wróbel Włodzimierz** (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. A. Zoll, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, t. 2

Pojęcia kluczowe:

środek tymczasowy, zasada kompetencji przyznanych, skarga na naruszenie zobowiązań państwa członkowskiego, Trybunał Sprawiedliwości UE, spory unijne

Glosy

Konrad Zawodziński

ZARZĄDZENIE ŚRODKÓW TYMCZASOWYCH W SPRAWIE ZE SKARGI KOMISJI EUROPEJSKIEJ DOTYCZĄCEJ PUSZCZY BIAŁOWIESKIEJ – GŁOSA DO POSTANOWIENIA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ Z 20.11.2017 R., C-441/17 R KOMISJA P. POLSCE

W niniejszej glosie omówiono postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o zastosowaniu środków tymczasowych przeciwko Polsce w związku ze sprawą, której materia (ochrona środowiska) należy do sfery kompetencji dzielonych. Środki były szczegółowo określone, nie miały charakteru generalnego zakazu naruszeń lub nakazu przestrzegania prawa unijnego. Głosa jest częściowo krytyczna co do orzekania przez Trybunał, przynajmniej w sprawach, których materia nie należy do kompetencji wyłącznych, specyficznych środków tymczasowych, które nie mogą zostać ustanowione w wyroku kończącym postępowanie.

Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 20.11.2017 r.
w sprawie C-441/17 R *Komisja p. Polsce*

Sędzia orzekający w przedmiocie środków tymczasowych może w szczególności tymczasowo skierować odpowiednie nakazy do drugiej strony (...). Artykuł 279 TFUE przyznaje zatem Trybunałowi kompetencję do zarządzenia jakiegokolwiek środka tymczasowego, który Trybunał uzna za niezbędny dla zagwarantowania

pełnej skuteczności ostatecznego orzeczenia. (...) Chociaż zatem zakres postępowania w przedmiocie środka tymczasowego na podstawie art. 279 TFUE jest ograniczony jego charakterem akcesoryjnym względem postępowania głównego i tymczasowym charakterem środków, które mogą zostać przyjęte w jego wyniku, to jednak charakteryzuje się on rozmiarem prerogatyw przyznanych sędziemu orzekającemu w przedmiocie środków tymczasowych celem umożliwienia mu zapewnienia pełnej skuteczności ostatecznego orzeczenia. (...) W tym celu (...) jest on w szczególności uprawniony (...) do tego, by przewidzieć nałożenie kary pieniężnej na państwo członkowskie, na wypadek gdyby nie przestrzegało ono zarządzonych środków tymczasowych.

Sytuacja dotycząca Puszczy Białowiejskiej budziła powszechne zainteresowanie zarówno w kręgach osób zajmujących się profesjonalnie ochroną środowiska naturalnego, jak i wśród niefachowych odbiorców materiałów dostępnych w środkach masowego przekazu. Jednym z obszarów nieczęstych kontrowersji było postanowienie o zastosowanie środków tymczasowych, wydane przez unijny Trybunał Sprawiedliwości. Orzeczenie o zabezpieczeniu zapadło w sprawie ze skargi Komisji Europejskiej przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej¹, wniesionej w trybie art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej², o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przez Komisję Europejską; w tym postępowaniu Komisja żądała ustalenia, że Rzeczpospolita uchybiła ciężącym na niej obowiązkom wynikającym z dyrektywy 92/43/EWG (tzw. dyrektywy siedliskowej)³ i dyrektywy 2009/147/WE (tzw. dy-

rektywy ptasiej)⁴ w odniesieniu do Puszczy Białowiejskiej.

Dystansując się od sporów politycznych oraz uznając ograniczenia swoich kompetencji w dziedzinie ochrony przyrody, należy skupić się na prawnych walorach tego postanowienia. Jako centralne zagadnienie jawi się, czy, a jeżeli tak, w jaki sposób, dopuszczalne jest zarządzenie środków tymczasowych w sprawie ze skargi Komisji Europejskiej przeciwko państwu członkowskiemu. Zagadnieniu temu, dotyczącemu w istocie określenia kompetencji Trybunału i niepogłębionemu przez skład orzekający, poświęcono najwięcej uwagi w głosie. Dzieje się tak przede wszystkim dlatego, że przy ocenie wiarygodności skargi (widoków na jej powodzenie) czy pilności w ustanowieniu środka tymczasowego Trybunał nawiązał do ugruntowanego stanowiska unijnej judykatury.

Postanowieniem z 20.11.2017 r., wydanym w sprawie C-441/17 R, Trybunał Sprawiedliwości (wielka izba) zarządził

¹ Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości UE z 20.11.2017 r. w sprawie C-441/17 R *Komisja p. Polsce*, ECLI:EU:C:2017:877.

² Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej podpisany w Rzymie 25.03.1957 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/2), dalej TFUE.

³ Dyrektywa Rady 92/43/EWG z 21.05.1992 r. w sprawie ochrony siedlisk przyrodniczych

oraz dzikiej fauny i flory (Dz.Urz. UE L 206, s. 7–50, <http://data.europa.eu/eli/dir/1992/43/oj>)

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/147/WE z 30.11.2009 r. w sprawie ochrony dzikiego ptactwa (Dz.Urz. UE L 20, s. 7–25, <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/147/oj>)

zastosowanie środków tymczasowych do czasu wydania w sprawie wyroku. Środki te obejmowały ustanowienie zakazu aktywniej gospodarki leśnej, której przejawy (działania) uregulowano w decyzji Ministra Środowiska Rzeczypospolitej Polskiej z 25.03.2016 r.⁵ oraz decyzji nr 51 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z 17.02.2017 r.⁶, oraz nakazu powiadomienia Komisji Europejskiej o podjętych środkach w celu wykonania postanowienia Trybunału. Postanowienie zawierało dozwolone odstępstwo od zakazu w wąsko określonym zakresie, niezbędnym do zapewnienia bezpieczeństwa publicznego osób. Postanowienie to poprzedzało postanowienie Wiceprezesa Trybunału o wstępnym udzieleniu tymczasowej ochrony prawnej, wydane przed przedstawieniem uwag strony zobowiązanej (pозwanej).

ŚRODEK TYMCZASOWY – UWAGI WPROWADZAJĄCE

W prawie Unii Europejskiej środek tymczasowy może polegać na wstrzymaniu wykonania decyzji Komisji Europejskiej (art. 278 TFUE *in fine*) lub przybrać inną treść, jeżeli tak w danej sprawie uzna Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (art. 279 TFUE). Katalog środków

tymczasowej ochrony prawnej (sposobów zabezpieczenia) jest zatem otwarty⁷, a prawo pierwotne dokonuje jedynie ich egzemplifikacji.

Niezależnie od treści środka niezmiennie pozostają jego przesłanki. Ustanowienie tymczasowej ochrony prawnej wymaga spełnienia dwóch przesłanek oraz dokonania przez sędziego rozpoznającego wniosek wyważenia interesów stron, co zdaje się w większym stopniu dotyczyć pytania o sposób zabezpieczenia, a nie o jego udzielenie co do zasady. Wydaje się również, że niekoniecznie w sprawach z art. 258 TFUE mamy do czynienia z ważeniem interesów stron *sensu stricto*, lecz swoistym wyważeniem interesu unijnego reprezentowanego przez Komisję oraz własnego, bronionego przez pozwane państwo członkowskie, które może w szczególności argumentować, że w interesie unijnym leży poszanowanie zasady kompetencji przyznanych i pomocniczości. Jest to zatem, przynajmniej w niektórych ze spraw dotyczących naruszenia zobowiązań państwa członkowskiego, niekoniecznie wyłącznie test proporcjonalności, lecz również test subsydiarności.

Pierwsza z przesłanek wymaga, aby skarga miała szanse powodzenia. W głosowanym postanowieniu Trybunał przychylił się do rozumienia, zgodnie z którym w sprawie występuje „istotny spór prawny lub faktyczny, którego rozstrzygnięcie nie nasuwa się od razu, wobec czego skarga w postępowaniu głównym nie jest *prima facie* pozbawiona poważnych podstaw” (głosowane postanowienie, nb 31). Warygodne winno okazać się zatem przynajmniej jedno z zarzucanych przez Komisję naruszeń zobowiązań państwa członkow-

⁵ Biuletyn Informacji Publicznej, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Białymstoku, Nadleśnictwo Białowieża, https://bip.lasy.gov.pl/pl/bip/dg/rdlp_bialystok/nadl_bialowieza/plan_urzadzania_lasu/decyzja_ministra (dostęp: 16.02.2019 r.).

⁶ Biuletyn Informacyjny Lasów Państwowych nr 6 (294), czerwiec 2017, Dyrekcja Generalna Lasów Państwowych, Warszawa, <http://www.lasy.gov.pl/pl/pro/publikacje/biuletyn-informacyjny-lasow-panstwowych/2017/bilp-6-2017> (dostęp: 16.02.2019 r.).

⁷ K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford 2014, s. 566.

skiego. Postanowienie wpisuje się zatem w ugruntowane odejście od stosowanego niegdyś testu, który bardziej rygorystycznie wymagał, aby skarga była na pierwszy rzut oka solidnie uzasadniona⁸.

Nie mając wglądu do akt sprawy, autorowi przyjdzie uchylić się od komentarza co do trafności oceny Trybunału wiarygodności żądania Komisji, a w miejsce dyskusji na temat występowania *fumus boni iuris* – odesłać do wydanego później wyroku Trybunału, którym uwzględniono skargę. Trybunał stwierdził w nim uchybienie przez Polskę zobowiązaniom państwa członkowskiego, tj. orzekł zgodnie z żądaniem Komisji. Oczywiście późniejsze uwzględnienie skargi nie przesądza o dostatecznym uprawdopodobnieniu żądań na moment orzekania – w tym przez rozszerzony skład, już w sposób definitywny, po wysłuchaniu strony polskiej – o środkach tymczasowych.

Niezbędną przesłanką jest również pilność, rozumiana jako groźba poważnej i nieodwracalnej szkody (*periculum in mora*), tj. takiej szkody, której nie da się naprawić w pieniądzu. Rozumienie tej przesłanki zaprezentowane przez Trybunał koresponduje z ugruntowanym orzecznictwem. Nie wydaje się też zaskoczeniem, że – należycie uwiarygodniony – uszczerbek w środowisku naturalnym o unikatowych właściwościach uznano za poważny oraz niepodlegający naprawieniu w kategoriach monetarnych, a w konsekwencji – nieodwracalny. Istotne przy tym jest doprecyzowanie dokonane przez Trybunał, że mowa tu o szkodzie, do której powstania doszłoby wobec nieudzielenia

tymczasowej ochrony prawnej. Zdaje się to stanowić swoistą odpowiedź Trybunału na argument strony pozwanej o długoletniej praktyce podejmowania działań z zakresu aktywnej gospodarki leśnej i opieszałość Komisji na etapie przedprocesowym.

Dla dalszych wywodów znamienne pozostaje, powtórzone przez skład orzekający za licznymi orzeczeniami, stwierdzenie, że celem postępowania w sprawie środka tymczasowego jest zapewnienie „pełnej skuteczności przyszłego ostatecznego orzeczenia, tak aby uniknąć luk w ochronie prawnej zapewnianej przez Trybunał. Kwestia ta roztrząsana będzie obszerniej” (nb 43 głosowanego postanowienia).

Charakterystyczny w tej sprawie jest również dwustopniowy tryb zarządzania środkiem tymczasowym. Pośrednio wynika on z obowiązywania w postępowaniu dotyczącym tymczasowej ochrony prawnej reguły wysłuchania obowiązanego przed udzieleniem zabezpieczenia (por. art. 84 Regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości, „Regulamin Trybunału”). Prezes Trybunału może jednak udzielić w drodze wstępnego zarządzenia tymczasowej ochrony do czasu rozstrzygnięcia wniosku o zastosowanie środka tymczasowego w sposób definitywny, po wysłuchaniu stanowiska drugiej strony (por. art. 84 § 2 zd. 1 Regulaminu Trybunału⁹).

Postanowienie w sprawie środka tymczasowego zapadłe po przedstawieniu

⁸ E. Skotnicka, *System tymczasowej ochrony prawnej jednostek w prawie unijnym* (w:) *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Warszawa 2010, t. 1, s. 876.

⁹ Analogicznie uregulowano stosowanie środka tymczasowego przez Prezesa Sądu Unii Europejskiej (por. art. 157 § 2 zd. 1 Regulaminu postępowania przed Sądem Unii Europejskiej). Postanowienie Prezesa Sądu UE może być zaskarżone do Prezesa TS. Postanowienie wydane przez Prezesa TS jest natomiast nieskarżalne (por. art. 86 § 1 Regulaminu Trybunału).

uwag przez stronę obowiązującą ma charakter definitywny, przy czym może być uchylone lub zmienione w razie zmiany okoliczności.

Dla porządku należy wyjaśnić także kwestię instytucjonalną. Regułą jest, że środek tymczasowy w sprawie zawisłej przed Sądem UE zarządza Prezes tego Sądu, natomiast w sprawie toczącej się przed Trybunałem Sprawiedliwości, nie wyłączając spraw z odwołania od orzeczeń Sądu UE¹⁰ – Prezes Trybunału Sprawiedliwości (por. art. 85 Regulaminu Trybunału). Prezes Trybunał scedował tę kompetencję na swojego zastępcę. Zasadniczo o tymczasowej ochronie prawnej orzeka zatem skład jednoosobowy, a sędzia wydający zabezpieczenie niekoniecznie będzie – a często nie będzie – orzekał w sprawie głównej. W niniejszej sprawie, po wstępnym orzeczeniu Wiceprezesa Trybunału, powierzono sprawę do rozstrzygnięcia wielkiej izbie. Rozszerzenie składu orzekającego nie wpływa również na kompozycję składu rozpoznającego skargę.

DOTYCHCZASOWA PRAKTYKA ORZECZNICZA W ZAKRESIE STOSOWANIA ŚRODKÓW TYMCZASOWYCH W SPRAWACH ZE SKARGI KOMISJI PRZECIWKO PAŃSTWU CZŁONKOWSKIEMU

Traktat nie wskazuje, w jakich rodzajach spraw możliwe jest ustanowienie środka tymczasowego, zawarta w nim egzemplifikacja sposobu zabezpieczenia jednoznacznie wskazuje natomiast, że tymczasowa ochrona prawna może być zastosowana w sprawach ze skargi przeciwko aktowi. Orzecznictwo i doktryna

zgodnie przyjmują, że zabezpieczenia można udzielić także w sprawach przeciwko państwu członkowskim¹¹.

Wśród typowych sposobów zabezpieczenia piśmiennictwo odnotowało w szczególności „zobowiązanie państwa członkowskiego do podjęcia działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniu prawa unijnego” oraz „do powstrzymania się od określonych działań mogących stanowić naruszenie prawa unijnego”¹².

W każdej z tych kategorii można odnotować zarówno takie postanowienia, które formułują nakaz lub zakaz w sposób generalny, pozostawiając jego konkretyzację państwu członkowskiemu, jak i takie, które jednoznacznie wskazują, czego państwo członkowskie ma zaniechać lub dokonać. Głosowane postanowienie niedwuznacznie należy do takich środków tymczasowych, w których konkretnie sprecyzowano oczekiwane od państwa członkowskiego zachowanie. Wśród zarządzanych nakazów na szczególną uwagę zasługują orzeczenia zobowiązujące państwa członkowskie do wstrzymania stosowania przepisów krajowych sprzecznych z prawem unijnym.

Stosowanie prowizorycznych nakazów i zakazów przez Trybunał Sprawiedliwości ma długoletnią tradycję. Już w 1977 r., postanowieniem z 21.05.1977 r.¹³, nakazano Wielkiej Brytanii wstrzymać stosowanie środka pomocy państwa (subsydium dla

¹⁰ Por. C. Naome, *Appeals before the Court of Justice of the European Union*, Oxford 2018.

¹¹ K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU...*, s. 571; W. Postulski, *Komentarz do art. 279 (w:) Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, red. D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, A. Wróbel, Warszawa 2012, LEX/el.

¹² W. Postulski, *Komentarz do art. 279 (w:) Traktat...*, LEX/el.

¹³ Postanowienie TS z 21.05.1977 r. w sprawach połączonych 31/77 R i 53/77 R, ECLI:EU:C:1977:86.

hodowców świń). Sprawa ta wzbudziła zrozumiałe kontrowersje, należy jednak zwrócić uwagę na jej materię (pomoc państwa) i kompetencje Unii Europejskiej – wówczas Wspólnot – w niej.

Wielokrotnie środki tymczasowe przeciwko pozwanym krajom dotyczyły swobód traktatowych czy niedyskryminacji ze względu na pochodzenie, np. postanowienie Trybunału z 4.03.1982 r.¹⁴ przeciwko Francji w sprawie wprowadzania do obrotu włoskich win; postanowienie Prezesa Trybunału z 25.10.1985 r.¹⁵ przeciwko Królestwu Belgii w sprawie dostępu studentów z innych państw członkowskich do uczelni wyższych; postanowienie Prezesa Trybunału z 16.02.1987¹⁶ przeciwko Republice Irlandii w sprawie udzielenia zamówienia publicznego; postanowienie Prezesa Trybunału z 31.01.1992 r.¹⁷ przeciwko Republice Włoskiej w sprawie udzielenia koncesji na informatyzację loterii. Nie należy jednak zapominać, że środki te przekładały się w istocie na funkcjonowanie wspólnego rynku.

W nowszym orzeczeniu o środku tymczasowym Republikę Austrii zobowiązano do wstrzymania stosowania krajowego rozporządzenia regulującego korzystanie z dróg w dolinie Innu¹⁸. Co ciekawe, w sprawie tej wazono argumenty dotyczące ochrony środowiska, podnoszone przez państwo członkowskie, ze stanowiskiem

Komisji opartym o reguły funkcjonowania wspólnego rynku i ochronę sytuacji prawnej przedsiębiorstw względnie przedsiębiorstw, dla których krajowe przepisy stwarzały niebezpieczeństwo utraty płynności finansowej i upadłości.

Zgodnie z art. 4 TFUE do kompetencji dzielonych, oprócz wspólnego rynku, należy także ochrona środowiska, której to materii oczywiście dotyczy omawiane orzeczenie. Zbliżony co do charakteru prawny środek został zastosowany w sprawie przeciwko Republice Malty, którą zobowiązano do nieudzielania zezwoleń na polowania na określone gatunki ptactwa na wiosnę 2008 r.¹⁹

OGRANICZENIA KOMPETENCJI TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI W SPRAWIE ZE SKARGI O STWIERDZENIE UCHYBIENIA ZOBOWIĄZANIOM PAŃSTWA CZŁONKOWSKIEGO

Uwzględniając skargę wniesioną przez Komisję, Trybunał stwierdza dopuszczenie się przez państwo członkowskie określonego naruszenia, orzeczenie zapadłe w sprawie ma zatem charakter deklaratoryjny, natomiast „orzeczenie jest skuteczne *ex tunc*, od dnia wystąpienia niezgodności między przepisami prawa krajowego i przepisami prawa wspólnotowego”²⁰.

Ustalając istnienie, choćby tylko w przeszłości, naruszenia, Trybunał nie jest jednak władny, aby regulować, jakie

¹⁴ Postanowienie TS z 4.03.1982 r., 42/82 R, ECLI:EU:C:1982:83.

¹⁵ Postanowienie Prezesa TS z 25.10.1985 r., 293/85 R, ECLI:EU:C:1985:446.

¹⁶ Postanowienie Prezesa TS z 16.02.1987, 45/87 R, ECLI:EU:C:1987:132.

¹⁷ Postanowienie Prezesa TS z 31.01.1992 r., C-272/91 R, ECLI:EU:C:1992:49.

¹⁸ Postanowienia Prezesa TS z 2.10.2003 r., ECLI:EU:C:2003:543, i z 27.04.2004 r., ECLI:EU:C:2004:231, C-320/03 r.

¹⁹ Postanowienie Prezesa TS z 24.04.2008 r., C-76/08, ECLI:EU:C:2008:252.

²⁰ *Temporalne skutki orzeczenia w sprawie naruszenia przez państwo traktatów (w:) Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Kraków 2005, LEX/el.

konkretne środki dany kraj winien przedsięwziąć: „Trybunał nie ma kompetencji do nakazania państwu członkowskiemu podjęcia określonych środków”²¹. Wcześniej takie samo stanowisko wyrażono m.in. w sprawie przeciwko Republice Federalnej Niemiec²². Kompetencja Trybunału Sprawiedliwości jest zatem ograniczona.

Nie można jednak zapominać, że deklaratoryjny wyrok TS z mocy prawa (art. 260 ust. 1 TFUE) wywołuje skutki wobec państwa członkowskiego wykraczające poza samo stwierdzenie naruszenia i wymagające określonego zachowania – działania, tj. doprowadzenia do stanu zgodnego z prawem, i zaniechania, tj. zaprzestania dalszych naruszeń. Uzasadniało to wydanie postanowienia o odmowie zastosowania środka tymczasowego wobec Republiki Francuskiej, kontynuującego stosowanie środków ograniczających wymianę handlową, pomimo uprzedniego wyroku stwierdzającego naruszenie zobowiązań traktatowych. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że Komisja „zwraca się do Trybunału o postanowienie, którego przeznaczenie byłoby w istocie takie samo, jak wyroku z 25.09.1979 r.”²³. Na państwie ciążył bowiem, z mocy prawa, obowiązek zastosowania się do wyroku Trybunału, przez co zarządzenie tymczasowe byłoby w ocenie składu orzekającego bezprzedmiotowe.

²¹ „La Cour n’est pas compétente pour ordonner à un État membre de prendre des mesures déterminées”, wyrok TS z 2.10.2008 r., C-36/08, ECLI:EU:C:2008:536, nb 9.

²² Wyrok TS z 14.04.2005 r., C-104/02, ECLI:EU:C:2005:219.

²³ „Is asking the Court for an order the purpose of which would in substance be the same as that of the judgment of 25 September 1979”, postanowienia z 28.03.1980 r. w sprawach połączonych 24/80 Ri 97/80 R, ECLI:EU:C:1980:107, nb 19.

Doprowadzenie do stanu zgodnego z prawem jest bowiem rzeczą państwa członkowskiego, a niesatysfakcjonujące wykonanie, w tym poprzez zastosowanie nieadekwatnych i niewspółmiernych środków, otwiera Komisji drogę do ponownej skargi, możliwości żądania sankcji finansowych. Oczywiście represja finansowa nie naprawi uszczerbku wyrządzonego przez naruszenie zobowiązań w sferze niemajątkowej.

ZWIĄZEK ŚRODKA Z WYROKIEM MAJĄCYM ZAPASĆ W POSTĘPOWANIU GŁÓWNYM

W piśmiennictwie zauważa się, że pomiędzy treścią środka tymczasowego a żądaniem skargi musi zachodzić związek; środek tymczasowy jest bowiem „dopasowany do sprawy”²⁴. Związek ten natomiast winien być tego rodzaju, że środek zapewni w przyszłości realizację wyroku, co w przytoczonym wcześniej fragmencie postanowienia stwierdził Trybunał.

Nasuwać się w tym miejscu wątpliwości. Przed ich wysłowieniem warto sięgnąć do postanowienia Prezesa Sądu UE z 18.03.2008 r., oddalającego wniosek o zarządzenie środka tymczasowego. Rozważano w tym orzeczeniu zobowiązanie Komisji Europejskiej do zastosowania unijnych przepisów o kontroli koncentracji w określony sposób (poprzez ustanowienie określonych środków w ramach decyzji z zakresu kontroli koncentracji przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 4 i 5 rozporządzenia 139/2004²⁵) i stwierdzono, że „gdyby (...) sę-

²⁴ „Tailored to the case”, K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU...*, s. 567.

²⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji

dzia orzekający w przedmiocie środków tymczasowych przychylił się do (...) wniosku, musiałby nakazać (...) wyciągnięcie określonych wniosków z wyroku stwierdzającego nieważność, a w konsekwencji postanowienie takie przekraczałoby uprawnienia Sądu w sprawie głównej²⁶. Jakkolwiek postanowienie to zapadło w sprawie ze skargi jednostki na decyzję Komisji Europejskiej, to jednak trudno oprzeć się, aby pogląd ten odnieść także do sprawy wniesionej w trybie art. 258 TFUE, zwłaszcza w kontekście wcześniej przytoczonych wyroków, w których Trybunał uznał swoje ograniczone kompetencje co do wyrokowania.

Okazuje się bowiem, że TS, nie mając władzy do nałożenia na państwo członkowskie obowiązków (nakazów i zakazów) w wyroku kończącym postępowanie główne, czyni to w rozstrzygnięciu prowizorycznym. Kontrowersyjną naturę środków tymczasowych orzekanych w sprawach przeciwko państwom członkowskim odnotowuje również doktryna, wskazując właśnie brak możliwości nałożenia konkretnych obowiązków na pozwany kraj w wyroku kończącym postępowanie²⁷, opowiadając się jednocześnie za słusznością dotychczasowej praktyki orzeczniczej. Kontrowersja ta dotyczy w istocie treści, a nie dopuszczalności środka tymczasowego co do zasady. Głosowane postanowienie nie jest od niej wolne.

przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz. Urz. UE L 24, s. 1–22, <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj> (dostęp: 16.02.2019 r.).

²⁶ Postanowienie Prezesa Sądu UE z 18.03.2008 r. w sprawie *Aer Lingus Group plc p. Komisji*, T-411/07 R, ECLI:EU:T:2010:281, nb 50.

²⁷ K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU...*, s. 571.

Tego rodzaju obiekcje są zrozumiałe i częściowo podzielane przez autora, jednakże nie stoją one na przeszkodzie, aby zgodzić się z rozpowszechnionym poglądem, że w sprawach ze skargi przeciwko państwu członkowskiemu co do zasady możliwe jest zarządzenie środka tymczasowego. Zastrzeżenia wymagają pewnego znuansowania w duchu zasad kompetencji przyznanych (fundamentalnej dla powstania i funkcjonowania organizacji międzynarodowej – por. art. 4 ust. 1 i 5 Traktatu o Unii Europejskiej²⁸, art. 3, 4 i 6 TFUE), lojalności (art. 4 ust. 3 TUE) i subsydiarności. Nie można także zapominać o art. 260 ust. 1 TFUE.

W związku z powyższym w sprawach, których materia należy do kompetencji dzielonych, środek tymczasowy nie powinien wskazywać konkretnych nakazów i zakazów, lecz pozostawić jego realizację państwu członkowskiemu. Mimo zgłoszonych wątpliwości dopuszczalne wydaje się, aby nieskonkretyzowany nakaz i zakaz, w sprawach pilnych, mógł być na pozwany kraj nałożony. Wobec obawy niedającej się naprawić szkody zarządzenie tymczasowe doprowadzi w istocie do „przyspieszenia” powstania skutku, który w braku przesłanek udzielenia tymczasowej ochrony prawnej wiąże się z wyrokiem kończącym sprawę główną. W dalszym ciągu jednak zasadne wydaje się pozostawienie państwu członkowskiemu należytego wdrożenia postanowienia zarządzającego środkiem tymczasowy tak dalece, jak odpowiada to w okolicznościach danej sprawy zasadzie subsydiarności.

²⁸ Traktat o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326, s. 13–390), dalej TUE, http://data.europa.eu/eli/treaty/teu_2012/oj.

WNIOSKI

Glosowane postanowienie wpisuje się w linię orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. O ile należy zgodzić się co do ugruntowanej dopuszczalności ustanawiania tymczasowej ochrony prawnej w sprawach ze skarg Komisji Europejskiej o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego oraz jej przesłanek²⁹, o tyle warto odnotować, że charakter zarządzanych przez Trybunał Sprawiedliwości środków nierzadko wykracza poza treść i skutek wyroku kończącego postępowanie.³⁰ Mimo otwar-

²⁹ Piśmiennictwo obszernie traktuje wyważenie interesów stron jako trzecią z przesłanek, która wydaje się, że determinuje w większym stopniu charakter środka niż jego dopuszczalność w ogóle – por. H. Burkhard, *Minimum Procedural Standards for Enforcement of Provisional and Protective Measures at European Level*, „European Business Law Review” 2006/3.

³⁰ Wątpliwości takich nie artykułuje wprost, lecz wskazując, że szczególne środki tymczasowe mają charakter konserwacyjny i służą ochronie środowiska, sytuację taką aprobuje: M. Hedemann-Robinson, *Enforcement of EU Environmental Law and the Role of Interim Relief Measures*, „European Energy & Environmental Law Review” 2010/5.

tego katalogu środków tymczasowych wynikającego niedwuznacznie z art. 279 TFUE budzi to wątpliwości, w tym z perspektywy zasady kompetencji przyznanych, będącej dla organizacji międzynarodowej jedną z fundamentalnych reguł jej funkcjonowania oraz zakresu zgody państwa na poddanie się jurysdykcji sądu innego niż jego sądy państwowe – w tym przypadku jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości UE. W związku z tym bardziej właściwe wydaje się, przynajmniej w sprawach, których materia wykracza poza sferę kompetencji wyłącznych Unii Europejskiej, orzekanie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (jego Prezesa) generalnych zakazów i nakazów wobec państwa. Będzie to w istocie prowadzić do prowizorycznego powstania skutku przewidzianego w art. 260 ust. 1 TFUE, natomiast wdrożenie odpowiednich konkretnych środków pozostawione będzie pozwanemu państwu, przy poszanowaniu innych zasad Unii, w tym zasady subsydiarności. Ewentualne niewykonanie lub nienależyte wykonanie środków tymczasowych mogłoby natomiast stanowić przedmiot nowej skargi z art. 258 TFUE jako samoistne naruszenie.

ABSTRACT

Konrad Zawodziński – *Application for interim measures in the case from the European Commission's complaint regarding the Bialowieza Forest - a commentary to the order of the Court of Justice of the European Union on 20.11.2017, C-441/17 R Commission v. Poland*

This gloss discusses the order of the Court of the European Union, C-441/17 R, granting interim measures against Poland in conjunction with a dispute whose subject matter (environmental protection) pertains to the sphere of shared competencies. The measures were specific, not limited to a general prohibition of infringements of the EU law or an obligation to comply therewith. The gloss is partly critical insofar the Court orders specific measures that cannot be imposed in the judgment, at least in cases whose subject matter does not belong to the Union's exclusive competencies.

Keywords: *interim measures, conferral principle, action for infringement, Court of Justice of the European Union, EU litigation*

Konrad Zawodziński

The author is an advocate (District Bar Council in Warsaw), PhD candidate at the Law School of Koźmiński University in Warsaw.

Konrad Zawodziński

Autor jest adwokatem (ORA w Warszawie), doktorantem w Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Burkhard Hans, *Minimum Procedural Standards for Enforcement of Provisional and Protective Measures at European Level*, „European Business Law Review” 2006/3

Hedemann-Robinson Martin, *Enforcement of EU Environmental Law and the Role of Interim Relief Measures*, „European Energy & Environmental Law Review” 2010/5

Lenaerts Koen, Maselis Ignace, Gutman Kathleen, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford 2014

Naome Caroline, *Appeals before the Court of Justice of the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2018

Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, red. **A. Wróbel**, Kraków 2005, LEX/el

Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, red. **A. Wróbel**, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, t. 1

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz, red. **D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, A. Wróbel**, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, LEX/el

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

CZY WIERZYCIEL, KTÓREMU DŁUŻNIK UDZIELIŁ PEŁNOMOCNICTWA W CELU ZABEZPIECZENIA WYPEŁNIENIA WARUNKÓW WIĄŻĄCEJ ICH UMOWY, W PRZYPADKU SKORZYSTANIA Z TEGO PEŁNOMOCNICTWA MA OBOWIĄZEK CHRONIENIA INTERESU DŁUŻNIKA?

Coraz częściej spotykane jest, zwłaszcza w stosunkach gospodarczych, stosowanie konstrukcji prawnej pełnomocnictwa – zwłaszcza nieodwołalnego i niegasnącego z chwilą śmierci – jako formy zabezpieczenia wykonania kontraktu. Konstrukcja taka bywa zresztą wykorzystywana od dawna w sytuacjach mniej prawnie skomplikowanych, to znaczy przy umowach sprzedaży (w tym przedwstępnych o tak zwanym słabszym skutku) oraz w praktyce bankowej. W ostatnim czasie periodyki prawnicze przyniosły omówienia wyroku Sądu Najwyższego z 28.05.2015 r. o sygnaturze III CSK 330/14, w którym znalazły się tezy dotyczące właśnie stosowania pełnomocnictwa jako środka zabezpieczenia. Jako główną myśl należałoby z motywów tego orzeczenia przytoczyć sformułowanie następujące:

„W wypadku pełnomocnictwa do zabezpieczenia, odmiennie od zwykłego pełnomocnictwa, pełnomocnik w pierwszej kolejności ma dążyć do realizacji funkcji zabezpieczenia oraz własnego interesu, powinien jednak w najszerszym możliwym zakresie chronić też interes mocodawcy”.

Pomimo krytyki, która spotyka w literaturze owo orzeczenie jako niewystarczająco klarowne i rozmywające ekonomiczny sens konstrukcji pełnomocnictwa na zabezpieczenie, trzeba przyznać że zacytowana wyżej teza dość wyraziście prezentuje pogląd składu orzekającego Sądu Najwyższego.

Sytuacja, w której zapadł wyrok pod sygnaturą III CSK 330/14, była mocno złożona, a istota sporu prawnego odmienna od tezy, która nas tutaj interesuje. Na potrzeby niniejszych rozważań dość jest przytoczyć ze stanu faktycznego okoliczność, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością udzieliła osobie fizycznej nieodwołalnego pełnomocnictwa do sprzedaży całości lub części zablokowanych akcji innej firmy (spółki akcyjnej) oraz do zaliczenia uzyskanych środków pieniężnych na poczet niespłaconej i wymagalnej wierzytelności z wcześniejszego splotu kontraktowego, przy czym pełnomocnik był zobowiązany zaliczyć te środki przede wszystkim na poczet najdawniej wymagalnych należności głównych. Pełnomocnik sprzedał przedmiotowe akcje (swemu bratu, z którym wiązał go osobny węzeł obligacyjny dotyczący się sprzedaży tych samych akcji i któremu służyły szczególne uprawnienia obligacyjne do akcji), lecz spółka, która udzieliła mu pełnomocnictwa, uznała, że sprzedaży dokonał po rażąco zaniżonej cenie i domagała się naprawienia poniesionej szkody; zresztą po tej transakcji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością upadła. Na etapie drugoinstancyjnym sąd apelacyjny uznał, że u podstaw pełnomocnictwa powoda leżało nie tylko zapewnienie ochrony interesów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będącej dłużnikiem powoda, ale przede wszystkim ochrona interesów powoda. Powód mógł zatem sprzedać akcje zgodnie z ustalonymi zasadami umowy blokady, skoro pełnomocnictwo pełniło rolę zabezpieczenia i służyło akcesoryjnej ochronie wierzytelności. Nadto sąd odwoławczy ocenił, że działania powoda – pełnomocnika były gospodarczo racjonalne z punktu widzenia interesów spółki z o.o. – mocodawcy i minimalizowały jej stratę ze względu na ryzyko wiążące się z zapisanymi w statucie i uchwałach spółki akcyjnej wielorakimi obwarowaniami obrotu akcjami.

Sąd Najwyższy, rozważając różnorakie aspekty splotu sprzecznych interesów istniejące w sprawie, zaakceptował sposób rozumowania sądu apelacyjnego, lecz nieco inaczej położył w nim akcenty – i wywiódł między innymi, co następuje:

„Zagadnienie prawne dotyczy tego, jakimi zasadami ma się w swoim działaniu kierować pełnomocnik tego rodzaju, a więc czy dokonując w imieniu mocodawcy czynności prawnej ma działać w jego maksymalnym interesie i uwzględniać jego hipotetyczną wolę. Trzeba w związku z tym zauważyć, że pełnomocnictwo do zabezpieczenia stanowi odmianę czynności fiducjarnej, łączy się z nią zatem więź zaufania istniejąca między mocodawcą a pełnomocnikiem. Wspomniana więź dotyczy jednak tego, że pełnomocnictwo nie zostanie naruszone. Pełnomocnik może przede wszystkim realizować swój interes, starając się przy tym realizować w miarę możliwości interes mocodawcy. Jeżeli działa zgodnie z własnym interesem, a w sposób wyraźnie sprzeczny z interesem mocodawcy, to można rozważać, czy nie nadużywa on prawa. W każdym natomiast wypadku dokonane przez niego czynności prawne w zakresie umocowania, choćby dokonane na szkodę mocodawcy, są ważne i skuteczne. Pełnomocnictwo do zabezpieczenia tym się zatem charakteryzuje, że wprowadzie interes pełnomocnika ma pierwszeństwo przed interesem mocodawcy, co jednak nie oznacza, że pełnomocnik nie ma obowiązku uwzględniania interesu mocodawcy. Podniesiony w skardze kasacyjnej pozwanego zarzut naruszenia art. 65 k.c. przy wykładni umowy blokady rachunku bankowego w związku z przyjęciem przez Sąd Apelacyjny, że pełnomocnik nie musi uwzględniać

przy pełnomocnictwie do zabezpieczenia interesu mocodawcy, jest zatem nietrafny. Sąd Apelacyjny zresztą takiego stanowiska nie zajął, lecz dowodził jedynie, że to pozwany musiałby tę okoliczność udowodnić, czego nie uczynił”.

Z powyższego wyłania się zatem następująca aktualna odpowiedź na pytanie stanowiące tytuł niniejszego tekstu: pełnomocnictwo może być traktowane nie tylko jako odmiana przedstawicielstwa służąca usprawnieniu obrotu, lecz dopuszczalne jest również przyjmowanie tej konstrukcji jako formy zabezpieczenia interesów pełnomocnika-wierzyciela; w takiej sytuacji ów pełnomocnik ma prawo oglądać się na własne profity, lecz równocześnie powinien maksymalnie strzec, aby dłużnik-mocodawca nie doznał uszczerbku.

Jak się wydaje, tendencja do pozyskania w życiu gospodarczym nowego narzędzia zabezpieczającego w postaci pełnomocnictwa jest niemożliwa do powstrzymania. Zresztą sam ustawodawca tendencję taką niejako przewidział, dosyć szeroko zakreślając w treści art. 101 Kodeksu cywilnego możliwość nadania pełnomocnictwu cech nieodwołalności i niewygasalności. Zadaniem judykatury staje się w tych warunkach wypracowanie jak najjaśniejszych standardów ochrony dłużników-mocodawców; być może właściwą drogą byłoby określanie wierzycielom-pełnomocnikom negatywnych granic działania, wyznaczanych zakazem wyrządzania szkody – zamiast mało przejrzystych kryteriów pozytywnych takich jak „maksymalna ochrona interesów mocodawcy”.

Poza tym należałoby szerzej dostrzec potrzebę rozwinięcia spotykaną już w nauce prawa myśli, wedle której pełnomocnictwo nieodwołalne ma charakter akcesoryjny wobec stosunku podstawowego, który uzasadnił jego udzielenie. Wymagałoby tym samym dokładnego a uniwersalnego zdefiniowania, na czym polega związek pomiędzy stosunkiem podstawowym a pełnomocnictwem. Pełnomocnictwo jest wszak jednostronną czynnością prawną i przede wszystkim wywierającą skutki „na zewnątrz”, zatem bez zakotwiczenia w stosunku prawnym, który wywołał potrzebę jego udzielenia, nie jest możliwe przypisywanie tak ustanowionemu przedstawicielowi praw i obowiązków wobec podmiotu udzielającego upoważnienia.

Ewa Stawicka

Autorka jest adwokatem (ORA w Warszawie).

Pojęcia kluczowe:

prawo międzynarodowe, pojednanie francusko-niemieckie, pojednanie polsko-niemieckie, stosunki polsko-niemieckie, polsko-niemiecka wspólnota interesów, integracja europejska

Karty historii

Łukasz Dembski

KONCEPCJA „POLSKO-NIEMIECKIEJ WSPÓLNOTY INTERESÓW” WEDŁUG KRZYSZTOFA SKUBISZEWSKIEGO JAKO ISTOTNY ELEMENT BUDOWANIA POJEDNANIA POLSKO-NIEMIECKIEGO

Artykuł ukazuje kształtowanie się koncepcji „Polsko-Niemieckiej Wspólnoty Interesów” autorstwa Krzysztofa Skubiszewskiego, a zainspirowanej pojednaniem francusko-niemieckim. Autor omawia proces kształtowania się francusko-niemieckiego pojednania po II wojnie światowej, kształtowanie się teoretycznej koncepcji pojednania polsko-niemieckiego Krzysztofa Skubiszewskiego, skonstruowanie przez ministra spraw zagranicznych Rzeczypospolitej Polskiej, Krzysztofa Skubiszewskiego, mechanizmu „Polsko-Niemieckiej Wspólnoty Interesów” jako istotnego czynnika polsko-niemieckiego pojednania politycznego, które umożliwiło reorientację polskiej polityki zagranicznej w kierunku integracji europejskiej oraz członkostwa w Sojuszu Północnoatlantyckim, a także wskazuje wybrane problemy, które nie zostały – jak dotąd – ostatecznie rozstrzygnięte.

Celem tekstu jest ukazanie trudnej drogi, jaką Polska i Niemcy musiały pokonać, aby doprowadzić do budowy partnerstwa i dobrej współpracy w oparciu o stabilny fundament prawa międzynarodowego. Droga ta została *de facto* przebyta, niemniej jednak pozostało w stosunkach dwustronnych kilka ważnych kwestii, które nie zostały ostatecznie rozstrzygnięte.

Pośród wszystkich konfliktów zbrojnych w historii ludzkości II wojna światowa i zbrodnicza polityka nazistowskich Niemiec, łamiąca prawa międzynarodowe, dpro-

wadziły do dramatów ludzkich, zbrodni ludobójstwa¹ oraz trwałych zmian terytorialnych w Europie i na świecie². Wraz z upadkiem III Rzeszy w środowiskach politycznych i prawnych na nowo podjęto refleksję nad tym, czy możliwa jest jedność europejska i jak powinna ona wyglądać, aby w przyszłości zapobiec dramatowi wojny. Konieczna okazała się szersza debata intelektualistów, dlatego też w dniach 7–10.05.1948 r. obradował w Hadze, zwołany z inicjatywy Józefa Hieronima Retingera oraz Dyunkena Sandysa, Kongres Europejski. Efektem jego prac było powstanie Ruchu Europejskiego³ oraz Rady Europy⁴. Zanim jednak budowanie jedności europejskiej stało się możliwe, należało pojednać skonfliktowane przez II wojnę światową narody i określić priorytety współpracy⁵. Zadanie to wymagało współpracy przywódców europejskich z Konradem Adenauerem – kanclerzem utworzonej 25.05.1949 r. Republiki Federalnej Niemiec.

Proces pojednania – czyli budowania poprawnych stosunków dwustronnych Niemiec (Zachodnich, a później zjednoczonych) z innymi państwami w Europie (oraz Izraelem) był złożony, długofalowy i skomplikowany. W pewnych aspektach nie został zakończony do dziś (o czym świadczy np. tocząca się w Polsce dyskusja na temat reparacji i odszkodowań). W niniejszym tekście autor koncentruje uwagę wyłącznie na pojednaniu francusko-niemieckim, ponieważ odegrało ono kluczową rolę w procesie integracji europejskiej.

Pojednanie, przekształcane stopniowo w „przyjaźń” francusko-niemiecką, rozpoczęło się poprzez włączenie Republiki Federalnej Niemiec w proces integracji europejskiej i umożliwienie członkostwa w Europejskiej Wspólnocie Węgla i Stali⁶. Traktat o ustanowieniu tej wspólnoty, do której dołączyły także państwa Beneluksu⁷ oraz Włochy, podpisano 18.04.1951 r. Rozpoczęła się tym samym długa droga integracji europejskiej, która trwa do dzisiaj, a której siłą napędową było pojednanie francusko-niemieckie przekształcone w „przyjaźń”⁸.

¹ Termin „ludobójstwo” (ang. *Genocide*) wprowadził R. Lemkin, *Rządy państw Osi w okupowanej Europie (Axis Rule in Occupied Europe)*, Warszawa 2013. Termin wszedł do obiegu języka prawnego w Konwencji ONZ w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 9.12.1948 r., ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crimeofgenocide.aspx, wersja angielska (dostęp: 20.02.2019 r.).

² Zmiany zachodniej granicy Polski opisuje obszernie K. Skubiszewski, *Zachodnia granica Polski*, Gdańsk 1969 (na prawach rękopisu).

³ Ruch Europejski – międzynarodowe stowarzyszenie pozarządowe, w skład którego wchodziły liczne organizacje krajowe. Celem organizacji powstałej na przełomie 1947 i 1948 r. pozostaje aktywne lobbowanie na rzecz integracji europejskiej.

⁴ Rada Europy została powołana 5.05.1949 r. Jej działalność regulowana jest przez Statut Rady Europy, prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19941180565/O/D19940565.pdf (dostęp: 20.01.2019 r.). Polska została członkiem tej organizacji międzynarodowej 26.11.1991 r.

⁵ Szerzej zob. J. Barcz, J. Kranz, *Reparacje od Niemiec po II wojnie światowej w świetle prawa międzynarodowego. Aspekty prawa i praktyka*, Warszawa 2019.

⁶ Europejska Wspólnota Węgla i Stali (EWWiS) – organizacja międzynarodowa, której utworzenie zapowiedział Robert Schuman w tzw. Planie Schumana z 9.05.1950 r. EWWiS powstała ostatecznie na mocy traktatu paryskiego z 18.05.1951 r. Istniała w latach 1952–2002. Zob. traktat EWWiS, sgipw.wlkip.pl/dokumenty/ewwis.pdf (dostęp: 20.01.2019 r.).

⁷ Beneluks – system współpracy gospodarczej trzech państw: Belgii, Holandii i Luksemburga w roku 1921; w roku 1950 miał postać Unii Celnej. Od 1960 r. Beneluks jest unią gospodarczą.

⁸ Procesowi temu sprzyjały zarówno sukcesy, jak i porażki. Do tych drugich należy zaliczyć propozycję

Konrad Adenauer chciał także pojednania i porozumienia z Polską⁹, ale pierwsze działania (wymiana listów między Kościołami chrześcijańskimi w 1965 r.) okazały się możliwe dopiero 15 lat po podpisaniu traktatu paryskiego, a regulację prawną (choć nie ostateczną) przeprowadzono dopiero w układzie PRL-RFN z 7.12.1970 r.¹⁰

Mimo powszechnej w świadomości społecznej niechęci wobec Niemiec (Zachodnich) i Niemców w Polsce istniała grupa intelektualistów, która miała świadomość konieczności dobrego przyszłego ułożenia stosunków z Niemcami. W grupie tej aktywnie wyróżniał się młody doktor nauk prawnych z Poznania – Krzysztof Skubiszewski. W dniu podpisania traktatu paryskiego był on dobrze rokującym pracownikiem naukowym Katedry Prawa Międzynarodowego Uniwersytetu Poznańskiego¹¹. Aktualny stan badań pozwala stwierdzić, że Skubiszewski był żywo zainteresowany rozgrywanymi się na arenie życia politycznego wydarzeniami w Europie Zachodniej. W 1956 r. wyjechał na rok do Centre Européen Universitaire w Nancy, gdzie studiował i pogłębiał wiedzę na temat integracji europejskiej. Prawdopodobnie wówczas zainteresował się bliżej pojednaniem francusko-niemieckim.

Trzydzieści lat później K. Skubiszewski – profesor prawa międzynarodowego w Instytucie Prawa PAN – sformułował własną teoretyczną koncepcję pojednania polsko-niemieckiego inspirowaną doświadczeniami francuskimi¹². Dwa lata później, jako minister spraw zagranicznych Polski, stanął wobec rzeczywistego wyzwania ułożenia stosunków

utworzenia Europejskiej Wspólnoty Obronnej (znanej jako Plan Plevena), która w 1954 r. została odrzucona przez francuskie Zgromadzenie Narodowe. Do końca lat 50. XX w. za sukces procesu pojednawczego należy uznać podpisanie traktatów rzymskich, a w konsekwencji powołanie Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej oraz organizacji współpracy w dziedzinie atomistyki – Euroatom.

⁹ W swoim wystąpieniu w Bundestagu Adenauer mówił także o Polsce (o granicy na Odrze i Nysie Łużyckiej, wysiedleniu ludności niemieckiej oraz stosunkach z Polską). Jak pisze K. Ruchniewicz, *Warszawa, Berlin, Bonn – stosunki polityczne 1949–1958*, Wrocław 2003, s. 159, „przypomniał najpierw uchwały jałtańskie i poczdamskie w sprawie granicy polsko-niemieckiej. Następnie zarzucił Polsce i ZSRR ich pogwałcenie, podkreślając, że ostateczna delimitacja granicy została odłożona do traktatu pokojowego. (...) Także wysiedlenie Niemców odbyło się wbrew uchwałom poczdamskim. (...) Pomimo tych trudności Adenauer nie wykluczał możliwości uregulowania wzajemnych stosunków. Było to jednak uzależnione od spełnienia określonych warunków. W tym kontekście Adenauer nie mówił: «Jesteśmy całkowicie gotowi żyć w pokoju z naszymi wschodnimi sąsiadami, a szczególnie z Rosją Radziecką i Polską»”.

¹⁰ Układ między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Federalną Niemiec o podstawach normalizacji ich wzajemnych stosunków, podpisany w Warszawie 7.12.1970 r., prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19720240168 (dostęp: 20.02.2019 r.).

¹¹ Od 1950 r. K. Skubiszewski pracował w Katedrze Prawa Międzynarodowego Uniwersytetu Poznańskiego m.in. z Bohdanem Winiarskim (1884–1969), Alfonsem Klafkowskim (1912–1992) i Bolesławem Wiewiórą (1926–1963). Tym samym został członkiem tzw. Szkoły Poznańskiej Prawa Międzynarodowego, w skład której wchodził wyżej wymienieni, a później także J. Tyranowski (ur. 1942) i J. Sandorski (1940–2018).

¹² Przemówienie Krzysztofa Skubiszewskiego z Kilonii wygłoszone w odpowiedzi na mowę powitalną Henninga Schwarza, wicepremiera i ministra do spraw federalnych w rządzie Szlezewiku-Holsztynu, podczas kolacji wydanej dla uczestników V Forum PRL-RFN w Kilonii w hotelu Kieler Yacht-Club (9.05.1987 r.).

z Republiką Federalną Niemiec, a następnie ze Zjednoczonymi Niemcami. W ten sposób zrodziła się koncepcja „Polsko-Niemieckiej Wspólnoty Interesów”.

1. POJEDNANIE MIĘDZY NIEMCAMI A FRANCJĄ JAKO OTWARCIE DROGI DO POJEDNANIA POLSKO-NIEMIECKIEGO ORAZ PRZYSZŁEJ WSPÓŁPRACY TRÓJSTRONNEJ

1.1. CZYM JEST POJEDNANIE FRANCUSKO-NIEMIECKIE?

Zdaniem Z. Mazura¹³: „pojednanie to termin charakteryzujący wychodzenie narodów z traumatycznej wrogości; w tym sensie można mówić o «pojednaniu»”. Badacz podkreśla także, że „słowo «pojednanie» weszło do języka politycznego przede wszystkim jako określenie charakteryzujące zbliżenie francusko-niemieckie po II wojnie światowej”. Pojednanie pojawiało się także „coraz częściej przy opisie relacji polsko-niemieckich”¹⁴.

1.2. POJEDNANIE MIĘDZY ZWAŚNIONYMI NARODAMI A EMOCJE NARODOWE

Wyjście ze stanu „traumatycznej wrogości” wymaga zapanowania nad tzw. emocjami narodowymi. Dominique Moïsi¹⁵ zwraca uwagę, że w polityce pewną rolę odgrywają nie tylko czynniki geoeconomiczne, geostrategiczne czy geopolityczne, ale właśnie także emocje. Te zaś – wywołane wojną, nienawiścią, zbrodniami (Holokaust) – po 1945 r. musiały zostać załagodzone; do tego załagodzenia potrzebne są odpowiednie mechanizmy i koncepcje przełożone na treść traktatów międzynarodowych oraz sprawne i przemyślane polityczne działanie. Konsekwencją zaś ma być zapobieganie wybuchowi kolejnego konfliktu zbrojnego¹⁶. Stąd pojawia się koncepcja pojednania. Jej celem jest próba odbudowy zniszczonego ładu wojennego przy jednoczesnym zapobieganiu wybuchom kolejnych konfliktów.

Francja po 1945 r. ma pełną świadomość, że powojenna Europa sytuuje się w obliczu nowego zagrożenia, którego źródłem jest niedawny sojusznik – Związek Radziecki. Pod koniec lat 40. XX w., kiedy to powstają takie „nowe” państwa, jak Republika Federalna Niemiec (Niemcy Zachodnie) czy Niemiecka Republika Demokratyczna (Niemcy

¹³ Sposobów dookreślenia: czym jest? jak mogło się dokonać? czy się dokonało? czy w ogóle istnieje pojednanie między narodami? – istnieje wiele. Liczne przykłady rozważań nad tym, czym jest pojednanie opublikowano w „Przeglądzie Zachodnim” 1991/4. Wybór propozycji definicji „pojednania” autorstwa Z. Mazura został podyktowany najbardziej transparentnym przekazem dla celów tego opracowania.

¹⁴ Zob. Z. Mazur, *Sceptycznie o pojednaniu*, „Przegląd Zachodni” 1991/4, s. 120.

¹⁵ Zob. D. Moïsi, *Geopolityka emocji*, Warszawa 2012.

¹⁶ Na przestrzeni 56 lat, od 1963 do 2019 r., stosunki oraz współpraca francusko-niemiecka były umacniane przez szereg aktów państw. Szczególnie akty pokrewne prawu (tzw. *soft law*) są tutaj niezwykle cenne, dlatego należy wymienić dwa przykłady źródeł prawa według klasyfikacji teorii prawa międzynarodowego (tzw. *hard law*): traktat elizejski z 22.01.1963 r., de.ambafrance.org/Texte-du-Traite-de-l-Elysee-22, tekst w j. francuskim (dostęp: 20.01.2019 r.) oraz traktat z Akwizgranu z 22.01.2019 r., lepetitjournaldedroitpublic.com/2019/01/le-traite-de-cooperation-franco-allemand-d-aix-la-chapelle-du-22-janvier-2019-texte-integral.html, tekst w j. francuskim (dostęp: 22.01.2019 r.).

Wschodnie), dla Francji staje się jasne, że Niemcy (Zachodnie) – nawet jako niewielkie i zdemilitaryzowane państwo – są potrzebne jako „zapora” przed potencjalną inwazją ze Wschodu; jednocześnie zbliżenie do nich może pomóc w przyglądaniu się działaniom podejmowanym przez „odwiecznego wroga”.

Także dla obciążonej odpowiedzialnością za nazistowską III Rzeszę Republiki Federalnej Niemiec pojednanie z Francją było drogą do stopniowego odejścia od haniebnej przeszłości na rzecz budowy „lepszego” i pozytywnej przyszłości ze swoimi sąsiadami. Co więcej, uczestnictwo w tej koncepcji budowania „lepszego przyszłości” leży także w interesie państw, które ze strony III Rzeszy doznały szkód (wspominamy doszczętnie zniszczone potencjały ludzkie, gospodarcze czy militarny poszczególnych narodów). Dzięki temu możliwe jest dokonywanie lepszego oglądu działalności byłego przeciwnika.

Nie ulega jednak wątpliwości, że zbudowanie pojednania politycznego stoi niejednokrotnie w sprzeczności z indywidualnymi odczuciami ludzkimi i nierzadko zaprzecza pojednaniu indywidualnemu (międzyludzkiemu). Dlatego też należało znaleźć płaszczyznę, na której można było w najprostszy sposób budować przyszłość. Należało jej poszukać w przeszłości, u źródeł.

1.3. POJEDNANIE FRANCUSKO-NIEMIECKIE FUNDAMENTEM DLA WSPÓLPRACY DWUSTRONNEJ (TRÓJSTRONNEJ)

„Pojednanie francusko-niemieckie” miało za zadanie zamienić wzajemną wielowiekową wrogość wywołaną krwawymi wojnami rozgrywającymi się w XIX i XX wieku. Wraz z podpisaniem traktatu elizejskiego¹⁷ w 1963 r. w polityce zagranicznej Francji i Republiki Federalnej Niemiec pojawia się coraz częściej sformułowanie „Przyjaźń Francusko-Niemiecka/Niemiecko-Francuska”. We Wspólnej Deklaracji Prezydenta Republiki Francuskiej Charlesa de Gaulle’a i Kanclerza Republiki Federalnej Niemiec dr. Konrada Adenauera napisano, że „przekonanie, że pojednanie narodu niemieckiego i narodu francuskiego, koniec świeckich rywalizacji, stanowi historyczne wydarzenie, które się przekształca głęboko w relacjach między oboma narodami”¹⁸.

Sygnatariusze są zaś „świadomi solidarności, która jednoczy oba narody zarówno z punktu widzenia ich rozwoju gospodarczego i kulturalnego; Zwracając szczególną uwagę, że młodzi ludzie zdali sobie sprawę z tej solidarności i jest wezwany do odgrywania decydującej roli w utrwalaniu przyjaźni francusko-niemieckiej; Uznając, że ściślejsza współpraca między oboma krajami niezbędny krok na drodze do zjednoczonej Europy, która jest celem obu narodów, wyrazili zgodę na organizację i zasady współpracy między dwa państwa, co znalazło odzwierciedlenie w (...) Traktacie [elizejskim – przyp. Ł.D.]”¹⁹.

¹⁷ Traktat elizejski, zwany także Traktatem Przyjaźni – umowa międzynarodowa podpisana przez prezydenta Francji Charlesa de Gaulle’a i kanclerza RFN Konrada Adenauera z 22.01.1963 r. Jego celem było wzmocnienie współpracy między Francją i RFN oraz wyznaczenie stałych ram konsultacji międzyrządowych.

¹⁸ Traktat elizejski z 22.01.1963 r., afaavignon.fr/onewebmedia/F3%20Trait%C3%A9%20de%20l'Elys%C3%A9e%20D%C3%A9claration%20commune%20-%20FR%20DE%20.pdf (dostęp: 20.01.2019 r. tłumaczenie własne).

¹⁹ Zob. Traktat elizejski...

Głównym celem pojawienia się tego typu sformułowań było odejście od wzajemnej nienawiści i nieufności między narodami francuskim a niemieckim po to, aby uniknąć rewanżyzmu, a w konsekwencji kolejnej wojny światowej. Nawet wówczas, czyli w 1963 r., prawie 15 lat po podpisaniu traktatu paryskiego i 6 lat po podpisaniu Traktatów Rzymskich²⁰, kiedy wyzwaniem dla bipolarnego świata stał się Związek Radziecki zwiększający swoje wpływy w Azji (wojna w Wietnamie), na Bliskim Wschodzie, w erze podboju kosmosu, strach przed Niemcami w dalszym ciągu był odczuwalny. Dlatego też impuls zainicjowany przez przywódców został przełożony na wiele inicjatyw oddolnych. Już w 1950 r. powstało pierwsze partnerstwo miast między Montbéliard a Ludwigsburgiem, w następnych latach rozwinęły się także inne formy współpracy, jak Francusko-Niemiecka Współpraca Młodzi czy tzw. Ogrody Pamięci.

Wymierną rolę odegrały także tzw. Pary Francusko-Niemieckie (Couple Franco-Allemande/Das deutsch-französische Paar), które aż do momentu stworzenia Trójkąta Weimarskiego tworzyły podstawowy wymiar współpracy francusko-niemieckiej. Od tandemu De Gaulle-Adenauer po Kohl-Mitterand polityka francusko-niemiecka stawała się coraz bardziej zintegrowana (co nie oznacza, że była jednolita) i skoordynowana.

Polska, z racji swojej obecności w Bloku Wschodnim, nie uczestniczyła w tym procesie i kiedy zaczęła się do niego zbliżać w okresie transformacji ustrojowej (1989/1991), relacje francusko-niemieckie miały inny charakter niż relacje polsko-niemieckie.

Szczęśliwie na czele polskiej dyplomacji w okresie transformacji stał człowiek, który miał znakomite rozeznanie w pojednaniu francusko-niemieckim, co umożliwiło mu „motywowanie” własnego kraju do dołączenia do tego „galopującego” już procesu. Jednocześnie inspirując do działania niewspółmiernie trudniejszego – budowy „pojednania polsko-niemieckiego”. Tym człowiekiem był minister Krzysztof Skubiszewski.

2. KSZTAŁTOWANIE SIĘ KONCEPCJI POJEDNANIA POLSKO-NIEMIECKIEGO KRZYSZTOFA SKUBISZEWSKIEGO INSPIROWANE POJEDNANIEM FRANCUSKO-NIEMIECKIM

2.1. POJEDNANIE NIEMIECKO-FRANCUSKIE A POJEDNANIE POLSKO-NIEMIECKIE – SZANSE I ZAGROŻENIA

Sukces „przyjaźni francusko-niemieckiej” nie pozostaje oczywiście niezmacony. Jak pisał J. Łukaszewski²¹, „stosunki francusko-niemieckie są (...) sprawą skomplikowaną, wielopłaszczyznową, niełatwą do rozszyfrowania, ale w każdym razie dość odległą od obrazu niezmaconej harmonii i całkowitej zbieżności celów, jak mają zwyczaj kreślić prezydent RF i kanclerz RFN z okazji swoich okresowych spotkań. Duża – i rosnąca – część elity i społeczeństwa Francji upatruje w ścisłej i wszechstronnej współpracy

²⁰ Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą oraz Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (Euratom) – oba podpisane 25.03.1957 r. w Rzymie; weszły w życie 1.01.1958 r.

²¹ J. Łukaszewski, *Iść, jak prowadzi busola*, Kraków 2018.

z sąsiadem zza Renu podstawowy warunek pomyślnej przyszłości obu krajów i postępu integracji europejskiej. Ale niemały odłam wciąż odnosi się do Niemiec z mieszkanką podejrzliwości i atawistycznej niechęci, zwłaszcza od momentu zjednoczenia. Podstawę tę nietrudno znaleźć we wszystkich nurtach życia politycznego Republiki, choć w sposób szczególnie jaskrawy i hałaśliwy występuje ona wśród komunistów i na skrajnej prawicy²².

Mimo tak zasadniczej oceny dokonanej przez Łukaszewskiego należy uznać współpracę i pojednanie francusko-niemieckie za najlepszy wzorzec, do jakiego mogła odnieść się Polska dążąca do nowego otwarcia w stosunkach z RFN. Skubiszewski miał tego pełną świadomość i przywiązywał wielką wagę do modelu francusko-niemieckiej współpracy już od czasów studiów we Francji. Kiedy został szefem resortu spraw zagranicznych, jego poglądy w tej materii były już ukształtowane i dojrzałe.

Niemniej jednak zadanie, przed jakim stanął Skubiszewski, okazało się niewspółmiernie trudniejsze od wyzwania, przed którymi stanęli Ch. de Gaulle i K. Adenauer w 1950 r., ponieważ tego modelu nie da się zdublować. Dlatego też opieranie się na modelu pojednania francusko-niemieckiego wiąże się także z zagrożeniami²³. Francję i Polskę zdecydowanie różni wojenna historia. Nieuwzględnienie specyfiki terroru na ziemiach polskich, liczba zbudowanych przez Niemców obozów koncentracyjnych i obozów zagłady mogą skutkować potraktowaniem przez decydentów pojednania polsko-niemieckiego jako mniej istotnego niż pojednanie z Francją. Mocne argumenty przedstawia także T.S. Wróblewski, stwierdzając, że „Francuzi i Niemcy nie mieli nigdy do pokonania tylu barier, tylu przeszkód i tylu utrudnień w drodze do wzajemnego zrozumienia się i zaakceptowania, co Niemcy i Polacy. Powojenna sytuacja w Europie czy powstanie Wspólnot Europejskich sprzyjało jedynie procesowi poznania się i zbliżenia Niemców i Francuzów²⁴. Złożyły się na to również rozliczne czynniki historyczne, polityczne i duchowo-kulturalne²⁵. Polsce i Polakom nie dane było uczestniczenie w tym procesie.

K. Skubiszewski doskonale zdawał sobie sprawę, że „z perspektywy polskiej niełatwo oprzeć się wrażeniu, że w Niemczech pojednanie z sąsiadem na wschodzie jest traktowane przeważnie jako pochodna pojednania niemiecko-francuskiego. Służy ono raczej jako potwierdzenie modelu wzorcowego i transferowalności rozwiązań. Wzmacnia to tendencję do utrzymywania stosunków z Polską na słabszej pozycji, utrudniając nadanie im wartości samoistnej.

²² J. Łukaszewski, *O Polsce i Europie*, Warszawa 2006, s. 84–85 (pierwodruk w czasopiśmie „Polska w Europie” 1999/29).

²³ M. Wanatowicz, *Nauki humanistyczne wobec koegzystencji Polaków i Niemców*, „Przegląd Zachodni” 1991/4, s. 174, podkreśla, że „Polska musi wypracować własną drogę pojednania. Będzie to długi i trudny proces przełamywania stereotypu wroga, dzielącej «płonącej» granicy, jego efekt będzie zależał nie tylko od samych Polaków”.

²⁴ T.S. Wróblewski, *Pojednanie Polsko-Niemieckie. Potrzebne, ale czy możliwe?*, „Przegląd Zachodni” 1991/4, s. 178, podkreśla jednak, że „pojednanie francusko-niemieckie stało się faktem i sukcesem obu partnerów tego procesu”.

²⁵ T.S. Wróblewski, *Pojednanie...*, s. 179.

2.2. POJEDNANIE JAKO DECYZJA POLITYCZNA

Nie jest pojednanie polsko-niemieckie traktowane jako indywidualne pojednanie między Polakami a Niemcami (nawet jeśli bierzemy pod uwagę gesty, takie jak listy biskupów czy „akcja paczkowa” – które istotnie oparte były na silnych przesłankach moralnych), lecz jako instrument polityczny do realizacji fundamentalnych i długofalowych celów strategicznych państw (Polski i Niemiec). Dlatego też należy do polsko-niemieckiego pojednania podchodzić – podobnie jak do procesu francusko-niemieckiego pojednania (przyjaźni) – z zachowawczą rozwagą.

2.3. KONCEPCJA POJEDNANIA POLSKO-NIEMIECKIEGO KRZYSZTOFA SKUBISZEWSKIEGO

K. Skubiszewski przedstawił swoją koncepcję pojednania polsko-niemieckiego podczas Forum Polsko-Niemieckiego (PRL-RFN), które odbyło się w Kilonii w 1987 r.²⁶ Pisze on, że „porozumienie między narodami dokonuje się na dwóch płaszczyznach: państwowej i ludzkiej. Między tymi dwiema płaszczyznami istnieje związek”²⁷. Nie jest to jednak związek idealny, „gdyż pomiędzy oboma państwami istniały i istnieją znaczące dysproporcje i problemy, które w 1987 r. były jeszcze większe niż obecnie”. Dlatego też Skubiszewski stwierdził: „Jest tu pewna asymetria ze stosunkami pomiędzy państwami, gdzie jeszcze niejedno pozostaje do zrobienia”. Niemniej jednak już wówczas, w drugiej połowie lat 80., istniały płaszczyzny porozumienia, a zdaniem Skubiszewskiego postęp w stosunku do 1970 r. dokonał się: „W każdym razie są dziedziny, w których wyszliśmy poza normalizację i rozpoczęliśmy współpracę”²⁸. Takie oceny formułował jeszcze przed objęciem urzędu ministra spraw zagranicznych, ale także później – mimo świadomości istnienia asymetrii nie udało się jednak wyeliminować wszystkich nierówności w stosunkach polsko-niemieckich.

W okresie formułowania się koncepcji polsko-niemieckiego pojednania Skubiszewski zauważał, że „choć nasze dwa państwa [PRL i RFN] nie są bezpośrednimi sąsiadami [1987] – Niemcy jako poszczególni ludzie, jako lud i jako naród pozostaną naszym sąsiadem. Współpraca powinna być szeroka, nie zaś selektywna”²⁹. Było to świadome zaakcentowanie „sztuczności” i nietrwałości podziału Niemiec na dwa wrogie sobie państwa.

Tworząc własną koncepcję, Skubiszewski zaakcentował wyraźnie, że „tragedią polityki niemieckiej od końca XVIII wieku, aż do czasów II wojny światowej było niezrozumienie, jak ważna dla Europy była Polska o zdrowym organizmie państwowym, Polska silna pomiędzy Niemcami a Rosją (...). Chcielibyśmy, aby Republika Federalna Niemiec doceniała rolę Polski w Europie i miała wyobrażenie o jej roli, pokrywające się z naszym. Przyszłość historyczna nam ciąży, lecz dzisiaj już nie dominuje”³⁰.

²⁶ Przemówienie Krzysztofa Skubiszewskiego z Kilonii...

²⁷ Przemówienie Krzysztofa Skubiszewskiego z Kilonii...

²⁸ Przemówienie Krzysztofa Skubiszewskiego z Kilonii...

²⁹ Przemówienie Krzysztofa Skubiszewskiego z Kilonii...

³⁰ Przemówienie Krzysztofa Skubiszewskiego z Kilonii...

Należało zatem polsko-niemiecką koncepcję wspólnoty interesów dostosować do niemieckiego pojęcia „Mittleuropa”, ale nadać mu zupełnie inny charakter i wymiar, a *de facto* „podstawić pod to słowo sens zupełnie inny od dawnej koncepcji Europy środkowej służącej ekspansji niemieckiej. Czasy tej ekspansji należą do przeszłości”³¹. Zdaniem Skubiszewskiego: „Obok Europy zachodniej i wschodniej nie ma co wydzielać trzeciego członu geopolitycznego. Dla nas istotne jest to, że Republika Federalna Niemiec jest państwem zachodnim, włączonym w zachodnioeuropejski proces integracyjny, a jednocześnie jest państwem (społeczeństwem), które rozumie potrzebę współdziałania z drugą częścią politycznej Europy. Dążenie do jedności europejskiej, praca nad jednością ma również znaczenie moralne i wprowadza czynnik moralności do polityki”³². Temu właśnie ma służyć budowanie „Polsko-Niemieckiej Wspólnoty Interesów”. Podstawowym celem stosunków polsko-niemieckich końca XX wieku (postulat ten pozostaje aktualny w dalszym ciągu) było wyeliminowanie wojny poprzez dokonanie pojednania i zbudowanie porozumienia (trzy lata później określonego przez ministra spraw zagranicznych jako „Polsko-Niemiecka Wspólnota Interesów”). Jednym z najważniejszych problemów pozostawały jednak ogromne dysproporcje gospodarcze i technologiczne między Polską a Niemcami. I to Republika Federalna winna była je zmniejszyć.

Zdaniem K. Skubiszewskiego Polacy liczą, że „Republika Federalna odegra swoją rolę w zahamowywaniu tego procesu [tworzenia luki technologicznej – przyp. Ł.D.]. (...) Republika Federalna jest największym partnerem handlowym Niemiec”³³. Doceniając znaczenie i rolę Republiki Federalnej Niemiec dla Polski i jej interesów, należy zaznaczyć, że Skubiszewski nigdzie nie wspomina o „Przyjaźni Polsko-Niemieckiej”. Jest to bardzo wymowne. W czasach, w których żyła jeszcze znaczna grupa ofiar niemieckiego nazistowskiego terroru oraz pewna grupa oprawców (m.in. byłych oficerów SS), nie można było mówić o tak zażyłych relacjach nawet na szczeblu politycznym. Do dziś pozostaje to kwestią niezwykle dyskusyjną. Niemniej jednak już wówczas, czyli w 1987 r., Skubiszewski uważał, że rządy naszego kraju powinny pozyskać przychylność Niemiec.

Należy nadmienić, że powyższa koncepcja naukowa, skonfrontowana z realiami polityki zagranicznej Polski w roku 1989, zmieniła swój charakter. Jako minister spraw zagranicznych Skubiszewski stanął przed wyzwaniem całkowitej reorientacji tej polityki, a swoje priorytety wobec Niemiec musiał prowadzić przede wszystkim wobec jednoczących się – a od 3.10.1990 r. Zjednoczonych – Niemiec, doprowadzając do podpisania przez Zjednoczone Niemcy dwóch istotnych traktatów: Traktatu między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o potwierdzeniu istniejącej między nimi granicy z 14.11.1990r.³⁴ oraz Traktatu między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy, podpisany w Bonn 17.06.1991 r.³⁵

Już wówczas jednak pojawiła się formuła, która zwiastowała nową politykę wobec Zjednoczonych Niemiec – Polsko-Niemiecka Wspólnota Interesów.

³¹ Przemówienie Krzysztofa Skubiszewskiego z Kilonii...

³² Przemówienie Krzysztofa Skubiszewskiego z Kilonii...

³³ Przemówienie Krzysztofa Skubiszewskiego z Kilonii...

³⁴ Zob. <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19920140054>.

³⁵ Zob. <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19920140056>.

2.4. INICJATYWA POLSKO-NIEMIECKIEJ WSPÓLNOTY INTERESÓW WEDŁUG KRZYSZTOFA SKUBISZEWSKIEGO

Forum Polsko-Niemieckie (wcześniej Forum PRL-RFN) zajmowało szczególne miejsce w działalności naukowej i publicznej K. Skubiszewskiego przed 1989 r.³⁶ Miał on wówczas możliwość przedstawienia swoich koncepcji dotyczących perspektyw rozwoju relacji między PRL a RFN. Dowodem doniosłości tej formuły dla stosunków polsko-niemieckich był fakt, że Skubiszewski przekonał H.-D. Genschera, że trwałość Forum powinna być potwierdzona traktatowo. Dlatego też rok po tym spotkaniu w traktacie o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy znalazł się artykuł 29 (ust. 3), o następującym brzmieniu. „Umawiające się Strony popierają działalność Forum polsko-niemieckiego. Witają z zadowoleniem jego starania, aby przy udziale wszystkich reprezentatywnych sił politycznych i społecznych w Rzeczypospolitej Polskiej i w Republice Federalnej Niemiec opracowywać koncepcje dalszego rozwoju stosunków polsko-niemieckich i podejmować odpowiednie inicjatywy”³⁷.

Jego rola zmieniła się jednak na VI Forum Polsko-Niemieckim (Polska-RFN), które odbyło się w rodzinnym mieście K. Skubiszewskiego, czyli w Poznaniu, 22–24.02.1990 r. Podczas Forum omówiono następujące sprawy:

I. Polityczno-społeczne zmiany a przyszłość Europy.

1. Wpływ radzieckiej przebudowy i przemian demokratycznych.

2. Rola Polski w zmieniającej się Europie.

3. Dalszy rozwój problemu niemieckiego.

4. Stan rokowań rozbrojeniowych, likwidacja obozu zagrożenia, przyszła rola i struktury sojuszu.

5. Międzynarodowe uwarunkowania zmian i stabilizacji w Europie.

6. Rola EWG, Rady Europy, EFTA, OECD i RWPG jako globalnych instytucji.

II. Zmiany gospodarcze w Polsce i współpraca gospodarcza Polski z RFN.

A. Płaszczyzna EWG:

1. Wprowadzenie wspólnego rynku i jego wpływ na stosunki z Polską.

2. Umowa handlowa i kooperacyjna między Polską a EWG:

– możliwości i problemy implementacji;

– rola EWG w rozwoju gospodarki polskiej i wkład gospodarczy RFN.

B. Płaszczyzna stosunków dwustronnych:

1. Organizacja wymiany doświadczeń przy wprowadzaniu gospodarki rynkowej w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem aspektów społecznych, prywatyzacji i kapitału zagranicznego.

2. Możliwość pomocy RFN w polskiej reformie banków i kredytów.

³⁶ Podczas wizyty H. Kohla pojawił się pomysł, aby odbyły się dwa fora polsko-niemieckie. Wynika to z osobistych notatek Skubiszewskiego (AKS; sygn. 522) sporządzonych podczas spotkania z niemieckim kanclerzem 9.10.1989 r. Minister spraw zagranicznych zanotował także, że pomysłowi temu przeciwstawiał się ówczesny marszałek Senatu – A. Stelmachowski.

³⁷ Zob. Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy podpisany w Bonn 17.06.1991 r., prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19920140056/O/D19920056.pdf (dostęp: 20.02.2019 r.).

3. Możliwość kooperacji przedsiębiorstw małych i średnich.
 4. Możliwości współpracy w ochronie środowiska narodowego.
- III. Współpraca na rzecz umacniania demokracji, porozumienia i pojednania.
1. Centralne problemy porozumienia, pojednania i demokracji.
 2. Problemy migracji.
 3. Zachowanie dziedzictwa językowego, kulturowego i religijnego jako problem europejski.
 4. Problemy stosunków dwustronnych, ze szczególnym uwzględnieniem kultury, nauki, wymiany młodzieżowej i partnerstwa.
 5. Moralne i materialne aspekty pomocy dla byłych robotników przymusowych³⁸.

Podczas Forum K. Skubiszewski wystąpił nie – jak dotąd – jako ekspert ds. prawnych działający w ramach Forum Polsko-Niemieckiego, lecz jako minister spraw zagranicznych i mógł dokonać przełomu w stosunkach polsko-niemieckich. A w konsekwencji wcielić w życie swoją teoretyczną koncepcję pojednania polsko-niemieckiego – uaktualnioną i zmodyfikowaną przez doświadczenie ministerialne. Sformułował i doprowadził do powstania „polsko-niemieckiej wspólnoty interesów”³⁹.

Mając na uwadze dokonujące się w Polsce, w państwach niemieckich oraz w Europie zmiany geopolityczne, stwierdził, że pojednanie polsko-niemieckie jest faktem dokonanym⁴⁰. Takie lub inne tarcia mające jeszcze miejsce są nieuniknione między sąsiadami. Musimy je usuwać. Przyczynia się do tego dzisiejsze Forum. Jest to dobry przykład dla jednoczącej się Europy. Pojednanie zapoczątkowane zostało przez odważne instytucje kościelne. Nie ma polityki bez moralności. Skutki nawiązania polsko-niemieckiej wspólnoty interesów stały się szybko odczuwalne⁴¹.

Sformułowanie koncepcji polsko-niemieckiej wspólnoty interesów jest kluczowe dla współczesnych stosunków polsko-niemieckich. Ta autorska koncepcja K. Skubiszewskiego spotkała się z natychmiastowym życzliwym przyjęciem szefa niemieckiej dyplomacji H.-D. Genschera⁴². Kończy ona bowiem etap normalizacji, rozpoczęty podczas podpisywania Układu Warszawskiego (Granicznego) w 1970 r.

W świetle aktualnych badań K. Skubiszewski zdawał sobie sprawę, że porozumie-

³⁸ Opracowanie na podstawie programu znajdującego się w archiwum Skubiszewskiego w Instytucie Zachodnim w Poznaniu (teczka „Polska – Niemcy, Forum Polska – RFN, 1990”, sygn. 312).

³⁹ J. Barcz, *Dwadzieścia lat stosunków ze Zjednoczonymi Niemcami. Budowanie podstaw prawnych*, Warszawa 2011, s. 13, pisze, że „w przemówieniu wygłoszonym 22.02.1990 r. podczas VI Forum Polsko-Niemieckiego, formułując założenia «polsko-niemieckiej wspólnoty interesów» w zintegrowanej Europie, minister Skubiszewski stwierdził: «Nie chcemy destabilizacji i pomysłów bardziej przypominających fajerwerki niż realne myślenie i działanie w polityce»”.

⁴⁰ Odręczna adnotacja odnaleziona w tezcze „Polska – Niemcy. Forum Polsko-Niemieckie II 1990” (sygn. 312). W rzeczywistości jednak K. Skubiszewski wiedział, jak wiele spraw w stosunkach polsko-niemieckich nie jest uregulowanych. Bieg wydarzeń wymagał przyspieszenia procesu pojednawczego.

⁴¹ Przemówienie Skubiszewskiego podczas Forum Polsko-Niemieckiego w Poznaniu 22.02.1990 r. (kopia w posiadaniu autora).

⁴² Podczas wystąpienia na szczycie KBWE w Bonn (11.04.1990 r.) Hans-Dietrich Genscher oświadczył, że „jeżeli polski minister spraw zagranicznych [K. Skubiszewski – przyp. Ł.D.] proponuje polsko-

nie z Niemcami jest czynnikiem bezwzględnie niezbędnym do zrealizowania koncepcji przyszłej polityki zagranicznej Polski, której głównym założeniem nie była „finlandyzacja” Polski, ale jej wprowadzenie do struktur europejskich (EWG/UE, Rada Europy), a także do NATO. Jednoczące się, a następnie zjednoczone Niemcy były istotnym czynnikiem dla realizacji tej strategii. Było w niej miejsce dla sformułowania pojednania polsko-niemieckiego, nie miało ono jednak być indywidualnym pojednaniem między poszczególnymi Polakami a Niemcami, lecz hasłem politycznym, które pokazuje, że między dwoma państwami i dwoma społeczeństwami kształtuje się tzw. normalność.

Wspólnota interesów oznacza zatem, *de facto*, normalność i wymianę korzyści ze wzajemnego sąsiedztwa, ale nie wyklucza pojawiających się problemów. Tworzy jednak płaszczyznę do ich rozwiązywania. Pierwszym testem dla tej całkowicie innowacyjnej koncepcji w stosunkach polsko-niemieckich były negocjacje w sprawie uznania przez zjednoczone Niemcy granicy na Odrze i Nysie Łużyckiej.

Jednak ze skutecznością tej koncepcji w polskiej polityce zagranicznej zarówno Polski, jak i Niemiec bywało różnie. J. Nowak-Jeziorański mówił, że „wraz ze sformulowaniem koncepcji wspólnoty interesów pojawiły się różne interpretacje, gdyż wspólnota interesów nie zawsze była postrzegana w identyczny sposób przez oba państwa. Rozumiano ją raczej jako zbieżności interesów w określonych dziedzinach, przede wszystkim zbieżność celów i wola ich wzajemnego harmonizowania. Kolejną przesłankę programowej wykładni tej formuły dał sam minister K. Skubiszewski, który w swoim przemówieniu wygłoszonym 27.11.1992 r.⁴³ (...) stwierdził, że «stworzona w latach 1989–1991 solidna baza traktatowa pomaga w umacnianiu polsko-niemieckiej wspólnoty interesów. Jej realizacji należy poświęcić więcej uwagi w ramach implementacji traktatów i umów we wskazanych w nich obszarach współpracy»⁴⁴.

Zdaniem W.M. Góralskiego w początkowym okresie wspólnota interesów opierała się „na wspólnych wartościach ustrojowych, które miały być jej polityczną i zarazem prawnomiędzynarodową podstawą, z drugiej zaś na zbieżności celów strategicznych w procesie jednoczenia się Europy i tworzenia nowych przesłanek jej bezpieczeństwa”⁴⁵. I te przesłanki pozostają aktualne do dzisiaj.

Oba traktaty polsko-niemieckie rozwiązały liczne problemy i rozstrzygnęły kwestie sporne w stosunkach polsko-niemieckich⁴⁶.

2.5. CZY POTRZEBNY JEST NOWY TRAKTAT POLSKO-NIEMIECKI?

Od 1970 r. Polska i Niemcy wyraźnie określiły swoje stosunki oraz kierunki działań. Wśród kilkudziesięciu umów międzynarodowych kluczową rolę odgrywają:

-niemiecką wspólnotę interesów, to mogę tylko zgodzić się na to”. Fragment wystąpienia nadany do polskiego MSZ; claris nr 727.

⁴³ Przemówienie podczas wręczenia doktoratu *honoris causa* Uniwersytetu w Moguncji.

⁴⁴ Zob. W.M. Góralski, *Polska – Niemcy 1945–2009. Prawo i polityka*, Warszawa 2009, s. 319.

⁴⁵ W.M. Góralski, *Polska – Niemcy...*, s. 321.

⁴⁶ Szerzej zob. <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19920140054> oraz <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19920140056> (dostęp: 20.02.2019 r.).

- układ PRL-RFN z 1970 r.,
- traktat graniczny z 1990 r.,
- traktat o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy z 1991 r.

Umowy te uregulowały liczne ważne kwestie dla stosunków polsko-niemieckich. W dalszym ciągu pozostają jednak sprawy, które nie zostały ostatecznie zamknięte.

Budowanie nowych podstaw prawnych to zjawisko naturalne. We wrześniu 2017 r. prezydent Francji Emmanuel Macron zaproponował rządowi niemieckiemu rozpoczęcie prac nad nowym traktatem francusko-niemieckim. Traktat ten został podpisany 22.01.2019 r. w Akwizgranie⁴⁷. Także polskie władze powinny zdecydować się na uregulowanie kolejnych spraw w stosunkach polsko-niemieckich.

W celu dokonania całkowitego „nowego otwarcia” w stosunkach polsko-niemieckich zarówno Polacy i Niemcy, jak i ich rządy powinni żywić przeświadczenie, że sprawy historyczne zostają jednoznacznie rozstrzygnięte i zamknięte, a wspólnota winna wspierać się historyczną prawdą. Polska i Niemcy powinny podpisać traktat, który zamykając przeszłość, wprowadziłby w pełni oba kraje do rzeczywistości XXI w. i ułatwił im lepszą współpracę oraz szybsze i bardziej trafne reakcje na palące problemy współczesności. Z perspektywy polskiej traktat ten powinien:

- być kontynuacją dotychczasowego dziedzictwa w stosunkach polsko-niemieckich,
- zamykać ostatecznie wszystkie sprawy majątkowe (roszczenia wzajemne reparacje),
- uznać sformułowania typu „polskie obozy” za kłamstwo oświęcimskie.

Artykuł umożliwiający uznanie sformułowań typu „polskie obozy” mógłby uzyskać brzmienie zbliżone do poniższego. Wysokie Umawiające się Strony [Rzeczpospolita Polska i Republika Federalna Niemiec – przyp. Ł.D.], działając zgodnie z: Powszechną Deklaracją Praw Człowieka Narodów Zjednoczonych z 10.12.1948 r., europejską Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r. oraz Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych A/RES/61/255, 26.01.2007, uznają sformułowania:

- a) „polskie obozy śmierci”;
- b) „polskie obozy koncentracyjne”;
- c) „polskie obozy zagłady”;
- d) wszystkie inne o podobnym wydźwięku i charakterze, mające na celu nałożenie na Naród Polski i Rzeczpospolitą Polską odpowiedzialności za niemieckie nazistowskie zbrodnie ludobójstwa, popełnione w latach 1939–1945, za kłamstwo oświęcimskie.

3. PODSUMOWANIE

Pojednanie polsko-niemieckie jest procesem wielofazowym i wieloetapowym. Jednak jako proces polityczny, *de facto*, dokonało się w wielu wymiarach, tak bardzo jak w określonych warunkach historycznych i politycznych dokonać się mogło. I chociaż

⁴⁷ Pełny tekst traktatu z Akwizgranu z 2019 r., bruxelles2.eu/wp-content/uploads/2019/01/traite-franco-allemand-aixlachapelle@fr190118.pdf (dostęp: 22.02.2019 r.).

spektrum problemów w stosunkach polsko-niemieckich jest zdecydowanie szersze niż w stosunkach francusko-niemieckich, i wiele przeszkód pozostaje jeszcze do usunięcia, udało się doprowadzić do zamknięcia licznych problemów i sformułowania Polsko-Niemieckiej Wspólnoty Interesów. Otworzyła ona drogę do podpisania dwóch traktatów: o potwierdzeniu granicy na Odrze i Nysie Łużyckiej (1990) oraz traktatu o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy (1991), a następnie do utworzenia Trójkąta Weimarskiego (1991). Bez tego stworzenia mechanizmu politycznego pojednania i przekonania rządów niemieckich, że polskie priorytety polityki zagranicznej to także niemiecki interes polityczny, uzyskanie członkostwa Polski w NATO i Unii Europejskiej byłoby zdecydowanie trudniejsze. Niełatwo mówić o przyjaźni polsko-niemieckiej tak, jak mówi się o przyjaźni francusko-niemieckiej. Ale z całą pewnością można powiedzieć, że wzajemne relacje kształtują się w duchu dobrego sąsiedztwa i przyjaznej współpracy, która umożliwiła zgodne sąsiedzkie relacje.

ABSTRACT

Łukasz Dembski – *The concept of “The Polish-German Community of Interests” by Krzysztof Skubiszewski, as an important aspect in the formation of Polish-German reconciliation*

This text presents the outlined concept of the “Polish-German Community of Interests” by Krzysztof Skubiszewski, inspired by the Franco-German reconciliation. The author discusses the process of beginning Franco-German reconciliation after the Second World War, the formation of theoretical concept of Polish-German reconciliation by Krzysztof Skubiszewski on his own, the draft of the mechanism of the “Polish-German Community of Interests”, as an important factor of Polish-German political reconciliation, which made it possible to reorient Polish foreign policy towards European integration and membership in the NATO and as well as some of chosen problems that have not been resolved yet.

Keywords: *International law, Franco-German reconciliation, Polish-German reconciliation, Polish-German relations, Polish-German community of interests, European integration*

Łukasz Dembski

Author is graduated from Adam Mickiewicz University in Poznań, Poland (L.A. European Studies). Later, he completed his studies at the University of Lorraine in Nancy, Faculty of Law and Economics (Center of the European Studies) where he earned a degree in the European Law (L.L.M.). At present, he attends to the Warsaw School of Economics, where he holds the position of PhD student at the National Security Chair of the International Relations Institute at the Economics and Social Studies College. Between 2013 and 2015, he was a fellow worker in the office of the State Secretary Władysław Bartoszewski in the Chancellery of the Prime Minister of Poland. He initiated the establishment of Krzysztof Skubiszewski Hall of Memory at the Western Institute in Poznań (2014).

Łukasz Dembski

Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz Wydziału Prawno-Ekonomicznego Uniwersytetu Lotaryńskiego w Nancy; magistrem prawa europejskiego (Centre Européen Universitaire); doktorantem w Zakładzie Bezpieczeństwa Narodowego Instytutu Stosunków Międzynarodowych w Kolegium Ekonomiczno-Społecznym SGH; w latach 2013–2015 współpracownikiem sekretarza stanu Władysława Bartoszewskiego w Biurze Pełnomocnika ds. Dialogu Międzynarodowego; inicjatorem utworzenia Gabinetu Krzysztofa Skubiszewskiego w Instytucie Zachodnim w Poznaniu.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Barcz Jan**, *Dwadzieścia lat stosunków ze Zjednoczonymi Niemcami. Budowanie podstaw prawnych*, Warszawa 2011
- Barcz Jan, Kranz Jerzy**, *Reparacje od Niemiec po II wojnie światowej w świetle prawa międzynarodowego. Aspekty prawa i praktyka*, Warszawa 2019
- Góralski Witold Maciej**, *Polska – Niemcy 1945–2009. Prawo i polityka*, Warszawa 2009
- Lemkin Rafał**, *Rządy państw Osi w okupowanej Europie (Axis Rule in Occupied Europe)*, Warszawa 2013
- Łukaszewski Jerzy**, *O Polsce i Europie*, Warszawa 2006
- Łukaszewski Jerzy**, *Iść, jak prowadzi busola*, Kraków 2018
- Moïsi Dominique**, *Geopolityka emocji*, Warszawa 2012
- Skubiszewski Krzysztof**, *Zachodnia granica Polski*, Gdańsk 1969 (na prawach rękopisu)
- Ruchniewicz Krzysztof**, *Warszawa, Berlin, Bonn – stosunki polityczne 1949–1958*, Wrocław 2003
- Wanatowicz Maria**, *Nauki humanistyczne wobec koegzystencji Polaków i Niemców*, „Przegląd Zachodni” 1991/4
- Wróblewski Tomasz S.**, *Pojednanie Polsko-Niemieckie. Potrzebne, ale czy możliwe?*, „Przegląd Zachodni” 1991/4

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA (PAŹDZIERNIK–GRUDZIEŃ 2018 R.)

PRAWO DO WOLNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA OSOBISTEGO (ART. 5)

Artykuł 5 ust. 1 lit. c Konwencji zasadniczo zezwala na zgodne z prawem pozbawienie wolności również poza postępowaniem karnym, aby umożliwić policji wykonywanie swoich obowiązków w sferze utrzymania porządku i ochrony społeczeństwa, z zastrzeżeniem przestrzegania przez nią zasad leżących u podstaw art. 5 służącego ochronie jednostki przed arbitralnością.

*Wyrok S., V. i A. v. Dania, 22.10.2018 r.,
Wielka Izba, skargi nr 35553/12,
36678/12 i 36711/12, § 116.*

Z zastrzeżeniem dostępności w prawie krajowym dodatkowych zabezpieczeń, o których mowa w ust. 3 do 5 art. 5 – Trybunał uważa, że brak wymienionego

w art. 5 ust. 1 lit. c celu – postawienia zatrzymanego przed właściwym organem – nie może uniemożliwiać krótkotrwałego prewencyjnego pozbawienia wolności objętego częścią drugą tego artykułu. Konwencja musi być interpretowana i stosowana ze świadomością potrzeby stawienia czoła takim poważnym wyzwaniom, jak np. chuligaństwo stadionowe.

*Wyrok S., V. i A. v. Dania, 22.10.2018 r.,
Wielka Izba, skargi nr 35553/12,
36678/12 i 36711/12, § 126.*

Zbyt swobodne podejście w tej dziedzinie ograniczają ważne zabezpieczenia wpisane w art. 5 ust. 1, w szczególności wymaganie, aby pozbawienie wolności było zgodne z prawem, i jego cel: ochrona jednostki przed arbitralnością. Poza tym przestępstwo musi być konkretne i określone w szczególności co do miejsca i czasu jego popełnienia oraz ofiar. Wła-

dze muszą przedstawić fakty lub informacje mogące przekonać obiektywnego obserwatora, że gdyby nie pozbawienie wolności, osoba zatrzymana z wszelkim prawdopodobieństwem wzięłaby w nim udział. Swobodę dodatkowo ogranicza wymaganie, aby zatrzymanie i aresztowanie było „konieczne”. Ponadto przy ocenie „konieczności” należy uwzględnić stopień, w jakim pozbawienie wolności naraża interesy chronione przez inne prawa zagwarantowane w Konwencji.

Wyrok S., V. i A. v. Dania, 22.10.2018 r., Wielka Izba, skargi nr 35553/12, 36678/12 i 36711/12, § 127.

Władze mają obowiązek rozważyć środki mniej surowe niż pozbawienie wolności, mogą jednak uznać je za niewystarczające dla ochrony interesu indywidualnego lub publicznego. Prewencyjnego pozbawienia wolności nie można zasadnie uznać za konieczne, jeżeli nie została zachowana właściwa równowaga między znaczeniem w społeczeństwie demokratycznym zapobiegania bezpośredniemu zagrożeniu przestępstwem oraz prawa do wolności osobistej. Proporcjonalność tak surowego środka jak pozbawienie wolności wymaga, aby konkretny i określony „czyn karalny”, o którym mowa w części drugiej art. 5 ust. 1 lit. c, był poważny, obejmując zagrożenie dla życia i zdrowia lub znaczną szkodę materialną. Z tego wynika również, że zatrzymanego należy zwolnić natychmiast po ustaniu ryzyka, co wymaga kontroli, której istotnym elementem jest długość okresu zatrzymania.

Wyrok S., V. i A. v. Dania, 22.10.2018 r., Wielka Izba, skargi nr 35553/12, 36678/12 i 36711/12, § 161.

PRAWO DO RZETELNEGO PROCESU SĄDOWEGO (ART. 6)

Odpowiedzialność państwa na podstawie Konwencji może wchodzić w grę, jeżeli władze państwa Konwencji zgodzą się, formalnie lub w sposób dorozumiany, na działania osób naruszające zagwarantowane przez Konwencję prawa innych osób pozostających pod jego jurysdykcją.

Wyrok Mutu i Pechstein v. Szwajcaria, 2.10.2018 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 40575/10 i 67474/10, § 64 – dot. Sportowego Trybunału Arbitrażowego.

Należy odróżnić arbitraż dobrowolny i przymusowy. W przypadku arbitrażu przymusowego, w tym sensie, że jest on wymagany przez prawo, strony nie mogą uniknąć poddania sporu decyzji trybunału arbitrażowego. Musi on więc zapewnić gwarancje przewidziane w art. 6 ust. 1 Konwencji.

Wyrok Mutu i Pechstein v. Szwajcaria, 2.10.2018 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 40575/10 i 67474/10, § 95.

Rozdział między władzą wykonawczą i sądownictwem nabiera coraz większego znaczenia w orzecznictwie Trybunału. Artykuł 6 ani inne postanowienia Konwencji nie wymagają jednak od państw dostosowania się do konkretnych teoretycznych koncepcji konstytucyjnych dozwolonych granic wzajemnych relacji tych władz.

Wyrok Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugalia, 6.11.2018 r., Wielka Izba, skargi nr 55391/13, 57728/13 i 74041/13, § 144.

W ramach swoich obowiązków sędziowskich sędziowie muszą rozpatrywać rozmaite sprawy ze świadomością,

że w pewnym momencie swojej kariery sami mogą znaleźć się w sytuacji podobnej do jednej ze stron, w tym oskarżonego. Czysto abstrakcyjne ryzyko tego rodzaju nie może jednak oznaczać wątpliwości co do bezstronności sędziego, jeżeli brak jest konkretnych okoliczności odnoszących się do jego indywidualnej sytuacji. W sprawach dyscyplinarnych teoretyczne ryzyko wynikające z faktu, że sędziowie orzekający sami podlegają regulacjom dyscyplinarnym, nie wystarcza do stwierdzenia naruszenia warunku bezstronności.

Wyrok Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugalia, 6.11.2018 r., Wielka Izba, skargi nr 55391/13, 57728/13 i 74041/13, § 163.

Sąd posiada „pełną jurysdykcję”, jeżeli wykonuje „jurysdykcję wystarczającą” albo „w stopniu wystarczającym kontroluje” toczące się przed nim postępowanie. Wymóg „pełnej jurysdykcji” otrzymał więc definicję autonomiczną w świetle przedmiotu i celu Konwencji, nie zawsze odpowiadającą charakterystyce prawnej obowiązującej w prawie krajowym.

Wyrok Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugalia, 6.11.2018 r., Wielka Izba, skargi nr 55391/13, 57728/13 i 74041/13, § 177.

W rozważaniach, czy system prawny jako całość umożliwił właściwe ustalenia faktyczne, Trybunał musi również uwzględniać ich naturę i cel. W przypadku odwołań od decyzji administracyjnych ocena, czy dostępna kontrola sądowa była „wystarczająca”, może zależeć nie tylko od dyskrecjonalnego lub technicznego charakteru przedmiotu zaskarżonej decyzji oraz konkretnej kwestii, jaką skarżący chciał postawić przed sądami jako głów-

ną, ale również – bardziej ogólnie – charakteru „praw i obowiązków cywilnych” wchodzących w grę oraz celu polityki realizowanej przez wchodzące w grę prawo krajowe.

Wyrok Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugalia, 6.11.2018 r., Wielka Izba, skargi nr 55391/13, 57728/13 i 74041/13, § 180.

W specyficznym kontekście postępowania dyscyplinarnego kwestie dotyczące faktów są tak samo ważne dla wyniku postępowania odnoszącego się do „praw i obowiązków cywilnych” jak kwestie prawne. Dotyczy to zwłaszcza postępowania wiążącego się z wymierzaniem kar, w szczególności kar dyscyplinarnych, sędziom, którzy aby zapewnić społeczne zaufanie do sądownictwa jako takiego, muszą cieszyć się koniecznym szacunkiem.

Wyrok Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugalia, 6.11.2018 r., Wielka Izba, skargi nr 55391/13, 57728/13 i 74041/13, § 202.

W razie braku nieodpartyń powodów opóźnienia dostępu do adwokata w postępowaniu przygotowawczym Trybunał musi bardzo szczegółowo skontrolować rzetelność całego postępowania karnego. Brak ten ma duże znaczenie dla oceny ogólnej rzetelności i może przemawiać za uznaniem, że doszło do naruszenia. Na rządzie spoczywa obowiązek przekonującego wykazania, że na skutek ograniczenia dostępu do adwokata wyjątkowo i w konkretnych okolicznościach ogólna rzetelność postępowania karnego nie ucierpiała nieodwracalnie.

Wyrok Beuze v. Belgia, 9.11. 2018 r., Wielka Izba, skarga nr 71409/10, § 145.

Ustawodawstwo przewidujące pewne zabezpieczenia w sposób abstrakcyjny nie może być wyłączną gwarancją ogólnej rzetelności postępowania. Ocena rzetelności całego postępowania możliwa jest wyłącznie w rezultacie zbadania ich stosowania w konkretnym przypadku.

Wyrok Beuze v. Belgia, 9.11.2018 r., Wielka Izba, skarga nr 71409/10, § 192.

Skuteczny wymiar sprawiedliwości wymaga, aby oskarżony skazany prawomocnym wyrokiem, występujący następnie jako świadek mający złożyć zeznania w związku z przestępstwem, za które został skazany, musiał – podobnie jak każdy inny świadek niemający prawa do odmowy zeznań – spełnić obywatelski obowiązek złożenia prawdziwych zeznań zgodnie z właściwymi przepisami procedury karnej. W tym zakresie art. 6 Konwencji nie daje byłemu oskarżonemu żadnego przywileju.

Decyzja Wanner v. Niemcy, 23.10.2018 r. (notyfikowana 22.11.2018 r.), Izba (Sekcja V), skarga nr 26892/12, § 35.

Ocena sposobu badania przez sąd złożonego zgodnie z prawem krajowym wniosku o przesłuchanie świadka obrony wymaga zastosowania następującego trzystopniowego testu:

a) czy wniosek o przesłuchanie świadka został wystarczająco uzasadniony i istotny ze względu na przedmiot zarzutu oskarżenia,

b) czy sądy krajowe oceniły znaczenie zeznania tego świadka i przedstawiły wystarczające powody decyzji o odmowie jego przesłuchania podczas procesu,

c) czy decyzja sądów o odmowie doprowadziła do osłabienia ogólnej rzetelności postępowania?

Wyrok Murtazaliyeva v. Rosja, 18.12.2018 r., Wielka Izba, skarga nr 36658/05, § 158.

WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)

Jak wskazuje ust. 2 art. 10, korzystanie z wolności wypowiedzi wiąże się obowiązkami i odpowiedzialnością. Między innymi istnieje ogólne wymaganie zapewnienia spokojnego korzystania z praw zagwarantowanych na podstawie art. 9 posiadaczom przekonań religijnych, w tym obowiązku unikania w miarę możliwości wypowiedzi, które w ocenie innych bez żadnego powodu są bluźniercze i obrażają obiekty kultu. Jeżeli takie wypowiedzi wykraczają poza granice krytycznej negacji przekonań religijnych i mogą podżegać do nietolerancji religijnej, państwo jest uprawnione do uznania ich za niezgodne z poszanowaniem wolności myśli, sumienia i religii i podjąć proporcjonalne działania restrykcyjne.

Wyrok E.S. v. Austria, 25.10.2018 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 38450/12, § 43.

Brak jednolitej europejskiej koncepcji wymagań ochrony praw innych osób w związku z atakami na ich przekonania religijne oznacza, że państwa Konwencji mają szerszą swobodę regulacji wolności wypowiedzi w związku z kwestiami mogącymi obrażać przekonania osobiste w sferze moralności lub religii. Państwa nie tylko korzystają z szerokiej swobody w tym zakresie, ale mają również obowiązki pozytywne na podstawie art. 9 Konwencji zapewnienia pokojowego współistnienia wszystkich religii i osób nienależących do żadnej grupy religijnej przez zapewnienie wzajemnej tolerancji.

Wyrok E.S. v. Austria, 25.10.2018 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 38450/12, § 44.

Przedstawianie przedmiotów kultu religijnego w sposób prowokacyjny, dotykający uczucia wyznawców danej religii może być uznane za złośliwe złamanie ducha tolerancji będącej jedną z podstaw społeczeństwa demokratycznego.

Wyrok E.S. v. Austria, 25.10.2018 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 38450/12, § 53.

Ze względu na dostępność i zdolność do gromadzenia i przekazywania ogromnej ilości informacji Internet odgrywa ważną rolę w rozszerzaniu publicznego dostępu do wiadomości i generalnie ułatwia rozpowszechnianie informacji. Równocześnie ryzyko zagrożeń dla praw i wolności człowieka, w szczególności prawa do poszanowania życia prywatnego, z powodu treści i przekazów w Internecie jest z pewnością wyższe niż w przypadku prasy. Ze względu na szczególną naturę Internetu „obowiązki i odpowiedzialność” portali internetowych dla celów art. 10 w sferze dotyczącej treści pochodzących od osób trzecich mogą być do pewnego stopnia odmienne niż tradycyjnego wydawcy. Portale internetowe nie są wydawcami komentarzy osób trzecich w sensie tradycyjnym, w pewnych okolicznościach mogą jednak stać się odpowiedzialne za treści pochodzące od użytkowników.

Wyrok Magyar Jeti Zrt v. Węgry, 4.12.2018 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 11257/16, § 66.

Polityka rządząca odtwarzaniem materiału z mediów drukowanych i Internetu może się różnić. W tym drugim przypadku musi być dostosowana do specyficznych cech technologicznych zabezpieczenia ochrony i promocji praw i wolności wchodzących w grę. Brak wystarczających ram prawnych na poziomie krajowym umożli-

wiających dziennikarzom korzystanie z informacji uzyskanych z Internetu bez obawy narażenia się na sankcje poważnie utrudnia realizację przez nich żywotnej funkcji prasy jako „public watchdog”.

Wyrok Magyar Jeti Zrt v. Węgry, 4.12.2018 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 11257/16, § 68.

Ze względu na rolę Internetu w zwiększeniu dostępu ogółu do informacji cel hiperłącz polega na skierowaniu uwagi innych osób na strony i zasoby w sieci, umożliwieniu użytkownikom Internetu poruszania się w materiałach w sieci charakteryzującej się dostępnością ogromnej ilości informacji. Hiperłącza przyczyniają się do sprawnego działania Internetu, umożliwiając dostęp do informacji przez wzajemne ich powiązanie.

Wyrok Magyar Jeti Zrt v. Węgry, 4.12.2018 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 11257/16, § 73.

Zrównanie udostępnienia przez hiperłącze z rozpowszechnianiem zniesławiających informacji nie może automatycznie oznaczać odpowiedzialności za ich treść. Kwestia, czy działanie takie może w sposób uzasadniony z punktu widzenia art. 10 rodzić odpowiedzialność, wymaga indywidualnej oceny każdego przypadku z uwzględnieniem wielu elementów. Trybunał wskazał w szczególności następujące wymagane istotne aspekty analizy odpowiedzialności wydawcy hiperłącza: (i) czy dziennikarz popierał zarzuconą treść; (ii) czy dziennikarz powtórzył zarzuconą treść (bez wyrażenia dla niej poparcia); (iii) czy dziennikarz jedynie udostępnił hiperłącze do zarzuconej treści (bez wyrażenia poparcia czy powtórzenia jej); (iv) czy dziennikarz wiedział lub

powinien wiedzieć, że zarzucona treść była zniesławiająca albo w inny sposób niezgodna z prawem; (v) czy dziennikarz działał w dobrej wierze, z poszanowaniem etyki dziennikarskiej i wykazał staranność oczekiwaną w odpowiedzialnym dziennikarstwie.

Wyrok Magyar Jeti Zrt v. Węgry,
4.12.2018 r., Izba (Sekcja IV),
skarga nr 11257/16, § 76–77.

Przyjęcie odpowiedzialności obiektywnej wydawcy hiperłącza może mieć przewidywalny negatywny wpływ na przepływ informacji w Internecie, zmuszając autorów i wydawców artykułów do powstrzymywania się z udostępnianiem hiperłączy do materiałów, nad których możliwą do zmian treścią nie mają kontroli. Może to mieć, bezpośrednio albo pośrednio, efekt mrozący dla wolności wypowiedzi w Internecie.

Wyrok Magyar Jeti Zrt v. Węgry,
4.12.2018 r., Izba (Sekcja IV),
skarga nr 11257/16, § 83.

Praca sądów, które są gwarantami wymiaru sprawiedliwości i odgrywają fundamentalną rolę w państwie rządzącym się prawem, powinna cieszyć się publicznym zaufaniem. Sądy muszą więc być chronione przed bezpodstawnymi atakami. Podobnie jak inne instytucje publiczne, nie są one jednak wolne od krytyki i kontroli. Należy wyraźnie odróżnić krytykę i obrazę. Jeżeli wyłącznym zamiarem wypowiedzi w jakiegokolwiek formie jest obraza sądu albo jego członków, właściwa kara nie będzie zasadniczo stanowić naruszenia art. 10 ust. 2 Konwencji.

Wyrok Słomska v. Polska, 6.12.2018 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 68924/12, § 64.

WOLNOŚĆ ZGROMADZEŃ I STOWARZYSZANIA SIĘ (ART. 11)

Kwestia, czy dane wydarzenie mieści się w koncepcji autonomicznej „pokojowego zgromadzenia” z ust. 1 art. 11 oraz zakres ochrony na jego podstawie nie zależą od tego, czy odbywało się zgodnie z procedurą przewidzianą w prawie krajowym. Kłasyfikacja i regulacja w prawie krajowym ma wpływ na ocenę dopiero po uznaniu przez Trybunał, że było ono objęte ochroną na podstawie tego przepisu. Elementy te są istotne dla oceny kwestii obowiązków negatywnych państwa w tej sferze, a konkretnie, czy ograniczenie chronionej wolności było usprawiedliwione na podstawie ust. 2 – podobnie jak obowiązków pozytywnych, tj. czy została zachowana właściwa równowaga konkurujących ze sobą interesów.

Wyrok Navalnyy v. Rosja, 15.11. 2018 r.,
Wielka Izba, skargi nr 29580/12, 29580/12,
36847/12, 11252/13, 12317/13 i 43746/14,
§ 99.

Stosowanie regulacji rządzących zgromadzeniami publicznymi nie może stać się celem samym w sobie.

Wyrok Navalnyy v. Rosja, 15.11. 2018 r.,
Wielka Izba, skargi nr 29580/12, 29580/12,
36847/12, 11252/13, 12317/13 i 43746/14,
§ 144.

Zatrzymania, aresztowania i skazania w trybie administracyjnym nie mogą nie prowadzić do zniechęcenia do udziału w protestach lub aktywnego udziału w polityce po stronie opozycyjnej. Środki takie mają niewątpliwie poważny potencjał odstraszać inne osoby wspierające opozycję oraz społeczeństwo jako takie od udziału w demonstracjach oraz, w katego-

riach bardziej ogólnych, w otwartej debacie publicznej. Ich efekt mrozący jest tym większy, gdy są wymierzone w dobrze znaną postać publiczną, której pozbawienie wolności znajduje szerokie odbicie w mediach.

Wyrok Navalnyy v. Rosja, 15.11.2018 r., *Wielka Izba*, skargi nr 29580/12, 29580/12, 36847/12, 11252/13, 12317/13 i 43746/14, § 152.

OCHRONA WŁASNOŚCI (ART. 1 PROTOKOŁU NR 1)

Państwo obciąża ryzyko jakiegokolwiek błędu jego organu. Jego naprawa nie może obciążać osób nim dotkniętych.

Wyrok Batkivska Turbota Foundation v. Ukraina, 9. 10.2018 r., *Izba (Sekcja IV)*, skarga nr 5876/15, § 61.

Mogą istnieć sytuacje, w których odszkodowanie odzwierciedlające cenę rynkową nieruchomości nie stanowi odpowiedniego odszkodowania. Sytuacja taka może pojawić się zwłaszcza, gdy mienie, którego osoba została pozbawiona, stanowiło jej główne, jeżeli nie jedyne, źródło dochodu, a oferowane odszkodowanie nie odzwierciedla poniesionej straty. Sądy muszą brać ten aspekt pod uwagę przy rozstrzyganiu o wysokości odszkodowania. Nie może ono pozostawać wyłącznie w relacji do cen nieruchomości w okolicy. Odszkodowanie musi pokryć rzeczywistą stratę na skutek pozbawienia środków utrzymania lub być przynajmniej wystarczające do nabycia równoważnych gruntów w danej okolicy.

Wyrok Osmanyany i Amiraghyan v. Armenia, 11.10.2018 r., *Izba (Sekcja I)*, skarga nr 71306/11, § 69–70.

ZAKAZ DYSKRYMINACJI (ART. 14)

Wyznanie religijne osoby nie może umożliwiać ze skutkiem prawnym zróżniczenia się pewnych praw wbrew ważnemu interesowi publicznemu. Państwo jako takie nie może wziąć na siebie roli gwaranta tożsamości mniejszościowej określonej grupy ludności ze szkodą dla prawa członków tej grupy do swobodnej odmowy przynależności do niej lub nieprzestrzeżenia jej praktyk i reguł zachowania.

Wyrok Molla Sali v. Grecja, 19.12.2018 r., *Wielka Izba*, skarga nr 20452/14, § 156.

Odmowa członkom mniejszości religijnej uprawnienia do dobrowolnego optowania i skorzystania z prawa powszechnie obowiązującego oznacza nie tylko traktowanie dyskryminujące, ale również naruszenie prawa o kardynalnym znaczeniu w dziedzinie ochrony mniejszości, a więc prawa do swobodnej samoidentyfikacji. Negatywny aspekt tego prawa, a więc prawa do niebycia traktowanym jako członek mniejszości, nie jest ograniczony w taki sam sposób, jak jego aspekt pozytywny. Wybór wchodzący w grę jest całkowicie swobodny, pod warunkiem że jest świadomy. Wymaga poszanowania przez innych członków danej mniejszości i przez samo państwo. Prawo do swobodnej samoidentyfikacji stanowi podwalinę prawa międzynarodowego w sferze ochrony mniejszości. Żaden traktat dwustronny czy wielostronny albo inny instrument nie wymaga poddania się wbrew swojej woli konkretnemu reżimowi w sferze ochrony mniejszości. Prawo to stanowi podwalinę prawa międzynarodowego ogólnie w sferze ochrony mniejszości. Odnosi się to zwłaszcza do negatywnego aspektu tego prawa.

Wyrok Molla Sali v. Grecja, 19.12.2018 r., *Wielka Izba*, skarga nr 20452/14, § 157.

ZASĄDZENIE OD ADWOKATA ZADOŚCUCZYNIENIA DLA SĘDZIEGO Z POWODU ATAKU NA JEGO DOBRE IMIĘ

*Pais Pires de Lima przeciwko Portugalii
(wyrok z 12.02.2019 r., Izba (Sekcja IV),
skarga nr 70465/12)*

Joaquim Antonio Pais Pires de Lima był adwokatem prowadzącym praktykę w Lizbonie. W skardze do Najwyższej Rady Sądownictwa (HCJ) zarzucił 1.03.2007 r. brak bezstronności sędziego prowadzącego sprawę, w której był pełnomocnikiem. Wskazał na jego „korupcję” i „przekręt” w tej sprawie. NRS umorzyła postępowanie.

Sędzia wniósł powództwo cywilne, które zostało częściowo uwzględnione przez sąd w Lizbonie 17.07.2008 r., który nakazał adwokatowi zapłatę 50 tys. euro zadośćuczynienia. Sąd apelacyjny uchylił ten wyrok i zwrócił sprawę do ponownego rozpoznania przez sąd pierwszej instancji, który 22.04.2010 r. zasądził tę samą kwotę. Na skutek apelacji została ona podniesiona do 100 tys. euro. Sąd Najwyższy, w rezultacie skargi kasacyjnej, zmniejszył ją jednak do 50 tys. euro.

Organ dyscyplinarny Adwokatury 14.04.2009 r. ukarał adwokata naganą, uznając, że nie poinformował sędziego o zamiarze wniesienia przeciwko niemu skargi do NRS, co powinien był uczynić zgodnie z obowiązującymi zasadami.

W skardze do Trybunału, z powołaniem się na art. 10 Konwencji, adwokat zarzucił, że sąd zasądził od niego zadośćuczynienie za rzekomy zamach na dobre imię sędziego, co oznaczało naruszenie wolności wypowiedzi.

Po wniesieniu skargi skarżący zmarł,

skargę popierali więc członkowie jego najbliższej rodziny.

Zasądzenie od adwokata zadośćuczynienia w sprawie cywilnej z powodu zamachu na honor i dobre imię sędziego R.P. stanowiło ingerencję w jego prawo do wolności wypowiedzi, przewidzianą przez prawo i podjętą w celu ochrony prawa innej osoby, w tym przypadku prawa sędziego do poszanowania jego dobrego imienia, a więc wchodziło w grę również zachowanie zaufania do wymiaru sprawiedliwości.

Przy ocenie, czy ingerencja była konieczna w społeczeństwie demokratycznym, Trybunał przypomniał, że z wolności wypowiedzi korzystają również adwokaci. Poza treścią idei i informacji obejmuje ona również sposób, w jaki zostały wyrażone. Adwokaci mają więc w szczególności prawo wypowiedzania się publicznie na temat funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, chociaż ich krytyka nie może przekroczyć pewnych granic.

Kwestia wolności wypowiedzi wiąże się z niezależnością zawodu adwokata, która ma kluczowe znaczenie dla skutecznego funkcjonowania rzetelnego wymiaru sprawiedliwości. W rezultacie ograniczenie wolności wypowiedzi obrońcy – nawet w postaci łagodnej sankcji karnej – tylko wyjątkowo może zostać uznane za konieczne w społeczeństwie demokratycznym.

Odmienne należy traktować wypowiedzi adwokata na sali sądowej oraz poza nią. Wolność wypowiedzi adwokata na rozprawie może rodzić kwestie na tle prawa jego klienta do rzetelnego procesu sądowego. Musi on mieć możliwość swobodnej, a nawet energicznej wymiany poglądów ze stroną przeciwną i ma obowiązek „z zaangażowaniem bronić interesów

swoich klientów”, co wymaga często rozważenia, czy nie należy sprzeciwić się postawie sądu lub zareagować na nią w drodze skargi. Należy również pamiętać, że w takim wypadku sporne wypowiedzi padają za drzwiami sali sądowej.

W związku z kwestią wypowiedzi poza nią Trybunał przypomniał, że adwokat może kontynuować obronę swojego klienta również w wystąpieniach telewizyjnych lub wypowiedziach w prasie. Mogą one wynikać z potrzeby poinformowania ogółu o brakach toczącego się postępowania mających negatywny wpływ na właściwy sposób rozpatrzenia sprawy.

Trybunał uznał jednak za ważne podkreślenie, że bez solidnej podstawy faktycznej adwokaci nie mogą wypowiadać się w sposób przekraczający granice dopuszczalnego komentarza, a tym bardziej nie mogą obrzucać innych inwektywami. Trybunał ocenia wypowiedzi w ich kontekście ogólnym, w szczególności starając się ustalić, czy mogły wprowadzać w błąd albo oznaczać bezpodstawny atak. Musi również upewnić się, że w danej sytuacji użyte wyrażenia wiązały się wystarczająco bezpośrednio z faktami wchodzącymi w grę.

Trybunał przypomniał, że każda decyzja o przyznaniu zadośćuczynienia za zniesławienie powinna pozostawać w rozsądnej proporcji do stwierdzonego zamachu na dobre imię.

W tym przypadku sąd zasądził od adwokata zadośćuczynienie w związku z oskarżeniami, jakie sformułował wobec sędziego R.P. w skardze wniesionej 1.03.2007 r. do NRS, w której domagał się wszczęcia wobec niego postępowania dyscyplinarnego. Stwierdził również, że dochodzenie to zostało umorzone w drodze postanowienia NRS wydanego

22.05.2007 r. Po rozpatrzeniu powództwa cywilnego sędziego R.P. sądy jednogłośnie uznały, że podniesione przez skarżącego zarzuty rażącej stronniczości i korupcji były szczególnie poważne i nie tylko narażały dobre imię sędziego R.P., ale również kwestionowały jego poziom etyki zawodowej jako przedstawiciela władzy sądowiczej. Uznały, że wchodziły w grę niepotwierdzone i sformułowane świadomie oświadczenia o faktach niezgodne z mandatem adwokackim skarżącego. Uwzględniły również fakt, że skarga została skierowana po roku od zakończenia postępowania, które skarżący krytykował. Sądy uznały, że skarżący nie działał w dobrej wierze. Nie uwzględniły podniesionej okoliczności łagodzącej w postaci jego złego stanu psychicznego w okresie, w którym formułował swoje zarzuty.

W związku z kwestią natury krytyki skarżącego wobec sędziego R.P. Trybunał zauważył, że odnosiła się do sposobu prowadzenia sprawy przez sędziego R.P. Adwokat wywiódł z niego dwa wnioski: z jednej strony twierdził, że istniało podejrzenie powiązanie adwokata strony pozwanej i sędziego R.P., który w ten sposób nie zachował obowiązku bezstronności, a z drugiej – oskarżył go o bycie skorumpowanym. Według skarżącego sporne wypowiedzi były jego ocenami. Rząd twierdził natomiast, że były to w istocie oświadczenia o faktach. Trybunał podzielił pogląd rządu. Poza zarzutem narażenia na szwank zasad etyki zawodowej, a konkretnie obowiązku zachowania bezstronności, skarżący oskarżył sędziego R.P. o przestępstwo bierniej korupcji. Trybunał uznał, że w rezultacie sądy mogły oczekiwać od adwokata potwierdzenia swoich oskarżeń za pomocą odpowiednich dowodów. W związku z zarzutem braku bez-

stronności sędziego R.P. skarżący wskazał sposób prowadzenia przez niego sprawy. Zdolał jednak wyłącznie udowodnić, że sędzia R.P. ziewał w czasie jego wystąpienia. W kwestii zarzutu korupcji Trybunał wskazał, że skarżący domagał się przeprowadzenia dochodzenia w sprawie majątku sędziego R.P. Nawet jeśli NRS nie wypowiedziała się w tym zakresie, sądy cywilne, które rozpatrywały powództwo sędziego R.P., orzekły, biorąc pod uwagę zgromadzone materiały, że pomówienia skarżącego nie miały podstaw. Motywy wskazane przez sądy przemawiające za uwzględnieniem powództwa sędziego R.P. były więc – jak się wydaje – „istotne” i „wystarczające”.

Trybunał uważał jednak, że zadośćuczynienie w kwocie 50 tys. euro, które adwokat miał zapłacić sędziemu R.P., było nadmierne wysokie, tym bardziej że oskarżenia nie padły publicznie, ale znalazły się wśród podstaw skargi wniesionej do NRS – organu właściwego w sprawach dyscyplinarnych sędziów. Sądy krajowe zwróciły uwagę, że sporne stwierdzenia stały się znane

w kręgach sądowych i były dyskutowane. W ocenie Trybunału brak było jednak podstaw do uznania samego skarżącego za odpowiedzialnego za wyciek materiałów, które co do zasady miały pozostać poufne.

W rezultacie – w ocenie Trybunału – kwota, którą skarżący miał zapłacić sędziemu R.P. jako zadośćuczynienie, była nieproporcjonalnie wysoka. Tak wysokie zadośćuczynienie mogło poza tym mieć efekt odstrasżający adwokaturę jako całość, zwłaszcza w sferze obrony przez adwokatów interesów klientów.

Z tych względów Trybunał uważał, że zasądzone zadośćuczynienie było nieproporcjonalne do realizowanego uprawnionego celu. Zarzucona ingerencja w wolność wypowiedzi skarżącego nie była więc konieczna w społeczeństwie demokratycznym. W rezultacie nastąpiło naruszenie art. 10 Konwencji (jednogłośnie).

Trybunał nie zasądził zadośćuczynienia, uznając, że stwierdzenie naruszenia jako takie było słusznym zadośćuczynieniem za krzywdę moralną doznaną przez skarżącego.

Marek Antoni Nowicki

Autor jest adwokatem (ORA w Warszawie), doradcą Misji OBWE w Kosowie.

Najnowsze orzecznictwo

Michał Jackowski, Łukasz Lewandowski

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO (PAŹDZIERNIK 2018 R.–STYCZEŃ 2019 R.)

1. W okresie od października 2018 r. do stycznia 2019 r. Trybunał Konstytucyjny wydał czternaście wyroków. Szczególnie istotne z punktu widzenia wykonywania zawodu adwokata były dwa z nich – jeden dotyczący zasad zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu cywilnym, pośrednio odnoszący się do wysokości honorariów adwokackich, i drugi, który odnosi się do problemu kontroli legalności uchwał samorządu zawodowego. Poglądy zawarte w tym ostatnim orzeczeniu wprost można odnieść do regulacji adwokackich. Warte omówienia są także judykaty, które regulują kwestie realizacji prawa do sądu i zaskarżalności orzeczeń sądowych.

2. Trybunał Konstytucyjny orzekł 11.12.2018 r., w sprawie SK 26/160 konstytucyjności art. 98 § 2 zd. 2 k.p.c. Przepis ten wprawdzie został zbadany w zakresie,

w jakim ogranicza stronie, niereprezentowanej przez adwokata lub radcę prawnego, wysokość zwrotu kosztów przejazdu do sądu. Jednak w uzasadnieniu orzeczenia Trybunał przytoczył, po pierwsze, dorobek orzecznicy sądów powszechnych i Sądu Najwyższego dotyczący zasad zwrotu kosztów postępowania, w tym również zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Po drugie, przypomniał swoje dotychczasowe poglądy na temat relacji kosztów postępowania do prawa do sądu wyrażone w wyrokach z:

- 21.06.2017 r., SK 35/15, dotyczącym wysokości stawki minimalnej za czynności adwokackie w sprawie o odszkodowanie za bezskuteczne wypowiedzenie umowy o pracę, w którym orzekł, że rozwiązanie to jest zgodne z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji;
- 17.05.2016 r., SK 37/14, dotyczącym braku zwrotu przez Skarb Państwa kosz-

- tów procesu niezasądzonych od strony przegrywającej – orzekł, że art. 102 k.p.c. w tym zakresie jest zgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji;
- 6.04.2016 r., SK 67/13, dotyczącym nieuwzględnienia podatku VAT w zwracanych kosztach wynagrodzenia adwokata z wyboru, w którym uznał, że taki mechanizm jest zgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji;
 - 15.04.2014 r., SK 12/13, dotyczącym górnej granicy opłaty w sprawach zamówień publicznych – Trybunał orzekł, że art. 34 ust. 2 u.k.s.c. jest niezgodny m.in. z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, bo przewidziany w zaskarżonym przepisie limit opłaty w kwocie 5 000 000 zł jest rażąco wygórowany;
 - 7.03.2013 r., SK 30/09, dotyczącym braku zwrotu opłaty od skargi na postanowienie referendarza sądowego uwzględnionej z innego powodu niż oczywiste naruszenie prawa – Trybunał uznał, że art. 79 ust. 1 pkt 1 lit. f u.k.s.c. jest w tym zakresie niezgodny m.in. z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji;
 - 15.05.2012 r., P 11/10, dotyczącym braku możliwości zwolnienia dłużników będących spółkami z ograniczoną odpowiedzialnością od kosztów sądowych w postępowaniu upadłościowym – Trybunał orzekł, że art. 32 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego z 2003 r. jest w tym zakresie niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji;
 - 17.11.2008 r., SK 33/07, dotyczącym bezwzględnego odrzucenia nieopłaconej apelacji wniesionej przez profesjonalnego pełnomocnika – Trybunał orzekł m.in., że art. 130² § 3 k.p.c. jest w tym zakresie zgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Za nadmierną barierę ekonomiczną dostępu do sądu cywilnego Trybunał uznał dotychczas rozwiązania, które:

- 1) wyłączały obowiązek zwrotu kosztów procesu przez jedną ze stron bez względu na wynik sprawy (SK 2/05 i P 8/12),
- 2) nakładały obowiązek poniesienia kosztów procesu tylko na jedną ze stron w wypadku umorzenia postępowania (SK 44/04),
- 3) ustalały niezwykle wysoką opłatę sądową (SK 12/13),
- 4) zakazywały zwolnienia od kosztów sądowych bez względu na sytuację strony (P 11/10).

Natomiast za mieszczące się w porządku konstytucyjnym uznawano przepisy, które nie zapewniały stronie wygrywającej odzyskania wszystkich realnie poniesionych przez nią kosztów sądowych w pełnej wysokości, takie jak:

- 1) bardzo niska stawka minimalna za czynności adwokackie (SK 35/15),
- 2) niezasądzanie podatku VAT w ramach zwracanych kosztów wynagrodzenia adwokata z wyboru (SK 67/13),
- 3) brak refundacji kosztów niezasądzonych od strony przegrywającej przez Skarb Państwa (SK 37/14).

Trybunał zaaprobował tę linię orzeczniczą i wielokrotnie do niej nawiązywał. Stwierdził, że zgodnie z art. 98 § 2 k.p.c. do niezbędnych kosztów procesu prowadzonego przez stronę osobiście lub przez niezawodowego pełnomocnika zalicza się poniesione przez nią koszty sądowe, koszty przejazdów do sądu strony lub jej pełnomocnika oraz równowartość zarobku utraconego wskutek stawiennictwa w sądzie. Suma kosztów przejazdów i równowartość utraconego zarobku nie może

przekraczać wynagrodzenia jednego adwokata wykonującego zawód w siedzibie sądu procesowego. Wyrok TK zapadł na skutek skargi konstytucyjnej, w której skarżący podnosił, że limitowanie zwrotu kosztów do wynagrodzenia adwokata wyliczonego z wykorzystaniem stawek minimalnych zawartych w przepisach rozporządzeń narusza m.in. prawo do sądu, zasadę równości i zasadę demokratycznego państwa prawa. Skarżący wskazał, że strona korzystająca z usług profesjonalnego pełnomocnika może w łatwiejszy sposób uzyskać zwrot kosztów przejazdu, aniżeli działając samodzielnie.

Stanowisko skarżącego poparł Rzecznik Praw Obywatelskich oraz Marszałek Sejmu RP. Natomiast Prokurator Generalny wniósł o stwierdzenie konstytucyjności badanych przepisów. Trybunał podzielił pogląd tego ostatniego organu. Przypomniał, że w myśl utrwalonej wykładni art. 98 k.p.c.:

- refundacji mogą podlegać tylko koszty przejazdu do sądu znajdującego się w innej miejscowości niż miejsce zamieszkania lub siedziba strony albo siedziba jej pełnomocnika;
- zwrot kosztów przejazdów jest dopuszczalny wyłącznie wówczas, gdy w okolicznościach sprawy są one niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony;
- udział w rozprawie strony działającej samodzielnie zawsze jest celowy i niezbędny;
- refundacja kosztów przejazdów przysługuje w wysokości rzeczywiście poniesionej;
- stronie działającej bez profesjonalnego pełnomocnika refundacja kosztów przejazdu nie może przekroczyć sześciokrotności stawki minimalnej wy-

nikającej z przepisów w sprawie opłat adwokackich.

Oceniając konstytucyjność przepisu, TK stwierdził, że:

- realizuje on zasadę refundacji celowych i koniecznych kosztów podróży stronie wygrywającej postępowanie – choć nie zawsze w pełnej wysokości;
- nie zawiera w sobie mechanizmu, który z założenia (w każdym wypadku) będzie wywierał efekt mrozący, tj. powodował rezygnację przez osobę zainteresowaną z dochodzenia swoich praw na drodze sądowej;
- pełni istotną funkcję gwarancyjną – pozwala oszacować stronom postępowania skalę wydatków na podróże, a nadto przeciwdziała ewentualnym nadużyciom polegającym na celowym zawyżaniu tych kosztów, ale także ich wywoływaniu przez dezorganizację postępowania;
- nie narusza zasady wyłączności ustawowego ograniczania prawa do sądu przez odesłanie do stawek wynikających z przepisów rozporządzeń, ponieważ zainteresowany, na podstawie samego uregulowania Kodeksu postępowania cywilnego, zyskuje wiedzę na temat ogólnych zasad refundacji kosztów przejazdu do sądu i ich ograniczeń, mając równocześnie świadomość, że przepisy te w zakresie górnego limitu zwrotu kosztów są dopełniane normami rozporządzeń (w tym wypadku rozporządzenia w sprawie opłat za czynności adwokackie);
- w swoim obecnym brzmieniu pozwala na uniknięcie nadmiernej kazuistyki i sztywności uregulowań ustawowych.

Należy zatem podkreślić, że TK po raz kolejny uznał, iż konstytucyjne i zgodne

z prawem do sądu są przepisy limitujące zwrot kosztów postępowania stronie wygrywającej proces, i to często do niskiej kwoty, znacząco niższej niż rzeczywistość poniesiona (np. sześciokrotność stawki 60 zł wprost wskazanej przez TK w uzasadnieniu wyroku). Po raz pierwszy wprost uznał również, że zgodne jest bardzo ogólne uregulowanie tej materii w ustawie i odwołanie do przepisów o takcie adwokackiej sformułowanej w rozporządzeniu. Należy zatem wnioskować, że obecnie istniejący system norm regulujących zasady zasądzenia i zwrotu kosztów, w tym kosztów adwokackich, jest w pełni akceptowany przez Trybunał Konstytucyjny, i to niezależnie od jego składu osobowego. Ewentualnych zmian środowisko adwokackie może zatem oczekiwać jedynie od ustawodawcy, a nie TK.

Warto jednak wspomnieć, że mimo wyroku o zgodności z Konstytucją Trybunał wydał w tej sprawie również postanowienie sygnalizacyjne (S 7/18), w którym wskazał, że dalsze utrzymywanie w systemie prawnym różnych zasad rozliczania kosztów przejazdu do sądu w zależności od korzystania z profesjonalnego zastępstwa procesowego świadczy o niespójności systemu prawnego i wymaga interwencji ustawodawcy. Skutkiem tego postanowienia powinno być podjęcie prac prawodawczych.

3. Wyrokiem z 4.12.2018 r., w sprawie SK 10/17, TK orzekł, że art. 47 § 1 Prawa o notariacie rozumiany w ten sposób, że przewidziany w nim nadzór judykacyjny Sądu Najwyższego nad uchwałami organu samorządu notarialnego wyklucza uwzględnienie przez sąd sprzeczności z prawem uchwał organu samorządu notarialnego w postępowaniu w sprawie

przysługujących notariuszowi praw lub wolności, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 77 ust. 2 Konstytucji. Sprawa dotyczyła uchwał samorządu notarialnego w sprawie składek samorządowych. Skarżący konstytucyjnie kwestionowali ich legalność w toku postępowania o zapłatę składek. Sądy obu instancji uznały, że nie mają kognicji w tym zakresie i odmawiały badania tej kwestii.

W postępowaniu sądowokonstytucyjnym TK uznał, że uchwała składkowa samorządu notarialnego dotyczy praw, wolności lub podlegających ochronie interesów notariusza. Opłacanie składek jest z jednej strony wypełnianiem obowiązku ustawowego, z drugiej – jednym z najbardziej podstawowych korporacyjnych obowiązków i warunkiem, od którego wypełnienia uzależniona jest przynależność członka do izby¹. Nałożony na notariuszy ustawowy obowiązek opłacania składki, skonkretyzowany aktem korporacyjnym, kreuje stosunek prawny między samorządem zawodowym a jego członkiem, w którym notariusz jest zobowiązany do spełnienia określonego świadczenia. Stronami tego stosunku są zatem podmioty o pozycji równorzędnej, a spory z tego stosunku wynikłe są sporami cywilnymi².

Ustawodawca nie przewidział możliwości zaskarżenia uchwały organu samorządu notarialnego przez członków tego samorządu w trybie *actio popularis*. Unormował natomiast możliwość zaskarżenia zgodności z prawem takiej uchwały w trybie nadzorczym do Sądu Najwyższe-

¹ J. Ruff, *Dyscyplina adwokatury*, „Palestra” 1938/9, s. 879, za: wyrokiem SN z 8.06.2009 r. (SDI 4/09).

² Wyrok SN z 8.06.2009 r. (SDI 4/09), uchwała SN z 20.11.1987 r. (III PZP 42/87), postanowienie SN z 7.07.1976 r. (I CZ 39/76).

go. Minister Sprawiedliwości może złożyć wniosek o stwierdzenie zgodności uchwały z prawem w terminie 3 miesięcy od dnia doręczenia mu uchwały. Po tym terminie uchwała nie podlega zaskarżeniu, a zatem, przyjmując wykładnię przyjętą w sprawie leżącej u podstaw skargi konstytucyjnej – byłaby niezaskarżalna. Dodatkowo Trybunał zauważył, że z orzecznictwa SN wynika, że sąd ten jest związany nie tylko wskazanym w skardze Ministra Sprawiedliwości zakresem zaskarżenia, lecz także podstawą prawną. W doktrynie podniesiono zatem, że taka wykładnia przepisów Prawa o notariacie rodzi ryzyko, iż dojdzie do utrzymania w mocy niezgodnej (a być może i rażąco niezgodnej) z prawem uchwały, jeżeli Minister tej niezgodności nie przytoczy w swym wniosku.

Biorąc pod uwagę unormowania Konstytucji i ugruntowane na niej orzecznictwo Trybunału dotyczące prawa do sądu, w którym wypracowano szerokie pojęcie „sprawy” oraz regułę głoszącą, że w razie wątpliwości droga do sądu jest otwarta, Trybunał Konstytucyjny stanowczo stwierdził, że interpretacja art. 47 ustawy notarialnej wykluczająca zainteresowanemu notariuszowi drogę sądową dochodzenia jego praw jest niedopuszczalna.

Mimo że wyrok trybunalski dotyczy samorządu notarialnego, ma on istotne znaczenie dla innych samorządów zawodowych, w szczególności samorządu adwokackiego, w zakresie aktów korporacyjnych oraz możliwości badania ich zgodności przez sądy powszechne. Należy również podkreślić, że w uzasadnieniu wyroku Trybunał, wprawdzie *obiter dicta*, ale wyraził wątpliwości dotyczące bardzo ogólnej normy kompetencyjnej upoważniającej Krajową Radę Notarialną do uchwalania składek na potrzeby

samorządowe. Nie zbadał tej normy (art. 23 ustawy) z przyczyn proceduralnych. Należy zauważyć, że Prawo o adwokaturze nie zawiera żadnej, nawet tak ogólnej, regulacji w tym zakresie. Tu również należałoby postulować podjęcie prac prawodawczych dostosowujących przepisy do standardów konstytucyjnych.

4. W okresie od października 2018 r. do stycznia 2019 r. TK ponownie kilka razy badał regulacje zamykające drogę sądową lub zaskarżalność rozstrzygnięcia. Wyrokiem z 3.10.2018 r., wydanym w sprawie SK 5/16, TK orzekł w sprawie dopuszczalności wniesienia zażalenia na postanowienie sądu o pozbawieniu statusu strony (odmowy dopuszczenia do postępowania jurysdykcyjnego pokrzywdzonego w charakterze oskarżyciela posiłkowego). Uznał art. 56 § 3 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do 30.06.2015 r. w zakresie wyłączającym dopuszczalność zaskarżenia zażaleniem takiego postanowienia za niezgodny z art. 78 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wyrok trybunalski jest naturalną konsekwencją wcześniejszego wyroku z 16.05.2018 r., K 12/15, w którym przepis ten, lecz w aktualnym brzmieniu, został uznany za niekonstytucyjny.

Wyrokiem z 13.11.2018 r., wydanym w sprawie SK 17/17, TK orzekł w sprawie skargi konstytucyjnej dotyczącej dwuinstancyjnego postępowania w sprawach dofinansowania ze środków UE. Orzekł, że art. 30i pkt 1 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju jest zgodny z Konstytucją (art. 78 w zw. z art. 31 ust. 3, w zw. z art. 2, w zw. z art. 32 ust. 1 i 2). Przypomniawszy, że w razie negatywnej oceny projektu zgłoszonego w konkursie o dofinansowanie uczestnik może uruchomić procedurę odwoławczą od

decyzji o nieprzyznaniu dofinansowania, składając protest. Jednakże, zgodnie z kwestionowaną regulacją, nawet w przypadku merytorycznej zasadności protestu pozostawia się go bez rozpatrzenia, jeżeli okaże się, że środki finansowe przeznaczone na realizację działania lub priorytetu zostały już wyczerpane. W takiej sytuacji sąd administracyjny, uwzględniając skargę, może jedynie stwierdzić, że ocena projektu została przeprowadzona w sposób naruszający prawo. Nie może przekazać sprawy do ponownego rozpoznania.

TK stwierdził, że mimo iż art. 30i pkt 1 ww. ustawy stanowi wyjątek od zasady zaskarżalności orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, to jest to ograniczenie dopuszczalne, podyktowane ochroną porządku publicznego. Wskazał, że prawidłowe funkcjonowanie procedur admini-

stracyjnych i sądowych wprowadzonych przez ww. ustawę zakłada ich efektywność, sprawność oraz szybkość. Wyeliminowanie konieczności merytorycznego rozpatrywania bezprzedmiotowego (wobec wyczerpania funduszy) środka zaskarżenia jest rozwiązaniem realizującym zasadę ekonomiki postępowania.

W sprawie P 19/17 TK odpowiadał natomiast na pytanie prawne o zgodność przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wyrokiem z 16.01.2019 r. TK stwierdził, że art. 105n ust. 4 zd. 2 u.o.k.i.k. jest niezgodny z Konstytucją (art. 78 w zw. z art. 45 ust. 1). Niedopuszczalna jest według TK regulacja, która wyklucza możliwość zaskarżenia postanowienia wydanego w przedmiocie wyrażenia przez sąd zgody na przeprowadzenie przeszukania pomieszczeń i rzeczy w postępowaniu wyjaśniającym i antymonopolowym.

dr hab. Michał Jackowski

Autor jest adwokatem (ORA w Poznaniu).

Łukasz Lewandowski

Autor jest adwokatem (ORA w Poznaniu), doradcą restrukturyzacyjnym, doktorantem w Zakładzie Prawa Konstytucyjnego UAM w Poznaniu.

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

CZY KASACJA JEST ZASADNA?

Zdarzenie drogowe, polegające na zderzeniu dwóch pojazdów – BMW i opla astry, nastąpiło w mało skomplikowanej sytuacji drogowej. Droga była dwukierunkowa, po jednym pasie ruchu dla każdego kierunku, przy czym kierunki były oddzielone podwójną linią ciągłą (P-4). Jezdnia, którą poruszał się BMW, miała szerokość 3,5 m. Po prawej stronie w odniesieniu do ruchu tego kierującego na odcinku 50 m były wyznaczone prostopadłe do jezdni stanowiska postojowe. Były one oddzielone od jezdni linią krawędziową (P-7a). Jezdnia na tym odcinku była prosta, obowiązywała na niej administracyjnie dopuszczalna prędkość w wysokości 50 km/h. Tuż za stanowiskami postojowymi był wjazd do osiedla mieszkaniowego i równocześnie wyjazd z tego osiedla, łącznej szerokości 8 m. Część tej jezdni, stanowiącej wyjazd z osiedla, była oddzielona od jezdni drogi mającej pierwszeństwo linią warunkowego zatrzymania składającą się z trójkątów (P-13). Jezdnia prowadząca z osiedla i w kierunku przeciwnym nie

była oznaczona innymi znakami poziomymi, a zatem stanowiła jednolitą całość. Tak więc wyobraźnią jej oś można było określić wyłącznie za pomocą linii warunkowego zatrzymania przed wyjazdem z osiedla szerokości 4 m.

Kiedy kierujący BMW zbliżał się do wyjazdu z osiedla, do linii warunkowego zatrzymania dojechał kierujący oplem astrą. Wówczas kierujący BMW wykonał manewr skręcenia w prawo, a następnie w lewo, wskutek czego lewym narożem uderzył w środek lewych tylnych drzwi opla astry, powodując wgniecenie.

W wyniku czynności wyjaśniających ustalono, że obaj kierujący byli trzeźwi, a ich auta sprawne w stopniu umożliwiającym bezpieczne poruszanie w publicznym ruchu. Przesłuchano dwóch świadków, którzy w zasadzie nie widzieli nic istotnego. Mianowicie nie wiedzieli, czy kierujący oplem astrą w chwili zderzenia pojazdów stał, czy też był w ruchu, a także czy wyjechał na drogę z pierwszeństwem przejazdu, przekraczając linię

warunkowego zatrzymania. Nie wiedzieli ponadto, jak były usytuowane pojazdy po zderzeniu. Tak więc materiał dowodowy ograniczył się do rodzaju i zakresu uszkodzeń pojazdów oraz odmiennych zeznań obu uczestników zdarzenia. W ten sposób powstały dwie sprzeczne ze sobą wersje przebiegu zdarzenia.

Kierujący BMW twierdził, że kiedy wyjechał spoza zaparkowanych pojazdów, zobaczył, że częściowo na jego pasie ruchu stoi błękitny samochód osobowy, wysunięty poza linię warunkowego zatrzymania na długość ok. 1 m. Widok tego pojazdu podobno go zaskoczył, ponieważ przez zaparkowane pojazdy nie widział samochodu wyjeżdżającego z osiedla. Jednakże nie pamięta, czy pojazd ten stał, czy był w ruchu. Gwałtownie hamując, odbił w prawo, gdyż sądził, że pojazd ten wyjedzie, a zatem będzie go mógł ominąć od jego tyłu. Jego przewidywania nie sprawdziły się i uderzył lewym narożem swojego pojazdu w tylny błotnik tamtego pojazdu. Z jego relacji wynika, że jezdnia była wilgotna i wpadł w poślizg.

Kierujący oplem astrą wskazał, że nie przekroczył linii warunkowego zatrzymania, oddzielającej jezdnię od wyjazdu z osiedla. Czekając na możliwość wyjazdu, widział samochód nadjeżdżający z lewej strony, którego kierujący po minięciu zaparkowanych samochodów zmienił tor ruchu przez skręcenie w prawo i uderzył w jego stojący samochód. Z informacji kierującego wynikało, że jezdnia była sucha.

Trudno zrozumieć, jakimi konstruktywnymi argumentami kierował się organ postępowania, formułując wniosek do sądu o ukaranie kierującego oplem astrą. Powołany do sprawy biegły na sformułowane przez sąd pytania, który z uczestników zdarzenia naruszył zasady ruchu

drogowego (jakie?) oraz kto był sprawcą zderzenia samochodów osobowych, odpowiedział niejako w myśl założeń organu kierującego wniosek o ukaranie, że jest nim kierujący oplem astrą. Jeszcze trudniej zrozumieć, jakimi argumentami kierował się biegły, konstatując tak kategorycznie, zwłaszcza w sytuacji braku argumentów potwierdzających jego hipotezę. Wynikało to z istoty metodyki badania okoliczności zdarzenia przez biegłego, który: nie przeprowadził oględzin zarówno miejsca wypadku drogowego, jak i uczestniczących w zdarzeniu samochodów, nie zadbał o uzyskanie i przeanalizowanie materiału dowodowego w postaci dokumentacji szkodowej pojazdów biorących udział w przedmiotowej kolizji drogowej, nie wykonał szkicu miejsca wypadku drogowego, a co za tym idzie nie wykazał usytuowania pojazdów po zderzeniu, nie obliczył przybliżonej odległości samochodu marki BMW od samochodu marki Opel Astra w chwili podejmowania przez kierującego manewrów hamowania i omijania pojazdu opel astra ani przybliżonej prędkości samochodu marki BMW podczas zderzenia z samochodem marki Opel Astra, nie przeprowadził analizy czasowo-przestrzennej ruchu samochodu marki BMW, podczas hamowania i omijania samochodu marki Opel Astra.

Sąd, dokonując analizy określonego wypadku drogowego, oparł się na opinii biegłego, a co za tym idzie – uznał za wiarygodne zeznania kierującego BMW i uznał winę kierującego oplem astrą. Podobnego zdania był sąd odwoławczy, tak więc wyrok w tym kształcie jest prawomocny.

Wprawdzie ustalenie sprawcy określonego zdarzenia drogowego utrudniał fakt utraty powypadkowych śladów (ha-

mowania, rozrzucenia oderwanych od pojazdów elementów), wskutek nieprzeprowadzenia oględzin miejsca zdarzenia, to jednak ujawnienie prawdziwej wersji przebiegu wypadku było możliwe w oparciu o warunki drogowe, w szczególności warunki widoczności w korelacji ze stopniem efektywności obserwacji uczestników zdarzenia.

W tym celu należało prześledzić warunki widoczności kierującego BMW na odcinku od początku pasa postojowego pojazdów do drogi wyjazdowej z osiedla. Z obserwacji wynika, że nawet z odległości 50 m można było dostrzec pojazd wyjeżdżający z drogi osiedlowej, wówczas jeżeli przekroczyłyby linię krawężniową i znaczną częścią wyjechał na jezdnię z pierwszeństwem przejazdu. Natomiast już z odległości 40 m od miejsca zderzenia kierujący mógł i powinien dostrzec pojazd dojeżdżający drogą osiedlową do linii warunkowego zatrzymania. Zatem wiadomość pochodząca od kierującego BMW, że obecność opla astry zaskoczyła go po minięciu ostatniego z zaparkowanych przy prawej krawędzi jezdni pojazdów, świadczy bezspornie, iż kierując samochodem, w ogóle nie obserwował przedpola jazdy. Wersja tego kierującego jest nierealna, wszak na tak krótkim odcinku drogi dzielącej jego pojazd od samochodu wyjeżdżającego z drogi osiedlowej nie zdołałby zareagować hamowaniem. Otóż kierujący – jak twierdził – ujrzał samochód wyjeżdżający z drogi podporządkowanej, znajdując się w odległości 8 m od niego, a równocześnie poruszał się z prędkością 40 km/h. W takiej sytuacji przed rozpoczęciem hamowania przejechałby ok. 11 m.

Kolejną kwestię stanowi błędna ocena zachowania kierującego oplem astrą sugerująca, że musiał wyjechać na pas dla

pojazdów mających pierwszeństwo, to znaczy przekroczyć linię warunkowego zatrzymania, ponieważ widoczność z jego lewej strony była ograniczona zaparkowanymi pojazdami. W rzeczywistości z pozycji kierującego pojazdem, który stoi przed linią warunkowego zatrzymania, z lewej strony można dostrzec pojazd znajdujący się w odległości ok. 30 m od wyjazdu z osiedla.

W zaprezentowanym stanie rzeczy nie ma dowodu na to, że kierujący oplem astrą naruszył dyspozycję art. 3 prawa o ruchu drogowym¹ w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 p.r.d. Natomiast jest dowód, że kierujący BMW naruszył zasady określone w art. 3 p.r.d. w zw. z art. 25 ust. 3 p.r.d.

Kierujący oplem astrą, wbrew twierdzeniom organu postępowania, należycie wywiązał się z ciężącego obowiązku ustąpienia kierującym pojazdami poruszającymi się pasem ruchu z pierwszeństwem. Wiadomości dotyczące przebiegu wypadku nie mogą być podważone, ponieważ nie istnieje w sprawie żaden dowód materialny potwierdzający, że kierujący wyjechał samochodem poza linię warunkowego zatrzymania, oddzielającą obszar wyjazdu z osiedla. Przy rozstrzygnięciu oparto się wyłącznie na wiadomościach dostarczonych przez kierującego BMW. A przecież to właśnie ten kierujący rażąco naruszył podstawowe zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym przez nienależytą obserwację przedpola jazdy, o czym świadczy zaskoczenie na widok obecności opla astry w obszarze wyjazdu z osiedla, mimo że warunki widoczności umożliwiły dostrzeżenie tego pojazdu z odległości co najmniej 40 m. Naruszenie zasad

¹ Ustawa – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2018 r. poz. 1990 ze zm.), dalej p.r.d.

spotęgował fakt nieuprawnionej próby omińnięcia tego pojazdu z prawej strony. Jeżeli bowiem istotnie zamierzał jechać prosto, wówczas nie musiał wykonywać żadnych manewrów – po prostu jechać! Nawet gdyby Opel Astra był wysunięty częścią swojej długości na jezdnię (ok. 1 m), wówczas kierujący BMW miał – przy uwzględnieniu szerokości pasa ruchu i swojego pojazdu – możliwość bezpiecznego omińnięcia tego pojazdu (prawidłowo) z lewej strony, cały czas znajdując się w ramach swojego pasa ruchu. Kierujący BMW nie miał też prawa zakładania, że kierujący Opelm Astrą wyjedzie dalej na jezdnię. Konstatując, należy stwierdzić, że błędna taktyka jazdy kierującego BMW była jedyną przyczyną zderzenia.

Określony stan faktyczny związany z zakresem wiedzy o okolicznościach i przebiegu zdarzenia wymagał przed rozstrzygnięciem dopuszczenia dowodu z eksperymentu procesowego. Nie trzeba przekonywać, zwłaszcza profesjonalistów, jak ważną z punktu widzenia obowiązku dążenia, i to z najwyższą starannością, do wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności wypadku drogowego jest czynność procesowa w postaci eksperymentu procesowego, na którą zezwala art. 211 k.p.k.² Eksperyment procesowy z natury rzeczy ma charakter kompleksowy. Owa kompleksowość nie polega wyłącznie na przeprowadzeniu doświadczenia na miejscu zdarzenia z wykorzystaniem wszystkich utrwalonych dotychczas wia-

domości o wypadku. Chodzi o uzyskanie dodatkowych wiadomości, które pozwolą na wyjaśnienie istniejących wątpliwości i w konsekwencji doprowadzą do ustalenia sprawcy. Jest charakterystyczne, że zarządzenie eksperymentu jest obligatoryjne wówczas, jeżeli nie zachodzą przeszkody wynikające z treści art. 170 § 1 k.p.k. Z dyspozycji tego przepisu wynika, że oddalenie wniosku dowodowego w postaci konieczności przeprowadzenia eksperymentu procesowego jest możliwe jedynie wówczas, gdy przeprowadzenie dowodu jest niedopuszczalne, okoliczność, która ma być udowodniona, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy albo jest już udowodniona zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy, dowód jest nieprzydatny do stwierdzenia danej okoliczności, dowodu nie da się przeprowadzić oraz wniosek dowodowy w sposób oczywisty zmierza do przedłużenia postępowania. Natomiast nie można oddalić wniosku dowodowego – co miało miejsce w niniejszej sprawie – na tej podstawie, że dotychczasowe dowody wykazały przeciwieństwo tego, co wnioskodawca zamierza udowodnić. Dobrze przygotowany i przeprowadzony w sposób przemyślany, z najwyższą starannością, eksperyment procesowy może nie tylko rozwiązać istniejące wątpliwości przez dokonanie niepodważalnych ustaleń faktycznych co do przebiegu zdarzenia. Równocześnie z powodzeniem może dotychczasowe wnioski organu procesowego, wypracowane w toku postępowania, uczynić bezużytecznymi³. Z przedmiotowej prezentacji wynika jednoznacznie, że kluczem do słusznego rozstrzygnięcia

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.), dalej k.p.k. Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 12.04.2006 r. (II AKa 12/06), „Prokuratura i Prawo” 2006/10, poz. 21; wyrok SN z 1.12.2005 r. (IV KK 69/05), „Prokuratura i Prawo” 2006/4, poz. 5; postanowienie SN z 20.08.2003 r. (III KO 69/02), LEX nr 80306.

³ Zob. J. Gurgul, *Standardy postępowania dla kierujących oględzinami miejsca zdarzenia. Próba komentarza*, cz. I i II, „Prokuratura i Prawo” 2000/10, s. 111 i „Prokuratura i Prawo” 2000/11, s. 119.

jest dobrze przygotowany (przemyślany) i przeprowadzony eksperyment. Czynność ta zdecydowanie pobudza wyobraźnię, ale również – a może przede wszystkim – pozwala, co ma miejsce wielokrotnie, na jednoznaczny weryfikację materiału dowodowego, zwłaszcza osobowego.

Z powyższej prezentacji wynika, że przywołany wyrok został wydany z rażąco obrazą fundamentalnych zasad postępowania, a mianowicie:

- 1) art. 2 § 2 k.p.k., polegającą na niewykazaniu przez organ procesowy należytej staranności w poznaniu prawdy materialnej;
- 2) art. 4 k.p.k., polegającą na bezpodstawnym oddaleniu wniosków dowodowych, w szczególności wniosku o przeprowadzenie eksperymentu procesowego, w toku którego można było ustalić warunki widoczności przedpola jazdy przez kierującego samochodem BMW, a także stopień skorelowania ich z taktyką zastosowaną przez tego kierującego;
- 3) art. 7 k.p.k., polegającą na uczynieniu z fundamentalnej zasady swobodnej oceny dowodów nieznaną polskiej procedurze karnej dowolną ocenę dowodów;

4) art. 170 § 2 k.p.k., polegającą na przyjęciu, że dotychczasowe dowody wykazały przeciwieństwo tego, co wnioskodawca zamierzał udowodnić, i na tej podstawie oddalono wniosek dowodowy;

5) art. 201 k.p.k., polegającą na uznaniu za wiarygodną błędnej opinii biegłego i niewykazaniu inicjatywy dowodowej przez powołanie innego biegłego.

Zgodnie z pierwszym z wymienionych przepisów podstawę wszelkich rozstrzygnięć mają stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne. Zasada ta należy do naczelnych reguł postępowania karnego i ma kluczowe znaczenie przy interpretacji wszystkich zasad procesowych.

Reasumując, na określone w tytule pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Tak, zasadna jest kasacja na korzyść kierującego oplem astrą. Jak wiadomo, skarga kasacyjna może być wniesiona od każdego prawomocnego orzeczenia kończącego postępowanie sądowe, może tym samym odnosić się do orzeczeń sądu rejonowego oraz orzeczeń sądu okręgowego, podjętych przez ten sąd w następstwie rozpoznania środka odwoławczego.

Wojciech Kotowski

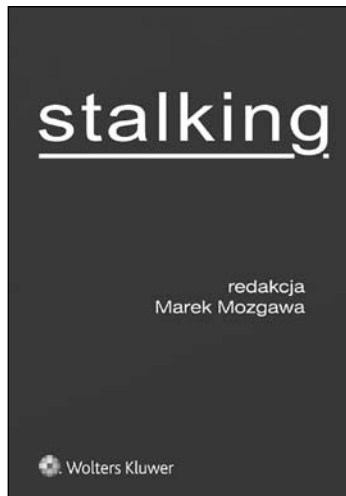
Autor jest ekspertem ds. prawnych aspektów wypadków drogowych kancelarii adwokackiej Pomorski w Warszawie.

Recenzje

Katarzyna Mróz

STALKING, RED. MAREK MOZGAWA WYDAWNICTWO WOLTERS KLUWER, WARSZAWA 2018

W ostatniej dekadzie można zaobserwować w ustawodawstwie polskim wyraźny trend w kierunku stwarzania nowych lub rozszerzania istniejących instrumentów ochrony interesów pokrzywdzonych w postępowaniu karnym. Efektem podjętych działań, wynikających z przyjętych założeń, jest kryminalizacja zjawiska nękania wprowadzonego do polskiego Kodeksu karnego ustawą z 25.02.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. nr 72, poz. 381). Stalking od lat budzi żywe zainteresowanie przedstawicieli środowisk naukowych oraz praktyki wymiaru sprawiedliwości. W kontekst rozważań nad tą pro-



blematyką znakomicie wpisuje się opracowanie Marka Mozgawy, należącego do grona cenionych prawników i wybitnych teoretyków.

Książka pt. *Stalking*, chociaż nie jest dziełem doskonałym, zawierającym kompleksowe i wyczerpujące przedstawienie całości zagadnień związanych ze zjawiskiem uporczywego nękania, charakteryzuje się wyjątkową oryginalnością. Rozprawa przedstawia naukowe rezultaty IX Lubelskiego Seminarium Karnistycznego pt. „Stalking”, które zostało zorganizowane 4.12.2017 r. przez Katedrę Prawa Karnego i Kryminologii Wydziału Prawa i Administracji

Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

Słowo pochodzące z żargonu myśliwskiego, oznaczające „podchody”, „skradanie się”, odnosi się do tropienia zwierzyny przez myśliwego¹.

Część merytoryczną opracowania stanowi siedemnaście artykułów omawiających wybrane zagadnienia z obszaru kryminalizacji zjawiska nękania. Nadmienić należy, że w publikacji zamieszczono także złożony po konferencji – jako głos w dyskusji – tekst dr. Szymona Tarapaty (UWr) i dr. Piotra Zakrzewskiego (UKSW): *O normatywnych przesłankach tożsamości czynu zabronionego z art. 190a § 1 k.k. – kilka uwag na tle wyroku Sądu Najwyższego z 16.11.2015 r., V KK 329/15*.

Obszerny zbiór referatów, z których każdy mógłby stanowić odrębną całość, zawiera syntetyczne opracowanie wiodących aspektów zjawiska nękania na gruncie polskiego prawa karnego. Utwór stanowi doskonałą bazę wiedzy prezentującą uniwersalne poglądy oraz zobiektywowane oceny polskiej legislacji karnej i postulaty *de lege ferenda*, dostarczając czytelnikowi przydatnego punktu odniesienia do przeprowadzenia właściwej analizy tytułowego zagadnienia.

W otwierającym artykule pt. *Prawno-karna ocena nękania przed wejściem w życie art. 190a § 1 i 3 k.k.* Katarzyna Nazar (UMCS) przedstawia intencje i inspiracje, jakie tkwiły u podstaw rozwiązań przyjętych na gruncie Kodeksu karnego

w zakresie uporczywego nękania. Związała prezentacja tła historycznego pozwala wysnuć wnioski, że „prawdziwa wiedza to znajomość przyczyn”².

Niewątpliwie za słuszną należy uznać reakcję ustawodawcy wprowadzającego do polskiego systemu prawnego nowe rozwiązania w zakresie kryminalizacji zjawiska stalkingu, godzącego w istotne dobra człowieka, takie jak wolność, godność i cześć, a których różnorodność nie zawsze poddawała się ocenie na gruncie dotychczasowych obowiązujących przepisów ustawy karnej³.

Analiza zjawiska uporczywego nękania przed wprowadzeniem do Kodeksu karnego art. 190a oraz po nowelizacji ustawy pozwala dostrzec skalę problemu, w szczególności rozmiary stalkingu w polskim społeczeństwie. Podbudowę empiryczną stanowią wyniki badań na temat uporczywego nękania zainicjowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości w 2009 r. i przeprowadzonych przez OBOP na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości⁴. Powołując się na dane statystyczne, Katarzyna Nazar wskazuje, że tylko w pierwszym roku obowiązywania przepisu art. 190a k.k., tj. od 6.06.2011 r. do 6.06.2012 r., zarejestrowano ponad 5000 takich spraw we wszystkich jednostkach prokuratury w Polsce⁵. Zgodzić należy się

¹ Etymologię słowa stalking dokładnie przedstawia B. Nicolas, odwołując się do opisu zachowania duchów – zob. *Hamlet* Szekspira (akt 1, scena 1) oraz pierwsze zdanie *Manifestu Komunistycznego* K. Marksa: „*A spectre is stalking Europe...*”. Szerzej: B. Nicolas, *Stalking*, „Reaktion Books” 2006, s. 16–17.

² Autorem aforyzmu jest Francis Bacon (1561–1626), angielski filozof i prawnik.

³ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, Sejm VI kadencji, druk sejm. nr 3553.

⁴ Koncepcję badania i projekt kwestionariusza opracował zespół pracowników Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości oraz Katedry Kryminologii i Polityki Kryminalnej Instytutu Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji UW. Zespołem badawczym kierował A. Siemaszko.

⁵ M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, *Prawnokarne*

z autorką, że chociaż samo stworzenie nowego typu czynu zabronionego – wynikające z wyraźnej potrzeby współczesnych czasów – nie spowoduje zmniejszenia liczby przestępstw, może znacząco wpłynąć na świadomość społeczną, dając podstawę dla organów ścigania do reagowania na dynamiczne i multikauzalne zjawisko stalkingu.

Nie mniej interesujący jest drugi referat, pt. *Analiza ustawowych znamion przestępstwa uporczywego nękania* autorstwa Marka Mozgawy (UMCS). Rozważania na temat przedmiotowego zjawiska rozpoczynają się od normatywnych podstaw umożliwiających jego ocenę na gruncie prawnokarnym. Autor posłużył się syntetyczną metodą opisu typu czynu zabronionego w korelacji do rozwiązań obowiązujących w obecnej kodyfikacji karnej. Odniesienie do analizy znamion przestępstwa, sankcji za popełnienie czynu zabronionego, funkcjonowania artykułu na tle innych przepisów, a także występującej praktyki sądowej umożliwi odbiorcy zrozumienie, jakie zachowania chciał spenalizować ustawodawca, wprowadzając do Kodeksu karnego przepis art. 190a⁶.

Skrupulatną, choć mniej obszerną analizą – w oderwaniu od kontekstu sytuacyjnego, przy dokonaniu oceny *in abstracto* – objęte zostały pojęcia prywatności i intymności, ogrywające kluczowe znaczenie dla pokrzywdzonego. Autor zasadnie podnosi, że w wyniku kryminalizacji czynu pokrzywdzeni uporczywym nękaniami uzyskali zdecydowanie lepszy poziom ochrony swoich praw, niż miało to miejsce przed wejściem w życie art. 190a k.k.,

kiedy prawnokarna ochrona była jedynie fragmentaryczna (w dodatku pod warunkiem naruszenia innych przepisów Kodeksu karnego czy Kodeksu wykroczeń). Świadczy o tym choćby znacząca liczba przestępstw stwierdzonych z art. 190a § 1 i 3 k.k. (2463 z § 1, 3 z § 2 w roku 2015), jak również liczba skazań (970 z § 1, 3 z § 2 w roku 2015)⁷.

W ocenie autorki kolejnego artykułu, zatytułowanego *Przestępstwo nękania – wybrane zagadnienia zbiegu przepisów ustawy*, wprowadzenie do Kodeksu karnego z 1997 r. nowego typu czynu zabronionego, wcześniej nieznanego polskiemu systemowi prawa karnego, spowodowało dyskusję naukową, w której odnoszono się zarówno do celowości i zasadności kryminalizacji stalkingu, jak i konstrukcji ustawowej samego typu czynu zabronionego, którego znamiona – szczególnie od strony przedmiotowej – mogą budzić wątpliwości interpretacyjne ze względu na ich ocenny i wartościujący charakter. W świetle przeprowadzonych wywodów Patrycja Kozłowska-Kalisz (UMCS) trafnie wskazuje, że przestępstwo stalkingu dość „wdzięcznie” wpisuje się w problematykę zbiegu przepisów ustawy ze względu na ujęcie znamion przedmiotowych tego typu czynu zabronionego, szczególnie zaś znamienia czasownikowego.

Punktem wyjścia do rozważań było spostrzeżenie, że nie sposób wyczerpująco określić listy wszystkich możliwych wypadków zbiegających się z art. 190a § 1 k.k. przepisów ustawy karnej. Autorka dokonała oceny relacji, w kontekście zbiegu przepisów, jedynie pomiędzy przepisem 190a § 1 k.k. a przepisami penalizującymi,

i kryminologiczne aspekty zjawiska nękania, „*Themis Polska Nova*” 2012/2 (3), s. 15–55.

⁶ D. Jędrak, *Stalking w świetle badań empirycznych* (w:) *Stalking*, red. M. Mozgawa, s. 271.

⁷ M. Mozgawa, *Analiza ustawowych znamion przestępstwa uporczywego nękania* (w:) *Stalking*, red. M. Mozgawa, s. 74.

takimi jak: znęcanie (art. 207 § 1 k.k.), zmuszanie (art. 191 § 1 k.k.), naruszenie miru domowego (art. 193 k.k.), zniesławienie (art. 212 § 1 lub 2 k.k.), zniewaga (art. 216 § 1 lub 2 k.k.), naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 § 1 k.k.), groźba (art. 190 § 1 k.k.), bezprawne pozbawienie wolności (art. 189 k.k.) oraz niektórymi przepisami z rozdziału XIX (*Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*). Zwieńczenie artykułu stanowi ogólnie przyjęte założenie – istotne z punktu widzenia dokonywania oceny karnoprawnej określonego zdarzenia (czynu) w kontekście jego kwalifikacji prawnej – zgodnie z którym „o charakterze zbiegu przepisów określających typy czynów zabronionych nie decydują tylko stosunki logiczne pomiędzy nimi, ale także potrzeby natury polityczno-kryminalnej”⁸.

Niezwykły wywód jurydyczny oparty na przepisach prawa, wsparty potrzebami praktyki prawniczej, przeprowadził Wiesław Koziulewicz w artykule pt. *Uporczywe nękanie w orzecznictwie Sądu Najwyższego*. Autor w sposób wybiórczy, nie pozbawiając jednak aktualności i naukowej wartości referatu, dokonał analizy wybranych orzeczeń Sądu Najwyższego pod kątem wykładni przepisu art. 190a k.k.⁹ Zadając sobie trud prezentacji w sposób ciekawy rozwiązań prawnych w zakresie uporczywego nękania, Wiesław Koziulewicz zwrócił uwagę na dyskusyjną kwestię zróżnicowania poziomu prawnokarnej ochrony z art. 190a k.k. w zależności od zachowania się osoby pokrzywdzonej w aspekcie

zakreślonych przez nią granic prywatności. Szczególnej refleksji poddana została sytuacja, gdy pokrzywdzony sam swoimi działaniami „niejako ogranicza” poziom ochrony wynikający z prawa do prywatności. Bardzo trafnie zwieńczony wywód zakończony został odesłaniem do uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z 12.01.2016 r., IV KK 196/15, w zakresie prawa do prywatności oraz ustalenia „istotności naruszenia”.

Interesująco wypadają także rozważania Anety Michalskiej-Warias (UMCS) dotyczące rozwoju regulacji antystalkingowych w prawie amerykańskim i angielskim. Wartością artykułu zatytułowanego *Przestępstwo stalkingu w prawie angielskim i amerykańskim* jest połączenie rozważań teoretycznych ze szczegółowymi analizami stanu prawnego w wybranych państwach. Uwaga autorki ogniskuje się w pierwszej kolejności wokół doświadczeń kalifornijskich w zakresie kryminalizacji zjawiska stalkingu (por. Sekcja 646.9 California Penal Code). W sposób niezwykle ciekawy przedstawione zostały rozwiązania przyjęte przez stan Minnesota, w których ustawodawca wprowadził pojęcie „wzór zachowań stalkingowych” (*pattern of stalking conduct*)¹⁰ oraz rozwiąza-

⁸ P. Kozłowska-Kalisz, *Przestępstwo nękania – wybrane zagadnienia zbiegu przepisów ustawy (w:) Stalking*, red. M. Mozgawa, s. 80.

⁹ Chronologicznie pierwszym orzeczeniem dotyczącym przestępstwa stalkingu było postanowienie SN z 12.12.2013 r., (III KK 417/13), LEX nr 141521.

¹⁰ Pojęcie to zdefiniowano jako dwa lub więcej zachowań podjętych w ciągu 5 lat, które naruszają lub usiłują naruszyć przepisy licznych regulacji prawnokarnych stanu Minnesota lub podobnych do nich innych regulacji obowiązujących na terenie jurysdykcji Stanów Zjednoczonych. Przepisy te obejmują m.in. zabójstwo, kradzież z włamaniem, przemoc domową, naruszenie zakazu zbliżania się do ofiary, uszkodzenie mienia czy zniesławienie. Za zachowania wypełniające warunki „wzoru zachowań stalkingowych” skierowane przeciwko tej samej ofierze lub przeciwko jednemu lub większej liczbie członków tego samego gospodarstwa domowego sprawy

nia kreujące sytuacje kontratypowe, gdy zachowania typowe dla stalkingu nie stanowią przestępstwa. Autorka z niezwykłą swobodą i właściwą sobie swadą dokonała prezentacji brytyjskich rozwiązań prawnych, pozostających pod niewątpliwym wpływem inspiracji amerykańskich (por. Protection from Harassment Act z 1997 r., Protection of Freedoms Act).

Anecie Michalskiej-Warias udało się niełatwa sztuka przedstawienia w sposób zwięzły dwóch zasadniczych modeli opisywania stalkingu w aktach prawnych: wskazywanie listy zachowań zabronionych uznawanych za przejawy stalkingu (regulacja angielska, ustawodawstwa stanowe) lub tworzenie bardziej ogólnego opisu, uniwersalnej definicji, zawierającej jednak znamiona ocenne, co w praktyce oznacza powierzenie sądom zadania właściwej oceny występujących stanów faktycznych¹¹.

Dopełnienie rozważań stanowi syntetyczne przedstawienie zalet i wad poszczególnych rozwiązań poddawanych badaniom oraz wątpliwości związanych z faktycznym zasięgiem przepisów dotyczących stalkingu pozwalających na kryminalizację zachowań. Autorka trafnie wskazuje, że największym problemem jest skonstruowanie poprawnej prawnokarnej definicji tego zjawiska, tak aby nie doszło do kryminalizacji wielu codziennych zachowań, które z punktu widzenia prawa karnego powinny zostawać neutralne.

grozi kara pozbawienia wolności do 10 lat. Por. A. Michalska-Warias, *Przestępstwo stalkingu w prawie angielskim i amerykańskim* (w:) *Stalking*, red. M. Mozgawa, s. 118.

¹¹ Zob. D. Lamplugh, P. Infield, *Harmonising Anti-Stalking Laws*, „The George Washington International Law Review” 2003, s. 861–862; M. Lippman, *Contemporary Criminal Law. Concepts, Cases and Controversies*, Sage Publications 2010, s. 354–355.

Na szczególną uwagę zasługuje również artykuł pt. *Stalking w wybranych państwach europejskich systemu kontynentalnego* Marka Kulika, który podjął się próby wyjaśnienia istoty regulacji dotyczących odpowiedzialności karnej w wybranych państwach europejskich należących do systemu kontynentalnego. Autor w sposób rzeczowy analizuje przepisy prawa, wskazując, że wprowadzenie typu czynu zabronionego jest obowiązkiem państw sygnatariuszy konwencji Rady Europy z 11.05.2011 r. o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, o ile nie złożyły stosownych zastrzeżeń (zob. art. 34).

W celu uzupełnienia swoich rozważań Marek Kulik wyodrębnia trzy podstawowe modele odpowiedzialności za popełnienie czynu zabronionego w poszczególnych państwach: syntetyczny (Belgia – art. 442 bis ust. 1, 2 i 3 k.k., Luksemburg – art. 442-2 k.k. Portugalia – art. 154A k.k.), względnie syntetyczny (Finlandia – rozdział 25 sekcji 7a k.k., Francja – art. 222-33-1 k.k., art. 222-33-2 k.k., Holandia – art. 285 ust. 1 k.k., Rumunia – art. 208 ust. 1 k.k., Słowenia – art. 134a ust. 1 k.k.) i kazuistyczny (Albania – art. 121a, Austria i Liechtenstein – § 107a, Chorwacja – art. 140 ust. 1 k.k., Czechy – § 354 ust. 1 k.k., Hiszpania – art. 172 ter § 1 k.k., Malta – art. 251A k.k., Niemcy – § 238 ust. 1 k.k., Słowacja – art. 360a § 1 k.k., Szwecja – Rozdział 4 § 4b k.k., Węgry – § 222 ust. 1, 2 i 3 k.k., Włochy – art. 612 bis k.k., Chorwacja – art. 144 ust. 1 k.k.). W tekście zaprezentowano cechy regulacji należących do poszczególnych modeli, jak również sposoby ujęcia znamion nękania, wreszcie scharakteryzowano ogólnie poszczególne rozwiązania ustawowe.

Znaczące dla wartości naukowej publikacji są rozważania Mikołaja Seńki (Uni-

wersytet Lwowski) zawarte w artykule pt. *Zjawisko stalkingu i odpowiedzialność karna za stalking na Ukrainie*. Autor dzieli się cennym spostrzeżeniem, że w Kodeksie karnym Ukrainy nie przewidziano przestępstwa nękania (stalkingu). Nie znaczy to jednak, że takie zachowania są bezkarne. Imponująca jest rzetelność autora, który dokonał analizy obowiązujących przepisów Kodeksu karnego Ukrainy w celu wskazania typów przestępstw, które przewidują odpowiedzialność karną za czyny określane w Polsce lub w innych krajach jako nękanie. W ocenie autora przejawy nękania, które mogą podpadać pod istniejące przepisy Kodeksu karnego Ukrainy, zawierają następujące przestępstwa: torturowanie (art. 127 k.k. Ukrainy), groźba zabójstwa (art. 129 k.k. Ukrainy), naruszenie nietykalności mieszkania (miru domowego – art. 162 k.k. Ukrainy), naruszenie tajemnicy korespondencji (art. 163 k.k. Ukrainy), zakłócenie nietykalności życia prywatnego (art. 182 k.k. Ukrainy), umyślne zniszczenie lub uszkodzenie cudzego mienia (art. 195 k.k. Ukrainy).

Na uznanie zasługuje analiza rezultatów badań, która podnosi wartość recenzowanej pracy. W referacie autor prezentuje wyniki badań przeprowadzonych przez Australijskie Biuro Statystyk, zgodnie z którymi każdego roku od 1% do 2% kobiet i od 0,25% do 0,5% mężczyzn pada ofiarą stalkingu¹². Dopełnienie powyższych rozważań stanowią badania empiryczne przeprowadzone w 2006 r. przez J. Skarżyńską-Sernaglię, które wykazały, że: 1) 12% osób badanych jest lub było ofiarą stalkingu; 2) w 72% przypadków ofiarami stalkingu są kobiety, w 28%

– mężczyźni; 3) 63% ofiar stalkingu to kobiety w wieku poniżej 40 lat; 4) 82% ofiar (mężczyzn i kobiet) wskazało mężczyznę jako swojego prześladowcę; 5) 75% sprawców to mężczyźni poniżej 40. roku życia; 6) w 88% przypadków stalkingu istniała relacja znajomości między ofiarą i napastnikiem, z czego w 58% – prześladowcą był były partner lub była partnerka; 7) średni okres prześladowania to półtora roku (18 miesięcy), dla 81 ofiar okres prześladowania trwał od kilku miesięcy do 2 lat; najdłuższy okres prześladowania to 8 lat; 8) tylko 15% ofiar podało, że fakt prześladowania zgłaszało na policję (brak danych o formie zgłoszeń i działaniach podjętych przez funkcjonariuszy policji)¹³.

Dla porównania zasadne jawi się odwołanie do badań przeprowadzonych w USA, zgodnie z którymi: a) 15,2% kobiet i 5,7% mężczyzn padło ofiarą prześladowania; b) około 4,2% kobiet i 2,1% mężczyzn było prześladowanych w ciągu 12 miesięcy poprzedzających badanie; c) wiele ofiar prześladowania na tle seksualnym padło ofiarą po raz pierwszy już w młodym wieku; d) szacunkowo 53,8% kobiet – ofiar prześladowania i 47,7% mężczyzn – ofiar prześladowania było śledzonych przed 25. rokiem życia (16,3% kobiet i 20,5% mężczyzn przed 18. rokiem życia)¹⁴.

Przed ciekawym zadaniem stanęła Małgorzata Wąsek-Wiaderek (KUL), prezentu-

¹³ M. Seńko, *Zjawisko stalkingu i odpowiedzialność karna za stalking na Ukrainie* (w:) *Stalking*, red. M. Mozgawa, s. 13.

¹⁴ *Prevalence and Characteristics of Sexual Violence, Stalking, and Intimate Partner Violence Victimization – National Intimate Partner and Sexual Violence Survey, United States 2011: Surveillance Summaries*, September 5, 2014/63, s. 1–18, https://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/ss6308a1.htm?s_cid=ss6308a1_w (dostęp: 24.03.2018 r.).

¹² Zob. Australian Bureau of Statistics (1996), *Women's Safety*, Canberra 1996: Commonwealth of Australia.

jąc *Obowiązki państwa w zakresie ochrony osoby przed nękaniami w świetle art. 8 Europejskiej konwencji praw człowieka i innych standardów Rady Europy*. Autorka w sposób rozważny i celowy przedstawiła orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące pozytywnych obowiązków państw w zakresie ochrony osób przed ingerencjami w ich integralność psychiczną, podnosząc jednocześnie, że na podstawie orzecznictwa ETPCz można wynioskować, czy z art. 8 Konwencji wynikają szczególne wymogi proceduralne dotyczące sposobu zainicjowania ścigania przestępstwa stalkingu. W ocenie autorki ze wspomnianej konwencji nie można wywodzić generalnego obowiązku kryminalizacji stalkingu. Orzecznictwo ETPCz nie narzuca obowiązku ścigania takich ingerencji z urzędu w sytuacji, w której nękanie jest kryminalizowane w prawie krajowym.

Wartościowa dla niniejszej pracy jest również analiza zobowiązań w zakresie kryminalizacji stalkingu wynikających z art. 34 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, pozwalająca na wysunięcie tezy, że przestępstwo uporczywego nękania uregulowane w polskim Kodeksie karnym spełnia wymogi prawa europejskiego.

Niewątpliwie znaczące pod względem teoretycznoprawnym są rozważania Jacka Sobczaka i Kseni Kakareko nad zjawiskiem cyberstalkingu. W artykule pt. *Nękanie w Internecie*, poniekąd zgodnie z intuicyjnym odbiorem tytułu referatu, autorzy rysują tło do omówienia kwestii trudnych, aktualnych w czasach intensywnego rozwoju środków masowego przekazu, tj. mowy nienawiści, mowy ekstremalnej lub wrogości oraz trollowania.

Na uwagę zasługuje fakt, że autorzy podali w wątpliwość możliwość zwalczania mowy nienawiści środkami prawa karnego, wskazując jednocześnie na wyraźną tendencję kryminalizacji tego zjawiska, przy istniejących skutecznych środkach administracyjnych (np. Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji w stosunku do radiofonii i telewizji).

Ciekawy zabieg zastosowany został przez Monikę Płatek (UW), która wprost wyartykułowała pytanie o *ratio legis* nowelizacji w tytule swojego artykułu: *Stalking – reforma prawa czy dogmatyczny (defekt) genderowych uchybień zasadzie neutralności prawa*. Referat poświęcony jest refleksji nad źródłem i znaczeniem wprowadzenia do prawa karnego zjawiska uporczywego znęcania. Autorka stara się dociec, dlaczego projektodawca odwołuje się w nowelizacji do obcojęzycznego pojęcia „stalking”, gdy istnieje w prawie karnym polskojęzyczne „uporczywe nękanie”. Monika Płatek bada jednocześnie, czy stworzone instrumenty ochrony prawnej stanowią właściwą reakcję na negatywne zjawisko społeczne nazwane stalkingiem z punktu widzenia poszanowania wolności, prywatności, autonomii i godności człowieka. Przywołując klasyczną pozycję *Dar strachu* Gavina de Beckera, autorka poddaje refleksji gwarancje skutecznego egzekwowania, cytując za poetą, że „powinniśmy przestać wmawiać ludziom, iż kawałek papieru będzie ich skutecznie chronił, ponieważ niekiedy może spowodować skutek wręcz odwrotny”¹⁵.

Nie mniej intrygujące są rozważania Magdaleny Budyn-Kulik (UMCS) na temat psychologicznych aspektów nękania.

¹⁵ G. de Becker, *Dar strachu*, tłum. A. Jankowski, Poznań 1998, s. 247.

Autorka w sposób rzeczowy analizuje różne kategorie (rodzaje nękania) ze względu na przyjęte kryteria podziału, proponując wyróżnienie dwóch kryteriów: pierwsze – ze względu na „kierunek intencji” sprawcy, drugie – osobę pokrzywdzonego (relacja sprawca–pokrzywdzony). Bez uciekania się do niedopuszczalnych zachowań erystycznych i bez wprowadzania do wypowiedzi elementów ideologicznych autorka stara się rozróżnić i zdefiniować pojęcie „wrogiego nękania”, „nękania przyjaznego”, „nękania fanowskiego” (osób znanych) oraz prywatnego (osób nieodgrywających roli w życiu publicznym), w ramach tej ostatniej grupy – osób znajomych (także bliskich) i obcych. Magdalena Budyn-Kulik dokonuje swoistej wiktymogenezy nękania, zwracając szczególną uwagę na osobę nękaną, w szczególności: profil osoby pokrzywdzonej, przyczynienie się pokrzywdzonego oraz psychologiczne następstwa nękania dla pokrzywdzonego.

Nawiązaniem do spostrzeżeń i wywodów będących głównym założeniem referatów stanowiących zbiór recenzowanego opracowania jest artykuł Dominiki Jędrak (UMCS) pt. *Stalking w świetle badań empirycznych*. Autorka w sposób nietuzinkowo zwraca uwagę na swoisty „fenomen” zjawiska stalkingu w kontekście prawnokarnym, jak i społecznym. Zdaniem autorki „wyjątkowość” stalkingu polega na przenikaniu się zachowań nagannych z punktu widzenia prawa karnego (np. naruszenie nietykalności cielesnej, groźby), irrelewantnych (stanie pod drzwiami innej osoby), a w niektórych przypadkach wręcz pożądanych i akceptowanych w kontekście zasad współżycia społecznego lub przyjętych zwyczajów (przy zachowaniu zdroworozsądkowych granic

czy też umiaru, np. kupowanie kwiatów, dawanie prezentów)¹⁶.

W ocenie autorki o uniwersalizmie stalkingu mogą świadczyć przytaczane badania przeprowadzone w wielu krajach, na różnych kontynentach oraz w odmiennych systemach prawnych na świecie, których wyniki oscylują w porównywalnych granicach. Cennym spostrzeżeniem wynikającym z analizy badań statystycznych oraz badań empirycznych przeprowadzonych przez M. Mozgawę i M. Budyn-Kulik jest zachodząca prawidłowość, zgodnie z którą typowym sprawcą uporczywego nękania w Polsce jest mężczyzna w przedziale wiekowym między 22. a 40. rokiem życia (w 71,1% przypadków)¹⁷.

Pewną wartość poznawczą ma także artykuł Arkadiusza Gila (KWP Lublin) pt. *Policja a przestępstwo stalkingu. Podstawowe założenia taktyki wykrywania (zagadnienia wstępne)*. Autor przechodzi od omówienia technicznych możliwości generujących zupełnie nowe zachowania niebezpieczne i przestępcze, wymagające od Policji dostosowania dotychczasowych metod i form wykrywczych do nowych zachowań przestępczych. Powołując się na Włodzimierza Gutekunstą oraz Bolesława Patera, wskazuje, że „kryminologia i kryminalistyka od dawna sygnalizowały powagę problemu stosowania coraz to nowszych środków i metod w powstawaniu przestępstw”¹⁸. Wykorzystywanie środków technicznych do celów przestępc-

¹⁶ D. Jędrak, *Stalking w świetle badań empirycznych* (w:) *Stalking*, red. M. Mozgawa, s. 272.

¹⁷ M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty zjawiska nękania*, s. 34.

¹⁸ W. Gutekunst, B. Pater, *Wykorzystanie zdobyczy postępu technicznego w walce z przestępczością* (w:) *Kryminologiczne aspekty postępu technicznego. Materiały IV Wrocławskiego Sympozjum Kry-*

nych spowodowało konieczność tworzenia nowoczesnych i wyspecjalizowanych komórek organizacyjnych w strukturach Policji, potrafiących przeciwstawić się formom przestępczości, które do niedawna były trudno wykrywalne. Kończąc swoje rozważania, autor dokonuje oceny stanu polskiej Policji, sięgając do łacińskiej maksymy *non progredi est regredi* (kto nie idzie naprzód, ten się cofa).

Kolejny tekst, autorstwa Marka Marczewskiego (IWS Warszawa), został poświęcony omówieniu skali zjawiska stalkingu w świetle danych statystycznych. Dla zachowania jednolitego charakteru analizy, w artykule pt. *Przestępstwo uporczywego nękania (stalkingu) w świetle danych statystycznych*, przedstawiono roczne zestawienie statystyki policyjnej i sądowej za lata 2012–2016, ukazujące: liczbę przestępstw stwierdzonych i wykrytych, liczbę podejrzanych, odsetek nieletnich wśród podejrzanych, dane liczbowe dotyczące prawomocnych skazań oraz rodzaje orzeczonej kary zasadniczej.

Imponująca jest rzetelność autora, który konsekwentnie analizuje liczbę przypadków: a) uporczywego nękania (art. 190a § 1 k.k.); b) podszywania się pod inną osobę przez wykorzystywanie wizerunku lub danych osobowych w celu wyrządzenia szkody majątkowej lub osobistej (art. 190a § 2 k.k.); c) uporczywego nękania i podszywania się pod inną osobę polegające na spowodowaniu skutku targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie (art. 190a § 3 k.k.). Wałory pracy doznają poważnego wzmocnienia za sprawą przytoczonych wyników badań, zgodnie z którymi do roku 2015 orzekano najczęściej (w około 60% skazań) karę pozbawienia

wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, w 2016 r. zaś ten rodzaj kary wymierzono tylko w 36% skazań. Niepokój autora budzi fakt, że z każdym rokiem rezultaty wykrywcze są coraz gorsze.

Interesujące uwagi na temat cywilnoprawnych aspektów stalkingu zawarte zostały w tekście Agnieszki Szczekali (UMCS). Chociaż zapewnienie całościowej eksplikacji podjętego problemu naukowego nie jest możliwe z uwagi na fakt, że w polskim prawie cywilnym brak jest przepisów bezpośrednio dotyczących stalkingu, to jednak dzięki sformułowaniu otwartego katalogu dóbr osobistych i przyjęciu konstrukcji podstawowego standardu ochrony tych dóbr środkami cywilnoprawnymi – zakładającego możliwość odrębnej ochrony przewidywanej w innych unormowaniach – przepisy art. 23 i 24 prawa cywilnego zapewniają ofiarom stalkingu odpowiednią ochronę cywilnoprawną, niezależnie od ochrony przewidzianej w prawie karnym¹⁹.

Badanie regulacji prawnych, orzecznictwa, wypowiedzi przedstawicieli nauki prawa karnego dotyczących przestępstwa stalkingu warto uzupełnić analizą, jak takie zachowania postrzegane są w naszej kulturze. W artykule Aleksandry Nowosad (UMCS) pt. *Nękanie w filmie i literaturze* ujawniono związek filmu z powstaniem regulacji antystalkingowych. Jak wskazuje autorka, od lat 90. XX w. nastąpiło wzmożone zainteresowanie twórców tematem dotyczącym uporczywego nękania. Uzupełnienie rozważań stanowi przedstawienie krótkich historii najsłynniejszych filmów o stalkingu (m.in. *Miłość Adeli H.*, *Fatalne zauroczenie*, *Pacific Heights*, *Przyłądek*

minologicznego 18–19 październik 1973 r., red. W. Gutekunst, W. Świda, Wrocław 1978, s. 225.

¹⁹ A. Szczekala, *Cywilnoprawne aspekty stalkingu* (w:) *Stalking*, red. M. Mozgawa, s. 343.

strachu, Sypiając z wrogiem, Osaczyć Laurę, Wielbicielka, Zauroczenie, Strach).

Na zakończenie warto odnieść się do ostatniego opracowania zawartego w pokonferencyjnej publikacji, autorstwa Szymona Tarapaty (UWr) i Piotra Zakrzewskiego (UKSW): *O normatywnych przesłankach tożsamości czynu zabronionego z art. 190a § 1 k.k. – kilka uwag na tle wyroku Sądu Najwyższego z 16.11.2015 r., V KK 329/15.* Ze względu na oryginalność koncepcji i drzemiące możliwości dalszego rozwoju treści zawartych w artykule tekst mógłby stanowić odrębną publikację albo co najmniej jej zarzewie. Autorzy niemało słów poświęcili przesłankom oraz przykładom wartościowania zachowania sprawcy w oparciu o kryteria normatywne tożsamości czynu zabronionego z art. 190a § 1 k.k. Wnikliwie omówione zostały procesowe konsekwencje ich stosowania. Prowadzone analizy zostały oparte na założeniu, że z przyjęciem normatywnych kryteriów tożsamości czynu łączy się wskazanie granic skargi oskarżyciela. Artykuł zawiera analizę wielu przypadków zarzutów sformułowanych wobec sprawcy z posłużeniem się konstrukcją czynu zabronionego z art. 207 § 1 k.k. oraz z art. 190a § 1 k.k., a także wskazanie konsekwencji błędnego postawienia tychże zarzutów w kontekście procesowej zasady *ne bis in idem*.

Nie ulega wątpliwości, że przeprowadzona w 2011 r. nowelizacja Kodeksu karnego dostarcza nowego materiału badawczego w zakresie czynności wykonawczej przestępstwa określonego jako stalking. Monografia stanowi bardzo dojrzały wkład w systematycznie prowadzone badania odnoszące się do zagadnienia budzącego zainteresowanie przedstawicieli nauki, jak również praktyków, w tym przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości

oraz organów ścigania. Książka jest nie tylko źródłem wiedzy o zjawisku stalkingu, ale i opracowaniem w dużej mierze wchodzącym na obszar dogmatyki prawa. Zbiór opracowań jest znakomitym przykładem tego, jak należy mówić o prawie w sposób zrozumiały dla laika, przy jednoczesnym utrzymaniu wysokiego poziomu merytorycznego prowadzonych wywodów.

O atrakcyjności czytelniczej świadczy niewątpliwie fakt, że opracowanie oparte zostało na obszernych badaniach empirycznych pozwalających określić przydatność uzyskanych wyników w codziennej praktyce opiniodawczej prawnika. W mojej ocenie z pewną dozą ostrożności należy podchodzić do przedstawionych wyników badań. Dyskusyjne jest, w jakiej mierze przywołane badania ukazują rzeczywiste rozmiary przestępczości. Pomimo że przybliżają one prawdziwy obraz rzeczywistości, niewątpliwie obciążone są pewnymi niedoskonałościami. W tym zakresie należy zgodzić się z B. Gruszczyńską, która uważa, że: „Międzynarodowe badania statystyczne dotyczące przestępczości wymagają doskonalenia metod w zakresie konstrukcji definicji, wskaźników i procedur sprawozdawczych. Konieczne jest również określenie standardów, jakie powinny spełniać statystyczne systemy oraz zasady rejestracji przestępstw”²⁰.

W zbiorze opracowań nie udało się niestety uniknąć drobnych niedociągnięć. Współczesny czytelnik, zgłębiając meandry autorskich słów, może postawić zarzut zbyt ogólnego zaprezentowania stawianych postulatów, które budzą pewien

²⁰ B. Gruszczyńska, *Trendy przestępczości w Europie. Metodologiczne zagadnienia European Sourcebook* (w:) *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Bukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006, s. 315.

niedosyt. W opracowaniu mamy bowiem do czynienia z wybiórczym podejściem do problematyki stalkingu, nieoddającej do końca dużego ładunku treści merytorycznych. Z uwagi jednak na przyjęte założenia pracy nie sposób wnikliwie przeanalizować wszelkich zagadnień. Pewien niedosyt budzi również brak prezentacji typu *case studies*. Rozważnie wyselekcjonowane przypadki podnosiłyby wartość i użyteczność opracowania dla nauki i praktyki. Nie może umknąć ocenie recenzenta kompozycja książki, która wydaje się nieco konserwatywna i schematyczna, ale należy to zrzucić na karb kanonów naukowych, których redaktor książki nie mógł pominąć,

chcąc z powodzeniem zapewnić spójność i komplementarność opracowania zarówno pod względem tematycznym, jak i formalnym.

Nie ma wątpliwości, że publikacja *Stalking* jest opracowaniem wielowątkowym, opartym na rzetelnym i obiektywnym wykorzystaniu umiejętnie zebranego i wyselekcjonowanego dorobku orzecznictwa i piśmiennictwa. Interdyscyplinarny charakter recenzowanego dzieła, cechujący się wysublimowanym poziomem osiągnięcia skuteczności przekazu zaprezentowanym przez autorów, pozwala uznać, że zbiór referatów stanie się przedmiotem uznanych i wnikliwych zainteresowań badaczy.

Katarzyna Mróz

Autorka jest adwokatem (ORA w Warszawie).

Szpalty pamięci

Marcin Zaborski

MACIEJ BEDNARKIEWICZ 1940–2016

Adwokat, którego bał się gen. Czesław Kiszczak

Zarówno autor niniejszego opracowania, jak i redakcja miesięcznika „Palestra” długo wahali się, jaki tytuł należy nadać opracowaniu o postaci tak wybitnej i ważnej dla dziejów Adwokatury Polskiej jak adw. Maciej Bednarkiewicz. Kwestia ta rozwiązała się niejako samoistnie. Po ukazaniu się w 2017 r. książki Cezarego Łazarewicza *Żeby nie było śladów. Sprawa Grzegorza Przemyska*¹ – a z tą „sprawą” adw. Maciej Bednarkiewicz był ściśle związany jako pełnomocnik matki ofiary – oczywiście stało się, że tytuł ten musi nawiązywać



fot. z archiwum NRA

do tytułu rozdziału tej książki: *Maciej Bednarkiewicz. Adwokat, którego bał się Kiszczak*².

Adwokat Maciej Józef Bednarkiewicz urodził w się 22.02.1940 r. w Warszawie³.

Jego matką była Maria z d. Socha. Ojcem – Marian, prawnik i adwokat. Marian Bednarkiewicz pochodził z Wielkopolski, z Kórnika. Po odbyciu studiów prawniczych na Uniwersytecie Poznańskim, po krótkim epizodzie jako

¹ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów. Sprawa Grzegorza Przemyska*, Wołowiec 2017.

² C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 202.

³ Aparat krytyczny nin. opracowania nie uwzględni zbioru pt. *Wspomnienia o Macieju Bednarkiewiczu*, red. A. Rottermund i P. Kądziała, który ukazał się pod koniec 2018 r. nakładem Biblioteki „Więzi”.

aplikant sądowy, rozpoczął w 1936 r. aplikację adwokacką w Katowicach. W okresie II wojny światowej był więźniem KL Auschwitz, a po wojnie uzyskał wpis na listę adwokatów. Był osobą znaną, lubianą i szanowaną w środowisku adwokackim. Zmarł w 1990 r.⁴

Maciej Bednarkiewicz szkołę średnią – Liceum Ogólnokształcące w Milanówku – ukończył pomyślnym złożeniem egzaminu maturalnego w 1956 r. Następnie odbył studia prawnicze na UW, zakończone w 1963 r. obroną pracy magisterskiej nt. *Zakres małżeńskiej wspólności majątkowej*, napisanej pod kierunkiem profesorów Seweryna Szera oraz Witolda Warkalły⁵.

Po studiach, w październiku 1963 r., rozpoczął aplikację sądową, którą ukończył złożeniem przed Komisją Egzaminacyjną Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy w dniach 18, 19 i 26.10.1965 r. egzaminu sędziowskiego z wynikiem ogólnym bardzo dobrym⁶.

Już 27.10.1965 r. złożył do Rady Adwokackiej (dalej RA) w Warszawie podanie o wpis na listę aplikantów adwokackich Wojewódzkiej Izby Adwokackiej w Warszawie, prosząc o wyznaczenie mu siedziby w Warszawie. W tym okresie uczestniczył w seminarium doktoranckim w Katedrze Prawa Cywilnego UW, kierowanym przez prof. dr. hab. Andrzeja Stelmachowskiego.

Uchwałą RA w Warszawie z 22.12.1965 r. Maciej Bednarkiewicz uzyskał wpis na listę aplikantów adwokackich. Aplikację

rozpoczął 1.03.1966 r., 9.03.1966 r. złożył zaś ślubowanie aplikanckie. Tego samego dnia przydzielono go do Zespołu Adwokackiego (dalej ZA) nr 7 w Warszawie (ul. Smolna 32)⁷.

Aplikację adwokacką odbywał bez problemów i terminowo. Jego patronami byli adw. Albert Zaleski oraz adw. Ryszard Siciński⁸. Pierwszy z nich był już w okresie II RP sędzią i adwokatem⁹. Drugi z nich to żołnierz Armii Krajowej w okresie II wojny światowej, uczestnik powstania warszawskiego, a przede wszystkim – wybitny działacz samorządu adwokackiego, m.in. członek RA w Warszawie oraz NRA¹⁰.

Ten drugi, oceniając go jako aplikanta adwokackiego przed dopuszczeniem do egzaminu adwokackiego, stwierdził, że apl. adw. Maciej Bednarkiewicz jest „aplikantem wyjątkowym i wzorowym”. Ocena ta jest tak niezwykła, że zasługuje na szersze przytoczenie *in extenso*. Stwierdził mianowicie adw. Ryszard Siciński, że opiniowany aplikant jest „Inteligentny, bardzo pracowity i koleżeński, wyjątkowo operatywny i samodzielny, dysponuje – według rozeznania patronów i kierownictwa zespołu – już w chwili obecnej pogłębioną wiedzą prawniczą, szczególnie

⁴ AIAW, akta osobowe adw. Mariana Bednarkiewicza.

⁵ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 1, życiorys.

⁶ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 5, zaświadczenie o złożeniu egzaminu sędziowskiego.

⁷ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 13–15, 19.

⁸ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 51, protokół zebrania członków ZA nr 7 w Warszawie z 31.03.1969 r.

⁹ AIAW, akta osobowe adw. Alberta Zaleskiego; informacja od adw. Czesława Jaworskiego z Warszawy; informacje od adw. Jacka Kondrackiego z Warszawy. Adw. Albert Zaleski urodził się 23.09.1904 r. w Zalesiu k. Węgrowa, a zmarł 5.07.1980 r.

¹⁰ Adw. Ryszard Siciński urodził się 15.07.1927 r. Zmarł 13.12.2013 r. Zob. AIAW, akta osobowe adw. Ryszarda Sicińskiego; C. Jaworski, *Adwokat Ryszard Siciński (1927–2013)*, „Palestra” 2014/1–2, s. 305–308.

z zakresu cywilistyki”. Powierzonymi mu sprawami „przejmuje się”, przygotowując się zaś do nich zawsze poświęca im ponadprzeciętną ilość czasu i zaangażowania. Często przedstawia „nowe, świeże spojrzenie na sprawę i oryginalny swój pogląd”, których w dyskusjach wewnątrz zespołu potrafi bronić „pryncypialnie”, choć z poczuciem „dystansu i umiarem”. Poza tym jest „obowiązkowy, sympatyczny, greczny”, czym „zjednał sobie w ciągu 3-letniej aplikacji bez reszty cały Zespół, który niejednokrotnie na zebraniach i prywatnie, ustami wielu członków, podkreślał gotowość natychmiastowego przyjęcia go w poczet swych członków”. Konkludując, oceniający stwierdził, że „Aplikant Bednarkiewicz jest materiałem na bardzo dobrego adwokata”¹¹.

Egzamin adwokacki zdał w marcu 1969 r. z ogólnym wynikiem dobrym¹². Podaniem z 8.04.1969 r. wystąpił o wpis na listę adwokatów i o wyznaczenie mu siedziby w Warszawie, z jednoczesnym przydzieleniem do ZA nr 7¹³. Uzyskał poparcie tego zespołu, który uchwałą zebrania członków z 31.03.1969 r. zwrócił się do RA o wyznaczeniu mu siedziby w Warszawie, zaznaczając przy tym, że po dokonaniu wpisu ten egzaminowany aplikant adwokacki będzie niezwłocznie przyjęty do jego składu¹⁴.

RA w Warszawie uchwałą z 15.05.1969 r. wpisała go na listę adwokatów, jednak

z siedzibą w Żyrardowie¹⁵. Ślubowanie adwokackie złożył 2.07.1969 r. W kwestii wyznaczenia mu siedziby w Żyrardowie odwołał się jednak do NRA¹⁶. Po rozpoznaniu tego odwołania Prezydium NRA uchwałą z 18.09.1969 r. uchyliło zaskarżoną uchwałę i przekazało sprawę do ponownego rozpatrzenia RA w Warszawie¹⁷. W konsekwencji rada ta uchwałą z 9.10.1969 r. przeniósła siedzibę nowo wpisanemu na listę adwokatów z Żyrardowa do Warszawy¹⁸.

Następnie zebranie członków ZA nr 7 w Warszawie uchwałą z 29.10.1969 r. przyjęło go w poczet członków tego zespołu¹⁹. W konsekwencji dziekan RA w Warszawie zarządził wpisanie adw. Macieja Bednarkiewicza do rejestru ZA nr 7 1.12.1969 r.²⁰

Mimo prowadzenia przez adw. Macieja Bednarkiewicza praktyki przede wszystkim cywilistycznej (zresztą – z bardzo dobrymi wynikami) – to właśnie prawo karne przyniosło mu rozgłos i ogólnopolską popularność tak w środowisku adwokackim, jak ogólnie w społeczeństwie. Jako zaledwie 34-latek został bowiem wyznaczony do obrony z urzędu Iwana Ślezki *vel* Zygmunta Bielaja, oskar-

¹¹ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 31, „Opinia o aplikancie adwokackim Macieju Bednarkiewiczu” sporządzona w marcu 1969 r. przez Zastępcę Kierownika ZA nr 7 w Warszawie, adw. Ryszarda Sicińskiego.

¹² AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 32–48.

¹³ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 52.

¹⁴ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 51.

¹⁵ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 55, wyciąg z protokołu Nr 7 posiedzenia RA w Warszawie z 15.05.1969 r.

¹⁶ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 57–58, odwołanie z 5.07.1969 r.

¹⁷ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 61–62, wyciąg z protokołu posiedzenia Prezydium NRA z 18.09.1969 r.

¹⁸ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 64, wyciąg z protokołu nr 14 posiedzenia RA w Warszawie z 9.10.1969 r.

¹⁹ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 65, wyciąg z protokołu zebrania członków ZA nr 7 w Warszawie z 29.10.1969 r.

²⁰ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 66, zarządzenie dziekana RA w Warszawie z 31.12.1969 r.

zonego o uprowadzenie i zabójstwo dr Stefanii Kamińskiej z Płocka w czerwcu 1970 r. (żonę Iwana Ślezki, Krystynę Marię Andrzejewską oskarżoną o składanie fałszywych zeznań, utrudnianie śledztwa i wyłudzenia poświadczenia nieprawdy, bronili adw. Maciej Dubois oraz adw. Henryk Nowogródzki, a potem adw. Krzysztof Piesiewicz)²¹.

Proces ten odbywał się przed Sądem Wojewódzkim w Warszawie oraz przed Sądem Najwyższym, z przerwami, w latach 1974–1985, emocjonowała się nim zaś, zwłaszcza w połowie lat siedemdziesiątych XX w., prasa codzienna (lokalna i ogólnopolska) i fachowa, radio i telewizja, a nawet Rozgłośnia Polska Radia „Wolna Europa”. Po raz pierwszy w pierwszej instancji proces ten odbywał się od 21.02.1974 r. do 21.03.1974 r. Oskarżał niekwestionowany „as” prokuratury PRL – prokurator Prokuratury Generalnej Józef Gurgul²², który w przemówieniu końcowym wniósł o wymierzenie Iwanowi Ślezce kary śmierci za zabójstwo. Wniosek ten – jak wspominał po latach oskarżyciel – „doprowadził do ostrego spięcia z obrońcą”, który polemizował nie tylko z oceną dowodów zaprezentowaną przez prokuraturę, ale także z dopuszczalnością stosowania kary śmierci jako takiej²³. W przemówieniu obroń-

czym adw. Maciej Bednarkiewicz wniósł o uniewinnienie Iwana Ślezki od zarzutu zabójstwa²⁴. 24.03.1974 r. został ogłoszony wyrok, na mocy którego oskarżony został uznany za winnego tylko uprowadzenia, pozbawienia wolności oraz żądania okupu – natomiast uniewinniony od kluczowego zarzutu zabójstwa²⁵. Wyrok o takiej treści oznaczał spektakularny sukces adw. Macieja Bednarkiewicza jako obrońcy głównego oskarżonego. Tym bardziej że wielowątkowy kontekst tej sprawy bez wątpienia nie ułatwiał obrońcy Iwana Ślezki prowadzenia obrony.

Sprawa ta parokrotnie wędrowała do Sądu Najwyższego, który orzekł także w składzie rozszerzonym na skutek rewizji nadzwyczajnej wniesionej przez Prokuratora Generalnego na niekorzyść Iwana Ślezki, aż w końcu 2 stycznia 1985 r. postępowanie wobec niego zostało umorzone przez prokuraturę (po wcześniejszym przekazaniu jej przez SN, wyrokiem z 17.10.1979 r., akt sprawy w celu uzupełnienia śledztwa)²⁶.

Przez całe swoje życie adw. Maciej Bednarkiewicz konsekwentnie prezentował postawę antykomunistyczną. Obrońcy w sprawach politycznych wykonywał od początku swojej kariery zawodowej, m.in. w 1976 r. bronił robotników fabryki „Ursus”. W tym samym roku był jednym z najaktywniejszych adwokatów świadczących obronę w procesach za tzw. wypadki radomskie. Wedle Jana Skórzyńskiego: „Wśród adwokatów najbardziej czynny

²¹ J. Gurgul, *Zabójstwo czy naturalny zgon? Na tle sprawy Iwana Ślezki vel Zygmunta Bielaja*, Szczyt-no 1992, s. 188. Zob. też: K. Piesiewicz, *Skandalu nie będzie. Rozmawia Michał Komar*, Warszawa 2013, s. 137 oraz M. Dubois, M. Komar, *Adwokat. Rozmowa o życiu w ciekawych czasach*, Warszawa 2012, s. 147.

²² Prokurator Józef Gurgul był znany m.in. z oskarżania w kontrowersyjnej sprawie Zdzisława Marchwickiego, toczącej się w tym samym okresie przed Sądem Wojewódzkim w Katowicach.

²³ J. Gurgul, *Zabójstwo czy naturalny zgon?...*, s. 195.

²⁴ Jak twierdził adw. Krzysztof Piesiewicz: „jeśli idzie o porwanie, to wina Bielaja była bezsporna” (K. Piesiewicz, *Skandalu nie będzie...*, s. 138).

²⁵ J. Gurgul, *Zabójstwo czy naturalny zgon?...*, s. 195–196.

²⁶ J. Gurgul, *Zabójstwo czy naturalny zgon?...*, s. 197–199, 220–226, 244.

był Władysław Siła-Nowicki, który bronił w sześciu sprawach. Radomskich robotników bronili także Andrzej Grabiński, Jan Olszewski, Stanisław Szczuka oraz Maciej Bednarkiewicz²⁷.

Po ogłoszeniu stanu wojennego 13.12.1981 r. nadal bronił w sądach, ponadto współpracował z Prymasowskim Komitetem Pomocy Osobom Pozbawionym Wolności i ich Rodzinom²⁸ oraz z ks. Jerzym Popiełuszką. W opracowaniach z lat osiemdziesiątych XX w., które ukazywały się w tzw. II obiegu, adw. Maciej Bednarkiewicz jest wymieniany w zaszczytnym gronie „tych obrońców politycznych, którzy w okresie 13 grudzień 1981 – amnestia 1986 zasłużyli (...) na szczególne wyróżnienie i pamięć, wobec których dług z naszej strony jest szczególnie duży”²⁹. W tym kontekście adw. Maciej Bednarkiewicz jest wymieniany razem z adw. Zofią Adamowicz, adw. Czesławem Jaworskim, adw. Wiesławem Johannem, adw. Jerzym Naumanem, adw. Stanisławem Szczuką i adw. Andrzejem Zalewskim³⁰.

W okresie od 21.03.1983 r. do 19.05.1983 r. był adw. Maciej Bednarkiewicz obrońcą Grzegorza Gampla, sądnego wraz z ośmioma innymi osobami w słynnym procesie Międzyzakładowego Robotniczego Komitetu „Solidarności” (tzw. MRKS-u) przez Sąd Warszawskiego Okręgu Wojskowego³¹. Głównym oskarżonym w ww. pro-

cesie był Adam Borowski, obrońcami pozostających oskarżonych byli zaś adwokaci: Władysław Siła-Nowicki, Jerzy Woźniak, Zofia Adamowicz, Piotr Andrzejewski, Wojciech Mieroszewicz, Edward Wende, Zygmunt Łoziński, Wiesław Johann, Jan Olszewski, Stanisław Szczuka, Mirosław Brych i Andrzej Sandomierski³².

Sprawa ta była trudna dla obrony nie tylko ze względów merytorycznych, ale także z tego względu, że adwokaci broniący w tym procesie doznawali ze strony władzy komunistycznej różnego rodzaju szykan, które miały utrudnić, jeśli nie uniemożliwić, prawidłowe wykonywanie obrony.

Przemówienia obrończe w tym procesie rozpoczął adw. Władysław Siła-Nowicki, adw. Maciej Bednarkiewicz przemawiał zaś jako dziewiąty z kolei. W swoim wystąpieniu przytoczył m.in. słynne słowa Mahatmy Ghandiego: „Przyznaję się do winy, nie proszę o łaskę. To, co w oczach prawa jest przestępstwem, jest pierwszym obowiązkiem obywatelskim”³³. Nadto przewrotnie powoływał się na tę część art. 1 k.k. z 1969 r., w której zawarta była fraza o „społecznym niebezpieczeństwie czynu” jako obligatoryjnym składniku czynu przestępnego. Zdaniem adw. Macieja Bednarkiewicza działania jego klienta, kolportera prasy bezdebitowej, nie były „społecznie niebezpieczne”, albowiem w ramach MRKS-u funkcjonowały nie mniej niż 63 zakłady pracy (a nawet 150 według jednego ze świadków)³⁴ – co świadczy o ich

²⁷ J. Skórzyński, *Siła bezsilnych. Historia Komitetu Obrony Robotników*, Warszawa 2012, s. 153.

²⁸ A. Redzik, T. Kotliński, *Historia Adwokatury*, Warszawa 2018, s. 341.

²⁹ *Nie możemy milczeć... Z ławy obrończej. Przemówienia adwokatów w procesach politycznych 1981–1986*, Warszawa 1989, s. 130.

³⁰ *Nie możemy milczeć...*

³¹ *Proces MRKS-u (Międzyzakładowego Robotniczego Komitetu „Solidarności”)*, oprac. Komitet Helsiński w Polsce, Warszawa 1985, s. 4.

³² *Proces MRKS-u...* s. 4.

³³ *Proces MRKS-u...*, s. 71.

³⁴ Por. „Załącznik do informacji dziennej z dnia 12.05.1983 r.” Biura Śledczego MSW (w:) W. Siła-Nowicki, *Wspomnienia i dokumenty. Do druku przygotowała Maria Nowicka-Maruszyk*, Wrocław 2002, t. II, s. 479.

powszechnej akceptacji społecznej, a nie o „społecznym niebezpieczeństwie”³⁵. Żądał także wyjaśnienia działalności Sławomira Miastowskiego – prowokatora, oficera służb specjalnych PRL, funkcjonującego pod przykryciem jako działacz MRKS-u i dokonującego wielu kombinacji operacyjnych, prowadzących do obciążenia oskarżonych w tym procesie³⁶. Podnosił nadto, że wobec jego klienta, Grzegorza Gampla, stosowano w śledztwie środki przymusu psychicznego i fizycznego³⁷.

Wyrok Wojskowego Sądu Okręgowego został ogłoszony 19.05.1983 r. Wszyscy oskarżeni zostali uznani za winnych i skazani na kary pozbawienia wolności w rozmiarze od roku i 6 miesięcy do 3 lat i 6 miesięcy. Wobec Grzegorza Gampla orzeczono karę 2 lat pozbawienia wolności³⁸.

Rewizje od wyroku sądu wojskowego pierwszej instancji złożyli obrońcy wszystkich oskarżonych – na korzyść oskarżonych oraz prokurator wojskowy – na ich niekorzyść, żądając drastycznego podwyższenia wymiaru orzeczonych kar³⁹. Rewizje te rozpoznał Sąd Najwyższy w Izbie Wojskowej 10 i 12.08.1983 r. i po zastosowaniu amnestii z 1983 r. umorzył postępowanie wobec ośmiu oskarżonych – w tym wobec Grzegorza Gampla, Adamowi Borowskiemu wymierzył zaś karę łączną 5 lat pozbawienia wolności, obniżając ją jednocześnie na mocy amnestii do 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności (w instancji odwoławczej do ławy obrończej dołączył adw. Tadeusz de Virion)⁴⁰.

Wiadomo też, że adw. Maciej Bednarkiewicz był, wspólnie z adw. Jerzym Sulimierskim z Bydgoszczy, obrońcą Jana Rulewskiego – przewodniczącego Regionu Bydgoskiego NSZZ „Solidarność”, aresztowanego w grudniu 1982 r. wraz z sześcioma innymi ważnymi działaczami związkowymi: Andrzejem Gwiazdą, Karolem Modzelewskim, Marianem Jurczykiem, Andrzejem Rozpłochowskim, Grzegorzem Palką i Sewerynem Jaworskim. Obrona ta obejmowała tylko postępowanie przygotowawcze, albowiem do procesu „siódemki” ostatecznie jednak nie doszło, ze względu na amnestię z 1984 r. Jan Rulewski opuścił areszt 10.08.1984 r.⁴¹

Według ustaleń Adama Strzembosza, pierwszego prezesa SN w III RP, bronił adw. Maciej Bednarkiewicz w tym samym okresie również pracowników oraz studentów UW i brał udział „w nieco mniejszej liczbie spraw” niż w kilkunastu⁴².

Brzemienno w skutki okazał się maj 1983 r. Najpierw 3.05.1983 r. specjalna grupa nieumundurowanych funkcjonariuszy Służby Bezpieczeństwa dokonała napadu na siedzibę Prymasowskiego Komitetu Pomocy Osobom Pozbawionym Wolności i ich Rodzinom, która mieściła się w klasztorze Sióstr Franciszkanek Służebnic Krzyża, mieszczącym się przy Kościele św. Marcina w Warszawie, przy ul. Piwnej. Spraw-

³⁵ *Proces MRKS-u...*, s. 72.

³⁶ *Proces MRKS-u...*, s. 72–73.

³⁷ *Proces MRKS-u...*, s. 73.

³⁸ *Proces MRKS-u...*, s. 84–93.

³⁹ *Proces MRKS-u...*, s. 113–120.

⁴⁰ *Proces MRKS-u...*, s. 121–123.

⁴¹ A. Friszke, *Sprawa jedenastu. Uwięzienie przywódców NSZZ „Solidarność” i KSS „KOR” 1981–1984*, Kraków 2017, s. 397 i 606.

⁴² A. Strzembosz, *Adwokaci – obrońcy pracowników naukowych i studentów Uniwersytetu Warszawskiego w stanie wojennym*, „Palestra” 2003/1–2, s. 86. Por. też: A. Redzik, T. Kotliński, *Historia Adwokatury...*, s. 342; J. Mantel-Niećko (przy współpracy M. Stanowskiej, H. Suwały, B. Chmiel i E. Pankiewicz), *Próba sił. Źródła do dziejów Uniwersytetu Warszawskiego po 13 grudnia 1981*, Warszawa 1991, s. 310, 313, 317, 391.

cy napadu zdemolowali lokal, zniszczyli cenne, niedostępne wtedy w aptekach zagraniczne leki, a nadto pobili obecnych w lokalu członków Komitetu, m.in. poetkę Barbarę Sadowską. Dodatkowo zaś sześciu członków Komitetu uprowadzono. I właśnie wtedy adw. Maciej Bednarkiewicz został ustanowiony przez pokrzywdzonych członków Komitetu ich pełnomocnikiem w postępowaniu karnym⁴³.

Następnie 12.05.1983 r. bestialsko, śmiertelnie pobity przez funkcjonariuszy MO w komisariacie przy ul. Jezuickiej w Warszawie został maturzysta Grzegorz Przemysk (zmarł 2 dni później), syn wspomnianej już działaczki Komitetu – Barbary Sadowskiej. Adwokat Maciej Bednarkiewicz również w tej sprawie został jej pełnomocnikiem jako pokrzywdzonej⁴⁴. To właśnie aktywność adw. Macieja Bednarkiewicza w obu tych sprawach spowodowała, że stał się on jednym z nielicznych adwokatów, którzy doznali aresztowania za prawidłowe wykonywanie zawodu adwokata w PRL.

Adwokat Maciej Bednarkiewicz jako pierwszy prawnik przystąpił do czynno-

ści *de facto* śledczych w tej sprawie, przede wszystkim już w niedzielę 15.05.1983 r. odebrał od świadka pobicia, Cezarego Filozofa⁴⁵, „obszerne zeznania” w Zespole Adwokackim przy ul. Smolnej⁴⁶. Zeznania te przyjęły postać pisemnego oświadczenia. Pełnomocnik Barbary Sadowskiej rozmawiał też z innymi świadkami – kolegami Grzegorza Przemyska, Piotrem Kadłčikiem oraz Jakubem Kotańskim⁴⁷.

Kluczową czynnością postępowania przygotowawczego prowadzonego w tej sprawie było „okazanie” z 1.06.1983 r., które odbyło się w Warszawie, w Hali „Gwardii”. Cezary Filozof miał wskazać sprawców pobicia Grzegorza Przemyska spośród 60 milicjantów, stojących w szpalerze, celowo wybranych przez specjalistów z Zakładu Kryminalistyki KG MO, podobnych do siebie, jednego wzrostu, tak samo ostrzyżonych i uczesanych, tak samo umundurowanych, w takich samych czapkach⁴⁸. Adwokat Maciej Bednarkiewicz wziął w tej czynności udział. Zachowało się zdjęcie z tego okazania⁴⁹. Uwidoczniony na nim jest nie tylko Cezary Filozof, ale obok niego także adw. Maciej Bednarkiewicz – obaj stoją przed szpalerem takich samych „niebieskich ludzików”.

Nadto tego samego dnia pełnomocnik Barbary Sadowskiej oraz Cezary Filozof wzięli udział w drugiej czynności procesowej: wizji lokalnej w komisariacie przy ul. Jezuickiej. I okazanie, i wizja lokalna skończyły

⁴³ W. Siła-Nowicki, *Wspomnienia i dokumenty...*, s. 190. Zob. też P. Kądziała, *Zawsze niósł pomoc potrzebującym. Śp. mec. Maciej Bednarkiewicz*, portal internetowy „Więź”, 11.11.2016 r., <http://wiesz.com.pl/2016/11/11/zawsze-niosl-pomoc-potrzebujacym-maciej-bednarkiewicz-niezyje/> (dostęp: 26.02.2019 r.).

⁴⁴ W nocy z 13 na 14.05.1983 r. Barbara Sadowska zadzwoniła do adw. Macieja Bednarkiewicza ze szpitala przy ul. Solec, „prosząc, by przyjechał do umierającego Grzesia” – C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 202. W sprawie tej skontaktował się z adw. Maciejem Bednarkiewiczem m.in. ks. Jerzy Popiełuszko – E. Steczkowska, *Scenariusz Pana Boga*, portal internetowy „Idziemy”, <http://idziemy.pl/spoleczenstwo/scenariusz-pana-boga/> (dostęp: 26.02.2019 r.).

⁴⁵ Niezłomna postawa Cezarego Filozofa – oszczerzanego przez SB i szykanowanego – w czasie śledztwa, jak i przed komunistycznym sądem rozpoznającym sprawę zabicia Grzegorza Przemyska, graniczy z bohaterstwem.

⁴⁶ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 37.

⁴⁷ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 202.

⁴⁸ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 82.

⁴⁹ Opublikowane w C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 83.

się sukcesem – wytypowaniem podżegacza oraz sprawcy pobicia w osobach Arkadiusza Denkiewicza i Ireneusza Kościuka⁵⁰.

Pozytywny dla pokrzywdzonej Barbary Sadowskiej wynik czynności procesowych z 1.06.1983 r. przesądził jednak o losach jej pełnomocnika w najbliższym okresie. Adwokat Maciej Bednarkiewicz zaczął być postrzegany w strukturach władzy PRL jako „groźny przeciwnik”⁵¹ i osoba niosąca bezpośrednio niebezpieczeństwo dla reżymu komunistycznego, a w szczególności dla resortu spraw wewnętrznych. Z tego względu 10.08.1983 r. w Komendzie Głównej Milicji Obywatelskiej odbyła się ważna narada. Komendant Główny MO – gen. Józef Beim wygłosił wtedy dla najwyższych oficerów MO referat, w którym wskazał „szkodników”, którzy uniemożliwiają takie ukierunkowanie śledztwa w sprawie śmierci Grzegorza Przemyka, które odpowiadałoby kierownictwu MSW i partii, tj. oskarżenie o śmiertelne pobicie niewinnych pracowników pogotowia ratunkowego. Tymi „szkodnikami” byli według komendanta MO przede wszystkim: „główny świadek” – Cezary Filozof oraz „pełnomocnicy Barbary Sadowskiej – adwokaci Władysław Siła-Nowicki i Maciej Bednarkiewicz”. Zdradził gen. Józef Beim podczas tej narady, że „szkodnicy” zostaną wkrótce „wyeliminowani”: główny świadek „pójdzie do wojska, Bednarkiewicz – do aresztu za pomoc dezterterowi, Siła-Nowicki – na emeryturę”⁵².

Zapowiedź gen. Józefa Beima dotycząca najbliższej przyszłości adw. Macieja Bednarkiewicza dotyczyła pomocy prawnej świadczonej przez niego dezterterowi z ZOMO, który pod koniec 1982 r. zgłosił

się do klasztoru przy Kościele św. Marcina w Warszawie. Tu natrafił na Barbarę Sadowską, która skierowała go do swojego przyszłego pełnomocnika, do ZA nr 7. Mimo uprzedzenia go o tym, że siedziba ZA nr 7 jest obserwowana przez SB, ów dezterter przychodził do niej dość często, łamiąc podstawowe zasady konspiracji (rola tego deztertera nie jest do końca wyjaśniona). Potem został ujęty przez SB.

Krótko po udanym okazaniu w Hali „Gwardii”, w lipcu 1983 r., adw. Maciej Bednarkiewicz został przesłuchany w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych, w trakcie przesłuchania odtworzono mu zaś nagranie audio zeznań owego „deztertera z ZOMO”, który obciążał go zmyślnymi i wręcz fantastycznymi faktami⁵³.

Zapowiedź Komendanta Głównego MO ziściła się 11.01.1984 r. Tego dnia adw. Maciej Bednarkiewicz został zatrzymany przez funkcjonariuszy SB, w jego mieszkaniu zaś została przeprowadzona rewizja⁵⁴. W trakcie tej rewizji funkcjonariusze MSW wraz z prokuratorem z Prokuratury Wojewódzkiej w Warszawie bezprawnie zabrali akta wszystkich spraw politycznych prowadzonych przez tego adwokata, w tym objęte tajemnicą adwokacką akta sprawy napadu na „Komitet Prymasowski” oraz akta sprawy Grzegorza Przemyka⁵⁵. Podczas przeszukania obecny był przybrany przez adw. Macieja Bednarkiewicza świadek – adw. Jacek Kondracki⁵⁶, który wspominał w 2018 r., że 11.01.1984 r. po godzinie 6 rano zadzwonił dzwonek do drzwi jego

⁵⁰ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 82–83.

⁵¹ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 180.

⁵² C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 118–119.

⁵³ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 180, 203.

⁵⁴ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 179–180.

⁵⁵ W. Siła-Nowicki, *Wspomnienia i dokumenty...*, s. 193.

⁵⁶ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 105; informacja ustna adw. Jacka Kondrackiego z Warszawy.

mieszkania. Dwaj nieznani mu mężczyźni w cywilnych ubraniach wstępnie przedstawili mu się, że są „od mecenasa Bednarkiewicza” oraz że „pan mecenas prosi”, żeby niezwłocznie przyszedł do jego mieszkania – mieszkali zaś po sąsiedzku. Adwokat Jacek Kondracki przypuszczał, że chodzi o konieczność niezwłocznego udzielenia pomocy prawnej osobie trzeciej, nie spodziewał się jednak, że osobą potrzebującą pomocy będzie jego kolega – adw. Maciej Bednarkiewicz⁵⁷.

Jeszcze tego samego dnia zastosowano wobec adw. Macieja Bednarkiewicza areszt tymczasowy⁵⁸. obrońcą podejrzanego został właśnie adw. Jacek Kondracki⁵⁹ i obowiązki te pełnił do zakończenia sprawy⁶⁰.

Wieczorem 11.01.1984 r. w reżymowym „Dzienniku” TV lektor przeczytał komunikat, że „Dziś zostało przeprowadzone przeszukanie mieszkania adwokata Macieja B. Jest on podejrzany o nakłanianie do złożenia fałszywych zeznań, udzielanie pomocy osobie poszukiwanej listem gończym, podżeganie do ujawnienia tajemnicy państwowej i służbowej. Maciej B. został tymczasowo aresztowany”⁶¹. Bezdebitowy, drugoobiegowy „Tygodnik Mazowsze” z 12.01.1984 r. niezwłocznie skomentował, że „Aresztowanie mecenasu Bednarkiewicza pod absurdalnymi zarzutami to próba wyeliminowania go z procesu, w którym miał pełnić funkcję oskarżyciela posiłkowego”⁶².

Po zatrzymaniu osadzono adw. Macieja Bednarkiewicza w areszcie śledczym przy ul. Rakowieckiej na Mokotowie. Jeden ze strażników więziennych, którzy prowadzili go do celi, podał mu rękę i powiedział: „Bardzo pana przepraszam, ja nie mam z tym nic wspólnego”⁶³.

W dniu zatrzymania do siedziby RA w Warszawie dotarło pismo adresowane do dziekana rady, podpisane przez Naczelnika Wydziału Śledczego Prokuratury Wojewódzkiej w Warszawie – osławioną prokurator Wiesławę Bardonową. Informowała owa prokurator, że „W związku z prowadzonym śledztwem II Ds. 135/83 (...) w dniu dzisiejszym zostało dokonane przeszukanie w miejscu zamieszkania adw. Macieja Bednarkiewicza (...) i zostały mu przedstawione zarzuty”⁶⁴. Następnie pismem z 12.01.1984 r. Wiesława Bardonowa poinformowała dodatkowo, że „w dniu wczorajszym wobec adw. Macieja Bednarkiewicza został zastosowany trzymiesięczny areszt tymczasowy. Jednocześnie informuję, że podejrzanego osadzono w Areszcie Śledczym Warszawa Mokotów”⁶⁵.

Wobec treści tego pisma niezwłocznie – tego samego dnia – zebrano się na nadzwyczajnym posiedzeniu RA w Warszawie. Dziekan poinformował członków rady o treści pism Wiesławy Bardonowej z 11 i 12.01.1984 r. W konsekwencji rada podjęła uchwałę, na mocy której postanowiła „na zasadzie art. 231 kpk udzielić poręczenia, iż adw. Maciej Bednarkiewicz, członek Izby Adwokackiej w Warszawie stawi się na każde żądanie władz oraz że nie będzie

⁵⁷ Informacja ustna adw. Jacka Kondrackiego z Warszawy.

⁵⁸ Por. A. Redzik, T. Kotliński, *Historia Adwokatury...*, s. 336.

⁵⁹ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 111.

⁶⁰ Informacja ustna adw. Jacka Kondrackiego z Warszawy.

⁶¹ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 179–180.

⁶² Cyt. za: . Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 180.

⁶³ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 203.

⁶⁴ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 88.

⁶⁵ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 91.

utrudniał postępowania w sprawie II Ds 135/83 prowadzonej przez Prokuraturę Wojewódzką w Warszawie⁶⁶.

Odpis tej uchwały został niezwłocznie doręczony do NRA oraz Prokuratorowi Wojewódzkiemu wraz z pismem przewodnim, w którym zawarty był wniosek o przyjęcie poręczenia i odstąpienie od dalszego stosowania aresztu tymczasowego wobec adw. Macieja Bednarkiewicza⁶⁷. NRA zareagowała niezwłocznie poprzez swoje Prezydium. Pismem z 13.01.1984 r. skierowanym do Prokuratora Wojewódzkiego prezes NRA – adw. Maria Budzanowska informowała, że „W związku z zastosowaniem aresztu tymczasowego wobec adw. Macieja Bednarkiewicza, członka Naczelnej Rady Adwokackiej – Prezydium NRA popiera wniosek Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie o przyjęcie poręczenia i uchylenie zastosowanego środka w sprawie II Ds 135/83⁶⁸. Poręczenie ORA i poparcie NRA nie odniosły jednak żadnego pozytywnego skutku – areszt nie został uchylony. Dziekan RA w Warszawie, adw. Maciej Dubois, wykonując czynności osoby poręczającej, interweniował osobiście w tej sprawie m.in. u gen. Czesława Kiszczaka, jednak bezskutecznie. Jak wspominał: „Moje argumenty nie przekonały ministra spraw wewnętrznych. Rozmowa długa i niemiła⁶⁹.”

Prezes NRA jednak nie ustępowała. Już 18.01.1984 r. wystosowała pismo do Prokuratora Generalnego PRL, w którym za protestowała przeciwko sposobowi prze-

prowadzenia przeszukania w mieszkaniu adw. Macieja Bednarkiewicza oraz przeciwko wielopłaszczyznowemu naruszeniu tajemnicy adwokackiej przez organy ścigania, w szczególności poprzez zmuszanie podejrzanego do ujawniania okoliczności dotyczących udzielania pomocy prawnej w charakterze obrońcy w postępowaniu karnym oraz poprzez zabranie akt adwokackich innych spraw karnych. W odpowiedzi na to pismo zastępca Prokuratora Generalnego Józef Żyta przestrzegł prezes Marię Budzanowską, iż „zarzut, że prokuratura «zapomina o przepisach prawa normujących tok jej czynności i narusza dobra o charakterze podstawowym», godzi w dobre imię Prokuratury PRL⁷⁰. Bezskuteczne okazały się też osobiste interwencje adw. Marii Budzanowskiej u zastępcy Przewodniczącego Rady Państwa⁷¹.

W sprawie uwięzienia adw. Macieja Bednarkiewicza interweniował także już 13 stycznia 1984 r. bp. Bronisław Dąbrowski, w trakcie rozmowy z gen. Czesławem Kiszczakiem, dotyczącej zasadniczo kwestii uwolnienia innych więźniów politycznych (ze „sprawy jedenastu”). Rozmowa ta miała miejsce w obecności Stanisława Stommy oraz ks. Alojzego Orszulika. W odpowiedzi na prośbę bp. Bronisława Dąbrowskiego Minister Spraw Wewnętrznych odpowiedział, że „prokurator wydał sankcję aresztowania go na parę miesięcy”. Dodał, że „Bednarkiewicz narobił tyle głupstw, że musi obecnie odcierpieć⁷².”

⁶⁶ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 95, wyciąg z protokołu nr 1 posiedzenia RA w Warszawie z 12.01.1984 r.

⁶⁷ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 96 i 97.

⁶⁸ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 99.

⁶⁹ M. Dubois, M. Komar, *Adwokat. Rozmowa...*, s. 228.

⁷⁰ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 105 v.

⁷¹ J. Żuławski, *Adwokatura w ostatniej dekadzie PRL*, Kraków 2012, s. 37.

⁷² P. Raina, *Arcybiskup Dąbrowski w służbie Kościoła i Narodu. Tom drugi: 1982–1989*, Warszawa 1995, s. 69. Por. też: A. Friszke, *Sprawa jedenastu...*, s. 453.

W trakcie śledztwa w swojej sprawie adw. Maciej Bednarkiewicz był przesłuchiwany m.in. przez szefa Biura Śledczego MSW płk. Zbigniewa Pudysza. Po latach osadzony pamiętał, że „najbardziej interesowało go, gdzie się ukrywał Cezary F[ilozof]. Wciąż o to pytał. Bał się, że zostawił jakąś relację i ona wypłynie”⁷³ w trakcie procesu domniemych sprawców śmierci Grzegorza Przemyska.

Aresztowanie adw. Macieja Bednarkiewicza szybko stało się sprawą nie tylko o charakterze ogólnopolskim, ale także o charakterze międzynarodowym. Jak informowała „Palestra” 1984/3–4 w rubryce *Prasa o adwokaturze*: „«Trybuna Ludu» (nr 21 z 25.01.1984 r.) doniosła w publikacji pt. *Spotkanie rzecznika rządu z dziennikarzami o przebiegu (...) spotkania w dniu 24.01.1984 r., w czasie którego minister Jerzy Urban informował o pozasądowej na razie wersji winy i przyczyn[ach] aresztowania adw. M. Bednarkiewicza*”⁷⁴.

Sprawa aresztowania adw. Macieja Bednarkiewicza była nadto przedmiotem obrad NRA 25–26.02.1984 r. NRA miała szczególny tytuł do zajęcia się tą sprawą – adw. Maciej Bednarkiewicz był wszak jej członkiem. W trakcie tego posiedzenia adw. Mirosław Olczyk – zaliczany wedle oceny MSW do „grupy opozycyjnej” spośród adwokatów obecnych – zgłosił wniosek, aby „podjęto uchwałę w sprawie obrony adw. Macieja Bednarkiewicza” i przedstawił projekt uchwały. Projekt adw. Mirosława Olczyka wywołał ostry sprzeciw i bezpardonową akcję grupy „partyjnych dziekanów” – członków tej rady, stanowiących swoistą grupę opozycyjną wobec prezes NRA – adw. Marii Budzanowskiej oraz wobec grupy członków prezentującej postawę niezależną. Ostatecz-

nie NRA podjęła uchwałę, że „Plenum NRA aprobeje kroki samorządu podjęte w sprawie M. Bednarkiewicza”⁷⁵.

ORA w Warszawie parokrotnie podejmowała próby doprowadzenia do uwolnienia aresztowanego adwokata. Gdy zbliżał się koniec 3-miesięcznego okresu, na jaki areszt został zastosowany, 29.03.1984 r. podjęła uchwałę w której podkreśliła, że poręczenie za adw. Macieja Bednarkiewicza udzielone 12.01.1984 r. pozostaje aktualne⁷⁶. Jednak mimo starań adw. Jacka Kondrackiego, który posłużył się nową uchwałą ORA, areszt był nadal stosowany.

W obronie aresztowanego przyjaciela adw. Władysław Siła-Nowicki wystosował 16.02.1984 r. „List otwarty” do gen. Wojciecha Jaruzelskiego – pełniącego podówczas stanowisko premiera oraz I sekretarza Komitetu Centralnego PZPR. List ten przesłał do Polskiej Agencji Prasowej, „niektórych instytucji i osób prywatnych”. W owym stosunkowo obszernym memorandum adw. Władysław Siła-Nowicki stwierdził, że do sporządzenia go zmusiły go „Ostatnie zdarzenia w życiu naszej adwokackiej społeczności: aresztowanie Macieja Bednarkiewicza”, które doprowadziły do sytuacji, że „Przebrała się (...) miara nieprawości (...) w działaniu niektórych ogniw władzy państwowej, stawiających się ponad wszelkim prawem”⁷⁷. W konclu-

⁷³ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 203.

⁷⁴ „Palestra” 1984/3–4, s. 96.

⁷⁵ „Załącznik do informacji nt. przebiegu plenarnego posiedzenia NRA i dyskusji dotyczącej m.in. instytucji po aresztowaniu adw. M. Bednarkiewicza ze szczególnym uwzględnieniem postaw «ekstremalnej grupki adwokatów»” z 27.02.1984 r., tekst (w:) W. Siła-Nowicki, *Wspomnienia i dokumenty...*, s. 493–494.

⁷⁶ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 111.

⁷⁷ W. Siła-Nowicki, *Wspomnienia i dokumenty...*, s. 190. Treść całego „Listu otwartego” tamże, s. 190–194.

zji swojego „Listu” jego autor stwierdził dramatycznie: „Świadomy wszystkich konsekwencji i z pełnym poczuciem odpowiedzialności za każde moje słowo stwierdzam publicznie w tym liście otwartym do Pana Generała, jako premiera Rządu PRL, że adwokat Maciej Bednarkiewicz jest ofiarą cynicznej prowokacji. Ludzie, którzy tę prowokację zorganizowali dobrze wiedzą, że nie popełnił on żadnego z zarzucanych mu czynów i świadomi tego działają w pełni złej woli”⁷⁸.

„List” ten był natychmiast przywoływany i cytowany nie tylko przez prasę tzw. II obiegu w Polsce, ale także przez zagraniczne media: Radio „Wolna Europa”, Radio „Głos Ameryki”, stację BBC, dziennik „New York Times” i inne. Władze PRL musiały więc jakoś zareagować. Zareagowały nerwowo i zdecydowanie – już 1.03.1984 r. adw. Władysławowi Siłę-Nowickiemu został przedstawiony zarzut z art. 270 § 1 k.k. z 1969 r. i art. 273 § 2 k.k. z 1969 r. Równocześnie 6 oficerów MSW przeprowadziło rewizję w jego mieszkaniu⁷⁹. W związku z „Listem otwartym” w trakcie posiedzenia Biura Politycznego KC PZPR minister spraw wewnętrznych Czesław Kiszczak stwierdził, posługując się partyjną „nowomową” charakterystyczną bardziej dla lat czterdziestych i pięćdziesiątych (czyli okresu tzw. stalinizmu), że „List otwarty Siły-Nowickiego to najnowszy atak reakcji na Służbę Bezpieczeństwa”⁸⁰.

Akt oskarżenia wobec adw. Władysława Siły-Nowickiego Prokuratura Wojewódzka w Warszawie wywiodła w czerwcu 1984 r. W jego uzasadnieniu stwierdzono,

że „w omawianym liście W. Siła-Nowicki przedstawił w sposób tendencyjny swój osobisty pogląd na temat prowadzonych postępowań przygotowawczych w sprawach dotyczących Grzegorza Przemyska, adw. Macieja Bednarkiewicza oraz zajęć na terenie klasztoru Sióstr Franciszkanek Służebnic Krzyża w Warszawie”⁸¹. Obrońcą oskarżonego adwokata został wybitnie zasłużony w procesach politycznych lat osiemdziesiątych XX w. adw. Jerzy Woźniak. Postępowanie w tej sprawie zostało jednak umorzone postanowieniem z 16.08.1984 r., na mocy ustawy o amnestii.

Jednak równocześnie toczyło się przeciwko adw. Władysławowi Siłę-Nowickiemu postępowanie dyscyplinarne, wszczęte na polecenie Ministra Sprawiedliwości w marcu 1984 r. Postępowanie to zakończyło się ostatecznie, po blisko trzech latach, orzeczeniem Sądu Dyscyplinarnego Izby Adwokackiej w Warszawie z 21.01.1987 r., na mocy którego obwiniony adwokat został uniewinniony⁸².

Po wystosowaniu przez adw. Władysława Siłę-Nowickiego „Listu otwartego” działania władzy komunistycznej nie ograniczyły się do represji karnej i dyscyplinarnej wobec jego autora. Podjęto także działania w środkach masowego przekazu. Ponieważ wydział prasowy MSW nie był w stanie sporządzić sensownej odpowiedzi na „List”, gen. Czesław Kiszczak konfidencjonalnie zlecił opracowanie jej rzecznikowi prasowemu rządu – osławionemu Jerzemu Urbanowi. Sporządzony

⁷⁸ W. Siła-Nowicki, *Wspomnienia i dokumenty...*, s. 193.

⁷⁹ W. Siła-Nowicki, *Wspomnienia i dokumenty...*, s. 194.

⁸⁰ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 200.

⁸¹ W. Siła-Nowicki, *Wspomnienia i dokumenty...*, s. 195.

⁸² W. Siła-Nowicki, *Wspomnienia i dokumenty...*, s. 198. W składzie tego Sądu Dyscyplinarnego zasiadali: adw. Jadwiga Rutkowska, adw. Karol Pędowski oraz adw. Marek Mazurkiewicz.

przez niego tekst ukazał się, w ramach kombinacji operacyjnej, w „Trybunie Ludu”, „Życiu Warszawy” i innych tzw. dziennikach centralnych z 1.03.1984 r., podpisany fałszywym nazwiskiem „J. Nowomiejski”⁸³. W tekście tym, noszącym wszelkie znamiona wyjątkowo chamskiego i kłamliwego paszkwilu, Jerzy Urban stwierdził, że „List otwarty” adw. Władysława Siły-Nowickiego jest „świadomym kłamstwem i potwarzą”, zaś „Jakikolwiek gesty czy odruchy o charakterze humanitarnym w stosunku do ludzi tak zajadłych jak Bednarkiewicz czy Siła-Nowicki są bezcelowe”⁸⁴.

Adwokat Maciej Bednarkiewicz przebywał w areszcie przez 6 miesięcy. Osadzenie go w miejscu odosobnienia wyeliminowało go z udziału w procesie sześciu osób oskarżonych o spowodowanie śmierci Grzegorza Przemyka: wspomnianych już funkcjonariuszy MO Arkadiusza Denkiewicza i Ireneusza Kościuka, dwóch lekarzy oraz dwóch sanitariuszy Pogotowia Ratunkowego. Haniebny wyrok w tej sprawie ogłoszono 16.07.1984 r. – na jego mocy winni funkcjonariusze MO zostali uniewinnieni, skazano zaś niewinnych sanitariuszy (wobec lekarzy postępowanie umorzono, uznając jednak ich częściową winę)⁸⁵.

Po latach adw. Maciej Bednarkiewicz wspominał: „Siedziałem aż do momentu, kiedy sąd zamknął przewód w sprawie śmierci Przemyka. Rano, gdy proces się kończył, powiedzieli, że wychodzę. Przenieśli mnie z celi do przechowalni,

gdzie czeka się na załatwienie ostatnich formalności. Czekam tam godzinę, dwie, sześć i ciągle nie ma decyzji o uwolnieniu, choć to przecież tylko formalność. Potem dowiedziałem się, dlaczego moje wyjście z aresztu się przedłużało. W południe sędzia wznowił sprawę. Bali się, że prosto z celi przyjadę do sali rozpraw, coś pokazę, odwrócę losy procesu i cała sprawa znacznie się od nowa. Dlatego trzymali mnie do ostatniej chwili”⁸⁶. Należy dodać, że adw. Maciej Bednarkiewicz rzeczywiście dysponował dwoma niezwykle istotnymi dokumentami: oświadczeniem pisemnym Cezarego Filozofa, złożonym bezpośrednio po śmierci Grzegorza Przemyka oraz oryginalnym zaświadczeniem lekarskim, wystawionym po jego operacji. Z obu tych dokumentów wynikało wprost, że sprawcami pobicia byli funkcjonariusze MO⁸⁷.

Tak więc uchylenie aresztu wobec adw. Mariana Bednarkiewicza nastąpiło w związku z zakończeniem owego skandalicznego procesu, a nie na skutek czyichkolwiek starań⁸⁸. Natomiast władze PRL w drodze tzw. kombinacji operacyjnej wyprodukowały swoistą „legendę”, aby stworzyć wrażenie, że przyczyną zwolnienia adw. Macieja Bednarkiewicza była inna. Zgodnie z tą „legendą” ową przyczyną miało być przyjęcie przez Prokuraturę Wojewódzką w Warszawie poręczenia osobistego od adw. Zdzisława Czeszejki-Sochackiego, wieloletniego członka PZPR, posła na Sejm PRL, prezesa Zarządu Głównego Zrzeszenia Prawników Pol-

⁸³ Fakt opublikowania tego artykułu odnotowała „Palestra” 1984/3–4, umieszczając w rubryce *Prasa o adwokaturze* notatkę (s. 102).

⁸⁴ J. Nowomiejski, *O środkach godnych celu*, „Życie Warszawy”, 1.03.1984, cyt. za: C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 201.

⁸⁵ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 271–272.

⁸⁶ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 203–204.

⁸⁷ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 204.

⁸⁸ Uwaga powyższa nie umniejsza jednak ani osobistych, niewątpliwych zasług obrońcy Macieja Bednarkiewicza – adw. Jacka Kondrackiego, ani zasług innych osób niosących pomoc temu aresztowanemu.

skich i byłego prezesa NRA. O zwolnieniu i przyczynie zwolnienia aresztowanego z satysfakcją informowały gazety centralne, a w ślad za nimi „Palestra”⁸⁹.

W dniu zwolnienia adw. Macieja Bednarkiewicza pod bramą aresztu Warszawa-Mokotów przy ul. Rakowieckiej oczekiwali na niego żona, ojciec oraz obrońca – adw. Jacek Kondracki⁹⁰.

Krótko potem Prokuratura Wojewódzka w Warszawie wniosła do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy akt oskarżenia przeciwko adw. Maciejowi Bednarkiewiczowi. Jednak 21.07.1984 r. Sejm PRL uchwalił ustawę o amnestii, która weszła w życie 23.07.1984 r.⁹¹ Wobec powyższego Sąd Rejonowy 21.08.1984 r. skwapliwie umorzył postępowanie w stosunku do adw. Macieja Bednarkiewicza na podstawie art. 4 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. tej ustawy⁹². Umorzenie tego postępowania było działaniem wbrew woli oskarżonego, albowiem ten domagał się uniewinnienia, a nie umorzenia postępowania na podstawie amnestii⁹³. Jednak władze PRL zabezpieczyły się przed tego typu działaniami osób amnestionowanych poprzez zamieszczenie w ustawie o amnestii przepisu uniemożliwiającego składanie środków odwoławczych osobom, wobec których zastosowano amnestię⁹⁴. W taki sposób władza komunistyczna zamknę-

ła niewygodny dla niej problem toczenia procesów, których przebieg byłby ciężką kompromitacją tzw. ludowego wymiaru sprawiedliwości. Należy nadmienić, że ten sam problem wystąpił w sprawie karnej adw. Władysława Siły-Nowickiego, wobec którego umorzono postępowanie karne dotyczące „Listu otwartego” do gen. Wojciecha Jaruzelskiego. Ten „amnestionowany” próbował nawet wnosić zażalenie na zastosowanie wobec niego przepisów amnestii, ale bezskutecznie. Jego zażalenie nie zostało nawet przyjęte do rozpoznania⁹⁵.

Następstwem postawienia zarzutów karnych adw. Maciejowi Bednarkiewiczowi 11.01.1984 r. było także wszczęcie przeciwko niemu postępowania dyscyplinarnego przez rzecznika dyscyplinarnego NRA 23.01.1984 r. Postanowieniem z 22.12.1987 r. zastępca rzecznika dyscyplinarnego NRA adw. Marek Sowiński umorzył to postępowanie „z uwagi na fakt, iż zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do wniesienia aktu oskarżenia”⁹⁶. Zastępca Rzecznika Dyscyplinarnego zdyskwalifikował materiał procesowy zebrany w kilku sprawach karnych w kontekście zarzutów stawianych obwinionemu adwokatowi (m.in. z akt sprawy Grzegorza Przemyka, akt sprawy „dezertera z ZOMO”, akt sprawy Barbary Sadowskiej) i wydał orzeczenie, które musiało zaszokować władze PRL.

Po wyjściu z aresztu zacieśniły się kontakty adw. Macieja Bednarkiewicza z ks. Jerzym Popiełuszką, prof. Andrzejem Stelmachowskim i prof. Klemensem Szaniawskim⁹⁷.

⁸⁹ *Prasa o adwokaturze*, „Palestra” 1984/7–8, s. 80–81.

⁹⁰ Informacja ustna adw. Jacka Kondrackiego z Warszawy. Adw. Jacek Kondracki podkreślił, że był to jedyny przypadek w jego praktyce zawodowej, żeby czekał pod bramą aresztu na zwalnianego klienta.

⁹¹ Dz.U. z 1984 r. nr 34 poz. 192.

⁹² AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 119.

⁹³ C. Łazarewicz, *Żeby nie było śladów...*, s. 205.

⁹⁴ Art. 11 ust. 2 ustawy o amnestii stanowił, że „od orzeczenia o zastosowaniu amnestii środek odwoławczy przysługuje tylko prokuratorowi”.

⁹⁵ W. Siła-Nowicki, *Wspomnienia i dokumenty...*, s. 196.

⁹⁶ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 121.

⁹⁷ P. Kądziela, *Zawsze niósł pomoc potrzebującym...*

Istotnym elementem życiorysu adw. Macieja Bednarkiewicza była jego aktywność w samorządzie Adwokatury. Już od 1976 r. do końca 1979 r. wykładał prawo cywilne w trakcie szkoleń dla aplikantów adwokackich. W latach 1976–1979 był nadto członkiem Komisji Zawodu Adwokata oraz członkiem Komisji Doskonalenia Zawodowego przy NRA.

W 1981 r. wziął udział w Ogólnopolskim Zjeździe Adwokatury, który odbył się 3–4.01. w Poznaniu. Był jednym z 68 delegatów Izby Adwokackiej w Warszawie⁹⁸. Reprezentował przeważającą wyraźnie na Zjeździe grupę opozycyjną wobec władz PRL.

Następnie podczas I Krajowego Zjazdu Adwokatury, który odbył się – już pod rządami nowego *Prawo o adwokaturze* z 26.05.1982 r. – 1–2.10.1983 r. w Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie, został wybrany na członka NRA (prezesem NRA została wtedy adw. Maria Budzanowska, znana z konsekwentnie antyryzykowej postawy)⁹⁹.

Adwokat Maciej Bednarkiewicz brał udział także w II Krajowym Zjeździe Adwokatury, który odbył się w Warszawie 22–23.11.1986 r. Do NRA jednak wtedy nie kandydował¹⁰⁰.

U schyłku PRL został po raz pierwszy wybrany na stanowisko prezesa NRA. Do wyboru doszło w trakcie III Krajowego Zjazdu Adwokatury, który odbył się 24–

25.11.1989 r. w Warszawie¹⁰¹. Po ogłoszeniu wyników wyborów nowy prezes NRA wyraził uznanie swojemu ojcu – adwokatowi i podkreślił, że to jemu zawdzięcza, iż został adwokatem¹⁰². Ponownie został wybrany na stanowisko prezesa NRA podczas IV Krajowego Zjazdu Adwokatury, odbywającego się w Krakowie 21–22.10.1992 r.¹⁰³

Po zakończeniu drugiej kadencji kandydował ponownie do składu NRA w trakcie V KZA (25–26.11.1995 r.). W efekcie został wybrany członkiem nowej NRA, kierowanej podówczas przez nowego prezesa – adw. Czesława Jaworskiego¹⁰⁴. Wszedł także w skład Prezydium NRA. Ponownie został wybrany członkiem NRA podczas obrad KZA 28–29.11.1998 r. Został wtedy też po raz kolejny członkiem Prezydium NRA¹⁰⁵. Był to okres drugiej kadencji kierowania NRA przez adw. Czesława Jaworskiego.

Członkiem NRA został też na skutek wyborów, które odbyły się w trakcie KZA 24–25.11.2001 r. we Wrocławiu¹⁰⁶. Następny raz – podczas KZA w Warszawie 20–21.11.2004 r.¹⁰⁷ W obu tych kadencjach prezesem NRA był adw. Stanisław Rymar.

Ostatni raz adw. Maciej Bednarkiewicz

⁹⁸ Ogólnopolski Zjazd Adwokatów w Poznaniu w dniach 3 i 4 stycznia 1981 roku, „Palestra” 1981/3–4, s. 213.

⁹⁹ Skład osobowy nowo wybranych organów Adwokatury, „Palestra” 1983/11, s. 85; Sprawozdanie z posiedzenia Naczelnej Rady Adwokackiej odbytego w dniu 11 października 1983 r., „Palestra” 1983/12, s. 100.

¹⁰⁰ II Krajowy Zjazd Adwokatury w Warszawie w dniach 22 i 23 listopada 1986 r., „Palestra” 1987/7–8, s. 332.

¹⁰¹ Skład osobowy nowo powołanych organów adwokatury, „Palestra” 1990/1, s. 77.

¹⁰² „Palestra” 1990/6–7, s. 12.

¹⁰³ Informacja o wyborze Naczelnych Samorządowych władz adwokatury, „Palestra” 1992/11–12, s. 13. Zob. też: C. Jaworski, *Trzy wydarzenia*, „Palestra” 1992/11–12, s. 7.

¹⁰⁴ A. Konopka, *Informacja o wyborze Naczelnych Samorządowych Władz Adwokatury*, „Palestra” 1996/1–2, s. 12.

¹⁰⁵ A. Redzik, *Adwokatura to moja obecność...*, „Palestra” 2014/9, s. 21.

¹⁰⁶ Informacja o wyborze naczelnych władz adwokatury, „Palestra” 2002/1–2, s. 10. Uzyskał podczas tego głosowania 117 głosów.

¹⁰⁷ Informacja o wyborze naczelnych władz adwokatury, „Palestra” 2004/11–12, s. 11.

został wybrany do składu NRA przez KZA obradujący w Gdańsku 19–21.11.2010 r.¹⁰⁸ Był to okres pierwszej kadencji prezesa NRA – adw. Andrzeja Zwary.

Działalność adw. Macieja Bednarkiewicza w samorządzie adwokackim przeplatała się z jego działalnością społeczno-polityczną. W 1989 r. został wybrany na posła do Sejmu X Kadencji z ramienia Klubu Obywatelskiego „Solidarność”, w okręgu wyborczym nr 88 (Skierniewice)¹⁰⁹. Był członkiem Obywatelskiego Klubu Parlamentarnego. Ślubowanie poselskie złożył 4.07.1989 r.¹¹⁰

Wspominał w czerwcu 1990 r., w trakcie rozmowy z adw. Stanisławem Mikke opublikowanej w „Palestrze” 1990/6–7, że zdecydował się kandydować na stanowisko prezesa NRA, ponieważ był przekonany, iż jako poseł na Sejm będzie „mógł robić więcej dla adwokatury”¹¹¹. Dodał, też, że gdyby nie był posłem, to nie kandydowałby na to stanowisko.

I rzeczywiście, jako poseł zajmował się m.in. kwestią nowelizacji ustawy o ustroju adwokatury z 1982 r., która wymagała przeprowadzenia wielu szybkich zmian wobec upadku ustroju realnego socjalizmu. Po dokonaniu prawidłowej oceny, że nie ma szans na szybkie przeprowadzenie tej nowelizacji w drodze projektu rządowego,

„wybraliśmy” – jak wspominał – „drogę inicjatywy poselskiej”¹¹². Kierował więc grupą 16 posłów, która 11.05.1990 r. skierowała do Marszałka Sejmu „projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo o adwokaturze”, popierany przez NRA (druk nr 374)¹¹³. Był to „projekt poselski”, czyli ponadpartyjny i ponadklubowy. Procedowanie nad nowelizacją odbywało się jednak w atmosferze rozgardiaszu, wywołanego nagłą kontrakcją środowiska radców prawnych.

Referując projekt nowelizacji, adw. Maciej Bednarkiewicz podkreślił, że jest on autorstwa samorządu adwokackiego, który rozpoczął nad nim prace w 1989 r. „Powoływane były komisje – dodał – organy samorządowe się na ten temat wypowiedziały, (...) zjazd adwokatury, który odbył się w ubiegłym roku, dał legitymację dla prac nad projektem”. Zapewnił, że „praca nad tym projektem była długotrwała, bardzo rzetelna”. Podkreślił, że samorząd adwokacki jest jedynym, który „wytrzymał próbę czasu. Ten samorząd ma lat 70, nigdy nie został rozwiązany, aczkolwiek w okresie stalinowskim (...) mieliśmy komisaryczny zarząd”. Opowiedział się także za wzmocnieniem tajemnicy adwokackiej, likwidacją zespołów adwokackich i zakazem reklamy adwokackiej¹¹⁴.

Podczas posiedzeń plenarnych Sejmu przejawiał ponadprzeciętną aktywność. W krótkim okresie istnienia Sejmu X kadencji (4.07.1989 r.–25.10.1991 r.) przema-

¹⁰⁸ *Krajowy Zjazd Adwokatury*, „Palestra” 2010/11–12, s. 12.

¹⁰⁹ Obwieszczenie Państwowej Komisji Wyborczej z 8.06.1989 r. o *wynikach głosowania i wynikach wyborów do Sejmu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej przeprowadzonych dnia 4 czerwca 1989 r.*, „Monitor Polski” 1989/21, poz. 149.

¹¹⁰ *Sprawozdanie stenograficzne z 1 posiedzenia Sejmu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w dniach 4 i 5 sierpnia 1989 r.*, Warszawa 1989, l. 8.

¹¹¹ *Musimy przetrwać. Z prezesem Naczelnej Rady Adwokackiej Maciejem Bednarkiewiczem rozmawia Stanisław Mikke*, „Palestra” 1990/6–7, s. 3.

¹¹² *Musimy przetrwać...*, s. 8.

¹¹³ Biblioteka Sejmowa, druk nr 374, s. 1–15 i uzasadnienie s. 1–2.

¹¹⁴ *Sprawozdanie stenograficzne z 41 posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniach 11, 12 i 13 października 1990 r.*, Warszawa 1990, l. 319–34. Por. też fragment skrótovej wersji referatu poselskiego adw. Macieja Bednarkiewicza, *Wystąpienie posła Macieja Bednarkiewicza*, „Palestra” 1990/10, s. 15–16.

wiał 45 razy¹¹⁵. Szczególną uwagę poświęcał sprawom wymiaru sprawiedliwości.

Był ponadto sędzią Trybunału Stanu w kadencjach 1991–1993 oraz 1997–2001. Na pierwszą kadencję wybrany został przez sejm 5.12.1991 r.¹¹⁶, na drugą zaś – 5.11.1997 r.¹¹⁷

24.11.1994 r. otrzymał zgodę Ministra Sprawiedliwości na „indywidualne” wykonywanie zawodu adwokata w Zespole Indywidualnych Kancelarii Adwokackich przy ul. Smolnej 32 w Warszawie¹¹⁸. Od lipca 2007 r. siedziba jego kancelarii mieściła się w Warszawie przy ul. Hożej 70. W późniejszym okresie wykonywał zawód w ramach spółki „Kancelaria Prawna Maciej Bednarkiewicz, Andrzej Wilczyński i Wspólnicy” sp. k. w Warszawie, przy al. Wojska Polskiego 27. Ze spółki tej wystąpił 31.03.2013 r. i prowadził własną kancelarię przy ul. Elektoralnej 14.

Po 1989 r. brał udział, jako pełnomocnik pokrzywdzonych, w ponownych procesach sprawców śmierci Grzegorza Przemyska oraz sprawców masakry w Trójmieście w 1970 r. i masakry w kopalni „Wujek” w 1981 r.

Zasiadał także od 2001 r. w Radzie Kon-

sultacyjnej Centrum Monitoringu Wolności Prasy oraz w radach nadzorczych spółek prawa handlowego.

Silne były związki adw. Macieja Bednarkiewicza z Kościołem katolickim. Był osobą głęboko wierzącą. Okoliczność tę podkreślił adw. Andrzej Rościszewski – dziekan RA w Warszawie w latach 1989–1995 podczas przemówienia w trakcie Mszy św. pogrzebowej.

Adwokat Maciej Bednarkiewicz znał osobiście ks. Jerzego Popiełuszkę, którego uważał za przyjaciela. W trakcie „Mszy za Ojczyznę” 25.03.1984 r. duchowny ten odniósł się wprost do aresztowania z 11.01.1984 r.: „W tym miejscu zawieramy Ci, Matko nasza najlepsza, w sposób szczególnie więzionego mecenasa Bednarkiewicza, którego szlachetność i prawość Ty znasz najlepiej”¹¹⁹. Dodał, nawiązując do sprawy Grzegorza Przemyska, że „Tak bardzo boli niesprawiedliwość, że w tym kraju tak trudno przez cały rok odnaleźć tych, którzy na służbie bili, a tak łatwo stawić w stan oskarżenia obrońców, którzy kroczyli drogą prawdy”¹²⁰.

Adwokat Maciej Bednarkiewicz poznał też osobiście Ojca Świętego Jana Pawła II, w trakcie prywatnej audiencji środowiska adwokackiego w bibliotece papieskiej w listopadzie 1980. O jego silnych związkach z Kościołem katolickim świadczy też fakt, że reprezentował 27.05.1997 r. przed Trybunałem Konstytucyjnym grupę senatorów z Alicją Grześkowiak na czele, wnosząc o zbadanie konstytucyjności przepi-

¹¹⁵ *Skorowidz do sprawozdań stenograficznych z posiedzeń Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej X kadencji od 4.07.1989 do 25.10.1991 r.*, Warszawa 1993, część II: *Skorowidz osobowy*, s. 17–19.

Zob. też *Sprawozdania stenograficzne z następujących posiedzeń Sejmu X kadencji*: 15 (t. 52, 62), 16 (t. 492–493), 24 (t. 122–124, 126), 28 (t. 275, 276), 33 (t. 226–227), 40 (t. 80–81, 98, 99, 100, 101), 76 (t. 271–276, 300–334).

¹¹⁶ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 5.12.1991 r. *w sprawie wyboru Trybunału Stanu*, „Monitor Polski” 1991/45, poz. 314.

¹¹⁷ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 5.11.1997 r. *w sprawie wyboru Trybunału Stanu*, „Monitor Polski” 1997/82, poz. 790.

¹¹⁸ AIAW, akta osobowe adw. Macieja Bednarkiewicza, k. 130.

¹¹⁹ J. Popiełuszko, *Kazania 1982–1984*, wstęp i opracowanie ks. J. Sochoń, Warszawa 1992, s. 147. Por. też: J. Popiełuszko, *Kazania patriotyczne*, Paryż 1984, s. 176. Fakt wspomnienia adw. Macieja Bednarkiewicza w kazaniu z 25.03.1984 r. jest konsekwentnie dostrzegany przez biografów ks. Jerzego Popiełuszki.

¹²⁰ J. Popiełuszko, *Kazania 1982–1984*, s. 147.

sów ustawy z 30.08.1996 r. liberalizującej warunki przerywania ciąży. Jak wspominała Alicja Grzeškowiak, „nie wahał się ani chwili. Był świetnie przygotowany do rozprawy, która odbyła się w maju 1997 r. Miał doskonale wystąpienie i doskonale odpowiadał na pytania Trybunału. Wspólnymi siłami wygraliśmy”¹²¹.

Należał nadto do Związku Polskich Kawalerów Maltańskich, gdzie pełnił funkcję członka Komisji Dyscyplinarnej i Etyki¹²².

¹²¹ E. Steczkowska, *Scenariusz Pana Boga...*

¹²² „Biuletyn Związku Polskich Kawalerów Maltańskich” 2003/8, s. 3.

Wchodził w skład Zarządu Stowarzyszenia „Przymierze Rodzin”¹²³.

Zmarł 11.11.2016 r. Był żonaty – jego żona Ewa jest prezesem Towarzystwa Przyjaciół Fundacji Jana Pawła II. Miał syna Mateusza.

Odznaczono go m.in. Krzyżem Komandorskim Orderu Odrodzenia Polski (2009 r.), Wielką Odznaką „Adwokatura Zasłużonym” oraz Orderem św. Sylwestra.

Wychował kilka pokoleń młodych adwokatów.

Po jego śmierci nekrolog opublikował m.in. Prezydent RP Andrzej Duda.

¹²³ P. Kądziała, *Zawsze niósł pomoc potrzebującym...*

dr Marcin Zaborski

Autor jest adwokatem (ORA w Warszawie).

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Witold Wołodkiewicz

Plus ratio quam vis – universal phrase 9

Włodzimierz Wróbel

The Disciplinary Chamber as exceptional court in sens of regulation
of Art. 175 Polish Constitution 17

Jacek Giezek, Piotr Kardas

The new regulation pertaining to continuous crime both in the Article 12
para 2 of the Criminal Code and in the Article 10a
of the Code of Misdemeanors 36

Łukasz Chojniak

The amendment on the Criminal Procedure Code – some critical remarks
about new proposal 56

Rita Wilk-Formanowicz

New obligation to inform about tax schemes (MDR) 70

Tobiasz Nowakowski

Effect of an incorrectly defined variable interest rate clause on the validity
of the loan agreement granted in Swiss franc 85

Paweł Lewandowski

On the definition of entrepreneur and business activity after
the entry into force of the Entrepreneurs Act 94

Michał Sitowski

Revaluation of annual fee for perpetual usufruct. Selected issues from judicial
phase of the procedure 106

Marcin Tollik

The ambiguous effects of Article 14 of the Act dated July 20th 2018
on the transformation of perpetual usufruct rights (leasehold use
of real-estate properties erected on land owned by the State Treasury)
into ownership rights 117

Paulina Witczak-Bruś

Agreement for brith of baby surrogate moterhood as a problem conterporary
legislator 124

GLOSSES*Paweł Daniluk*

- Covering the scope of art. 218 § 1a k.k. only employees who are employees within the meaning of the Labor Code – gloss to the resolution of the Supreme Court of 20.09.2018 (I KZP 5/18) 135

Konrad Zawodziński

- Application for interim measures in the case from the European Commission's complaint regarding the Białowieża Forest – a commentary to the order of the Court of Justice of the European Union of 20.11.2017, C-441/17 R Commission v. Poland 143

LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS*Ewa Stawicka*

- Does the creditor who has been authorized by the debtor in order to secure fulfillment of the conditions binding their contract, in the case of using this power of attorney, is obliged to protect the debtor's interest? 154

PAGES OF HISTORY*Lukasz Dembski*

- The concept of "The Polish-German Community of Interests" by Krzysztof Skubiszewski, as an important aspect in the formation of Polish-German reconciliation 157

RECENT CASE-LAW*Marek Antoni Nowicki*

- Review of the case-law of European Court of Human Rights (October – December 2018) 173

Michał Jackowski, Łukasz Lewandowski

- Review of the case-law of Constitutional Tribunal (October 2018 – January 2019) 183

ROAD ACCIDENTS*Wojciech Kotowski*

- Is the cassation in favor justified? 189

REVIEWS*Katarzyna Mróz*

- Review: Stalking, Marek Mozgawa ed., Wolters Kluwer, Warsaw 2018 194

COLUMNS OF MEMORY*Marcin Zaborski*

- Maciej Bednarkiewicz (1940–2016) 205

W numerze między innymi:

WITOLD WOŁODKIEWICZ

Plus ratio quam vis – sentencja uniwersalna

WŁODZIMIERZ WRÓBEL

Izba Dyscyplinarna jako sąd wyjątkowy
w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji RP

JACEK GIEZEK, PIOTR KARDAS

Nowe uregulowania ciągłości popełnienia
przestępstwa i wykroczenia (art. 12 § 2 k.k. i art. 10a k.w.)

ŁUKASZ CHOJNIAK

Postulat nowelizacji Kodeksu postępowania karnego
– krytycznie o niektórych proponowanych zmianach

RITA WILK-FORMANOWICZ

Nowy obowiązek informowania
o schematach podatkowych (MDR)

TOBIASZ NOWAKOWSKI

Wpływ nieprawidłowo określonej klauzuli
zmiennego oprocentowania na skuteczność
umowy kredytu udzielonego we franku szwajcarskim

MICHAŁ SIWOWSKI

Aktualizacja opłaty rocznej z tytułu
użytkowania wieczystego – wybrane zagadnienia
praktyczne sądowego etapu postępowania