rocznik 2020

e-PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

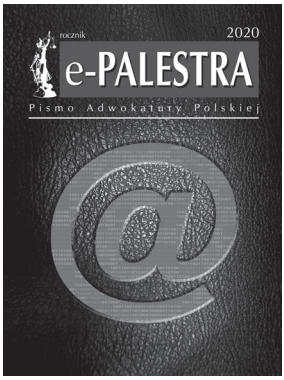
rocznik 2020

e-PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

Naczelna Rada Adwokacka

WYDAWCA – NACZELNA RADA ADWOKACKA W WARSZAWIE (POLSKA)
PUBLISHER – POLISH BAR COUNCIL



„e-Palestra" to prawniczy rocznik wydawany w formie papierowej oraz elektronicznej.

Publikacje w „e-Palestrze" to naukowe merytoryczne artykuły prawnicze pisane przez praktyków dla praktyków, przydatne w stosowaniu prawa i działalności zawodowej. Publikacja w wersji elektronicznej „e-Palestry" (po pozytywnych recenzjach, uwzględnieniu ewentualnych poprawek i sugestii recenzentów) daje przede wszystkim możliwości znacznie szybszego ukazania się aktualnych artykułów ważnych dla środowiska. Następnie wszystkie publikacje, które ukazały się na stronie https://palestra.pl/pl/e-palestra/wszystkie/1 ukazują się również w postaci papierowego rocznika.

„e-Palestra" daje też możliwość opublikowania ważnych dla środowiska i nauk prawnych artykułów objętościowo przekraczających standardową objętość tekstów publikowanych w periodykach papierowych, natychmiastowe dotarcie z własnymi poglądami i opiniami do szerokiego grona Czytelników oraz zainicjowanie dyskusji na aktualne tematy i problemy związane z praktyką stosowania prawa, a także możliwość zdobywania punktów szkoleniowych.

Wszystkie artykuły w „e-Palestrze" podlegają procesowi recenzji typowemu dla czasopism naukowych i tożsamego z tym, który funkcjonuje w miesięczniku „Palestra".

Szczegółowe informacje dla autorów znajdują się na stronie https://palestra.pl/pl/informacje-dla-autorow.

foto na okładce: freeimages.com

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.: 25. Nakład:400 egz.

Redaktor naczelny/Editor-in-Chief:
Maciej Gutowski

Sekretarz redakcji/Managing editor:
Klaudiusz Kaleta

Redaktorzy języka angielskiego/ English language editors:
Grzegorz Grątkowski
Anna Setkowicz

Prezydium Kolegium Redakcyjnego/ Editorial Board Presidium:
Piotr Kardas
(przewodniczący/chairman)
Jacek Giezek
(wiceprzewodniczący/vice-chairman)
Maciej Łaszczuk
(wiceprzewodniczący/vice-chairman)

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

Spis treści

Prawo ustrojowe

Włodzimierz Wróbel
Konstytucyjna kompetencja Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego do przedstawienia Prezydentowi kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego 7

Piotr Kardas
Instytucjonalne gwarancje niezależności prawników jako podstawa rządów prawa 23

Piotr Uziębło
Jak nie stanowić prawa, czyli uwagi na marginesie procesu uchwalania ustawy z 6.04.2020 r. o szczególnych zasadach przeprowadzania wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. 60

Piotr Kardas
The importance of the request for a preliminary ruling of the Warsaw Bar Association Disciplinary Court for the protection of lawyers' independence – some remarks as a side note on the application of 4 February 2020 for a preliminary ruling (case C-55/20) 73

Michał Mistygacz, Wojciech Sitek
Skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na orzeczenie Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego 84

Prawo cywilne

Agnieszka Haładyj-Janota
Odpowiedzialność majątkowa członków zarządu spółki akcyjnej względem jej wierzycieli w wypadku zaistnienia stanu niewypłacalności 106

Marek Kułak
Przeprowadzenie walnego zgromadzenia członków spółdzielni w czasach epidemii COVID-19 123

Przemysław Mańke
Brak obowiązku doręczenia odpisu pisma procesowego zawierającego rozszerzenie powództwa – glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 11.12.2020 r. (III CZP 31/18) 140

Ewa Stawicka
Znowelizowane przepisy Kodeksu postępowania cywilnego – poszerzone pole aktywności arbitrażu 156

Prawo gospodarcze

Łukasz Błaszczuk
Wpływ epidemii wirusa SARS-CoV-2 na obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w czasie właściwym i odpowiedzialność za jego naruszenie 162

Justyna Michalak-Królicka
Transpozycja przepisów dyrektywy ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej do polskiego porządku prawnego w aspekcie swobody dostarczania sieci i świadczenia usług łączności elektronicznej ... 171

Ewa Weinar
Nakładanie kar pieniężnych na osoby zarządzające za naruszenie prawa konkurencji – pierwsza decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 190

Prawo karne

Jan Kluza
Zawieszenie terminów przedawnienia karalności czynów zabronionych w czasie pandemii koronawirusa 199

Konrad Lipiński
Obowiązek zastosowania skutecznego środka zapobiegawczego, czyli o (braku) zawartości normatywnej art. 258a k.p.k. 208

Krystyna Patora
„Dowszczęcie" – nowa instytucja procesowa 220

Paweł Grzesiak
Wykonywanie kary pozbawienia wolności w czasie pandemii COVID-19 – uwagi dogmatycznoprawne i socjologicznoprawne 238

Małgorzata Szeroczyńska
Racjonalność ustawodawcy a wyrywkowe zmiany przepisów karnych – wybrane przykłady 256

Zagadnienia interdyscyplinarne

Maciej Gutowski, Piotr Kardas
Epidemia a digitalizacja działalności prawniczej – czyli o pożytkach i szkodach przyspieszonej cyfryzacji polskiego wymiaru sprawiedliwości 270

Piotr Kardas
Threats to the Rule of Law in Poland in the context of the developments following the publication "European Commission 2020 Report of Rule of Law. The rule of law situation in the European Union". Appendix to 2020 Rule of Law Report 297

Felietony

Maciej Gutowski, Piotr Kardas
O pożytkach i szkodach wynikających z pokazowego wykorzystywania wobec sędziów i adwokatów środków przymusu procesowego 318

Przed Zjazdem

Maciej Gutowski
Adwokatura XXI wieku: kompetentna i nowoczesna
Nasz zawód, nasz samorząd, nasz wizerunek
Wyzwolić energię i siłę Adwokatury 327

Wykłady wideo

Indeks i abstrakty wykładów wideo (w języku polskim) 338

Indeks i abstrakty wykładów wideo (w języku angielskim) 356

Table of contents 366

Lista recenzentów rocznika „e-Palestra"

Rafał Adamus, Zbigniew Banaszczyk, Michał Barański, Radosław Baszuk, Marek Bielski, Łukasz Błaszczak, Paweł Borszowski, Paweł Daniluk, Andrzej Dziadzio, Monika Florczak-Wątor, Jacek Giezek, Waldemar Gujski, Maciej Gutowski, Ewa Habryn-Chojnacka, Wojciech Hermeliński, Aleksander Herzog, Aleksander Kappes, Piotr Kardas, Hanna Knysiak-Sudyka, Tomasz T. Koncewicz, Wojciech Kotowski, Rafał Kubiak, Franciszek Longschamps de Berie, Maciej Łaszczuk, Jarosław Majewski, Ryszard Markiewicz, Elwira Marszałkowska-Krześ, Maciej Mataczyński, Marcin Matczak, Jacek Mazurkiewicz, Andrzej Mączyński, Marek Michalski, Wojciech Morawski, Marek Antoni Nowicki, Adam Olejniczak, Lech K. Paprzycki, Krzysztof Pietrzykowski, Tomasz Pietrzykowski, Jerzy Pisuliński, Łukasz Pohl, Justyna Przedańska, Janusz Raglewski, Sebastian Samol, Wojciech Sawczyn, Tomasz Siemiątkowski, Rafał Sikorski, Jerzy Skorupka, Tomasz Sójka, Ewa Stawicka, Sławomir Steinborn, Robert Suwaj, Bartłomiej Swaczyna, Marek Szydło, Krzysztof Ślebzak, Andrzej Światłowski, Andrzej Tomaszek, Piotr Tuleja, Piotr Uziębło, Paweł Wiliński, Witold Wołodkiewicz, Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz, Stanisław Zabłocki, Jerzy Zajadło, Wojciech Zalewski, Robert Zawłocki, Mariusz Zelek, Jan Zimmermann, Fryderyk Zoll

Pojęcia kluczowe: *Sąd Najwyższy, Konstytucja, Prezydent, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego*

e-PALESTRA
8/2020

Włodzimierz Wróbel

KONSTYTUCYJNA KOMPETENCJA ZGROMADZENIA OGÓLNEGO SĘDZIÓW SĄDU NAJWYŻSZEGO DO PRZEDSTAWIENIA PREZYDENTOWI KANDYDATÓW NA STANOWISKO PIERWSZEGO PREZESA SĄDU NAJWYŻSZEGO

Artykuł analizuje konstytucyjną kompetencję Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego do przedstawiania Prezydentowi kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Kompetencję tę Zgromadzenie Ogólne realizuje w formie uchwały podejmowanej większością głosów przez członków Zgromadzenia. Ma ona odrębny charakter od wyboru przez członków Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego osób kandydujących na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego.

1. Zgodnie z art. 183 ust. 3 Konstytucji[1], „Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego powołuje Prezydent Rzeczypospolitej na sześcioletnią kadencję spośród kandydatów przedstawionych przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego". Przepis ten jest jednoznaczny w swojej treści. Prezydent może powołać na stanowisko Pierwszego Prezesa SN tylko taką osobę, która została „przedstawiona" jako kandydat na to stanowisko przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego.

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

Zgromadzenie Ogólne jest organem kolegialnym, w skład którego wchodzą wszyscy sędziowie Sądu Najwyższego w rozumieniu konstytucyjnym. Organ kolegialny musi „przedstawić" kandydatów, co może zrobić wyłącznie w formie, w której w ogóle może wypowiadać się organ kolegialny – a więc w postaci decyzji, w podjęciu której uczestniczą wszyscy członkowie danego organu. Jeżeli decyzja ta nie jest podjęta przez aklamację (jednogłośnie), wówczas musi dojść do głosowania. Decyzją organu kolegialnego jest w tym przypadku stanowisko, które uzyskało poparcie większości. Trudno wyjaśnić, jak inaczej można byłoby rozumieć termin „Zgromadzenie Ogólne przedstawia" – nie chodzi przecież o konwenanse towarzyskie i zapoznawanie Prezydenta z kandydatami[2].

Na poziomie konstytucyjnym kwestia jest więc oczywista, podobnie jak oczywiste są inne przepisy dotyczące czynności podejmowanych przez organy kolegialne. Gdy art. 187 ust. 1 pkt 3 Konstytucji mówi o wybraniu przez Sejm czterech członków Krajowej Rady Sądownictwa spośród posłów, to nie ulega wątpliwości, że wszyscy czterej muszą uzyskać poparcie większości sejmowej. Nie ma także wątpliwości, że gdy organ kolegialny ma kompetencje do wykonania określonej czynności, to czynność ta wykonywana jest w formie zajęcia określonego stanowiska w trybie głosowania. Formą, jaką przyjmuje to stanowisko, jest najczęściej „uchwała".

Można spotkać się z twierdzeniem, że skoro ustawa o Sądzie Najwyższym[3] w art. 13 wprost nie mówi o tym, że konieczne jest podjęcie przez Sąd Najwyższy uchwały o przedstawieniu Prezydentowi określonych kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, to w takim razie brak jest podstawy prawnej do podejmowania takiej uchwały. Jednak ci, którzy takie twierdzenie formułują, robią to albo w złej wierze, albo wykazują się nieznajomością treści ustawy o Sądzie Najwyższym. To, że organ kolegialny, jakim jest Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego, wyraża swoje stanowisko w formie uchwał, jest rzeczą oczywistą, co znajduje swoje potwierdzenie w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o SN, który wskazuje, że do kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego należy m.in. podejmowanie „uchwał w innych ważnych sprawach dotyczących Sądu Najwyższego". Oznacza to, że realizacja wcześniej wymienionych w tym samym przepisie kompetencji także musi być dokonywana w formie uchwały. Taką np. kompetencją jest przyjęcie przez Zgromadzenie Ogólne informacji o działalności Sądu Najwyższego oraz stwierdzonych w związku z nią istotnych problemach, w tym wynikających z orzecznictwa, którą to informację rokrocznie Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego zobowiązany jest przedstawić Sejmowi i Senatowi, Prezydentowi oraz Krajowej

[2] Nawet zresztą i w takim przypadku, gdyby doszło do różnicy zdań, w głosowaniu wszystkich członków Zgromadzenia Ogólnego należałoby zadecydować, kogo takie towarzyskie „zaprezentowanie" miałoby dotyczyć.

[3] Ustawa z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2019 r. poz. 825 ze zm.), dalej ustawa o SN.

Radzie Sądownictwa. Nigdzie nie ma szczególnego przepisu, który by wprost wskazywał, że to „przyjęcie informacji" następuje w drodze odrębnej uchwały głosowanej na forum Zgromadzenia Ogólnego. Podjęcie takiej uchwały jest czymś oczywistym – jak bowiem inaczej Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego miałoby wykonać zapisaną w art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy o SN kompetencję do „przyjęcia informacji", której projekt przedstawia Zgromadzeniu Ogólnemu Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego? Wymaganie odrębnego przepisu, kazuistycznie stwierdzającego, że dana kompetencja wykonywana jest w drodze podjęcia uchwały, w sytuacji gdy w sposób generalny wskazano, że Zgromadzenie Ogólne swoje kompetencje w ten właśnie sposób wykonuje (bo nie ma innego sposobu), pomija podstawowe zasady wykładni prawa.

Ponadto art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o SN zawiera jednoznaczną regulację dotyczącą kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego do wskazywania kandydatów na Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Przepis ten stwierdza, że „do kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego należy:

1) dokonywanie wyboru 5 kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego oraz przedstawianie ich Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej (...)".

Już zatem na pierwszy rzut oka widać, że kwestie wskazania kandydatów na Pierwszego Prezesa SN nie są regulowane wyłącznie w art. 13 oraz 13a ustawy o SN[4]. Podstawową regulację w tym zakresie zawiera art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o SN. Z tego, że w art. 13 (i 13a) ustawy o SN nie wspomina się o konieczności podjęcia przez Zgromadzenie Ogólne uchwały w przedmiocie przedstawienia Prezydentowi kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa SN, nie można wyprowadzać odmiennego wniosku, ponieważ przepisy te nie stanowią zamkniętego i kompletnego zespołu regulacji ustawowych dotyczących tej kompetencji Zgromadzenia Ogólnego. Próba takiej interpretacji jest nie tylko sprzeczna z jednoznaczną treścią art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o SN, ale ponadto musiałaby prowadzić do wykładni w sposób rażący naruszającej Konstytucję, w szczególności wspomniany już art. 183 ust. 3 Konstytucji, który również w sposób jednoznaczny wskazuje na konieczność przedstawienia Prezydentowi kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa SN przez Zgromadzenie Ogólne (a nie przez grupę członków Zgromadzenia Ogólnego czy przez Przewodniczącego Zgromadzenia Ogólnego[5]).

[4] K. Mamak, Sz. Tarapata, *Pierwszego Prezesa SN musi poprzeć większość sędziów*, GazetaPrawna.pl, https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1477573 (dostęp: 19.05.2020 r.).

[5] Charakterystyczne, że w pracach Komisji Konstytucyjnej pojawiał się wątek możliwości zgłaszania kandydatur na stanowiska prezesów najwyższych organów sądowych przez grupy sędziów danego sądu. Rozwiązanie to jednak jednoznacznie odrzucono – por. wypowiedź prof. Piotra

Należy mieć też na względzie, że ustawa o Sądzie Najwyższym nie reguluje w żadnym zakresie kompetencji Prezydenta do powołania określonej osoby na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Nie ma też żadnej innej regulacji ustawowej dotyczącej tej kwestii. Prezydent działa więc wyłącznie na podstawie art. 183 ust. 3 Konstytucji. I ten przepis autonomicznie określa warunki skorzystania z owej kompetencji. Podstawowym warunkiem jest „przedstawienie Prezydentowi kandydatów przez Zgromadzenie Ogólne". Nawet więc gdyby ustawa o Sądzie Najwyższym milczała na temat takiej kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego, to sama Konstytucja, która w tym przypadku ma bezpośrednie zastosowanie, kompetencję taką by ustanawiała.

2. Artykuły 13 i 13a ustawy o SN zawierają wiele szczegółowych uregulowań dotyczących procedury zrealizowania konstytucyjnej kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego oraz ustawowej kompetencji tego Zgromadzenia polegającej na „wyborze 5 kandydatów" na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego (art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o SN *in principio*). Niezależnie od intencji, jakie być może przyświecały większości parlamentarnej uchwalającej te regulacje, wynika z nich jedynie to, że osobami wybranymi przez Zgromadzenie Ogólne nie są wszyscy kandydaci, na których oddano głosy, ale wyłącznie tych pięciu, którzy mieli największą liczbę głosów. W stosunku do tej piątki Zgromadzenie Ogólne musi się następnie wypowiedzieć, czy akceptuje ich przedstawienie Prezydentowi.

Co do samego głosowania, art. 13 § 5 ustawy o SN stanowi, że każdy sędzia uczestniczący w tym głosowaniu ma jeden głos. Regulacja ta jest dość oczywista, bowiem na Zgromadzeniu Ogólnym nikt nie jest posiadaczem złotej akcji. Na pewno więc regulacja ta przesądza, że w przypadku równości głosów, także Przewodniczący nie ma szczególnej pozycji i także on nie może przesądzać wyników głosowania. Istota problemu sprowadza się więc do tego, co jest przedmiotem owego jednego głosu.

Wybór 5 kandydatów, którzy następnie mają uzyskać poparcie większości Zgromadzenia Ogólnego, może być dokonywany w różny sposób. Można w ten sposób badać siłę poparcia poszczególnych kandydatów przez członków Zgromadzenia – wtedy głosuje się tylko na jednego kandydata. Można próbować od razu wskazać tę piątkę kandydatów, którą skłonne byłoby następnie zaakceptować całe Zgromadzenie Ogólne – wówczas głosując, każdy członek Zgromadzenia powinien wskazać od razu pięciu kandydatów, których popiera. Z oczywistych względów ten ostatni sposób głosowania jest najbardziej efektywny

Winczorka, który wskazywał, że „wątpliwość dotyczyła tego, czy kandydatów mogą zgłaszać poszczególni sędziowie. W wersji podkomisji proponujemy, by była to decyzja zbiorowa (...) (Poseł Marek Mazurkiewicz) (...) ciała kolegialnego, jakim jest Zgromadzenie Ogólne Sędziów Trybunału Konstytucyjnego". I tę właśnie propozycję przegłosowano, „Biuletyn KKZN" nr XLI, s. 51.

w celu wyłonienia kandydatów, którzy znajdą następnie poparcie większości. W przeciwnym razie na liście 5 „wybranych" kandydatów mogą znaleźć się też tacy, którzy mają tylko kilka głosów członków Zgromadzenia Ogólnego, co może doprowadzić do tego, że ostatecznie nie zostaną przez to Zgromadzenie przedstawieni Prezydentowi i całą procedurę trzeba będzie rozpocząć od początku.

Jak wspomniano, ustawa nie rozstrzyga, w jaki sposób odbędzie się głosowanie przy wyborze 5 kandydatów. Kwestia ta natomiast została uregulowana w rozporządzeniu Prezydenta z 29.03.2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego[6]. Regulamin ten zawiera rozdział 3 zatytułowany „Szczegółowy tryb wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego". Istnienie tego rozdziału jest samo w sobie zaskakujące, bowiem rozporządzenie Prezydenta zostało wydane na podstawie art. 4 ustawy o Sądzie Najwyższym. Przepis ten stanowi, że „Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, po zasięgnięciu opinii Kolegium Sądu Najwyższego, określi, w drodze rozporządzenia, regulamin Sądu Najwyższego, w którym ustali liczbę stanowisk sędziego Sądu Najwyższego nie mniejszą niż 120, w tym ich liczbę w poszczególnych izbach, wewnętrzną organizację Sądu Najwyższego, zasady wewnętrznego postępowania oraz szczegółowy zakres i sposób wykonywania czynności przez asystentów sędziego, biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia sprawnego funkcjonowania Sądu Najwyższego, jego izb i organów, specyfikę postępowań prowadzonych przed Sądem Najwyższym, w tym postępowań dyscyplinarnych, oraz liczbę i rodzaj rozpoznawanych spraw".

W żadnym zakresie przepis ten nie daje Prezydentowi kompetencji do regulowania działań konstytucyjnego organu, jakim – zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego – jest Zgromadzenie Ogólne Sędziów SN wskazujące kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego[7]. Sąd Najwyższy (podobnie jak Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego) to inny organ konstytucyjny niż Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego, o którym mowa w art. 183 ust. 3 Konstytucji. Równie dobrze Prezydent mógłby w Regulaminie Sądu Najwyższego uregulować np. kwestie wyboru Przewodniczącego Krajowej Rady Sądownictwa, czy też wyboru Prezesa Trybunału Konstytucyjnego. Niezależnie od tego, także szczegółowa treść art. 4 ustawy o SN nie daje żadnych podstaw upoważniających Prezydenta do uregulowania w tym akcie prawnym procedury wyłaniania kandydatów na Pierwszego Prezesa SN. Nie jest to bowiem ani „wewnętrzna organizacja Sądu Najwyższego", ani „zasady wewnętrznego postępowania", ani nic innego ze spraw wskazanych w art. 4 ustawy o SN. Prezydent w swoim rozporządzeniu wykroczył więc

[6] Rozporządzenie Prezydenta z 29.03.2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego (Dz.U. z 2018 r. poz. 660 ze zm.).

[7] Por. wyrok TK z 4.12.2012 r. (U 3/11), OTK-A 2012/11, poz. 13, pkt 2.2.5–2.2.6; stanowisko TK z 24.10.2017 r. (K 3/17), OTK-A z 2017 r., poz. 68, pkt 4.2.1 i 4.2.4.

w sposób jaskrawy poza granice upoważnienia ustawowego, co zresztą sam przyznał w treści owego Regulaminu: pierwszy bowiem przepis w rozdziale 3, który miałby regulować szczegółowo zasady wyboru kandydatów na Pierwszego Prezesa SN, stwierdza, że „§ 8. Zasady i tryb wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego określa ustawa".

Powstaje w związku z tym pytanie, czego dotyczy kolejnych sześć przepisów tego rozdziału, które bynajmniej nie stanowią po prostu powtórzenia przepisów ustawowych?

Wśród tych przepisów Regulaminu SN, ustanowionych bez podstawy ustawowej, czyli w istocie „bez żadnego trybu", jest paragraf 14 ust. 2, zgodnie z którym „głos jest nieważny, jeżeli głosujący oddał głos na więcej niż jednego kandydata, nie oddał głosu na żadnego kandydata lub użył do zakreślenia innego znaku graficznego niż wymieniony w ust. 1".

Kluczowa jest pierwsza część tej regulacji, która sugeruje, że nie jest dopuszczalne przy głosowaniu na kandydatów, którzy mieliby zostać przedstawieni przez Zgromadzenie Ogólne Prezydentowi, zakreślenie więcej niż jednej osoby. Przepis ten ewidentnie sugeruje, że proces wyborczy powinien doprowadzić do sytuacji, w której także osoby niemające poparcia większości Zgromadzenia Ogólnego mogłyby się znaleźć w finalnej piątce osób z największą liczbą głosów. Oczywiście zabieg ten może co najwyżej doprowadzić do dysfunkcji w fazie wyłonienia owej piątki kandydatów, bo samo głosowanie nie jest w stanie zastąpić uchwały Zgromadzenia Ogólnego. Regulacja zawarta w § 14 ust. 2 Regulaminu SN nie jest wszakże dla Zgromadzenia Ogólnego obowiązująca[8].

Należy przy tym pamiętać, że stworzone dla Prezydenta w art. 4 ustawy o SN upoważnienie do wydania „Regulaminu Sądu Najwyższego" nie jest wymienione wśród konstytucyjnych kompetencji Prezydenta. Skorzystanie z tego upoważnienia wymaga więc kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów. Oznacza to ostatecznie, że organ władzy wykonawczej o charakterze czysto politycznym, jakim jest Prezes Rady Ministrów, w istocie otrzymał kompetencję do wkraczania w sferę wewnętrzną Sądu Najwyższego. Także z tego powodu należy tym bardziej odrzucić wszelką możliwość określania w tym Regulaminie wiążących zasad odnoszących się do konstytucyjnej kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego wyboru przedstawienia Prezydentowi kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa SN.

[8] Podobnie kuriozalny jest przepis § 10 ust. 2 Regulaminu SN, zgodnie z którym „z urzędu" przewodniczącym komisji skrutacyjnej Zgromadzenia Ogólnego przeprowadzającej proces głosowania na kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa SN jest Prezes Izby Dyscyplinarnej. Równie dobrze Prezydent mógłby od razu z nazwiska wskazać osoby, które powinny przeprowadzać to głosowanie. Komisja skrutacyjna jest wewnętrznym organem Zgromadzenia Ogólnego i wszyscy jej członkowie muszą mieć zaufanie do tego organu. Dlatego członkowie komisji muszą zostać wybrani w drodze głosowania przez to właśnie Zgromadzenie, a nie być narzuceni z zewnątrz.

Niezależnie od powyższych zastrzeżeń należy także podnieść kwestię w istocie fundamentalną, a więc generalną dopuszczalność wydawania przez Prezydenta (we współdziałaniu z Prezesem Rady Ministrów) Regulaminu Sądu Najwyższego, który miałby stanowić akt wewnętrzny określający sposób funkcjonowania tego sądu. Kwestia ta już wiele lat temu była wyjaśniana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku z 19.10.2010 r. (K 37/09) TK wskazał, że dopuszczalność wydawania przez organ państwowy aktów o charakterze wewnętrznym określających sposób funkcjonowania innego organu warunkowana jest istnieniem między tymi organami relacji podległości. W wyroku tym – uznając, że brak jest takiej relacji między Rzecznikiem Praw Obywatelskich a Sejmem – Trybunał Konstytucyjny stwierdził sprzeczność z Konstytucją ustawowego upoważnienia do nadawania statutu Biura przez Marszałka Sejmu[9]. Zawartą w tym wyroku zasadę wprost można zastosować do relacji zachodzącej między Prezydentem czy Prezesem Rady Ministrów a Sądem Najwyższym. W żadnym przypadku nie jest to relacja podległości. Wyrażone więc w art. 4 ustawy o SN upoważnienie ustawowe dla Prezydenta do wydania Regulaminu Sądu Najwyższego jest sprzeczne z Konstytucją.

3. Regulacje konstytucyjne dotyczące powoływania takich organów jak Prezesi wskazanych w Konstytucji organów władzy sądowniczej: Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego czy też Trybunału Konstytucyjnego, nie mają charakteru czysto technicznego. Wynika to z tego, że prezesi owych organów, poza funkcjami czysto administracyjnymi i reprezentacyjnymi, pełnią także istotne funkcje z zakresu wymiaru sprawiedliwości – od wyznaczania składów czy przewodniczenia tym składom orzekającym, decydowania o właściwości określonych składów (izb, wydziałów), wpływania na stosunek służbowy sędziego orzekającego w danym sądzie, co bezpośrednio przekłada się na gwarancje niezawisłości w sferze orzekania, po wykonywanie funkcji jurysdykcyjnych, tak jak w przypadku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, który na mocy Konstytucji przewodniczy Trybunałowi Stanu. Musi to oznaczać wprowadzenie określonych gwarancji, które zapobiegałyby podporządkowaniu

[9] Art. 210 Konstytucji statuuje *expressis verbis* zasady niezawisłości i niezależności Rzecznika i – jak już wspomniano wyżej – nie można się w nim doszukiwać podstaw twierdzenia o jakiejkolwiek podległości Rzecznika względem Sejmu. W kontekście ustaleń, dokonanych w pkt 4 uzasadnienia, trzeba zwrócić uwagę, że niezależność Rzecznika ma zasadnicze znaczenie ustrojowe, wszakże w codziennej praktyce jego funkcjonowania musi być rozpatrywana głównie w aspekcie organizacyjnym i funkcjonalnym. Skoro Rzecznik jest organem niezależnym, a na należyte wykonywanie przez niego obowiązków zasadniczy wpływ ma istnienie i właściwa organizacja fachowego zaplecza, to uznać trzeba, że to właśnie sam Rzecznik powinien dysponować szeroką swobodą (co nie musi oznaczać dowolności) ukształtowania struktury oraz trybu pracy podległego mu aparatu urzędniczego. Nie ulega kwestii, że konstytucyjnie zadekretowana niezależność Rzecznika zakazuje ustawodawcy ustanawiania takich więzów strukturalnych i funkcjonalnych, które mogłyby uzależnić Rzecznika od innych organów władzy publicznej.

i upolitycznieniu osób sprawujących funkcje prezesów sądów i trybunałów wskazanych w Konstytucji. Takim podstawowym mechanizmem jest podzielenie kompetencji przy powołaniu na stanowisko Prezesa (Pierwszego Prezesa) pomiędzy Prezydenta oraz Zgromadzenie Ogólne sędziów danego sądu (trybunału). Osoba, która ma pełnić tę funkcję, musi znaleźć akceptację tego Zgromadzenia, co ma zapobiec upolitycznianiu sądów przez wprowadzanie do nich partyjnych nominatów, przychylnych aktualnej większości parlamentarnej lub opcji politycznej reprezentowanej przez Prezydenta. Z drugiej strony Prezydent otrzymuje wybór spośród przedstawionych mu kandydatów. Gdyby przez manipulacje regulacjami ustawowymi lub podustawowymi miało dojść do sytuacji, w której bez zgody Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego Prezydent mógłby mianować na stanowisko Pierwszego Sądu Najwyższego dowolną osobę, na którą głosowała jakaś mniejszościowa grupka członków Zgromadzenia Ogólnego, to wówczas art. 183 ust. 3 Konstytucji (a także art. 194 ust. 2 czy 185 Konstytucji) nie miałby żadnego sensu.

W ostatnich latach kwestia wykładni konstytucyjnych przepisów, o których wyżej była mowa, stała się przedmiotem orzeczeń wydawanych przez Trybunał Konstytucyjny. Powodem były wątpliwości co do procedowania w przedmiocie przedstawiania Prezydentowi kandydatów na najwyższe funkcje sądowe, których wcześniej nie było z uwagi na brak kontrowersji w łonie poszczególnych Zgromadzeń Ogólnych sędziów, wskazanych w Konstytucji, co do kandydatów przedstawianych ostatecznie Prezydentowi. W wyroku z 7.11.2016 r. (K 44/16) TK wskazał, że procedura wyłaniania kandydatów na stanowisko Prezesa TK jest wielostopniowa (wybór, następnie przedstawienie), a samo przedstawienie kandydatów ma nastąpić w drodze uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego, która – co oczywiste – zapaść ma większością głosów. Warto w tym miejscu *in extenso* przytoczyć rozważania Trybunału Konstytucyjnego, wyznaczają one bowiem podstawowy standard konstytucyjnych kompetencji Zgromadzenia Ogólnego sędziów najwyższych organów sądowych mających charakter organów konstytucyjnych.

„(...) aktywność głowy państwa ma stanowić odpowiedź na wcześniejsze rozstrzygnięcie wewnątrz Trybunału Konstytucyjnego dotyczące kandydatów na te funkcje. Ustawodawca (...) nie może jednak (...) działaniem przekraczać ram określonych w samej Konstytucji, która wyłanianie kandydatur – a więc decydowanie o tym, z jakiego grona osób może być powołany Prezes i Wiceprezes TK – pozostawia Zgromadzeniu Ogólnemu TK. Do Zgromadzenia należy zatem wskazanie kandydatów i tylko z ich grona Prezydent ma możliwość wyboru. (...) niedopuszczalne byłoby takie ukształtowanie omawianej procedury na poziomie ustawowym, która sprowadzałaby rolę Zgromadzenia Ogólnego wyłącznie do uporządkowania czy pogrupowania proponowanych kandydatur według poparcia, jakie uzyskali na etapie procedury przeprowadzonej

w Trybunale. Niedopuszczalne byłoby również takie poszerzenie dopuszczalnej liczby kandydatów, które oznaczałoby faktyczne przekazanie Prezydentowi całościowego i samodzielnego rozstrzygania w kwestii obsady funkcji Prezesa lub Wiceprezesa TK, bez praktycznego uwzględniania wypowiedzi i stanowiska Zgromadzenia Ogólnego w tej sprawie (wyrok w sprawie K 34/15, pkt III.4.3.).

Zgromadzenie Ogólne Sędziów Trybunału Konstytucyjnego (zob. *mutatis mutandis* wyrok TK z 4.12.2012 r. w sprawie U 3/11) ze swej istoty nie jest ograniczone terytorialnie i nie ma charakteru lokalnego. Jego utworzenie jest obligatoryjne. Konstytucja określa także wyczerpująco jego skład oraz w sposób pośredni granice kompetencji – przez sformułowanie kompetencji samego Trybunału oraz kompetencji Prezydenta. Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK jest przy tym upoważnione, by normami generalnymi i abstrakcyjnymi uregulować swą działalność w sposób zgodny z przepisami konstytucyjnymi i ustawowymi. Ustawodawca może przyznać Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów TK – *explicite* albo *implicite* – swobodę określenia procedury, w której dochodzi do wyłonienia kandydatów, bądź uregulować ją samodzielnie – działając na podstawie art. 197 Konstytucji i w konstytucyjnie wyznaczonych granicach.

(...) skoro prawodawca konstytucyjny odstąpił zarówno od wyboru prezesa Trybunału przez organ władzy sądowniczej, jak i konstytucyjnego wskazania liczby kandydatów w wypadku powołania prezesa przez organ władzy ustawodawczej, dokonując podziału kompetencji między Sejm (art. 197 Konstytucji), Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK (art. 194 ust. 2 Konstytucji) i Prezydenta (art. 144 ust. 3 pkt 21 Konstytucji), to kwestia regulacji podstawowych zasad wyboru prezesa i wiceprezesa Trybunału została zaliczona do materii ustawowej w momencie konstytucjonalizacji. Regulacja szczegółowych zasad wyboru kandydatów, o których mowa w art. 194 ust. 2 Konstytucji, przynależy zaś do kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, które jest konstytucyjnie i ustawowo upoważnione do generalnego i abstrakcyjnego uregulowania swej działalności.

(...) za niedopuszczalną konstytucyjnie należałoby uznać regulację nakazującą Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów TK przedstawienie Prezydentowi kilku kandydatów wyłonionych w jednoetapowym ogólnym głosowaniu, w którym sędziom przysługuje jeden głos na tylko jednego kandydata (por. argumenty przedstawione w pkt 3 tej części uzasadnienia). Regulacja taka umożliwiałaby bowiem przedstawienie kandydatów niepopieranych przez jakkolwiek pojmowaną większość sędziów Trybunału, a nawet kandydata, który uzyskał tylko jeden głos (w skrajnym wypadku głos oddany na samego siebie). Oznaczałoby to z kolei pozbawienie Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK kompetencji w zakresie wysuwania kandydatów będących kandydatami Zgromadzenia. Kompetencja ta *de facto* zostałaby powierzona poszczególnym sędziom. Artykuł 194 ust. 2 Konstytucji przesądza zaś, że chodzi wyłącznie o kandydata Zgromadzenia Ogólnego

Sędziów TK, a nie kandydata zgłaszających go grup mniejszościowych lub kandydatów poszczególnych sędziów.

(...) Wykluczone są zatem sytuacje, w których prezesem mógłby zostać kandydat mniejszości albo sędzia, który oddał głos tylko na samego siebie. Wspólnym elementem tych zróżnicowanych regulacji jest zapewnienie możliwie najbardziej reprezentatywnego charakteru wyboru (zob. Powoływanie prezesów sądów konstytucyjnych i ich kadencje w państwach Unii Europejskiej, Notatka Zespołu Orzecznictwa i Studiów Biura Trybunału Konstytucyjnego, ZOS.430.20.2015, Warszawa 2015).

(...) w obowiązującym stanie prawnym procedura, której rezultat został wprost wskazany w art. 194 ust. 2 Konstytucji, ma charakter dwuetapowy i obejmuje wybór kandydatów (uregulowany ustawowo i regulaminowo) oraz przedstawienie kandydatów (uregulowane konstytucyjnie i regulaminowo). Zarówno wybór, jak i przedstawienie to czynności konwencjonalne Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, które mają charakter złożony i sekwencyjny oraz są celowościowo determinowane bezpośrednio przez Konstytucję. Na każdym z etapów konieczne jest zagwarantowanie odrębności i niezależności Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK (art. 194 ust. 2 w związku z art. 10 i art. 173 Konstytucji) oraz unikanie rozwiązań dysfunkcjonalnych (art. 194 ust. 2 w związku z preambułą Konstytucji)".

Z kolei w wyroku z 3.12.2015 r. (K 34/15) Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że Prezydent w wyborze Prezesa i Wiceprezesa TK nie ma pełnej autonomii, a wybór Prezydenta jest zdeterminowany rozstrzygnięciem Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego. „(...) niedopuszczalne byłoby takie ukształtowanie omawianej procedury na poziomie ustawowym, która sprowadzałaby rolę Zgromadzenia Ogólnego wyłącznie do uporządkowania czy pogrupowania proponowanych kandydatur według poparcia, jakie uzyskali na etapie procedury przeprowadzonej w Trybunale".

Bezpośrednio kwestii powoływania na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego dotyczy orzeczenie, które zapadło w Trybunale Konstytucyjnym 24.10.2017 r. (SK 3/17), w którym wprost stwierdzono, że czynność przedstawienia kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego ma przyjąć postać uchwały. Znaczenie prawne tego stanowiska, z uwagi na wadliwość składu, który je wydał, jest kwestionowane, niemniej prezentowana w nim wykładnia art. 183 ust. 3 Konstytucji oraz jej konsekwencje w odniesieniu do procedury wyłaniania kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego została sformułowana przez osoby wskazane do Trybunału Konstytucyjnego przez ten sam obóz polityczny, który w ramach większości parlamentarnej uchwalał obowiązującą ustawę o Sądzie Najwyższym.

Podobnie w literaturze przedmiotu podkreślano, że uchwała Zgromadzenia Ogólnego o przedstawieniu kandydatów ma charakter autonomiczny

względem samego wcześniejszego wyboru osób, które zgodziły się na kandydowanie. „(...) konstytucyjne pojęcie «kandydatów przedstawionych» ma charakter autonomiczny i nie może być intepretowane przez odwołanie się do pojęć ustawowych, ani tym bardziej nie może być z nimi utożsamiane (*in casu* z ustawowym pojęciem «kandydatów wybranych»). Zgromadzenie Ogólne zostało konstytucyjnie upoważnione do przeprowadzenia wszystkich czynności konwencjonalnych prowadzących do konstytucyjnie określonego rezultatu, w tym do przedstawienia kandydatów, spośród których Prezydent dokonuje powołania. Ponieważ przedstawienie kandydatów jest realizowane przez organ kolegialny, należy – w braku odmiennej regulacji konstytucyjnej – uznać, iż ma ono formę uchwały(...)”[10].

Także komentatorzy regulacji zawartych w Konstytucji nie mieli wątpliwości, że Prezydent może powołać prezesów najwyższych organów sądowych wyłącznie z grona kandydatów przedstawionych przez zgromadzenia ogólne sędziów danego sądu czy trybunału[11].

Nie bez znaczenia jest fakt, że na gruncie art. 44 § 1 Prawa o ustroju sądów administracyjnych[12], który to przepis reguluje kompetencję Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego do przedstawienia Prezydentowi dwóch kandydatów na stanowisko Prezesa NSA, po dokonaniu wyboru kandydatów, podejmowano stosowną uchwałę Zgromadzenia Ogólnego Sędziów NSA o przedstawieniu tych wybranych kandydatów Prezydentowi.

---

10 M. Laskowska (w:) *Konstytucyjny spór o granice zmian organizacji i zasad działania Trybunału Konstytucyjnego czerwiec 2015 – marzec 2016*, red. P. Radziewicz, P. Tuleja, Warszawa 2017, pkt 42. Por. też M. Florczak-Wątor, *Dopuszczalność sądowej kontroli prawidłowości wyboru sędziego TK oraz Prezesa i Wiceprezesa TK. Glosa do wyroku TK z 11.11.2017 r. (K 10/17)*, LEX/el. 2017: „Skoro zaś w Zgromadzeniu Ogólnym nie uczestniczyli wszyscy sędziowie, którzy złożyli ślubowanie wobec Prezydenta, to należy stwierdzić, że nie było ono Zgromadzeniem Ogólnym Sędziów TK zwołanym dla wyboru Prezesa TK w rozumieniu art. 21 ust. 2 wspomnianej ustawy. I w końcu wybór J. Przyłębskiej na Prezesa TK był nieważny, skoro Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK zwołane dla dokonania tego wyboru było nieważne, (...) a co najważniejsze – nie została podjęta uchwała o przedstawieniu jej kandydatury Prezydentowi. Należy przy tym wyjaśnić, że wspomniana powyżej ustawa, kreująca epizodyczną procedurę wyboru Prezesa TK, wyraźnie wymagała – i to aż w trzech przepisach – podjęcia przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK uchwały o przedstawieniu Prezydentowi kandydatów na stanowisko Prezesa TK. O uchwale tej stanowią bowiem *expressis verbis* art. 21 ust. 7, 9 i 10 wspomnianej ustawy. Tymczasem J. Przyłębska przedstawiła Prezydentowi przygotowaną w tym celu i podpisaną przez siebie uchwałę, mimo iż nie przeprowadziła na posiedzeniu Zgromadzenia Ogólnego głosowania w sprawie jej podjęcia. Wprowadziła zatem Prezydenta w błąd co do tego, że uchwała o tej treści została podjęta przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK”. Zob. też M. Pach, *Okoliczności i przejawy utraty konstytucyjnej charakterystyki przez polski Trybunał Konstytucyjny po 19.12.2016 r.* (w:) *Konstytucja, praworządność, władza sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, red. Ł. Bojarski, K. Grajewski, J. Kremer, G. Ott, W. Żurek, Warszawa 2019, s. 143.

11 Por. P. Karlik, P. Wiliński (w:) *Konstytucja RP*, t. 2, *Komentarz do Art. 87–243*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, s. 1083; M. Wiącek (w:) *Konstytucja RP*, t. 2, *Komentarz do Art. 87–243*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, s. 1110–1111.

12 Ustawa z 25.07.2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2167 ze zm.), dalej p.u.s.a.

4. Jednym z argumentów przemawiających przeciwko konieczności podjęcia przez Zgromadzenie Ogólne uchwały o przedstawieniu Prezydentowi kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa SN miałaby być treść art. 13 § 7 ustawy o SN. Zgodnie z tym przepisem „niezwłocznie po wybraniu kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, przewodniczący Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego albo inna osoba wskazana przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego przekazuje Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej listę kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego wybranych przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego, wraz z protokołem głosowania".

Owa niezwłoczność miałaby oznaczać, że po głosowaniu nad listą osób, które zgodziły się na kandydowanie, Zgromadzenie Ogólne nie powinno być już kontynuowane, tylko Przewodniczący Zgromadzenia lub inna osoba przez to Zgromadzenie wskazana powinna natychmiast dostarczyć Prezydentowi listę 5 osób, które w tym głosowaniu uzyskały największą liczbę głosów (wraz z protokołem tego głosowania).

Po pierwsze jednak, najpierw musi dojść do rozstrzygnięcia, kto owe dokumenty dostarczy Prezydentowi, bo Zgromadzenie Ogólne w odrębnej uchwale może wskazać inną osobę niż Przewodniczący Zgromadzenia, która tę czynność ma wykonać. Ponadto „niezwłocznie" nie oznacza natychmiast. Na pewno nie można tego dokonać przed zakończeniem posiedzenia, bowiem protokół głosowania stanowi integralną część protokołu Zgromadzenia Ogólnego, który wcześniej musi zostać sporządzony w odpowiedniej formie i podpisany. Owa „niezwłoczność" jest terminem znanym w prawie proceduralnym i oznacza tyle, co „bez zbędnej zwłoki". Nie jest „zbędną zwłoką" przekazanie stosownych dokumentów dopiero po zakończeniu posiedzenia Zgromadzenia Ogólnego. Nie jest nią także poddanie na tym posiedzeniu pod głosowanie Zgromadzenia Ogólnego uchwały w przedmiocie przedstawienia Prezydentowi wybranych kandydatów, bowiem brak takiego dokumentu i tak uniemożliwi skorzystanie przez Prezydenta z kompetencji określonej w art. 183 ust. 3 Konstytucji.

Żeby powołać na stanowisko Pierwszego Prezesa SN daną osobę, nie wystarczy, że odbyło się w trakcie Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego jakieś głosowanie i część członków tego Zgromadzenia oddało na tę osobę głosy chcąc, by była ona kandydatem na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego (co znalazło potwierdzenie w protokole głosowania). Póki nie zapadnie uchwała Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego o przedstawieniu danych osób jako kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, Prezydent nie może skorzystać z kompetencji zawartej w art. 183 ust. 3 Konstytucji. Jeżeliby to jednak uczynił, w sposób jaskrawy naruszyłby Konstytucję.

Przeprowadzone na Zgromadzeniu Ogólnym Sędziów Sądu Najwyższego głosowanie wskazujące siłę poparcia określonych osób chcących kandydować

na stanowisko Pierwszego Prezesa SN – przy takim sposobie głosowania, że sędzia SN – członek Zgromadzenia Ogólnego, może poprzeć tylko jedną osobę z kandydujących – może zakończyć się takim wynikiem, że jedna z osób uzyska głosy większości członków Zgromadzenia. Wynik takiego głosowania mógłby oznaczać, że jest to jednocześnie osoba, która uzyskała poparcie całości Zgromadzenia Ogólnego jako kandydat przedstawiony Prezydentowi. Problem wszakże polega na tym, że w perspektywie konstytucyjnej Prezydent musi mieć wybór (czyli owych kandydatów zaakceptowanych przez Zgromadzenie Ogólne musi być co najmniej dwóch). Zgodnie zaś z ustawą, owych „wybranych" kandydatów ma być przynajmniej 5.

5. Istota wykonania kompetencji „przedstawienia Prezydentowi kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa SN" polega na zajęciu przez Zgromadzenie Ogólne określonego stanowiska w tej kwestii. Co do zasady stanowisko to powinno zostać wyrażone w formie uchwały. Niekiedy stanowisko to nie było poddawane głosowaniu, ale przyjmowane w drodze aklamacji. Domniemanie takiej aklamacji może wynikać z braku wyrażenia sprzeciwu przez członków Zgromadzenia Ogólnego. Taki tryb wykonywania kompetencji Zgromadzenia Ogólnego był wykorzystywany w przeszłości, także w odniesieniu do przedstawiania Prezydentowi kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa SN. Nie podejmowano formalnie uchwały, ale brak sprzeciwu przyjmowany był za zgodę Zgromadzenia Ogólnego do przedstawienia określonych kandydatów Prezydentowi.

Nie budziło to wątpliwości także dlatego, że pod rządem ustawy o Sądzie Najwyższym z 23.11.2002 r. uchwalenie regulaminu wyborów kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego należało do kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego. O przyjmowanym trybie wyłaniania kandydatów decydowała zatem wola Zgromadzenia Ogólnego. Trafnie jednak ten sposób procedowania został skrytykowany we wspomnianym już orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i w literaturze. Zawierał bowiem potencjał niepewności co do jednoznaczności stanowiska Zgromadzenia Ogólnego.

Co najmniej więc od czasu wydania wskazanych powyżej orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego wiadomo, że musi zapaść uchwała o przedstawieniu Prezydentowi kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa SN i dla spełnienia standardu proceduralnego nie jest wystarczający sam brak sprzeciwu członków Zgromadzenia Ogólnego.

Raz jeszcze należy podkreślić, że zgodnie art. 183 ust. 3 Konstytucji, Prezydent na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego może powołać tylko takiego kandydata, który został mu przedstawiony przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego. Nie może to być kandydat przedstawiony przez mniejszą lub większą grupę sędziów Sądu Najwyższego czy też przez Przewodniczącego Zgromadzenia Ogólnego. W obu tych przypadkach nie

są spełnione przesłanki konstytucyjnej kompetencji Prezydenta do powołania Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego.

Uznając wyraźne brzmienie art. 183 ust. 3 Konstytucji za niewiążące, równie dobrze można by twierdzić, że Prezydent może na tym stanowisku obsadzić jakiegokolwiek sędziego Sądu Najwyższego (a może nawet jakąkolwiek inną osobę). Rozumowanie takie prowadzi do absurdu. Brak zgody Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego na przedstawienie Prezydentowi określonych kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego oznacza, że konieczne warunki aktualizacji kompetencji Prezydenta nie zostały jeszcze spełnione, choćby nawet na forum Zgromadzenia Ogólnego doszło już do głosowania mającego na celu wyłonienie potencjalnych kandydatów, którzy mieliby uzyskać akceptację Zgromadzenia Ogólnego.

Możliwość powoływania kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego spośród osób, których dotyczyło to głosowanie, ale z pominięciem ostatniego etapu, a więc decyzji Zgromadzenia Ogólnego o przedstawieniu tych osób Prezydentowi, przypominałoby dopuszczalność powoływania na stanowisko sędziego osoby, która uzyskała określoną liczbę głosów na jednej z komisji Krajowej Rady Sądownictwa, bez uzyskania wszakże uchwały całej Rady co do przedstawienia tej osoby Prezydentowi do nominacji na stanowisko sędziego.

Konsekwencja przerwania ewentualnego Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego zaraz po fazie głosowań nad wskazanymi przez członków Zgromadzenia osobami ubiegającymi się o status kandydatów zgłoszonych Prezydentowi przez Zgromadzenie Ogólne i niepodjęcie uchwały w przedmiocie przedstawienia określonych kandydatów Prezydentowi, będzie wadą proceduralną uniemożliwiająca Prezydentowi wykonanie kompetencji z art. 183 ust. 3 Konstytucji. Takie przerwanie posiedzenia oznaczać będzie, że uniemożliwiono Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów Sądu Najwyższego wykonanie jego konstytucyjnej i ustawowej kompetencji.

Tego typu działanie nosi znamiona bardzo poważnego naruszenia prawa, będącego oczywistym działaniem na szkodę interesu publicznego. Z kolei próba powołania na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego osoby, która nie została przedstawiona Prezydentowi przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego, skończy się bezskutecznością takiego działania. Ewentualne wydanie aktu powołania czynić to będzie jedynie w sposób pozorny, nie rodząc skutków prawnych. Będzie aktem indywidualnym Prezydenta, pozbawionym jakichkolwiek podstaw prawnych.

Oczywiście w perspektywie działań faktycznych prawdopodobne jest, że osoba w ten sposób wadliwie powołana może chcieć przejąć faktycznie stanowisko Pierwszego Prezesa SN i wykonywać funkcje zarządzające w Sądzie Najwyższym. Jej status nie będzie miał jednak żadnego umocowania konstytucyjnego i w każdej chwili może zostać skorygowany.

ABSTRACT

dr hab. Włodzimierz Wróbel
The author is a professor at the Department of Criminal Law, head of the Department of Bioethics and Medical Law, acting as head of the Department of Criminal Law; judge of the Supreme Court.

The constitutional prerogative of the General Assembly of the Justices of the Supreme Court to present the President of the Republic of Poland the candidates for the position of the First President of the Supreme Court

The paper studies the constitutional prerogative of the General Assembly of the Justices of the Supreme Court to present the President of the Republic of Poland the candidates for the position of the First President of the Supreme Court. The prerogative in question is implemented in the form of a resolution passed by the members of the Assembly by the majority vote. It constitutes a separate activity (as to its character) from the initial election of the candidates for the position of the First President of the Supreme Court done by the General Assembly.

Keywords: *Supreme Court, Constitution, President of the Republic of Poland, First President of the Supreme Court, General Assembly of the Justices of the Supreme Court*

dr hab. Włodzimierz Wróbel
ORCID: 0000-0001-6636-8738; e-mail: w.wrobel@uj.edu.pl

Autor jest profesorem w Katedrze Prawa Karnego, kierownikiem Zakładu Bioetyki i Prawa Medycznego, pełniącym obowiązki kierownika Katedry Prawa Karnego; sędzią Sądu Najwyższego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Florczak-Wątor Monika, *Dopuszczalność sądowej kontroli prawidłowości wyboru sędziego TK oraz Prezesa i Wiceprezesa TK. Glosa do wyroku TK z 11.11.2017 r. (K 10/17)*, LEX/el. 2017

Karlik Piotr, Wiliński Paweł (w:) *Konstytucja RP*, t. 2, *Komentarz do Art. 87–243*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016

Laskowska Marzena (w:) *Konstytucyjny spór o granice zmian organizacji i zasad działania Trybunału Konstytucyjnego czerwiec 2015 – marzec 2016*, red. P. Radziewicz, P. Tuleja, Warszawa 2017

Mamak Kamil, Tarapata Szymon, *Pierwszego Prezesa SN musi poprzeć większość sędziów*, GazetaPrawna.pl, https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1477573 (dostęp: 19.05.2020 r.)

Pach Maciej, *Okoliczności i przejawy utraty konstytucyjnej charakterystyki przez polski Trybunał Konstytucyjny po 19.12.2016 r.* (w:) *Konstytucja, praworządność, władza sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, red. Ł. Bojarski, K. Grajewski, J. Kremer, G. Ott, W. Żurek, Warszawa 2019

Wiącek Marcin (w:) *Konstytucja RP*, t. 2, *Komentarz do art. 87–243* red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016

Pojęcia kluczowe: *rządy prawa, konstytucja, samorząd zawodowy, odpowiedzialność dyscyplinarna, niezależność adwokata, niezależność sądów, niezawisłość sędziów, tajemnica adwokacka, podział władzy, prawo do sądu, rzetelność postępowania, słuszność prawa, sprawiedliwość rozstrzygnięcia, etyka zawodowa*

e-PALESTRA
12/2020

Piotr Kardas

INSTYTUCJONALNE GWARANCJE NIEZALEŻNOŚCI PRAWNIKÓW JAKO PODSTAWA RZĄDÓW PRAWA

Prawidłowe funkcjonowanie system opartego na idei rządów prawa wymaga istnienia wielu instytucjonalnych gwarancji. Prawo jako podstawowe narzędzie społecznego sterowania może pełnić przypisywane mu funkcje jedynie wówczas, gdy funkcjonuje mechanizm umożliwiający kontrolę zgodności z prawem działań podejmowanych przez władze publiczne. W tym zakresie podstawową funkcję pełnią niezależne sądy. Prawidłowe funkcjonowanie sądów w demokracji konstytucyjnej nie jest jednak możliwe bez współdziałania z niezależnymi prawnikami, będącymi sługami prawa oraz reprezentantami interesów swoich mandantów. Odczytywanie i stosowanie prawa, stanowiące podstawę sprawiedliwego rozstrzygnięcia jednostkowej sprawy, możliwe jest jedynie w ramach prawniczej wspólnoty interpretacyjnej. Niezależność prawników stanowi fundamentalny warunek realizacji idei rządów prawa. Z tego powodu szczególne znacznie mają instytucjonalne, określone w prawie wewnętrznym oraz prawie Unii Europejskiej, gwarancje niezależności prawników. W szczególności zaś związane z istnieniem samorządu zawodowego, poszanowaniem instytucji tajemnicy zawodowej oraz niezależności sądownictwa dyscyplinarnego, gwarantującego rzetelność postępowania.

Z perspektywy ustrojowej realizacja zasady niezależności adwokata wymaga spełnienia czterech podstawowych warunków:

1) prawnych gwarancji istnienia samorządu zawodowego, jako struktury zrzeszającej osoby wykonujące zawód zaufania publicznego;

2) powierzenia samorządowym organom kompetencji w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej;
3) powierzenia samorządowi kompetencji do opracowywania i kształtowania zasad etyki i deontologii zawodowej;
4) prawnego uregulowania i ochrony tajemnicy zawodowej.

Spełnienie wskazanych wyżej warunków determinuje możliwość pełnienia przez adwokatów funkcji dopełniającej system wymiaru sprawiedliwości oraz zasadę rządów prawa.

Zagadnienie niezależności prawników, zarówno sędziów, jak i wykonujących wolny zawód adwokatów, jako jednej z gwarancji rządów prawa i właściwego funkcjonowania demokracji konstytucyjnych, na przestrzeni ostatnich lat zyskało nowe znaczenie. Dokonujące się w wielu państwach procesy transformacji systemów prawa[1], niejednokrotnie powiązane z poważnymi kryzysami konstytucyjnymi, plastycznie obrazują niezwykle silną tendencję do instrumentalnego wykorzystywania prawa przez polityków. Rozmaite formy populizmu, oparte na uproszczonej krytyce reguł demokracji konstytucyjnych posadowionych na założeniach liberalnej filozofii politycznej, stanowią podstawę przyjmujących radykalną postać zmian w systemach prawnych niektórych państw europejskich[2].

[1] Zjawiska polityczne oraz zmiany w systemie prawnym, jakie można obserwować w krajach Europy Środkowo-Wschodniej, w szczególności zaś na Węgrzech i w Polsce, mają o tyle osobliwy charakter, że formalnie nie odnoszą się, co najmniej w pewnym okresie, do konstytucji. W Polsce są dokonywane bez zmiany ustawy zasadniczej, na Węgrzech przez pierwszy okres także nie podejmowano prób zmiany obowiązującej konstytucji, modyfikując system prawny na poziomie regulacji ustawowych. Zarazem treść, charakter i konsekwencje wprowadzanych na poziomie ustawowym zmian pozwalają twierdzić, że dochodzi w ten sposób do istotnych transformacji ustrojowych, modyfikujących kwestie uregulowane w Konstytucji RP z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.). Tym samym, mimo formalnego zachowania postanowień Konstytucji z 1997 r., zasadne jest twierdzenie, że w wyniku kryzysu konstytucyjnego dochodzi do zmian w zakresie materii konstytucyjnej, a tym samym zmian o charakterze ustrojowym. W tym zakresie wskazać należy na fundamentalną różnicę między procesami w Europie Środkowo-Wschodniej a zmianami w USA, gdzie zasadniczo wykorzystuje się koncepcję określonych sposobów wykładni konstytucji połączoną ze zmianą personalnego składu sądownictwa federalnego, mającego zasadniczy wpływ na interpretację prawa, umożliwiający dokonywanie na płaszczyźnie wykładniczej – głównie przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych – zmian odnoszących się do kwestii mających swoje konstytucyjne zakorzenienie. Nawet jednak radykalne podejście ekipy Prezydenta D. Trumpa nie odnosi się do fundamentalnych kwestii ustrojowych. Co do procesu zmiany ustrojowej bez zmiany konstytucji oraz wynikających z tego konsekwencji zob. w szczególności G.A. Tóth, *Chief Justice Solyom and the paradox of „revolution under rule of law"*, academia.edu.

[2] Szczególnymi przykładami tego typu procesów są Polska i Węgry, w których trwające procesy zmian politycznych i ustrojowych określane są coraz częściej jako przejawy autorytaryzmu opartego na koncepcji nieliberalnego konstytucjonalizmu – zob. w tej kwestii m.in. T.G. Daly, *Diagnosing Democratic Decay. Comparative Constitutional Raundtable*, Gilbert&Tobin Centre of Public Law, UNSW, Sydney 2017; G. Halmai, *Transitional justice, transitional constitutionalism and constitutional culture* (in:) Gary Jacobsohn and Miguel Schor (eds.), Comparative Constitutional Theory, Edward Elgar, 2018; B. Bugarić, T. Ginsburg, *The Assault on Postcommunist Courts*, „Journal of Democracy 2016";

Są także podstawą procesu transformacji systemu wymiaru sprawiedliwości trwającego w Stanach Zjednoczonych od początku kadencji Prezydenta D. Trumpa[3]. W pewnym zakresie ujawniają się także w ramach konserwatywnych projektów politycznych w Zjednoczonym Królestwie, gdzie postuluje się ograniczenie kognicji sądów w sferze spraw ustrojowych, a także rozważa likwidację Sądu Najwyższego i przeniesienie kompetencji do orzekania w sprawach należących do kognicji tego sądu do Izby Lordów[4]. W tym przypadku mamy zatem do czynienia ze swoistym powrotem do ortodoksyjnego podejścia do koncepcji supremacji parlamentu charakterystycznego dla brytyjskiego konstytucjonalizmu[5].

Jakkolwiek bez trudu dostrzec można znaczące różnice pomiędzy zdarzeniami w państwach Europy Środkowo-Wschodniej, w których dokonywane są dynamiczne zmiany normatywne regulacji odnoszących się do organów wymiaru sprawiedliwości, a zjawiskami w Stanach Zjednoczonych czy Zjednoczonym Królestwie, gdzie zakres zmian normatywnych jest ograniczony, jednak wyraźnie widoczny jest ten sam wspólny element charakteryzujący dokonujące się tam procesy związane z instrumentalnym podejściem do prawa oraz dążeniem do przekształcenia opartego na zasadach filozofii liberalnej porządku w system konserwatywny, określany

T. Drinoczi, A. Bień-Kacała, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, „German Law Journal" 2019/20, p. 1140.

3 Warto wskazać, że od chwili objęcia urzędu Prezydenta USA D. Trump prowadzi konsekwentny proces wprowadzenia do sądownictwa federalnego przedstawicieli skrajnie konserwatywnej grupy prawników amerykańskich. W wielu wypadkach poglądy polityczne, a w szczególności wyznawana filozofia polityczna, stanowią decydujący czynnik przesądzający o uzyskaniu nominacji sędziowskiej, mimo braku elementarnych kwalifikacji merytorycznych. Znaczny odsetek sędziów powołanych do pełnienia urzędu w sądach federalnych w okresie rezydentury D. Trumpa uzyskał negatywną rekomendację ABA, wskazującą na brak po stronie kandydatów niezbędnych do pełnienia funkcji sędziowskich kwalifikacji zawodowych. Wielu spośród nominowanych związanych było przed powołaniem z aktywną działalnością polityczną – zob. T. McCarthy, *Trump's judges: a revolution to create a new conservative America*, „The Guardian" 28.04.2020, www.theguardian.com; S. Eder, R. Gebeloff, B. Protess, R.R. Ruiz, *A Conservative Agenda Unleashed on the Federal Courts*, „The New York Times" 14.03.2020, www.nytimes.com.

4 Stanowisko w tej kwestii prezentowane jest w najnowszym Manifeście Partii Konserwatywnej (The Conservative and Unionist Party Manifesto 2019), opartym na ortodoksyjnej wersji idei supremacji parlamentu (Parliamentary supremacy), którego esencję dobrze oddaje stanowisko Lorda Reid z 1965 r., kiedy w trakcie debaty dotyczącej kompetencji legislacyjnej Westminster Parliament w zakresie stanowienia prawa dla Rodezji, stwierdzał: „It is often said that would be unconstitutional for the United Kingdom Parliament to do certain things, meaning that the moral, political and other reasons against doing them are so strong that most people would regard is as highly improper if Parliament did these things. But that does not mean that it is beyond the power of Parliament to do such things. If Parliament chose to do any of them, the courts could not hold the Act of Parliament invalid" – cytat za A.W. Bradley, K.D. Ewing, C.J.S. Knight, *Constitutional & Administrative Law*, Pearson 2018, s. 54. Por. też *The Conservative and Unionist Party Manifesto 2019*, London 2019.

5 Należy podkreślić, że w Zjednoczonym Królestwie nie funkcjonuje zasada podziału władzy, konstytucyjny system oparty jest bowiem na zasadzie supremacji parlamentu – zob. w tej kwestii m.in. K. Ewing, *Brexit and Parliamentary Sovereignty*, „Modern Law Review" 2017/80, s. 711; A.W. Bradley, K.D. Ewing, C.J.S. Knight, *Constitutional...*, s. 55.

w piśmiennictwie jako nieliberalny konstytucjonalizm lub nowy autorytaryzm[6]. Charakteryzuje się on dążeniem do wzmocnienia pozycji i zwiększenia zakresu kompetencji władzy wykonawczej względem sądów oraz instrumentalnym traktowaniem prawa jako narzędzia realizacji preferowanej przez władzę wykonawczą wizji struktury społecznej i państwa. W tych dążeniach, określanych z uwagi na wzmacnianie władzy wykonawczej kosztem pozostałych konstytucyjnie wyodrębnionych władz jako autorytarne[7], zasadniczym celem jest podważenie posadowionej na liberalnej filozofii politycznej idei rządów prawa rozumianych m.in. jako gwarancja ochrony praw i wolności przez niezależne sądy stosujące prawo jako zbiór reguł służących do sterowania ludzkimi zachowaniami[8]. Sądy w podejściu określanym jako nieliberalny konstytucjonalizm lub nowy autorytaryzm traktowane są jako elementy homogenicznej struktury organów państwa, służącej do realizacji celów wyznaczanych przez polityków i władzę wykonawczą[9]. Realizacja tych koncepcji dokonuje się zasadniczo w oparciu o dwa modele:

1) poprzez wprowadzenie ustawowych zmian ustroju sądów, eliminujących lub minimalizujących gwarancje odrębności i niezależności sądów od innych organów władzy publicznej[10], w tym w szczególności władzy wykonawczej (egzekutywy)[11];

---

6 Zob. szerzej G. Halmai, *Illiberalism in East-Central Europe*, European University Institute. Working Paper LAW 2019/05.

7 Zob. w szczególności G.A. Tóth, *Constitutional Markers of Authoritarianism*, „Hauge Journal on the Rule of Law", http://doi.org/10.1007-018-0081-6; G.A. Tóth, *The authoritarian's new clothes: tendencies away from constitutional democracy*, Centre for Socio-Legal Studies and Wolfson College at the University of Oxford, http://www.fljs.org/content/authoritarians-new-clothes-tendencies-away-constitutional-democracy; G.A. Tóth, *Illiberal Rule of Law? Changing Features of Hungarian Constutitionalism*, academia.edu.

8 Co do rozumienia sformułowania „rządy prawa" zob. szerzej *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, (ed.) P. Costa, D. Zolo, Springer Dordrecht, The Netherlands 2007; A. Marmor, *Rule of Law and its Limits*, *Rule of Law and its Limits*, „USC Public Research Paper" 2016/3, University of Southern California Law School, https://weblaw.usc.edu/centers/class/class-workshops/usc-legal-studies-working-papers/documents/03_16_paper.pdf; D.B. Rodriguez, M.D. McCubbins, B. R. Weingast, *The Rule of Law Unplugged*, Caltech Center for the Study of Law&Politics 2009; M. Klatt, *The rule of dual-natured law* (in:) *Legal Argumentation and the Rule of Law*, (ed.) E. Feteris, H. Kloosterhuis, J. Plug, C. Smith, The Hauge 2016, s. 27; T. Gizbert-Studnicki, *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji" 2017/110, s. 15–39; T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, s. 384.

9 Odrębną kwestią, wymagającą pogłębionych badań, jest zagadnienie przyczyn zjawisk obserwowanych w wielu miejscach na świecie. W odniesieniu do krajów Europy Środkowo-Wschodniej interesujące hipotezy zawiera opracowanie G.A. Tótha, *Chief Justice Solyom and the paradox of „revolution under rule of law"*, acedemia.edu. Zob. też A. Sajo, *Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1995/15, s. 253. Zob. też W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press 2019.

10 W istocie te procesy są wyrazem kwestionowania zasady podziału i równoważenia się konstytucyjnie wyodrębnionych władz. W pewnym zakresie nawiązują, mniej lub bardziej świadomie, do koncepcji supremacji parlamentu funkcjonującego w Zjednoczonym Królestwie, w pewnym zaś stopniu stanowią mocno zapóźnioną reminiscencję koncepcji jednolitej władzy państwowej, na której oparte były systemy państw realnego socjalizmu.

11 W istotnym zakresie proces zmian w kierunku tzw. nieliberalnego konstytucjonalizmu rozpoczyna się od dekompozycji sądów konstytucyjnych, stanowiących w klasycznym układzie demokracji

2) zmiany personalne, polegające na wprowadzeniu do sądownictwa osób prezentujących określone podejście do filozofii politycznej, gwarantujących realizację określonej polityki[12].

Immanentnie związana z tym ruchem instrumentalizacja prawa i prawników oznacza dążenie do ograniczenia lub zniesienia prawniczej niezależności. Dotyczy to w pierwszej kolejności niezależności sędziowskiej, w nie mniejszym jednak stopniu także niezależności prawników[13].

Oba zjawiska, niezwykle boleśnie dotykające funkcjonującą na przestrzeni ostatnich trzydziestu lat koncepcję demokracji konstytucyjnej opartej na idei rządów prawa oraz liberalnej filozofii politycznej, wymagają poważnej analizy. O ile jednak zagadnienie kryzysu konstytucyjnego oraz realizowanych stopniowo z naruszeniem regulacji zawartych w Konstytucji RP zmian ustrojowych stanowi od dłuższego czasu przedmiot szczególnego zainteresowania przedstawicieli doktryny prawa konstytucyjnego oraz specjalistów z zakresu filozofii politycznej, o tyle kwestia niezależności prawników do tej pory pozostawała poza zakresem głównego nurtu badań i analiz związanych z kryzysem konstytucyjnym. W zakresie niezależności zajmowano się przede wszystkim znaczeniem i zagrożeniami dla konstytucyjnie określonych zasad: niezawisłości sędziów oraz niezależności sądów, jako odrębnych organów władzy, którym powierzone zostało sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. Tymczasem w systemie opartym na idei rządów prawa prawnicy tworzący wspólnotę interpretacyjną[14], stanowią jeden z najistotniejszych elementów gwarantujących

konstytucyjnej instrument umożliwiający zachowanie konstytucyjnej aksjologii w systemie prawa poprzez konsekwentnie realizowaną kontrolę konstytucyjności ustaw. Przykładami takiego sposobu rekonstrukcji systemu prawnego w kierunku nieliberalnego konstytucjonalizmu są procesy przeprowadzone na przestrzeni ostatnich lat w Polsce oraz na Węgrzech.

12 W tym zakresie objawia się z wielką mocą pytanie o etyczne i deontologiczne standardy postępowania prawników, a także problem publicznych powinności wynikających z pełnionej przez profesjonalnych prawników roli społecznej. Nie ma najmniejszych wątpliwości, że wykonujący wolne zawody prawnicy pełnią w takim samym stopniu funkcje publiczne, związane z realizacją idei rządów prawa i sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości, jak też świadczą indywidualną pomoc swoim mandantom – zob. w tej kwestii m.in. P. Kardas, *Adwokat jako obrońca – funkcja publiczna czy usługa prywatna* (w:) *Adwokatura w systemie organów wymiaru sprawiedliwości*, red. J. Giezek, Warszawa 2010, s. 67–100.

13 Objawia się to m.in. na płaszczyźnie dyscyplinarnej, gdzie organy władzy wykonawczej podejmują działania mające na celu uzyskanie możliwości wpływu na sposób oceny prawników w kontekście możliwości stosowania sankcji dyscyplinarnych, w tym w szczególności ograniczenia lub zakazu wykonywania zawodu. W tym zakresie zmiennym przykładem jest sprawa prowadzona przez Sąd Dyscyplinarny Izby Adwokackiej w Warszawie, w ramach której sąd dyscyplinarny wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniami prejudycjalnymi.

14 Zob. w tej kwestii m.in. M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia prawa a wspólnoty sędziów* (w:) *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 69. O znaczeniu wspólnoty interpretacyjnej prawników w procesie wykładni i stosowania prawa por. także M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 204.

spełnienie postulatu, by wszystkie podmioty, w tym w szczególności organy władzy publicznej, działały na podstawie i w granicach prawa[15]. Rolą prawników jest współuczestniczenie w procesie stanowienia i stosowania prawa, a więc realizacji idei rządów prawa traktowanego jako podstawowe narzędzie społecznego sterowania[16]. Wypełnienie przypisywanej prawnikom w demokracji konstytucyjnej funkcji związane jest nierozerwalnie z gwarancjami niezależności.

Zasada ta nabiera szczególnego znaczenia obecnie, bowiem wykonujący wolne zawody prawnicy odgrywają szczególną rolę społeczną, stanowiąc jeden z istotniejszych czynników ochrony porządku konstytucyjnego. Działania prawników oparte na zasadzie legalizmu i poszanowaniu konstytucyjnej aksjologii, właściwie wykorzystywanym paradygmacie wykładniczym przy uwzględnieniu specyfiki i relacji między źródłami prawa w multicentrycznym systemie utrudniają bezwzględną realizację transformacji politycznej i ustrojowej w kierunku nieliberalnego konstytucjonalizmu czy też nowego autorytaryzmu[17]. Stąd też realizacja koncepcji zmiany ustrojowej pozycji sądów, dominacji władzy wykonawczej z istoty rzeczy generuje ryzyka dla niezależności prawników.

Na znaczenie funkcji i roli prawników we współczesnych społeczeństwach wskazuje się w analizach z zakresu teorii i filozofii prawa[18], dogmatyk szczegó-

[15] Warto przytoczyć w tym miejscu stanowisko A. Marmora, wskazującego, że „This first aspect of the rule o law is less obvious than it seems. Many poeple associate it with the familiar slogan «government by law, not by men». (...) Finally, the slogan of government by law, not by men is sometimes meant to suggest that all governmental actions should be authorized by law. (...) The point is that governmental acts without legal authorization are by definition illegal, and therefore if government agents act without legal authorization, they simply fail to obey the law" – A. Marmor, *The Rule of Law...*, s. 3–4.

[16] Warto przywołać w tym miejscu stanowisko Lorda Binghama, wskazującego, że „The concept of the rule of law is not fixed for all time (...) But in a world divided by differences of nationality, race, colour, religion and wealth it is one of the greatest unifying factors, perhaps the greatest, the nearest we are likely to approach to a universal secular religion. It remains an ideal, but an. Ideal worth striving for, in the interest of good government and peace, at home and in the world at large" – T. Binhgam, *The Rule of Law*, London 2010, s. 174.

[17] Funkcje niezależnych sądów widać dobrze na przykładzie sporu o model kontroli konstytucyjności prawa w Polsce, a w szczególności kontrowersje dotyczące wykorzystywania przez Sąd Najwyższy i sądy powszechne tzw. mieszanego modelu kontroli konstytucyjności prawa, umożliwiającego w pewnym zakresie realizację tzw. koncepcji rozproszonej kontroli konstytucyjności – zob. w tej kwestii m.in. S. Wronkowska, *Kilka uwag porządkujących dyskusję o tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności* (w:) *Sądownictwo konstytucyjne. Teoria i praktyka*, red. M. Granat, Warszawa 2019, t. 2, s. 235; P. Kardas, *Rozproszona kontrola konstytucyjności prawa w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jako przejaw sędziowskiego Konstytucyjnego posłuszeństwa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Społecznych" 2019/4; P. Kardas, *Zagadnienie kontroli rozproszonej w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych* (w:) *Sądownictwo konstytucyjne. Teoria i praktyka*, red. M. Granat, Warszawa 2019, t. 2, s. 203.

[18] Zob. w szczególności The Honourable Justice Michael Kirby AC AMG, *Independence of the Legal Profession: Global and Regional Challenges*, www.hcourt.gov.au/assets/publiocations/speeches/former-justice/kirbyj_20mar05.html; *The Independence of the Legal Profession. Threats to the bastion of the free and democratic society*, A report by the IBA's Presidential Task Force on the Independence of the Legal Profession, September 2016; R.W. Gordon, *The Independence of Lawyers*, „Boston University Law Review" 1988/1,

łowych[19], akcentuje w orzecznictwie, w tym w szczególności wypowiedziach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka[20]. W rozważaniach dotyczących tej problematyki podkreśla się, że efektywna ochrona jednostki i społeczeństwa przed zagrożeniami związanymi z nadużyciami władzy publicznej w systemie opartym na zasadzie podziału i równoważenia się władz publicznych oraz zachowanie pryncypiów demokracji konstytucyjnej wymaga, przede wszystkim, efektywnego funkcjonowania systemu wzajemnej kontroli wyodrębnionych konstytucyjnie rodzajów władzy publicznej. Niezależność sądownictwa i przedstawicieli profesji prawniczych stanowi jeden z podstawowych filarów tak skonstruowanego systemu. Podstawowe reguły demokracji konstytucyjnej, w tym zasada podziału władzy oraz niezależności sądownictwa, nie mogą uzyskać właściwej pozycji i spełniać przypisywanych im funkcji bez istnienia i funkcjonowania niezależnych profesji prawniczych, działających jako jeden z elementów wymiaru sprawiedliwości, wspierającego jednostkę i społeczeństwo w działaniach mających na celu ochronę praw i wolności obywatelskich, a także wspomagających jednostkę w sporach i złożonych relacjach z instytucjami publicznymi oraz „silniejszymi" podmiotami prywatnymi. Zadaniem profesjonalnych prawników oraz zrzeszających ich organizacji jako podmiotów prawa publicznego jest współdziałanie w realizacji zasady rządów prawa i interesu publicznego.

Rozważania dotyczące roli prawników w demokracji konstytucyjnej, niezawisłości sędziów oraz niezależności sądów[21], a także niezależności adwokatów

Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series 1988, *passim*; W. Wilson, *The Lawyer and the Community*, The Papers of Woodrow Wilson, Princeton 1976 s. 66; L. Brandies, *The Opportunity of the Law (in:) Buisness – A Profession*, (w:) *The Lawyer's Professional; Independence: Present. Threats. Future. Challenges*, Washington 1984; J. Zajadło, *Nieposłuszny obywatel*, Sopot 2018, s. 23.

19 Zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa...*, *passim*.

20 Zob. w szczególności uzasadnienie wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18.

21 Warto podkreślić, że przyjmowana w Polsce w oparciu o rozwiązania zamieszczone w Konstytucji charakterystyka oparta na rozróżnieniu niezawisłości sędziów oraz niezależności sądów jest w tym sensie osobliwa, i co do zasady nie występuje na gruncie innych porządków prawnych. W systemach opartych na zasadzie podziału władzy i rządów prawa używa się zazwyczaj jednego określenia *independence* (niezależność raczej niż niezawisłość, gdyby poszukiwać polskiego odpowiednika tego terminu), który odnoszony jest do sądów, jako wyodrębnionych organów władzy publicznej oraz prawników. Dualizm terminologiczny wykorzystywany w Polsce, oparty na treści przepisów art. 45 ust. 1 i art. 178 Konstytucji sprawia, że od lat w piśmiennictwie i orzecznictwie poszukuje się zakresowych dystynkcji między pojęciami „niezawisłość" oraz „niezależność". Analiza piśmiennictwa i orzecznictwa odnoszącego się do tego zagadnienia zdaje się jednak wskazywać, że na płaszczyźnie ustrojowej oraz konstytutywnych cech wszystkich podmiotów uczestniczących w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości oraz stanowiących instytucjonalną gwarancję rządów prawa trudno doszukać się przekonywających kryteriów różnicujących „niezawisłość" jako atrybut sędziego oraz niezależność jako atrybut sądów i profesjonalnych prawników. W konsekwencji jakkolwiek ze względu na regulacje konstytucyjne oraz ich znaczenie na płaszczyźnie interpretacji rozwiązań ustawowych analizy odnoszące się do polskiego porządku

jako przedstawicieli prawniczych zawodów zaufania publicznego[22], są ściśle powiązane z podstawowymi cechami charakteryzującymi współczesne demokratyczne systemy prawne, w których centralną rolę odgrywają zasady podziału władzy oraz idea rządów prawa.

Zagadnienia związane z niezawisłością sędziego oraz niezależnością adwokata – ujmowane są albo partykularnie z perspektywy procesowej[23], albo

prawnego nie mogą abstrahować od powyższego rozróżnienia, w perspektywie rozważań prawnoporównawczych sposób definiowania tych terminów oparty bywa na założeniu ich znaczeniowej tożsamości. Inną sprawą jest to, że w analizach poświęconych problematyce relacji między niezawisłością a niezależnością prezentowane w piśmiennictwie wypowiedzi przy najdalej idącej życzliwości trudno uznać za kompleksowe – zob. w tej kwestii m.in. P. Grzegorczyk, K. Weitz *Konstytucja RP. Komentarz. Artykuły 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1, komentarz do art. 45 Konstytucji, s. 1124–1125. Co do komplikacji z przestrzegającą zakazu wykładni synonimicznej interpretacją konstytucyjnych pojęć „niezawisłość" oraz „niezależność" zob. w szczególności P. Wiliński, P. Karlik (w:) *Konstytucja RP. Komentarz. Artykuły 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 2, s. 1007; J. Sobczak, *Niezawisłość sędziowska i niezależność. sądów. Problem ważny i ciągle aktualny*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa" 2015/4, s. 79; A. Machnikowska, *Niezależność sądów i niezawisłość sędziego z perspektywy polskich doświadczeń* (w:) *O niezawisłości sędziowskiej z okazji 100-lecia Sądu Najwyższego i Odrodzonego Sądownictwa Polskiego*, red. P. Banasik, Gdynia 2015, s. 343; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 146; B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004, *passim*. Por. też uzasadnienie wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18; The Hon. Justice Michael Kirby AC AMG, *Independence...*; *The Independence of the Legal Profession. Threats...*; R.W. Gordon, *The Independence...*, *passim.*

22 Zasada niezależności jest także łączona z prokuraturą jako organem ochrony prawnej. W tym przypadku niezależność postrzegana jest w perspektywie ustrojowej – zob. szerzej w tej kwestii M. Mistygacz, *Niezależność ustrojowa prokuratury* (w:) *Prokuratura w Polsce w XXI wieku. Wyzwania ustrojowe i procesowe*, red. M. Mistygacz, Warszawa 2019, s. 15; J. Zaleśny, *Dialektyka prokuratorskiej niezależności* (w:) *Prokuratura w Polsce w XXI wieku. Wyzwania ustrojowe i procesowe*, red. M. Mistygacz, Warszawa 2019, s. 60; P. Kardas, *Rola i miejsce prokuratury w systemie organów demokratycznego państwa prawnego. Kilka uwag o przesłankach determinujących założenia projektu ustawy o prokuraturze*, „Prokuratura i Prawo" 2012/9, s. 7–49.

23 W tym obszarze rozważania ograniczane są do pozycji oraz atrybutów sędziego oraz profesjonalnych prawników w ramach postępowania prowadzonego przed sądem. W tym zakresie istotna jest bezstronność sędziego wobec stron postępowania oraz niezależność decyzyjna od czynników zewnętrznych. Z perspektywy profesjonalnych prawników uczestniczących w procesie natomiast zasadniczą rolę odgrywa niezależność w zakresie wykonywania czynności interpretacyjnych, subsumcyjnych oraz dowodowych od stron, zachowanie niezbędnej samodzielności profesjonalnej, w tym w szczególności przestrzeganie reguł określonych w systemie prawa oraz wynikających z prawa, zwyczajów oraz kultury prawnej obowiązków profesjonalnego prawnika. Jakkolwiek profesjonalny prawnik jest rzecznikiem prawnym strony w procesie, jednak jest zarazem podmiotem realizującym powinności ze sfery publicznej w zakresie wymiaru sprawiedliwości opartego na zasadzie rządów prawa, co przesądza, że jest w tym obszarze stróżem prawa. Wykonywanie powierzonych profesjonalnym prawnikom w demokracjach konstytucyjnych funkcji wymaga zachowania niezbędnego kwantum niezależności i samodzielności merytorycznej w relacjach z mandantem, przy zachowaniu i bezwzględnym przestrzeganiu zasady działania wyłącznie w interesie i na korzyść mandanta, a także zachowania niezbędnej lojalności wobec sądu i konstytucyjnych reguł porządku prawnego – zob. z tej kwestii szerzej The Hon. Justice Michael Kirby AC AMG, *Independence...*; *The Independence of the Legal Profession. Threats...*; R.W. Gordon, *The Independence...*, *passim*; P. Kardas, *Adwokat jako obrońca...*, s. 67–100; P. Kardas, *Etyczne i proceduralne aspekty relacji między sędzią, obrońcą i oskarżycielem w kontradyktoryjnym procesie karnym* (w:) *Etyka zawodów prawniczych w praktyce. Relacje na sali rozpraw*, red. G. Borkowski, Lublin 2013, s. 213–233; por. rozważania A. Malickiego, *Niezawisłość sędziego a niezależność adwokata w procesie*, Warszawa 2020, *passim*.

w sposób ogólny, gdzie kwestia niezawisłości sędziego i niezależności adwokata nie jest ograniczana do płaszczyzny procesowej, ale ujmowana w szerszej perspektywie fundamentalnych z punktu widzenia współczesnych demokracji konstytucyjnych zasad: dostępu do wymiaru sprawiedliwości, prawa do sądu, roszczenia dotyczącego słuszności prawa oraz sprawiedliwości rozstrzygnięcia jako swoistego prawa podmiotowego obywatela[24], wreszcie rzetelności procesu, jego społecznych funkcji, relacji między władzą sądowniczą, ustawodawczą i wykonawczą, zadań i pozycji adwokatury oraz adwokata, wreszcie szeregu innych zagadnień składających się na współczesne rozumienie zasady rządów prawa[25]. W szczególności wskazuje się, że tam, gdzie nie ma niezależnej profesji prawniczej, nie ma, bo być nie może, niezawisłego i niezależnego sądownictwa, rządów prawa, sprawiedliwości, demokracji, wreszcie wolności[26].

Zasadom niezawisłości sędziów, niezależności sądów oraz przedstawicieli profesji prawniczych nadaje się konstytucyjny status i znaczenie, jako naczelnym zasadom porządku prawnego, mającym znaczenie w procesie wykładni i stosowania każdej regulacji prawnej. Niezależność sądownictwa i profesji prawniczych ma swoje zakorzenienie w aktach prawa międzynarodowego, w tym w szczególności aktach prawa Unii Europejskiej oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności[27].

W ramach wewnętrznego porządku prawnego w Polsce nie budzi wątpliwości kwestia konstytucyjnego zakorzenienia zasady niezawisłości sędziów

[24] Zob. w tej kwestii szerzej T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie*, Warszawa 2016, s. 405; The Hon. Justice Michael Kirby AC AMG, *Independence...*; *The Independence of the Legal Profession. Threats...*; R.W. Gordon, *The Independence...*, *passim*; P. Kardas, *Adwokat jako obrońca...*, s. 67–100; P. Kardas, *Etyczne i proceduralne aspekty relacji...*, s. 213–233.

[25] Zob. w szczególności The Hon. Justice Michael Kirby AC AMG, *Independence...*; *The Independence of the Legal Profession. Threats...*; R.W. Gordon, *The Independence...*, *passim*; P. Kardas, *Adwokat jako obrońca...* s. 67–100; P. Kardas, *Etyczne i proceduralne aspekty relacji...*, s. 213–233; J. Sobczak, *Niezawisłość sędziowska...*, s. 79; A. Machnikowska, *Niezależność sądów i niezawisłość sędziego...*, s. 343; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 146; B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004, *passim*.

[26] Warto przytoczyć w tym miejscu wypowiedź M. Kirby'ego, wskazującego, że „Where there is no independent legal profession there can be no independent judiciary, no rule of law, no justice, no democracy and no freedom" – The Hon. Justice Michael Kirby AC AMG, *Independence...*

[27] Warto w tym miejscu przytoczyć *in extenso* wypowiedź M. Kirby'ego, wskazującego, że „The principle of an independent legal profession is recognised internationally. The importance which the international community places upon the independence of the judiciary and of lawyers is evidenced by the emphasis that is given in numerous international and regional treaties, United Nations resolutions and international statements. The principle of judicial independence is also enshrined in countless constitutions. For example: article 10, Universal Declaration of Human Rights, article 14.1. International Covenant of Civil and Political Rights, article 6 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom; article 7 African Charter on Human and People's Rights, article 8 American Convention Human Rights, article 3 Inter-American Democratic Charter; UN General Assembly Resolution 40/32 (29 November 1985) and 40/146 (13 December 1985), UN Commission on Human Rights Resolutions 2004/33 (19 April 2004); UN Principles on the Role of Lawyers (1990)" – The Hon. Justice Michael Kirby AC AMG, *Independence...*

oraz niezależności sądów. Pierwsza statuowana jest bezpośrednio przez art. 178 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym „sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawiśli i podlegają tylko Konstytucji i ustawom". Druga, tj. zasada niezależności, traktowana jest nie tyle jako konstytucyjny atrybut sędziego, lecz ustrojowa cecha sądów jako instytucji władzy publicznej realizujących zadania w zakresie wymiaru sprawiedliwości[28]. Zaskakująco zasada niezależności nie jest jednak statuowana w przepisach Konstytucji odnoszących się do wymiaru sprawiedliwości zamieszczonych w rozdziale VIII „Sądy i Trybunały", lecz w przepisie art. 45 ust. 1 Konstytucji, zamieszczonym w rozdziale II „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela". Zgodnie z treścią art. 45 ust. 1 „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd". Jest to zatem element konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu jako prawa podmiotowego, będącego podstawowym środkiem ochrony wolności i praw[29].

W piśmiennictwie wskazuje się, że zasady niezawisłości sędziów, niezależności sądów oraz niezależności adwokatów pozostają w ścisłym związku, służą realizacji nadrzędnej wobec nich zasady prawa do sądu wyrażonej w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd[30]. Prawo do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd uzależnione jest od możliwości uzyskania profesjonalnej pomocy prawnej, świadczonej przez niezależnego adwokata. Niezawisłość sędziego i niezależność adwokata to elementy składające się na konstytucyjne prawo do sądu rozumiane w perspektywie prawa Unii Europejskiej jako podmiotowe prawo dostępu obywatela do wymiaru sprawiedliwości[31]. Gwarancja dostępu obywatela do wymiaru sprawiedliwości w systemie realizującym zasadę rządów prawa ma fundamentalne znaczenie, jest bowiem konstytutywnym warunkiem umożliwiającym realizację obywatelskiego roszczenia

[28] W taki sposób interpretuje się zasadę niezależności w komentarzach do art. 45 ust. 1 Konstytucji – zob. m.in. P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja RP...*, t. 1, s. 1124–1125.

[29] W zakresie konstytucyjnego prawa do sądu wyróżnia się: indywidualne prawo podmiotowe, środek ochrony wolności i praw jednostki; prawo jako źródło powinności po stronie państwa; prawo jako uprawnienie jednostki – zob. szerzej P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja RP...*, t. 1, s. 1096.

[30] Trzeba jednak wyraźnie zaznaczyć, że na związki tych zasad wskazuje się przede wszystkim w piśmiennictwie obcym. W polskiej literaturze przedmiotu, mocno sędzio- i sądocentrycznej, w zasadzie nie dostrzega się relacji, funkcji i znaczenia niezależnych profesjonalnych prawników dla realizacji i przestrzegania zasady niezawisłości sędziów, niezależności sądów oraz realizacji zasady podziału władzy i rządów prawa. Brak dostrzegania związków między niezawisłością sędziowską a niezależnością profesjonalnych prawników widać dobrze w komentarzach do przepisów art. 45 i art. 178 Konstytucji. Zob. w tej kwestii w szczególności P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja RP...*, t. 1, s. 1124–1125; P. Wiliński, P. Karlik (w:) *Konstytucja RP...*, t. 2, s. 1007.

[31] Zob. uzasadnienie wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18.

słuszności prawa oraz sprawiedliwości rozstrzygnięcia. W tym ujęciu sądy – a w szczególności konstytucyjne, konwencyjne i unijne wyznaczniki pozycji i cech sędziego rozpoznającego sprawę[32], a także przesłanki funkcjonowania wykonujących wolny zawód prawników świadczących pomoc prawną obywatelowi, w szczególności w tych wypadkach, gdy toczy on spory z państwem – postrzegane być mogą jako bazowe warunki realizacji zasady rządów prawa[33]. Sądy są wszak traktowane we współczesnych demokracjach konstytucyjnych jako ostateczny arbiter w sporach obywatela z państwem. Sporach, których rozstrzygnięcie opiera się na treści obowiązującego prawa. W tym sensie sądy jako instytucje są najważniejszym gwarantem realizacji idei rządów prawa[34]. Przy takim postrzeganiu funkcji i roli sądów, a w konsekwencji funkcji i roli prawników, istotne są wszystkie determinanty określone na poziomie konstytucyjnym, a więc nie tylko niezawisłość sędziów, ale także niezależność sądów, którą należy zestawiać z niezależnością świadczących pomoc prawną prawników.

W charakterze ogólniejszej refleksji można wskazać, że w zakresie prawa do sądu najistotniejszą cechą sądu rozumianego jako skład orzekający[35], a więc sądu rozumianego podmiotowo jako konkretne osoby piastujące władzę

[32] Przesłanki niezawisłości skonkretyzowane zostały w wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18.

[33] W opracowaniu IBA dotyczącym problematyki niezależności prawników wskazuje się, że „It is universally acknowledged that the essence of a modern democracy is observance of the rule of law. The proper functioning of a democratic state is, to a large extent, contingent on the good faith of political leaders and those who administer the government's executive functions. However, a strong, democratic society that observes and upholds the rule of law cannot survive by relying solely on the good faith of those who govern its political institutions. The effective protection of society from potential threats emanating from the abuse of power and the circumvention of basic democratic principles rests on, inter alia, the existence of a system of checks and balances. The independence of the judiciary and the legal profession is a fundamental pillar of this system. (...) A truly independent legal profession can assist society in its efforts to protect and enforce its citizens' legitimate rights against political institutions or intrusions of private parties. The duty of a lawyer, and the duty of the bars a whole, is to serve the rule of law and the wider public interest. The independence of the legal profession enables lawyers to fulfil this function by acting for the benefit, and in the legitimate interest of, the client and society as a whole, without fear of abusive prosecution, and free from improper influence of any kind. A strong and independent legal profession can also serve as a mechanism for political accountability" – *The Independence of Legal Profession. Threats*...

[34] Wato przytoczyć w tym miejscu ujęcie idei rządów prawa zaproponowane ponad sto lat temu przez A.V. Diceya, zdaniem którego „It means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government (...) a man may with us be punished for breach of law, but he can be punished for nothing else" – A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1908, s. 202–203.

[35] Zob. w tym zakresie uzasadnienie uchwały połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r., BSA I-4110–1/2020, LEX nr 2770251; zob. też w tej sprawie E. Łętowska, M. Krzemiński, *Skutki uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. w procedurze cywilnej*, monitorkonstytucyjny.eu. Por. też postanowienie Wielkiej Izby TSUE z 8.04.2020 r., sprawa C-791/19 R.

sądowniczą, niezbywalnym atrybutem jest niezawisłość, od innych organów władzy[36], co jest konsekwencją konstytucyjnej funkcji sądów w systemach opartych o zasadę podziału władzy, oraz od prowadzących przed sędzią jako arbitrem działającym na podstawie i w granicach prawa, spór stron[37]. Spełniające założenia przyjmowane we współczesnych demokracjach konstytucyjnych rozstrzygnięcie sporu wymaga równego dystansu sędziego wobec jego uczestników, stąd właśnie akcent na zasadę niezawisłości jako konstytutywny warunek realizacji idei rządów prawa w zakresie rozstrzygania w sposób władczy sporów na podstawie prawa. Sędzia musi być również niezawisły od innych organów władzy, co jest konsekwencją konstytucyjnej funkcji sądów w systemach opartych na zasadzie podziału władzy[38].

Z tej perspektywy na gruncie polskiego systemu prawa rozróżniającego na płaszczyźnie konstytucyjnej zasady „niezawisłości sędziów" oraz „niezależności sądów" oraz wiążącego „niezawisłość" zasadniczo z funkcjami orzeczniczymi w zakresie sprawowania wymiaru sprawiedliwości[39], świadczący pomoc prawną prawnik działający jako profesjonalny doradca i pełnomocnik strony w procesie z powodów oczywistych nie może charakteryzować się niezawisłością, jest bowiem nierozerwalnie powiązany z jedną ze stron procesu i zobowiązany do realizowania jej słusznych interesów w zakresie wynikającym z przepisów prawa. To, co może, a nawet powinno, wyróżniać udzielającego pomocy prawnej profesjonalistę wspierającego obywatela w realizacji roszczenia do słuszności prawa i sprawiedliwości wydawanego na podstawie prawa rozstrzygnięcia,

36 Podobnie P. Grzegorczyk i K. Weitz, wskazując, że „niezawisłość odnosi się do relacji sędziego z otoczeniem, w tym zwłaszcza innymi segmentami władzy publicznej" – P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja RP...*, t. 1, s. 1125.

37 Zob. P. Wiliński, P. Karlik (w:) *Konstytucja RP...*, t. 2, s. 1007; uzasadnienie wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18.

38 „Independence is generally defined as the absence of influence, coercion or pressure from external factors. In the context of the legal profession the «concept» of independence may have diverse interpretations in different jurisdictions, and it is to be defined flexibly in light of the variance in legal and political systems" – *The Independence of the Legal Profession. Threats...* W innym ujęciu podkreśla się, że „The concept of judicial independence requires that judges be free form any interference in the exercise of their judicial power. Each judge must be independent form external influences that may seek to reduce his or her objectivity and impartiality. This requires independence both from the other branches of government, and from any other influences that may affect the capacity of a judge to decide a case strictly on the basis of its legal merits. It also requires independence from other judges involved in decision making, although the system of appellate and judicial review necessarily impinge on judge's independence of action. An impartial assessment of the facts and objective application of the law are essential for legal independence" – M. Kirby, *Independence...* Por. też uwagi dotyczące niezawisłości sędziów i niezależności sądów zamieszczone w uzasadnieniu wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18.

39 Zob. szerzej w tej kwestii P. Wiliński, P. Karlik (w:) *Konstytucja RP...*, t. 2, s. 1007; P. Kardas, *Odpowiedzialność dyscyplinarna rzecznika dyscyplinarnego za naruszenie niezawisłości sędziowskiej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2020/4, s. 93.

to bezwzględna wierność „prawemu prawu”[40]. Prawnik świadczący pomoc prawną jakkolwiek jest zobowiązany do działania w interesie i na rzecz swojego mocodawcy, powinien to czynić z uwzględnieniem determinant i ograniczeń wynikających z obowiązującego prawa[41]. W systemie opartym na zasadzie rządów prawa adwokat, podobnie jak sędzia, a także inni profesjonalni uczestnicy obrotu prawnego, w tym w szczególności przedstawiciele i reprezentanci organów ochrony prawnej, jest „sługą prawa”. Ma, działając w granicach najlepszej wiedzy i woli, realizować to, co w prawie określone zostało jako słuszne i sprawiedliwe. Pełnienie tej funkcji jakkolwiek nie jest powiązane z niezawisłością, co starano się powyżej wykazać, wymaga jednak niezbędnego kwantum niezależności. Niezależności od własnego mocodawcy, niezależności od sądu, niezależności od organów ochrony prawnej oraz pozostałych organów władzy publicznej, a także jakichkolwiek innych podmiotów, których interesy mogłyby pozostawać w sprzeczności z interesami mocodawcy adwokata realizowanymi wedle reguł określonych w przepisach obowiązującego prawa. W tak zarysowanej perspektywie niezawisłość sędziego i niezależność profesjonalnego prawnika świadczącego pomoc prawną to wyznaczniki racjonalnego pełnienia przez prawo funkcji społecznego sterowania w ramach procesu jego sądowego stosowania. W tym obszarze realizacja konstytucyjnych funkcji sądów, działających przecież w ramach jednostkowych spraw przez konkretnych sędziów, wymaga w sposób konieczny istnienia gwarancji działania niezależnego profesjonalnego reprezentanta i pełnomocnika pozostającej w sporze strony. Niezależność profesjonalnego prawnika jest równie istotną jak niezawisłość sędziego gwarancją ochrony praw i wolności obywatelskich, realizacji zasady rządów prawa, spełnienia przyjmowanego powszechnie w systemach realizujących zasadę konstytucjonalizacji prawa obywatelskiego roszczenia do słuszności prawa oraz sprawiedliwości rozstrzygnięcia, które realizować się może jedynie w ramach aktów jednostkowego stosowania prawa, w których oparta na właściwie poczynionych i zgodnych z prawdą ustaleniach faktycznych decyzja sądu, uwzględniająca treść reguł i zasad konstytucyjnych[42], a także regulacje zawarte w wiążących Rzeczpospolitą Polską aktach prawa Unii Europejskiej i aktach prawa międzynarodowego, przestrzegająca konstytucyjnych reguł kolizyjnych, stanowi odpowiedź na pytanie, czym jest prawo, określając jego treść i znaczenie w ramach rozstrzygania jednostkowego przypadku[43].

---

40 Co do pojęcia „prawego prawa” oraz jego funkcji we współczesnych koncepcjach interpretacyjnych zob. A. Zoll, *Idea „prawa prawego” a prawo karne*, „Przegląd Sądowy” 1992/4, s. 3.

41 Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Adwokat jako obrońca...*, s. 67–100; P. Kardas, *Etyczne i proceduralne aspekty relacji...* s. 213–233.

42 Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności*, Toruń 2017, *passim*; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa...*, s. 567.

43 Co do wykładni i stosowania prawa w multicentrycznym systemie prawa, w procesie opartym na Konstytucji zob. szerzej M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa...*, *passim*.

Charakterystyka relacji między zasadą niezawisłości sędziego a zasadą niezależności świadczącego pomoc profesjonalnego prawnika ma fundamentalne znaczenie w kontekście obywatelskiego prawa do rozpoznania sprawy przez niezawisły i niezależny sąd, a w dalszej perspektywie realizacji podstawowego uprawnienia związanego z prawem do sądu. Zagadnienie to staje się szczególnie istotne aktualnie, gdy nie tylko w Polsce prowadzone są fundamentalne spory dotyczące roli i funkcji sądów i sędziów w demokracji konstytucyjnej, a także podejmowane są działania zmierzające do zwiększenia wpływu władzy wykonawczej i ustawodawczej na funkcjonowanie sądów oraz ograniczenia autonomii prawników. Realizowane z dużą dozą konsekwencji procesy zmian stwarzają nowe wyzwania oraz szczególne zagrożenia dla zasady niezawisłości sędziów oraz niezależności profesjonalnych prawników. Zdarzenia ostatnich kilku lat, w tym w szczególności kryzys konstytucyjny oraz podważanie roli i funkcji sądów w państwie prawa, stanowią jedynie szczególnie jaskrawy przejaw zamachów na niezawisłość sędziowską i niezależność profesjonalnych prawników, które zdarzają się w wielu miejscach na świecie. W piśmiennictwie wskazuje się, że niezależność prawników, jako strażników systemu rządów prawa, jest elementem stale kontestowanym przez przedstawicieli innych rodzajów władzy, w szczególności zaś władzy wykonawczej. Bywa wskazywana jako relikt przeszłości, zagrożenie dla demokracji, czynnik konserwujący strukturę społeczną oraz uniemożliwiający dokonywanie szybkich, oczekiwanych rzekomo społecznie zmian, przeszkoda w realizacji celów władzy wykonawczej, polityków oraz uprzywilejowanych przedstawicieli społeczeństwa. Z tych względów jest stale atakowana i narażona na niebezpieczeństwo. Przypominanie o funkcji prawa we współczesnych demokracjach konstytucyjnych, znaczeniu i powinnościach prawników w realizacji zasady rządów prawa, funkcji prawa w sferze ochrony wolności i realizacji idei sprawiedliwości jest tym samym podstawowym zadaniem prawników. Nie ma wszak wątpliwości, że zasada podziału władzy i rządów prawa nie jest w stanie przetrwać bez aktywnego udziału profesjonalnych prawników, niezawisłych sędziów i niezależnych jurystów, realizujących konsekwentnie powierzone im w państwie prawa zadania[44]. Niezawisłość sędziów i niezależność profesjonalnych prawników to nie przywileje, pozwalające na zachowanie szczególnej pozycji społecznej, lecz

[44] Także w tym kontekście trzeba przywołać M. Kirby'ego, podkreślającego, że „One of the features of the law that tends to irritate other sources of power is demand of the law's practitioners – judges and lawyers – for independence. The irritation is often true of politicians, wealthy and powerful people, government officials and media editors and their columnists. Those who are used to being obeyed and feared commonly find it intensely annoying that there is source of power that they cannot control or buy – the law and the courts. Yet the essence of modern democracy is observance of the rule of law. **The rule of law will not prevail without assuring the law's principal actors – judges and practicing lawyers and also legal academics – a very high measure of independence of mind and action**" – M. Kirby, *Independence...*

wyjątkowe powinności, służące realizacji interesu publicznego, w tym w szczególności rzetelności procesu[45].

Teza o koniecznym ścisłym związku i korelacji między systemowymi zasadami: niezawisłości sędziego oraz niezależności profesjonalnych prawników w sferze realizacji konstytucyjnego prawa do sądu sprawia, że szczególnego znaczenia nabierają normatywne źródła zasady niezależności adwokata. Jeśli w ogóle poszukiwać ustawowego zakorzenienia zasady niezależności adwokata, to musiałaby mieć ona charakter systemowy, a więc odnoszący się do wszystkich wykonywanych przez adwokata czynności zawodowych, nie tylko tych, które związane są z jego procesową rolą. Jakkolwiek źródeł zasady niezależności w aspekcie formalnym i materialnym poszukiwać można w różnych częściach systemu prawa, to wydaje się, że zasadniczo związane są one z konstytucyjnym prawem do sądu rozumianym szeroko jako dostęp obywatela do wymiaru sprawiedliwości oraz funkcjami prawników, w tym w szczególności adwokatów jako przedstawicieli zawodów zaufania publicznego[46]. W działalności świadczących pomoc prawników, zarówno w zakresie czynności sądowych, jak i wszelkich innych czynności wykonywanych w związku z udzielaniem porad prawnych, świadczeniem pomocy prawnej lub prowadzeniem spraw, odnaleźć można zarówno elementy publicznoprawne, jak i elementy prywatnej relacji profesjonalnego prawnika i jego klienta[47]. Publicznoprawny element funkcji adwokata, pełnienie przede wszystkim roli realizatora prawa, strzegącego poprawności i prawidłowości jego stosowania zwłaszcza przez organy władzy publicznej, zakorzenia zasadę niezależności wykonywania czynności zawodowych w konstytucyjnym prawie do sądu. Niezależność adwokacka ma podobnie

[45] Jak twierdzi Michael Kirby „'independence is not provided for the benefit or protection of judges or lawyers as such. Nor is it intended to shield them from being held accountable in the performance of their professional duties and to the general law. Instead, its purpose is the protection of the people, affording them an independent legal profession as the bulwark of a free and democratic society.' **Professional independence is both a duty and a privilege, because it serves as a guarantee of due process for the public.** Fundamental democratic principles, such as the separation of powers and the core principle of judicial autonomy, would not have much meaning in the absence of an independent legal profession entrusted with the duty of assisting the courts, acting as 'an instrument in the administration of justice, an officer of the legal system, and a co-minister of justice'. A truly independent legal profession can assist society in its efforts to protect and enforce its citizens' legitimate rights against political institutions or intrusions of private parties. The duty of a lawyer, and the duty of the bars a whole, is to serve the rule of law and the wider public interest. **The independence of the legal profession enables lawyers to fulfil this function by acting for the benefit, and in the legitimate interest of, the client and society as a whole, without fear of abusive prosecution, and free from improper influence of any kind. A strong and independent legal profession can also serve as a mechanism for political accountability**" – M. Kirby, *Independence...*

[46] Por. rozważania A. Malickiego, *Niezawisłość sędziego...*, *passim*.

[47] Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Adwokat jako obrońca...*, s. 67–100; P. Kardas, *Etyczne i proceduralne aspekty relacji...*, s. 213–233.

jak niezawisłość sędziowska wewnętrzny i zewnętrzny aspekt. W przypadku niezależności adwokata w zakresie wykonywania czynności zawodowych należy mówić zarówno o niezależności w odniesieniu do podmiotów zewnętrznych, w tym w szczególności organów władzy publicznej, jak i o niezależności wobec własnego mocodawcy[48]. Oba aspekty są równie istotne. Oba decydują o właściwym, mieszczącym się w wyznaczonej dla adwokata w systemie opartym na zasadzie rządów prawa roli zawodowej i społecznej. Paradoksalnie niezależność adwokata od jego mocodawcy jest zagadnieniem o wiele bardziej skomplikowanym i wywołującym trudności w praktyce stosowania prawa niż problem niezależności od organów władzy publicznej. W obu aspektach niezwykle istotną rolę pełnią organy samorządu zawodowego, których podstawowym zadaniem jest tworzenie warunków do wykonywania zawodu adwokata przez członków korporacji. Istnienie i właściwe funkcjonowanie samorządu zawodowego adwokatów jest bowiem jednym z warunków realizacji zasady rządów prawa, a w dalszej perspektywie realizacji zasady prawa do sądu, dostępu do wymiaru sprawiedliwości, wreszcie realizacji obywatelskiego roszczenia do słuszności prawa i sprawiedliwości rozstrzygnięcia. Elementem umożliwiającym należyte wykonywanie publicznoprawnych funkcji adwokata jest także instytucja tajemnicy zawodowej. Instytucja tajemnicy zawodowej jest powiązana z zasadą niezależności zarówno w aspekcie zewnętrznym, w relacji do innych podmiotów, w tym władzy publicznej, oraz wewnętrznym, odnoszącym się do relacji między adwokatem a mocodawcą, który ma istotne znaczenie w kontekście wyznaczania zakresu ochrony tajemnicy adwokackiej[49].

Jeśli postrzegać niezawisłość sędziego i niezależność adwokata jako elementy konkretyzujące prawo do sądu oraz pozostałe prawa podmiotowe związane z wymiarem sprawiedliwości, to właściwe ujęcie zasady niezależności adwokata ma znaczenie fundamentalne. W istocie bowiem niezależność adwokata w kontekście niezawisłości sędziego i prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości ma znaczenie publiczne. W perspektywie publicznoprawnej określa wymogi stawiane adwokatowi jako przedstawicielowi zawodu zaufania publicznego, którego należyte wykonywanie stanowi jedną z gwarancji prawidłowego funkcjonowania systemu wymiaru sprawiedliwości. Bez wątpienia zasada niezależności adwokata jest także gwarancją w relacjach z mocodawcą,

[48] W odniesieniu do zagadnienia niezależności adwokata od własnego mocodawcy zob. P. Kardas, *Adwokat jako obrońca...*, s. 67–100; P. Kardas, *Etyczne i proceduralne aspekty...*, s. 213–233.

[49] Zob. w tej kwestii J. Giezek, M. Gutowski, P. Kardas, *Tajemnica adwokacka w świetle wyzwań współczesności – uwagi wprowadzające*, „Palestra" 2019/7–8, s. 5; D. Dudek, *Konstytucja i tajemnica adwokacka*, „Palestra" 2019/7–8, s. 26; J. Giezek, *Tajemnica adwokacka a dysponowanie informacjami pozyskanymi w związku ze świadczeniem pomocy prawnej*, „Palestra" 2019/7–8, s. 98; P. Kardas, *O sposobach rozwiązywania kolizji norm i konfliktu dóbr w związku z tajemnicą adwokacką – tajemnica adwokacka w świetle kolizji norm oraz konfliktu wartości*, „Palestra" 2019/7–8, s. 118; M. Gutowski, *O granicach tajemnicy adwokackiej w prawie prywatnym*, „Palestra" 2019/7–8, s. 182.

a także podstawą i uzasadnieniem odmowy realizacji w określonych okolicznościach żądań mocodawcy przez adwokata. Bez tego elementu nie można sensownie mówić o jakichkolwiek relacjach między zasadą niezawisłości sędziego a zasadą niezależności adwokata. Te relacje mają bowiem nie tylko pojęciowy, ale przede wszystkim merytoryczny i funkcjonalny charakter.

Właściwie zrekonstruowana zasada niezależności adwokata jest podstawową gwarancją należytego wykonywania czynności zawodowych w sferze relacji z mocodawcą, organami władzy publicznej oraz sądami. Nie ma przecież wątpliwości, że działanie w interesie i na korzyść mocodawcy w prawidłowo funkcjonującym systemie wymaga bezwzględnego przestrzegania prawa, którego adwokat, podobnie jak sędzia, choć z określoną swoistością, jest sługą. Zasada niezależności jest zatem podstawową barierą immunizującą adwokata przed naciskiem mocodawcy do działania w jego interesie wedle jego wyobrażeń, częstokroć z naruszeniem obowiązujących reguł prawnych. Adwokatowi pełniącemu funkcje w sferze świadczenia pomocy prawnej nigdy nie wolno tego uczynić. Gdyby postąpił inaczej, sprzeniewierzyłby się bowiem temu, co stanowi podstawę twierdzenia, że niezależność adwokata jest korelatem zasady niezawisłości sędziego.

Z perspektywy ustrojowej realizacja zasady niezależności adwokata wymaga spełnienia czterech podstawowych warunków: 1) prawnych gwarancji istnienia samorządu zawodowego, jako struktury zrzeszającej osoby wykonujące zawód zaufania publicznego[50]; 2) powierzenia samorządowym organom kompetencji w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej; 3) powierzenia samorządowi kompetencji do opracowywania i kształtowania zasad etyki i deontologii zawodowej; 4) prawnego uregulowania i ochrony tajemnicy zawodowej. Spełnienie wskazanych wyżej warunków determinuje możliwość pełnienia przez adwokatów funkcji dopełniającej system wymiaru sprawiedliwości oraz zasadę rządów prawa[51].

[50] Co do konstytucyjnych regulacji odnoszących się do samorządów zawodów zaufania publicznego zob. szerzej M. Szydło (w:) *Konstytucja RP. Komentarz. Artykuły 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1, s. 425.

[51] Z perspektywy międzynarodowej wskazuje się, że warunkami zachowania niezależności przedstawicieli profesji prawniczych przy uwzględnieniu ich roli w państwie opartym na zasadzie rządów prawa są: „1) constitutional guarantees of judicial independence; 2) the freedom to associate through independent bar associations and organizations; 3) clear and transparent rules on admission to the bar, disciplinary proceedings and disbarment; 4) protection of legal professional privilege/professional secrecy – the scope of protection, and procedural guarantees; 5) effective independent regulation of the profession; 6) comprehensive legal education and professional training; 7) freedom of choice in representation, including freedom from fear of prosecution in controversial or unpopular cases; 8) ability to uphold the rule of law in situations of heightened national security concerns; 9) ability to respond to political, media or community pressure in times of war, terror or emergency; 10) ability to adapt and react to business practices and quasi-legal practices without undermining exercise of independent judgment in the best interest of the client".

Istnienie wolnego, niezależnego od organów władzy publicznej w aspekcie instytucjonalnym, prawnym, finansowym i organizacyjnym zawodu adwokata, realizującego powierzone mu zadania zgodnie z zasadami etyki i deontologii zawodowej, działającego zawsze w interesie mocodawcy, stanowi konieczny element systemu wymiaru sprawiedliwości oraz ochrony prawnej. Z perspektywy jednostki w optyce obywatelskiej adwokat stanowi przeciwwagę dla organów państwa, czynnik zapewniający równowagę w świecie determinowanym przez przepisy prawa. Niezależność adwokata stanowi podstawowy warunek wykonywania powierzanych zadań. To zaś wymaga istnienia prawnie uregulowanego samorządu zawodowego. W zakresie związanym z określeniem i staniem na straży przestrzegania zasad etyki i deontologii zawodowej, sprawowaniem nadzoru nad prawidłowością wykonywania zawodu, sprawowaniem sądownictwa dyscyplinarnego samorząd adwokacki jako instytucja stanowi gwarancję niezależności wykonywania zawodu, realizuje zadania publiczne. Z perspektywy ustrojowej są to zadania związane ze sferą prawa publicznego, które w ramach złożonej struktury państwa wykonywane są przez niezależny od organów państwa i władzy publicznej samorząd zawodowy. W ujęciu przyjmowanym czasami w teorii prawa administracyjnego lub ustrojowego zadania te można uznać za tzw. zadania zlecone, w tym w szczególności sensie i znaczeniu, że z istoty rzeczy łączą się z instytucją państwa jako zorganizowanej struktury społecznej. Zarazem są to zadania o tyle specyficzne, że choć przynależą do sfery prawa publicznego, z uwagi na funkcje i usytuowanie adwokata w relacji do organów władzy publicznej: ustawodawczej, wykonawczej oraz sądowniczej, a także organów ochrony prawnej, nie mogą być realizowane przez żaden z wymienionych organów władzy publicznej związanych z instytucją państwa, lecz przez organy od państwa niezależne. Stąd organy samorządu zawodowego adwokatów uznać należy za instytucje zaufania publicznego. W powyższym kontekście oczywisty wydaje się wymóg przymusowej, wynikającej z przepisów prawa, przynależności przedstawicieli zawodu adwokata do samorządu zawodowego. Wypełnianie funkcji ze sfery publicznej w interesie publicznym, a więc realizacja zasady dobra wspólnego przez samorząd adwokacki, wymaga objęcia nadzorem i kontrolą nad wykonywaniem zawodu, a także sądownictwem dyscyplinarnym, wszystkich adwokatów.

Zasada wyłączności kompetencyjnej organów samorządu zawodowego adwokatów w zakresie zasad etyki i deontologii oraz sądownictwa dyscyplinarnego i tajemnicy zawodowej stanowi konstytutywny warunek niezależności wykonywania zawodu adwokata. Jej realizacja wymaga zapewnienia zupełności (powszechności) kompetencji organów samorządu w tych obszarach. Wymaga tego związana nierozerwalnie ze sprawowaniem funkcji sądowniczych w sferze dyscyplinarnej zasada powszechności i zupełności decyzyjnej, a także zasady jednolitości i równości. Nie sposób bowiem realizować zasady niezależności wykonywania

zawodu adwokata w sytuacji, w której kompetencje organów samorządu w sferze postępowania dyscyplinarnego obejmowałyby jedynie część przedstawicieli środowiska adwokackiego, tj. wyłącznie grupę przynależąca dobrowolnie do samorządu zawodowego. Identycznie przedstawia się kwestia związana z kształtowaniem oraz nadzorem nad przestrzeganiem zasad etyki i deontologii zawodowej, zakresem i ochroną tajemnicy adwokackiej. Wszystkie wymienione wyżej zasady, mające charakter publiczny i służące realizacji interesu publicznego, przesądzają, że funkcjonowanie samorządu adwokackiego realizującego powyższe zadania wymaga zapewnienia powszechności kompetencyjnej, co immanentnie związane jest z zasadą obligatoryjnej przynależności[52]. W aspekcie obligatoryjnej przynależności mieszczą się również funkcje rejestracyjnej, oraz informacyjne.

W świetle zarysowanych wyżej uwag adwokacki samorząd zawodowy jest instytucją publiczną, realizującą zadania publiczne w sferze uzyskiwania uprawnień i wykonywania zawodu zaufania publicznego. Z perspektywy konstytucyjnej stanowi konieczny, niezbywalny element strukturalny państwa prawa opartego na zasadzie podziału władzy.

Charakter zadań publicznych powierzanych przez ustrojodawcę samorządowi adwokackiemu jako organizacji zrzeszającej przedstawicieli zawodu zaufania publicznego wymaga także odpowiedniego ukształtowania struktury wewnętrznej oraz relacji pomiędzy poszczególnymi organami samorządu. W szczególności zaś wyodrębnienia i niezależności organów dyscyplinarnych, organów „prawodawczych" oraz organów wykonawczych. Nie ma wszak wątpliwości, że sprawowanie sądownictwa dyscyplinarnego wymaga w zakresie związanym z wykrywaniem przewinień dyscyplinarnych, gromadzeniem dowodów oraz formułowaniem skarg oskarżycielskich zagwarantowania niezależności rzeczników dyscyplinarnych, w tym zachowania autonomii i samodzielności w realizacjach z organami stanowiącymi i wykonawczymi samorządu. W zakresie sądownictwa dyscyplinarnego, z uwagi na dysponowanie przez organy dyscyplinarne kompetencjami w sferze prawa represyjnego, niezbędne jest zagwarantowanie w zakresie orzeczniczym niezawisłości sędziów dyscyplinarnych i niezależności sądów dyscyplinarnych[53]. W zakresie sądownictwa

[52] Kwestia zasad przynależności do samorządu zawodowego jest powiązana z charakterem samorządu adwokackiego na gruncie danego porządku prawnego, rodzajem powierzanych samorządowi zadań, w tym w szczególności zadań zleconych ze strony państwa. W systemach Europy kontynentalnej dominuje podejście do samorządu zawodowego jako instytucji publicznej, realizującej zadania publiczne. To stanowi podstawę modelu opartego na obligatoryjnej przynależności do samorządu. Kwestia ta przedstawia się nieco inaczej w krajach opartych na kulturze anglosaskiej, gdzie z uwagi na charakter organizacje adwokackie mają postać stowarzyszeń (*association*), do których przynależność ma charakter dobrowolny. Przedstawienie szerszych uwag odnoszących się do problematyki wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

[53] Choć oczywiście sędziowie sądów dyscyplinarnych działających w ramach samorządu zawodowego adwokatów nie korzystają z konstytucyjnych gwarancji niezawisłości, sądy zaś z konstytucyjnych gwarancji niezależności.

dyscyplinarnego spełnienie opisanych powyżej warunków wymaga dopełnienia możliwością weryfikacji prawomocnych orzeczeń wydawanych przez samorządowe sądy dyscyplinarne przez niezawisłe i niezależne sądy sprawujące wymiar sprawiedliwości w sensie konstytucyjnym.

Spełnienie powyższych wymogów wymaga zagwarantowania merytorycznej, kompetencyjnej, organizacyjnej i finansowej niezależności organów dyscyplinarnych od pozostałych organów samorządu adwokackiego, w tym w szczególności od organów wykonawczych.

Szczególną rolę w zakresie zagwarantowania niezależności prawniczych zawodów zaufania publicznego pełni model odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Odpowiedzialność dyscyplinarna oraz postępowanie dyscyplinarne przedstawicieli zawodów prawniczych wykazuje daleko idące swoistości w porównaniu z innymi typami odpowiedzialności dyscyplinarnej i postępowania dyscyplinarnego. Zasadniczo odpowiedzialność dyscyplinarna stanowi odmianę odpowiedzialności represyjnej osób związanych ze strukturą władzy publicznej, dysponujących władztwem publicznym oraz realizujących zadania w interesie ogólnym. Jest szczególnym rodzajem reagowania na przejawy naruszenia prawa lub innego typu nieprawidłowości przy wykonywaniu określonych zawodów[54]. Jej wyodrębnienie związane jest z charakterem określonych profesji, zasadami ich wykonywania, zaufaniem, profesjonalizmem, prestiżem i pozycją społeczną, wreszcie potrzebą stworzenia wykazującej elementy niezależności i autonomiczności w stosunku do odpowiedzialności służbowej, formuły reagowania na przypadki naruszenia zasad wykonywania określonych czynności.

W przypadku zawodów prawniczych odpowiedzialność dyscyplinarna jest dodatkowo uzasadniana odwołaniem do funkcji profesji prawniczych w systemach opartych na zasadzie podziału władzy i rządów prawa[55]. W szczególności zaś: zasady niezawisłości sędziów i niezależności sądów, stanowiących konieczny warunek realizacji funkcji wymiaru sprawiedliwości; zasady niezależności prokuratorów[56] oraz niezależności adwokatów i radców prawnych.

Wskazane zasady, mające charakter ustrojowy, przesądzają, że w zakresie odpowiedzialności związanej z wykonywaniem tych profesji, w obszarze

[54] Szerzej o normatywnej istocie odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz jej społecznej funkcji zob. W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012, s. 7.

[55] Zob. w tej kwestii m.in. A. Łazarska, *Niezawisłość sędziowska w sprawowaniu urzędu* (w:) *Pozycja ustrojowa sędziego*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2015, s. 86.

[56] Zob. szerzej M. Mistygacz, *Niezależność ustrojowa prokuratury* (w:) *Prokuratura w Polsce w XXI wieku. Wyzwania ustrojowe i procesowe*, red. M. Mistygacz, Warszawa 2019, s. 15; J. Zaleśny, *Dialektyka prokuratorskiej niezależności* (w:) *Prokuratura w Polsce w XXI wieku. Wyzwania ustrojowe i procesowe*, red. M. Mistygacz, Warszawa 2019, s. 60; P. Kardas, *Rola i miejsce prokuratury w systemie organów demokratycznego państwa prawnego. Kilka uwag o przesłankach determinujących założenia projektu ustawy o prokuraturze*, „Prokuratura i Prawo" 2012/9, s. 7–49.

niestanowiącym podstawy do odpowiedzialności karnej lub cywilnej, w miejsce przyjmowanej w odniesieniu do przedstawicieli administracji publicznej odpowiedzialności służbowej, konieczne jest ukształtowanie odpowiedzialności dyscyplinarnej opartej na swoistej zasadzie autonomiczności. Model odpowiedzialności dyscyplinarnej, służąc realizacji potrzeby sankcyjnego reagowania na przejawy naruszającego standardy i wynikające z prawa zasady wykonywania określonych profesji prawniczych, ma zarazem na celu zapewnienie odpowiednich gwarancji niezawisłości i niezależności przedstawicieli profesji prawniczych od pozostałych władz publicznych, w tym w szczególności od władzy wykonawczej[57]. Służy także profesjonalizacji reagowania na przejawy naruszania zasad lub standardów przy wykonywania czynności zawodowych[58]. Opiera się zatem na zasadzie niezależności przedstawicieli zawodów prawniczych od pozostałych organów władzy publicznej oraz niezależności jurysdykcyjnej w ramach postępowania dyscyplinarnego[59]. Służy minimalizacji ryzyka oddziaływania na sędziów, prokuratorów, adwokatów lub radców prawnych poprzez wszczynanie i prowadzenie określonego typu postępowań, zapobieganiu wywoływaniu – jak ujmuje to Trybunał Konstytucyjny – „efektu mrożącego" przez wszczynanie postępowań nieuzasadnionych, a nawet fikcyjnych[60]. Wiąże się z konstrukcją immunitetów, uznawanych także za instrument służący ochronie niezawisłości sędziów i niezależności prokuratorów[61].

---

57 Wyklucza bowiem możliwość ingerencji przez przedstawicieli władzy wykonawczej lub innych organów, stanowiącej z istoty rzeczy zagrożenie dla niezawisłości w przypadku sędziów oraz niezależności w przypadku pozostałych zawodów prawniczych. Zob. w tej kwestii m.in. E. Gudowska-Natanek, *Formalne prawo odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów sądów powszechnych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2018/1, s. 155; W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 23.

58 W piśmiennictwie wyróżnia się zasadniczo cztery podstawowe funkcje odpowiedzialności dyscyplinarnej: 1) zapewnienie przestrzegania reguł zachowania przyjętych w danej grupie zawodowej; 2) eliminacja osób niespełniających kryteriów niezbędnych do przynależności do danej grupy zawodowej; 3) ochrona prestiżu oraz zapewnienie fachowości; 4) zapewnienie niezależności jurysdykcyjnej w aspekcie personalnym lub organizacyjnym – W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy..*, s. 50. Odrębnym zagadnieniem jest kwestia zupełności i poprawności tego ujęcia.

59 Element zewnętrzny oraz korygujący w modelu odpowiedzialności dyscyplinarnej przedstawicieli zawodów prawniczych pełni możliwość sądowej kontroli orzeczeń wydawanych przez organy dyscyplinarne.

60 Na ochronną i gwarancyjną funkcję odpowiedzialności dyscyplinarnej w kontekście zasady niezawisłości i niezależności sędziów wskazuje się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego – zob. w szczególności wyrok TK z 24.06.1998 r. (K 3/98), OTK 1998/4, poz. 52; wyrok TK z 18.02.2004 r. (K 12/03), OTK-A 2004/2, poz. 8. Warto przytoczyć fragment uzasadnienia wyroku TK z 2.04.2015 r., w którym wskazano, że „uzasadnieniem immunitetu sędziowskiego jest bowiem obawa przed próbami uzależnienia władzy sądowniczej od innych władz i przekonanie, że jego brak stwarzałby realne niebezpieczeństwo dla osób piastujących godność sędziego oraz dla porządku prawnego przez to, że istniałaby możliwość wpływu na zachowanie sędziów, zwłaszcza na spełnianie przez nich powinności zawodowych za pomocą wszczynania postępowań nieuzasadnionych, a nawet mających charakter fikcyjny".

61 Por. stanowisko TK wyrażone w uzasadnieniu wyroku TK z 28.11.2007 r. (K 39/07), OTK-A 2007/10, poz. 129; wyrok TK z 2.04.2015 r. (P 31/12), OTK-A 2015/4, poz. 124.

W odniesieniu do modelu odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów odnieść można odpowiednio, twierdzenia prezentowane w piśmiennictwie i orzecznictwie w zakresie sędziowskiego modelu odpowiedzialności dyscyplinarnej[62]. W szczególności zaś to, że właściwie ukształtowany, oparty na zasadzie autonomii jurysdykcyjnej, podległej jedynie kontroli sądowej, model samorządowej odpowiedzialności dyscyplinarnej pełni istotną rolę w sferze zachowania niezależności przedstawicieli profesji prawniczych. Można także odpowiednio odwołując się do funkcji sędziowskiego postępowania dyscyplinarnego twierdzić, że legislacyjne uregulowanie odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów wpływa na ich niezależność, co będzie miało skutki w zakresie realizacji konstytucyjnego prawa do sądu"[63]. W ten sposób kwestie modelu odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów, czy szerzej przedstawicieli zawodów prawniczych, łączą się z konstytucyjnymi gwarancjami niezawisłości sędziów i niezależności sądów. Niezależność adwokata stanowi bowiem jedną z gwarancji realizacji podmiotowego obywatelskiego prawa do sądu w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji[64]. Można, podążając tym tropem, poszukiwać rozwinięcia sygnalizowanej powyżej idei zakorzeniania zasady niezależności adwokata w regulacjach konstytucyjnych jako niezbędnej przesłanki realizacji zasady podziału władzy i rządów prawa[65]. Można także poszukiwać zakorzenienia ochrony zasady niezależności prawników świadczących pomoc prawną w systemie opartym na idei rządów prawa w prawie unii Europejskiej.

W perspektywie funkcji i znaczenia modelu odpowiedzialności dyscyplinarnej dla zagwarantowania niezbędnej w systemie opartym na idei rządów prawa niezależności prawników wskazać należy na znaczenie pytań prejudycjalnych wniesionych przez Sąd Dyscyplinarny Izby Adwokackiej w Warszawie (WSD)[66], które zostały zarejestrowane 4.02.2020 r. w Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) pod sygn. akt C-55/20[67]. Rozpoznając odwołanie

62 Zob. w tej kwestii w szczególności W. Wróbel, *Izba Dyscyplinarna jako sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji RP*, „Palestra" 2019/1–2, s. 17; wyrok TSUE z 8.04.2020 r. w sprawie C-791/19 *Komisja przeciwko Polsce*.

63 Zob. P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja RP...*, t. 1, s. 1125; E. Gudowska-Natanek, *Formalne prawo odpowiedzialności dyscyplinarnej...*, s. 155.

64 W perspektywie prawa UE zob. szerzej w tej kwestii M. Safjan, *Prawo do skutecznej ochrony sądowej – refleksje dotyczące wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/19, C-624/18, C-625/18*, „Palestra" 2020/5, s. 5–29.

65 W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 23. Zob. też E. Gudowska-Natanek, *Formalne prawo odpowiedzialności dyscyplinarnej...*, s. 155–156. Szersze analizy dotyczące konstytucyjnych podstaw niezależności adwokata oraz gwarancji związanych z istnieniem i kompetencjami samorządu adwokackiego jako instytucji zaufania publicznego wymagałyby odrębnego opracowania.

66 Pytania prejudycjalne zostały sformułowane w postanowieniu Sądu Dyscyplinarnego Izby Adwokackiej w Warszawie z 24.01.2020 r. (DZ 1010/19).

67 Na znaczenie i funkcję pytań prejudycjalnych w dialogu między krajowymi sądami i innymi organami wymiaru sprawiedliwości a TSUE zwraca uwagę E. Łętowska, *Czego uczą odpowiedzi na pytania prejudycjalne dotyczące polskiego wymiaru sprawiedliwości*, „Palestra" 2020/5, s. 32.

Ministra Sprawiedliwości RP od postanowienia Rzecznika Dyscyplinarnego Izby Warszawskiej o umorzeniu postępowania wobec adwokata RG, Sąd Dyscyplinarny Izby Adwokackiej w Warszawie uznał, że rozstrzygnięcie sprawy uzależnione jest od udzielania przez TSUE odpowiedzi na następujące pytania prejudycjalne sformułowane na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE):

– czy do postępowania dotyczącego odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów i prawników zagranicznych wpisanych na listę adwokatów, w ramach której to odpowiedzialności adwokata można w szczególności obciążyć karą pieniężną, zawiesić w czynnościach zawodowych lub wydalić z adwokatury, a prawnika zagranicznego można w szczególności obciążyć karą pieniężną, zawiesić jego prawo do świadczenia pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej lub zakazać mu świadczenia pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, stosuje się przepisy rozdziału III dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (dalej: „dyrektywa usługowa"), w tym art. 10 ust. 6 dyrektywy usługowej;
– w razie odpowiedzi pozytywnej, czy do powyższego postępowania prowadzonego przed sądami adwokackimi w sprawach, w których od orzeczeń tych sądów nie przysługuje żaden środek zaskarżenia do sądów państwowych lub w których od orzeczeń takich przysługuje wyłącznie nadzwyczajny środek zaskarżenia, jakim jest kasacja do Sądu Najwyższego, zastosowanie mają przepisy Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (dalej Karta), w tym jej art. 47, także w sprawach, w których wszystkie istotne elementy występują w obrębie jednego państwa członkowskiego;
– czy w sprawie, w której – w postępowaniu, o którym mowa w pytaniu pierwszym – właściwym do rozpoznania kasacji od orzeczenia lub postanowienia adwokackiego sądu dyscyplinarnego lub zażalenia na zarządzenie o odmowie przyjęcia takiej kasacji zgodnie z obowiązującymi przepisami krajowymi jest organ, który w ocenie tego sądu, zgodnej z oceną wyrażoną przez Sąd Najwyższy w wyroku z 5.12.2019 r. (III PO 7/18), nie jest niezawisłym i bezstronnym sądem w rozumieniu art. 47 Karty, konieczne jest pominięcie przepisów krajowych ustanawiających właściwość takiego organu, a obowiązkiem adwokackiego sądu dyscyplinarnego jest przekazanie takiej kasacji lub zażalenia do rozpoznania organowi sądowemu, który byłby właściwy, gdyby wspomniane przepisy nie stały temu na przeszkodzie;
– czy w sprawie, w której – w postępowaniu, o którym mowa w pytaniu pierwszym – kasacja od orzeczenia lub postanowienia adwokackiego sądu dyscyplinarnego, zgodnie ze stanowiskiem owego sądu, nie przysługuje ani Prokuratorowi Generalnemu, ani Rzecznikowi Praw Obywatelskich, stanowisko to jest zaś:

a) sprzeczne ze stanowiskiem wyrażonym w uchwale składu 7 sędziów z 27.11.2019 r. (II DS. I 67/18), przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego, tj. organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami krajowymi jest właściwy do rozpoznania zażalenia na zarządzenie o odmowie przyjęcia kasacji, lecz który w ocenie adwokackiego sądu dyscyplinarnego zgodnej z oceną wyrażoną przez Sąd Najwyższy w wyroku z 5.12.2019 r. (III PO 7/18), nie jest niezawisłym i bezstronnym sądem w rozumieniu art. 47 Karty;
b) zgodne ze stanowiskiem wyrażanym uprzednio przez Izbę Karną Sądu Najwyższego, tj. organ sądowy, który byłby właściwy do rozpoznania takiego zażalenia, gdyby wspomniane przepisy nie stały temu na przeszkodzie, adwokacki sąd dyscyplinarny może (względnie powinien) pominąć stanowisko wyrażone przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego;

– czy jeżeli w sprawie, o której mowa w pytaniu trzecim, adwokackiemu sądowi dyscyplinarnemu przedstawiono do rozpoznania odwołanie Ministra Sprawiedliwości, zaś:
a) jednym z czynników, które w ocenie Sądu Najwyższego wyrażonej w wyroku z 5.12.2019 r. (III PO 7/18), a także w ocenie adwokackiego sądu dyscyplinarnego, uzasadniają przyjęcie, że Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego, tj. organ, o którym mowa w pytaniu trzecim w lit. a, nie jest niezawisłym i bezstronnym sądem w rozumieniu art. 47 Karty, jest wpływ władzy wykonawczej, w tym właśnie Ministra Sprawiedliwości, na jej skład osobowy,
b) funkcję Prokuratora Generalnego – który zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego, tj. organ, o którym mowa w pytaniu trzecim lit. a, miałby być uprawniony do wniesienia kasacji od postanowienia zapadłego na skutek odwołania, zaś zgodnie ze stanowiskiem Izby Karnej Sądu Najwyższego, tj. organu sądowego, o którym mowa w pytaniu trzecim lit. b, oraz zgodnie ze stanowiskiem adwokackiego sądu dyscyplinarnego, takiego uprawnienia nie posiada – pełni z mocy prawa właśnie Minister Sprawiedliwości, to adwokacki sąd dyscyplinarny winien pozostawić odwołanie to bez rozpoznania, jeżeli tylko w ten sposób może zapewnić zgodność postępowania z art. 47 Karty, a w szczególności uniknąć ingerencji w to postępowanie ze strony organu niebędącego niezawisłym i bezstronnym sądem w rozumieniu tego przepisu?

Postępowanie prowadzone przez TSUE w zakresie przywołanych wyżej pytań prejudycjalnych ma znaczenie wykraczające poza zakres sprawy rozpoznawanej przez WSD. Odnosi się bowiem do zagadnień ogólniejszej natury,

istotnych z punktu widzenia zasad wykonywania zawodów adwokata w ramach Unii Europejskiej, w tym w szczególności:

a) roli i funkcji prawników w realizacji zasady rządów prawa,
b) funkcji i znaczenia zasady niezależności prawników,
c) zadań i roli samorządu zawodowego prawników,
d) instytucjonalnych gwarancji należytego realizowania przez prawników funkcji i zadań immanentnie związanych z modelem rządów prawa,
e) znaczenia i zakresu zastosowania prawa Unii Europejskiej w sferze odnoszącej się do prawnych gwarancji niezależności prawników,
f) instrumentów ochrony niezależności prawników,
g) funkcji adwokackiego sądownictwa dyscyplinarnego,
h) statusu adwokackich sądów dyscyplinarnych,
i) możliwości zadawania przez te sądy pytań prejudycjalnych,
j) zastosowania do adwokackiego postępowania dyscyplinarnego Karty Praw Podstawowych,
k) możliwości i zakresu ingerencji organów władzy wykonawczej, w szczególności zaś Ministra Sprawiedliwości oraz Prokuratora Generalnego, w adwokackie postępowanie dyscyplinarne,
l) modelu i przesłanek kontroli przez organy władzy publicznej rozstrzygnięć ostatecznych i prawomocnych wydawanych przez adwokackie sądy dyscyplinarne.

Sprawa prowadzona pod sygn. akt C-55/20 to pierwszy w historii przypadek zwrócenia się przez adwokacki sąd dyscyplinarny z pytaniami prejudycjalnymi do TSUE. Ma charakter precedensowy, zaś rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości zarówno w kwestii dopuszczalności sformułowania pytań prejudycjalnych przez adwokacki sąd dyscyplinarny, jak i zagadnień merytorycznych stanowiących przedmiot przedstawionych pytań wyznaczać będzie sposób interpretacji prawa UE oraz zakres ochrony niezależności prawników na przyszłość. Z tej perspektywy należy przyjąć, że stanowisko TSUE w odniesieniu do pytań prejudycjalnych sformułowanych przez WSD ma znaczenie dla zasad wykonywania zawodów prawniczych w Unii Europejskiej. Udział w debacie dotyczącej poruszanych w zakresie pytań prejudycjalnych kwestii stanowi element współuczestnictwa w procesie stosowania prawa UE w sferze związanej z wykonywaniem profesji prawniczej[68].

Postępowanie w sprawie C-55/20 ma także znaczenie w zakresie wynikających z prawa UE standardów minimalnych związanych z zasadą rządów prawa. Dotyczy w istocie kwestii możliwości oraz zakresu władczego oddziaływania przez organy władzy wykonawczej – Ministra Sprawiedliwości oraz Prokuratora

[68] Zob. w tym zakresie E. Łętowska, *Czego uczą odpowiedzi na pytania prejudycjalne...*, s. 30–45.

Generalnego – na tok oraz merytoryczną treść rozstrzygnięć wydawanych przez adwokackie sądy dyscyplinarne. W konsekwencji obejmuje zagadnienie instytucjonalnych gwarancji niezależności prawników, a także kwestie związane z funkcją postępowania dyscyplinarnego. W szczególności zaś odnosi się do statusu adwokackich sądów dyscyplinarnych, zakresu ich niezależności orzeczniczej, autonomii w rozpoznawaniu powierzonych spraw powiązanej bezpośrednio z gwarancjami niezależności świadczenia pomocy prawnej.

Sprawa C-55/20 obejmuje także wiele kwestii związanych z aktualnym kryzysem konstytucyjnym w Rzeczypospolitej Polskiej. Zagadnienia te stanowią w ramach zainicjowanego przez WSD postępowania ustrojowy i faktyczny kontekst. W istotnym zakresie udzielenie przez TSUE odpowiedzi na pytania prejudycjalne ma charakter uniwersalny. W szczególności chodzi tutaj o stanowisko dotyczące przesłanek niezależności i bezstronności sądu, o których w ostatnim okresie w kontekście spraw polskich kilkukrotnie wypowiadał się TSUE[69]. Z tego punktu widzenia standardy prawa UE odnoszące się do sądów jako odrębnych organów władzy publicznej wyznaczają standardy postępowania odwoławczego w sprawach dyscyplinarnych, gdzie przewiduje się możliwość składania do sądów środków zaskarżenia.

W odniesieniu do kwestii przesłanek określających podmioty uprawnione do zadawania pytań prejudycjalnych centralnym problemem jest ustalenie statusu adwokackiego sądu dyscyplinarnego. W szczególności zaś rozstrzygnięcie, czy organowi rozpoznającemu sprawy dyscyplinarne adwokatów przysługuje status sądu w rozumieniu art. 267 TFUE[70]. Ramy prawne rozstrzygnięcia tego zagadnienia w sprawie C-55/20 wyznaczają regulacje dotyczące postępowania dyscyplinarnego zawarte w polskiej ustawie Prawo o adwokaturze. Ustawa ta przewiduje powołanie stałych organów rozpoznających sprawy dyscyplinarne adwokatów, określanych mianem sądów dyscyplinarnych. Przewiduje procedurę powoływania sędziów tych sądów, gwarantującą merytoryczne kompetencje do rozstrzygania tego typu spraw. Statuuje także zasadę niezależności sądów dyscyplinarnych od innych organów samorządu adwokackiego i organów władzy publicznej, a także zasadę niezależności sędziów tych sądów. Sprawy rozstrzygane przez sądy dyscyplinarne mają charakter sporny, sąd dyscyplinarny działa na wniosek stron, nie zaś z urzędu. Ma obowiązek stosowania przepisów prawa, zaś wydawane rozstrzygnięcia są wiążące i podlegają wykonaniu w drodze przymusu.

[69] Szerzej w tej kwestii zob. w szczególności E. Łętowska, *Czego uczą odpowiedzi na pytania prejudycjalne...*, s. 31; M. Safjan, *Prawo do skutecznej ochrony sądowej – refleksje dotyczące wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/19, C-624/18, C-625/18*, „Palestra" 2020/5, s. 5; M. Szpunar, *Wybrane problemy stosowania prawa Unii Europejskiej przed sądami państw członkowskich*, „Palestra" 2020/5, s. 60.

[70] Co do kryteriów przyjmowanych w orzecznictwie TSUE zob. w szczególności R. Grzeszczak, M. Krajewski, *Pojęcie „sądu" w świetle przepisów art. 47 KPP i art. 267 TFUE*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2014/4, s. 1 oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

W zakresie kompetencji merytorycznej sądy dyscyplinarne mają uprawnienie do przypisania adwokatowi, adwokatowi zagranicznemu lub aplikantowi adwokackiemu odpowiedzialności za przewinienie dyscyplinarne oraz wymierzenia kary dyscyplinarnej, w tym m.in. kary wydalenia z adwokatury lub zakazu świadczenia przez prawnika zagranicznego pomocy prawnej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Nie ma wątpliwości, że postępowanie dyscyplinarne prowadzone przed adwokackimi sądami ma charakter postępowania represyjnego, do którego co najmniej odpowiednio stosują się konstytucyjne i konwencyjne gwarancje przewidziane dla odpowiedzialności karnej. Prawomocne orzeczenia adwokackich sądów dyscyplinarnych, działających w modelu dwuinstancyjnym – w pierwszej instancji orzekają sądy dyscyplinarne izb adwokackich, w drugiej Wyższy Sąd Dyscyplinarny – nie podlegają zwykłym środkom zaskarżenia. Uznanie, że organ uprawniony do orzekania w adwokackich sprawach dyscyplinarnych ma status sądu w rozumieniu art. 267 TFUE, wyznaczać będzie charakter organów dyscyplinarnych w prawnej przestrzeni UE. Stanowiące podstawę takiego rozstrzygnięcia kryteria uznania organu dyscyplinarnego w sprawach adwokackich za sąd w rozumieniu art. 267 TFUE stanowić powinny, niezależnie od rozwiązań przyjmowanych w tym zakresie w ustawodawstwie państw członkowskich UE, podstawę do ukształtowania adwokackiej procedury dyscyplinarnej w sposób odpowiadający tym przesłankom.

Uznanie sądów dyscyplinarnych za sądy w rozumieniu art. 267 TFUE pozwala bowiem na zwiększenie zakresu gwarancji związanych z adwokackim postępowaniem dyscyplinarnym w sferze ochrony niezależności prawników. W dalszej zaś perspektywie stanowi istotny element systemu ochrony rządów prawa, w ramach którego niezależni prawnicy odgrywają fundamentalną rolę. Współokreśla także rolę i funkcje niezależnych prawników w systemach opartych na zasadzie rządów prawa i modelu demokracji konstytucyjnej[71].

Drugim z ogólnych zagadnień objętych pytaniami prejudycjalnymi jest kwestia możliwości zastosowania do adwokackiego postępowania dyscyplinarnego przepisów rozdziału III dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym, w szczególności zaś postanowień art. 10 ust. 6. Uznanie, że do adwokackiego postępowania dyscyplinarnego mają zastosowanie regulacje dyrektywy usługowej, przesądzać będzie, że postępowania takie mieszczą się w ramach prawa UE. Stosowanie do postępowania dyscyplinarnego dyrektywy usługowej pozwala bowiem na wykorzystanie prawa UE także w sprawach o charakterze wewnętrznym. W przypadku prawników dostrzec trzeba element unijny związany z potencjalnie transgranicznym charakterem działalności adwokatów, ich klientami mogą być osoby z innych państw członkowskich. Trafnie wskazuje się w uzasadnieniu

[71] *The Independence of the Legal Profession. Threats...*

pytań prejudycjalnych, że postrzegana w perspektywie prawa UE zasada swobody świadczenia usług może prowadzić do wymogu, by prawo krajowe zapewniało taki sam standard dla obywateli danego państwa członkowskiego, jaki przysługiwałby na mocy prawa UE obywatelowi innego państwa członkowskiego. W sytuacji, gdy usługi prawnicze mogą być wykonywane zarówno przez prawników polskich, jak i zagranicznych, wpisanych na listę w Polsce, postępowanie dyscyplinarne gwarantować musi takie same standardy dla obu kategorii prawników. Jakakolwiek forma dyskryminacji lub uprzywilejowania stanowiłaby naruszenie zasad wynikających z prawa UE. W konsekwencji rozstrzygnięcie tego zagadnienia prejudycjalnego ma znaczenie nie tylko dla prawników polskich, ale także dla prawników z innych krajów członkowskich prowadzących działalność lub rozważających podjęcie działalności na terytorium RP. Ma znaczenie dla zakresu ochrony klientów prawników działających na terytorium RP, mogą być nimi bowiem obywatele innych krajów członkowskich.

Trzecim z ogólnych zagadnień jest określenie minimalnego standardu postępowania przed sądami dyscyplinarnymi. Pozytywne rozstrzygnięcie kwestii stosowania do adwokackiego postępowania dyscyplinarnego dyrektywy usługowej stwarza możliwość stosowania do adwokackiego postępowania dyscyplinarnego gwarancji przewidzianych w Karcie Praw Podstawowych, w tym w szczególności w jej art. 47. To zaś przesądza, że prawo UE nakładałoby obowiązek ukształtowania postępowania dyscyplinarnego w sposób gwarantujący spełnienie standardu rzetelnego procesu. Przyjęcie, że do adwokackiego postępowania dyscyplinarnego stosuje się postanowienia Karty Praw Podstawowych, otwiera także perspektywę wykorzystywania standardów gwarancyjnych przewidzianych w EKPCz oraz odwoływania się w postępowaniu dyscyplinarnym do orzecznictwa ETPCz.

Pozostałe zagadnienia objęte pytaniami prejudycjalnymi są ściśle powiązane z aktualną sytuacją prawną w Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności zaś oceną zgodności z prawem UE regulacji przyjętych na przestrzeni ostatnich czterech lat w odniesieniu do Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych. Jakkolwiek wykazują w znacznym stopniu charakter lokalny, związany z regulacją wewnętrzną Polski jako państwa członkowskiego UE, to jednak w kontekście ujawniających się w szerszej skali zagrożeń dla zasady rządów prawa, także w tym zakresie mają charakter ogólny. Nie ma wszak wątpliwości, że wszelkie zagrożenia lub naruszenia prawnych gwarancji niezależności sądów, jako organów władzy publicznej, stanowią zagrożenie dla rządów prawa. W tym zakresie ocena zgodności przyjętych w ostatnim okresie w RP rozwiązań z prawem UE ma znaczenie z punktu widzenia wszystkich państw członkowskich[72]. Z punktu widzenia stanowiących przedmiot dwóch pytań prejudycjalnych zagadnień związanych ze statusem Izby Dyscyplinarnej SN,

[72] Zob. w tej kwestii instruktywne uwagi E. Łętowskiej, *Czego uczą odpowiedzi na pytania prejudycjalne...*, s. 31.

w szczególności zaś rozstrzygnięciem, czy organ ten spełnia cechy niezależnego i bezstronnego sądu w rozumieniu prawa UE, istotne jest nie tylko to, co wynika z wydanych przez sformułowanie pytań prejudycjalnych wyroków TSUE, ale także stanowisko TSUE dotyczące środków tymczasowych przedstawione w wyroku TSUE z dnia 8.04.2020 r. w sprawie C-791/19 *Komisja przeciwko Polsce*. Wątpliwości dotyczące gwarancji niezależności oraz bezstronności Izby Dyscyplinarnej oceniać należy bowiem w kontekście gwarancji niezależności adwokata powiązanych z określonym modelem adwokackiego postępowania dyscyplinarnego. Należy podkreślić, że w odniesieniu do sędziowskiego postępowania dyscyplinarnego TSUE w wyroku z 8.04.2020 r. w sprawie C-791/19 *Komisja przeciwko Polsce* przyjął, że „każde państwo członkowskie powinno zatem na podstawie art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE zapewnić, by system środków dyscyplinarnych obowiązujący w stosunku do sędziów sądów krajowych należących do ustanowionego przez to państwo systemu środków odwoławczych w dziedzinach objętych prawem Unii przestrzegał zasady niezawisłości sędziowskiej, także poprzez zagwarantowanie, by orzeczenia wydawane w postępowaniach dyscyplinarnych wszczynanych wobec sędziów tych sądów podlegały kontroli organu, który sam spełnia wymogi nieodłącznie związane ze skuteczną ochroną sądową, w tym wymóg niezależności". Z twierdzenia powyższego wyprowadzić można ogólną zasadę, że każde państwo członkowskie powinno zatem na podstawie art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE zapewnić, by system środków odwoławczych obowiązujący w stosunku do ustanowionego przez to państwo systemu środków dyscyplinarnych w dziedzinach objętych prawem Unii przestrzegał zasady niezawisłości sędziowskiej. Z takiego wniosku wynika, że każde państwo członkowskie ma obowiązek zapewnić, by system środków dyscyplinarnych obowiązujący w stosunku do adwokatów przestrzegał zasady niezawisłości sędziowskiej. Jest tak, ponieważ organy orzekające co do systemu środków dyscyplinarnych dotyczących adwokatów rozstrzygają kwestie dotyczące prawa UE na podstawie art. 10 (6) dyrektywy usługowej.

Z perspektywy gwarancji niezależności adwokata powiązanych z modelem postępowania dyscyplinarnego rozstrzygnięcie przez TSUE kwestii poruszanych w pytaniach wyznaczać będzie przesłanki, jakie spełniać musi publiczny organ odwoławczy rozpoznający środki zaskarżenia od orzeczeń sądów dyscyplinarnych, zapobiegające nieuprawnionej ingerencji organów władzy wykonawczej w sferę niezależności prawników.

Zasadnicze aspekty poruszane w pytaniach prejudycjalnych odnoszą się zatem do problematyki prawnych gwarancji niezależności prawników oraz ich funkcji w realizacji zasady rządów prawa oraz wolności obywatelskich[73]. Stanowisko TSUE w tej sprawie mieć będzie zatem znaczenie dla wszystkich prawników wykonujących zawód na terytorium Unii Europejskiej.

[73] Zob. The Hon. Justice Michael Kirby AC AMG, *Independence...*

ABSTRACT

prof. zw. dr hab. Piotr Kardas

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), head of the Department of Comparative Criminal Law of Faculty of Law and Administration at the Jagiellonian University, Alexander von Humboldt Foundation Fellow, v-ce President of the Polish Bar Council, member of the Legal Studies Committee at the Polish Academy of Arts and Sciences, Member of the Legal Studies Committee at the Polish Academy of Science, head if the Polish Delegation to CCBE; President of ELF Advisory Board.

Institutional guarantees on lawyers' independence as a bedrock of the rule of law

Effective functioning of a system based on the rule of law principle requires multiple institutional guarantees. Legal system as a tool of social control can only function when there is a mechanism to check the legality of public authorities actions. Independent courts are the bedrock of that mechanism.

The correct functioning of courts, however, is impossible without independent lawyers, e.g. barristers, advocates, who are the servants of the law and representants of their clients interests. The correct reading of the law which enables judges to give correct judgments in individual cases is only possible through common effort of all independent lawyers engaged in the case.

Independence of lawyers is thus a fundamental requirement for the realisation of the rule of law principle. Because of that the institutional guarantees on lawyers independence, found in the law of the Member States as well as in the EU law, are of fundamental importance.

Especially important are the ones that concern the professional self-government through independent professional associations, those that concern the attorney-client privilege and the issues relating to decisions about disciplinary liability, which meets the requirement of due process only when independent.

From the perspective of the whole legal system lawyers independence is protected only when four basic conditions are met: 1) when there are legal guarantees for the existence of lawyers' associations that serve the function of self-government, 2) when lawyers' associations have the monopoly to decide on cases concerning disciplinary liability of lawyers'; 3) when lawyers' associations have the monopoly to shape the deontology and rules of professional ethics; 4) when attorney-client privilege is regulated and protected by law.

Existence of the aforementioned conditions determines the ability of lawyers to serve their function as assistants in the effective functioning of the justice system and the rule of law principle.

Keywords: *rule of law, constitution, professional self-government, disciplinary liability, advocates' independence, independence of courts, independence of judges, attorney-client privilege, separation of powers, right to court, fairness of law, due process, deontology, professional ethics*

prof. dr hab. Piotr Kardas
ORCID: 0000-0002-8903-2417; e-mail: pkardas@kardas.com.pl

Autor jest adwokatem (ORA w Krakowie), kierownikiem Zakładu Prawa Karnego Porównawczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, stypendystą Fundacji Alexandra von Humboldta, członkiem Komisji Prawnej Polskiej Akademii Umiejętności, członkiem Komisji Prawnej Oddziału Krakowskiego Polskiej Akademii Nauk, wiceprezesem Naczelnej Rady Adwokackiej, przewodniczącym polskiej delegacji do CCBE; Prezydentem Rady Doradczej Fundacji Prawników Europejskich.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bień-Kacała Agnieszka, Drinóczi Timea, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, „German Law Journal" 2019/20, p. 1140

Binhgam Tom, The Rule of Law, London 2010

Bradley Anthony W., Ewing Keith D., Knight Christopher J.S., *Constitutional & Administrative Law*, Pearson 2018

Brandies Louis, *The Opportunity of the Law. Buisness – A Profession* (w:) *The Lawyer's Professional; Independence: Present. Threats. Future. Challenges*, Washington 1984

Bugarić Bojan, Ginsburg Tom, *The Assault on Postcommunist Courts*, „Journal of Democracy" 2016

Daly Tom Gerald, *Diagnosing Democratic Decay. Comparative Constitutional Raundtable*, Gilbert&Tobin Centre of Public Law, UNSW, Sydney 2017

Dicey Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1908

Dudek Dariusz, *Konstytucja i tajemnica adwokacka*, „Palestra" 2019/7–8, s. 26

Dyrda Adam, Gizbert-Studnicki Tomasz, Grabowski Andrzej, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa,* Warszawa 2016

Eder Steve, Gebeloff Robert, Protess Ben, Ruiz Rebecca R., *A Conservative Agenda Unleashed on the Federal Courts*, „The New York Times" 14.03.2020, www.nytimes.com

Ewing Keith, *Brexit and Parliamentary Sovereignty*, „Modern Law Review" 2017/80, s. 711

Garlicki Lech, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1998

Giezek Jacek, *Tajemnica adwokacka a dysponowanie informacjami pozyskanymi w związku ze świadczeniem pomocy prawnej*, „Palestra" 2019/7–8, s. 98

Giezek Jacek, Gutowski Maciej, Kardas Piotr, *Tajemnica adwokacka w świetle wyzwań współczesności – uwagi wprowadzające*, „Palestra" 2019/7–8, s. 5

Gizbert-Studnicki Tomasz, *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji" 2017/110, s. 15–39

Gordon Robert W., *The Independence of Lawyers*, „Boston University Law Review" 1988/1., Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship

Grzegorczyk Paweł, Weitz Karol (w:) *Konstytucja RP. Komentarz. Artykuły 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1, komentarz do art. 45 Konstytucji

Grzeszczak Robert, Krajewski Michał, *Pojęcie „sądu" w świetle przepisów art. 47 KPP i art. 267 TFUE*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2014/4, s. 1

Gudowska-Natanek Elżbieta, *Formalne prawo odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów sądów powszechnych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2018/1, s. 155

Gutowski Maciej, *O granicach tajemnicy adwokackiej w prawie prywatnym*, „Palestra" 2019/7–8, s. 182

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

Halmai Gabor, *Illiberalism in East-Central Europe*, European University Institute. Working Paper LAW 2019/05

Halmai Gabor, *Transitional justice, transitional constitutionalism and constitutional culture* (in:) Comparative Constitutional Theory, Gary Jacobsohn and Miguel Schor (eds.), Edward Elgar 2018

Kardas Piotr, *Adwokat jako obrońca – funkcja publiczna czy usługa prywatna* (w:) *Adwokatura w systemie organów wymiaru sprawiedliwości*, red. J. Giezek, Warszawa 2010

Kardas Piotr, *Etyczne i proceduralne aspekty relacji między sędzią, obrońcą i oskarżycielem w kontradyktoryjnym procesie karnym* (w:) *Etyka zawodów prawniczych w praktyce. Relacje na sali rozpraw*, red. G. Borkowski, Lublin 2013, s. 213–233

Kardas Piotr, *O sposobach rozwiązywania kolizji norm i konfliktu dóbr w związku z tajemnicą adwokacką – tajemnica adwokacka w świetle kolizji norm oraz konfliktu wartości*, „Palestra" 2019/7–8, s. 118

Kardas Piotr, *Odpowiedzialność dyscyplinarna rzecznika dyscyplinarnego za naruszenie niezawisłości sędziowskiej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2020/4, s. 93

Kardas Piotr, *Rola i miejsce prokuratury w systemie organów demokratycznego państwa prawnego. Kilka uwag o przesłankach determinujących założenia projektu ustawy o prokuraturze*, „Prokuratura i Prawo" 2012/9, s. 7–49

Kardas Piotr, *Rozproszona kontrola konstytucyjności prawa w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jako przejaw sędziowskiego Konstytucyjnego posłuszeństwa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2019/4

Kardas Piotr, *Zagadnienie kontroli rozproszonej w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych* (w:) *Sądownictwo konstytucyjne. Teoria i praktyka*, red. M. Granat, Warszawa 2019, t. 2, s. 203

Karlik Piotr, Wiliński Paweł (w:) *Konstytucja RP. Komentarz. Artykuły 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 2

Kirby Michael, *Independence of the Legal Profession: Global and Regional Challenges*, www.hcourt.gov.au/assets/publiocations/speeches/former-justice/kirbyj_20mar05.html

Klatt Matthias, *The rule of dual-natured law* (in:) *Legal Argumentation and the Rule of Law*, (ed.) E. Feteris, H. Kloosterhuis, J. Plug, C. Smith, Hauge 2016

Korycka-Zirk Milena, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności*, Toruń 2017

Kozielewicz Wiesław, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów. Komentarz*, Warszawa 2005

Kozielewicz Wiesław, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012

Łazarska Aneta, *Niezawisłość sędziowska w sprawowaniu urzędu* (w:) *Pozycja ustrojowa sędziego*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2015, s. 86

Łętowska Ewa, *Czego uczą odpowiedzi na pytania prejudycjalne dotyczące polskiego wymiaru sprawiedliwości*, „Palestra" 2020/5, s. 30–45

Łętowska Ewa, Krzemiński Marcin, *Skutki uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. w procedurze cywilnej*, monitorkonstytucyjny.eu.

Machnikowska Anna, *Niezależność sądów i niezawisłość sędziego z perspektywy polskich doświadczeń* (w:) *O niezawisłości sędziowskiej z okazji 100-lecia Sądu Najwyższego i Odrodzonego Sądownictwa Polskiego*, red. P. Banasik, Gdynia 2015

Malicki Andrzej, *Niezawisłość sędziego a niezależność adwokata w procesie*, Warszawa 2020

Marmor Andrei, *Rule of Law and its Limits*, „USC Public Research Paper" 2016/3, University of Southern California Law School, https://weblaw.usc.edu/centers/class/class-workshops/usc-legal-studies-working-papers/documents/03_16_paper.pdf

McCarthy Tom, *Trump's judges: a revolution to create a new conservative America*, „The Guardian", 28.04.2020 r., www.theguardian.com

Mistygacz Michał, *Niezależność ustrojowa prokuratury* (w:) *Prokuratura w Polsce w XXI wieku. Wyzwania ustrojowe i procesowe*, red. M. Mistygacz, Warszawa 2019

Rodriguez Daniel B., McCubbins Mathew D., Weingast Barry R., *The Rule of Law Unplugged*, Caltech Center for the Study of Law&Politics 2009

Sadurski Wojciech, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press 2019

Safjan Marek, *Prawo do skutecznej ochrony sądowej – refleksje dotyczące wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/19, C-624/18, C-625/18*, „Palestra" 2020/5, s. 5–29

Sajó András, *Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1995/15, s. 253

Sobczak Jacek, *Niezawisłość sędziowska i niezależność sądów. Problem ważny i ciągle aktualny*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa" 2015/4, s. 79

Szpunar Maciej, *Wybrane problemy stosowania prawa Unii Europejskiej przed sądami państw członkowskich*, „Palestra" 2020/5, s. 60–73

Szydło Marek (w:) *Konstytucja RP. Komentarz. Artykuły 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1

The Conservative and Unionist Party Manifesto 2019, London 2019

The Independence of the Legal Profession. Threats to the bastion of the free and democratic society, A report by the IBA's Presidential Task Force on the Independence of the Legal Profession, September 2016

The Rule of Law. History, Theory and Criticism, (ed.) P. Costa, D. Zolo, Springer Dordrecht, The Netherlands 2007

Tóth Gabor Attila, *Chief Justice Solyom and the paradox of „revolution under rule of law"*, academia.edu.

Tóth Gabor Attila, *Constitutional Markers of Authoritarianism*, „Hauge Journal on the Rule of Law", http://doi.org/10.1007–018–0081–6

Tóth Gabor Attila, *Illiberal Rule of Law? Changing Features of Hungarian Constutitionalism*, Cambridge University Press 2017, https://doi.org/10.1017/9781316585221.013; academia.edu

Tóth Gabor Attila, *The authoritarian's new clothes: tendencies away from constitutional democracy*, Centre for Socio-Legal Studies and Wolfson College at the University of Oxford, http://www.fljs.org/content/authoritarians-new-clothes-tendencies-away-constitutional-democracy

Wilson Woodrow, *The Lawyer and the Community*, The Papers of Woodrow Wilson, Princeton 1976

Wojciechowski Bartosz, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004

Wronkowska Sławomira, *Kilka uwag porządkujących dyskusję o tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności* (w:) *Sądownictwo konstytucyjne. Teoria i praktyka*, red. M. Granat, Warszawa 2019, t. 2, s. 235

Wróbel Włodzimierz, *Izba Dyscyplinarna jako sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji RP*, „Palestra" 2019/1–2, s. 17

Zajadło Jerzy, *Nieposłuszny obywatel*, Sopot 2018

Zaleśny Jacek, *Dialektyka prokuratorskiej niezależności* (w:) *Prokuratura w Polsce w XXI wieku. Wyzwania ustrojowe i procesowe*, red. M. Mistygacz, Warszawa 2019

Zirk-Sadowski Marek, *Wykładnia prawa a wspólnoty sędziów* (w:) *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010

Zoll Andrzej, Idea „prawa prawego" a prawo karne, „Przegląd Sądowy" 1992/4, s. 3

Pojęcia kluczowe: *postępowanie ustawodawcze, demokratyczne państwo prawne, zasady stanowienia prawa, naruszenia norm proceduralnych*

e-PALESTRA
17/2020

Piotr Uziębło

JAK NIE STANOWIĆ PRAWA, CZYLI UWAGI NA MARGINESIE PROCESU UCHWALANIA USTAWY Z 6.04.2020 R. O SZCZEGÓLNYCH ZASADACH PRZEPROWADZANIA WYBORÓW POWSZECHNYCH NA PREZYDENTA RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ ZARZĄDZONYCH W 2020 R.

Sejm uchwalił 6.04.2020 r. ustawę o szczególnych zasadach przeprowadzania wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. W toku prac ustawodawczych w Sejmie dokonano znaczącej liczby naruszeń przepisów proceduralnych zawartych w Konstytucji RP oraz w regulaminie Sejmu, które w zasadzie dyskwalifikowały legalność takiego aktu. Można uznać, że prymat polityki nad prawem prowadzi do instrumentalizacji tego ostatniego. Zresztą nie jest to przypadek odosobniony, że prawo tworzone jest doraźnie i służy realizacji celów ugrupowania politycznego sprawującego władzę w Polsce, co zdecydowanie stoi w sprzeczności z zasadą demokratycznego państwa prawnego, stanowiącą fundament ustroju politycznego Rzeczypospolitej Polskiej.

Sejm uchwalił 6.04.2020 r. ustawę o szczególnych zasadach przeprowadzania wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej

zarządzonych w 2020 r.[1] Co interesujące, projekt tej ustawy został wniesiony tego samego dnia[2], a Sejm prace ustawodawcze prowadził w nadzwyczajnym tempie, nie zważając na wymogi proceduralne, a także na jakość techniki legislacyjnej. W efekcie powstała ustawa, która już na wstępie musi budzić bardzo poważne zastrzeżenia z punktu widzenia jej legalności. Można wręcz postawić tezę, że akt ten trudno nazwać ustawą, gdyż skala naruszeń wymogów konstytucyjnych i regulaminowych była wyjątkowa. W niniejszym artykule zamierzam dokonać analizy wspomnianych naruszeń, nie oceniając – co do zasady – treści merytorycznej tego aktu normatywnego, gdyż stanowi ona zupełnie osobny, wielowątkowy problem. Naruszenia te zresztą ukazują obraz procesu tworzenia prawa w Rzeczypospolitej Polskiej w ostatnich latach, od kiedy to cele polityczne dominują nad jakością prawa i jego stabilnością.

WSTĘPNE POSTĘPOWANIE USTAWODAWCZE

Wspomniany wcześniej projekt ustawy został wniesiony jako projekt poselski, co pozwalało na redukcję wymogów regulaminowych obowiązujących w stosunku do projektów rządowych, z którego to kręgu projekt był inspirowany. Przede wszystkim chodzi tu o zakres uzasadnienia, a także związany z tym obowiązek przeprowadzenia wcześniejszych konsultacji dotyczących treści zawartych w projekcie, a także procedurę przygotowywania samego projektu[3]. Trzeba zwrócić uwagę na kilka elementów w uzasadnieniu do projektu.

Po pierwsze, jest ono wyjątkowo krótkie. Jest to fundamentalny projekt zmieniający podstawowe zasady przeprowadzania wyborów prezydenckich w zasadzie na miesiąc przed ich terminem, takie podejście do problemu należy uznać za karygodne. Zresztą owo uzasadnienie jest raczej swoistym manifestem politycznym i dokonaniem skrótowego opisu treści ustawy i takiegoż przedstawienia przyszłej zawartości aktów wykonawczych do niej, a nie rzetelnym przedstawieniem motywacji inicjatorów i skutków, jakie rzeczony projekt ma wywołać.

Po drugie, przedstawienie skutków społecznych ograniczono jedynie do stwierdzenia, że projekt „wywołuje pozytywne skutki społeczne i prawne, wykluczając potencjalne ryzyko zachorowania, istniejące przy obowiązku oddawania głosów w lokalu wyborczym". Nie dosyć, że jest to ocena wyjątkowo subiektywna, niepoparta żadnymi analizami czy badaniami, to jeszcze dokonana w sposób kategoryczny, na co wyraźnie wskazuje użycie słów „wykluczając potencjalne ryzyko zachorowania". Można byłoby powiedzieć co najwyżej, że ryzyko takie jest zminimalizowane.

1 Zob. http://orka.sejm.gov.pl/opinie9.nsf/dok?OpenAgent&328_u (dostęp: 25.06.2020 r.).
2 Druk nr 328/Sejm Rzeczypospolitej Polskiej IX Kadencji.
3 Por. A. Dudzińska, *System zamknięty. Socjologiczna analiza procesu legislacyjnego*, Warszawa 2015, s. 89.

Po trzecie wreszcie, poważne wątpliwości budzi też fragment, który wskazuje, że „ustawa nie powoduje skutków finansowych dla budżetu państwa i jednostek samorządu terytorialnego", co jest ewidentną nieprawdą, gdyż skutkuje ona poważnymi konsekwencjami budżetowymi. Jak się okazało, koszt takich wyborów to około 300 milionów złotych, z czego znaczącym wydatkiem będzie sfinansowanie usług pocztowych. Jak bowiem wskazał wicepremier J. Sasin: „poczta otrzyma finansowanie z budżetu na przeprowadzenie całego procesu wyborczego"[4].

Braki, które pojawiły się w treści uzasadnienia, powinny skutkować działaniami marszałka Sejmu, który – zgodnie z treścią art. 34 ust. 7 regulaminu Sejmu[5] – może zwrócić wnioskodawcy projekt ustawy lub uchwały, jeżeli uzasadnienie dołączone do projektu nie odpowiada określonym wymogom. Jednak z racji woluntatywności tych działań trudno mówić o naruszeniu regulaminu izby pierwszej[6]. Niemniej jednak jakość uzasadnienia pozostawia wiele do życzenia, nawet jeśli spojrzeć na nie z perspektywy generalnie niskiego poziomu merytorycznego tego elementu wielu przedkładanych projektów ustawy, nie tylko zresztą w obecnej kadencji Sejmu[7]. Z perspektywy formalnej trudno też uznać za działanie wbrew postanowieniom regulaminu, a ściślej rzecz biorąc – jego art. 34 ust. 8 – to, że marszałek nie skierował projektu do merytorycznego zaopiniowania przez Prezydium Sejmu oraz Komisję Ustawodawczą. W tym przypadku marszałek również miał – przynajmniej teoretycznie – prawo uznać, że projekt nie jest sprzeczny z prawem, choć – w mojej ocenie – sprzeczność ta jest ewidentna.

Znacznie większym problemem jest brak zastosowania dyspozycji wynikającej z art. 34 ust. 3 regulaminu Sejmu. Przepis ten stanowi wszakże, że „w wypadku komisyjnych i poselskich projektów ustaw, w stosunku do których nie przeprowadzono konsultacji, Marszałek Sejmu przed skierowaniem do pierwszego czytania kieruje projekt do konsultacji w trybie i na zasadach określonych w odrębnych ustawach". W tym przypadku konieczność taka była ewidentna. Marszałkowi nie przysługuje bowiem prawo odstąpienia od tego wymogu, o czym świadczy kategoryczność powyższego przepisu[8]. Przeprowadzenie konsultacji było więc warunkiem *sine qua non* poprawności postępowania legislacyjnego. Z racji materii projektu trudno byłoby sobie wyobrazić, że uwag

[4] M. Domagalski, M. Kolanko, *Ile będą kosztować wybory prezydenckie?*, https://www.rp.pl/Wybory-prezydenckie-2020/304099860-Ile-beda-kosztowac-wybory-prezydenckie.html (dostęp: 25.06.2020 r.).

[5] Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 30.07.1992 r. Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. z 2019 r. poz. 1028 ze zm.).

[6] Zob. K. Kubuj, M. Laskowska, *Kontrola dopuszczalności projektu ustawy* (w:) *Kontrola legalności ustawy w Sejmie*, red. P. Radziewicz, Warszawa 2015, s. 51–52.

[7] Zob. B. Szepietowska, *Proces ustawodawczy* (w:) *Parlament. Model konstytucyjny a praktyka ustrojowa*, red. Z. Jarosz, Warszawa 2006, s. 105.

[8] Podobnie P. Kuczma, *Model ogólnokrajowych konsultacji społecznych w Polsce*, Toruń 2018, s. 356.

do niego nie zgłosiłyby np. Państwowa Komisja Wyborcza (PKW) czy też Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO)[9]. Nie można uznać, że sanowania tego błędu dokonał Senat, który prowadził szerokie konsultacje związane z ustawą będącą pochodną badanego projektu, o czym będzie mowa w dalszej części niniejszego artykułu.

Trzeba również zauważyć, że do projektu nie zostały przedstawione żadne opinie prawne, jeśli nie liczyć „opinii" Biura Analiz Sejmowych[10], która *de facto* była jedynie skrótowym zestawieniem zawartych w projekcie przepisów, bez ich – nawet powierzchownej – analizy. Przygotowanie takich opinii można uznać za standard w postępowaniu ustawodawczym, szczególnie jeśli projekty dotyczą kluczowych – z politycznego punktu widzenia – kwestii. Oczywiste jest, że nowelizacja prawa wyborczego, całkowicie zmieniająca zasady przeprowadzenia głosowania, może być zaliczana do takich materii, tym bardziej że wspomniane propozycje budziły poważne wątpliwości pod kątem ich zgodności z ustawą zasadniczą i standardami międzynarodowymi, wyznaczanymi chociażby przez Komisję Wenecką[11].

FAZA CZYTAŃ

Kolejna kwestia dotyczy terminu pierwszego czytania projektu. Marszałek zdecydował, że w tym wypadku zastosowanie znaleźć miał przepis art. 37 ust. 4 regulaminu Sejmu pozwalający na wyjątek od zasady, że „pierwsze czytanie może się odbyć nie wcześniej niż siódmego dnia od doręczenia posłom druku projektu". Możliwe jest bowiem skrócenie tego terminu decyzją Sejmu, co zresztą w tym przypadku nastąpiło, choć w sposób co najmniej dyskusyjny. W pierwszym głosowaniu wniosek w tej sprawie nie uzyskał większości[12], jednak zarządzona została reasumpcja głosowania, w którym taka większość została już osiągnięta[13]. Ponadto problem pojawia się jeszcze z innego powodu. Jak stanowi art. 89 ust. 2 regulaminu Sejmu „pierwsze czytanie projektu zmian kodeksu lub projektu zmian przepisów wprowadzających kodeks może się odbyć nie wcześniej niż czternastego dnia od doręczenia posłom druku projektu".

---

9 Podobny pogląd wyraziło też Biuro Legislacyjne Kancelarii Senatu, zob. *Opinia do ustawy o szczególnych zasadach przeprowadzania wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r.* (druk nr 99), s. 1, https://www.senat.gov.pl/szablony/senat/images/mimetypes/pdf.gif (dostęp: 25.06.2020 r.).

10 Zob. http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/2E419214F926703FC1258542005DA2EE/%24File/328–001.pdf (dostęp: 25.06.2020 r.).

11 Zob. np. Kodeks Dobrej Praktyki w Sprawach Wyborczych, https://rm.coe.int/090000168092af01 (dostęp: 25.06.2020 r.).

12 Głosowało 459 posłów. 228 – za, 228 – przeciw, wstrzymało się 3, zob. *Sprawozdanie stenograficzne z 9. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 6 kwietnia 2020 r. (dzień trzeci)*, s. 50.

13 Za skróceniem tego terminu opowiedziało się 230 posłów, przeciw – 227 posłów, dwóch członków izby wstrzymało się od głosu, zob. *Sprawozdanie stenograficzne...*, s. 52.

W tym przypadku nie ma bowiem mowy o jakimkolwiek skróceniu powyższych terminów, co jest wynikiem szczególnego charakteru kodeksów[14].

W analizowanym przypadku z pewnością mieliśmy do czynienia z dokonaniem nowelizacji Kodeksu wyborczego. Co prawda, była to nowelizacja epizodyczna, dotycząca konkretnych wyborów, niemniej jednak zmiana reguł prawa wyborczego musi być traktowana jako zmiana kodeksu, który reguluje przebieg procesu wyborczego w RP. W żadnym wypadku nie można przyjąć argumentacji, że nazwa „kodeks" nie pojawia się w tytule tego aktu. Gdyby podążyć tym torem, ograniczenia związane z trybem uchwalania i zmieniania kodeksów można byłoby obchodzić w zasadzie w każdym przypadku, uchwalając różnego rodzaju ustawy epizodyczne czy ustawy szczególne. Do treści wspomnianego projektu trzeba bowiem podejść zgodnie z kryterium materialnym, a więc wziąć pod uwagę, jaka jest treść merytoryczna danego projektu i jak wpływa na ewentualne zmiany w treści kodeksu. W tym wypadku dochodzi do zawieszenia znacznej części Kodeksu wyborczego, szczególnie tej, która dotyczy przeprowadzenia głosowania i ustalania jego wyników oraz wyników wyborów. W konsekwencji nie tylko zmieniany jest ten kodeks, ale jest on zmieniany w sposób fundamentalny.

Dlatego też można mówić o kolejnym, bardzo poważnym naruszeniu prawa w postaci nierespektowania zasady prawidłowej legislacji, będącej przesłanką zasady demokratycznego państwa prawnego, zdefiniowanej w art. 2 Konstytucji RP[15]. Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 3.11.2006 r. „konieczność zachowania co najmniej sześciomiesięcznego terminu od wejścia w życie istotnych zmian w prawie wyborczym do pierwszej czynności kalendarza wyborczego jest nieusuwalnym co do zasady normatywnym składnikiem treści art. 2 Konstytucji. To znaczy, że wszystkie nowelizacje prawa wyborczego w przyszłości będą konfrontowane przez Trybunał Konstytucyjny z tak właśnie pojmowanym wymogiem konstytucyjnym, wynikającym z zasady demokratycznego państwa prawnego"[16]. Dodał on jednak, że „ewentualne wyjątki od tak określonego wymiaru mogłyby wynikać jedynie z nadzwyczajnych okoliczności o charakterze obiektywnym"[17].

Teoretycznie można byłoby przyjąć, że w czasie stanu epidemii takie okoliczności występują, jednak można wskazać co najmniej kilka argumentów, które przeczą takiej tezie.

Po pierwsze, z racji wprowadzonych ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności powinno dojść do wprowadzenia w Polsce stanu nadzwyczajnego,

[14] W doktrynie pojawiają się głosy, że nawet dochowanie terminów regulaminowych nie jest wystarczające dla realnego przygotowania się posłów do udziału w debacie – zob. M. Borski, R. Glajcar, B. Przywora, *Postępowanie ustawodawcze w Polsce – prawo, zwyczaje i praktyka*, Sosnowiec 2015, s. 89.

[15] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.), dalej Konstytucja RP.

[16] Wyrok TK z 6.11.2006 r. (K 31/06), OTK-A 2006/10, poz. 147.

[17] Wyrok TK z 6.11.2006 r. (K 31/06), OTK-A 2006/10, poz. 147.

który z mocy prawa spowodowałby zakaz przeprowadzenia wyborów podczas takiego stanu i w ciągu 90 dni od jego zakończenia. Byłoby to uzasadnione brakiem realnej możliwości prowadzenia kampanii wyborczej przez kandydatów, jak i podejmowania innych czynności związanych z wyborami.

Po drugie, dokonanie zmiany sposobu przeprowadzenia głosowania na kilka dni przed terminem wyborów trudno uznać za spełniające standardy wolnych i demokratycznych wyborów. Przygotowanie logistyczne nowego sposobu głosowania nie daje gwarancji sprawnego przebiegu głosowania. Natomiast podejmowanie działań zmierzających w tym kierunku przed wejściem w życie nowych przepisów jest niewątpliwym deliktem konstytucyjnym.

Po trzecie, takie ograniczenie możliwości głosowania w sposób inny niż korespondencyjny godzi w zasadę powszechności wyborców, w znaczący sposób ograniczając prawa wyborców przebywających poza swoim miejscem zamieszkania.

Po czwarte wreszcie, niejednoznaczne sformułowanie przepisu karnego o kradzieży karty do głosowania może być interpretowane jako wprowadzenie pozakonstytucyjnego obowiązku wyborczego[18]. Wszystkie te elementy przesądzają, że zakres proponowanych zmian w przebiegu wyborów trudno uznać za uzasadniony wyłącznie okolicznościami, w których są one dokonywane.

Analizowany projekt ustawy miał swoje pierwsze czytanie na posiedzeniu Sejmu, co zresztą jest wymogiem koniecznym nie tylko dla kodeksów, ale także m.in. projektów ustaw dotyczących wyboru Prezydenta (art. 37 ust. 2 regulaminu Sejmu). Trudno byłoby więc mówić o naruszeniu reguł postępowania ustawodawczego. Można mieć wątpliwość, czy jednak daleko idące ograniczenia prowadzonej debaty nad projektem były uzasadnione. Ustalone zostało, że w dyskusji nad projektem podczas pierwszego czytania Sejm miał wysłuchać pięciominutowych oświadczeń w imieniu klubów i koła poselskiego. Ponadto Prezydium Sejmu, działając na podstawie art. 39 ust. 1 regulaminu Sejmu, ustaliło limit dziesięciu pytań dla klubów według następującego parytetu: Prawo i Sprawiedliwość – pięć, Koalicja Obywatelska – trzy, Lewica – jedno, PSL – jedno, a także jedno pytanie dla koła. Z racji regulowanej w projekcie ustawy materii tak daleko idące skrócenie debaty trudno uznać za zasadne.

Problemem był także sposób przeprowadzenia posiedzenia. Na mocy nowelizacji regulaminu Sejmu z 26.03.2020 r.[19] w przypadku wprowadzenia stanu wyjątkowego, stanu klęski żywiołowej albo stanu wojennego lub stanu epidemii w rozumieniu ustawy z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu

[18] Zob. np. A. Rakowska-Trela, *Niegłosowanie: kradzież czy wybór*, http://konstytucyjny.pl/anna-rakowska-trela-nieglosowanie-kradziez-czy-wybor/ (dostęp: 25.06.2020 r.).

[19] Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 26.03.2020 r. w sprawie zmiany Regulaminu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. z 2020 r. poz. 327).

zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi[20] – posiedzenie Sejmu może być prowadzone z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej umożliwiających porozumiewanie się na odległość. Dopuszczalność takiego sposobu prowadzenia posiedzeń nie była jednoznacznie postrzegana przez konstytucjonalistów. R. Piotrowski zauważył, że „zmiany w regulaminie umożliwiające posłom głosowanie i uczestniczenie w posiedzeniach on-line nie naruszą konstytucji tylko wtedy, gdy zapewniona będzie możliwość przeprowadzenia dyskusji (wszyscy uczestnicy dyskusji muszą się słyszeć i mieć możliwość zabrania głosu) i jawność takiego posiedzenia (media muszą mieć dostęp). Ponadto system głosowania musi umożliwiać odzwierciedlenie woli każdego posła, a w przypadku pomyłki, musi być techniczna możliwość dokonania reasumpcji"[21]. Podobny pogląd wyraził też A. Jackiewicz[22]. Odmienne stanowisko prezentuje np. M. Chmaj, który stwierdza, że Sejm „nie może głosować on-line (...) Jest to niezgodne z art. 120, 109 i 113 Konstytucji. Ustawy uchwala się w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów, Sejm obraduje na posiedzeniu, a jego obrady muszą być jawne"[23]. W mojej ocenie jednak poglądy M. Chmaja w tym wypadku są zbyt daleko idące. Zgodzić się trzeba bowiem z tym pierwszym stanowiskiem. Po spełnieniu wskazanych przez R. Piotrowskiego warunków prowadzenie obrad on-line jest możliwe, przy konieczności jednak zapewnienia wysokiego stopnia niezawodności systemu prowadzenia obrad i głosowania. W przypadku prac nad tytułową ustawą wątpliwości co do działania systemu się pojawiały. Niedopuszczalne było więc instrumentalne, arbitralne wykorzystywanie przez marszałka izby reasumpcji głosowania tylko wtedy, kiedy było to korzystne dla większości sejmowej.

Zdecydowanie ważniejsze jest jednak to, że Sejm w pierwszym czytaniu rozstrzygnął o nieodrzuceniu projektu, co zostało uznane za jednoczesną zgodę izby na niezwłoczne przejście do drugiego czytania. Mam poważne wątpliwości, czy można było tak odczytać wynik rzeczonego głosowania. W mojej ocenie konieczne było rozpatrzenie tych kwestii w dwóch odrębnych głosowaniach. Brak zgody na odrzucenie projektu nie musiał bowiem oznaczać zgody na przejście do drugiego czytania z pominięciem prac komisji[24]. Przede wszystkim wynika to z faktu odrębnego uregulowania obu tych kwestii. Zasadą

[20] Ustawa z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2019 r. poz. 1239 ze zm.).

[21] Zob. B. Bodalska, *Koronawirus: Posiedzenie Sejmu jednak nie zdalnie*, https://www.euractiv.pl/section/demokracja/news/koronawirus-posiedzenie-sejmu-jednak-nie-zdalnie/ (dostęp: 25.06.2020 r.).

[22] Zob. https://www.radio.bialystok.pl/gosc/index/id/181033 (dostęp: 16.04.2020).

[23] M. Raducha, *Nocą w Sejmie zmieniono Kodeks wyborczy. Prof. Marek Chmaj: to niezgodne z Konstytucją*, https://wiadomosci.wp.pl/noca-w-sejmie-zmieniono-kodeks-wyborczy-prof-marek-chmaj-to-niezgodne-z-konstytucja-6493742860220033a (dostęp: 25.06.2020 r.).

[24] Por. P. Chybalski, *Uwaga 6 do art. 51* (w:) *Komentarz do Regulaminu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Szmyt, Warszawa 2018, s. 337.

wynikającą z art. 39 ust. 2 regulaminu Sejmu jest sytuacja, zgodnie z którą nieodrzucenie projektu oznacza skierowanie projektu do komisji. Natomiast możliwość niezwłocznego przejścia do drugiego czytania niezwłocznie po zakończeniu czytania pierwszego wynika z tak zwanej ścieżki pożarowej, uregulowanej w art. 51 pkt 2 regulaminu Sejmu, mającej zresztą nadzwyczajny charakter.

Zresztą nie można mieć wątpliwości, że w związku z tym, że badany projekt wkraczał w materię Kodeksu wyborczego, konieczne było odmienne jego procedowanie, wynikające z przepisów działu II rozdziału 4 regulaminu Sejmu. Zgodnie z nim drugie czytanie projektu może odbyć się nie wcześniej niż czternastego dnia od dnia doręczenia posłom sprawozdania komisji nadzwyczajnej. Co prawda powołanie komisji nadzwyczajnej jest fakultatywne, to jednak – zgodnie z poglądami doktryny – „uznaje się, że respekt dla «odrębności» procedury rozpatrywania projektów pociąga za sobą obowiązek powołania komisji nadzwyczajnych"[25]. Nawet jednak jeżeli uznamy, że powołanie takiej komisji nie jest konieczne, to przyjąć trzeba, że w przypadku jej braku i tak niezbędne jest skierowanie projektu do właściwej komisji stałej lub już istniejącej komisji nadzwyczajnej. Wynika to z charakteru przepisów niniejszego rozdziału, które mają charakter *lex specialis* w stosunku do regulacji ogólnych dotyczących postępowania ustawodawczego *in genere*. W efekcie w stosunku do takich projektów nie jest możliwe zastosowanie wspomnianej ścieżki pożarowej, właśnie z uwagi na rolę, jaką kodeksy i ustawy je zmieniające pełnią w systemie prawnym[26]. Ustaw takich nie można uchwalać w trybie przyspieszonym, gdyż często może to wpływać na ich jakość, a także powodować problemy w praktyce ich stosowania.

Trzecie czytanie odbyło się bez istotniejszych naruszeń procedury ustawodawczej, poza jedną. Projekt nie został odesłany do komisji, pomimo zgłoszenia poprawek podczas drugiego czytania, jednak regulamin Sejmu w art. 48 stanowi, że „trzecie czytanie może się odbyć niezwłocznie, jeżeli w drugim czytaniu projekt nie został skierowany ponownie do komisji". W takim wypadku następuje przedstawienie przez posła sprawozdawcę poprawek i wniosków zgłoszonych podczas drugiego czytania. Z racji niewielkiej liczby takich poprawek poprzestano na doręczeniu ich treści posłom, przy jednoczesnym ich przedstawieniu przez marszałka Sejmu. Konieczne jest jednak dodanie, że przy uchwalaniu kodeksu w przypadku zgłoszenia poprawek w drugim czytaniu projekt powinien trafić ponowie na posiedzenie komisji (zob. art. 95 ust. 2 regulaminu Sejmu).

[25] M. Granat, *Uwaga 1 do art. 90* (w:) *Komentarz do Regulaminu...*, s. 469.

[26] Podobnie P. Chybalski, *Opinia na temat dopuszczalności zastosowania art. 51 pkt 2 regulaminu Sejmu w postępowaniach w sprawach projektów kodeksów oraz projektów zmian kodeksów*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2013/ 3, s. 85–86; M. Granat, *Uwaga 1 do art. 95* (w:) *Komentarz do Regulaminu...*, s. 476.

DALSZE ETAPY PRAC LEGISLACYJNYCH

Zupełnie inaczej przebiegały natomiast prace ustawodawcze w Senacie. Nie oceniając czasu prac izby drugiej, która wykorzystała 29 z 30 dni, które Senat ma na rozpatrzenie ustawy uchwalonej przez Sejm, warto jednak podkreślić dogłębność postępowania w komisjach senackich, do których został skierowany projekt, a więc połączonych komisjach: Ustawodawczej, Samorządu Terytorialnego i Administracji Państwowej oraz Praw Człowieka, Praworządności i Petycji. Pracowały one bowiem znacznie dłużej niż Sejm podczas całego procesu ustawodawczego (i to prawie trzykrotnie dłużej). Zresztą zarzuty proceduralne, dotyczące sposobu rozpatrzenia projektu przez Sejm, choć niestanowiące głównego powodu uzasadniającego zgłoszony na komisji wniosek o odrzucenie ustawy w całości, również pojawiały się w toku dyskusji[27].

Zresztą w czasie tych prac do Senatu wpłynęło też ponad sto opinii o projekcie, przede wszystkim od organów samorządu terytorialnego i organizacji pozarządowych, oraz pięć opinii prawnych i ekspertyz dotyczących rzeczonej ustawy. W opiniach, oprócz licznych zarzutów merytorycznych, podnoszono też poważne, wspominane wcześniej zarzuty proceduralne. R. Piotrowski zauważył przede wszystkim niedochowanie trybu kodeksowego w postępowaniu sejmowym[28], a także wskazał, że w jego ocenie „uchwalenie ustawy jest (...) w istocie obejściem art. 228 ust. 6 Konstytucji w ten sposób, że wprowadzając rozwiązania prawne właściwe dla stanu nadzwyczajnego bez wprowadzania tego stanu, ustawodawca zachowuje możliwość uchwalania ustaw, które w stanie nadzwyczajnym nie mogłyby zostać uchwalone”[29].

Jeszcze bardziej jednoznaczne było stanowisko Zespołu Doradców ds. kontroli konstytucyjności prawa przy Marszałku Senatu X kadencji. W przygotowanej ekspertyzie Zespół stwierdził, że „sposób uchwalenia ustawy przez Sejm RP był niezgodny z nakazanymi przez Konstytucję standardami demokratycznego postępowania ustawodawczego, gdyż naruszył:

– art. 119 ust. 1 Konstytucji, w zakresie, w jakim z uwagi na błyskawiczne tempo procedowania nad projektem Ustawy uniemożliwił posłom realne rozpatrzenie go w trzech czytaniach;
– art. 123 Konstytucji, w zakresie, w jakim stanowiąc inicjatywę poselską uchwalona została *de facto* w trybie pilnym, zastrzeżonym wyłącznie dla

[27] Zob. np. wypowiedzi senator G. Morawskiej-Staneckiej czy W. Tyszkiewicza, zapis stenograficzny ze wspólnego posiedzenia Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji (nr 21), Komisji Ustawodawczej (nr 36), Komisji Samorządu Terytorialnego i Administracji Państwowej (nr 19) w dniu 4.05.2020 r., https://www.senat.gov.pl/prace/komisje-senackie/przebieg,8625,2.html (dostęp: 25.06.2020 r.).

[28] R. Piotrowski, *Opinia o ustawie z 6.04.2020 r. o szczególnych zasadach przeprowadzania wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. (druk senacki nr 99)*, „Opinie i Ekspertyzy” OE–292, Warszawa 2020, s. 18.

[29] R. Piotrowski, *Opinia o ustawie…*, s. 19.

projektów wnoszonych przez Rady Ministrów, jednocześnie dotycząc materii wyłączonej z możliwości zastosowania tego trybu"[30].

Ostatecznie Senat uchwałą z 5.05.2020 r. odrzucił ustawę w całości. Pośród argumentów wskazanych w uzasadnieniu znalazły się też te, które dotyczyły nieprawidłowości proceduralnych. Jak podkreślono w uzasadnieniu do uchwały „ustawę uchwalono z naruszeniem reguł stanowienia prawa, w tym dotyczących kodeksów i ustaw regulujących wybory, które powinny być rozpatrywane szczególnie starannie"[31]. Sejm nie podzielił jednak stanowiska Senatu i już dwa dni później – 7.05.2020 r. – nie uwzględnił on stanowiska Senatu, odrzucając jego uchwałę, co otworzyło Prezydentowi RP drogę do podpisania ustawy 8.05.2020 r. Tego samego dnia została ona ogłoszona w Dzienniku Ustaw[32], weszła w życie kolejnego dnia. Dobrze się jednak stało, że z racji epizodycznego charakteru tej ustawy, przyjęte z naruszeniem Konstytucji RP oraz regulaminu Sejmu przepisy nie zdążyły znaleźć praktycznego zastosowania.

PODSUMOWANIE

Podsumowując, podkreślić trzeba, że całe prace ustawodawcze nad projektem ustawy regulującej przeprowadzenie wyborów Prezydenta RP w 2020 r. zajęły w Sejmie 2 godziny i 43 minuty. W tym czasie trudno o przeprowadzenie rzetelnej dyskusji, a także o wypracowanie spójnych rozwiązań, które respektowałyby konstytucyjne zasady przeprowadzenia wyborów prezydenckich. W efekcie rzeczony akt normatywny został uchwalony nie tylko z naruszeniem przepisów regulaminowych, ale także naruszył konstytucyjne standardy tworzenia prawa wynikające z zasady demokratycznego państwa prawnego. Celem postępowania ustawodawczego jest wszakże wypracowanie prawa, które będzie zgodne z ustawą zasadniczą i z nią spójne, a także w pełni realizujące zasady techniki legislacyjnej. W badanym przypadku żaden z tych elementów nie został spełniony. Negatywna ocena tych praktyk, dokonana przez Senat, nie doprowadziła jednak ani do refleksji nad tym w Sejmie, w czasie rozpatrywania stanowiska Senatu, ani do krytycznej oceny ustawy przez Prezydenta, który ani nie skorzystał z prawa weta zawieszającego, ani nie skierował ustawy do Trybunału Konstytucyjnego w ramach kontroli prewencyjnej. Patrząc na problem

[30] M. Dąbrowski, S. Patyra, A. Rakowska-Trela, A. Rzepliński, T. Zalasiński, *Ekspertyza prawna w przedmiocie: oceny zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej ustawy uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej dnia 6 kwietnia 2020 r. o szczególnych zasadach przeprowadzenia wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r.*, Warszawa 2020, s. 8, https://www.senat.gov.pl/szablony/senat/images/mimetypes/pdf.gif (dostęp: 25.06.2020 r.).

[31] Druk nr 366/Sejm Rzeczypospolitej Polskiej IX Kadencji.

[32] Dz.U. z 2020 r. poz. 827.

z perspektywy praw jednostki, należy stwierdzić, że taki brak krytycznej refleksji nad popełnionymi błędami legislacyjnymi jest niezwykle niebezpieczny, szczególnie z perspektywy zasady zaufania obywateli do państwa.

ABSTRACT

dr hab. Piotr Uziębło
The author is a professor at the Department of Constitutional Law and Political Institutions of the Faculty Law and Administration of the University of Gdansk.

How not to make laws. Remarks on the margins of the process of adopting the Act of 6 April 2020 on special principles for holding general elections for the President of the Republic of Poland ordered in 2020

On April 6, 2020, the Sejm adopted the Act on Special Principles for Holding General Elections for the President of the Republic of Poland ordered in 2020. During legislative process in the Sejm, a significant number of violations of procedural provisions contained in the Constitution of the Republic of Poland and the Act of the Sejm were made, which basically disqualified the legality of this act. It can be said that the primacy of politics over law leads to the instrumentalization of the law. In any case, it is not an unique case that the law is created on an ad hoc basis and aims to achieve the goals of a political party exercising power in Poland. That situation is definitely in conflict with the principle of a democratic state ruled by law, which is the foundation of the political system of the Republic of Poland.

Keywords: *legislative proceedings, democratic state ruled by law, principles of law making, violation of procedural legal norms*

dr hab. Piotr Uziębło
ORCID: 0000-0003-2473-9240, e-mail: piotr.uzieblo@ug.edu.pl

Autor jest profesorem w Katedrze Prawa Konstytucyjnego i Instytucji Politycznych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bodalska Barbara, *Koronawirus: Posiedzenie Sejmu jednak nie zdalnie*, https://www.euractiv.pl/section/demokracja/news/koronawirus-posiedzenie-sejmu-jednak-nie-zdalnie/ (dostęp: 25.06.2020 r.)

Borski Maciej, Glajcar Rafał, Przywora Bogusław, *Postępowanie ustawodawcze w Polsce – prawo, zwyczaje i praktyka*, Sosnowiec 2015

Chybalski Piotr, *Opinia na temat dopuszczalności zastosowania art. 51 pkt 2 regulaminu Sejmu w postępowaniach w sprawach projektów kodeksów oraz projektów zmian kodeksów*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2013/3

Chybalski Piotr, *Uwagi do art. 51* (w:) *Komentarz do Regulaminu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Szmyt, Warszawa 2018

Dąbrowski Marcin, Patyra Sławomir, Rakowska-Trela Anna, Rzepliński Andrzej, Zalasiński Tomasz, *Ekspertyza prawna w przedmiocie: oceny zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej ustawy uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej 6.04.2020 r. o szczególnych zasadach przeprowadzenia wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r.*, Warszawa 2020

Domagalski Marek, Kolanko Michał, *Ile będą kosztować wybory prezydenckie?*, https://www.rp.pl/Wybory-prezydenckie-2020/304099860-Ile-beda-kosztowac-wybory-prezydenckie.html (dostęp: 25.06.2020 r.)

Dudzińska Agnieszka, *System zamknięty. Socjologiczna analiza procesu legislacyjnego*, Warszawa 2015

Granat Mirosław, *Uwagi do art. 90* (w:) *Komentarz do Regulaminu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Szmyt, Warszawa 2018

Granat Mirosław, *Uwagi do art. 95* (w:) *Komentarz do Regulaminu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Szmyt, Warszawa 2018

Kubuj Katarzyna, Laskowska Marzena, *Kontrola dopuszczalności projektu ustawy* (w:) *Kontrola legalności ustawy w Sejmie*, red. P. Radziewicz, Warszawa 2015

Kuczma Paweł, *Model ogólnokrajowych konsultacji społecznych w Polsce*, Toruń 2018

Piotrowski Ryszard, *Opinia o ustawie z 6.06.2020 r. o szczególnych zasadach przeprowadzania wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. (druk senacki nr 99)*, „Opinie i Ekspertyzy" OE–292, Warszawa 2020

Raducha Magdalena, *Nocą w Sejmie zmieniono Kodeks wyborczy. Prof. Marek Chmaj: to niezgodne z Konstytucją*, https://wiadomosci.wp.pl/noca-w-sejmie-zmieniono-kodeks-wyborczy-prof-marek-chmaj-to-niezgodne-z-konstytucja-6493742860220033a (dostęp: 25.06.2020 r.)

Rakowska-Trela Anna, *Niegłosowanie: kradzież czy wybór*, http://konstytucyjny.pl/anna-rakowska-trela-nieglosowanie-kradziez-czy-wybor/ (dostęp: 25.06.2020 r.)

Szepietowska Beata, *Proces ustawodawczy* (w:) *Parlament. Model konstytucyjny a praktyka ustrojowa*, red. Z. Jarosz, Warszawa 2006

Keywords: *request for preliminary ruling, court, due process, procedural guarantees, the role of lawyers, rule of law, disciplinary court, lawyers' independence, professional association, bar association, EU law*

Prawo ustrojowe

e-PALESTRA
21/2020

Piotr Kardas

THE IMPORTANCE OF THE REQUEST FOR A PRELIMINARY RULING OF THE WARSAW BAR ASSOCIATION DISCIPLINARY COURT FOR THE PROTECTION OF LAWYERS' INDEPENDENCE – SOME REMARKS AS A SIDE NOTE ON THE APPLICATION OF 4 FEBRUARY 2020 FOR A PRELIMINARY RULING (CASE C-55/20)

This work is dedicated to an analysis of the importance of the request for preliminary ruling sent by the Warsaw Bar Association Disciplinary Court in the Case C-55/20. Due to the nature of the case, CJEU's ruling will be important both for the assessment of the admissibility of the questions by an bar association's disciplinary court, as well as the assessment of the extent of the protection of lawyers' independence guaranteed by the EU law.

Because of that the ruling will have a great impact on the interpretation and application of the law regulating the provision of legal services in the EU. In particular, it will have an impact on the understanding of minimal standards stemming from the rule of law principle, institutional guarantees of lawyers' independence, and the understanding of the function of bar associations disciplinary courts. The work is also dedicated to the analysis of the status of barristers' disciplinary chambers and their judicial independence, which in turn relate to the issues important in the context of providing legal services in the European Union, in particular: the role and function of lawyers in safeguarding the rule of law, the significance of lawyers' independence, and the function and role of lawyers' associations.

An important aspect of the analysis is an assessment of the possibility of applying the provisions of Chapter III of the Directive 2006/123/EC of the European Parliament and European Council of 12 December 2006. Applying the provisions of the Directive to cases involving the provision of legal services would mean that a disciplinary proceeding of a bar association is regulated by the provisions of the Charter of The Fundamental Rights of the European Union and its guarantees. In consequence, the ruling will be important to all lawyers conducting their professional activity in the EU.

The importance of the case and the ruling the CJEU[1] will give reaches far beyond their specific subject matter. The importance of the case pertains to concepts of a more general nature, constituting the fundamental framework for the advocate practice in the European Union, in particular: the role of lawyers in implementing the rule of law, the role and importance of lawyers' independence[2], the role of lawyers' self-government, the institutional guarantees of lawyers' role in the light of the rule of law, and the applicability of EU law to issues regarding the legal guarantees of lawyers' independence. Moreover, the case concerns measures safeguarding i.a. lawyers' independence, the role and status of the Bar Association disciplinary court, the competence of said court to submit preliminary questions, the applicability of the Charter of Fundamental Rights to bar disciplinary proceedings, and the extent of the right of public authorities, especially the Minister for Justice and the Public Prosecutor General, to actively influence bar disciplinary proceedings, the model of public authorities' review of the final and binding rulings of Bar Association Disciplinary Courts.

Never before has a Bar Association disciplinary court submitted preliminary questions to the CJEU. Therefore, the subject case is of a unique character. The CJEU's ruling on the procedural permissibility of a Bar Association disciplinary court submitting such questions, as well as on the merits, will effectively shape the interpretation of EU law and the scope of protection of lawyers' independence.

---

1 On 4 February 2020, case C-55/20 was registered before the Court of Justice of the European Union (CJEU). For the four questions submitted by the Warsaw Bar Association Disciplinary Court (WDC) see http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=227148&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12851166.

2 See Hon. Justice Michael Kirby AC AMG, *Independence of the legal profession: Global and regional challenges*, www.hcourt.gov.au/assets/publiocations/speeches/former-justice/kirbyj_20mar05.html; *The Independence of the Legal Profession. Threats to the bastion of the free and democratic society. A report by the IBA's Presidential Task Force on the Independence of the Legal Profession*, September 2016; R.W. Gordon, *The independence of lawyers*, „Boston University Law Review", vol. 68.1., Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series 1988, *passim*; W. Wilson, *The lawyer and the community*, in: *The Papers of Woodrow Wilson*, 1976, p. 66; L. Brandeis, *The opportunity in the law* (in:) L. Brandeis, *Business – A Profession*, p. 337.

The case in point touches upon many issues relating to the current constitutional crisis in Poland, which places the preliminary questions in a wider socio-political context. It is worth emphasizing that the components of judicial independence have recently been the subject of CJEU's rulings in a number of cases regarding Poland[3]. Nevertheless, the CJEU's ruling on said questions is universal in nature, as it delineates the EU law standards pertaining to the judiciary as a separate and autonomous branch of government and thus the procedural standards of disciplinary appeals before common courts.

Regarding the procedural right to submit preliminary questions, the central questions of the case concern the standard of disciplinary procedure and the legal status of the Bar Association disciplinary court, in particular whether such a body competent to examine advocates' disciplinary cases is indeed a court within the meaning of Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). The legal framework applicable to the aforementioned issue is set forth in the Polish Advocate Profession Act of 26 May 1982 (APA). With regard to disciplinary proceedings, the APA provides for the establishment of permanent bodies competent to examine advocates' disciplinary cases: disciplinary courts, as well as the applicable procedure of appointing the judges of said courts. Furthermore, the APA sets forth the principle of independence of disciplinary courts from other bodies of the bar self-government and public authorities, as well as the principle of independence of disciplinary judges.

Before delving into a deeper reflection on the admissibility of preliminary questions, it is worthwhile to remind about their general importance. The first issue of general importance that needs to be remembered is that even if the questions are rejected by the court, this would by no means signify a misjudgment or incompetence on the part of the referring court[4]. Some of the most important judgments in international legal history, such as *Marbury v Madison*[5], were actually decided against the appellant. The fact that *Marbury v Madison* was decided against the appellant did not prevent the case from establishing the principle of judicial review of legislature in the US, allowing American courts to check if statutes are not contrary to the US Constitution. Similarly in Europe, the *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas* case[6], which concerned a legislation reducing the salaries of Portuguese judges, was

[3] See CJEU judgment of 19.11.2019 in the joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18 *A.K. v Krajowa Rada Sądownictwa* (C-585/18), and *CP* (C-624/18), *DO* (C-625/18) *v Sąd Najwyższy* [2019] ECLI:EU:C:2019:982.

[4] E. Łętowska, *Czego uczą odpowiedzi na pytania prejudycjalne dotyczące polskiego wymiaru sprawiedliwości?* [eng. What do the answers to the preliminary questions concerning the Polish justice system teach us?], „Palestra" 2020/5, p. 30–45.

[5] 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

[6] Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas* [2018] ECLI:EU:C:2018:117.

decided against the appellants. Nevertheless, the case established an important principle that the CJEU can review if the executive's involvement in changing the judicial system is not contrary to EU law. This case enablrf the subsequent cases concerning Poland to be brought[7].

This shows that the very act of submitting preliminary questions, even ones that are later held to be inadmissible, has an intrinsic value. This is because, as shown above, submitting such questions enables a better understanding of the law (thanks to the clarification of the relevant aspect of law by the court, e.g. the CJEU), and may even, from time to time, lead to a fundamental legal principle being established.

Nevertheless, it has to be noted that the cases examined by disciplinary courts are contentious. Disciplinary courts act on a party's request rather than *ex officio*. They are obligated to apply the relevant legal provisions and their rulings are binding and enforceable. With regard to the substantive powers of disciplinary courts, they include the power to impute liability on advocates, foreign advocates or advocate trainees for disciplinary offences and administer a disciplinary punishment, i.e. disbarment or prohibiting foreign lawyers from providing legal assistance in Poland. Undoubtedly, disciplinary proceedings before such courts are repressive in nature, which justifies the applicability of constitutional and conventional guarantees provided for criminal liability. Disciplinary courts act within a two-instance model, the first instance being the disciplinary courts of regional bar associations and the second instance – the Higher Disciplinary Court. Generally speaking, there are no ordinary legal remedies that can be lodged before an ordinary court.

Potential recognition of the body competent to examine advocates' disciplinary cases as a court within the meaning of Article 267 TFEU will determine the character of all disciplinary authorities within the EU legal framework. The legal foundations of such a ruling should delineate the constitutive elements of bar disciplinary proceedings, irrespective of the particular national legislations of Member States.

The qualification of disciplinary courts as courts within the meaning of Article 267 TFEU will enable widening of the scope of applicable legal and institutional guarantees with regard to the protection of lawyers' independence. In a longer perspective this independence constitutes an essential element of the system of rule of law and constitutional democracy, within which independent lawyers serve a fundamental role, as well as delineate the scope of said role itself[8].

---

7 E. Łętowska, *Czego uczą odpowiedzi...*

8 It is worthwhile to note Justice M. Kirby's observation that "where there is no independent legal profession there can be no independent judiciary, no rule of law, no justice, no democracy and no freedom", as cited in *The Independence of the Legal Profession. Threats...*

The second general issue is the applicability of Chapter III of the Services Directive, including Article 10(6), to bar disciplinary proceedings. An affirmative ruling on the applicability of the Services Directive to said proceedings would justify the conclusion that they are within the scope of EU law and enables the application of EU law to internal matters. With regard to lawyers, the EU element is related to the potentially cross-border character of their profession, reflected in the fact that their clients may be persons – whether natural or legal – from other Member States. The reasoning behind the preliminary questions rightly articulates that the EU principle of freedom to provide services may require that national law provides the same standard for citizens of a given Member State as would be applicable under EU law to a citizen of another Member State. As legal services in Poland can be provided by either Polish or foreign lawyers, disciplinary proceedings must guarantee the same standards for both groups. Any form of discrimination or privilege would therefore constitute a breach of the principles of EU law described above. Consequently, the ruling on this preliminary question is of great importance not only for Polish lawyers, but also lawyers from other Member States who offer or consider offering their legal services in Poland. Nevertheless, it is crucial for the scope of protection of their clients, as they may be citizens of other Member States.

The third general issue is determining the relevant minimum standards of the procedure before a disciplinary court. An affirmative ruling on the applicability of the Services Directive to bar disciplinary proceedings would enable applying the guarantees set forth in the Charter of Fundamental Rights, i.e. Article 47 of the Charter, to said proceedings, thus triggering the obligation resulting from EU law that the proceedings be shaped in such a manner as to meet the requirements of due process. Moreover, it will enable the application of the standards said forth in the European Convention of Human Rights and the respective case law of the European Court of Human Rights.

The remaining aspects of the preliminary questions are closely connected with the current legal situation in Poland, i.e. with the question of the lawfulness of the amendments to national regulations pertaining to the Supreme Court and ordinary courts, which came in effect within the last four years. Although said issues, being related to the Polish legal system, are somewhat of a local character, they become universal when placed in context of the ever-growing risk to the rule of law. Undoubtedly, any risk or breach of law related to the guarantees of judicial independence constitutes in itself a risk to the rule of law[9]. Therefore, the assessment of the legality of Polish national law in this regard is important for all Member States.

[9] See T. Bingham, *The Rule of Law*, London 2020, p. 24.

As regards the issues related to the status of the Disciplinary Chamber of the Supreme Court, i.e. whether said body meets the requirements of an independent court within the meaning of EU law, the following are of importance:

(i) prior rulings of the CJEU regarding the Polish judiciary (cases C-585/18; C-624/18, C-625/18) and

(ii) CJEU's statement on the interim measures of 8 April 2020 (case C-791/19).

Doubts pertaining to the independence of the Disciplinary Chambers of the Supreme Court should be assessed with particular regard to the guarantees of advocates' independence and the applicable model of bar disciplinary proceedings. It is also worth mentioning that as regards judicial disciplinary proceedings, the CJEU's ruling of 8 April 2020 (case C-791/19) *Commission v the Republic of Poland* stated that: "under Article 19(1) TEU, every Member State shall guarantee that the system of disciplinary measures applicable to judges of national courts, being part of that state's system of appellate measures within the spheres covered by EU law, is consistent with the principle of judicial independence, including by guaranteeing that rulings and decisions issued in disciplinary proceedings against said judges are reviewed by a body which itself meets the requirements inherently associated with effective judicial protection, including the requirement of independence".

The aforementioned statement provides that under Article 19(1) TEU, every Member State should guarantee that the system of legal measures applicable to disciplinary proceedings respects the principle of judicial independence. Hence, every Member State is obligated to guarantee that the system of bar disciplinary measures and the related appellate measures respects the above-mentioned principle. This is due to the fact that under Article 10(6) of the Services Directive, authorities examining disciplinary cases regarding advocates issue rulings on issues within a sphere covered by EU law.

The effectiveness of the legal guarantees of advocates' independence is inherently intertwined with the model of applicable disciplinary proceedings. Therefore, the CJEU's ruling on the issues set forth in questions 3 and 4 will effectively determine the mandatory guidelines to be observed by public authorities when hearing an appeal lodged from a disciplinary court's ruling, the aim of which is to prevent the unauthorized interference with the sphere of lawyers' independence.

However, it needs to be remembered that the key issues raised in the referral for a preliminary ruling are not only concerned with ensuring that free movement of services is not impeded by national measures concerning disciplinary proceeding in a certain profession, but are of a greater importance: they relate to the legal guarantees of lawyers' independence and their role in the furtherance of the principle of rule of law. From a legal professional's perspective

they are thus of utmost importance. In the words of Justice Michael Kirby AC: "independence is not provided for the benefit or protection of judges or lawyers as such. Nor is it intended to shield them from being held accountable in the performance of their professional duties and to the general law. Instead, its purpose is the protection of the people, affording them an independent legal profession as '...the bulwark of a free and democratic society'[10]". "**Professional independence is both a duty and a privilege, because it serves as a guarantee of due process for the public.** Fundamental principles of democracy, such as the separation of powers and the core principle of judicial autonomy, would not have much meaning in the absence of an independent legal profession entrusted with the duty of assisting the courts, acting as 'an instrument in the administration of justice, an officer of the legal system, and a co-minister of justice'[11]. A truly independent legal profession can assist society in its efforts to protect and enforce its citizens' legitimate rights against political institutions or intrusions of private parties. The duty of a lawyer, and the duty of the bars a whole, is to serve the rule of law and the wider public interest. **The independence of the legal profession enables lawyers to fulfil this function by acting for the benefit, and in the legitimate interest of, the client and society as a whole, without fear of abusive prosecution, and free from improper influence of any kind. A strong and independent legal profession can also serve as a mechanism for political accountability**"[12].

Therefore, it seems clear that the merits of the case may be argued based on other legal authorities[13].

Article 2 TEU provides that "the Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail."

The CJEU has acknowledged the role of lawyers in and for the justice system since its *AM & S* judgment[14].

The independence of bars could, therefore, be part of the shared constitutional traditions in all Member States enshrined in Article 2 TEU. What is more, Article 2 TEU places a strong emphasis on the protection of the rule of law.

[10] J. Debeljak, *Judicial Independence in the Modern Democratic State* (1999) 74 Reform 35, at 38.

[11] J Debeljak, *Judicial Independence...*, at 38.

[12] *The Independence of the Legal Profession. Threats...*, p. 5. See also T. Bingham, *The Rule of Law.*

[13] For the most helpful suggestions providing us with the perspective described below we would like to thank Mrs Britta Kynast.

[14] Case C-155/79, *AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities* [1982] ECLI:EU:C:1982:157, followed e.g. by case C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akcros Chemicals Ltd v European Commission* [2010] ECLI:EU:C:2010:512.

There may be no effective protection of the rule of law if there is no access to a professional defence, which may only be provided by an independent advocate. Impeding the independence of advocates is equivalent to impeding the rule of law, as it creates a systemic bias in favour of the state having access to legal professionals, as opposed to individuals having this access impeded by the possibility of their lawyers being repressed for providing strong defence in cases in which the state has a strong interest.

Another legal authority which supports the standpoint that the Disciplinary Chamber of the Supreme Court should be bypassed is Article 19 TEU. It provides that "Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law."

Again, the same argument comes to play: there is no "effective legal protection" when citizens do not have independent lawyers on their side. If there is a possibility of lawyers being repressed for providing strong defence in cases the state has a strong interest in, there is no access to effective legal protection[15].

Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU, which should be read in conjunction with Article 19 TEU, further supports such perspective. It provides that "everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article. Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented. Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice." It is important to notice that the citizen has the right to be "advised, defended and represented". Moreover, preliminary rulings ("every national court is also a EU court") are often only possible because of the facts and arguments which are presented by a lawyer.

In conclusion, the WDC's decision to make a referral for a preliminary ruling to the CJEU should be viewed as highly justified. Even if the CJEU holds that the submitted questions were in fact inadmissible, submitting the questions will allow for a clarification of an important aspect of EU law pertaining to the independence of the legal profession and professional disciplinary chambers. As many times before in the legal history, thanks to a referral for a preliminary ruling an important legal principle may be developed.

[15] See also case C-506/04 *Graham J. Wilson v Ordre des avocats du barreau de Luxembourg* [2006] ECLI:EU:C:2006:587.

ABSTRAKT

prof. dr hab. Piotr Kardas

Autor jest adwokatem (ORA w Krakowie), kierownikiem Zakładu Prawa Karnego Porównawczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Stypendystą Fundacji Alexandra von Humboldta, członkiem Komisji Prawnej Polskiej Akademii Umiejętności, członkiem Komisji Prawnej Oddziału Krakowskiego Polskiej Akademii Nauk, wiceprezesem Naczelnej Rady Adwokackiej, przewodniczącym polskiej delegacji do CCBE; Prezydentem Rady Doradczej Fundacji Prawników Europejskich.

Znacznie pytań prejudycjalnych przedstawionych przez Sąd Dyscyplinarny Izby Adwokackiej w Warszawie w postępowaniu przed TSUE w sprawie C-55/20 dla procesu kształtowania gwarancji niezależności zawodów prawniczych na płaszczyźnie prawa europejskiego

Opracowanie poświęcone jest analizie znaczenia pytań prejudycjalnych przedstawionych przez WSD Izby Adwokackiej w Warszawie Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-55/20. Wskazując na precedensowy charakter postępowania, podkreślono, że rozstrzygnięcie TSUE odnosić się będzie zarówno do kwestii dopuszczalności sformułowania pytań prejudycjalnych przez adwokacki sąd dyscyplinarny, jak i zakresu ochrony niezależności prawników na podstawie prawa UE. Z tych względów stanowisko TSUE mieć będzie zasadnicze znaczenie dla zasad wykonywania zawodów prawniczych w Unii Europejskiej. W szczególności zaś standardów minimalnych związanych z zasadą rządów prawa, instytucjonalnych gwarancji niezależności prawników, a także funkcji prawniczego postępowania dyscyplinarnego. Rozważania obejmują również zagadnienia związane ze statusem adwokackich sądów dyscyplinarnych oraz zakresem ich niezależności orzeczniczej. Odnoszą się także do zagadnień istotnych z punktu widzenia zasad wykonywania zawodów adwokata w ramach Unii Europejskiej, w tym w szczególności: roli i funkcji prawników w realizacji zasady rządów prawa, znaczenia zasady niezależności prawników, zadań i roli samorządu zawodowego prawników. Szczególnym aspektem analiz jest kwestia możliwości zastosowania do zawodów przepisów rozdziału III Dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym, zwłaszcza zaś art. 10 ust. 6. Uznanie, że dyrektywa ma zastosowanie do działalności adwokatów, przesądzać będzie, że do adwokackiego postępowania dyscyplinarnego stosują się gwarancje przewidziane w Karcie Praw Podstawowych oraz standardy gwarancyjne przewidziane w EKPCz.

W konsekwencji rozstrzygnięcie przez TSUE zagadnień prejudycjalnych mieć będzie znaczenie dla wszystkich prawników działających w UE.

Pojęcia kluczowe: *pytanie prejudycjalne, sąd, rzetelny proces, standardy gwarancyjne, rola adwokatów, rządy prawa, sąd dyscyplinarny, niezależność prawników, samorząd zawodowy, prawo UE*

prof. dr hab. Piotr Kardas
ORCID: 0000-0002-8903-2417; e-mail: pkardas@kardas.com.pl

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), head of the Department of Comparative Criminal Lawof Faculty of Law and Administration at the Jagiellonian University, Alexander von Humboldt Foundation Fellow, v-ce President of the Polish Bar Counsil, member of the Legal Studies Committee at the Polish Academy of Arts and Sciences, Member of the Legal Studies Committee at the Polish Academy of Science, head in the Polish Delegation to CCBE; President of ELF Advisory Board.

REFERENCES

Bingham Tom, *The Rule of Law*, London 2020, p. 24

Brandeis Louis, *The opportunity in the law*, in: L. Brandeis, *Business – A Profession*, p. 337

Gordon Robert W., *The independence of lawyers*, "Boston University Law Review", vol. 68.1., Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series 1988, *passim*

Łętowska Ewa, *Czego uczą odpowiedzi na pytania prejudycjalne dotyczące polskiego wymiaru sprawiedliwości?* [eng. What do the answers to the preliminary questions concerning the Polish justice system teach us?], "Palestra" 2020/5, pp. 30–45

The Hon. Justice Michael Kirby AC AMG, *Independence of the legal profession: Global and regional challenges*, www.hcourt.gov.au/assets/publiocations/speeches/former-justice/kirbyj_20mar05.html

The Independence of the Legal Profession. Threats to the bastion of the free and democratic society. A report by the IBA's Presidential Task Force on the Independence of the Legal Profession, September 2016

Wilson Woodrow, *The lawyer and the community*, in: *The Papers of Woodrow Wilson*, 1976, p. 66

Pojęcia kluczowe: *prawo do sądu, skarga do ETPCz, Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego, postępowanie dyscyplinarne, Europejska konwencja praw człowieka, EKPC*

e-PALESTRA
48/2020

Michał Mistygacz, Wojciech Sitek

SKARGA DO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA NA ORZECZENIE IZBY DYSCYPLINARNEJ SĄDU NAJWYŻSZEGO

Rozważania podjęte w niniejszym artykule ogniskują się wokół próby znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy stronie postępowania, co do której zapadło prawomocne rozstrzygnięcie wydane przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego, przysługuje prawo do wniesienia skutecznej skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Autorzy przeprowadzili zestawienie przesłanek wystąpienia ze skargą do ETPCz z uwarunkowaniami prawnymi i faktycznymi postępowań prowadzonych przez Izbę Dyscyplinarną.

Sąd Najwyższy w składzie trzech izb podjął 23.01.2020 r. uchwałę, w uzasadnieniu której wskazano, że orzeczenia wydane przez składy sędziowskie działające w ramach Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego nie mają charakteru orzeczeń wydanych przez należycie obsadzony sąd[1]. Orzeczenie to, wraz z ogłoszonym następnie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) postanowieniem o zastosowaniu środków tymczasowych[2] w stosunku do Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, na nowo ożywiły dyskusję dotyczącą konsekwencji prawnych związanych z jej działalnością orzeczniczą oraz jej statusu, w szczególności oceny, czy jest ona nieprzewidzianym

[1] Uchwała SN z 23.01.2020 r. (BSA I-4110–1/20), OSNKW 2020/2, poz. 7.
[2] Postanowienie TSUE z 8.04.2020 r. (C-791/19 R), ECLI:EU:C:202:277.

w art. 175 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[3] sądem wyjątkowym, którego powołanie w czasach pokoju (zgodnie z art. 175 ust. 2 Konstytucji RP) jest niedopuszczalne[4].

Niniejszy artykuł podejmuje jeden z wątków tej dyskusji, stanowiąc próbę odpowiedzi na pytanie, czy sam fakt rozpatrywania konkretnej sprawy przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego może być podstawą do wniesienia skutecznej skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz).

EUROPEJSKA KONWENCJA O OCHRONIE PRAW CZŁOWIEKA I PODSTAWOWYCH WOLNOŚCI – UWAGI OGÓLNE

Celem Europejskiej konwencji praw człowieka[5] było zapewnienie powszechnego i efektywnego stosowania praw zawartych w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka przyjętej 10.12.1948 r. w Nowym Jorku. To, co odróżniało EKPC od innych umów międzynarodowych, to stworzenie skutecznego systemu egzekwowania określonych w niej praw. Podstawowym gwarantem ich przestrzegania został nowo utworzony organ sądowniczy – Europejski Trybunał Praw Człowieka, któremu przyznano kompetencję do rozstrzygania, czy w konkretnej sprawie doszło do naruszenia postanowień Konwencji. Jego orzeczenia w tym zakresie były wiążące dla państw-sygnatariuszy. Jeszcze bardziej „rewolucyjnym" rozwiązaniem przyjętym w Konwencji było przyznanie prawa skargi do ETPCz jednostkom, grupom osób lub organizacjom pozarządowym. Tym samym każda osoba, która uznała, że władza publiczna naruszyła jej prawa zagwarantowane Konwencją, ma możliwość zainicjowania stosownego postępowania przed niezależnym od jej władz państwowych organem sądowniczym i uzyskania w tym przedmiocie rozstrzygnięcia. Jednym z kluczowych praw, wymienionych przez Konwencję, jest prawo do sądu, określone w art. 6 ust. 1 Konwencji. Zgodnie ze wskazanym przepisem każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Rzetelny proces sądowy urzeczywistnia demokratyczne państwo prawne, a wykładnia zawężająca

[3] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.), dalej Konstytucja RP.

[4] Za przyjęciem takiej tezy opowiada się m.in. W. Wróbel, *Izba Dyscyplinarna jako sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji RP*, „Palestra" 2019/1–2, s. 21; S. Patyra, *Sądownictwo dyscyplinarne w kontekście ograniczeń konstytucyjnych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2020/4, s. 114. Z kolei przeciwko tej tezie wystąpił A. Roch, *Czy w Sądzie Najwyższym istotnie stworzono sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji RP? – polemika*, „Palestra" 2020/7–8, s. 187.

[5] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284), dalej Konwencja lub EKPC.

art. 6 ust. 1 Konwencji nie odpowiada celowi i charakterowi tego przepisu[6]. Wymaga on wykładni w szerszym wymiarze, uwzględniającym ogólne zasady prawa przyjęte przez narody określone jako cywilizowane[7]. Prawo dostępu do sądu musi być więc praktyczne i skuteczne[8]. Idea rzetelnego procesu – jak wskazuje Ireneusz Nowikowski – „może służyć ocenie określonego wzorca postępowania czy spełnia on określone standardy"[9]. Europejski Trybunał Praw Człowieka od wielu lat podkreśla „poczesne miejsce jakie prawo do rzetelnego procesu zajmuje w społeczeństwie demokratycznym"[10]. Nie budzi wątpliwości doktrynalnych to, że „standard rzetelnego postępowania i jego gwarancje odnoszą się nie tylko do przepisów o charakterze czysto formalnym (procesowym), lecz także do przepisów o charakterze ustrojowym. Obejmuje on zatem zarówno przebieg całego postępowania karnego, jak i przepisy określające funkcjonowanie sądownictwa oraz funkcjonowanie innych organów procesowych"[11]. Rzetelność procesu odnosi się również do ogólnie pojmowanych idei, które odnoszą się do nadrzędnych wartości, jakie postępowanie karne *sensu largo* powinno realizować. Ogólna idea rzetelnego procesu karnego nie ma charakteru spisanego, zamkniętego i traktowana jest jako szczególna klauzula generalna. Paweł Wiliński nazywa ją wprost swoistym „wytrychem" pozwalającym wprowadzać zmiany do reguł prowadzenia postępowania karnego, które mają uzasadnienie aksjologiczne[12]. Tym samym podsądny ma prawo do sądu, a wręcz do odpowiedniego sądu.

WŁAŚCIWOŚĆ IZBY DYSCYPLINARNEJ

Punktem wyjścia dla ustalenia, czy normy regulujące powstanie i działalność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego pozostają w zgodzie z przywołanym art. 6 ust. 1 Konwencji, powinno być ustalenie zakresu spraw, jakimi zajmuje się ta Izba. Właściwość rzeczowa Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego została uregulowana w wielu aktach prawnych, w tym w szczególności – ustawie z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym[13]. Zgodnie z nimi do zakresu kompetencji Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego należy:

6 Wyrok ETPCz z 23.07.1968 r. w sprawie *Delcourt przeciwko Belgii* (1474/62), § 31.

7 Zob. M. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo. Tom 1: Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, Kraków 2001, s. 23.

8 Wyrok ETPCz z 4.12.1995 r. w sprawie *Bellet przeciwko Francji* (40886/06), § 38.

9 I. Nowikowski, *Uwagi o zasadzie rzetelnego procesu karnego (kwestie wybrane)* (w:) *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 56.

10 Zob. wyrok ETPCz z 9.10.1979 r. w sprawie *Airey przeciwko Irlandii* (6289/73) oraz z 13.05.1980 r. w sprawie *Artico przeciwko Włochom* (6649/74).

11 P. Wiliński, *Zakończenie* (w:) *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 353–353.

12 P. Wiliński, *Pojęcie rzetelnego procesu karnego* (w:) *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 29.

13 Ustawa z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2019 r. poz. 825 ze zm.), dalej ustawa o SN.

1. rozpoznawanie w I instancji spraw dyscyplinarnych:
   a. sędziów Sądu Najwyższego[14];
   b. dotyczących przewinień dyscyplinarnych sędziów, asesorów sądowych, prokuratorów i asesorów prokuratorskich, wyczerpujących znamiona umyślnych przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego lub umyślnych przestępstw skarbowych lub spraw, w których Sąd Najwyższy zwrócił się z wnioskiem o rozpoznanie sprawy dyscyplinarnej wraz z wytknięciem uchybienia[15];
   c. dotyczących nowego[16] deliktu dyscyplinarnego, polegającego na „działaniach kwestionujących istnienie stosunku służbowego sędziego, skuteczność powołania sędziego, lub umocowanie konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej", popełnionych przez sędziego Sądu Najwyższego, sądu powszechnego, sędziego sądu wojskowego, prokuratora[17];
2. rozpoznawanie odwołań od orzeczeń sądów dyscyplinarnych I instancji w sprawach sędziów Sądu Najwyższego, sędziów sądów powszechnych i wojskowych, asesorów sądowych, prokuratorów i asesorów prokuratorskich oraz postanowień i zarządzeń zamykających drogę do wydania wyroku[18];
3. rozpoznawanie kasacji[19] od orzeczeń wydanych w sprawach dyscyplinarnych adwokatów[20], radców prawnych[21], notariuszy[22], komorników[23];
4. rozpoznawanie w I i II instancji spraw o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej lub tymczasowe aresztowanie sędziów, asesorów sądowych, prokuratorów i asesorów prokuratury[24];
5. rozpoznawanie spraw z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych dotyczących sędziów Sądu Najwyższego[25];
6. rozpoznawanie spraw z zakresu przeniesienia sędziego Sądu Najwyższego w stan spoczynku[26];

---

14 Art. 73 § 1 ustawy o SN.

15 Art. 110 § 1 pkt 1b ustawy z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 365 ze zm.), dalej p.u.s.p.; art. 39a § 1 pkt 1b ustawy z 21.08.1997 r. – Prawo o ustroju sądów wojskowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1754), dalej p.u.s.w.; art. 145 § 1 pkt 1b ustawy z 28.01.2016 r. – Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2019 r. poz. 740 ze zm.), dalej p.o.p.

16 Wprowadzonego ustawą z 20.12.2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 190).

17 Art. 110 § 1 pkt 1b p.u.s.p., art. 39a § 1 pkt 1b p.u.s.w., art. 145 § 1 pkt 1b p.o.p., art. 72 § 1 pkt 3 ustawy o SN.

18 Art. 27 § 4 pkt 1 i art. 73 § 1 pkt 2 ustawy o SN.

19 Art. 27 § 4 pkt 2 ustawy o SN.

20 Art. 91a ustawy z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2020 r. poz. 1651).

21 Art. 622 ustawy z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 75).

22 Art. 63a ustawy z 14.02.1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2020 r. poz. 1192).

23 Art. 253 ustawy z 22.03.2018 r. o komornikach sądowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 121 ze zm.).

24 Art. 27 § 1 pkt 1a ustawy o SN oraz ustawy szczegółowe – art. 107a i 110 § 2a p.u.s.p., art. 39a § 2 p.u.s.w., art. 145 § 1a p.o.p.

25 Art. 27 § 1 pkt 2 ustawy o SN.

26 Art. 27 § 1 pkt 3 ustawy o SN.

7. rozpoznawanie odwołań od uchwał Krajowej Rady Sądowniczej[27];
8. rozpoznawanie zażalenia na postanowienie w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej na świadka, który bez należytego usprawiedliwienia nie stawił się na wezwanie rzecznika dyscyplinarnego albo bez jego zezwolenia oddalił się z miejsca czynności przed jej zakończeniem[28].

Powyższe wyliczenie wskazuje, że sprawy rozpoznawane przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego nie mają jednorodnego charakteru. W zakresie właściwości Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego znajduje się zarówno rozpoznawanie spraw dyscyplinarnych (jako sąd I lub II instancji – pkt 1 i 2 powyższego wyliczenia lub jako sąd kasatoryjny – pkt 3), szeroko pojmowanych spraw pracowniczych (pkt 5, 6, 7), jak też wydawanie incydentalnych decyzji w ramach innych postępowań (pkt 4 i 8).

ZAKRES STOSOWANIA KONWENCJI DO SPRAW POZOSTAJĄCYCH WE WŁAŚCIWOŚCI IZBY DYSCYPLINARNEJ SĄDU NAJWYŻSZEGO

Pierwsze nasuwające się pytanie to, czy kategorie spraw rozpoznawanych przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego w ogóle znajdują się pod ochroną art. 6 Konwencji. Wskazany przepis nie stwierdza bowiem istnienia uniwersalnego prawa do sądu w każdej sprawie, lecz jedynie w sprawach dotyczących rozstrzygania o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej sprawie karnej.

Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie ETPCz, pojęcia „prawa i obowiązki o charakterze cywilnym" oraz „oskarżenie w sprawie karnej" interpretowane są przez Trybunał w sposób autonomiczny, niezależny od klasyfikacji przyjętej przez przepisy prawa wewnętrznego. Rodzi się więc pytanie, na ile sankcje, które w prawodawstwie krajowym traktowane są jako sankcje „parapenalne"[29] (ekonomiczne, dyscyplinarne), formalnie nie będąc karnymi, pozostają pod ochroną art. 6 ust. 1 Konwencji.

Kwestia ta ma szczególne znaczenie w związku z określeniem znaczenia terminu „sprawa karna". Istotnych wskazówek, jak należy rozumieć to pojęcie w kontekście art. 6 Konwencji, dostarczyło orzeczenie *Engel i inni przeciwko Holandii*[30], którego przedmiotem były skargi żołnierzy holenderskich na wymierzone im kary dyscyplinarne. Europejski Trybunał Praw Człowieka, rozważając swoją właściwość w ww. sprawie, zauważył, iż ustalenie, czy w świetle

[27] Art. 44 ust. 1 ustawy z 12.05.2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (Dz.U. z 2019 r. poz. 84 ze zm.), dalej ustawa o KRS; art. 27 § 4 pkt 3 ustawy o SN.
[28] Art. 114a § 3 p.u.s.p.
[29] J. Pradel, *Rzetelny proces w europejskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo" 1996/ 9, s. 8.
[30] Wyrok ETPCz z 23.11.1976 r. (5100/71), § 82–83.

przepisów prawa wewnętrznego dana sprawa ma charakter karny, czy dyscyplinarny, jest konieczne, niemniej – niewiążące dla ETPCz. Wewnętrzna klasyfikacja stanowi bowiem jedynie punkt wyjścia dla dalszych rozważań. Oprócz niej, należy mieć również na uwadze naturę przewinienia będącego przedmiotem postępowania, jak również wysokość grożącej kary. Również sposób mianowania członków organu orzekającego, istnienie gwarancji zabezpieczających przed naciskami z zewnątrz, a także kwestia, czy organ sprawia wrażenie niezawisłości, wymieniane są przez ETPCz jako kwantyfikatory rzetelnego procesu[31].

Do wskazanych wyżej kryteriów (klasyfikacja wewnętrzna, natura przewinienia, wysokość kary)[32] ETPCz odwoływał się również w sprawie *Matyjek przeciwko Polsce*[33]. Oceniając, czy postępowanie lustracyjne jest sprawą karną w rozumieniu art. 6 Konwencji, ETPCz zwrócił uwagę na szczególne powiązanie postępowania lustracyjnego z postępowaniem karnym, wyrażające się w fakcie, iż w toku ww. postępowania stosuje się odpowiednio przepisy procedury karnej, a pozycja Rzecznika Interesu Publicznego oraz osoby poddanej lustracji jest zbliżona do statusu oskarżyciela publicznego i oskarżonego. Nadto stwierdził, iż natura przewinienia (złożenie fałszywego oświadczenia wymaganego przez prawo – który to czyn w wielu ustawodawstwach uznawany jest za przestępstwo) również wskazuje, iż jest to „sprawa karna" w rozumieniu konwencyjnym. Co istotne, ETPCz zauważył, iż za takim uznaniem przemawia również wysokość sankcji grożącej za tzw. kłamstwo lustracyjne (niemożność sprawowania funkcji publicznych przez 10 lat). Chociaż bowiem kara ta nie wiąże się ani z pozbawieniem wolności, ani grzywną, niemniej pozbawienie możliwości wykonywania określonych zawodów wywiera istotny wpływ na życie danej osoby, uniemożliwiając jej kontynuowanie dotychczasowego życia zawodowego.

W sprawie *Öztürk przeciwko Niemcom*[34], dotyczącej wykroczenia drogowego, ETPCz wyraźnie stwierdził, iż postępowanie karne, o którym mowa w art. 6 Konwencji, może dotyczyć również stosunkowo błahych przewinień, zagrożonych wyłącznie karą grzywny.

Z kolei w sprawie *Kasparov i inni przeciwko Rosji*[35] ETPCz, dokonując oceny surowości nałożonej w trybie administracyjnym grzywny (równowartość 25 euro), wskazał, że dla uznania, iż miała ona charakter karny, istotne znaczenie ma fakt, że nie służyła ona zadośćuczynieniu za szkodę, lecz miała charakter represyjny i odstraszający.

[31] Wyrok ETPCz z 28.06.1984 r. w sprawie *Campbell i Fell przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (7819/77, 7878/77), § 78, § 80.
[32] Zob. również J. Pradel, *Rzetelny...*, s. 9–10.
[33] Wyrok ETPCz z 19.06.2006 r. (38184/03).
[34] Wyrok ETPCz z 21.02.1984 r. (8544/79).
[35] Wyrok ETPCz z 3.10.2003 r. (21613/07).

Mając ma uwadze linię orzeczniczą wyznaczoną m.in. przez cytowane rozstrzygnięcia, można stwierdzić, że przynajmniej część spraw dyscyplinarnych rozpoznawanych przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego (wskazanych w ww. wyliczeniu w punktach 1–3) może być traktowana jako „sprawy karne" w rozumieniu art. 6 Konwencji. Za powyższym przemawia w szczególności sposób regulacji postępowania dyscyplinarnego (w toku którego odpowiednio stosuje się przepisy procedury karnej), jak również katalog kar dyscyplinarnych[36], obejmujący kary o charakterze finansowym (kara obniżenia wynagrodzenia zasadniczego, kara pieniężna) lub mające istotny wpływ na życie danej osoby (np. wydalenie z zawodu, przeniesienie na inne miejsce służbowe sędziego lub prokuratora[37]).

Pomimo powyższego, brak jest podstaw do przyjęcia, że każda sprawa dyscyplinarna rozpoznawana przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego będzie niejako „automatycznie" podlegać regulacjom Konwencji. Każdy przypadek powinien być oceniany indywidualnie, przy czym rozstrzygające znaczenie będzie miał charakter przewinienia będącego przedmiotem danego postępowania. Istotne znaczenie w tym kontekście będzie miał nie tyle stopień społecznej szkodliwości deliktu (jak już wskazano, w świetle orzecznictwa ETPCz ochronie konwencyjnej podlegają również stosunkowo błahe przewinienia drogowe), co raczej rodzaj norm naruszonych przez obwinionego. Jeśli więc przedmiotem postępowania jest działanie stanowiące naruszenie reguł obowiązujących w ramach całego społeczeństwa lub jego istotnej części (tak, jak miało to miejsce w omawianej sprawie *Matyjek przeciwko Polsce* dotyczącej przepisów lustracyjnych stosowanych wobec wszystkich osób urodzonych przed określoną datą) – będzie to skłaniało do uznania, iż sprawa ma charakter „sprawy karnej" w rozumieniu Konwencji. Sytuacja taka będzie miała miejsce w szczególności w przypadku postępowań dyscyplinarnych toczących się w związku z popełnieniem czynu wypełniającego znamiona przestępstwa, wykroczenia, deliktu cywilnoprawnego (np. naruszenia cudzych dóbr osobistych). Natomiast w przypadku deliktów dyscyplinarnych dotyczących naruszenia zasad ściśle związanych z wykonywanym zawodem (np. nieterminowe sporządzenie uzasadnienia przez sędziego) brak jest podstaw do uznania, iż podlegają one pod zakres stosowania Konwencji. Należy przy tym pamiętać, iż oceny charakteru przewinienia należy dokonywać nie tyle przez pryzmat przepisów krajowych, co z perspektywy pewnych ogólnych zasad łączących Państwa-sygnatariuszy (tak np. w sprawie *Matyjek przeciwko Polsce* ETPCz uznał, że choć złożenie fałszywego oświadczenia lustracyjnego zgodnie z krajowymi przepisami nie było przestępstwem, to jednak przedkładanie nierzetelnych oświadczeń organom

[36] Art. 139 p.u.s.p., art. 39 p.u.s.w., art. 142 p.o.p.
[37] Art. 142 § 1 p.o.p.

publicznym, w świetle ogólnych zasad, może być postrzegane jako czyn o charakterze kryminalnym).

Wysokość kary dyscyplinarnej (jako okoliczność istotna dla ustalenia, czy sprawa ma charakter karny w rozumieniu Konwencji) będzie miała natomiast szczególne znaczenie w przypadku nowego rodzaju deliktów dyscyplinarnych wprowadzonych ustawą z 20.12.2019 o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw[38] (określanej przez dużą część środowiska prawniczego mianem „ustawy kagańcowej"), tj.:

– działań lub zaniechań mogących uniemożliwić lub istotnie utrudnić funkcjonowanie organu wymiaru sprawiedliwości lub prokuratury;
– działań kwestionujących istnienie stosunku służbowego sędziego lub prokuratora, skuteczność powołania sędziego lub prokuratora, lub umocowanie konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej;
– prowadzenia działalności publicznej niedającej się pogodzić z zasadą niezależności sądów i niezawisłości sędziów.

W przypadku wymienionych wyżej deliktów katalog kar ograniczono co do zasady jedynie do kary wydalenia z zawodu lub przeniesienia na inne miejsce służbowe, zastrzegając, że w przypadku przewinień mniejszej wagi można zastosować kary o charakterze finansowym (wykluczając przy tym możliwość odstąpienia od wymierzenia kary). Tak wysoki poziom represyjności rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę w połączeniu z charakterem ww. deliktów uzasadnia twierdzenie, iż postępowania dyscyplinarne o ww. czyny co do zasady winny być uznane za sprawy karne w rozumieniu art. 6 Konwencji.

Poczynione wyżej uwagi dotyczą również rozpoznawanych przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego spraw w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej na świadka, który bez należytego usprawiedliwienia nie stawił się na wezwanie rzecznika dyscyplinarnego albo bez jego zezwolenia wydalił się z miejsca czynności przed jej zakończeniem (wskazanych w pkt 8 ww. wyliczenia). Choć nie są to – ściśle rzecz biorąc – sprawy dyscyplinarne (ich przedmiotem nie jest odpowiedzialność za delikt dyscyplinarny, a osoba, której ona dotyczy, nie musi być obwinionym), wskazane wcześniej wytyczne ETPCz znajdują tu pełne zastosowanie. Mając na uwadze typowo represyjny, finansowy charakter ww. kary, jak również charakter przewinienia (dot. zaniechania poddania się obowiązkowi stawiennictwa przed organem państwowym, który to obowiązek w świetle ogólnych zasad może być postrzegany jako czyn o charakterze kryminalnym), należy uznać, iż sprawy te również należą do spraw karnych w rozumieniu Konwencji.

[38] Ustawa z 20.12.2019 o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 190).

Mniej oczywista jest natomiast sytuacja dotycząca postępowań w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej lub tymczasowe aresztowanie sędziów i prokuratorów. Niewątpliwie postępowania takie są ściśle powiązane z toczącym się postępowaniem karnym, niemniej Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego nie rozstrzyga w nich bezpośrednio kwestii stosowania aresztu (a tym bardziej – odpowiedzialności karnej), lecz jedynie orzeka co do wyrażenia zgody na jego stosowanie (a więc ewentualnie usunięcia przeszkody formalnej w jego stosowaniu). Można mieć również wątpliwości, czy sprawa taka faktycznie dotyczy „rozstrzygania o zasadności oskarżenia w wytoczonej sprawie karnej", skoro takie postępowanie z zasady będzie toczyło się przed wniesieniem jakiegokolwiek oskarżenia. Pomimo jednak literalnego brzmienia art. 6 Konwencji, ETPCz w swoim orzecznictwie dopuszcza jego stosowanie również na etapie wcześniejszym niż wniesienie oskarżenia, jeżeli dotyczy to okoliczności o istotnym wpływie na sytuację oskarżonego (w szczególności – dotyczy to aresztu lub kwestii trwania postępowania przygotowawczego)[39]. Okolicznością taką niewątpliwie jest również kwestia wyrażenia zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej, która wiąże się np. z możliwością (a w niektórych sprawach – koniecznością) zawieszenia danej osoby w wykonywaniu obowiązków służbowych oraz obniżenia jej wynagrodzenia[40].

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt „prawa do sądu" pozostający w ścisłym związku z kwestią immunitetu sędziowskiego. Jak wiadomo, celem immunitetu sędziowskiego jest zabezpieczenie przed próbami bezprawnego wpływania na orzecznictwo sądowe przez inne organy władzy (w szczególności – władzę wykonawczą). W tym sensie konstrukcja postępowania w przedmiocie wyrażenia zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej ma istotne znaczenie z perspektywy nie tylko osoby objętej ww. immunitetem, ale również innych osób, których sprawa może być rozpoznawana przez sąd. Skoro bowiem immunitet ma stanowić jeden z gwarantów niezawisłości, to postępowanie w przedmiocie jego uchylenia również ma istotne znaczenie z perspektywy zapewnienia obywatelom prawa określonego w art. 6 Konwencji. Wskazana argumentacja nabiera szczególnego znaczenia w kontekście coraz częstszych postępowań karnych, których przedmiotem jest działalność orzecznicza danego sędziego. Pomijając zasadność wszczynania tego rodzaju postępowań (i ewentualnie możliwość przypisania sędziemu przestępstwa niedopełnienia obowiązku z art. 231 § 1 k.k. z uwagi jedynie na treść wydanego orzeczenia), należy stwierdzić, że sam fakt jego prowadzenia niewątpliwie

[39] Tak np. wyrok ETPCz z 15.07.1982 r. w sprawie *Eckle przeciwko Niemcom* (8130/78); wyrok ETPCz z 21.09.1999 r. w sprawie *Heaney i McGuinness przeciwko Irlandii* (34720/97); wyrok ETPCz z 21.12.2000 r. w sprawie *Quinn przeciwko Irlandii* (36887/97); wyrok ETPCz z 16.10.2001 r. w sprawie *Brennan przeciwko Wielkiej Brytanii* (39846/98).

[40] Np. art. 129 p.u.s.p., art. 151 p.o.p.

może wywoływać tzw. „efekt mrożący" (*chilling effect*), stanowiący formę nacisku na innych sędziów. Tym samym zasadne jest stwierdzenie, iż tam, gdzie postępowanie w przedmiocie wyrażenia zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej czy też pozbawienie wolności dotyczy tego rodzaju spraw, postępowanie takie może być oceniane w kontekście zapewnienia „prawa do sądu" w rozumieniu art. 6 Konwencji.

Podsumowując powyższe rozważania, należy uznać, iż przynajmniej część działalności orzeczniczej Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego będzie podlegać regulacjom konwencyjnym. Bez znaczenia przy tym pozostaje to, czy Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego orzeka jako sąd pierwszej, czy też drugiej instancji, lub też jako sąd kasacyjny. Jak bowiem wskazuje ETPCz w swoim orzecznictwie, chociaż sam art. 6 Konwencji nie narzuca Państwom-sygnatariuszom obowiązku ustanowienia sądu odwoławczego czy też kasacyjnego, niemniej jeśli sądy takie w danym Państwie istnieją, winny one spełniać minimalne standardy wymagane przez ww. przepis[41].

WŁAŚCIWOŚCI SĄDU W ŚWIETLE ART. 6 KONWENCJI

Artykuł 6 Konwencji nie tylko określa zakres spraw, co do których państwa-sygnatariusze zobowiązują się zapewnić „prawo do sądu", ale również wskazuje minimalne wymogi, jakie sąd powinien spełniać. Wskazany przepis wymaga zatem, aby Sąd ten był:

a) niezawisły;
b) bezstronny;
c) ustanowiony ustawą.

Te ogólne pojęcia zostały doprecyzowane przez ETPCz. I tak, definiując pojęcie niezawisłości, Trybunał wskazywał, iż wiąże się ono nie tylko z niezależnością od stron postępowania, ale również niezależnością od innych władz – w tym w szczególności władzy wykonawczej. Tak np. w sprawie *Henryk Urban i Ryszard Urban przeciwko Polsce* uznano, iż doszło do naruszenia prawa do sądu, z uwagi na fakt, iż stosowne postępowanie było prowadzone przez asesora, którego status nie gwarantował jego niezawisłości w stosunku do władzy wykonawczej (asesor mógł być pozbawiony funkcji przez Ministra Sprawiedliwości, przy jednoczesnym braku wystarczających gwarancji zapobiegających w tym zakresie arbitralności)[42]. W swoim orzecznictwie ETPCz wielokrotnie wskazywał, że przy ocenie, czy konkretny organ jest niezawisły, należy brać pod uwagę takie kwestie,

[41] Tak np. wyrok ETPCz z 20.07.2006 r. w sprawie *Sokurenko i Strygun przeciwko Ukrainie* (29458/04 i 29465/04).

[42] Wyrok ETPCz z 30.11.2010 r. (23614/08).

jak sposób powołania jego członków, długość ich kadencji, istnienie gwarancji zapobiegających naciskom zewnętrznym, jak również to, czy dany organ wykazuje zewnętrzne oznaki niezawisłości[43]. Precyzując tę ostatnią przesłankę, ETPCz wskazywał, że choć same obawy strony o niezawisłość sądu są istotne, to jednak decydujące znaczenie ma to, czy obawy te są obiektywnie uzasadnione[44].

Kwestia niezawisłości pozostaje w bezpośrednim związku z kwestią bezstronności. W orzecznictwie wskazuje się na istnienie dwóch aspektów bezstronności:

– subiektywnego (związanego z brakiem jakichkolwiek uprzedzeń i stronniczości po stronie sędziego);
– obiektywnego (polegającego na braku jakichkolwiek okoliczności, które – niezależnie od zachowania samych sędziów – uzasadniałyby wątpliwości wobec Sądu oraz jego członków).

Odnosząc się do obiektywnego aspektu bezstronności, ETPCz zwracał uwagę, iż znaczenie w tym kontekście ma też sposób postrzegania danego Sądu, albowiem w demokratycznym społeczeństwie sądy powinny budzić zaufanie opinii publicznej oraz stron postępowania. Tym samym wyłączeniu powinni podlegać wszyscy sędziowie, co do których istnieją obawy w zakresie ich bezstronności, przy czym decydujące znaczenie ma fakt, czy obawy te są uzasadnione[45].

Wymóg, aby sąd był „ustanowiony przez prawo", wiąże się natomiast z koniecznością zapewnienia niezależności systemu sądowniczego od uznania władzy wykonawczej i oparcie go zamiast tego na prawie pochodzącym od władzy ustawodawczej. Pojęcie to wiąże się nie tylko z istnieniem podstaw prawnych dla funkcjonowania samego sądu, ale również ustaleniem jego składu oraz zasad, na jakich działa, w tym jego właściwości. Co prawda, ETPCz wskazywał w swoim orzecznictwie, iż w określonych sytuacjach najwyższa władza sądownicza, uprawniona do interpretacji prawa w danym kraju, może podjąć decyzję, która nie mieści się w formalnych ramach przyznanych jej kompetencji, niemniej sytuacja taka musi mieć charakter wyjątkowy, a sąd zaś musi jasno i przekonująco uzasadnić przyczyny takiego odstępstwa[46]. Co do zasady uznaje się jednak, że rozpoznanie sprawy przez „sąd ustanowiony na podstawie prawa" obejmuje również wymóg istnienia wyraźnej podstawy prawnej dla takowego rozpoznania, a brak takiej podstawy stanowi również naruszenie art. 6 Konwencji[47].

43 Tak np. wyrok ETPCz z 22.06.1989 r. w sprawie *Langborger przeciwko Szwecji* (11179/84).
44 Tak np. wyrok ETPCz z 9.11.2006 r. w sprawie *Sacilor Lormines przeciwko Francji* (65411/01).
45 Tak np. ETPCz w sprawie *D.N. przeciwko Szwajcarii*, orzeczenie Wielkiej Izby z 29.03.2001 r. (27154/95).
46 Wyrok ETPCz z 13.05.2003 r. w sprawie *Julio Bou Gibert i El Hogar Y La Moda J.A. przeciwko Hiszpanii* (14929/02).
47 Tak np. wyrok ETPCz z 22.06.2000 r. w sprawie *Coëme and inni przeciwko Belgii* (32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 i 33210/96).

STATUS IZBY DYSCYPLINARNEJ SĄDU NAJWYŻSZEGO W ŚWIETLE ART. 6 KONWENCJI

Ocena Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego przez pryzmat wskazanych wyżej wymogów (niezawisłości, bezstronności, ustanowienia na podstawie przepisów prawa) nakazuje postawić pytanie, czy organ ten może być uznawany za „sąd" w rozumieniu Konwencji.

Zagadnieniami szczególnie kontrowersyjnymi pozostają w tym kontekście sposób powołania sędziów Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, kwestia, czy ww. organ posiada „zewnętrzne oznaki niezawisłości", jak również problem ewentualnego braku podstaw prawnych dla funkcjonowania tego organu.

Wątpliwości co do sposobu powołania sędziów Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego wiążą się przede wszystkim z rolą, jaką odegrała w tym zakresie nowa Krajowa Rada Sądownicza (KRS). Trudne do przecenienia znaczenie tego organu w procesie powoływania sędziów znajduje swoje umocowanie w przepisach rangi konstytucyjnej. Zgodnie z art. 179 Konstytucji, KRS jest bowiem jedynym organem uprawnionym do składania do Prezydenta RP wniosków o powołanie sędziego, przy czym Prezydent nie ma możliwości powołania kogokolwiek na tę funkcję bez takowego wniosku.

Ustawą z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa[48] ustawodawca radykalnie zmienił dotychczasowe zasady powoływania członków KRS, przerywając jednocześnie określoną w art. 187 ust. 3 Konstytucji czteroletnią kadencję członków KRS. Zgodnie z przyjętą ustawą, 15 członków KRS, wcześniej wyłanianych przez środowisko sędziowskie, miało być desygnowanych przez organ władzy ustawodawczej spośród kandydatów zgłoszonych przez grupę 25 sędziów lub 2.000 obywateli. W wyniku powyższego 23 z 25 członków nowej KRS weszło w skład tego organu z nadania władzy ze swej istoty politycznej. Jednocześnie w debacie publicznej artykułowano wątpliwości, czy wszyscy nowi członkowie KRS legitymowali się poparciem niezbędnym do zgłoszenia ich kandydatur. Ich źródłem była z początku szczególna determinacja władzy wykonawczej, która odmawiała upublicznienia list poparcia członków KRS, nawet pomimo treści zobowiązującego ją do tego prawomocnego wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 28.06.2019 r.[49] Na późniejszym etapie w przestrzeni publicznej pojawiły się kolejne informacje, które uzasadniały ww. wątpliwości[50]. Wskazane okoliczności, wespół z praktyką

[48] Ustawa z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa (Dz.U. z 2018 r. poz. 3).

[49] Wyrok NSA z 28.06.2019 r. (I OSK 4282/18), CBOSA.

[50] W szczególności ujawniono sytuacje, gdy kandydaci wzajemnie podpisywali swoje listy poparcia, lub nawet przypadek, gdy sam sędzia podpisał się pod swoją własną listą; jednocześnie ustalono, iż ww. sędzia (Maciej Nawacki) mógł nie dysponować wystarczającą liczbą poparcia, bowiem udzielające go osoby wycofały je jeszcze przed oficjalnym zgłoszeniem kandydatury.

funkcjonowania nowej KRS (w szczególności – zarzucaną jej biernością wobec działań obozu rządzącego wymierzonych w środowisko sędziowskie lub poszczególnych sędziów[51]) oraz wypowiedziami przedstawicieli władzy wykonawczej akcentującymi zaufanie do nowej KRS[52] – rodziły uzasadnione podejrzenie co do faktycznej niezależności ww. organu w stosunku do organów władzy, co z kolei rzutowało na ocenę sędziów powołanych na wniosek KRS, w tym – wszystkich sędziów Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego.

Również ocena praktyki funkcjonowania samej Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego nasuwa liczne wątpliwości co do tego, czy organ ten nosi „zewnętrzne oznaki niezawisłości" w stosunku do pozostałych dwóch władz – w tym w szczególności władzy wykonawczej. O szczególnym zaufaniu, jakim cieszy się Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego ze strony przedstawicieli ww. władz, świadczy m.in. zakres spraw powierzonych do rozpoznania temu organowi. I tak, Izbie przekazano do wyłącznej właściwości sprawy z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych dotyczące sędziów Sądu Najwyższego oraz z zakresu przeniesienia sędziego Sądu Najwyższego w stan spoczynku. Powierzenie wymienionych spraw Izbie Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego nie znajduje żadnego uzasadnienia merytorycznego (sprawy te wykazują się całkowicie inną specyfiką niż sprawy dyscyplinarne). Jednocześnie nastąpiło ono w sytuacji ujawniającego się konfliktu między władzą sądowniczą i władzą wykonawczą, którego odsłoną było przyjęcie przepisów obniżających wiek przejścia w stan spoczynku sędziów Sądu Najwyższego i przyznanie Prezydentowi RP dyskrecjonalnego prawa do wydłużenia ww. wieku wobec wybranych przez niego sędziów[53]. Wraz z eskalacją ww. konfliktu uprawnienia ID SN ulegały dalszemu rozszerzeniu. W szczególności organowi temu powierzono wyłączną właściwość do rozpoznawania (w I i II instancji) nowego rodzaju

[51] Np. podjętą w tym czasie kampanią reklamową „Sprawiedliwe sądy" prezentującą spatologizowany obraz polskiego sądownictwa; częściowe sankcjonowanie podejmowanych przez polityków partii rządzącej prób zakwestionowania statusu Małgorzaty Gersdorf jako I Prezesa SN, poprzez zaniechanie jej zapraszania na posiedzenia KRS.

[52] Np. stanowisko Ministra Sprawiedliwości, który oświadczył: „każde środowisko może zgłosić takich sędziów, za których bierze odpowiedzialność. Myśmy zgłosili takich sędziów, którzy naszym zdaniem byli gotowi współdziałać w ramach reformy sądownictwa" – sprawozdanie stenograficzne z trzeciego posiedzenia Senatu RP X kadencji, 15.01.2020 r.

[53] Wskazane regulacje były powszechnie odbierane jako próba dokonania „czystki" w ramach Sądu Najwyższego, co nie pozostało bez wpływu na sposób postrzegania Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, której powierzono istotną rolę w ww. kwestii. Zob. D. Mazur, *Sędziowie pod specjalnym nadzorem, czyli „wielka reforma" wymiaru sprawiedliwości* (w:) *Konstytucja. Praworządność. Władza sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, red. Ł. Bojarski, K. Grajewski, J. Kremer, G. Ott, W. Żurek, Warszawa 2019, s. 261–367; A. Grzelak, *Kadrowa reforma Sądu Najwyższego jako odpowiedź na problemy wymiaru sprawiedliwości – próba nieudana* (w:) *Konstytucja. Praworządność. Władza sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, red. Ł. Bojarski, K. Grajewski, J. Kremer, G. Ott, W. Żurek, Warszawa 2019, s. 156–181.

deliktów dyscyplinarnych[54], jaki został wprowadzony w odpowiedzi na dość powszechne w środowisku prawniczym głosy kwestionujące legalność m.in. Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego. Niewątpliwie takie ukształtowanie właściwości rzeczowej Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, szczególny status finansowy sędziów wchodzących w jej skład oraz fakt, iż mogły nimi zostać jedynie osoby nowo powołane[55] (a więc wykluczono ze składu ww. Izby dotychczasowych sędziów SN) – rodziło wrażenie, że Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego miała realizować zamierzenia władzy wykonawczej w zakresie zaplanowanej przez nią „reformy sądownictwa", działając niejako w kontrze do większości środowiska sędziowskiego i w celu jego podporządkowania ww. reformom.

Wreszcie wskazać należy również istotne wątpliwości co do konstytucyjności przepisów będących podstawą prawną funkcjonowania Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego. Chociaż bowiem formalnie Izba ta jest częścią Sądu Najwyższego, faktycznie jednak jest ona organem wyodrębnionym z jego struktur nie tylko w wymiarze organizacyjnym i personalnym, ale również administracyjnym (wraz z własną kancelarią) oraz finansowym. Tak znaczna autonomia Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego oraz kierującego jej pracami Prezesa[56] skłania do stwierdzenia, że izba ta stanowi *de facto* nowy organ sądowniczy[57]. Mając na względzie fakt, że organ ten nie został przewidziany w art. 175 Konstytucji[58], można wątpić, czy faktycznie istnieje podstawa prawna pozwalająca na uznanie, iż organ ten został „ustanowiony ustawą" w rozumieniu nadanym temu pojęciu przez ETPCz.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że obecny stan prawny i faktyczny dostarcza licznych argumentów przemawiających

54 Wprowadzonych tzw. ustawą kagańcową, a opisanych wcześniej.

55 Art. 131 ustawy o SN.

56 Prezes Izby Dyscyplinarnej jest niezależny od Pierwszego Prezesa SN. Corocznie składa informacje Sejmowi, Senatowi, Prezydentowi RP i Krajowej Radzie Sądownictwa. Ma kompetencje do rozstrzygania co do właściwości Izby Dyscyplinarnej w zakresie spraw przekazywanych do lub z izby (art. 28 § 2 ustawy o SN). Prezesowi kierującemu pracą Izby Dyscyplinarnej przyznano również szerokie uprawnienia związane m.in. z powołaniem i odwołaniem przewodniczących wydziałów w tej izbie; z wykonywaniem określonych w ustawie czynności związanych z wyborem ławników SN (art. 20 pkt 1 ustawy o SN).

57 W. Wróbel, *Izba Dyscyplinarna…*, s. 21. Odmiennie A. Roch, *Czy w Sądzie Najwyższym…*, s. 187, który nie dostrzegając realnych skutków przyjętych rozwiązań, skupia się na kwestiach o charakterze formalnym, popadając przy tym niejednokrotnie w sprzeczność (np. twierdząc, że źródłem autonomii finansowej Prezesa Izby Dyscyplinarnej nie są przepisy ustawowe, lecz pełnomocnictwo I Prezesa SN do zawierania umów i wydatkowania środków z budżetu, z drugiej zaś strony, przyznając, iż udzielenie wyżej wymienionego pełnomocnictwa zostało niejako „wymuszone" treścią ww. przepisów).

58 Zgodnie z którym wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej w czasach pokoju mogą sprawować tylko Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe.

za uznaniem, iż Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego nie spełnia kryteriów określonych w art. 6 Konwencji.

Teza o braku podstawy prawnej funkcjonowania Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego oraz istnieniu obiektywnych wątpliwości co do jej niezależności i bezstronności znalazła potwierdzenie w jednolitym[59] orzecznictwie SN[60] – na czele z uchwałą składu połączonych Izb Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r.[61] Uchwała ta, obficie posiłkująca się odwołaniami między innymi do orzecznictwa ETPCz, w sposób jednoznaczny wskazała, że Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego nie jest sądem w rozumieniu art. 6 Konwencji.

Wątpliwości, co do statusu prawnego Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, wyraził również TSUE. W wyroku z 19.11.2019 r.[62] dokonał on kompleksowej wykładni przepisów prawa unijnego w zakresie dotyczącym bezstronności i niezależności sędziów. Nie rozstrzygając jednoznacznie kwestii niezawisłości Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, wskazał konkretne okoliczności, jakie sąd krajowy powinien wziąć pod uwagę przy ocenie, czy sędziowie Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego posiadają przymiot niezależności i bezstronności. Co istotne, przywołane okoliczności[63] pokrywały się z listą „zarzutów" wysuwanych w stosunku do Izby Dyscyplinarnej, przy jednoczesnym braku okoliczności przemawiających na korzyść tej Izby. Taki dobór kryteriów oceny zasadniczo determinował rodzaj rozstrzygnięć wydawanych przez sądy krajowe, które – powołując się na ww. kryteria – odmawiały uznania Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego za „sąd".

Jeszcze większe wątpliwości wobec Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego wysunięte zostały przez TSUE w sprawie C-791/19 R, w ramach której postanowieniem z 8.04.2020 r. zastosowano środek tymczasowy zobowiązujący Polskę natychmiast i do czasu wydania wyroku kończącego postępowanie do:

1) zawieszenia stosowania przepisów stanowiących podstawę właściwości Izby Dyscyplinarnej zarówno w pierwszej, jak i w drugiej instancji, w sprawach dyscyplinarnych sędziów;

---

59 Nie licząc dość osobliwej uchwały samej Izby Dyscyplinarnej SN z 10.04.2019 r. w sprawie II DSI 54/18, w której uznano, że sąd obsadzony przez sędziów powołanych na wniosek nowej KRS jest sądem należycie obsadzonym. Mając jednak na uwadze to, że sami sędziowie Izby Dyscyplinarnej SN zostali powołani na wniosek nowej KRS, trudno nie odnieść wrażenia, iż wydając powyższe rozstrzygnięcie, *de facto* orzekali oni w swojej własnej sprawie.

60 Np. w wyroku SN z 5.12.2019 r. (III PO 7/18), w postanowieniu SN z 15.01.2020 r. (III PO 8/18 oraz III PO 9/19).

61 Uchwała SN z 23.01.2020 r. (BSA I-4110–1/20), OSNKW 2020/2, poz. 7.

62 Wyrok TS z 19.11.2019 r. (sprawy połączone C-585/18, C-624/18 i C-625/18), *A.K. i in. przeciwko Sądowi Najwyższemu* (EU:C:2019:982).

63 W szczególności – udział w powołaniu ww. sędziów nowej KRS, zdominowanej przez osoby wchodzące do niej z nadania sił politycznych.

2) powstrzymania się od przekazania spraw zawisłych przed Izbą Dyscyplinarną Sądu Najwyższego do rozpoznania przez skład, który nie spełnia wymogów niezależności wskazanych w powyższym wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 19.11.2019 r.

Co warte zaznaczenia, pomimo upływu czasu, Polska do chwili obecnej nie zastosowała się w pełni do tego postanowienia. Mając na uwadze obecny skład Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego (w szczególności to, że wszyscy jej członkowie zostali powołani na wniosek nowej KRS, co w świetle orzeczenia TSUE z 19.11.2019 r. zdaje się okolicznością kluczową dla zakwestionowania ich niezależności), w chwili obecnej, zgodnie z pkt 2 tego postanowienia Izba Dyscyplinarna nie może rozpoznawać jakichkolwiek spraw. Tymczasem działalność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego została zawieszona jedynie w zakresie dotyczącym spraw dyscyplinarnych sędziów, podczas gdy inne sprawy (niedyscyplinarne oraz dyscyplinarne innych zawodów prawniczych) są w dalszym ciągu przez nią rozpoznawane.

Już tylko ma marginesie wskazać należy, że kwestionowanie lub ignorowanie orzeczeń wydanych przez TSUE stanowi naruszenie wiążącego Polskę Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[64], który (jako ratyfikowana umowa międzynarodowa) stanowi źródło prawa nadrzędne wobec przepisów rangi ustawowej. To z kolei stanowi dodatkowy argument dla wszystkich tych, którzy kwestionują umocowanie prawne Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego (tj. „ustanowienie ustawą" w rozumieniu art. 6 Konwencji).

Mając na względzie wagę zarzutów formułowanych wobec Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, potwierdzonych dodatkowo wydanymi w sprawie orzeczeniami sądów krajowych oraz zagranicznych – można stwierdzić, że w tych sprawach, które rozpoznawane są przed Izbą Dyscyplinarną Sądu Najwyższego, a podlegają ochronie konwencyjnej, podniesienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 6 Konwencji co do zasady będzie w pełni uzasadnione.

DOPUSZCZALNOŚĆ ZŁOŻENIA SKARGI DO ETPCZ

Jak już wskazano w początkowej części artykułu, Europejska konwencja praw człowieka tym różni się od wielu innych umów międzynarodowych dotyczących praw człowieka, że przewiduje efektywny sposób dochodzenia praw w niej przewidzianych przez jednostkę, poprzez przyznanie jej prawa do wniesienia skargi do ETPCz.

Wskazana skarga będzie dopuszczalna, o ile spełnione zostaną warunki określone w art. 35 Konwencji, w szczególności:

[64] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202, s. 47.

a) dojdzie do wyczerpania krajowej drogi sądowej;
b) dochowany zostanie sześciomiesięczny termin na złożenie skargi, liczony od momentu uzyskania ostatecznego rozstrzygnięcia;
c) skarżący dozna znaczącego uszczerbku (chyba że poszanowanie praw człowieka w rozumieniu Konwencji i jej protokołów wymaga rozpatrzenia skargi; nadto na tej podstawie nie może zostać odrzucona skarga w sprawie, która nie została należycie rozpatrzona przez sąd krajowy).

Spośród wymienionych elementów szczególne znaczenie ma konieczność wyczerpania krajowej drogi sądowej. Uzasadnieniem tego wymogu jest założenie, że władze krajowe powinny zawsze dysponować sposobnością do naprawienia szkody wywołanej naruszeniem Konwencji, zanim sprawa zostanie rozpoznana przez ETPCz.

Spełnienie powyższego warunku wymaga od skarżącego wykorzystania nie wszelkich – teoretycznie możliwych – środków odwoławczych, lecz jedynie tych, które są dla niego dostępne, skuteczne i wystarczające. O ile skarżący musi w swojej skardze wskazać podjęte kroki zmierzające do wyczerpania wszelkich środków odwoławczych, o tyle ciężar dowodu wykazania, że do tego nie doszło, spoczywa na państwie. To również państwo musi wykazać, że teoretyczne środki, jakich skarżący nie wykorzystał, byłyby środkami skutecznymi. W tym zakresie ETPCz może oczekiwać od państwa dostarczenia przykładów wskazujących, że dany środek był z powodzeniem wykorzystany przez inne osoby znajdujące się w analogicznej sytuacji[65].

Teoretycznie takim środkiem, który musi zostać wykorzystany przez stronę, może być również nadzwyczajny środek zaskarżenia, jakim jest kasacja[66]. W praktyce jednak, w omawianym zakresie dotyczącym orzeczeń wydawanych przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego, wykorzystanie ww. środka nie będzie konieczne. Zgodnie bowiem z wolą ustawodawcy kasacja jest niedopuszczalna w sprawach dyscyplinarnych sędziów[67] i prokuratorów[68], jak również od orzeczenia Sądu Najwyższego zapadłego w następstwie rozpoznania kasacji[69] (co ma znaczenie w przypadku spraw adwokatów, radców prawnych, notariuszy, komorników). W przypadku odwołań od uchwał KRS, ustawodawca również nie przewidział możliwości wniesienia kasacji od ww. wyroku, wskazując, iż samo postępowanie odwoławcze odbywa się na podstawie przepisów regulujących rozpoznanie skargi kasacyjnej w postępowaniu cywilnym[70].

---

65 Tak np. wyrok ETPCz z 17.07.2013 r. w sprawie *Węgrzynowski i Smolczewski przeciwko Polsce* (33846/07).
66 Tak np. wyrok ETPCz z 28.11.1999 r. w sprawie *Civet przeciwko Francji* (29340/95).
67 Art. 122 § 1 p.u.s.p.
68 Art. 163a § 1 p.o.p.
69 Art. 539 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 155 ze zm.), dalej k.p.k.
70 Art. 44 ust. 3 ustawy o KRS.

Niewątpliwie kasacja nie przysługuje również stronie w ramach postępowania dotyczącego zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej lub tymczasowe aresztowanie sędziego lub prokuratora, albowiem zgodnie z art. 519 k.p.k. kasacja przysługuje stronie jedynie od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego kończącego postępowanie.

Efektywnym środkiem zaskarżenia nie jest również skarga nadzwyczajna, o której mowa w art. 89 ustawy o SN, bowiem może ona zostać wniesiona jedynie od orzeczenia sądu powszechnego lub wojskowego (a więc nie od orzeczenia Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego), przy czym krąg podmiotów uprawnionych do jej wniesienia został znacząco ograniczony[71], a tym samym nie sposób uznać, iż jest ona również środkiem „dostępnym" stronie.

Pewne wątpliwości nasuwa natomiast kwestia skargi konstytucyjnej. Zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji, prawo do jej złożenia przysługuje każdemu, czyje konstytucyjne prawa i wolności zostały naruszone, przy czym jednym z takich praw jest również (wyrażone w art. 45 Konstytucji) prawo do rozpoznania sprawy przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, będące odpowiednikiem prawa określonego w art. 6 Konwencji. W tym kontekście zasadne jest zadanie pytania, czy powyższa skarga może zostać uznana za skuteczny środek odwoławczy w rozumieniu art. 35 Konwencji. Częściowej odpowiedzi na powyższe pytanie udzielono w wyroku w sprawie *Szott-Medyńska i inni przeciwko Polsce*[72]. W orzeczeniu tym ETPCz dostrzegł pewne ograniczenia polskiej skargi konstytucyjnej, niemniej uznał, że może być ona uznana za skuteczny środek odwoławczy w tych sprawach, gdzie skarżona decyzja/orzeczenie została wydana bezpośrednio na podstawie przepisu, który był niekonstytucyjny, a jednocześnie istnieje stosowna procedura pozwalająca na wznowienie postępowania w związku z ewentualnym stwierdzeniem niekonstytucyjności takiego przepisu.

Mając na uwadze istniejące rozwiązania dotyczące wznowienia postępowania w sprawach karnych[73] i cywilnych[74], należałoby uznać, że co do zasady wniesienie skargi do ETPCz w związku z naruszeniem art. 6 Konwencji w omawianym zakresie winno być poprzedzone rozpoznaniem złożonej przez stronę skargi konstytucyjnej.

Z drugiej jednak strony, oceniając konieczność złożenia takowej skargi, nie można tracić z pola widzenia zmian, jakie zaszły w funkcjonowaniu samego

[71] Zgodnie z art. 89 § 2 ustawy o SN, uprawnionymi do jej złożenia są Prokurator Generalny, Rzecznik Praw Obywatelskich oraz, w zakresie swojej właściwości, Prezes Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, Rzecznik Praw Dziecka, Rzecznik Praw Pacjenta, Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego, Rzecznik Finansowy, Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców i Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

[72] Wyrok ETPCz z 9.10.2003 r. w sprawie *Szott-Medyńska i inni przeciwko Polsce* (47414/99).

[73] Art. 540 § 2 k.p.k.

[74] Art. 401 pkt 1 ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 11 ze zm.), dalej k.p.c.

Trybunału Konstytucyjnego, które stawiają pod znakiem zapytania prawidłowości składów orzekających oraz bezstronność samego TK. Nie wchodząc w szczegóły ww. kwestii, można jedynie poprzestać na przytoczeniu podejmowanych przez TK prób zablokowania uchwały SN kwestionującej status Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego[75], które *notabene* wykazywały określoną synchronizację czasową z działaniami podejmowanymi w tym zakresie przez Izbę Dyscyplinarną[76].

W tym kontekście warto mieć na uwadze, że ETPCz dopuszcza w swoim orzecznictwie istnienie „wyjątkowych okoliczności", uzasadniających odstąpienie od wymogu wyczerpania drogi odwoławczej. Jak wskazano w orzeczeniu *Akdivar przeciwko Turcji*[77], taką wyjątkową okolicznością jest np. stwierdzenie istnienia określonej „praktyki administracyjnej", polegającej na oficjalnym tolerowaniu przez władze krajowe powtarzających się czynów pozostających w sprzeczności z Konwencją. Ponadto ETPCz wskazywał, że dla oceny, czy dane postępowanie jest „skuteczne", należy brać również pod uwagę długotrwałość postępowania krajowego[78], co może mieć również pewne znaczenie w kontekście przewlekłości postępowań prowadzonych obecnie przed TK.

WNIOSKI

Przedstawione standardy dotyczące rzetelności procesu dyscyplinarnego skłaniają do kilku uwag. W celu rozstrzygnięcia, czy czyn kwalifikuje się jako „karny" w rozumieniu Konwencji, Trybunał uwzględnia jako kryteria: zaklasyfikowanie postępowania na podstawie prawa krajowego, charakter czynu i charakter oraz stopień surowości kary, którą może ponieść skarżący[79]. Regulacja konwencyjna, wyznaczająca minimalne standardy, jest wystarczająca do oceny, czy organ krajowy rozstrzygający o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej sprawie karnej jest niezawisły i bezstronny. Podstawowym celem zasady *fair trial* jest umacnianie zasady rządów prawa[80], z całym dobrodziejstwem dynamicznego podejścia do pojęcia rzetelnego procesu, umożliwiającego uwzględnianie

[75] M.in. w dniu 22.01.2020 r. Prezes TK poinformowała I Prezes SN o rzekomym sporze kompetencyjnym między SN a Sejmem i Prezydentem, wraz informacją, iż istnienie ww. sporu powinno prowadzić do zawieszenia postępowania prowadzonego przed SN.

[76] Marszałek Sejmu RP postanowieniem z 21.01.2020 r. w sprawie II DSI 75/19, wystąpiła do Trybunału Konstytucyjnego o wstrzymanie lub zawieszenie postępowań w sprawach podlegających rozpoznaniu przed Sądem Najwyższym i sądami powszechnymi, dotyczących skuteczności czynności sędziów Sądu Najwyższego oraz statusu (mandatu) sędziego Sądu Najwyższego.

[77] Wyrok ETPCz z 16.09.1996 r. w sprawie *Akdivar przeciwko Turcji* (21893/93).

[78] Wyrok ETPCz z 10.04.2001 r. w sprawie *Tanli przeciwko Turcji* (26129/94) oraz wyrok ETPCz z 21.06.2001 r. w sprawie *Bellizzi przeciwko Malcie* (46575/09).

[79] Zob. wyrok ETPCz z 5.07.2001 r. w sprawie *Philips przeciwko Wielkiej Brytanii* (41087/98), § 31 oraz wyrok ETPCz z 24.09.1997 r. w sprawie *Garyfallou Aebe przeciwko Grecji* (18996/91).

[80] Wyrok ETPCz z 7.10.1988 r. w sprawie *Salabiaku przeciwko Francji* (10519/94).

w orzecznictwie ETPCz zmieniającego się ducha czasów[81]. Tym samym stopień surowości kary i natura czynu zabronionego determinują zaklasyfikowanie sprawy, która w porządku krajowym określona jest jako dyscyplinarna, jako „sprawy karnej". Kryterium natury (charakteru) czynu i stopień surowości kary mają charakter alternatywny i nie muszą być stosowane łącznie[82]. Pojęcie „sprawy karnej" jest zatem autonomiczne, a jego badanie ma wymiar wieloaspektowy. Z bogatego orzecznictwa ETPCz wynika konieczność badania, czy sankcja za określony czyn ma charakter generalny i abstrakcyjny, czy też prewencyjny albo represyjny[83], a ponadto czy postępowanie zostało wszczęte przez organ, który jest uprawniony do nałożenia sankcji[84]. W orzecznictwie ETPCz pojawia się również kwestia sposobu kwalifikowania analogicznych zachowań w innych państwach członkowskich Rady Europy[85]. Orzecznictwo strasburskie przywiązuje dużą wagę do zewnętrznych przejawów niezawisłości, wielokrotnie cytując maksymę *justice must not only be done, it must also be seen to be done*[86]. Instrumentarium Konwencji jest wystarczające do oceny kwestii rzetelności postępowań dyscyplinarnych w Polsce w kontekście aksjologii wykraczającej poza określone przepisami prawa wewnętrznego, nad wyraz uproszczone prawo do sądu.

ABSTRACT

Michał Mistygacz
The author is an assistant professor at the Department of Political Systems of the Faculty of Political Sciences and International Studies at the University of Warsaw.

Wojciech Sitek
The author is a public prosecutor of the district prosecutor's office in Warsaw.

Complaint to the European Court of Human Rights on the decision of the Disciplinary Chamber of the Supreme Court

The authors attempt to answer the question whether a party to the proceedings in which a final decision has been issued by the Disciplinary Chamber of the Polish Supreme Court has the right to lodge an effective complaint with the European Court of

81 P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 239.

82 Zob. C. Nowak, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego w świetle EKPC i orzecznictwa ETPC* (w:) *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 99. Zob. również: wyrok ETPCz z 25.08.1987 r. w sprawie *Lutz przeciwko Niemcom* (9912/82), § 55.

83 Wyrok ETPCz z 24.02.1994 r. w sprawie *Bendenoun przeciwko Francji* (12547/86), § 47.

84 Wyrok ETPCz z 10.06.1996 r. w sprawie *Benham przeciwko Wielkiej Brytanii* (19380/92), § 56.

85 Por. wyrok ETPCz z 21.02.1984 r. w sprawie *Öztürk przeciwko Niemcom* (8544/79), § 47.

86 Wyrok ETPCz z 28.06.1984 r. w sprawie *Campbell i Fell przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (7819/77).

Human Rights. The article compares the grounds for submitting a complaint to the ECtHR with the legal and factual conditions of the proceedings conducted by the Disciplinary Chamber.

Keywords: *right to a fair trial, complaint to the ECHR, Disciplinary Chamber of the Supreme Court, disciplinary proceedings, the European Convention on Human Rights*

dr Michał Mistygacz
ORCiD: 0000-0001-7083-7840; e-mail: m.mistygacz@uw.edu.pl

Autor jest adiunktem w Katedrze Systemów Politycznych Wydziału Nauk Politycznych i Studiów Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego.

Wojciech Sitek
ORCiD: 0000-0001-8789-688X; e-mail: edelbert@tlen.pl

Autor jest prokuratorem Prokuratury Rejonowej Warszawa-Śródmieście w Warszawie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Grzelak Agnieszka, *Kadrowa reforma Sądu Najwyższego jako odpowiedź na problemy wymiaru sprawiedliwości – próba nieudana* (w:) *Konstytucja. Praworządność. Władza sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, red. Ł. Bojarski, K. Grajewski, J. Kremer, G. Ott, W. Żurek, Warszawa 2019

Hofmański Piotr, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995

Mazur Dariusz, *Sędziowie pod specjalnym nadzorem, czyli „wielka reforma" wymiaru sprawiedliwości* (w:) *Konstytucja. Praworządność. Władza sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, red. Ł. Bojarski, K. Grajewski, J. Kremer, G. Ott, W. Żurek, Warszawa 2019

Nowak Celina, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego w świetle EKPC i orzecznictwa ETPCz* (w:) *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009

Nowicki Marek A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo. Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, Kraków 2001, t. 1

Nowikowski Ireneusz, *Uwagi o zasadzie rzetelnego procesu karnego (kwestie wybrane)* (w:) *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009

Patyra Sławomir, *Sądownictwo dyscyplinarne w kontekście ograniczeń konstytucyjnych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2020/4, s. 109

Pradel Jean, *Rzetelny proces w europejskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo" 1996/9, s. 7

Roch Adam, *Czy w Sądzie Najwyższym istotnie stworzono sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji RP? – polemika*, „Palestra" 2020/7–8, s. 187

Wiliński Paweł, *Pojęcie rzetelnego procesu karnego* (w:) *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009

Wróbel Włodzimierz, *Izba Dyscyplinarna jako sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji RP*, „Palestra" 2019/1–2, s. 17

Pojęcia kluczowe: *upadłość, odpowiedzialność odszkodowawcza, członek zarządu, prawo upadłościowe, spółki kapitałowe, niewypłacalność, proces cywilny*

Prawo cywilne

e-PALESTRA
6/2020

Agnieszka Haładyj-Janota

ODPOWIEDZIALNOŚĆ MAJĄTKOWA CZŁONKÓW ZARZĄDU SPÓŁKI AKCYJNEJ WZGLĘDEM JEJ WIERZYCIELI W WYPADKU ZAISTNIENIA STANU NIEWYPŁACALNOŚCI

Artykuł przedstawia zasady ponoszenia odpowiedzialności przez członków zarządu spółek kapitałowych, w tym spółki akcyjnej, w związku z zaniechaniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie przewidzianym w przepisach Prawa upadłościowego. Zostają w nim przybliżone wszystkie przesłanki omawianej odpowiedzialności, z uwzględnieniem poglądów doktryny i orzecznictwa wraz z próbą rozstrzygnięcia spornych zagadnień w tej materii. Niezależnie od przedstawienia materialnoprawnych aspektów odpowiedzialności członków zarządu, w artykule zawarto również aspekty proceduralne dochodzenia roszczeń opartych na omawianej konstrukcji prawnej.

W powszechnej opinii panuje często mylne przekonanie o braku odpowiedzialności osobistej członków zarządu spółki akcyjnej względem wierzycieli tego podmiotu za zobowiązania spółki. Wynika to przede wszystkim z faktu, że w przypadku spółki akcyjnej brak jest regulacji analogicznej do art. 299 § 1 Kodeksu spółek handlowych[1], przewidującej solidarną odpowiedzialność członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za jej zobowiązania w razie bezskuteczności egzekucji prowadzonej przeciwko spółce.

[1] Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.), dalej k.s.h.

W odniesieniu do spółki akcyjnej, pomijając odpowiedzialność członków zarządu względem wierzycieli w razie podania w zgłoszeniu lub podwyższenia kapitału zakładowego fałszywych danych (art. 479 k.s.h.), w rozdziale 8, poświęconym odpowiedzialności cywilnoprawnej, ustawodawca przewiduje wyłącznie odpowiedzialność członków zarządu za szkody wyrządzone bezpośrednio spółce (art. 480–483 k.s.h.).

Powyższe nie oznacza jednak, że wierzyciele spółki akcyjnej nie mogą dochodzić przysługujących im roszczeń bezpośrednio od członków zarządu. Abstrahując od przynajmniej potencjalnej możliwości dochodzenia ich na zasadach ogólnych z tytułu czynów niedozwolonych (art. 415 Kodeksu cywilnego[2]), szczególną podstawę w tym zakresie przewiduje art. 21 ust. 3 Prawa upadłościowego[3]. Na mocy tej regulacji członkowie zarządu spółek akcyjnych uprawnieni do prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania ponoszą odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną wskutek niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie 30 dni od dnia zaistnienia stanu niewypłacalności w rozumieniu art. 11 ust. 1 i 2 pr. upad. Odpowiedzialność wskazana w powyższym przepisie ma charakter deliktowy i oparta jest na zasadzie winy. Jej przesłankami są zatem:

1) czyn bezprawny, polegający na braku złożenia przez osobę zobowiązaną (którą jest członek zarządu) wniosku o ogłoszenie upadłości;
2) szkoda;
3) związek przyczynowy pomiędzy zachowaniem polegającym na niewykonaniu obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w przewidzianym terminie a powstałą szkodą;
4) zawinienie[4].

CZYN BEZPRAWNY

Przesłanka bezprawności zawiera dwa kumulatywne elementy – zaistnienie stanu niewypłacalności spółki oraz brak aktywności ze strony członka jej

[2] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.), dalej k.c. Kierowanie roszczenia przeciwko członkom zarządu spółki akcyjnej w oparciu o zasady ogólne odpowiedzialności deliktowej każdorazowo będzie wymagać wykazania takich okoliczności, które będą świadczyć o niedochowaniu należytej staranności przez członka zarządu w zakresie prowadzenia spraw spółki, co doprowadziło do braku uregulowania jej zobowiązań, przy obiektywnej możliwości ich realizacji. Konieczne pozostaje wówczas wykazanie indywidualizacji owej odpowiedzialności w sposób autonomiczny względem okoliczności samego niewypełnienia zobowiązania ciążącego na samej spółce. Z tej też przyczyny, szczególnie w przypadku spółek akcyjnych, mających rozbudowaną strukturę organizacyjną, charakteryzującą się częstokroć„rozmyciem" odpowiedzialności w zakresie konkretnych zadań pomiędzy pracowników/współpracowników, wykazanie odpowiedzialności deliktowej członka zarządu jest zadaniem trudnym.

[3] Ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2019 r. poz. 498 ze zm.), dalej pr. upad.

[4] Wyrok SA w Łodzi z 16.09.2015 r. (I ACa 347/15), LEX nr 1808662.

zarządu w zakresie zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie 30 dni od momentu wystąpienia stanu niewypłacalności[5].

Definicję niewypłacalności zawiera art. 11 ust. 1 i 2 pr. upad., kreując w przypadku osób prawnych jej dwie postaci – niewypłacalność rozumianą jako utrata zdolności płatniczej (tzw. przesłanka płynnościowa) oraz niewypłacalność rozumianą jako stan nadmiernego zadłużenia (tzw. przesłanka bilansowa). Przesłanki te mają charakter alternatywny, będąc od siebie niezależne[6]. Oznacza to, że obowiązek skierowania wniosku o ogłoszenie upadłości w trybie art. 21 ust. 1 i 2 pr. upad. aktualizuje się już w momencie wystąpienia choćby jednej z nich, a zaniechanie temu obowiązkowi może kreować odpowiedzialność osobistą członka zarządu względem niezaspokojonych wierzycieli.

Dekodując normatywną definicję stanu niewypłacalności, jako elementu konstytutywnego odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 21 ust. 3 pr. upad., aktualizującego obowiązek złożenia wniosku o upadłość, w pierwszej kolejności **muszą istnieć co najmniej dwie wierzytelności, przysługujące co najmniej dwóm różnym wierzycielom.**

Jakkolwiek w orzecznictwie można odnaleźć stanowisko łączące stan niewypłacalności wyłącznie z mnogością zobowiązań, a nie z wielością wierzycieli[7], tym niemniej z tym poglądem nie sposób się zgodzić, i to pomimo jego adekwatności z literalnym brzmieniem art. 11 ust. 1 i 2 pr. upad. Należy bowiem zauważyć, że odpowiedzialność odszkodowawcza członka zarządu związana jest bezpośrednio nie tyle z brakiem majątku dłużnika, z którego mógłby się zaspokoić wierzyciel, lecz z zaniechaniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości pomimo aktualizacji tego obowiązku według zasad ujętych w art. 21 ust. 1 i 2 pr. upad. Skierowanie przedmiotowego wniosku ma na celu ogłoszenie upadłości, a w konsekwencji wszczęcie postępowania, którego zasadniczym celem jest wspólne dochodzenie roszczeń wierzycieli tego samego niewypłacalnego dłużnika (art. 1 ust. 2 i art. 2 pr. upad.). Osiągnięciu tego rezultatu służą zarezerwowane wyłącznie dla postępowania upadłościowego czynności, takie jak zgłoszenie wierzytelności, ustalenie listy wierzytelności, możliwość zawarcia układu czy podział funduszów masy upadłości. Mając na uwadze istotę tego

5 Na mocy art. 428 ustawy z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2015 r. poz. 978 ze zm.), która weszła w życie 1.01.2016 r., wydłużono termin na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości z 14 do 30 dni od momentu wystąpienia stanu niewypłacalności.

6 Por. uchwała z 27.05.1993 r. (III CZP 61/93), Legalis nr 28106; postanowienie SN z 24.09.1999 r. (III CKN 276/98), LEX nr 1212989; postanowienie SN z 19.12.2002 r. (V CKN 342/01), LEX nr 75360; wyrok SN z 12.05.2011 r. (II UK 308/10), LEX nr 1165771; wyrok NSA z 23.03.2006 r. (II FSK 479/05), LEX nr 204069; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 8.12.2009 r. (I SA/Wr 973/09), LEX nr 560637; wyrok SN z 28.11.018 r. (II UK 365/17), OSNP 2019/5, poz. 68.

7 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 11.02.2020 r. (III AUa 436/19), LEX nr 2809444; wyrok SN z 19.03.019 r. (III UK 85/18), LEX nr 2642120; wyrok WSA w Łodzi z 5.02.2020 r. (I SA/ Łd 706/19), Lex nr 2791224.

postępowania, należy stwierdzić, że jego wszczęcie, determinowane ogłoszeniem upadłości, ma sens tylko wówczas, gdy upadły posiada więcej niż jednego wierzyciela.

W sytuacji istnienia wyłącznie jednego wierzyciela zasadnicze cele postępowania upadłościowego mogą zostać wypełnione w ramach egzekucji syngularnej. W takim wypadku przeprowadzenie postępowania upadłościowego nie ma znaczenia dla finalnego zaspokojenia wierzyciela. Z tych też przyczyn Sąd Najwyższy w uchwale z 27.05.1993 r. (III CZP 61/93) uzależnił możliwość ogłoszenia upadłości od istnienia co najmniej dwóch wierzycieli podmiotu, którego wniosek dotyczy[8].

Skoro więc odpowiedzialność odszkodowawcza członka zarządu wiąże się z zaniechaniem złożenia wniosku o upadłość w terminie, a wniosek ten może być pozytywnie rozpoznany tylko w razie istnienia co najmniej dwóch wierzycieli (do czego zobowiązany jest dłużnik na mocy art. 23 ust. 1 pkt 3 pr. upad.), odpowiedzialności opartej na art. 21 ust. 3 pr. upad. nie będzie ponosił członek zarządu spółki, która miała tylko jednego wierzyciela, i to nawet wówczas, gdy wierzyciel ten posiadał wiele wierzytelności, nie zostały one zaspokojone oraz opiewały na wartość wyższą niż wartość majątku spółki. W takiej sytuacji nie zaktualizował się obowiązek, którego zaniechanie stanowi istotę bezprawnego zachowania podlegającego deliktowej odpowiedzialności z art. 21 ust. 3 pr. upad. Na marginesie należy zauważyć, że nawet gdyby przyjąć, że obowiązek złożenia wniosku jest niezależny od istnienia podstaw do ogłoszenia upadłości (a to z uwagi na brak literalnego wymogu istnienia wielości wierzycieli w normatywnej definicji niewypłacalności z art. 11 ust. 1 i 2 pr. upad.), to i tak w takiej sytuacji wykluczone byłoby przyjęcie istnienia związku przyczynowego pomiędzy szkodą a brakiem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. W takiej bowiem sytuacji wykluczone byłoby twierdzenie, że brak zaspokojenia wynikał z braku podziału majątku dłużnika w ramach egzekucji generalnej, stanowiącej cel postępowania upadłościowego.

Przechodząc do charakterystyki każdego z rodzajów niewypłacalności i rozpoczynając od niewypłacalności definiowanej za pomocą **przesłanki utraty zdolności płatniczej**, należy wskazać, że występuje ona w razie niezdolności spełnienia zobowiązań pieniężnych, przy płynącym z art. 11 ust. 1a pr. upad. domniemaniu, iż dłużnik utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jeżeli opóźnienie w ich wykonaniu przekracza trzy miesiące. W tym zakresie relewantne pozostają wszelkie wymagalne wierzytelności pieniężne, w tym także wierzytelności o charakterze publicznoprawnym (np. podatki, składki na ubezpieczenie społeczne, daniny)[9].

---

8 Uchwała SN z 27.05.1993 r. (III CZP 61/93), OSNC 1994/1, poz. 7.

9 P. Janda, *Prawo upadłościowe. Komentarz,* LEX/el. 2019, komentarz do art. 11, teza 2; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 11.02.2020 r. (III AUa 436/19), LEX nr 2809444; wyrok SN z 19.03.2019 r. (III UK 85/18), LEX nr 2642120; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 14.02.2013 r. (I ACa 24/13), LEX nr 1313462.

Sporne w orzecznictwie i doktrynie pozostaje to, czy **dla zaistnienia stanu niewypłacalności w oparciu o przesłankę płynnościową konieczne jest, by brak zdolności płatniczej dotyczył większości zobowiązań**[10]. Przeciwko dotychczas dominującej wykładni przepisu art. 11 ust. 1 pr. upad., wskazującej na relewantność tej okoliczności, przemawia to, że wykluczenie zaistnienia przesłanki płynnościowej w sytuacji, w której dłużnik w sposób trwały nie jest zdolny do spłaty jedynie kilku wierzytelności, ale wykonuje większość pozostałych, przeczyłoby istocie postępowania upadłościowego, którego rolą jest m.in. „zapobieganie wybiórczemu zaspokajaniu części zadłużeń kosztem pozostałych wierzycieli"[11]. Nie bez znaczenia pozostaje również to, że zarówno w definiującym niewypłacalność art. 11 ust. 1 pr. upad., jak i w domniemaniu z art. 11 ust. 1a pr. upad. brak jest jakichkolwiek odniesień do kwestii tego, jaka część zobowiązań wymagalnych ma być niezaspokojona w strukturze zobowiązań dłużnika, aby możliwe było przyjęcie zaistnienia stanu niewypłacalności. Uwzględniając powyższe, stanąć należy na stanowisku, iż w ramach badania przesłanki płynnościowej upadłości nie jest konieczne ustalenie niespłacania większości zobowiązań, a tylko ocena, czy w zaistniałej sytuacji występuje niemożność płacenia, która ma charakter trwały, wynikający z okoliczności braku płynnych środków, które dłużnik mógłby przeznaczyć na spłatę swoich długów.

W poprzednio obowiązującym stanie prawnym, w którym niewypłacalność definiowana była jako stan, w którym obiektywnie – a więc bez żadnych innych okoliczności modalnych – dochodziło do zaprzestania płacenia długów, jednoznacznie wskazywano, iż dla zaistnienia niewypłacalności bez znaczenia pozostają przyczyny niewykonywania wymagalnych zobowiązań[12]. Pogląd ten nie jest aktualny w odniesieniu do tych stanów faktycznych, w których zaistnienie stanu niewypłacalności rozważane jest po dniu 1.01.2016 r. W znowelizowanym brzmieniu art. 11 ust. 1 pr. upad. doprecyzowano bowiem, iż w wypadku niewypłacalności w rozumieniu przesłanki płynnościowej chodzi o sytuację

[10] Za brakiem regulowania większości zobowiązań jako przesłanki niewypłacalności w rozumieniu art. 11 ust. 1 pr. upad. zob. m.in. wyrok SN z 19.01.2011 r. (V CSK 211/10), LEX nr 738136; wyrok SN z 19.11.2004 r. (V CK 231/04), LEX nr 146360; P. Janda, *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 11, teza 4; z kolei brak znaczenia tej okoliczności akcentuje A.J. Witosz (w:) *Prawo upadłościowe. Komentarz*, red. A.J. Witosz, Warszawa 2017, komentarz do art. 11, teza 5; postanowienie SN z 15.11.2000 r. (IV CKN 1324/00), LEX nr 536883; zob. też A.J. Witosz (w:) *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 11, teza 2; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 21.08.2014 r. (I ACa 60/13), LEX nr 1544959; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 11.02.2020 r. (III AUa 436/19), LEX nr 2809444; wyrok SN z 19.03.2019 r. (III UK 85/18), LEX nr 2642120; wyrok NSA z 10.05.2019 r. (II FSK 1717/17), LEX nr 2676547.

[11] A.J. Witosz (w:) *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 11, teza 5; postanowienie SN z 15.11.2000 r. (IV CKN 1324/00), LEX nr 536883.

[12] Por. np. postanowienie SN z 8.01.2013 r. (III KK 117/12), OSNKW 2013/3, s. 25; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 14.02.2013 r. (I ACa 24/13), LEX nr 1313462; wyrok WSA w Łodzi z 8.04.2011 r. (I SA/Łd 161/11), CBOSA; wyrok WSA w Bydgoszczy z 14.07.2009 r. (I SA/Bd 301/09), CBOSA.

„utraty zdolności", co jednoznacznie podkreśla związek tak rozumianej niewypłacalności z brakiem środków umożliwiających zaspokajanie wymagalnych zobowiązań. Tym samym **w obecnie obowiązującym stanie prawnym nie każde zaprzestanie płacenia długów aktualizuje obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.** Wykluczyć go należy m.in wówczas, gdy spółka posiada środki na rachunkach bankowych lub ma obiektywną możliwość spełnienia zobowiązań, lecz nie czyni tego ze względów strategicznych lub biznesowych, gdy kwestionowana jest zasadność roszczeń lub gdy brak zapłaty wynika ze zwykłego niedbalstwa lub niedopełnienia obowiązków prowadzenia spraw spółki przez członków jej zarządu. Wówczas nie dochodzi do sytuacji, w której dłużnik nie ma środków na regulowanie swoich zobowiązań (*ergo* nie ma zdolności do ich zaspokojenia), lecz stan ten wynika z innych, oderwanych od tej przesłanki okoliczności. Ewentualna odpowiedzialność członków zarządu w związku z brakiem zaspokojenia wierzyciela może być wówczas rekonstruowana wyłącznie w oparciu o zasady ogólne (art. 415 k.c. i n.).

W doktrynie wskazuje się ponadto, że nie można mówić o zaistnieniu stanu niewypłacalności w sytuacji, w której istnieje realna perspektywa pozyskania płynnych środków finansowych w niedługim i dającym się przewidzieć czasie (przy jednoczesnym podkreśleniu, iż ze względu na zbyt dużą niepewność, nie może jednak chodzić o sytuację, w której dłużnik oczekuje na należne mu środki od swoich dłużników)[13]. Powyższe pozostaje spójne z wymogiem stanu trwałości niezdolności, rozumianym jako brak perspektyw na rychłe poczynienie zadość zobowiązaniom ciążącym na podmiocie, a także – w szerszym kontekście – z negatywną fakultatywną przesłanką upadłości z art. 11 ust. 6 pr. upad., odnoszącą się do alternatywnego (bilansowego) rozumienia niewypłacalności.

Stanowczo stwierdzić należy, że aktualizacji przesłanki płynnościowej niewypłacalności, determinującej obowiązek zgłoszenia wniosku o upadłość, **nie wyklucza natomiast okoliczność istnienia majątku, którego spieniężenie – przynajmniej potencjalnie – umożliwiałoby zaspokojenie wierzycieli.** Powyższe odnosi się do posiadania przez dłużnika nieruchomości, ruchomości, wierzytelności, praw rzeczowych, praw autorskich lub pokrewnych. Dysponowanie nimi nie przesądza bowiem o zdolności dłużnika do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Utrata płynności rzutująca na niewypłacalność przedsiębiorcy jest zawsze związana z finansowym aspektem oceny kondycji dłużnika[14]. Tym samym niewypłacalność następuje także w sytuacji, w której dłużnik ma wystarczający majątek, ale nie ma on charakteru płynnego

[13] Wyrok SN z 19.01.2011 r. (V CSK 211/10), LEX nr 738136; postanowienie SN z 14.06.2000 r. (V CKN 1117/00), LEX nr 56047; A.J. Witosz (w:) *Prawo upadłościowe…,* komentarz do art. 11, teza 4; P. Zimmermann, *Prawo upadłościowe. Komentarz,* Warszawa 2020, komentarz do art. 11, teza 2.

[14] Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, druk Sejmu VII Kadencji nr 2824.

(środki na rachunku bankowym czy w kasie), tj. nie pozwala na bieżącą spłatę wymagalnych zobowiązań pieniężnych[15].

W tej perspektywie w literaturze przedmiotu wskazuje się, że pojęcie zdolności płatniczej na gruncie art. 11 pr. upad. stanowi próbę ujęcia w zwroty z języka prawnego kategorii ekonomicznej, gdzie niewypłacalność jest określana jako trwała (utrzymująca się przez dłuższy czas) nadwyżka strumienia odpływów nad strumieniem dopływów pieniężnych[16]. W konsekwencji o możliwości wykonywania zobowiązań można mówić tylko wówczas, gdy dłużnik ma zdolność ich regulowania poprzez przychód uzyskiwany z działalności gospodarczej czy majątek, który jest zbywalny bez szkody dla wszystkich wierzycieli[17]. Dlatego też sam fakt widnienia w księgach spółki informacji o istnieniu majątku nie wyklucza przyjęcia, że zaktualizował się obowiązek złożenia wniosku o upadłość, bowiem nie oznacza, iż podmiot jest w stanie regulować swoje należności względem wierzycieli. Trafnie skonstatował to Sąd Najwyższy w wyroku z 19.03.2019 r., wskazując, że„o stanie wypłacalności dłużnika nie decyduje wirtualna wartość księgowa majątku spółki, ale realna zdolność do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych"[18]. W perspektywie wystąpienia przesłanki płynnościowej niewypłacalności równie irrelewantne pozostaje to, czy majątek dłużnika przewyższa swoją wartością jego zobowiązania. Kwestią porównania wielkości majątku i zobowiązań zajmują się bowiem dalsze przepisy prawa upadłościowego dotyczące niewypłacalności w rozumieniu przesłanki bilansowej (art. 11 ust. 2–6 pr. upad)[19].

W konsekwencji stan niewypłacalności może zaistnieć bez względu na rozmiar majątku dłużnika oraz bez względu na to, czy niewykonywane zobowiązania wymagalne znajdują pokrycie w wartości tego majątku[20]. Paradoksalnie więc obowiązek ogłoszenia wniosku o upadłość może zaktualizować się także wówczas, gdy zobowiązania wymagalne byłyby egzekwowalne na drodze egzekucji przymusowej, prowadzonej według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego[21].

---

15 Por. postanowienie SN z 19.12.2002 r. (V CKN 342/01), LEX nr 75360.

16 W. Szymański, *Globalizacyjne uwarunkowania siły i słabości przedsiębiorstw* (w:) *Ekonomiczne aspekty upadłości przedsiębiorstw w Polsce,* red. E. Mączyńska, Warszawa 2005, s. 37.

17 P. Janda, *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 11, teza 4.

18 Wyrok SN z 19.03.2019 r. (III UK 85/18), LEX nr 2642120.

19 A.J. Witosz (w:) *Prawo upadłościowe…,* komentarz do art. 11, teza 5.

20 Postanowienie SN z 19.12.2002 r. (V CKN 342/2001), Legalis nr 56912; wyrok NSA z 11.04.2014 r. (I FSK 656/13), LEX nr 1480695; postanowienie SN z 8.01.2013 r. (III KK 117/12), OSNKW 2013/3, s. 25; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 14.02.2013 r. (I ACa 24/13), LEX nr 1313462.

21 Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.), dalej k.p.c. Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26.11.2014 r. (VI ACa 202/14), LEX nr 1663090, gdzie wskazano na możliwość istnienia stanu niewypłacalności w rozumieniu przesłanki płynnościowej także wówczas, gdy wierzyciel może wprawdzie wyegzekwować swoją wierzytelność, ale z dodatkowym znacznym nakładem kosztów, czasu i ryzyka.

W przypadku osób prawnych (a więc także spółki akcyjnej) drugą, niezależną od opisanej już przesłanki płynnościowej, postacią niewypłacalności, jest **przesłanka nadmiernego zadłużenia, opisana w art. 11 ust. 2 pr. upad.** Występuje ona wówczas, gdy zobowiązania pieniężne spółki przekraczają wartość jej majątku, a stan ten utrzymuje się ponad 24 miesiące. W takiej sytuacji stan niewypłacalności powstaje pierwszego dnia po upływie 24 miesięcy od dnia, w którym zobowiązania pieniężne przekroczyły wartość majątku, przy czym zgodnie z art. 11 ust. 5 pr. upad. domniemywa się, że zobowiązania pieniężne dłużnika przekraczają wartość jego majątku, jeżeli zgodnie z bilansem jego zobowiązania, z wyłączeniem rezerw na zobowiązania oraz zobowiązań wobec jednostek powiązanych, przekraczają wartość jego aktywów, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące. To dla wykazania tego rodzaju niewypłacalności relewantnymi pozostaje stosunek procentowy wierzytelności w stosunku do tego majątku, wartość spółki czy analiza stanu jej finansów. Dane te świadczyć bowiem mogą o przewadze zobowiązań nad majątkiem spółki[22].

Do oceny wystąpienia tej przesłanki nie jest wystarczające sięgnięcie po bilans i sprawozdania spółki i powołanie się na zawarte w nich dane. Ustalając wartości majątku w kontekście tej przesłanki niewypłacalności należy brać pod uwagę jego wartość rzeczywistą, a nie księgową, bowiem majątek w przypadku ogłoszenia upadłości zostaje likwidowany według jego wartości zbywczej[23]. Z punktu widzenia badania przesłanki nadmiernego zadłużenia, wartość majątku spółki powinna być dodatkowo pomniejszona o te składniki, które nie wchodzą do masy upadłości, a o których mowa w art. 63–67a pr. upad. Do majątku spółki nie wlicza się również przedmiotów, które nie stanowią własności upadłego (przedmiotów w leasingu, wynajmowanych, wydzierżawionych, stanowiących własność innych podmiotów – art. 70 pr. upad), z wyjątkiem jednak tych, które stanowią własność osób trzecich na podstawie umów przewłaszczenia na zabezpieczenie (art. 70^1 pr. upad.). Natomiast jeżeli chodzi o zobowiązania, nie wlicza się do nich zobowiązań przyszłych, pod warunkiem zawieszającym, wobec akcjonariusza z tytułu pożyczki lub innej umowy o podobnych skutkach, o których mowa w art. 342 ust. 1 pkt 4 pr. upad., zobowiązań spornych ujętych w bilansie jako rezerwy na zobowiązania[24].

Pomimo domniemań przewdzianych w art. 11 pr. upad., w razie dochodzenia roszczeń w oparciu o art. 21 ust. 3 pr. upad. ciężar wykazania stanu niewypłacalności spoczywa na powodzie. Powyższe bez wątpienia jest zadaniem trudnym, bowiem wierzyciel zasadniczo pozbawiony jest dostępu do pełnych

[22] S. Gurgul, *Prawo upadłościowe. Komentarz,* Warszawa 2018, komentarz do art. 21 ust. 3, teza 2; P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 11, teza 15.

[23] P. Janda, *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 11 teza 10.

[24] Szerzej P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 11, teza 11–13.

informacji o sytuacji majątkowej dłużnika. Z tej też przyczyny w doktrynie podnosi się, że wymóg wykazania tej przesłanki w omawianym postępowaniu odszkodowawczym jest wypełniony także w wypadku jej uprawdopodobnienia[25].

Z drugiej strony, do wykazania wystąpienia niewypłacalności w procesie przeciwko członkom zarządu nie jest konieczne przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych. Trafność tej tezy podkreśla zarówno to, że zgodnie z art. 30a pr. upad. w samym postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości nie sporządza się opinii biegłego, jak i analiza orzecznictwa ukształtowanego w postępowaniach dotyczących roszczeń opartych o konstrukcję art. 21 ust. 3 pr. upad.[26] Tak samo więc jak sąd upadłościowy rozpoznaje zgłoszony wniosek o upadłość wyłącznie w oparciu o załączone do niego dowody w postaci dokumentów prywatnych lub urzędowych oraz przeprowadzone dowody z wysłuchania uczestników postępowania, tak samo w postępowaniu związanym z dochodzeniem roszczeń odszkodowawczych w związku z brakiem złożenia wniosku o upadłość w terminie brak jest przeszkód do wykazania okoliczności niewypłacalności w oparciu o inne źródła dowodowe niż opinia biegłych. Jakkolwiek,,niewypłacalność jest okolicznością faktyczną"[27], tym niemniej nie oznacza to, że biegły ma wyłączną prerogatywę do oceny, czy w realiach konkretnej sprawy nastąpił taki stan, determinujący konieczność złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Słusznie skonstatował Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 27.04.2016 r., że nawet jeśli w sprawie powołano biegłego (co jak już wskazano nie jest obligatoryjne), nie jest jego zadaniem,,ocena czy wskazane przez niego okoliczności faktyczne mogą być określone jako stan „niewypłacalności" ani czy w tych okolicznościach złożenie wniosku o upadłość nastąpiło we „właściwym czasie". Ocena ta należy wyłącznie do sądu w ramach obowiązku dokonania wykładni przepisu i jego subsumcji do stanu faktycznego ustalonego w sprawie".[28]

SZKODA

Konstrukcja art. 21 ust. 3 pr. upad. uwzględnia szereg domniemań faktycznych i prawnych, dotyczących przesłanek odpowiedzialności opartej na tym przepisie. **W zakresie przesłanki szkody obowiązuje domniemanie prawne wysokości szkody jako wartości niezaspokojonej wierzytelności** (art. 21 ust. 3a pr. upad), która – co istotne – nie musi być potwierdzona tytułem

[25] R. Adamus, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, red. A.J. Witosz, Warszawa 2017, s. 103; A.J. Witosz (w:) *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 11, teza 5.

[26] W wielu sprawach pomimo ustalenia w nich zaistnienia stanu niewypłacalności nie były przeprowadzane w opinie biegłych na tę okoliczność zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19.04.2013 r. (VI ACa 1389/12), LEX nr 1262949; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19.12.2013 r. (VI ACa 716/13), LEX nr 1461207.

[27] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19.04. 2013 r. (VI ACa 1389/12), LEX nr 1262949.

[28] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 27.04.2016 r. (I ACa 1858/15), LEX nr 2063793.

egzekucyjnym czy wykonawczym[29]. W pojęciu niezaspokojonej wierzytelności mieszczą się także odsetki. Jak wskazuje się bowiem w literaturze, na wysokość niezaspokojonej wierzytelności dłużnika należy patrzeć przez pryzmat pretensji głównej i odsetek, które mogą być od niego dochodzone[30]. Jednocześnie należy jednak pamiętać, że na mocy art. 92 pr. upad. od dnia ogłoszenia upadłości w stosunku do masy nie biegną odsetki od zobowiązań. Powyższe powoduje, że odsetki za okres po ogłoszeniu upadłości będą pozostawać poza zakresem szkody dochodzonej w ramach powództwa opartego na art. 21 ust. 3 pr. upad.[31]

Domniemanie wysokości szkody jako faktycznego uszczuplenia w majątku wierzyciela nie oznacza, że występujące kumulatywnie brak zaspokojenia wierzyciela, wystąpienie stanu niewypłacalności spółki oraz brak złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie 30 dni od jego wystąpienia, determinują osobistą odpowiedzialność członka zarządu względem wierzyciela. Podobnie jak w wypadku każdej odpowiedzialności deliktowej pomiędzy zachowaniem bezprawnym a szkodą musi istnieć związek przyczynowy. Pojęcie szkody w rozumieniu art. 21 ust. 3 pr. upad. odnosi się bowiem do stanu pogorszenia możliwości zaspokojenia wierzyciela z majątku spółki, zaistniałego wskutek niezgłoszenia we właściwym czasie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego[32].

Ustawodawca, wprowadzając obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez m.in. członków zarządu spółki akcyjnej, wychodzi bowiem z założenia, że postępowanie upadłościowe, jako tzw. egzekucja generalna, przewiduje zaspokojenie wierzycieli w sposób uporządkowany, równomierny i sprawiedliwy. Wstrzymując bieg odsetek od masy upadłości lepiej gwarantuje statystycznemu wierzycielowi ochronę jego interesów niż sytuacja, w której wierzyciele dochodzą swoich należności w drodze egzekucji syngularnej[33]. W tej perspektywie oczywiste pozostaje, że im wcześniej zgłoszony zostaje wniosek o upadłość, tym większa szansa, aby już wymagalne roszczenia zostały zaspokojone. Należy bowiem zauważyć, że nawet jeśli majątek masy nie ulega na przestrzeni czasu pomniejszeniu, to nadal mniejsze zaspokojenie wierzyciela lub jego brak może wynikać z takich przyczyn, jak zwiększenie się ogólnej sumy wierzytelności zaspokajanych w upadłości[34]. Słusznie podnosi A. Witosz,

[29] K. Osajda, *Niewypłacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa 2014, s. 429; R. Adamus, *Prawo upadłościowe…*, s. 104; A.J. Witosz (w:) *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 21, teza 12 oraz komentarz do art. 21, teza 14; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 14.02.2013 r. (I ACa 24/13), LEX nr 1313462.

[30] R. Adamus, *Odpowiedzialność reprezentanta dłużnika za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości*, „Monitor Prawa Handlowego" 2015/2, s. 30.

[31] R. Adamus, *Prawo upadłościowe…*, s. 101–102; R. Adamus, *Odpowiedzialność reprezentanta…*, s. 30.

[32] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 13.08.2018 r. (I AGa 207/18), LEX nr 2580997.

[33] R. Adamus, *Odpowiedzialność reprezentanta…*, s. 31.

[34] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 13.08.2018 r. (I AGa 207/18), LEX nr 2580997.

że z uwagi na domniemanie wysokości szkody oraz istotę postępowania upadłościowego, związek ten nie musi być odrębnie wykazywany[35]. W sytuacji jednak, gdy pozwany członek zarządu wykaże, że gdyby złożył wniosek o ogłoszenie upadłości w terminie, to i tak wierzytelność nie uległaby zaspokojeniu, albo uległaby zaspokojeniu w takim samym stopniu, w jakim miało to miejsce w realiach konkretnego przypadku, wtedy nie ponosi odpowiedzialności[36].

Odwrócenie ciężaru dowodu w zakresie wysokości szkody, stanowiące konsekwencję domniemania z art. 21 ust. 3a pr. upad., powoduje, że powołanie się przez członków zarządu na powyższą przesłankę wymaga od nich wykazania, że wierzyciel nie uzyskałby zaspokojenia w postępowaniu upadłościowym, choćby zostało ono wszczęte we właściwym czasie, a to z uwagi na stan majątkowy spółki oraz wynikającą z przepisów Prawa upadłościowego kolejność zaspokajania się z masy upadłości[37]. Pozwany, przełamując domniemanie wysokości szkody, może także wykazać, że owo zaspokojenie przy złożeniu wniosku o upadłość w terminie i tak nie objęłoby całej dochodzonej wierzytelności. Wówczas jego obowiązek odszkodowawczy zostanie proporcjonalnie pomniejszony. W takim przypadku rozmiarem szkody będzie różnica między tym rzeczywistym stanem majątkowym wierzyciela a stanem, który wystąpiłby, gdyby wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony w przewidzianym ustawowo terminie[38].

Warunkiem *sine qua non* skuteczności powództwa z art. 21 ust. 3 pr. upad. nie jest zakończenie postępowania upadłościowego. Takiego wymogu nie sposób odnaleźć w żadnym przepisie prawa upadłościowego. Wręcz przeciwnie, ustawodawca w art. 21 ust. 3 pr. upad. wprost przewiduje odpowiedzialność odszkodowawczą względem wierzycieli w razie braku złożenia takiego wniosku o upadłość w ogóle, a więc przy braku uprzedniego przeprowadzenia takiego postępowania.

Pogląd o konieczności uprzedniego przeprowadzenia postępowania upadłościowego nie jest także prezentowany w doktrynie czy orzecznictwie. W doktrynie podnosi się jedynie, że poprzez powołanie się na fakt trwania postępowania upadłościowego pozwani mogą próbować obalić domniemanie wysokości szkody ustanowione w art. 21 ust. 3a pr. upad., z tym jednak zastrzeżeniem, że w takiej sytuacji obalenie domniemania powinno polegać na udowodnieniu przez pozwanego, w drodze odpowiedniej symulacji przebiegu postępowania upadłościowego, jakie spłaty otrzymałby w jego toku wierzyciel będący powodem[39]. W końcu należy wskazać, że w praktyce bardzo częstą sytuacją

[35] A.J. Witosz (w:) *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 21, teza 12.
[36] P. Janda, *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 11, teza 4.
[37] Wyrok SN z 13.02.2004 r. (IV CK 61/03), LEX nr 151638.
[38] Wyrok SN z 20.12.2019 r. (II CSK 19/19), LEX nr 2771343.
[39] A.J. Witosz (w:) *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 21, teza 12 i 15.

jest wytoczenie tego powództwa przed ogłoszeniem upadłości w sprawie. Jako przykład można w tym zakresie przywołać postępowania prowadzone przed Sądem Apelacyjnym w Łodzi czy Sądem Apelacyjnym w Krakowie[40].

WINA ORAZ OKOLICZNOŚCI WYŁĄCZAJĄCE ODPOWIEDZIALNOŚĆ

Domniemanie związane z odpowiedzialnością za zaniechanie złożenia wniosku o upadłość odnosi się również do winy. Brzmienie art. 21 ust. 3 pr. upad. sprawia, że w tym zakresie dochodzi do odwrócenia ciężaru dowodowego, w konsekwencji czego to na pozwanym członku zarządu ciąży wykazanie przesłanek egzogeracyjnych.

O braku winy można mówić np. wówczas, gdy członek zarządu nie mógł zgłosić wniosku o ogłoszenie upadłości z przyczyn dotyczących go osobiście, tj. przykładowo gdy był chory lub z innych przyczyn przez dłuższy czas nieobecny i nie mógł brać udziału w pracach zarządu, nie znał rzeczywistego stanu majątku spółki, został wprowadzony w błąd co do stanu majątku spółki[41]. Istotny dla tej oceny jest jednak podwyższony standard należytej staranności, wprowadzony względem przedsiębiorców w art. 355 § 2 k.c.[42]

Do wyłączenia odpowiedzialności nie prowadzi natomiast w sposób automatyczny okoliczność podziału kompetencji pomiędzy poszczególnymi członkami zarządu. Jak wskazuje się w tym kontekście, odpowiedzialności członka zarządu nie uchyla umowa łącząca członków zarządu co do sposobu kierowania sprawami spółki. Tego rodzaju umowa ma znaczenie tylko wewnątrzorganizacyjne[43]. Natomiast nic nie stoi na przeszkodzie, aby okoliczność podziału obowiązków pomiędzy członków zarządu stanowiła element argumentacyjny pod kątem istnienia po stronie obowiązanego świadomości konieczności złożenia przedmiotowego wniosku, stanowiąc element argumentacyjny w kontekście zawinienia. Wina nie zostaje automatycznie wyłączona również wówczas, gdy osoba zobowiązana stała się reprezentantem dłużnika, objętym obowiązkiem złożenia wniosku o upadłość już po zaistnieniu stanu niewypłacalności. Wówczas jednak należy przyjąć, że bieg termin złożenia wniosku biegnie od momentu skutecznego powołania do danej funkcji[44].

---

40 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 13.08.2018 r. (I Aga 207/18), LEX nr 2580997; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 2.12.2016 r. (I ACa 1025/16), LEX nr 2295776.

41 Wyrok NSA z 21.12.2010 r. (I FSK 36/10), LEX nr 11011750; K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2004, t. 1, s. 765–768.

42 A.J. Witosz (w:) *Prawo upadłościowe…*; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 22.03.2016 r. (VI ACa 299/15), LEX nr 2034105.

43 A.J. Witosz (w:) *Prawo upadłościowe…*; P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 21, teza 10; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 22.03.2016 r. (VI ACa 299/15), LEX nr 2034105.

44 Wyrok NSA z 22.03.2013 r. (I FSK 862/12), LEX nr 1331452; wyrok NSA z 3.07.2008 r. (II FSK 633/07), LEX nr 485159.

Inaczej będzie jednak kształtować się sytuacja w przypadku wyłączenia w stosunku do określonego członka zarządu spółki prawa jej reprezentacji. Jakkolwiek, zgodnie z art. 372 § 1 k.s.h., co do zasady prawo to przysługuje wszystkim członkom zarządu, tym niemniej, podobnie jak w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, tak samo w spółce akcyjnej możliwe są takie regulacje statutowe, które w ogóle wyłączają prawo członka zarządu do reprezentowania spółki w stosunkach zewnętrznych[45]. Pomimo że w uchwale SN z 24.10.1996 r.[46], podkreślono, iż wyłączenie takie nie jest skuteczne względem osób trzecich, tym niemniej należy uznać, że pozostanie ono relewantne – jako okoliczność obiektywna – z punktu widzenia odpowiedzialności członka zarządu opartej na art. 21 ust. 3 pr. upad. Ustawodawca poprzez użycie w art. 21 ust. 2 pr. upad. koniunkcji („prowadzenia praw spółki i jej reprezentowania") obejmuje bowiem obowiązkiem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości tylko te osoby, którym kumulatywnie przysługuje prawo prowadzenia spraw spółki (stosunki wewnętrzne) i jej reprezentowania (stosunki zewnętrzne). Z drugiej strony takie ukształtowanie zakresu podmiotów obowiązanych do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości powoduje, że na podstawie art. 21 ust. 3 pr. upad. można dochodzić roszczeń także od tych członków zarządu, których prawo do reprezentacji jest jedynie ograniczone. Sytuacje, w których członek zarządu nie będzie podmiotem mogącym odpowiadać za szkodę na podstawie art. 21 ust. 3 pr. upad., będą więc zjawiskiem relatywnie rzadkim, aczkolwiek możliwym, szczególnie w wypadku zarządów wieloosobowych w podmiotach o rozbudowanej strukturze organizacyjnej.

Obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości zostaje ponadto wyłączony wobec otwarcia w tym terminie postępowania restrukturyzacyjnego albo zatwierdzenia układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu (art. 21 ust. 3 zd. 2 pr. upad.). Jak wskazuje jednak P. Zimmerman, zważywszy na niedotrzymywanie przez sądy restrukturyzacyjne terminów instrukcyjnych dotyczących otwarcia postępowania czy zatwierdzenia układu, również w takiej sytuacji zobowiązani na mocy art. 21 ust. 1 pr. upad. członkowie zarządu powinni równolegle złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości w ustawowym terminie[47]. Inaczej bowiem mogą narazić się na kierowanie przeciwko nim roszczeń w trybie art. 21 ust. 3 pr. upad.

Członkowie zarządu nie są obowiązani do złożenia wniosku także w sytuacji, w której zaktualizował się on w czasie prowadzenia egzekucji przez zarząd przymusowy albo w czasie prowadzenia egzekucji przez sprzedaż przedsiębiorstwa na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (art. 21 ust. 5 pr. upad.). Powyższe uzasadnione jest faktem braku dostępu tych osób

[45] Na dopuszczalność takiego ograniczenia w odniesieniu do spółki z o.o. wskazuje np. Z. Jara, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 799.

[46] Uchwała SN z 24.10.1996 r. (III CZP 112/96), OSNC 1997/ 2, poz. 12.

[47] P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe*…, komentarz do art. 21, teza 2 i 6.

do informacji o aktualnym stanie przedsiębiorstwa, a tym samym świadomości co do konieczności skierowania wniosku o ogłoszenie upadłości[48].

PRZEDAWNIENIE

Zgodnie z art. 442^1 § 1 k.c. roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym ulega przedawnieniu z upływem trzech lat od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się lub przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć o szkodzie i osobie zobowiązanej do jej naprawienia. Jednocześnie zgodnie z art. 442^1 § 2 k.c. jeżeli szkoda wynikła ze zbrodni lub występku, przedawnienie roszczenia następuje z upływem 20 lat od popełnienia przestępstwa. Szkoda, o której mowa w art. 21 ust. 3 pr. upad., wynika z okoliczności niezgłoszenia wniosku o upadłość. Takie zaniechanie – niezależnie od tego, że stanowi podstawę roszczeń odszkodowawczych – jest penalizowane w oparciu o typ czynu zabronionego przewidziany w art. 586 k.s.h. Zgodnie z brzmieniem wyżej wymienionego przepisu przestępstwem jest zachowanie członka zarządu oraz likwidatora, który nie zgłasza wniosku o upadłość w terminie, pomimo powstania warunków upadłości spółki ustalanych według omówionych powyżej przepisów. Jeżeli więc członek zarządu skazany zostanie za przestępstwo z art. 586 k.s.h., to w razie wytoczenia przeciwko niemu powództwa cywilnego, stosowany będzie wydłużony 20-letni termin przedawnienia roszczenia z art. 442^1 § 2 k.c. W tym zakresie sąd cywilny na zasadzie art. 11 k.p.c. będzie związany wyrokiem skazującym.

Nie jest to jednak jedyna sytuacja, gdy zastosowanie znajdzie art. 442^1 § 2 k.c. 20-letni termin przedawnienia wystąpi także wówczas, gdy wprawdzie członek zarządu nie zostanie skazany (np. dlatego, że postępowanie w tym zakresie nigdy nie będzie wszczęte, zostanie umorzone, a nawet zakończy się uniewinnieniem), niemniej sąd cywilny autonomicznie stwierdzi, że szkoda wynikła z przestępstwa. Dla przyjęcia 20-letniego terminu przedawnienia nie jest bowiem konieczne istnienie w obrocie prawnym wyroku skazującego[49]. Na mocy art. 11 k.p.c. sąd cywilny nie jest nadto związany wyrokiem uniewinniającym czy umarzającym postępowanie karne. Wyrok uniewinniający oraz orzeczenie o umorzeniu postępowania karnego mają jedynie moc dokumentu urzędowego, którego znaczenie sąd cywilny ocenia w granicach swobodnej oceny dowodów (art. 233 k.p.c.)[50].

---

48 P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe…*, komentarz do art. 21, teza 15.

49 Uchwała składu 7 sędziów SN z 21.11.2967 r. (III PZP 34/67), OSNC 1968/6, s. 94; wyrok SN z 9.04.2015 r. (V CSK 441/14), OSNC 2016/3, s. 38; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 9.12.2015 r. (I ACa 1429/15), LEX nr 1966341; J. Gudowski, G. Bieniek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna,* red. J. Gudowski, Warszawa 2018, komentarz do art. 442^1 k.c. teza 37.

50 T. Ereciński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Postępowanie rozpoznawcze,* red. T. Ereciński, Warszawa 2016, komentarz do art. 11 k.p.c., teza 6; wyrok SN z 15.10.1997 r. (III CKN 238/97), LEX nr 1632165; wyrok SN z 11.12.1967 r. (II PR 155/67), LEX nr 6258; wyrok SN z 18.09.1969 r. (II CR 308/69), OSNCP 1970/7–8, poz. 130.

Z drugiej strony należy zauważyć, że nie każde zaniechanie złożenia wniosku o upadłość w terminie aktualizujące odpowiedzialność odszkodowawczą z art. 21 ust. 3 pr. upad. stanowić będzie przestępstwo z art. 586 k.s.h., bowiem to może być popełnione wyłącznie umyślnie[51]. Powyższe powoduje, że chcąc skorzystać z 20-letniego terminu przedawnienia przy braku istnienia w obrocie prawnym wyroku skazującego, konieczne pozostaje wykazanie umyślności zachowania sprawcy szkody[52], a więc dodatkowej przesłanki w stosunku do tych przewidzianych w art. 21 ust. 3 pr. upad. Obowiązek ten – w razie podniesienia zarzutu przedawnienia przez pozwanego członka zarządu – będzie spoczywał na powodzie. Przesłanki umyślności nie dotyczą bowiem domniemania z art. 11 ust. 1a i 5 pr. upad. oraz art. 21 ust. 3 i 3a pr. upad.

W końcu zarówno w wypadku istnienia wyroku skazującego, jak i w razie przesłankowego ustalenia faktu popełnienia przestępstwa, przedłużony termin przedawnienia roszczenia odnosić się będzie do wszystkich członków zarządu, od których dochodzone jest roszczenie, i to nawet wówczas, gdy zachowanie tylko jednego z nich wypełni znamiona art. 586 k.s.h. Artykuł 442^1 § 2 k.c. ma zastosowanie wówczas, gdy szkoda spowodowana zostanie przestępstwem, niezależnie od tego, czy poszkodowany skieruje swoje roszczenie przeciwko sprawcy przestępstwa, czy przeciwko innej osobie odpowiedzialnej za szkodę[53].

ABSTRACT

Agnieszka Haładyj-Janota
The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), lawyer in Kardas&Kardas law firm in w Krakow.

Personal liability of the members of the management board towards joint stock company's creditors in case of insolvency

The article presents the principles of liability borne by the members of the management board of limited companies (including a joint-stock company) in connection with the abandonment of proceedings on the declaration of bankruptcy within the prescribed period provided in Bankruptcy Law. It includes all prerequisites of elaborated liability, taking into account the views of doctrine and case law together with an attempt to resolve issues disputed in this matter. Regardless of the set of

[51] M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2018, komentarz do art. 586 k.s.h., teza 4; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 1.07.2016 r. (II AKa 97/16), LEX nr 2171296.

[52] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 9.12.2015 r. (I ACa 1429/15), LEX nr 1966341.

[53] Wyrok SN z 27.10.2005 r. (III CK 171/05), LEX nr 346045; G. Bieniek, J. Gudowski (w:) *Kodeks cywilny…*, komentarz do art. 442^1 k.c., teza 45.

substantive law, the article also contains procedural aspects of pursuing claim based on the elaborated legal structure.

Keywords: *bankruptcy, civil liability, management board, limited companies, insolvency, civil suit*

Agnieszka Haładyj-Janota
e-mail: ahaladyj@kardas.com.pl

Autorka jest adwokatem (ORA w Krakowie), prawnikiem w kancelarii Kardas &Kardas w Krakowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Adamus Rafał, *Odpowiedzialność reprezentanta dłużnika za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości*, „Monitor Prawa Handlowego" 2015/2, s. 30

Adamus Rafał, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, red. A.J. Witosz, Warszawa 2017

Bieniek Gerard, Gudowski Jacek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2018

Ereciński Tadeusz (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2016

Gurgul Stanisław, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2018

Janda Paweł, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, LEX/el. 2019

Jara Zbigniew, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2017

Osajda Konrad, *Niewypłacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa 2014

Rodzynkiewicz Mateusz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz,* Warszawa 2018

Szymański Władysław, *Globalizacyjne uwarunkowania siły i słabości przedsiębiorstw* (w:) *Ekonomiczne aspekty upadłości przedsiębiorstw w Polsce,* red. E. Mączyńska, Warszawa 2005, s. 37

Witosz Aleksander J. (w:) *Prawo upadłościowe. Komentarz*, red. A.J. Witosz, Warszawa 2017

Zimmermann Piotr, *Prawo upadłościowe. Komentarz,* Warszawa 2020

Pojęcia kluczowe: *prawo spółdzielcze, walne zgromadzenia, głosowanie tajne, głosowanie on-line, elektroniczne walne zgromadzenie*

e-PALESTRA
10/2020

Marek Kułak

PRZEPROWADZENIE WALNEGO ZGROMADZENIA CZŁONKÓW SPÓŁDZIELNI W CZASACH EPIDEMII COVID-19

Artykuł podejmuje problematykę zorganizowania walnego zgromadzenia członków spółdzielni z wykorzystaniem nowych przepisów wydanych w związku z panującą epidemią COVID-19. Ustawodawca przewidział możliwość zorganizowania walnego zgromadzenia za pomocą porozumiewania się na odległość przy użyciu nowoczesnych technologii informatycznych. W artykule została zwrócona uwaga na problem niedostosowania regulaminów walnych zgromadzeń do nowych realiów oraz zasygnalizowane zostały problemy techniczne, z jakimi muszą zmierzyć się spółdzielnie w przeprowadzeniu e-walnego zgromadzenia, a tym samym przy podejmowaniu uchwał podczas walnego zgromadzenia.

WPROWADZENIE

Analizując tytułowe zagadnienie można postawić cztery zasadnicze tezy, które znajdą rozwinięcie w niniejszym artykule:

1) stan epidemiczny dopuścił zastosowanie nowoczesnych technologii telegraficznych, telełączy oraz on-line podczas przebiegu walnego zgromadzenia;
2) nowe pojmowanie zasady bezpośredniego udziału członków spółdzielni uzależnione jest od zmian w dotychczasowych regulaminach walnych zgromadzeń;

3) zaskarżanie podjętych uchwał jest dopuszczalne w drodze powództwa o uchylenie uchwały sprzecznej z przepisami prawa;
4) sąd, oceniając ważność uchwał, będzie brał pod uwagę sposób wprowadzenia uchwał walnych zgromadzeń, dopuszczających przeprowadzenie przy zastosowaniu nowoczesnych technologii telegraficznych, telełączy oraz on-line.

Spółdzielnie są podmiotami o charakterze korporacyjnym, mającymi na celu osiąganie określonych ustawowo celów społecznych, zmierzających do ograniczenia zjawiska wykluczenia społecznego i finansowego[1]. W prawie spółdzielczym istnieje wiele rodzajów spółdzielni, m.in. rolne, mieszkaniowe czy spółdzielnie pracy. Spółdzielnie są organizacjami dobrowolnymi, dostępnymi dla wszystkich osób mogących skorzystać z ich świadczeń i gotowych wypełniać obowiązki związane z członkostwem, bez dyskryminowania płci, statusu społecznego, rasy, przekonań politycznych i religii. Dobrowolne członkostwo oparte jest na trzech regułach: „otwartych drzwi", równouprawnienia członków, obowiązków członków wobec spółdzielni, jak również na obowiązujących spółdzielnie zasadach demokratyzmu, solidaryzmu, demokratycznej kontroli, partycypacji ekonomicznej, samorządności i niezależności.

Tym samym samorządność i niezależność jest realizowana w ramach narzuconych przez ustawodawcę form organizacyjnych, które musi mieć każda spółdzielnia. W ramach form organizacyjnych istnieje model trójpodziału ustawowych (obligatoryjnych) organów.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami obligatoryjnymi organami spółdzielni są:
1) walne zgromadzenie bądź zebranie przedstawicieli,
2) rada nadzorcza bądź komisja rewizyjna,
3) zarząd[2].

Instytucja walnego zgromadzenia, będącego najwyższym organem spółdzielni, jest wyrazem zasady samorządności spółdzielni. Wszyscy członkowie mają prawo brania udziału w walnym zgromadzeniu, a także mają prawo jednego głosu. Mogą zatem współdecydować w podejmowaniu najważniejszych dla spółdzielni decyzji[3].

---

1 H. Cioch, *Prawo spółdzielcze*, Warszawa 2011, s. 174.
2 Z. Niedbała, *Prawo spółdzielcze*, Poznań 2001, s. 41.
3 Historia regulacji prawnych w Polsce w zakresie spółdzielczości jest dosyć rozwinięta, z tego względu, że istniało wiele ustaw, począwszy od ustawy z 29.10.1920 r. o spółdzielniach – obwieszczenie Przewodniczącego Państwowej Komisji Planowania Gospodarczego z 20.05.1950 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy z 29.10.1920 r. o spółdzielniach (Dz.U. z 1950 r. nr 25 poz. 232), poprzez ustawę z 17.02.1961 r. o spółdzielniach i ich związkach (Dz.U. z 1961 r. nr 12 poz. 61), włącznie z aktualnie obowiązującą ustawą z 16.09.1982 r. – Prawo spółdzielcze (Dz.U. z 2020 r. poz. 275 ze zm.), dalej pr. spółdz. Co do zasady ustawodawca jest konsekwentny co do charakteru spółdzielni lub istnienia organów obligatoryjnych w każdej spółdzielni.

Prawo głosu na walnym zgromadzeniu nie jest związane z wpłatami za udziały, lecz wiąże się z samym udziałem. To, że członek może żądać zwrotu wpłat dokonanych na udział dopiero po zatwierdzeniu sprawozdania finansowego za rok, w którym wystąpił z żądaniem ich zwrotu, nie ma znaczenia dla określenia jego prawa do głosu na walnym zgromadzeniu. Tym samym zostaje podniesione znaczenie tego organu do rangi najważniejszej w spółdzielni.

W literaturze przedmiotu można spotkać pogląd, z którym należy się zgodzić, że uczestnictwo w walnym zgromadzeniu jest prawem każdego członka, ale także jego obowiązkiem. Stałe i uporczywe uchylanie się od niego może być przyczyną wykluczenia danego członka[4].

Zgodnie z art. 39 § 1 pr. spółdz., walne zgromadzenie powinno odbyć się co najmniej raz w roku, w terminie 6 miesięcy po upływie każdego roku obrachunkowego. Jeżeli walne zgromadzenie jest zwoływane z inicjatywy podmiotów wskazanych w art. 39 § 2 i 3 pr. spółdz., powinno się ono odbyć w terminie 6 tygodni od wniesienia stosownego żądania.

Te zapisy w prawie spółdzielczym istniały od wielu lat, przez długi czas nie były nowelizowane, tym samym przyjęły się w praktyce i zostały zakorzenione w funkcjonowaniu spółdzielni, dzięki czemu stały się zrozumiałe oraz jasne dla każdego *prima facie* czytającego ustawę i uregulowaną w niej problematykę.

Komplikacje pojawiają się wraz ze zmianami, na które spółdzielnie nie mają wpływu. Rozprzestrzeniająca się pandemia wirusa COVID-19 wywołana przez SARS-CoV-2 wpłynęła istotnie na sytuację społeczną, spółdzielczą, polityczną i gospodarczą na całym świecie. W Polsce w związku z wystąpieniem pandemii ogłoszono najpierw stan zagrożenia epidemicznego[5], a następnie stan epidemii[6], co zmieniło fundamentalnie funkcjonowanie praktycznie wszystkich instytucji. Szczegółowe rozwiązania w odniesieniu do spółdzielni przewidziane zostały w pierwszej kolejności w ustawie z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych[7]. Ustawa ta została znowelizowana na mocy ustawy z 28.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych

[4] M. Gersdorf, J. Ignatowicz, *Prawo spółdzielcze. Komentarz*, Warszawa 1985, s. 94.

[5] Na podstawie § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 13.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. poz. 433). Stan ten obowiązywał od 14.03.2020 r. do 20.03.2020 r.

[6] Na mocy § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. poz. 490). Stan ten obowiązuje od 20.03.2020 r. do odwołania.

[7] Ustawa z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374 ze zm.).

nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw[8]. Ustawa ta wprowadziła istotne zmiany w zasadach zwoływania, odbywania posiedzeń i podejmowania uchwał przez zarząd, radę nadzorczą, walne zgromadzenie, które zastępuje radę nadzorczą w przypadku, o którym mowa w. art. 46a pr. spółdz., oraz w zasadach odbywania zebrań grup członkowskich.

Przepis art. 35 pr. spółdz. został rozszerzony o § 4^1–4^4, które dotyczą zwołania posiedzenia zarządu oraz rady nadzorczej na żądanie jednego z członków tych organów, podejmowania uchwał przez zarząd i radę nadzorczą na piśmie albo przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Nowe przepisy Prawa spółdzielczego stosuje się również do posiedzeń zarządu, rady nadzorczej, walnego zgromadzenia – które zastępuje radę nadzorczą na podstawie art. 46a pr. spółdz. – oraz zebrania grup członkowskich zwołanych przed dniem wejścia w życie ustawy. Ustawa wprowadziła istotną regulację dotyczącą terminu odbycia się walnego zgromadzenia spółdzielni. Zgodnie z art. 90 ustawy zmieniającej, jeżeli ustawowy termin zwołania walnego zgromadzenia spółdzielni przypada w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, trwającego w dniu wejścia w życie ustawy lub ogłoszonego bezpośrednio po okresie trwającym w dniu wejścia w życie ustawy, ulega on przedłużeniu o 6 tygodni od dnia odwołania tego stanu. Kolejna zmiana w Prawie spółdzielczym jest spowodowana tzw. tarczą 3.0[9], w której ustawodawca w art. 3 dokonał zmiany w ustawie – Prawo spółdzielcze, w której art. 35 § 3 otrzymuje brzmienie: „§ 3. Statut może przewidywać powołanie także innych organów niż wymienione w § 1, składających się z członków spółdzielni. W takim przypadku statut określa zakres uprawnień tych organów oraz zasady wyboru i odwoływania ich członków. Do zwoływania posiedzeń tych organów i warunków podejmowania przez nie uchwał przepisy § 4^1–4^4 stosuje się odpowiednio".

Dodatkowo, 14.03.2020 r. zaczęło obowiązywać rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie ogłoszenia w Polsce stanu epidemicznego w związku z koronawirusem SARS-CoV-2. Wprowadza ono m.in. zakaz zgromadzeń powyżej 50 osób, nakaz zamknięcia barów i restauracji, kin, teatrów, klubów, basenów, bibliotek, muzeów, a także ograniczenia w handlu w centrach handlowych.

Mowa tu o przepisie § 9 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 13.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego. Na podstawie art. 46 ust. 2 i 4 ustawy z 5.12.2008 r. o zapobieganiu

[8] Ustawa z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 568).

[9] Ustawa z 14.05.2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. poz. 855), dalej Tarcza 3.0.

oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi[10], w okresie trwania stanu zagrożenia epidemicznego zakazuje się organizowania zgromadzeń w rozumieniu art. 3 ustawy – Prawo o zgromadzeniach[11]. Zakazu zorganizowania zgromadzeń nie stosuje się w przypadku, gdy liczba uczestników zgromadzenia wynosi nie więcej niż 50 osób, wliczając w to organizatora i osoby działające w jego imieniu.

Oznacza to, że walne zgromadzenia, które liczą ponad 50 osób (licząc nie tylko członków mających prawo uczestniczenia w walnym zgromadzeniu, ale również całą obsługę tego wydarzenia), nie mogą odbyć się zgodnie z treścią wskazanego przepisu.

Tym samym ustawodawca ograniczył możliwość zorganizowania w tradycyjnej formie walnego zgromadzenia, gdyż stan epidemii nie ustępował – a co więcej – nasilał się wraz z przybywającą liczbą chorych na koronawirusa. Organizatorzy (zarządy spółdzielni) walnego zgromadzenia tym samym (zapewne) stanęli przed tym, jak postąpić z organizacją walnego zgromadzenia oraz jak zabezpieczyć bieżącą politykę spółdzielni, co wymaga przedyskutowania i podjęcia stosownych uchwał na walnym zgromadzeniu.

Słusznym rozwiązaniem zaproponowanym przez ustawodawcę było wydłużenie terminu na zwołanie walnego zgromadzenia, dzięki temu ucięto wszelkie spekulacje, sprowadzające się do naruszenia przepisów, co do terminu zwołania walnego zgromadzenia, które mogłyby stanowić podstawę powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały w trybie art. 42 § 2 pr. spółdz. Uchwała podjęta przez walne zgromadzenie, zwołane po upływie 6 miesięcy, licząc od zakończenia roku obrachunkowego (art. 39 § 1 pr. spółdz.), może jednak zostać usunięta z obrotu prawnego tylko wówczas, gdy zostanie wykazane, że zwołanie walnego zgromadzenia z naruszeniem wskazanego terminu miało (lub mogło mieć) wpływ na treść uchwały[12].

Wracając jednak do problemu „klucza" podejmowania uchwał i nieprzerwanego odwlekania zwołania walnego zgromadzenia, należy stwierdzić, że ustawodawca wyszedł w nowych przepisach znacząco naprzeciw dotychczasowemu pojmowaniu zasady osobistego udziału każdego członka w walnym zgromadzeniu i zastosowaniu tej zasady przy wykorzystaniu cyberrewolucji, jaka dokonała się od czasu powstawania regulacji Prawa spółdzielczego.

Zgodnie z nową ustawą z 16.04.2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2[13], i jej przepisem art. 15, wprowadzono w Prawie spółdzielczym istotne zmiany.

---

[10] Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 6.06.2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2020 r. poz. 374).

[11] Ustawa z 24.07.2015 r. – Prawo o zgromadzeniach (Dz.U. z 2019 r. poz. 631).

[12] Wyrok SN z 8.12.1998 r. (I CKN 243/98), LEX nr 35383.

[13] Ustawa z 16.04.2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. z 2020 r. poz. 695), dalej Tarcza 2.0.

W art. 36 pr. spółdz. dodaje się § 9–13 w brzmieniu:

„§ 9. Zarząd lub rada nadzorcza może zarządzić podjęcie określonej uchwały przez walne zgromadzenie na piśmie albo przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość.

§ 10. Uchwała walnego zgromadzenia może być podjęta, jeżeli wszyscy członkowie zostali zawiadomieni o głosowaniu na piśmie albo przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Uchwała może być również wynikiem głosów częściowo oddanych na piśmie lub przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość.

§ 11. Przy obliczaniu kworum uwzględnia się członków uczestniczących przez oddanie głosu na piśmie lub przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość.

§ 12. Głosowanie w trybie określonym w § 9–11 może być przeprowadzone niezależnie od postanowień statutu spółdzielni.

§ 13. Rozwiązania, o których mowa w § 9–12, stosuje się w czasie wprowadzenia stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii, o których mowa w ustawie z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi".

W art. 37 pr. spółdz. dodano § 5 w brzmieniu: „§ 5. Przepisy art. 36 § 10–12 stosuje się odpowiednio".

W art. 40 pr. spółdz. dodano § 3 w brzmieniu: „§ 3. Zawiadomienia, o których mowa w § 1, albo zgłoszenia żądań, o których mowa w § 2, mogą zostać dokonane przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość".

W art. 46a pr. spółdz. dodano zdanie trzecie w brzmieniu: „Przepisy art. 35 § 4^1–5 stosuje się odpowiednio", a w art. 59 § 1 pr. spółdz. dodano zdanie trzecie w brzmieniu: „Przepisy art. 35 § 4^1–5 stosuje się odpowiednio".

Zmiany zaproponowane przez ustawodawcę mają służyć przede wszystkim umożliwieniu uczestnictwa w podejmowaniu decyzji w sprawach spółdzielni przez osoby, które z przyczyn faktycznych (stan zdrowia, znaczna odległość miejsca zamieszkania od siedziby spółdzielni lub obawa spowodowana „koronawirusem") nie mogą brać udziału w walnym zgromadzeniu osobiście. Zmiana ta ma stanowić również ważny krok na drodze ku uelastycznieniu regulacji dotyczących funkcjonowania spółdzielni.

To prowokuje i zachęca do poszukiwania alternatywnych możliwości zorganizowania walnego zgromadzenia, bez z góry określonego miejsca takiego zgromadzenia, jedynie ograniczając się do czasu, w jakim dniu i w jakich godzinach odbędzie się walne zgromadzenie.

E-WALNE ZGROMADZENIE CZŁONKÓW SPÓŁDZIELNI

Analizą zostaną objęte zalety i niedociągnięcia legislacyjne dotyczące przeprowadzenia walnego zgromadzenia w sposób zdalny jako e-walnego zgromadzenia za pomocą środków komunikacji elektronicznej (np. wideokonferencja) lub za pomocą innych środków łączności (np. telefonicznie) oraz dopuszczalność organizacji takiego walnego zgromadzenia.

Wykorzystanie technologii zdalnej (on-line) w trakcie pandemii choroby COVID-19 w Polsce ma wiele zalet. W jej zakres wchodzą nie tylko te technologie, które wiążą się tradycyjnie z zachowaniem przez członków kontaktu ze spółdzielnią, w której są członkami, i istniejącym wpływem decyzyjnym tych członków na funkcjonowanie spółdzielni za pomocą nowoczesnych technologii, ale szczególnie technologie związane z prowadzeniem obrad walnego zgromadzenia on-line oraz specyficzną sytuacją wywołaną przez koronawirusa. Spośród ogólnych zalet, jakie ustawodawca proponuje, szczególnie przydatne obecnie są: zachowana bezpośredniość, elastyczność, kreatywność i prostota prowadzenia tych obrad, mimo sformalizowanego charakteru.

Do kolejnych zalet związanych z prowadzeniem obrad walnego zgromadzenia on-line, należy przede wszystkim zaliczyć brak konieczności osobistych i bezpośrednich spotkań, aktualnie znacząco ograniczanych kolejnymi rozporządzeniami Ministra Zdrowia. Głosowanie prowadzone przy pomocy urządzeń wyborczych, np. wyposażonych w ekrany dotykowe, umożliwia rezygnację z papierowych kart wyborczych, a co za tym idzie – niemalże natychmiastowe zliczanie głosów w pamięci operacyjnej komputera i przekazywanie ich do systemu zbierającego głosy, a tym samym zminimalizowanie rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2. Głosowanie prowadzone przez Internet umożliwia oddanie głosu każdemu z każdej lokalizacji.

Prowadzenie walnego zgromadzenia przy użyciu Internetu może ograniczyć koszty związane z całą obsługą tego przedsięwzięcia. W takiej sytuacji nie jest konieczne poniesienie wydatków na wykupienie cateringu, wynajęcie pomieszczenia, w którym odbędzie się walne zgromadzenie. Prezydium walnego zgromadzenia będzie miało co prawda inną formę, ponieważ z przyczyn technicznych może nie udać się wybór przewodniczącego walnego zgromadzenia i pozostałych członków – co więcej, z racji wykorzystania technologii taki wybór członków może stać się zbyteczny – zgodnie ze statutem spółdzielni i regulaminami walnych zgromadzeń. W takim przypadku czuwanie nad prawidłowością prowadzenia obrad walnego zgromadzenia należy powierzyć zgodnie ze statutem spółdzielni przewodniczącemu rady nadzorczej lub innemu członkowi rady nadzorczej wykonującemu (w zastępstwie) funkcję przewodniczącego rady nadzorczej. Wtedy osoba prowadząca walne zgromadzenie może prowadzić obrady z domu.

Do zorganizowania e-walnego zgromadzenia konieczne jest natomiast posiadanie komputera podłączonego do Internetu i posiadanie włączonej kamery z mikrofonem, co jednak dziś nie wydaje się być szczególną barierą czy obciążeniem.

Jeśli chodzi natomiast o wady e-walnego zgromadzenia prowadzonego za pomocą środków porozumiewania się na odległość, to wskazać trzeba – w pierwszej kolejności – brak możliwości uzyskania korzyści płynących z bezpośredniego i osobistego kontaktu stron, co może mieć decydujące znaczenie dla rozwiązania zaistniałego między nimi konfliktu. Poza tym należy liczyć się z tym, co pominął ustawodawca, że może pojawić się problem z systemem liczenia głosów i przeprowadzaniem głosowania.

Prawo spółdzielcze w art. 35 § 4 pr. spółdz. mówi, że przy obliczaniu wymaganej większości głosów dla podjęcia uchwały uwzględnia się tylko głosy oddane za i przeciw uchwale[14]. Natomiast głosów „wstrzymujących się" w ogóle nie bierze się pod uwagę. Istnieją w tym zakresie orzeczenia, które wskazują, aby uznawać głosy wstrzymujące się, lecz nie jest to przedmiotem niniejszych analiz[15]. Prawo spółdzielcze, co do zasady, wyraża aprobatę dla głosowań jawnych. W tej materii doprecyzowanie oddane jest do dookreślenia statutom spółdzielni oraz regulaminom walnych zgromadzeń, czy te głosowania odbywają się poprzez naciśnięcie przycisku na komputerze lub urządzeniu „pilocie".

Pojawia się niespodziewany problem ważności uchwał podjętych za pomocą komputera lub pilota, jeżeli statut i regulamin walnych zgromadzeń tego nie przewidywały w ramach tradycyjnego walnego zgromadzenia. Dla odbycia zgromadzenia w sposób zdalny konieczne będzie uchwalenie regulaminu wskazującego zasady udziału w zdalnym zgromadzeniu. Regulamin nie może określać wymogów i ograniczeń innych niż takie, które będą niezbędne dla identyfikacji członków obecnych w obradach e-walnego zgromadzenia oraz zapewnienia bezpieczeństwa komunikacji zdalnej. Regulamin walnych zgromadzeń w swoich zapisach musi gwarantować zapewnienie dwustronnej komunikacji w czasie rzeczywistym wszystkich osób uczestniczących w walnym zgromadzeniu, które chciałyby się wypowiedzieć w toku obrad. Powinien zapewniać wykonywanie osobiście lub przez pełnomocnika prawa głosu w toku walnego zgromadzenia oraz to, że transmisja obrad walnego zgromadzenia odbywa się w czasie rzeczywistym.

Regulamin opracowany – z racji tego, że spółdzielnie wcześniej nie mogły zdalnie obradować – powinien zostać uchwalony w sposób tradycyjny. Konieczne będzie odbycie chociaż na chwilę walnego zgromadzenia poprzez pojawienie się osobiście członków w wyznaczonym miejscu (ale z racji zachowania

[14] Uchwała SN z 29.04.2011 r. (III CZP 111/10), LEX nr 785898.
[15] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10.01.2014 r. (I ACa 1312/13), LEX nr 1422480.

odległości od siebie 2 m – w kilku różnych salach) i o określonym czasie w celu przegłosowania nowego regulaminu. Na mocy *lex specialis* w uchwale zmieniającej regulamin, z uwagi na zaistniałą sytuację pandemiczną, dopuścić należy skrócenie *vacatio legis* takiej uchwały i wprowadzenie zapisu, że obowiązuje z chwilą uchwalenia przez walne zgromadzenie.

Należy podkreślić, że nie jest możliwe odbycie e-walnego zgromadzenia bez uchwały podjętej zgodnie z przyjętym (aktualnie obowiązującym) statutem i obowiązującą wymaganą większością głosów dla tego typu uchwał, wyrażającą zgodę na wprowadzenie w treści regulaminu rozdziału dot. e-walnych zgromadzeń.

Przyczyną tego jest aktualny stan prawny, który zawiera luki prawne. Legislacja nie nadąża za zmieniającą się szybko sytuacją, odpowiednie organy nie są wyposażone w instrumenty ustawowe do uchwalenia w trybie nadzwyczajnym uchwał legalizujących głosowanie przy użyciu urządzeń, a nie poprzez tradycyjne podniesienie ręki.

Ustawodawca w dalszym ciągu popełnia błąd poprzez nieokreślenie w Tarczy 2.0 i Tarczy 3.0, ani innych rozporządzeniach, przyznania specjalnej kompetencji innemu organowi w spółdzielni, aby w przypadku trudności z zebraniem tradycyjnego walnego zgromadzenia, mógł „nadać" tymczasowy regulamin e-walnego zgromadzenia. Podobnie ustawodawca lakonicznie traktuje problem zdalnych procedur weryfikacji dokumentów uprawniających członka do udziału w walnym zgromadzeniu oraz dokumentów potwierdzających umocowanie pełnomocników członków spółdzielni. Tym samym można w ostateczności przyjąć, że proces weryfikacji dokumentów, zarówno w formie papierowej, jak i elektronicznej, powinien odbywać się tak, jak przewidują to obecnie znane procedury weryfikacji, tj. przez załączenie skanów dokumentów do systemu obsługującego e-walne zgromadzenie lub przesłanie ich bezpośrednio na adres e-mail wskazany przez zarząd spółdzielni, albo nadanie pocztą tradycyjną w takim czasie, aby dotarły do spółdzielni przed dniem walnego zgromadzenia – co ma istotne znaczenie dla ważności uchwał organów spółdzielni.

Pamiętać należy, że uchwały organów spółdzielni, które powodują skutki cywilnoprawne, podlegają – jako czynności prawne – odpowiednim przepisom Kodeksu cywilnego[16]. Jest to istniejąca na gruncie art. 60 k.c. możliwość wyrażenia woli przez każde zachowanie osoby, która ujawniła swoją wolę w sposób dostateczny (*per facta concludentia*), która jest wyłączona, gdy przepisy prawa wymagają dla oświadczenia woli zachowania określonej formy, wyrażenia jej w określony sposób. Przepis ten może znaleźć zastosowanie do oświadczeń woli składanych przez spółdzielnię w stosunkach zewnętrznych, o ile ich skuteczność nie będzie zależała od zachowania szczególnej formy[17].

[16] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 93 ze zm.), dalej k.c.
[17] Wyrok SN z 16.05.2002 r. (IV CKN 1062/00), LEX nr 327933.

PROBLEM PRZEPROWADZENIA GŁOSOWANIA TAJNEGO W KWESTIACH OSOBOWYCH

Wydaje się jednak, że najbardziej zagorzałym przeciwnikiem e-walnego zgromadzenia w spółdzielni będzie legislacja. Ustawa – Prawo spółdzielcze pozostawia postanowieniom statutów spółdzielni jednoznaczne rozstrzygnięcie, czy wyboru członków zarządu dokonuje walne zgromadzenie – zebranie przedstawicieli, czy też rada nadzorcza (art. 49 § 2 pr. spółdz.)[18]. Statutowe wskazanie na jeden z tych organów przesądza zarazem o jego kompetencji do odwoływania członków zarządu. Brak było dotychczasowo podobnych przepisów w stosunku do trybu głosowania. W tym zakresie Prawo spółdzielcze precyzyjnie określało, jakie uchwały mają zapaść w konkretnym trybie głosowania. Dlatego Prawo spółdzielcze zna dwa tryby głosowania – jawne i tajne.

Tajność głosowania polega na podejmowaniu uchwał w taki sposób, aby treść samego aktu głosowania osoby uprawnionej nie mogła być znana innym uczestnikom zgromadzenia. Tajność ma zapewnić, że nie będziemy wiedzieć, jak głosowali poszczególni spółdzielcy. Temu służy zorganizowanie odpowiednich warunków głosowania, które mają zagwarantować tajność procesu decyzyjnego wyborcy, czyli zapewnić możliwości anonimowego oddania głosu. W miarę możliwości głosy powinny być oddane w odosobnieniu (rozwiązaniem modelowym jest wydzielenie odosobnionego miejsca do oddania głosu), na kartach do głosowania wrzucanych następnie do jednej urny[19]. E-wybory podczas e-walnego zgromadzenia nie dają możliwości kontroli, czy wybory są bezpośrednie i tajne, jeśli nie możemy na własne oczy zobaczyć wyborcy oddającego głos do urny oraz nie widzimy, czy członek oddający głos samodzielnie podejmuje decyzję, nad czym czuwa prezydium walnego zgromadzenia i właściwa powołana ku temu komisja. Natomiast zorganizowanie wyborów korespondencyjnych również nie daje takiej pewności, a tylko wydłuża przebieg walnego zgromadzenia.

W kwestii wyborów do organów spółdzielni obowiązują trzy reguły ogólne, od których nie ma w dalszym ciągu wyjątku, a mianowicie:

1) wybory takie są dokonywane w głosowaniu tajnym;
2) liczba kandydatów, spośród których dokonuje się wyboru, jest nieograniczona;
3) odwołanie członka organu spółdzielni może nastąpić tylko w głosowaniu tajnym.

Regulacja prawna zawarta w art. 35 § 4 pr. spółdz. ma charakter ogólny i odnosi się do wszystkich organów spółdzielni.

[18] R. Bierzanek, *Prawo spółdzielcze w zarysie*, Warszawa 1989, s. 213.
[19] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 21.06.2012 r. (I ACa 296/12), LEX nr 1217624.

Wybór lub odwołanie członka organu spółdzielni wymaga przeprowadzenia tajnego głosowania i uczynienia o tym wzmianki w protokole z obrad.

Naruszenie przy podejmowaniu uchwały o wyborze członka organu spółdzielni przewidzianej w art. 35 § 2 pr. spółdz. zasady tajności wyborów z reguły ma wpływ na treść uchwały, jest zatem wystarczające do jej skutecznego zaskarżenia na podstawie art. 42 § 3 pr. spółdz.[20]

Przyjmuje się, że nie stanowi naruszenia zasady tajności głosowania uzyskanie *post factum* informacji o częściowych wynikach wyborów, np. gdy walne zgromadzenie zostało podzielone na części, a po zakończeniu głosowania pierwszej części przewodniczący komisji mandatowo-skrutacyjnej ogłosi wyniki tego częściowego głosowania, podając, ile głosów zdobył każdy z kandydatów do rady nadzorczej[21].

Wyrok z 9.11.2016 r. stanowi przełomową wypowiedź Sądu Najwyższego, która w realiach, w jakich organy spółdzielni zostały pozostawione, nabierze nowego wydźwięku. Stanowisko przedstawione w wyroku poddaje pod rozwagę konsekwencje naruszenia wymogów tajności głosowania przy podejmowaniu uchwał przez walne zgromadzenie spółdzielni (zgromadzenie przedstawicieli), w szczególności w odniesieniu do spraw osobowych[22]. Przełomowe orzeczenie sprzed kilku lat jest pierwszą wypowiedzią Sądu Najwyższego odwołującą się do tej problematyki na tle zagadnień dotyczących funkcjonowania spółdzielni.

Prezentowane orzeczenie odwołuje się do rzadko występującej w spółdzielniach praktyki posługiwania się aparaturą elektroniczną przy przeprowadzaniu aktu głosowania podczas walnego zgromadzenia spółdzielni. Ze względu na znaczącą liczbę osób uczestniczących w zgromadzeniu przez wykorzystanie aparatury elektronicznej dąży się bowiem do zmniejszenia trudności praktycznych związanych z oddaniem głosów oraz ich liczeniem. Pozwala to na przyspieszenie przebiegu walnego zgromadzenia, a przede wszystkim uniknięcie niejasności przy liczeniu głosów, które mogą się ujawnić przy zastosowaniu innych sposobów głosowania.

Przekładając to na obecny stan epidemiczny, należy stwierdzić, że orzeczenie daje możliwość odstąpienia już od fizycznego uczestniczenia w głosowaniach w ramach jednego pomieszczenia i oddawania głosów w głosowaniu tajnym. Ale w praktyce nadal nie rozwiązuje to problemu tajności głosowania przy użyciu urządzenia elektronicznego podczas głosowań tajnych, gdyż brak jest odpowiednich zapisów w statutach spółdzielni i regulaminach walnych zgromadzeń.

W tej sytuacji tradycyjne walne zgromadzenie musi zaproponować istotne rozwiązania w celu uniknięcia problemu prawnego związanego z określeniem konsekwencji naruszenia tajności głosowania m.in. przy sprawach osobowych. Zatem

[20] Wyrok SN z 9.11.2016 r. (II CSK 21/16), LEX nr 2166377.

[21] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 21.06.2012 r. (I ACa 296/12), LEX nr 1217624.

[22] Wyrok SN z 20.05.1988 r. (II CR 119/88), LEX nr 3454; wyrok SN z 26.05.1999 r. (III CKN 261/98), LEX nr 37301; wyrok SN z 22.04.2016 r. (II CSK 441/15), LEX nr 2022543.

spółdzielnie muszą opracować informatyczne platformy, które za pomocą aparatury elektronicznej uniemożliwią identyfikację osoby głosującej oraz sposobu, w jaki oddała ona głos. Niezagwarantowanie tajności głosowania będzie naruszało ustawę i statut i może takie głosowanie zostać zaskarżone i w konsekwencji unieważnione.

Naruszenie wymogów statutowych dotyczących zapewnienia tajności należy kwalifikować jako uchybienie formalne. W orzecznictwie traktowane jest to jednak jako szczególny przypadek naruszenia wymogów proceduralnych. Wprawdzie nie neguje on konieczności wywiedzenia przy tego typu naruszeniu proceduralnym jego wpływu na treść uchwały, jednak wskazuje, że uchybienie wymogowi tajności głosowania przekłada się zasadniczo na treść uchwały, której takie głosowanie dotyczyło. Uzasadnienie dla takiego podejścia Sądu Najwyższego wynika stąd, że należy zapewnić tajność głosowania (przede wszystkim w sprawach osobowych), gdyż jest to istotnym elementem ustrojowym dla funkcjonowania korporacyjnych osób prawnych. Służy ona zachowaniu swobody wyrażania swojej woli przez podmioty tworzące ich strukturę korporacyjną. Właśnie ze względu na te odniesienia, które – w swojej istocie – stanowią wyraz zapewnienia rzeczywistego oddziaływania substratu osobowego na funkcjonowanie korporacyjnej osoby prawnej, należy w jego ocenie przyjmować, że naruszenie wymogu tajności głosowania, co do zasady, ma istotne znaczenie dla uchwały[23].

Uniknięcie zarzutu nieważności danej uchwały podjętej w głosowaniu tajnym uzależnione będzie od uchwalonego regulaminu i zapisów dotyczących wręczenia uczestnikom zgromadzenia tzw. klucza, na którym zakodowano członków spółdzielni, gdzie każdemu członkowi przypada jeden głos. Następnie uczestnikom spółdzielni powinno się rozdać czytniki, które na zasadzie karty bankomatowej uaktywniałyby się po włożeniu lub przyłożeniu klucza do urządzenia, przekazującego drogą radiową odpowiedni impuls do centralnego rejestratora, co byłoby aktem głosowania. Inna technika polega na rozdysponowaniu wśród uczestników kart magnetycznych z odpowiednio zakodowaną liczbą głosów. Ewentualnie rozważyć można poszukanie tańszej wersji, poprzez generowanie indywidualnych kodów dla wszystkich członków mogących brać udział w walnym zgromadzeniu i wysłanie na elektroniczną skrzynkę pocztową linku z anonimową ankietą zawierającą określone pytanie.

POWÓDZTWO O UCHYLENIE UCHWAŁY SPRZECZNEJ Z PRZEPISAMI PRAWA

W przypadku uchwał walnych zgromadzeń spółdzielni podjętych on-line, ustawodawca nie zmienił przepisów w zakresie podważania istnienia uchwał,

[23] I. Gajewska, R.L. Kwaśnicki, *Wybór przewodniczącego organów uchwałodawczych spółek kapitałowych*, „Prawo Spółek" 2005/1, s. 20.

tym samym w dalszym ciągu, w zależności od rodzaju wadliwości uchwały walnego zgromadzenia, przepisy dotyczące zaskarżania uchwał tradycyjnych walnych zgromadzeń, również znajdują swoje uzasadnienie w podważaniu tych podjętych w sposób zdalny w ramach e-walnego zgromadzenia. Tym samym ustawodawca nie zakwestionował w żaden sposób możliwości zaskarżenia każdej uchwały walnego zgromadzenia bez względu na jej treść i charakter.

W dalszym ciągu kwestionowanie uchwał e-walnego zgromadzenia możliwe jest tylko w ramach drogi sądowej za pomocą trzech różnych powództw: o stwierdzenie nieważności uchwały, o uchylenie uchwały oraz o ustalenie nieistnienia uchwały. Każde z tych powództw, dla swej skuteczności, wymaga spełnienia odmiennych przesłanek, a zatem również przytoczenia całkowicie odmiennych okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie, przy czym okoliczności te nawet częściowo wzajemnie się wykluczają.

Żądanie stwierdzenia nieważności uchwały znajduje swoje uzasadnienie w przypadku sprzeczności uchwały z ustawą. Sprzeczność może mieć miejsce, gdy uchwała narusza przepisy prawa materialnego lub doszło do uchybień formalnych dotyczących warunków i trybu podejmowania uchwały. Wadliwość formalna uchwały może skutkować stwierdzeniem nieważności w sytuacji, gdy mogła mieć istotny wpływ na treść uchwały.

Z kolei w przypadku powództwa o uchylenie uchwały jest to sprzeczność z postanowieniami statutu bądź dobrymi obyczajami lub godzenie w interesy spółdzielni albo pokrzywdzenie członka spółdzielni. Podobnie jak w sytuacji sprzeczności uchwały z ustawą, może zaistnieć sprzeczność z zapisami statutu, jak również i brakiem takich zapisów. W takiej sytuacji treść uchwały zostanie uchwalona w wadliwym procesie jej podejmowania.

W takiej sytuacji osoba zainteresowana musi wykazać zarzuty merytoryczne odnoszące się do treści uchwały, jak i warunki formalne dotyczące warunków i trybu podjęcia uchwały[24]. Uchybienie natury proceduralnej daje podstawy do kwestionowania ważności uchwał, jeżeli miało wpływ na treść i wynik głosowania[25].

Zaskarżenie uchwały walnego zgromadzenia jest możliwe za pomocą powództwa o ustalenie nieistnienia uchwały, gdy wystąpiły rażące uchybienia w zwołaniu e-walnego zgromadzenia, w procesie podejmowania uchwały lub procedowania e-walnego zgromadzenia[26]. Podstawą procesową powództwa o ustalenie jest art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego[27], który stanowi, że powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku

[24] Wyrok SN z 10.04.2013 r. (IV CSK 582/12), LEX nr 1331356.

[25] Wyrok SN z 26.03.2009 r. (I CSK 253/09), LEX nr 1615154; wyrok SN z 8.12.1998 r. (I CKN 243/98), LEX nr 35383.

[26] Wyrok SN z 22.10.2014 r. (II CSK 17/14), LEX nr 1621326.

[27] Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.), dalej k.p.c.

prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny. Interes prawny, jako przesłanka materialnoprawna powództwa o ustalenie, jest badany przez sąd z urzędu na każdym etapie postępowania. Jego brak decyduje o oddaleniu takiego powództwa. O interesie prawnym w rozumieniu art. 189 k.p.c. można mówić wówczas, gdy występuje stan niepewności co do istnienia prawa lub stosunku prawnego, a wynik postępowania doprowadzi do usunięcia tej niejasności i zapewni powodowi ochronę jego prawnie chronionych interesów, definitywnie kończąc trwający spór albo prewencyjnie zapobiegając powstaniu takiego sporu w przyszłości. W grę wchodzi przy tym sytuacja, gdy powód może uczynić zadość potrzebie ochrony swej sfery prawnej przez samo ustalenie istnienia bądź nieistnienia prawa lub stosunku prawnego. W doktrynie oraz orzeczeniach Sądu Najwyższego dopuszcza się możliwość żądania na podstawie art. 189 k.p.c. ustalenia faktu prawotwórczego. Określony fakt nosi cechy prawotwórcze, jeżeli jego ustalenie w istocie zmierza do ustalenia prawa lub stosunku prawnego[28].

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 29.06.2015 r.[29] w sprawie o stwierdzenie nieważności lub uchylenia uchwały walnego zgromadzenia członków spółdzielni opartej na regulacji art. 42 § 2 i 3 ustawy – Prawo spółdzielcze, to na stronie kwestionującej uchwałę spoczywa obowiązek udowodnienia istnienia przesłanek w przepisach tam wymienionych, a uzasadniających zaskarżenie uchwały. Jeżeli zatem zarzuca ona, że dana uchwała jest nieważna, bo jest sprzeczna z ustawą, albo należy ją uchylić, jako sprzeczną z postanowieniami statutu bądź dobrymi obyczajami lub godzącą w interesy spółdzielni, albo mającą na celu pokrzywdzenie jej członka, to powinna ową sprzeczność udowodnić.

Przy zaskarżaniu uchwały e-walnego zgromadzenia, tak samo jak przy zaskarżaniu podjętych w sposób tradycyjny uchwał walnego zgromadzenia do sądu, konieczne jest dokonanie wyboru właściwego powództwa. Sąd rozpoznający sprawę jest związany zgłoszonym żądaniem. Dopuścić należy powództwa oparte o żądania ewentualne, np. o uchylenie uchwały, a w razie nieuwzględnienia powództwa w tym zakresie – o ustalenie nieistnienia uchwały.

Prima facie w przypadku e-walnych zgromadzeń, w związku z nową okolicznością, brakiem właściwych regulacji w statutach spółdzielni i regulaminach walnych zgromadzeń, takim powództwem może być powództwo o uchylenie uchwały.

Spółdzielnie jednak muszą być przygotowane, że mogą pojawić się również powództwa, które będą miały na celu podważenie istnienia uchwał mających

[28] Orzeczenie SN z 8.10.1952 r. (C 1514/52), „Państwo i Prawo" 1953/8–9, s. 369; orzeczenie SN z 11.09.1953 r. (I C 581/53), OSN 1954/3, s. 65.

[29] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 29.06.2015 r. (I ACa 299/15), LEX nr 1771309.

bezpośredni wpływ na istnienie organu spółdzielni. Taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku uchwały w przedmiocie zatwierdzenia lub odmowy zatwierdzenia sprawozdania rady nadzorczej, lub analogicznie rocznego sprawozdania zarządu spółdzielni[30]. W takiej sytuacji, w przypadku stwierdzenia nieważności danej uchwały mającej wpływ na istnienie organu, to zgodnie z art. 42–42[1] k.c., jeżeli spółdzielnia nie może być reprezentowana lub prowadzić swoich spraw ze względu na brak organu (rady nadzorczej lub zarządu), albo brak w składzie organu uprawnionego do jej reprezentowania, wówczas sąd ustanawia dla niej kuratora.

Kurator podlega nadzorowi sądu, który go ustanowił. Do czasu powołania albo uzupełnienia składu organu, albo ustanowienia likwidatora, kurator reprezentuje osobę prawną oraz prowadzi jej sprawy w granicach określonych w zaświadczeniu sądu. Kurator niezwłocznie podejmuje czynności zmierzające do powołania albo uzupełnienia składu organu spółdzielni uprawnionego do jej reprezentowania, a w razie potrzeby – do jej likwidacji. Dlatego ważne jest, aby spółdzielnie zwróciły większą uwagę na właściwe wprowadzenie zmian w statucie i regulaminie walnych zgromadzeń.

WNIOSKI

Konkludując powyższe treści, należy stwierdzić, że pandemia COVID-19 w Polsce ma miejsce w niezwykle istotnym dla spółdzielni okresie, gdy odbywają się walne zgromadzenia. Walne zgromadzenie powinno być niezakłócone i powinno odbyć się przy maksymalnym zapewnieniu bezpieczeństwa członków spółdzielni, a także równego dostępu wszystkich członków do uczestnictwa w nim. Ustawy i rozporządzenia będące aktualnie w obiegu prawnym umożliwiają spółdzielniom przeprowadzanie tzw. e-walnych zgromadzeń przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej (on-line).

Prawo spółdzielcze przez lata istnienia regulacji zachowywało swoją autonomiczność i nie było dostosowywane do zmieniających się realiów i coraz bardziej powszechnej techniki, które umożliwiają odstąpienie od tradycyjnej formy organizowania walnych zgromadzeń i podejmowanych podczas nich uchwał.

Ustawodawca w sposób lekkomyślny wprowadził zmiany w prawie spółdzielczym, które radykalnie zmieniają dotychczasowy pogląd na walne zgromadzenie. Od początku spółdzielczości w Polsce walne zgromadzenia i uchwały podejmowane były w sposób tradycyjny poprzez podniesienie ręki. Niewiele spółdzielni korzystało przed pojawieniem się wirusa SARS-CoV-2

[30] Uchwała SN z 19.03.1996 r. (III CZP 20/96), LEX nr 24699.

z elektronicznych urządzeń zliczających głosy, tzw. maszynek do oddawania głosów. Wynikało to z założenia osobistego udziału członków w walnych zgromadzeniach. Tym samym przed pojawieniem się epidemii nie było potrzeby wprowadzania w regulaminach walnych zgromadzeń odpowiednich przepisów dających możliwość spółdzielni na przeprowadzenie obrad walnego zgromadzenia w sposób zdalny. Dopiero teraz, gdy „koronawirus" wymógł zmiany w zakresie organizowania walnych zgromadzeń, kolejnym problemem, poza legislacją, może być mentalność członków spółdzielni i istniejące po ich stronie obawy dotyczące sprawności takiej formy zgromadzeń. Dlatego warto rekomendować zorganizowanie próbnego walnego zgromadzenia w celu sprawdzenia sprzętów oraz zachęcenia członków spółdzielni do nowej formuły organizacji walnych zgromadzeń.

Bolączką e-walnego zgromadzenia dla spółdzielni mogą być wybory do organów spółdzielni, które przewidują głosowanie tajne. Spółdzielnie mogą mierzyć się z problemami natury technicznej dotyczącymi m.in. realizacji transmisji, zdalnej weryfikacji dokumentów, zorganizowania głosowania zdalnego czy sposobu protokołowania.

E-walne zgromadzenia w spółdzielniach, pomimo istniejących wątpliwości i obaw – są przyszłością. Przemawia za tym duża liczba zalet, m.in. zachowana bezpośredniość, elastyczność, kreatywność rozwiązań, prostota prowadzenia obrad, mimo sformalizowanego charakteru całego walnego zgromadzenia, i znacznie niższe koszty organizacji całego przedsięwzięcia.

Spółdzielnie (zarząd) w miarę możliwości powinny przygotować członków do tego sposobu obradowania. Aby podnieść świadomość członków w tym zakresie, powinny opracować poglądowe materiały instruktażowe (np. informatory), wdrażać e-spotkania, przeprowadzać próbne e-walne zgromadzenia oraz powszechnie komunikować się z członkami, wykorzystując e-technologie.

ABSTRACT

Marek Kułak
The author is an advocate trainee (District Bar Association in Krakow);
a PhD student at the Jagiellonian University in Krakow.

Conducting a general meeting of cooperative members during the COVID-19 epidemic

The article addresses the issue of organising the general meeting of cooperative members using the new rules issued in connection with the current COVID-19 epidemic. The legislator has provided for the possibility of organizing a general meeting by means of remote communication using modern information technologies. The article

draws attention to the problem of the inadequacy of the rules of general meetings to the new realities and signals the technical problems that cooperatives have to face in conducting an on-line general meeting and thus passing resolutions during the general meeting.

Keywords: *cooperative law, general meetings, secret ballot, on-line voting, electronic general meeting*

Marek Kułak
ORCID 0000-0002-7129-8794; e-mail: marek.kulak@doctoral.uj.edu.pl

Autor jest aplikantem adwokackim w Krakowskiej Izbie Adwokackiej, doktorantem na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bierzanek Remigiusz, *Prawo spółdzielcze w zarysie*, Warszawa 1989

Cioch Henryk, *Prawo spółdzielcze*, Warszawa 2011

Gajewska Iwona, Kwaśnicki Radosław L., *Wybór przewodniczącego organów uchwałodawczych spółek kapitałowych*, „Prawo Spółek" 2005/1

Gersdorf Małgorzata, Ignatowicz Jerzy, *Prawo spółdzielcze. Komentarz*, Warszawa 1985

Niedbała Zdzisław, *Prawo spółdzielcze*, Poznań 2001

Pojęcia kluczowe: *Sąd Najwyższy, rozszerzenie powództwa, doręczenia*

e-PALESTRA
18/2020

Przemysław Mańke

BRAK OBOWIĄZKU DORĘCZENIA ODPISU PISMA PROCESOWEGO ZAWIERAJĄCEGO ROZSZERZENIE POWÓDZTWA – GLOSA DO UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 11.12.2020 R. (III CZP 31/18)

Niniejsze opracowanie jest glosą aprobującą do uchwały Sądu Najwyższego z 11.12.2018 r. (III CZP 31/18), w której Sąd Najwyższy orzekł, że odpis pisma zawierającego rozszerzenie powództwa należy doręczyć za pośrednictwem sądu, a nie bezpośrednio stronie przeciwnej. Pismo to jest pismem wnoszonym w toku sprawy, a za takim rozwiązaniem, mimo że nie zostało to wprost przewidziane w przepisach, przemawiają argumenty natury celowościowej i funkcjonalnej. Doręczenie takiego pisma bezpośrednio pełnomocnikowi strony przeciwnej jest naruszeniem przepisów o doręczeniach i może skutkować pozbawieniem prawa do obrony.

1. W uchwale z 11.12.2018 r.[1] Sąd Najwyższy (SN) orzekł, że odpis pisma zawierającego rozszerzenie powództwa nie podlega doręczeniu na podstawie art. 132 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego[2]. Uchwała została podjęta na skutek zagadnienia prawnego przedstawionego przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego we wniosku z 29.03.2018 r. „czy odpis pisma procesowego

[1] Uchwała SN z 11.12.2018 r., III CZP 31/18, OSNC 2019/4, poz. 35, s. 19.
[2] Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.), dalej k.p.c.

wniesionego w toku procesu przez profesjonalnego pełnomocnika strony powodowej, które obejmuje rozszerzenie powództwa, podlega doręczeniu pełnomocnikowi strony przeciwnej w sposób przewidziany w art. 132 § 1 k.p.c., czy też znajduje do niego zastosowanie § 1^1 tego przepisu zobowiązujący pełnomocnika powoda do złożenia odpisu tego pisma w sądzie, w celu jego urzędowego doręczenia stronie przeciwnej"? Przedmiotem rozważań było więc ustalenie, czy pismo, zawierające rozszerzenie powództwa, w przypadku gdy obie strony postępowania są reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników, podlega doręczeniu drugiej stronie w trybie tzw. „doręczenia bezpośredniego" (któremu podlegają pisma złożone w toku sprawy, z wyłączeniem katalogu pism wskazanych w art. 132 § 1^1 k.p.c.), czy też doręczenia takiego należy dokonać za pośrednictwem sądu. W uzasadnieniu SN powołał się na wcześniejszą uchwałę w tym przedmiocie[3], a także na dotychczasowe rozbieżności poglądów artykułowanych w orzeczeniach[4]. W podsumowaniu SN przedstawił argumenty przemawiające za doręczeniem pisma rozszerzającego powództwo w trybie art. 132 § 1 k.p.c., a także argumenty przeciwko tej tezie, opowiadając się za doręczaniem takiego pisma za pośrednictwem sądu.

2. Rozszerzenie powództwa stanowi postać uregulowanej w art. 193 § 1 k.p.c. przedmiotowej zmiany powództwa. Przedmiotowa zmiana powództwa polega na zmianie jego elementów, ale przy założeniu ciągłości postępowania. Zmianie może więc ulegać albo samo żądanie, albo jego podstawa faktyczna. Mogą także zachodzić równoczesne zmiany obu tych elementów. Z art. 193 § 1 k.p.c. nie wynikają żadne ograniczenia w tym zakresie, jednak istota zmiany powództwa, opierająca się na ciągłości postępowania, wyklucza możliwość przyjęcia, że zmienione powództwo może nie mieć żadnego związku z dotychczasowym[5]. Pomiędzy pierwotnym a zmienionym żądaniem powinna istnieć więź materialnoprawna i logiczny związek – powinny one mieścić się w granicach tego samego stosunku prawnego[6]. Dodatkowo związek ten musi polegać na tym, że czynności procesowe stron dokonane w postępowaniu przed zmianą powództwa oraz zgromadzony materiał dowodowy nie tracą mocy i pozostają częściowo

[3] Uchwała SN z 21.01.2016 r. (III CZP 95/15), OSNC 2017/ 1, poz. 7, s. 46.

[4] Tezę, że pismo procesowe zawierające rozszerzenie powództwa nie podlega doręczeniu na podstawie art. 132 § 1 k.p.c., przyjęto m.in. w następujących orzeczeniach: uchwała SN z 21.01.2016 r. (III CZP 95/15), OSNC 2017/ 1, poz. 7, s. 46; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 26.11.2014 r. (I ACa 733/14), Legalis nr 1185894; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 18.01.2013 r. (V ACa 673/12), Legalis 719136; tezę, że pismo zawierające rozszerzenie powództwa doręcza się w trybie przewidzianym w art. 132 § 1 k.p.c., postawił SN w wyroku z 11.02.2015 r. (I PK 123/14), Legalis nr 1186716.

[5] A. Wiśniewska, *Przedmiotowa zmiana powództwa w procesie cywilnym*, Warszawa 1986, s. 54; M. Jędrzejewska, K. Weitz, *Komentarz do art. 193 k.p.c.* (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2016, nb 2.

[6] Postanowienie SN z 2.06.1965 r. (II CZ 51/65), Legalis nr 12334.

aktualne w procesie toczącym się po przekształceniu. W przeciwnym razie powinno dojść do cofnięcia pozwu z zachowaniem warunków określonych w art. 203 k.p.c. pod rygorem rozpoznania uprzednio zgłoszonego roszczenia[7].

Zgodnie z art. 125 § 1 k.p.c. pisma procesowe obejmują wnioski i oświadczenia stron składane poza rozprawą. Podlegają one doręczeniu drugiej stronie co do zasady przez sąd za pośrednictwem podmiotów wskazanych w art. 131 § 1 k.p.c. Wyjątek od tej zasady stanowi sytuacja, gdy obie strony są w postępowaniu zastępowane przez profesjonalnych pełnomocników (adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub radcę Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej). Wówczas, zgodnie z art. 132 § 1 k.p.c., pisma wnoszone przez takich pełnomocników w toku sprawy podlegają bezpośredniemu doręczaniu między nimi (bez pośrednictwa sądu). W treści pisma wniesionego do sądu zamieszcza się oświadczenie o doręczeniu odpisu pisma drugiej stronie albo o jego nadaniu przesyłką poleconą. Pismo niezawierające powyższego oświadczenia podlega zwrotowi bez wzywania do usunięcia tego braku. W dalszej treści omawianego przepisu (art. 132 § 1^1 k.p.c.) ustawodawca przewidział wyjątek od obowiązku bezpośredniości doręczeń – uregulowano w nim katalog pism, które niezależnie od tego, czy są wnoszone w toku sprawy oraz czy w sprawie po obu stronach występują profesjonalni pełnomocnicy, podlegają doręczeniu drugiej stronie za pośrednictwem sądu.

3. Odnosząc się do argumentacji Sądu Najwyższego, należy najpierw zwrócić uwagę na problem, czy pismo zawierające rozszerzenie powództwa w istocie jest pismem wnoszonym w toku sprawy (bowiem tylko takie pisma, zgodnie z art. 132 § 1 k.p.c., podlegają bezpośredniemu doręczeniu pomiędzy profesjonalnymi pełnomocnikami). Sąd Najwyższy, w zakresie tego zagadnienia, ogranicza się do stwierdzenia, że pismo zawierające rozszerzenie powództwa jest pismem wnoszonym w toku sprawy, wiąże się ściśle z toczącym się postępowaniem i nie ma charakteru autonomicznego. Jednocześnie stwierdzono, że stan „sprawy w toku" stworzony zostaje przez akt doręczenia pozwu pozwanemu. Nawiązano tym samym do wcześniejszej uchwały w przedmiocie doręczeń pisma zawierającego rozszerzenie powództwa[8]. W jej uzasadnieniu SN podniósł te same argumenty (wskazując, że na gruncie art. 132 § 1 k.p.c. tok sprawy oznacza ten fragment postępowania, który następuje po doręczeniu odpisu pozwu pozwanemu – art. 192 pkt 1 i 3, art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c.), a dodatkowo podkreślił, że odróżnić trzeba pojęcie sprawy, jako pewnej całości, od kwestii poszczególnych roszczeń. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że ustawodawca

[7] M. Manowska, *Komentarz do art. 193 k.p.c.* (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Artykuły 1–505[38]*, red. A. Adamczuk, M. Manowska, P. Pruś, M. Radwan, M. Sieńko, E. Stefańska, Warszawa 2015, nb 8.

[8] Uchwała SN z 21.01.2016 r. (III CZP 95/15), OSNC 2017/1, poz. 7, s. 46.

wyraźnie unormował w art. 193 § 2 k.p.c. te przypadki, gdy sąd rozpoznaje nowe roszczenie jako sprawę oddzielną lub przekazuje sprawę do rozpoznania innemu sądowi. Dodatkowo SN w powołanej wyżej uchwale zwrócił uwagę, że nie ma wpływu na tok sprawy określenie skutków związanych z doręczeniem pisma zawierającego nowe roszczenie na dzień doręczenia jego odpisu, bo skuteczne pozostają wszystkie dokonane w sprawie czynności, właściwość sądu oraz umocowanie stron i pełnomocników.

Słuszna jest argumentacja odnośnie do zachowania ciągłości postępowania na skutek doręczenia pisma zawierającego rozszerzenie powództwa (wynika to bowiem z samej istoty zmiany powództwa) oraz stanowisko, że Kodeks postępowania cywilnego wyraźnie wskazuje, kiedy można rozszerzenie powództwa traktować jak oddzielną sprawę. Należałoby jednak negatywnie ocenić tezę SN, że określenie „w toku sprawy" – w rozumieniu art. 132 § 1 k.p.c. – oznacza ten fragment postępowania, który następuje z chwilą doręczenia pozwu pozwanemu. Jest to istotne dla weryfikacji, czy pismo zawierające rozszerzenie powództwa jest pismem wnoszonym „w toku sprawy". Zgodnie z art. 193 § 3 k.p.c., jeżeli powód występuje z nowym roszczeniem zamiast lub obok roszczenia pierwotnego, skutki przewidziane w artykule poprzedzającym (art. 192 k.p.c.) rozpoczynają się z chwilą, w której roszczenie to powód zgłosił na rozprawie w obecności pozwanego, w innych zaś wypadkach – z chwilą doręczenia pozwanemu pisma zawierającego zmianę i odpowiadającego wymaganiom pozwu. W zakresie skutków, o których mowa w art. 192 k.p.c., w szczególności należy zwrócić uwagę na pkt 1, zgodnie z którym z chwilą doręczenia pozwu nie można w toku sprawy pomiędzy tymi samymi stronami wszcząć nowego postępowania o to samo roszczenie. Zgodnie natomiast z art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c. sąd odrzuci pozew, jeżeli o to samo roszczenie pomiędzy tymi samymi stronami sprawa jest w toku albo została już prawomocnie osądzona.

Z zestawienia tych przepisów wynika, że sprawa w toku oznacza ten etap postępowania, w którym nastąpiło doręczenie odpisu pozwu pozwanemu, a którą to tezę podzielił Sąd Najwyższy. Pogląd ten jest również przyjmowany przez niektórych przedstawicieli doktryny, a moment powstania stanu sprawy w toku jest utożsamiany z momentem zawiśnięcia sporu (*lis pendens*)[9]. Zwrócić jednak należy uwagę na fakt, że wykładnia literalna art. 192 pkt 1 k.p.c. (określającego skutek zawisłości sporu) nie prowadzi do wniosku, że z chwilą doręczenia pozwu pozwanemu powstaje stan sprawy w toku. Przepis ten określa jedynie, że z chwilą doręczenia pozwu powstaje zakaz wszczęcia pomiędzy tymi samymi stronami nowego postępowania o to samo roszczenie. Użyte

[9] Tak m.in. A. Zieliński, *Komentarz do art. 192 k.p.c.* (w:) A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego*, Warszawa 2019, nb 10; B. Czech, *Komentarz do art. 192 k.p.c.* (w:) A. Marciniak, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, *Komentarz. Artykuły 1–205*, Warszawa 2019, nb 9.

w wymienionym przepisie sformułowanie „nie można w toku sprawy wszcząć" nie świadczy o tym, że z chwilą doręczenia pozwu pozwanemu powstaje stan sprawy w toku, ale że z tą chwilą następuje ten moment toku sprawy, w którym powstaje stan zawisłości sporu. Wprawdzie, jak zostało wskazane, zestawienie przepisów art. 192 pkt 1 k.p.c. oraz art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c. (a także art. 379 pkt 3 k.p.c.) zdaje się prowadzić do wniosku, że „stan sprawy w toku" oznacza wyłącznie moment od doręczenia pozwu pozwanemu, jednak w doktrynie podkreśla się, że ze względu na fakt, iż w wielu przepisach Kodeksu postępowania cywilnego mowa jest o sprawie w toku w innym znaczeniu, terminem tym lepiej nie operować, zwłaszcza na określenie zawisłości sporu[10].

Co więcej, jak słusznie wskazywał W. Broniewicz[11], pojęcie „sprawa w toku" używane jest w Kodeksie postępowania cywilnego w różnych znaczeniach i może odnosić się zarówno do toku postępowania, jak i przedmiotu tego postępowania, przy czym należy uznać, że w rozumieniu art. 132 § 1 k.p.c. oznacza tok postępowania od momentu wytoczenia powództwa.

Powyższe ma istotne znaczenie dla rozstrzyganego problemu, bowiem gdyby przyjąć, że w rozumieniu art. 132 § 1 k.p.c. tok sprawy powstaje dopiero z momentem doręczenia pozwanemu odpisu pozwu (art. 193 § 3 k.p.c. w zw. z art. 192 k.p.c.), konsekwentnie należałoby uznać, że doręczenie pisma zawierającego rozszerzenie powództwa skutkowałoby za każdym razem wszczęciem *de facto* nowej sprawy (art. 193 § 3 k.p.c. w zw. z art. 192 k.p.c.). Tym samym duże wątpliwości interpretacyjne budziłoby stwierdzenie Sądu Najwyższego, że pismo zawierające rozszerzenie powództwa jest doręczane „w toku sprawy", bowiem doręczenie pisma zawierającego rozszerzenie powództwa każdorazowo skutkowałoby wszczęciem sprawy w ramach jej „nowego toku"[12]. Termin

[10] Tak W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2016, s. 238. Problematykę tę porusza również J. Mucha, *Zawisłość sprawy w procesie cywilnym*, Warszawa 2014, s. 22, gdzie autorka, w celu określenia stanu, o którym mowa w art. 192 pkt 1 k.p.c., art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c. oraz art. 379 pkt 3 k.p.c., odstępuje od sformułowania „stan sprawy w toku" na rzecz sformułowania „zawisłość sprawy", postulując zgłoszone już w doktrynie wnioski *de lege ferenda*, by w ogóle odstąpić od sformułowania „sprawa w toku" czy „stan sprawy w toku", a na oznaczenie stanu powstającego w procesie od chwili doręczenia odpisu pozwu pozwanemu używać zwrotu „zawisłość sprawy".

[11] W. Broniewicz, *„Sprawa w toku" w przepisach kodeksu postępowania cywilnego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego" 1970/69, s. 10.

[12] Koncepcję taką przyjęła D. Markiewicz, *Komentarz do art. 132 k.p.c.* (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Artykuły 1–505*[39], red. T. Szanciło, Warszawa 2019, t. 1, nb 5, wskazując, że w przypadku gdy rozszerzenie polega na zgłoszeniu nowego (dodatkowego) żądania, to w tym zakresie należy niewątpliwie traktować je jako pismo wszczynające postępowanie – dotychczasowy tok sprawy, a tym samym zakres obrony przeciwnika procesowego, nie obejmował kwestii związanych z nowym żądaniem. Uzasadnia to, zdaniem autorki, wnoszenie pisma zawierającego rozszerzenie powództwa (polegającego na zgłoszeniu nowego roszczenia obok lub zamiast dotychczasowego) z pominięciem trybu z art. 132 § 1 k.p.c., bowiem pismo takie stanowi funkcjonalnie pozew, a tym samym jest wnoszone w celu wszczęcia nowego toku sprawy – bez znaczenia jest więc brak wskazania takiego pisma w art. 132 § 1^1 k.p.c. Jednocześnie jednak autorka, dostrzegając złożoność problemu w praktyce, postuluje *de lege ferenda* zmianę art. 132 k.p.c. poprzez jednoznaczne określenie

„w toku sprawy" nie jest więc jednolity i nie należy go utożsamiać zawsze z momentem doręczenia pozwu pozwanemu. W rozumieniu art. 132 § 1 k.p.c. „tok sprawy" oznacza więc tok postępowania od chwili jego wszczęcia (wytoczenia powództwa).

4. Mając na uwadze powyższą argumentację należy stwierdzić, że pismo zawierające rozszerzenie powództwa nie stanowi formalnie nowego pozwu i – zgodnie z dyspozycją art. 132 § 1 k.p.c. – powinno być doręczane pomiędzy profesjonalnymi pełnomocnikami bezpośrednio. Słusznie jednak Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na aspekty natury funkcjonalnej (praktycznej) i aksjologicznej, przemawiające za koniecznością doręczania takiego pisma za pośrednictwem sądu. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, można zaobserwować postulat umożliwienia pozwanemu podjęcia obrony przed zmienionym powództwem, niezależnie od tego, czy zmiana nastąpiła na rozprawie (zarówno pod nieobecność, jak i podczas obecności pozwanego), czy w piśmie procesowym[13]. Słusznie podkreśla Sąd Najwyższy w glosowanej uchwale, że pismo zawierające rozszerzenie powództwa powinno być poddane szczegółowej kontroli przez sąd pod kątem dopuszczalności rozszerzenia powództwa. Kontrola ta – biorąc pod uwagę treść art. 193 k.p.c., jak również istotę zmiany powództwa – dotyczy wielu aspektów. W pierwszej kolejności sąd powinien zbadać, czy pismo zawierające rozszerzenie powództwa spełnia wymogi przewidziane dla pozwu (art. 187 k.p.c.), bowiem skutki przewidziane w art. 192 k.p.c. wywołuje jedynie doręczenie pisma spełniającego te wymogi. Zwrócić należy uwagę na fakt, że w wyniku nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego[14], która weszła w życie po podjęciu glosowanej uchwały, o wiele szerszy zakres ma również kontrola fiskalna[15]. W drugiej kolejności sąd powinien ocenić, czy

statusu pisma rozszerzającego powództwo. O tym, że pismo zawierające rozszerzenie powództwa jest pismem wnoszonym w celu wywołania nowego toku sprawy (utożsamianego z zawiśnięciem sporu), również wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 18.01.2013 r. (V ACa 673/12), Legalis nr 719136.

13 Tak przykładowo wyrok SN z 9.07.1971 r. (II CR 220/71), Legalis nr 15545; wyrok SN z 14.03.2017 r. (III PK 79/16), Legalis nr 1581142; postanowienie SN z 18.07.1974 r. (III CRN 343/73), OSP 1975/6, poz. 139; A. Zieliński, *Komentarz do art. 193 k.p.c.* (w:) A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego*, Warszawa 2019, nb 10; B. Czech, *Komentarz do art. 193 k.p.c.* (w:) A. Marciniak, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, *Komentarz. Artykuły 1–205*, Warszawa 2019, nb 19, gdzie autor stwierdził, że w przypadku, gdy powód rozszerza powództwo poza rozprawą (w piśmie procesowym), odpis pisma należy doręczyć pozwanemu jak przy pozwie.

14 Ustawa z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1469).

15 Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 1a ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 755 ze zm.), dalej u.k.s.c., opłacie podlega pismo zawierające oświadczenie o rozszerzeniu powództwa lub jego zmianie w sposób powodujący wzrost wartości przedmiotu sporu. Zgodnie natomiast z art. 25a u.k.s.c. opłatę od pisma zawierającego oświadczenie o rozszerzeniu powództwa lub jego zmianie w sposób powodujący wzrost wartości przedmiotu sporu pobiera się w wysokości

rozszerzenie powództwa jest dopuszczalne w świetle brzmienia art. 193 k.p.c., a w przypadku odpowiedzi negatywnej – podjąć czynności wskazane w tym przepisie. W trzeciej kolejności sąd powinien ocenić, czy dane pismo stanowi w ogóle rozszerzenie powództwa, tj. czy zachowuje związek z pierwotnie wytoczonym powództwem, a także czy pismo nie stanowi wyłącznie sprecyzowania dotychczasowych żądań[16]. Ostatnia forma kontroli jest istotna z tego względu, że w przypadku gdyby sąd rozpatrujący sprawę doszedł do przekonania, iż pismo nie stanowi postaci zmiany powództwa, powinien zwrócić je pełnomocnikowi jako pismo przygotowawcze, które może być złożone jedynie na zarządzenie przewodniczącego (art. 205^3 § 5 k.p.c.), a także podlega obowiązkowi doręczeń bezpośrednich (art. 132 § 1 k.p.c.).

W przypadku, gdyby działający z ostrożności procesowej pełnomocnik złożył takie pismo do sądu zarówno z odpisem dla strony przeciwnej, jak i oświadczeniem, o którym mowa w art. 132 § 1 k.p.c. (spełniając warunek formalny uniemożliwiający zwrot pisma bez wezwania do usunięcia braku), sąd powinien podjąć inne czynności, mające na celu przygotowanie dalszej części procesu, np. zobowiązać pełnomocnika powoda do złożenia oświadczenia, czy cofa pierwotnie złożone powództwo pod rygorem rozpoznania pierwotnej sprawy (w przypadku, gdy pismo zawierające nowe roszczenia nie zachowuje żadnego związku z pierwotnie wytoczonym powództwem), bądź wyłączyć nowo zgłoszone roszczenia do odrębnego rozpoznania. Oświadczenie powoda o cofnięciu pierwotnie złożonego pozwu powinno skutkować umorzeniem pierwotnego postępowania (art. 355 k.p.c.) i rozpoznaniem odrębnej sprawy wszczętej na skutek złożenia tego typu pisma.

Zakres kontroli jest na tyle szeroki, że nawet w przypadku reprezentowania pozwanego przez profesjonalnego pełnomocnika (co ma miejsce przy omawianej problematyce) pozwany powinien być zabezpieczony przed koniecznością podjęcia obrony przed pismem, które nie stanowi skutecznej zmiany

różnicy między opłatą należną od powództwa rozszerzonego lub zmienionego a opłatą należną sprzed rozszerzenia lub zmiany powództwa, nie niższej jednak niż 30 złotych. Istotnej zmianie uległ również art. 130^3 § 2 k.p.c., z którego usunięto część statuującą o skutkach braku uiszczenia opłaty od pisma rozszerzającego powództwo. Tym samym, na gruncie przepisów według ich brzmienia na dzień sporządzenia glosy, brak uiszczenia przez profesjonalnego pełnomocnika opłaty od pisma zawierającego rozszerzenie powództwa w momencie jego składania powinien skutkować jego zwrotem z możliwością uzupełnienia opłaty w terminie tygodniowym ze skutkiem na dzień pierwotnego wniesienia pisma (art. 130^2 k.p.c.). Wydaje się, że chociaż ustawodawca nie wprowadził żadnych zmian dotyczących pisma zawierającego rozszerzenia powództwa w treści art. 132 k.p.c., jednak zmiana polegająca na poszerzeniu kontroli fiskalnej w przypadku wniesienia takiego pisma potwierdza tezę przyjętą przez Sąd Najwyższy w glosowanej uchwale.

[16] Przykładowo w orzecznictwie wskazano, że samo podanie alternatywnej podstawy materialnej dochodzonego roszczenia procesowego, bez zmiany żądania i okoliczności faktycznych je uzasadniających, nie stanowi przedmiotowej zmiany powództwa w rozumieniu art. 193 k.p.c. – wyrok SN z 21.05.2009 r. (V CSK 439/08), Legalis nr 265880.

powództwa. Pozwany, decydując się tym samym na podjęcie merytorycznej obrony przed rozszerzonym powództwem, powinien mieć pewność, że takie działanie (wymagające zarówno nakładu sił, jak i pewnych kosztów) następuje w odniesieniu do skutecznie rozszerzonego powództwa. Pewność taką da pozwanemu jedynie doręczenie odpisu pisma zawierającego rozszerzenie powództwa za pośrednictwem sądu – oznacza to bowiem, że pismo zostało poddane kontroli przez sąd i że sąd uznał rozszerzenie powództwa za skuteczne. Mając na uwadze powyższe, rację należy przyznać Sądowi Najwyższemu, że obowiązek dokonania przez sąd kontroli dopuszczalności rozszerzenia powództwa sprzeciwia się bezpośrednim doręczeniom takich pism procesowych.

Słusznie wskazuje również Sąd Najwyższy, że, biorąc pod uwagę, iż moment doręczenia takiego pisma wywołuje określone skutki materialnoprawne i procesowe, należy stwierdzić, że zastosowanie instytucji doręczenia bezpośredniego znacznie utrudniałoby określenie momentu powstania tych skutków (ze względu na fakt, że art. 132 § 1 k.p.c. nie wprowadza obowiązku dokonania doręczenia za pisemnym potwierdzeniem odbioru w przeciwieństwie do art. 142 § 1 k.p.c., który odnosi się do doręczania pism za pośrednictwem sądu). Postulat zapewnienia pozwanemu możliwości podjęcia obrony przed rozszerzonym powództwem w warunkach pewności co do tego, że rozszerzenie powództwa zostało dokonane skutecznie (i tym samym w warunkach pewności co do tego, że wdanie się w spór w zakresie rozszerzonego powództwa nie jest przedwczesne), jest aksjologicznie istotniejsze od postulatu przyspieszenia postępowania, który jest realizowany przez treść art. 132 § 1 k.p.c.

5. Istotnym zagadnieniem jest również określenie konsekwencji procesowych mogących wystąpić w przypadku doręczenia przez powoda pisma procesowego zawierającego rozszerzenie powództwa, zgodnie z art. 132 § 1 k.p.c. Zagadnienie to nie zostało poruszone w glosowanej uchwale.

Uznanie, że pismo procesowe zawierające rozszerzenie powództwa nie podlega doręczeniu w trybie art. 132 § 1 k.p.c., oznacza, że pismo takie należy doręczyć za pośrednictwem sądu (art. 131 k.p.c.). Przepisy o doręczeniach mają charakter obligatoryjny i wyłączają swobodę w tym zakresie. Nie można więc uznać doręczenia za skutecznie dokonane, jeżeli nie nastąpiło według reguł przewidzianych w art. 131 i n. k.p.c., przepisy te wiążą zarówno sąd, jak i strony[17]. Doręczenie dokonane niezgodnie z przepisami Kodeksu postępowania cywilnego nie będzie mieć więc skutku prawnego[18].

[17] Tak np. postanowienie SN z 14.04.2011 r. (II UZ 10/11), Legalis nr 432323; wyrok SN z 17.02.2011 r. (III CK 226/02), Legalis nr 67955; postanowienie SN z 17.11.2005 r. (IV CZ 128/05), Legalis nr 111246.

[18] T. Demendecki, *Doręczenia w procesie cywilnym*, Lublin 2015, s. 653.

W przypadku, gdy doręczenie następuje przez inny podmiot niż przez sąd (i nie zachodzą przesłanki do dokonania doręczenia bezpośredniego zgodnie z art. 132 § 1 k.p.c.), czynność doręczenia dotknięta jest sankcją bezskuteczności czynności procesowej. Nie zostają bowiem spełnione wymagania podmiotowe należące do konstytutywnych elementów tej czynności[19]. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że w przypadku doręczenia pisma zawierającego rozszerzenie powództwa bezpośrednio przez pełnomocnika nie powstaną skutki procesowe przewidziane w art. 192 k.p.c.[20] Ustawa wiąże bowiem chwilę wystąpienia tych skutków z chwilą doręczenia pozwanemu pisma zawierającego zmianę powództwa i odpowiadającego wymogom pozwu. Jak wskazano, doręczenie pisma przez profesjonalnego pełnomocnika, w sytuacji gdy powinno ono nastąpić za pośrednictwem sądu, jest natomiast bezskuteczną czynnością procesową. Tym samym nie można mówić o wypełnieniu dyspozycji z art. 193 § 3 k.p.c., nie doszło bowiem do doręczenia w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego.

Nie ulega jednak wątpliwości, że w wyniku czynności dokonanej przez profesjonalnego pełnomocnika złożone zostało do sądu pismo zawierające zmianę powództwa, a pozwany (poprzez bezpośrednie doręczenie jego pełnomocnikowi profesjonalnemu odpisu takiego pisma) mógł zapoznać się z jego treścią. Czynność doręczenia nie występuje w postępowaniu sądowym jako samodzielna czynność bez związku z dalszymi. Nieprawidłowa czynność doręczenia (i to nawet dotknięta sankcją bezskuteczności) nie oznacza, że doręczenie nie stanie się podstawą dalszych działań sądu czy uczestników postępowania[21]. Powstaje zatem pytanie, czy sąd może orzekać w przedmiocie zmienionego powództwa, a także w jaki sposób bezskuteczne doręczenie pisma zawierającego rozszerzenie powództwa, jako niewywołujące skutków przewidzianych w art. 192 k.p.c., wpływa na sytuację procesową pozwanego.

Zgodnie z art. 321 § 1 k.p.c. sąd nie może wyrokować co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, ani zasądzać ponad żądanie. Stosowanie tego przepisu polega na ocenie, czy wydanie określonego orzeczenia będzie się mieścić w ramach przedmiotu procesu, który został określony przez powoda[22]. Przedmiot procesu będzie się natomiast ściśle wiązał, co do zasady, z przedmiotem wyroku. Wyrok zawiera bowiem rozstrzygnięcie o przedmiocie procesu. Granice przedmiotu sporu będą natomiast wyznaczane zarówno przez treść żądania powoda, jak również przez okoliczności faktyczne powoływane

[19] I. Wolwiak, *Doręczenia w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2015, rozdział 5.2., pkt II.A.

[20] Wyrok SN z 15.02.2018 r. (IV CSK 713/16), Legalis nr 1837050.

[21] I. Wolwiak, *Doręczenia…*, rozdział 5.2, pkt I.

[22] K. Weitz, *Skutki naruszenia art. 321 § 1 k.p.c.* (w:) *Proces cywilny. Nauka, kodyfikacja, praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, red. P. Grzegorczyk, K. Knoppek, M. Walasik, Warszawa 2012, s. 350.

na uzasadnienie żądania wyroku określonej treści[23]. Tym samym, w razie skutecznego wytoczenia powództwa, żądanie w nim zawarte wyznacza granice kompetencji sądu do orzekania[24]. Zgodnie z art. 321 § 1 k.p.c. sąd jest związany, poza żądaniem powoda podanym w pozwie, również żądaniem zmienionym w toku postępowania[25]. Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że sąd będzie zobowiązany orzekać w przedmiocie rozszerzonego powództwa w sytuacji, gdy powód skutecznie rozszerzy powództwo przed sądem. W konsekwencji, w sytuacji gdy powód w piśmie procesowym złożonym do sądu zgodnym z wymogami określonymi w art. 126 k.p.c., 187 § 1 k.p.c. i art. 193 § 1 k.p.c. przedstawi swe żądanie, to w relacji powód–sąd żądanie zostanie skutecznie przedstawione i sąd będzie tym żądaniem związany. Brak wystąpienia skutków z art. 192 k.p.c. nie będzie wpływał na skuteczność rozszerzenia powództwa i związania sądu nowym zakresem orzekania[26]. Pismo takie będzie wprawdzie obarczone brakiem formalnym – bowiem zgodnie z art. 128 § 1 k.p.c. powód powinien je złożyć do sądu wraz z odpisem, celem doręczenia go pozwanemu – biorąc jednak pod uwagę *ratio legis* wymienionego przepisu, którym jest umożliwienie zapoznania się osobom biorącym udział w postępowaniu z materiałem procesowym[27], w sytuacji gdy pozwany, na skutek doręczenia bezpośredniego (jakkolwiek stanowi ono bezskuteczną czynność procesową), uzyskał już możliwość zapoznania się z treścią pisma zawierającego rozszerzenie powództwa, należy stwierdzić, że naruszenie art. 128 § 1 k.p.c. pozostaje bez wpływu na skuteczność rozszerzenia powództwa.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że orzekając w przedmiocie rozszerzonego powództwa, nawet bez skutecznego doręczenia odpisu pisma zawierającego takie rozszerzenie pozwanemu, sąd nie narusza dyspozycji art. 321 § 1 k.p.c. Granice tego orzekania wyznacza mu bowiem pismo, które zostało skutecznie wniesione do sądu. Należy więc rozważyć, jak bezskuteczna czynność doręczenia odpisu pisma zawierającego rozszerzenie powództwa pozwanemu (i tym samym brak wywołania skutków przewidzianych w art. 192 k.p.c.) wpływa na sytuację procesową pozwanego. Czynność doręczenia, nawet wadliwa, może stać się podstawą dalszych działań sądu i uczestników postępowania. W sytuacji gdy powód doręcza, z pominięciem sądu, odpis pisma pełnomocnikowi pozwanego, pełnomocnik – mimo procesowej bezskuteczności

[23] A. Laskowska-Hulisz, *Zakres orzekania sądu pierwszej instancji w procesie cywilnym*, Warszawa 2018, rozdział 2 § 3, pkt 3.

[24] K. Weitz, *Skutki…*, s. 352.

[25] A. Laskowska-Hulisz, *Zakres...*, rozdział 5 § 4, pkt IIA.

[26] Tak wyrok SN z 15.02.2018 r. (IV CSK 713/16), Legalis nr 1837050; postanowienie SN z 27.02.2019 r. (I CSK 415/18), Legalis nr 1880005; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 28.09.2018 r. (VI ACa 775/17), Legalis nr 1865638; odmiennie wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 25.04.2018 r. (I AGa 66/18), Legalis nr 1809552.

[27] Postanowienie SN z 19.12.2006 r. (V CZ 103/06), Legalis nr 161397.

takiego doręczenia – uzyskuje jednak faktyczną możliwość zapoznania się z pismem procesowym powoda. Jak zostało jednak zaznaczone, w wyniku takiego doręczenia pozwany nie ma pewności (co nie miałoby miejsca, gdyby doręczenie następowało za pośrednictwem sądu), czy powództwo zostało skutecznie rozszerzone, a tym samym czy podejmować jakąkolwiek obronę przed rozszerzonym powództwem. Jest to o tyle istotne, że pozwany powinien mieć w każdym postępowaniu zapewnione prawo do obrony, a pozbawienie go tego prawa skutkuje nieważnością postępowania (art. 379 pkt 5 k.p.c.).

Prawo do obrony związane jest z zapewnieniem pozwanemu określonych gwarancji ochrony, które są równorzędne ze środkami prawnymi przyznanymi powodowi[28]. Z pojęciem prawa do obrony ściśle związane jest pojęcie taktyki procesowej, której celem jest realizacja założeń obrony, a więc od strony merytorycznej zwalczanie dochodzonego przez powoda roszczenia. Taktyka obrony oznacza przemyślane działania pozwanego w procesie cywilnym, które polegają na wykorzystaniu przysługujących mu środków obrony, a więc takich, które są odpowiednie do okoliczności faktycznych sprawy i rodzaju postępowania. Dopiero przeprowadzenie rachunku zysków i strat pozwoli dobrać właściwe środki obrony. Obrana przez pozwanego taktyka ma zwiększyć efektywność obrony, a więc doprowadzić do możliwie najkorzystniejszego dla pozwanego rezultatu[29].

Mówiąc natomiast o pozbawieniu prawa do obrony, należy najpierw rozważyć, czy nastąpiło naruszenie przepisów procesowych, a w drugiej kolejności sprawdzić, czy uchybienie to wpłynęło na możność strony do działania w postępowaniu. W końcu należy też zbadać, czy pomimo realizacji tych przesłanek strona mogła bronić swych praw, mimo uchybień procesowych. Tylko w razie kumulatywnego spełnienia wszystkich tych trzech przesłanek można odpowiedzieć twierdząco, że strona została pozbawiona możności działania[30]. Tym samym, oceniając wpływ bezpośredniego doręczenia pisma procesowego, zawierającego rozszerzenie powództwa (co jest uchybieniem procesowym), należy zanalizować dalszy przebieg konkretnego postępowania, w szczególności pod kątem umożliwienia pozwanemu uzyskania świadomości co do skuteczności rozszerzenia powództwa (z czym wiąże się świadomość co do konieczności podjęcia obrony i możliwość dobrania odpowiedniej taktyki procesowej celem jej realizacji), umożliwienia mu podjęcia obrony przed rozszerzonym powództwem, a także kwestii wdania się przez pozwanego w spór w zakresie rozszerzonego powództwa. Ocena, czy w danej sprawie, na skutek bezpośredniego doręczenia odpisu pisma zawierającego rozszerzenie powództwa, doszło do pozbawienia pozwanego prawa

28 J. May, *Obrona pozwanego w procesie cywilnym przed sądem I instancji*, Warszawa 2013, rozdział 2.2.
29 J. May, *Obrona…*, rozdział 14.2.
30 Wyrok SN z 17.02.2011 r. (III CK 226/02), Legalis nr 67955.

do obrony, powinna być dokonana każdorazowo przy uwzględnieniu wszelkich okoliczności tej sprawy. Złożoność problemu uniemożliwia bowiem stworzenie uniwersalnych zasad postępowania. Dla celów niniejszej glosy można jednak poddać analizie określone przypadki, które mogą powstać w praktyce.

Najpierw należy zwrócić uwagę na kwestię umożliwienia pozwanemu złożenia odpowiedzi na rozszerzone powództwo. Przewodniczący obecnie ma obowiązek wezwać pozwanego do złożenia odpowiedzi na pozew (art. 205^1 § 1 k.p.c.). Przepis art. 193 k.p.c. nie zawiera odesłania do tego przepisu, należy jednak rozważyć, czy przewodniczący w przypadku wniesienia pisma zawierającego rozszerzenie powództwa (w związku z funkcjonalnym traktowaniem takiego pisma jak pozwu) powinien każdorazowo, celem realizacji prawa do obrony, zobowiązać pozwanego do złożenia odpowiedzi na rozszerzone powództwo. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w sytuacji, gdy przewodniczący – pomimo dokonania przez powoda bezpośredniego doręczenia pisma zawierającego rozszerzenie powództwa – zobowiąże pozwanego do ustosunkowania się do tego pisma, nie sposób mówić, że pozwany został pozbawiony prawa do obrony. Pozwany uzyskuje bowiem możliwość przedstawienia swojej argumentacji w przedmiocie rozszerzenia powództwa oraz świadomość, że powództwo zostało skutecznie rozszerzone, ma zatem możliwość ułożenia odpowiedniej taktyki procesowej w celu swojej obrony.

Należy jednak wskazać, że rozszerzenie powództwa może mieć różny charakter i polegać również jedynie na zwiększeniu kwoty dochodzonego roszczenia. Sytuacja ta nastąpi w szczególności, gdy zostanie wydana korzystna dla powoda opinia biegłego (ustalająca np. wyższą wartość poniesionej przez niego szkody, niż określił ją on sam w pierwotnie wytoczonym powództwie). Jeżeli pozwany, jeszcze przed rozszerzeniem powództwa, ustosunkował się już w tym zakresie do opinii w innym piśmie procesowym, wówczas wzywanie go do złożenia kolejnego pisma już po rozszerzeniu powództwa, w którym miałby powtórzyć swoją argumentację, jest zbyteczne. W tej sytuacji pozwanemu zostało już zapewnione prawo do obrony przed zmienionym powództwem. Tym samym brak jest podstaw, by każdorazowo przy rozszerzaniu powództwa stosować art. 205^1 § 1 k.p.c. i każdorazowo wzywać pozwanego do złożenia odpowiedzi na rozszerzone powództwo.

Przewodniczący, w celu zapewnienia pozwanemu prawa do obrony, powinien więc, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy, ocenić, czy od pozwanego zażądać ponownej odpowiedzi na pozew, a w przypadku dojścia do takiego wniosku, zarządzić dalszą wymianę pism przygotowawczych[31]. W przeciwnym razie może dojść do pozbawienia pozwanego prawa do obrony. Pozwany znalazłby się bowiem w sytuacji, w której z jednej strony nie ma świadomości, czy nastąpiło skuteczne rozszerzenie powództwa, a z drugiej nie wydano zarządzenia o zobowiązaniu go do złożenia pisma przygotowawczego

[31] W. J. Medyński, *O odpowiedzi na pozew w k.p.c.*, „Głos Sądownictwa" 1933/12, s. 742.

(art. 205[3] k.p.c.). Pozwany może wprawdzie złożyć pismo przygotowawcze w wypracowanym przez praktykę trybie poprzez jednoczesne złożenie wniosku o zezwolenie na złożenie tego pisma, jednak brak skorzystania przez niego z tego uprawnienia nie może wywoływać dla niego negatywnych skutków. Jak zostało bowiem wskazane, pozwany musi mieć zapewnioną możliwość podjęcia przemyślanych działań i zbudowania określonej taktyki procesowej.

Działanie to jest jednak utrudnione w sytuacji, gdy pozwany nie ma świadomości co do skuteczności rozszerzenia powództwa oraz pełnej klarowności co do tego, czy podejmować przed nim obronę w ogóle. Jeżeli więc, po doręczeniu pozwanemu odpisu pisma zawierającego rozszerzenie powództwa w trybie doręczenia bezpośredniego, nie uzyskał on żadnej informacji od sądu, że powództwo zostało skutecznie rozszerzone, wówczas może dojść do pozbawienia pozwanego prawa do obrony. Pozwany nie ma bowiem interesu, by podejmować obronę merytoryczną niejako „na zapas" – jest to dla niego działanie nie tylko wymagające określonych nakładów, ale może skutkować jednocześnie ujawnieniem taktyki procesowej w sytuacji, gdy podjęcie obrony z perspektywy czasu, na skutek negatywnej oceny skuteczności rozszerzenia powództwa dokonanej przez sąd, okaże się całkowicie niepotrzebne[32]. Tym samym, aby mówić o zapewnieniu pozwanemu realnego prawa do obrony, musi on mieć świadomość, że powództwo zostało skutecznie rozszerzone[33], którą to świadomość uzyska najczęściej przez zobowiązanie go przez sąd do złożenia odpowiedniego pisma przygotowawczego.

Natomiast w przypadku gdyby pozwany, bez zobowiązania sądu, wdał się w spór w zakresie rozszerzonego powództwa, powstałby stan zawisłości sprawy[34] i – w przypadku dopuszczenia przez sąd takiego pisma – uznać należy, że pozwany, pomimo braku świadomości co do skuteczności rozszerzonego powództwa, uzyskał możliwość zajęcia określonego stanowiska, a tym samym zostało mu zapewnione prawo do obrony.

6. Podsumowując rozważania przedstawione w przedmiotowej glosie należy wskazać, że Sąd Najwyższy słusznie odszedł od wykładni literalnej art. 132 § 1 k.p.c. na rzecz argumentów natury funkcjonalnej i aksjologicznej poprzez

[32] K. Drozdowicz, *Doręczenie odpisu pisma procesowego zawierającego rozszerzenie powództwa bezpośrednio pełnomocnikowi strony przeciwnej. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21.01.2016 r. (III CZP 95/15)*, „Polski Proces Cywilny" 2016/4, s. 727–728, gdzie autor słusznie wskazuje nawet możliwość wystąpienia negatywnych praktyk procesowych stosowanych przez nierzetelnych pełnomocników, co ma być skutkiem dużej konkurencji na rynku usług prawniczych.

[33] Tak również wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 21.03.2019 r. (III APa 10/18), Legalis nr 2283648, gdzie, czyniąc rozważania na temat prawa do obrony, sąd w uzasadnieniu posłużył się niefortunnym sformułowaniem „świadomość strony postępowania odnośnie przedmiotu toczącego się postępowania jest istotą skuteczności rozszerzonego powództwa" – jak wskazano w niniejszej glosie, świadomość ta nie wpływa na skuteczność rozszerzenia powództwa, jednakże należy uznać, że jest warunkiem zapewnienia pozwanemu realnego prawa do obrony.

[34] Wyrok SN z 14.05.1966 r. (III PRN 23/66), Legalis nr 12677.

orzeczenie, że odpis pisma procesowego zawierającego rozszerzenie powództwa nie podlega doręczeniu na podstawie art. 132 § 1 k.p.c., pomimo że jest to pismo doręczane w toku sprawy. Wadliwe doręczenie takiego pisma może natomiast skutkować pozbawieniem prawa pozwanego do obrony, w szczególności w sytuacji, gdy sąd nie umożliwi pozwanemu złożenia pisma przygotowawczego, w którym będzie on mógł ustosunkować się do rozszerzonego powództwa.

ABSTRACT

Przemysław Mańke
The author is a doctoral student at the Department of Civil Procedure at the Faculty of Law and Administration of the University of Adam Mickiewicz in Poznan, an advocate trainee (District Bar Association in Poznan).

No obligation to deliver a copy of the letter containing the extension of the claim – commentary to the resolution of the Supreme Court of 11.12.2020 (III CZP 31/18)

This article is a vote approving the resolution of the Supreme Court of December 11, 2018, III CZP 31/18. The Supreme Court ruled in it that a copy of the letter containing the extension of the claim should be served through the court and not directly to the other party. This letter is a letter filed in the course of the case, and for such a solution, even though it was not explicitly provided for in the provisions, there are arguments of purposeful and functional nature. The service of such a letter directly to the representative of the opposing party is a violation of the provisions on service and may result in deprivation of the right to a defense.

Keywords: *Supreme Court, extension of the claim, serving*

Przemysław Mańke
e-mail: pm45948@amu.edu.pl

Autor jest doktorantem w Zakładzie Postępowania Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, aplikantem adwokackim (ORA w Poznaniu).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Broniewicz Witold, *„Sprawa w toku" w przepisach kodeksu postępowania cywilnego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego" 1970/69, s. 3–14

Broniewicz Witold, Marciniak Andrzej, Kunicki Ireneusz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2016

Demendecki Tomasz, *Doręczenia w procesie cywilnym*, Lublin 2015

Drozdowicz Krzysztof, *Doręczenie odpisu pisma procesowego zawierającego rozszerzenie powództwa bezpośrednio pełnomocnikowi strony przeciwnej – glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21.01.2016 r. (III CZP 95/15)*, „Polski Proces Cywilny" 2016/4, s. 722–729

Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany, *Artykuły 1–729*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2019, t. 1, LEX/el.

Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Artykuły 1–505[39], red. T. Szanciło, Warszawa 2019, t. 1

Kodeks postępowania cywilnego, t. 1A, *Komentarz. Artykuły 1–424*[12], red. A. Góra-Błaszczykowska, Warszawa 2020

Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. 1, *Artykuły 1–505*[38], red. A. Adamczuk, M. Manowska, P. Pruś, M. Radwan, M. Sieńko, E. Stefańska, Warszawa 2015

Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. 2, *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2016

Laskowska-Hulisz Agnieszka, *Zakres orzekania sądu pierwszej instancji w procesie cywilnym*, Warszawa 2018

Marciniak Andrzej, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, *Komentarz. Artykuły 1–205*, Warszawa 2019

May Joanna, *Obrona pozwanego w procesie cywilnym przed sądem I instancji*, Warszawa 2013

Medyński Władysław J., *O odpowiedzi na pozew w k.p.c.*, „Głos Sądownictwa" 1933/12, s. 738–743

Mucha Joanna, *Zawisłość sprawy w procesie cywilnym*, Warszawa 2014

Weitz Karol, *Skutki naruszenia art. 321 § 1 k.p.c.* (w:) *Proces cywilny. Nauka, kodyfikacja, praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, red. P. Grzegorczyk, K. Knoppek, M. Walasik, Warszawa 2012

Wiśniewska Anna, *Przedmiotowa zmiana powództwa w procesie cywilnym*, Warszawa 1986

Wolwiak Ireneusz, *Doręczenia w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2015

Zieliński Andrzej, Flaga-Gieruszyńska Kinga, *Kodeks postępowania cywilnego*, Warszawa 2019

Pojęcia kluczowe: *Kodeks postępowania cywilnego, arbitraż, nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego*

e-PALESTRA
20/2020

Ewa Stawicka

ZNOWELIZOWANE PRZEPISY KODEKSU POSTĘPOWANIA CYWILNEGO – POSZERZONE POLE AKTYWNOŚCI ARBITRAŻU

Od dziesięcioleci mamy do czynienia z edukacyjnym paradoksem polegającym na tym, że studenci prawa, a później aplikanci – zapoznawani są z tajnikami sądownictwa polubownego głównie z punktu widzenia podstaw i procedur zaskarżania, a także uznawania i stwierdzania wykonalności orzeczeń sądów arbitrażowych przed sądami powszechnymi. Kładzie się w szkoleniach nacisk również na konieczność dostrzegania ujemnej przesłanki procesowej, jaką w sądzie powszechnym może stanowić zapis na sąd polubowny. Natomiast sama istota postępowania przed sądem polubownym oraz zalety, wady i prawne wątpliwości związane z zakresem stosowania klauzuli arbitrażowej są wykładane nader skąpo. Może to być przyczyną, dla której adwokaci niezbyt często zachęcają swoich klientów do korzystania z potencjału, który oferuje sądownictwo polubowne.

Celem niniejszego artykułu jest nakreślenie Czytelnikom rozszerzonych możliwości, jakie przyniosła arbitrażowi nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego dokonana ustawą z 31.07.2019 r.[1], która weszła w życie 8.09.2019 r.

Wątpliwości co do funkcjonowania zmienionych rok temu przepisów są już obecnie podnoszone przez komentatorów, autorów różnorakich fachowych opracowań oraz uczestników toczących się dyskusji (między innymi zaproszenie

[1] Ustawa z 31.07.2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 568 ze zm.).

do takiej dyskusji wystosował Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie, publikując opatrzony obszernym omówieniem projekt uzupełnienia regulaminu tego sądu odpowiadającego nowym wyzwaniom wynikającym z nowelizacji). Co oczywiste, jest zbyt wcześnie, aby można omawiać działanie zmienionych przepisów w praktyce. Czas jednak najwyższy, by w dobie pandemii uświadomić sobie potrzebę szerszego korzystania z usług sądownictwa arbitrażowego, stosunkowo łatwo dostosowującego się do działania w bezpiecznych warunkach dzięki szerokiemu korzystaniu z nowych technologii, oferującego względnie szybkie kończenie sporów oraz mogącego nieraz skutecznie konkurować kosztowo z powszechnym wymiarem sprawiedliwości – i z tych przyczyn wartego rozważenia już na etapie zawierania umów (nie tylko zresztą o dużej wartości przedmiotu), a zwłaszcza projektowania w statutach (względnie ich zmianach) trybu zaskarżania uchwał spółek, a także spółdzielni i stowarzyszeń.

Wspomniana wyżej nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego zmieniła kwestie następujące:

1) ustawodawca jednoznacznie poddał możliwości osądu arbitrażowego wszelkie spory o prawa majątkowe, wyjąwszy jedynie kwestie alimentacyjne (poprzednie brzmienie art. 1157 k.p.c. nasuwało licznie podnoszone i rozstrzygane najczęściej zawężająco wątpliwości, czy dodatkowa przesłanka polegająca na tym, że dana kontrowersja nadaje się do ugody sądowej, czy też nie – dotyczyć miałaby jedynie sporów o charakterze niemajątkowym, czy również majątkowym);
2) w wypadku gdy strony dokonały zapisu na stały sąd polubowny, spór będzie rozstrzygany według regulaminu owego sądu obowiązującego w dacie wniesienia pozwu (a nie, jak uprzednio stanowił art. 1161 § 3 k.p.c. – w wersji, która była aktualna w dacie zapisu na sąd polubowny);
3) postanowienie o poddaniu sporów ze stosunku spółki pod osąd sądu polubownego, zawarte w statucie, wiąże odtąd nie tylko (jak wcześniej stanowił art. 1163 k.p.c.) samą spółkę oraz jej wspólników, ale także organy spółki i ich członków; umożliwieniu sprawnego oraz jednolitego, a przy tym zapewniającego równość praw, procedowania w sprawach o uchylenie bądź stwierdzenie nieważności uchwały służy rozbudowanie regulacji zawartej w paragrafie drugim tego artykułu (normy te są stosowane odpowiednio w funkcjonowaniu spółdzielni i stowarzyszeń);
4) w przypadku współuczestnictwa biernego lub czynnego wprowadzono obowiązek jednomyślnego powołania arbitra przez tę stronę, której dotyczy współuczestnictwo, o ile sam zapis na sąd polubowny nie stanowiłby inaczej (dodanie nowego § 2^1 w art. 1169 k.p.c.).

Zmiany wyszczególnione jako pierwsza i trzecia w kolejności powodują znaczące rozszerzenie możliwości posługiwania się narzędziem arbitrażowym w obrocie gospodarczym.

Tak zwana zdatność ugodowa sporu już sama w sobie jest pojęciem budzącym niejasności co do tego, jak należy je prawidłowo rozumieć. Ponadto brzmienie art. 1157 k.p.c. częściej interpretowano do tej pory w orzecznictwie i doktrynie zawężająco, to znaczy warunkowano możliwość poddania pod osąd sądów polubownych sporów o charakterze majątkowym tym, aby zarazem nadawały się one do ugody sądowej, o ile trafiłyby do sądu powszechnego[2].

Dokonując zmiany brzmienia art. 1157 k.p.c., ustawodawca przekreślił dominującą dotychczas linię interpretacyjną, jednoznacznie odrywając spory majątkowe od potrzeby deliberacji nad zagadnieniem wstępnym, czy dany konflikt mógłby się stać przedmiotem ugody sądowej, czy też nie. Ma to znaczenie w szczególności w sprawach o uchylenie, względnie stwierdzenie nieważności uchwał spółek (takoż spółdzielni i stowarzyszeń), jako że wyrażany jest pogląd, iż sprawy takie noszą z natury swojej charakter majątkowy, choć zarazem nie wszystkie one charakteryzują się zdatnością ugodową[3].

W istocie, nowelizacja dokonana w zakresie art. 1157 i art. 1161 k.p.c. powinna być analizowana łącznie w odniesieniu do obu tych artykułów. Tym bardziej, że wymaga zauważenia, iż pomimo zmiany stanu prawnego zdaje się zachowywać aktualność zasadnicza myśl przywołanej wyżej uchwały Sądu Najwyższego III CZP 13/09, według której art. 1163 § 1 k.p.c. nie stanowi normy szczególnej wobec art. 1157 k.p.c. w zakresie zdatności ugodowej sporów wynikłych ze stosunków korporacyjnych. Odmienny pogląd, według którego wcześniejszy spór o wzajemną relację tych przepisów całkowicie się wskutek nowelizacji zdezaktualizował, prezentuje M. Kłos[4]; przyjęcie takiego poglądu całkowicie niweczyłoby – trzeba to przyznać – wątpliwości co do możliwości objęcia statutowymi klauzulami arbitrażowymi wszelkich kontrowersji tyczących się uchwał zgromadzeń wspólników spółek z ograniczoną odpowiedzialnością czy też walnych zgromadzeń spółek akcyjnych.

Zreferowana wyżej zmiana zakresu hipotezy art. 1157 k.p.c. czyni po części – nie całkowicie – zadość postulatom wysuwanym od kilku lat przez doktrynę

---

2 Zob. A. Budniak-Rogala, *Charakter prawny zapisu na sąd polubowny w postępowaniu cywilnym*, Wrocław 2015, s. 63–72; uchwała SN z 7.05.2009 r. (III CZP 13/09), OSNC 2010/1, poz. 9.

3 Kontrowersje co do majątkowego bądź niemajątkowego charakteru sporów o ważność, względnie nieistnienie uchwał spółek prawa handlowego pozostaną pomimo nowelizacji – jak się wydaje – nie do końca wygasłe. Zob. m.in. E. Marszałkowska-Krześ (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis/el. – w szczególności następujący fragment wywodów dotyczących aktualnego brzmienia art. 1163 k.p.c.: „z jednej strony przyjmuje się wprawdzie, iż charakter prawny konkretnej uchwały zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością bądź walnego zgromadzenia spółki akcyjnej pozostaje każdorazowo uzależniony od jej przedmiotu. Z drugiej natomiast strony wypada jednak równocześnie odnotować, że stosunki spółek handlowych, w tym przede wszystkim spółek kapitałowych, mających cele gospodarcze, mają w zasadzie charakter majątkowy".

4 M. Kłos, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1096–1217*, red. A. Marciniak, Warszawa 2020, t. 5, Legalis/el.

prawa. Wystarczy tu wskazać na syntetyczne ujęcie propozycji *de lege ferenda* zawarte w artykule W. Jurcewicza i C. Wiśniewskiego[5] – w tezie następującej: „w odniesieniu do samej zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych niezbędne wydaje się wyeliminowanie filtra zdatności ugodowej jako przesłanki zdatności arbitrażowej takich sporów, a ponadto przesądzenie, że wszystkie tego rodzaju spory mają charakter sporów o prawa majątkowe (bądź też wyposażenie ich w zdatność arbitrażową, nawet dopuszczając zróżnicowanie w tej kwestii – na zasadzie przypadku specjalnego)".

Przyglądając się zmianie dokonanej przez ustawodawcę w zakresie samego art. 1163 k.p.c., należy poczynić – jak tu już wcześniej zaznaczono – dwie obserwacje. Pierwszą – że rozszerzono zakres podmiotów związanych klauzulą arbitrażową zamieszczoną w umowie (statucie) spółki handlowej, powiększając ich grono o organy spółki i ich członków, podczas gdy dotychczas związanie to obejmowało jedynie samą spółkę oraz jej wspólników. I drugą – że dotychczasowa treść odnosząca się do zapisów na sąd polubowny zawartych w statutach spółdzielni i stowarzyszeń[6] została przesunięta do dodanego paragrafu trzeciego, w jej miejsce zaś umieszczono, jako paragraf drugi, całkowicie nowy zestaw przepisów regulujących skuteczność oraz działanie zapisu na sąd polubowny dokonanego w statucie, a tyczącego się spraw o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwały zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo walnego zgromadzenia spółki akcyjnej.

Ta nowa sekwencja przepisów stanowi, że zapis na sąd polubowny przewidziany w statucie dla wyżej wymienionych kategorii spraw jest skuteczny, o ile przewidziano w nim obowiązek ogłoszenia o wszczęciu postępowania w sposób wymagany dla ogłoszeń spółki najpóźniej w terminie miesiąca od dnia jego wszczęcia, przy czym ogłoszenie takie zamieścić może również powód. Dalej ustawodawca postanowił, że w tego rodzaju sprawie każdy wspólnik albo akcjonariusz może przystąpić do postępowania po jednej ze stron w terminie miesiąca od dnia ogłoszenia. I wreszcie – z woli prawodawcy skład sądu polubownego wyznaczony w sprawie najwcześniej wszczętej rozpoznaje wszystkie pozostałe sprawy o uchylenie lub stwierdzenie nieważności tej samej uchwały zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo walnego zgromadzenia spółki akcyjnej.

Rozszerzenie zakresu podmiotów związanych statutową klauzulą arbitrażową pozwala uniknąć konfuzji, która w dotychczasowym stanie prawnym mogła się

[5] W. Jurcewicz, C. Wiśniewski, *Zdatność arbitrażowa sporów korporacyjnych – perspektywa polska*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2015/10, s. 4–11.

[6] W dyskusjach nad skutkami nowelizacji poczyniono trafne spostrzeżenie co do braku dostatecznego uregulowania zdolności materialnoprawnej organów stowarzyszeń i spółdzielni, co może utrudniać skorzystanie przez nie w pełni z poszerzenia zakresu podmiotowego dokonanego nowelizacją – zob. zapis seminarium naukowego pt. *Nowe granice arbitrażu*, które odbyło się na Uniwersytecie Warszawskim 3.12.2019 r., „Biuletyn Arbitrażowy" 2020/5, Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie.

pojawić na przykład wtedy, gdy wspólnik kwestionujący uchwałę zgromadzenia wspólników był zobligowany statutowym zapisem do zainicjowania sporu przed sądem polubownym, podczas gdy kontestowanie tej samej uchwały przez członka zarządu mogło mieć miejsce w sądzie powszechnym – co w rezultacie mogło doprowadzić do dwóch sprzecznych ze sobą rozstrzygnięć.

Swoistą konsolidację sporów, które odtąd wszystkie będą się toczyły przed tym samym składem sądu arbitrażowego, jeśli dotyczyć będą tej samej uchwały zaskarżanej w różnym czasie przez poszczególne podmioty, należy skwitować z aprobatą. Wprawdzie praktyka dopiero za jakiś czas pokaże, na ile intensywnie mechanizm ten będzie wykorzystywany do tego, by regułą „kto pierwszy, ten lepszy" zapewnić sobie wpływ na dobór arbitrów, lecz przecież zasada obiektywizmu osądzania sporów pozostanie w każdym wypadku nienaruszona. Przede wszystkim zaś jednolitość składu orzekającego w połączeniu z mechanizmem umożliwiającym dowiedzenie się o zawisłej sprawie i wzięcie w niej udziału – zdają się gwarantować równość praw wszystkim podmiotom zainteresowanym w zakwestionowaniu bądź utrzymaniu w mocy uchwały.

Nowa regulacja zawarta w przepisach art. 1163 § 2 k.p.c. prowadzi w konsekwencji do rozszerzonej prawomocności rozstrzygnięć zapadłych w sądach arbitrażowych w sprawach korporacyjnych[7].

Brak wyraźnych ustawodawczych dyspozycji przejściowych może powodować niejasności co do sposobu funkcjonowania zmienionego art. 1163 k.p.c. w odniesieniu do tych spółek, które nie przewidziały dotąd w swoich statutach mechanizmów opisanych w znowelizowanym paragrafie drugim tego artykułu. Wydaje się jednak nie budzić wątpliwości, że przydatność nowych rozwiązań dla życia gospodarczego powinna znacząco zwiększyć zainteresowanie poddawaniem sporów korporacyjnych arbitrażowi.

ABSTRACT

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

Amended Provisions of the Code of Civil Procedure: Extended Scope of Arbitration

For decades, we have been dealing with an educational paradox: the fact that law students and then trainee advocates are told about the intricacies of conciliatory proceedings mainly from the point of view of grounds and procedures for appealing

[7] Tak trafnie M. Olechowski, A. Tujakowska (w:) *The latest Changes in Polish Civil Procedure – An Opportunity for Arbitration?*, „Biuletyn Arbitrażowy" 2020/5, Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie, s. 42.

against arbitration awards before ordinary courts, as well as recognizing and confirming the enforceability of such awards. During training, emphasis is placed also on the need to be aware that an arbitration clause can be a negative procedural condition in an ordinary court. Meanwhile the very essence of proceedings before an arbitration tribunal, as well as the advantages, disadvantages, and legal doubts connected with the scope of application of the arbitration clause are presented only briefly. This may be the reason why advocates often fail to encourage their clients to use the potential offered by arbitration tribunals.
This article aims to outline for the Readers the extended possibilities of arbitration after the amendments inserted into the Code of Civil Procedure by the Act of 31 July 2019, which entered into force on 8 September 2019.

Keywords: *Code of Civil Procedure, arbitration, amendments to the Code of Civil Procedure*

Ewa Stawicka
ewa.stawicka@adwokatura.home.pl

Autorka jest adwokatem (ORA w Warszawie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Budniak-Rogala Aleksandra, *Charakter prawny zapisu na sąd polubowny w postępowaniu cywilnym*, Wrocław 2015

Jurcewicz Witold, Wiśniewski Cezary, *Zdatność arbitrażowa sporów korporacyjnych – perspektywa polska*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2015/10, s. 4–11

Kłos Michał, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1096–1217*, red. A. Marciniak, Warszawa 2020, t. 5, Legalis/el.

Marszałkowska-Krześ Elwira (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis/el.

Olechowski Marcin, Tujakowska Anna (w:) *The latest Changes in Polish Civil Procedure – An Opportunity for Arbitration?*, „Biuletyn Arbitrażowy" 2020/5, Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie

Pojęcia kluczowe: *niewypłacalność, upadłość, wniosek o ogłoszenie upadłości, odpowiedzialność za długi, menadżer, SARS-CoV-2, epidemia*

e-PALESTRA
9/2020

Łukasz Błaszczuk

WPŁYW EPIDEMII WIRUSA SARS-COV-2 NA OBOWIĄZEK ZGŁOSZENIA WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI W CZASIE WŁAŚCIWYM I ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA JEGO NARUSZENIE

W artykule opisane zostały rozwiązania dotyczące obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości podczas stanu zagrożenia epidemicznego oraz stanu epidemii wirusa SARS-CoV-2, wprowadzone ustawą z 16.04.2020 r. Autor omawia istotę wprowadzonych rozwiązań oraz ich znaczenie dla dłużników i ich kadry zarządzającej w kontekście odpowiedzialności za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w czasie właściwym.

Wprowadzony 13.03.2020 r. stan zagrożenia epidemicznego[1], a następnie 20.03.2020 r. stan epidemii[2] oraz wynikające z tego powodu restrykcje[3],

[1] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 13.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. poz. 433 ze zm.); stan zagrożenia epidemicznego został odwołany 20.03.2020 r. na podstawie § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 490).

[2] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. poz. 491 ze zm.).

[3] Restrykcje zostały określone w rozporządzeniach Rady Ministrów, wydanych na podstawie art. 46a i art. 46b ustawy z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2019 r. poz. 1239 ze zm.), dalej u.z.z.c.z.; na dzień 20.05.2020 r. obowiązuje rozporządzenie Rady Ministrów z 2.05.2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. poz. 792 ze zm.).

co oczywiste i widoczne gołym okiem, utrudniają bądź uniemożliwiają prowadzenie działalności gospodarczej. Tym samym wpływają destrukcyjnie na sytuację finansową przedsiębiorstw, które nie prowadząc działalności operacyjnej, nie uzyskują operacyjnych wpływów i nie regulują wydatków gotówkowych. Oznaczać to będzie z reguły utratę płynności finansowej przedsiębiorstw, gdyż bieżący poziom płynności finansowej kształtowany jest w głównej mierze przez wzajemną relację wpływów i wydatków operacyjnych[4]. Powyższe spowoduje niechybnie powstanie tzw. zatorów płatniczych w obrocie gospodarczym. W konsekwencji, w niedługim czasie, wielu przedsiębiorców stanie się niewypłacalnymi[5] w rozumieniu ustawy – Prawo upadłościowe[6], co będzie implikowało obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości[7].

Zgodnie z art. 11 ust. 1 pr. upad. dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Domniemywa się, że dłużnik utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza 3 miesiące (art. 11 ust. 1a pr. upad.). Zgodnie z art. 11 ust. 2 pr. upad. dłużnik będący osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, jest niewypłacalny także wtedy, gdy jego zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający 24 miesiące.

Zgodnie z art. 21 ust. 1 pr. upad. w terminie 30 dni od dnia niewypłacalności dłużnik zobowiązany jest zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości. Jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek ten spoczywa na każdym, kto na podstawie ustawy, umowy spółki lub statutu ma prawo do prowadzenia spraw dłużnika i do jego reprezentowania, samodzielnie lub łącznie z innymi osobami.

Zaniechanie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w czasie właściwym może powodować wiele konsekwencji dla menadżerów w postaci odpowiedzialności majątkowej (w szczególności na podstawie art. 21 ust. 3 pr. upad.,

---

4 M. Lipski, *Wewnętrzna oraz zewnętrzna rezerwa płynności w zarządzaniu płynnością finansową przedsiębiorstwa* (w:) *Płynność finansowa przedsiębiorstw w Polsce. Uwarunkowania, zarządzanie płynnością, ryzyko,* red. J. Grzywacz, Warszawa 2014, s. 137.

5 Badania przeprowadzone w Polsce w latach 2007–2010 prowadzą do wniosku, że pomiędzy wielkością zatorów płatniczych a odnotowanych upadłości zachodzi bardzo ścisła zależność – por. P. Dec, *Metody zarządzania płynnością finansową przedsiębiorstw w Polsce w warunkach występujących zatorów płatniczych i zwiększającej się liczby upadających przedsiębiorstw* (w:) *Płynność finansowa…,* s. 129.

6 Ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2019 r. poz. 498 ze zm.), dalej pr. upad.

7 Warto odnotować, że obowiązek ten nie dotyczy wyłącznie przedsiębiorców, ale również niektórych innych podmiotów posiadających tzw. zdolność upadłościową (np. spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych nieprowadzących działalności gospodarczej – art. 5 ust. 2 pkt 1 pr. upad.).

art. 299 § 1 Kodeksu spółek handlowych[8], art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej[9]), karnej (art. 586 k.s.h.) oraz *quasi*-karnej (art. 373 ust. 1 pkt 1 pr. upad.).

W dniu 16.04.2020 r. uchwalona została ustawa o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2[10]. Nowelizacja dodała w ustawie z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych[11], art. 15zzra. Przepis ten wszedł w życie 13.04.2020 r. (tj. z mocą wsteczną).

Zgodnie z art. 15zzra ust. 1 ustawy COVID-19, jeżeli podstawa do ogłoszenia upadłości dłużnika powstała w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, a stan niewypłacalności powstał z powodu COVID-19, bieg terminu do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega przerwaniu (ust. 1). Po tym okresie termin ten biegnie na nowo (ust. 2). Jeżeli stan niewypłacalności powstał w czasie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego, albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, domniemywa się, że zaistniał z powodu COVID-19 (ust. 3).

Komentowana regulacja stanowi istotne rozwiązanie dla dłużników i kadry zarządzającej. Ustawodawca wprowadza bowiem czasowe wyłączenie (na okres obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego oraz stanu epidemii) obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości (czyli wprowadza moratorium na wykonanie tego obowiązku). Uchylona zostaje w ten sposób bezprawność zaniechania złożenia wniosku insolwencyjnego. Prawodawca zezwala tym samym, bez ujemnych konsekwencji prawnych przewidzianych przywołanymi wyżej przepisami Prawa upadłościowego, Kodeksu spółek handlowych i Ordynacji podatkowej, na trwanie w stanie niewypłacalności.

Nietrudno założyć, że omawiany przepis w przyszłości będzie często powoływany przez dłużników (i ich reprezentantów) jako forma obrony przed wysuwanymi wobec nich roszczeniami. Należy zatem poddać go bliższej analizie. Jest to o tyle uzasadnione (niezależnie od zasady *omnia sunt interpretanda*), że brzmienie przepisu art. 15zzra ust. 1 ustawy COVID-19 nasuwa wątpliwości (zwłaszcza w zakresie hipotezy normy prawnej z niego dekodowanej).

Przypomnijmy, że zgodnie z brzmieniem art. 15zzra ust. 1 ustawy COVID-19 ma on zastosowanie w sytuacji, w której niewypłacalność powstała „z powodu

[8] Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.), dalej k.s.h.

[9] Ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2019 r. poz. 900 ze zm.), dalej o.p.

[10] Ustawa z 16.04.2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. poz. 695).

[11] Ustawa z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. poz. 374 ze zm.), dalej ustawa COVID-19.

COVID-19", a przy tym powstała w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

Punktem wyjścia należy uczynić konstatację, że skoro prawo upadłościowe stanowi część prawa cywilnego[12], to stosować należy reguły wykładni właściwe dla tej gałęzi prawa.

W pierwszej kolejności należy podjąć próbę wyjaśnienia terminu powstania stanu niewypłacalności „z powodu COVID-19". Wskażmy, dla porządku, że „COVID-19" to skrót oznaczający chorobę zakaźną wywołaną wirusem SARS-CoV-2 (art. 2 ust. 1 ustawy COVID-19). Otrzymane w ten sposób sformułowanie „stan niewypłacalności powstały z powodu choroby COVID-19" nadal jest niejasne i w istocie niewiele tłumaczy. Niezbędne jest zatem (wobec zasady *interpretatio cessat in claris*) przeprowadzenie dalszych zabiegów interpretacyjnych.

Wydaje się, że z uwagi na dyrektywę wykładni nakazującą uwzględnianie całego aktualnego tekstu danego aktu prawnego (a nie tylko interpretowanego przepisu)[13] oprzeć należy się na art. 2 ust. 2 *in fine* ustawy COVID-19. Zgodnie z tym przepisem jedną z form przeciwdziałania COVID-19 jest podejmowanie czynności związanych ze zwalczaniem skutków, w tym społeczno-gospodarczych, choroby wywołanej wirusem SARS-CoV-2. W takim układzie określenie niewypłacalność „z powodu COVID-19" należy rozumieć jako niewypłacalność będącą wynikiem negatywnych skutków społeczno-gospodarczych wywołanych COVID-19. Wpływ COVID-19 na powstanie stanu niewypłacalności należy rozumieć szeroko, nie tylko jako skutek prawnej niemożliwości (wskutek zakazów lub ograniczeń) prowadzenia działalności przez dłużnika, ale również jako efekt społecznych skutków choroby (np. utrata klientów wskutek ich obawy przed zarażeniem COVID-19 podczas korzystania z dostępnych już usług).

W dalszej kolejności należy odpowiedzieć na pytanie, czy w świetle komentowanego przepisu COVID-19 powinno stanowić wyłączną przyczynę powstania stanu niewypłacalności. Na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Do tego wniosku prowadzą przede wszystkim reguły wykładni językowej (mającej, jak wiadomo, charakter podstawowy)[14]. Gdyby wolą ustawodawcy było zawężenie przyczyn niewypłacalności tylko do COVID-19, posłużyłby się słowem „wyłącznie" (por. np. art. 116 § 1a o.p.) bądź równorzędnym.

Czy do takiego wniosku prowadzą również reguły wykładni funkcjonalnej (celowościowej), której wynik – w określonych warunkach – może uzasadniać

[12] A.J. Witosz (w:) *System prawa handlowego. Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2016, t. 6, s. 631; uzasadnienie wyroku SN z 8.01.2010 r. (IV CSK 298/09), Legalis nr 210603.

[13] Z. Radwański, M. Zieliński, *Wykładnia prawa cywilnego*, „Studia Prawa Prywatnego" 2006/1, s. 18; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2008, s. 333.

[14] Por. np. uzasadnienie uchwały SN z 7.06.2001 r. (III CZP 29/01), Legalis nr 49981.

odstąpienie od wyniku reguł językowych wykładni?[15] Przypomnijmy, że reguły celowościowe wykładni preferują takie rozumienie zwrotów, które pozwala osiągnąć cele założone przez ustawodawcę[16], bądź dezaprobują takie rozumienie, które osiągnięcie tych celów uniemożliwiają lub co najmniej utrudniają[17]. W takim układzie ustalenia wymaga cel ustawodawcy we wprowadzeniu art. 15zzra ust. 1 ustawy COVID-19.

Uzasadnienie ustawy z 16.04.2020 r.[18] nie odnosi się bezpośrednio do tego przepisu. Sięgnąć trzeba więc do uzasadnienia całej noweli. Wskazano w nim, że ma ona na celu „wprowadzenie szczególnych rozwiązań mających na celu przeciwdziałanie negatywnym skutkom gospodarczym i społecznym tej sytuacji (pandemii wirusa SARS-CoV-2 – przyp. Ł.B.)". Dodatkowo w ocenie skutków regulacji projektodawca wskazał (co prawda w odniesieniu do wsparcia finansowego), że zmiany mają pozwolić na uniknięcie konieczności ogłoszenia upadłości. Stwierdzić zatem trzeba, że celem wprowadzenia art. 15zzra ust. 1 ustawy COVID-19 było stworzenie rozwiązania pozwalającego na uniknięcie konieczności ogłoszenia upadłości i tak ustalone zamierzenie ustawodawcy winno być brane pod uwagę przy wykładni tego przepisu. Wszystko to prowadzi do konkluzji, że również reguły wykładni celowościowej nakazują przyjąć, że do zastosowania art. 15zzra ust. 1 ustawy COVID-19 niewypłacalność nie musi być spowodowana wyłącznie COVID-19; wystarczy, że jest jedną z przyczyn[19].

Zaznaczyć również trzeba, że COVID-19 powinien być jednak konieczną (*sine qua non*) przyczyną niewypłacalności (tzn. gdyby nie COVID-19, stan niewypłacalności by nie wystąpił).

Wątpliwości nie budzi natomiast dalsza część przepisu art. 15zzra ust. 1 ustawy COVID-19, zgodnie z którym stan niewypłacalności powinien powstać w czasie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Stan epidemii oraz zagrożenia epidemicznego są to sytuacje prawne (a nie faktyczne) wprowadzane (ogłaszane) oraz odwoływane w drodze rozporządzenia przez ministra właściwego dla spraw zdrowia lub wojewodę[20]. Tym samym pod hipotezę art. 15zzra ust. 1 ustawy COVID-19 nie podpadają dłużnicy, którzy byli niewypłacalni przed dniem 13.03.2020 r. lub staną się niewypłacalni po odwołaniu stanu epidemii/zagrożenia epidemicznego (choćby przyczyną niewypłacalności był COVID-19).

---

15 Por. np. uzasadnienie uchwały SN z 7.07.2005 r. (II PZP 5/05), Legalis nr 71170.

16 Cele te może spełniać cały akt prawny (*ratio iuris*) bądź konkretny przepis prawny lub ich grupa (*ratio legis*).

17 T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa*, „Studia Prawnicze" 1985/3–4, s. 51.

18 Druk sejmowy nr 330, s. 1, https://orka.sejm.gov.pl/ (dostęp: 20.05.2020 r.).

19 Pogląd taki wyraził również R. Pabis (w:) J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski i in., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2020, komentarz do art. 299, teza IX.4., nb 22, Legalis/el.

20 Por. art. 2 pkt 22 i 23 oraz art. 46 ust. 1 i 2 u.z.z.c.z.

W praktyce trudno będzie jednoznacznie ustalić, że niewypłacalność powstała z powodu COVID-19. Jest bowiem rzeczą wiadomą, że sytuację finansową przedsiębiorstw cechuje złożoność oraz zmienność, jak również że sytuacje kryzysowe w przedsiębiorstwach mogą wynikać z przyczyn wewnętrznych oraz zewnętrznych[21]. Ustawodawca dostrzegł ten problem i wprowadził domniemanie prawne (wzruszalne), zgodnie z którym jeżeli stan niewypłacalności powstał w czasie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, domniemywa się, że zaistniał z powodu COVID-19 (art. 15zzra ust. 1 zd. 3 ustawy COVID-19).

Odnotować dla porządku wypada, że stan zagrożenia epidemicznego oraz stan epidemii nie wyłączają uprawnienia do złożenia wniosku insolwencyjnego (uchylony zostaje wyłącznie obowiązek) – przedsiębiorca może, tak jak przed 13.03.2020 r., złożyć stosowny wniosek. Również wierzyciele pozostają nadal uprawnieni do jego złożenia.

Dokonując próby oceny omówionego zagadnienia, można wysnuć co najmniej dwa wnioski.

Wprowadzając art. 15zzra ustawy COVID-19, ustawodawca zdaje się zakładać, że po odwołaniu stanu epidemii (stanu zagrożenia epidemicznego) dłużnicy będą w stanie przywrócić swoją zdolność do regulowania wymagalnych zobowiązań pieniężnych (według treści art. 11 ust. 1a pr. upad. miałoby to nastąpić najpóźniej w okresie trzech miesięcy po odwołaniu stanu epidemii/zagrożenia epidemicznego). Trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że poprzez omawiane rozwiązanie ustawodawca pośrednio przyznaje, że wprowadzone ustawą COVID-19 instrumenty mające umożliwić „przetrwanie" stanu epidemii są niewystarczające, tj. że nie chronią przed stanem niewypłacalności[22], a jedynie czasowo tolerują taką sytuację.

Co się zaś tyczy punktu widzenia dłużników i osób zarządzających, wprowadzenie art. 15zzra ust. 1 ustawy COVID-19 ocenić należy, co do zasady, pozytywnie. Pozwala ono na dokonanie oglądu sytuacji, w której znalazło się przedsiębiorstwo, i oceny jego przyszłości bez konieczności składania obecnie wniosku o ogłoszenie upadłości. W niektórych przypadkach okres moratorium pozwoli na przystosowanie się do nowej sytuacji, w tym np. na przygotowanie wniosku restrukturyzacyjnego przewidzianego w ustawie – Prawo restrukturyzacyjne[23] (tym bardziej, że na mocy nowelizacji sprawy o rozpoznanie wniosku restrukturyzacyjnego stały się sprawami pilnymi w rozumieniu ustawy

[21] E. Mączyńska (w:) E. Mączyńska, S. Morawska, *Efektywność procedur upadłościowych. Bankructwa przedsiębiorstw. Katharsis i nowa szansa*, Warszawa 2015, s. 58.

[22] Jak można sądzić, z tej przyczyny ustawodawca w ust. 2 art. 15zzra ustawy COVID-19 wprowadził rozwiązanie mające chronić wierzycieli przed skutkami czynności zdziałanych przez dłużnika z ich pokrzywdzeniem (art. 127 i n. pr. upad.) w okresie moratorium.

[23] Ustawa z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2019 r. poz. 243 ze zm.).

COVID-19 – art. 14a ust. 4 pkt 17 ustawy COVID-19)[24]. Korzystnym rozwiązaniem dla osób zarządzających jest niewątpliwie również wprowadzone domniemanie przyczyny niewypłacalności z powodu COVID-19.

Nie sposób jednak nie zauważyć, że omawiana regulacja może stać się również „pułapką" dla menadżerów. Jeżeli bowiem ocena sytuacji przedsiębiorstwa prowadzi do wniosku, że po odwołaniu stanu epidemii/zagrożenia epidemicznego brak będzie perspektyw na wyjście ze stanu niewypłacalności, wnioski o ogłoszenie upadłości składać należy jak najszybciej. W przeciwnym razie, jeżeli przez okres stanu zagrożenia epidemicznego/stanu epidemii dłużnicy „przejedzą" swój majątek, wnioski o ogłoszenie upadłości będą podlegały oddaleniu z uwagi na brak majątku na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego (art. 13 ust. 1 pr. upad.)[25]. Taka sytuacja, zgodnie z orzecznictwem, uniemożliwia uznanie, że wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony „w czasie właściwym". Tym samym złożenie wniosku insolwencyjnego w opisanej sytuacji nie wyłącza odpowiedzialności na podstawie art. 116 § 1 o.p.[26] i art. 299 § 1 k.s.h.[27], a tym samym znajdzie potwierdzenie zasada, że dla niewypłacalnego przedsiębiorcy (a w konsekwencji i dla jego reprezentantów) największym wrogiem jest upływ czasu[28]. Nieco inaczej wygląda to na gruncie art. 21 ust. 3 pr. upad.[29], art. 373 ust. 1 pkt 1 pr. upad.[30] oraz art. 586 k.s.h.[31], gdzie dla zwolnienia się z odpowiedzialności wystarczające jest skuteczne złożenie wniosku (wniosek nie został prawomocnie zwrócony), choćby został on oddalony z powołaniem się na art. 13 ust. 1 pr. upad.

Ponadto zwlekanie ze złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości z reguły prowadzić będzie do narastania zobowiązań dłużnika, a tym samym zwiększy się zakres odpowiedzialności majątkowej menadżerów. W konsekwencji należy podkreślić, że regulacja art. 15zzra ust. 1 ustawy COVID-19 nie wyłącza na czas epidemii/zagrożenia epidemicznego obowiązku należytego analizowania obecnej i przyszłej sytuacji przedsiębiorstwa przez reprezentantów dłużnika.

---

24 Co oznacza, że w przypadku całkowitego zaprzestania przez dany sąd czynności z powodu COVID-19 prezes sądu apelacyjnego lub Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego może wyznaczyć inny sąd równorzędny, położony na obszarze tej samej lub innej apelacji, jako właściwy do rozpoznania wniosku restrukturyzacyjnego należącego do właściwości sądu, który zaprzestał czynności.

25 Wniosek jest oddalany również w sytuacji, w której majątek wystarczy wyłącznie na pokrycie tych kosztów.

26 Por. np. wyrok NSA z 28.11.2017 r. (I FSK 320/16), Legalis nr 1727368.

27 Por np. wyrok SN z 16.03.2007 r. (III CSK 404/06), Legalis nr 97708.

28 M.A. Majewska-Jurys, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Vademecum dla przedsiębiorców*, Bydgoszcz–Koszalin 2004, s. 40.

29 Por. D. Chrapoński, *Materialnoprawne i procesowe aspekty odpowiedzialności na podstawie art. 21 ust. 3 Prawa upadłościowego*, „Doradca Restrukturyzacyjny" 2017/4, s. 34.

30 Por. wyrok SN z 12.04.2006 r. (III CSK 47/06), Legalis nr 74050.

31 P. Pinior (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. A. Strzępka, Warszawa 2015, komentarz do art. 586, teza 2, nb 2, Legalis/el.; J. Giezek, P. Kardas (w:) *Kodeks spółek handlowych. Pozakodeksowe prawo handlowe. Komentarz*, red. S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, Warszawa 2015, t. 5, komentarz do art. 586 k.s.h., teza D.5., nb 46, Legalis/el.

ABSTRACT

Łukasz Błaszczuk
The author is an advocate (District Bar Association in Warsaw) and restructuring counsellor, running a law office in Warsaw (www.blaszczuk.pl).

Impact of SARS-CoV-2 virus outbreak on the obligation to submit a request to open insolvency proceedings in due time and legal consequences in case of non-fulfillment

The article concerns legal regulations relating to request to open insolvency proceedings during SARS-CoV-2 virus outbreak, introduced by the Act of 16 April 2020. The author describes the essence of regulations introduced by the aforementioned act and their relevance for debtors in the context of liability for not lodging a request to open insolvency proceedings in due time.

Keywords: *insolvency, bankruptcy, request to open insolvency proceedings, liability for debts, manager, SARS-CoV-2, outbreak*

Łukasz Błaszczuk
e-mail: l.blaszczuk@blaszczuk.pl

Autor jest adwokatem (ORA w Warszawie); doradcą restrukturyzacyjnym prowadzącym kancelarię w Warszawie (www.blaszczuk.pl).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Chrapoński Dariusz, *Materialnoprawne i procesowe aspekty odpowiedzialności na podstawie art. 21 ust. 3 Prawa upadłościowego*, „Doradca Restrukturyzacyjny" 2017/4, s. 34

Dec Paweł, *Metody zarządzania płynnością finansową przedsiębiorstw w Polsce w warunkach występujących zatorów płatniczych i zwiększającej się liczby upadających przedsiębiorstw* (w:) *Płynność finansowa przedsiębiorstw w Polsce. Uwarunkowania, zarządzanie płynnością, ryzyko,* red. J. Grzywacz, Warszawa 2014

Giezek Jacek, Kardas Piotr (w:) *Kodeks spółek handlowych. Pozakodeksowe prawo handlowe. Komentarz*, red. S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, Warszawa 2015, t. 5, komentarz do art. 586 k.s.h., teza D.5., nb 46, Legalis/el.

Gizbert-Studnicki Tomasz, *Wykładnia celowościowa*, „Studia Prawnicze" 1985/3–4, s. 51

Lipski Mariusz, *Wewnętrzna oraz zewnętrzna rezerwa płynności w zarządzaniu płynnością finansową przedsiębiorstwa* (w:) *Płynność finansowa przedsiębiorstw w Polsce. Uwarunkowania, zarządzanie płynnością, ryzyko,* red. J. Grzywacz, Warszawa 2014

Majewska-Jurys Maria A., *Prawo upadłościowe i naprawcze. Vademecum dla przedsiębiorców*, Bydgoszcz–Koszalin 2004

Mączyńska Elżbieta (w:) E. Mączyńska, S. Morawska, *Efektywność procedur upadłościowych. Bankructwa przedsiębiorstw. Katharsis i nowa szansa*, Warszawa 2015

Pabis Robert (w:) J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski i in., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2020, komentarz do art. 299, teza IX.4., nb 22, Legalis/el.

Pinior Piotr (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. A. Strzępka, Warszawa 2015, komentarz do art. 586, teza 2, nb 2, Legalis/el.

Radwański Zbigniew, Zieliński Maciej, *Wykładnia prawa cywilnego*, „Studia Prawa Prywatnego" 2006/1, s. 18

Witosz Aleksander J. (w:) *System prawa handlowego*, t. 6, *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2016

Zieliński Maciej, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2008

Pojęcia kluczowe: *Europejski kodeks łączności elektronicznej, usługi łączności elektronicznej, BEREC, prawo komunikacji elektronicznej, OTT, usługi łączności interpersonalnej*

e-PALESTRA
42/2020

Justyna Michalak-Królicka

TRANSPOZYCJA PRZEPISÓW DYREKTYWY USTANAWIAJĄCEJ EUROPEJSKI KODEKS ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ DO POLSKIEGO PORZĄDKU PRAWNEGO W ASPEKCIE SWOBODY DOSTARCZANIA SIECI I ŚWIADCZENIA USŁUG ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ

Przedmiotem artykułu jest analiza sposobów implementacji przepisów Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej do polskiego porządku prawnego, w zakresie dostarczania sieci i świadczenia usług łączności elektronicznej. Prawo telekomunikacyjne zostanie zastąpione Prawem komunikacji elektronicznej. Wymóg zgłoszenia dostarczania sieci i świadczenia usług innych niż usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów jest prawidłowo realizowany w regulacjach krajowych. Projektowana ustawa Prawo komunikacji elektronicznej wprowadza uregulowania dotyczące komunikacji elektronicznej i nowe definicje usług.

Dyrektywa ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej przewiduje wdrożenie jej uregulowań do krajowych porządków prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej w terminie do 21.12.2020 r. Obowiązująca od 2004 r. w porządku prawnym RP wielokrotnie nowelizowana ustawa Prawo telekomunikacyjne zostanie zastąpiona nową ustawą – Prawem komunikacji elektronicznej, która w swoich założeniach ma stanowić kompleksową reformę regulacji telekomunikacyjnych, dodatkowo uzasadnioną koniecznością

uporządkowania i niejednokrotnie uproszczenia dotychczas funkcjonujących przepisów z zakresu ustawy Prawo telekomunikacyjne. Projekt ustawy Prawo komunikacji elektronicznej zakłada m.in. uregulowanie nowych usług z zakresu łączności elektronicznej, co jest niewątpliwie zaletą projektowanych przepisów, w świetle konieczności dostosowania rozwiązań prawnych do rozwoju nowych technologii i postępującej konwergencji cyfrowej. W kwestii wykonywania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych działalności polegającej na świadczeniu usług łączności elektronicznej, zastępującej dotychczasowe postanowienia dotyczące wykonywania działalności gospodarczej telekomunikacyjnej, stwierdzić należy brak potrzeby dokonywania gruntownych zmian. Dotychczasowe przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne w zakresie obowiązku wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez organ regulacyjny – Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej są zasadniczo spójne z zapisami dyrektywy ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej, odnoszącymi się do sformułowanego w przepisie art. 12 powyższej dyrektywy obowiązku państw członkowskich zapewniania swobody dostarczania sieci łączności elektronicznej i świadczenia usług łączności elektronicznej, poprzez zasadę ogólnego zezwolenia na sieci i usługi łączności elektronicznej.

CELE POLITYKI REGULACYJNEJ W DYREKTYWIE USTANAWIAJĄCEJ EUROPEJSKI KODEKS ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ

Pakiet dyrektyw łączności elektronicznej z 2002 r., na który składają się dyrektywa 2002/19/WE o dostępie[1], dyrektywa 2002/20/WE o zezwoleniach[2], dyrektywa ramowa 2002/21/WE[3] oraz dyrektywa 2002/22/WE o usłudze powszechnej[4], został uchylony z dniem 21.12.2020 r. na mocy art. 125 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z 11.12.2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej[5]. Komisja Europejska uzasadniła modyfikację dotychczasowych celów polityki regulacyjnej poprzez przegląd

1 Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.03.2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (Dz.Urz. WE z 2002 r. L 108, s. 7), nr CELEX 32002L0019.

2 Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.03.2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.Urz. WE z 2002 r. L 108, s. 21), nr CELEX 32002L0020.

3 Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.Urz. WE z 2002 r. L 108), nr CELEX 32002L0021.

4 Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.03.2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (Dz.Urz. WE z 2002 r. L 108, s. 51), nr CELEX 32002L0022.

5 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z 11.12.2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (Dz.Urz. UE L 321, s. 36), nr CELEX 32018L1972, dalej EKŁE.

ram regulacyjnych sektora łączności elektronicznej i ustanowienie Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej m.in. koniecznością promowania inwestycji w szybkie sieci szerokopasmowe, potrzebą ustanowienia warunków funkcjonowania prawdziwego jednolitego rynku wewnętrznego (umożliwiającego efektywnym operatorom sieci i dostawcom usług osiągnięcie korzyści skali), jak też zapewnienia skuteczniejszych ram instytucjonalnych dla regulacji rynku. Cele te były już wyrażane w Strategii jednolitego rynku cyfrowego dla Europy ogłoszonej przez Komisję Europejską w maju 2015 r.[6], a następnie przytoczone w motywie 3 preambuły EKŁE. Cel polegający na promowaniu łączności oraz dostępu do sieci o bardzo dużej przepustowości, w tym sieci stacjonarnych, ruchomych i bezprzewodowych, oraz korzystania z tych sieci przez wszystkich obywateli Unii i wszystkie unijne przedsiębiorstwa został zawarty w art. 3 ust. 2 pkt a EKŁE, zaś cel polegający na usuwaniu istniejących przeszkód utrudniających inwestycje w sieci łączności elektronicznej znalazł odzwierciedlenie w art. 3 ust. 2 pkt c EKŁE.

Spośród najbardziej istotnych mechanizmów zawartych w Europejskim kodeksie łączności elektronicznej, służących realizacji tych celów, wymienić można przewidziane w art. 76 EKŁE oraz Załączniku nr 4 do EKŁE uregulowania dotyczące nowych sieci o bardzo dużej przepływności oraz przepis art. 61 ust. 3 EKŁE zapewniający symetryczny dostęp do okablowania wewnątrzbudynkowego lub do pierwszego punktu koncentracji. Na mocy tego ostatniego przepisu krajowy organ regulacyjny, który w Polsce stanowi Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE), ma możliwość nałożenia obowiązku udzielenia dostępu do okablowania i przewodów oraz urządzeń towarzyszących wewnątrz budynków lub na odcinku do pierwszego punktu koncetracji lub dystrybucji, określonego przez krajowy organ regulacyjny, jeżeli punkt ten znajduje się poza budynkiem. Uregulowanie to ma na celu zmniejszanie kosztów inwestycji oraz ułatwianie dostępu do już istniejącej infrastruktury, której powielanie byłoby nieuzasadnione zarówno technicznie, jak i ekonomicznie.

Kolejnym istotnym celem uregulowań Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej jest wyrażona w motywie 7 EKŁE tendencja do objęcia tymi samymi normami prawnymi każdej działalności polegającej na dostarczaniu sieci oraz na świadczeniu usług łączności elektronicznej, związana z postępującą konwergencją sektorów łączności elektronicznej i mediów. W rezultacie jednym z głównych założeń Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej jest także zmodernizowanie zakresu regulacji łączności elektronicznej poprzez przyjęcie nowych definicji sieci i usług łączności elektronicznej.

[6] Zob. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pt. „Strategia jednolitego rynku cyfrowego dla Europy", Bruksela, 6.05.2015 r., COM (2015) 192 final, https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2015/0192/COM_COM(2015)0192_PL.pdf (dostęp: 29.11.2020 r.).

WPROWADZENIE PRZEPISAMI EUROPEJSKIEGO KODEKSU ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ NOWYCH RODZAJÓW USŁUG ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ

Intencją uregulowań EKŁE jest m.in. rozszerzenie pojęcia usług łączności elektronicznej.

Do zakresu usług łączności elektronicznej, zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 2 pkt 4 EKŁE, wchodzą trzy podstawowe kategorie usług świadczonych za pośrednictwem sieci łączności elekronicznej, zazwyczaj za wynagrodzeniem: usługi łączności interpersonalnej oraz usługi polegające całkowicie lub głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci, w których zakresie mieszczą się również usługi dostępu do Internetu.

Preambuła EKŁE wyjaśnia rozszerzenie dotychczasowego pojęcia usług łączności o nowe jej rodzaje. Usługi wykorzystywane do łączności oraz środki techniczne pozwalające świadczyć te usługi przeszły ogromną ewolucję. Użytkownicy końcowi coraz częściej zastępują tradycyjną telefonię głosową, wiadomości tekstowe (SMS) i usługi przekazywania poczty elektronicznej funkcjonalnie równoważnymi usługami, takimi jak telefonia internetowa (VoIP), usługi przekazywania wiadomości i obsługa poczty elektronicznej przez Internet. Aby zapewnić skuteczną i równą ochronę użytkowników końcowych i ich praw w kontekście korzystania z funkcjonalnie równoważnych usług, przyszłościowej definicji usług łączności elektronicznej nie należy opierać wyłącznie na parametrach technicznych, lecz na podejściu funkcjonalnym. Zakres niezbędnych regulacji powinien być taki, aby mogły one osiągnąć swe cele leżące w publicznym interesie. Pomimo że „przekazywanie sygnałów" pozostaje istotnym parametrem określania usług łączności, celem dyrektywy EKŁE jest takie sformułowanie jej definicji, aby obejmowała również inne usługi umożliwiające komunikację. Z punktu widzenia użytkownika końcowego nie ma znaczenia, czy dostawca sam przekazuje sygnały lub czy łączność jest zapewniona za pośrednictwem usługi dostępu do Internetu. Definicja usług łączności elektronicznej powinna zatem obejmować trzy rodzaje usług, które mogą się częściowo pokrywać, tzn. usługi dostępu do Internetu w rozumieniu art. 2 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 Parlamentu Europejskiego i Rady z 25.11.2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego Internetu oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (tekst mający znaczenie dla EOG)[7], usługi łączności

[7] Rozporządzenie (UE) 2015/2120 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z 25.11.2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego Internetu oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE

interpersonalnej zdefiniowane w dyrektywie EKŁE oraz usługi polegające wyłącznie lub głównie na przekazywaniu sygnałów. Definicja usługi łączności elektronicznej powinna wyeliminować dwuznaczności zaobserwowane podczas wdrażania definicji, która obowiązywała przed wejściem w życie dyrektywy EKŁE, i umożliwiać skalibrowane według poszczególnych przepisów stosowanie do różnych rodzajów usług określonych praw i obowiązków wskazanych w ramach regulacyjnych[8].

Zgodnie z legalną definicją usług łączności elektronicznej, zawartą w art. 2 pkt 4 EKŁE, usługi te dzielą się na: a) usługę dostępu do Internetu (która zgodnie z art. 2 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 Parlamentu Europejskiego i Rady oznacza publicznie dostępną usługę łączności elektronicznej, zapewniającą dostęp do Internetu, a tym samym łączność z praktycznie wszystkimi zakończeniami sieci Internetu, bez względu na stosowaną technologię sieci i urządzenia końcowe); b) usługę łączności interpersonalnej (zdefiniowaną w art. 2 pkt 5 EKŁE jako usługa zazwyczaj świadczona za wynagrodzeniem, która umożliwia bezpośrednią interpersonalną i interaktywną wymianę informacji za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej między skończoną liczbą osób, w ramach której osoby inicjujące połączenie lub uczestniczące w nim decydują o jego odbiorcy lub odbiorcach, natomiast nie obejmuje ona usług, które umożliwiają interpersonalną i interaktywną komunikację wyłącznie jako podrzędną funkcję dodatkową, która jest nieodłącznie związana z inną usługą); c) usługi polegające całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów, takie jak usługi transmisyjne stosowane na potrzeby świadczenia usług łączności maszyna–maszyna oraz na potrzeby nadawania.

Uznawane jest, że wskazana w art. 2 pkt 4 lit. a EKŁE usługa dostępu do Internetu mieści się w zakresie usługi wymienionej w art. 2 pkt 4 lit. c EKŁE, czyli usług polegających na przekazywaniu sygnałów, jednakże ustawodawca unijny zdecydował o jej wyodrębnieniu. Najistotniejszą zmianą w zakresie definicji usług łączności elektronicznej jest jednak dodanie ich rodzaju w postaci usług łączności interpersonalnej, które dzielą się na: 1) usługi łączności interpersonalnej wykorzystujące numery, stanowiące zgodnie z art. 2 pkt 6 EKŁE usługi łączności interpersonalnej, które pozwalają połączyć się z publicznie nadanymi zasobami numeracyjnymi, mianowicie numerem lub numerami z krajowych lub międzynarodowych planów numeracji, albo które umożliwiają połączenia z numerem lub numerami z krajowych lub międzynarodowych

w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.Urz. UE z 2015 r. L 310, s. 1), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX%3A32015R2120 (dostęp: 29.11.2020 r.).

8 Zob. motyw 15 preambuły EKŁE.

planów numeracji; oraz 2) usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów, oznaczające, zgodnie z art. 2 pkt 7 EKŁE, usługi łączności interpersonalnej, które nie łączą się z publicznie nadanymi zasobami numeracyjnymi, mianowicie numerem lub numerami z krajowych lub międzynarodowych planów numeracji, ani nie umożliwiają połączenia z numerem lub numerami z krajowych lub międzynarodowych planów numeracji.

Na usługę łączności elektronicznej składają się zatem typowe usługi telekomunikacyjne, takie jak tradycyjne połączenia telefoniczne (głosowe), wszystkie rodzaje poczty elektronicznej, usługi przekazywania wiadomości lub czatów grupowych, usługi SMS, jako należące do kategorii usług łączności interpersonalnej wykorzystującej numery, jak też usługi świadczone w warstwie aplikacyjnej OTT (*Over The Top*), typu Whatsapp, Signal, Messenger, pozwalające na interpersonalną i interaktywną wymianę informacji, za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej.

Usługi, które nie spełniają tych wymogów, takie jak linearne usługi medialne, wideo na żądanie, strony internetowe, sieci internetowe, serwisy społecznościowe, blogi lub wymiana informacji między urządzeniami, nie powinny być uznawane za usługi łączności interpersonalnej. Z zakresu definicji usługi interpersonalnej wprost wyłączono usługi, które umożliwiają interpersonalną i interaktywną komunikację wyłącznie jako podrzędną funkcję dodatkową, która jest nieodłącznie związana z inną usługą. Jako taką funkcję motyw 17 EKŁE wskazuje kanał komunikacyjny w grach internetowych. Usługi łączności interpersonalnej obejmują tylko łączność między skończoną, tzn. nie potencjalnie nieograniczoną, liczbą osób fizycznych, którą określa osoba wysyłająca komunikat[9].

Dotychczasowe wątpliwości odnośnie do zakresu usługi telekomunikacyjnej powodowały, że np. Skype Communications jako jeden z największych dostawców usług telekomunikacyjnych na świecie, w zakresie świadczenia usług obejmujących połączenia na numerację PSTN, przez wiele lat skutecznie uchylał się od wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Zgodnie z wyrokiem TSUE z 5.06.2019 r.[10] spółka Skype Communications została uznana za dostawcę usług polegających na przekazywaniu sygnałów, czyli świadczącego usługi łączności elektronicznej. Wyrok TSUE ostatecznie wyjaśnił, że dostarczenie przez wydawcę oprogramowania funkcji pozwalającej na skorzystanie z usługi *Voice over Internet Protocol* (transmisja głosu z wykorzystaniem protokołu internetowego, dalej jako VoIP), która umożliwia użytkownikowi nawiązanie poprzez jego terminal połączenia z numerem stacjonarnym lub komórkowym

[9] Zob. motyw 17 preambuły EKŁE.

[10] Wyrok TSUE C-142/18, *Skype Communications Sàrl v. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, LEX nr 2677171.

krajowego planu numeracji z wykorzystaniem PSTN jednego z państw członkowskich, stanowi usługę łączności elektronicznej. Stwierdzenie to TSUE uzasadnił dodatkowo wskazaniem, że świadczenie rzeczonej usługi wiąże się z pobieraniem wynagrodzenia przez wydawcę oraz wymaga zawarcia przez niego porozumień z dostawcami usług telekomunikacyjnych, należycie upoważnionymi do przekazywania i zakańczania połączeń z PSTN.

Reasumując – zawarte w EKŁE rozszerzenie definicji usługi łączności elektronicznej o usługi łączności interpersonalnej, świadczone w warstwie aplikacyjnej OTT, pozwalające na interpersonalną i interaktywną wymianę informacji za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej, skutkuje nałożeniem na dostawców tych usług obowiązków objętych krajowymi regulacjami dotyczącymi wykonywania działalności gospodarczej telekomunikacyjnej, w tym przepisów dotyczących prywatności i ochrony danych osobowych. Nowa kategoryzacja usług, pomimo że częściowo wprowadza dwa krzyżujące się zbiory usług, wymagające analizy technologicznych sposobów ich świadczenia celem właściwego zakwalifikowania, wiąże się z obowiązkiem uregulowania w porządkach prawnych państw członkowskich usług łączności interpersonalnej, co jest słusznym działaniem.

REGULACJE EUROPEJSKIEGO KODEKSU ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ DOTYCZĄCE SWOBODY DOSTARCZANIA SIECI I ŚWIADCZENIA USŁUG ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ

Wykonywanie działalności gospodarczej telekomunikacyjnej w Polsce uregulowane jest przepisami ustawy z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne[11]. Odnośnie do wykonywania tej działalności przepisy Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej wzorem poprzedniego pakietu dyrektyw z 2002 r. wyłączają obowiązek uzyskania decyzji administracyjnej uprawniającej do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej przed jej rozpoczęciem. Zgodnie z założeniami Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej system zezwoleń stosowany przez państwa członkowskie powinien być jak najmniej restrykcyjny, umożliwiać przedsiębiorcom dostarczanie sieci i świadczenie usług telekomunikacyjnych, a także sprzyjać rozwojowi nowych usług i sieci, przy ograniczeniu wszelkich wymogów proceduralnych jedynie do wymogu zgłoszenia deklaratywnego o zamiarze rozpoczęcia działalności telekomunikacyjnej wraz z krótką informacją o podejmowanej działalności, umożliwiającą organowi regulacyjnemu prowadzenie rejestru podmiotów prowadzących działalność telekomunikacyjną.

Swoboda w zakresie dostarczania sieci i usług łączności elektronicznej jest jednym z podstawowych założeń Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej.

[11] Ustawa z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2019 r. poz. 2460 ze zm.), dalej jako p.t.

W motywie 41 EKŁE dyrektywa stwierdza, że nawet możliwie najmniej restrykcyjny system zezwoleń powinien być stosowany w taki sposób, aby umożliwić dostarczanie sieci łączności elektronicznej oraz świadczenie usług łączności elektronicznej celem stymulowania rozwoju nowych usług oraz dostarczania ogólnoeuropejskich sieci i usług łączności, a także umożliwienia dostawcom usług i konsumentom korzystania z korzyści efektu skali w ramach rynku wewnętrznego. Wynikające z rynku wewnętrznego korzyści dla dostawców usług i użytkowników końcowych mogą być najlepiej realizowane poprzez ustanowienie ogólnego zezwolenia dla sieci i usług łączności elektronicznej innych niż usługi interpersonalnej łączności elektronicznej niewykorzystujące numerów, bez wymogu stosowania decyzji i aktów administracyjnych ze strony krajowych organów regulacyjnych oraz poprzez ograniczenie wszelkich wymogów proceduralnych jedynie do wymogu zgłoszenia deklaratywnego. Jeżeli państwa członkowskie wymagają zgłoszenia ze strony dostawców sieci lub usług łączności elektronicznej z chwilą rozpoczęcia działalności przez te podmioty, takie zgłoszenie nie powinno pociągać za sobą kosztów administracyjnych dla podmiotów i powinno być udostępniane poprzez punkt kontaktowy na stronach internetowych właściwych organów. W celu wspierania skutecznej koordynacji transgranicznej, w szczególności dla operatorów ogólnoeuropejskich, BEREC[12] powinien ustanowić i prowadzić bazę danych dotyczącą takich zgłoszeń. Właściwe organy powinny przekazywać BEREC tylko pełne zgłoszenia. Państwa członkowskie nie powinny w żaden sposób, w tym ze względu na niekompletność zgłoszenia, utrudniać dostarczania sieci lub świadczenia usług[13]. Odnośnie do zakresu zgłoszenia, w motywie 43 preambuły EKŁE wskazano, że powinno ono zawierać jedynie deklarację dostawcy o zamiarze rozpoczęcia dostarczania sieci i świadczenia usług łączności elektronicznej. Do takiej deklaracji dostawca powinien dołączyć tylko informacje określone w dyrektywie ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej. Państwa członkowskie nie powinny nakładać dodatkowych ani odrębnych wymogów w zakresie składania zgłoszeń. Motyw 46 preambuły EKŁE podkreśla ponadto, że ogólne zezwolenia powinny zawierać jedynie te wymogi, które są właściwe dla sektora łączności elektronicznej.

[12] BEREC pełni funkcję Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej, działającego na mocy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1971 z 11.12.2018 r. ustanawiającego Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) oraz Agencję Wsparcia BEREC (Urząd BEREC), zmieniającego rozporządzenie (UE) 2015/2120 oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 1211/2009 (Dz.Urz. UE z 2018 r. L.321, s. 1), nr CELEX: 32018R1971. Jako organ Unii Europejskiej posiada osobowość prawną, zaś w każdym państwie członkowskim Urząd BEREC ma najszerszy zakres zdolności prawnej, jaki można nadać osobie prawnej na mocy prawa krajowego. Wśród zadań regulacyjnych BEREC wskazanych w art. 4 rozporządzenia ustanawiającego ten organ, ustęp 1 lit. d wskazuje wprost wydawanie wytycznych w sprawie wdrażania unijnych ram regulacyjnych łączności elektronicznej, m.in. dotyczących formularza zgłoszenia, zgodnie z art. 12 EKŁE.

[13] Zob. też motyw 42 preambuły EKŁE.

Rozdział II Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej został poświęcony ogólnemu zezwoleniu, a założenia wskazanych wyżej motywów preambuły Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej znalazły odzwierciedlenie w przepisach art. 12–14 tej dyrektywy. Ustalają one zasady podejmowania i wykonywania działalności polegającej na świadczeniu usług łączności elektronicznej. Zgodnie z przepisem art. 12 ust. 3 EKŁE, jeżeli państwo członkowskie uzna wymóg zgłoszenia za uzasadniony w odniesieniu do przedsiębiorstw podlegających ogólnemu zezwoleniu, dane państwo członkowskie może wymagać od takich przedsiębiorstw wyłącznie dokonania zgłoszenia krajowemu organowi regulacyjnemu lub innemu właściwemu organowi. Państwo członkowskie nie może od takich przedsiębiorstw wymagać uzyskania jednoznacznej decyzji lub innego aktu administracyjnego od takiego organu lub jakiegokolwiek innego organu przed rozpoczęciem wykonywania uprawnień wynikających z ogólnego zezwolenia. Po dokonaniu zgłoszenia, jeżeli było ono wymagane, przedsiębiorstwo może rozpocząć działalność z zastrzeżeniem, w razie potrzeby, przepisów dotyczących praw użytkowania przewidzianych w dyrektywie ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej. W przepisie art. 12 ust. 1 podkreślono, że ogólne zezwolenie na sieci i usługi łączności elektronicznej wynika z obowiązku zapewnienia przez państwa członkowskie swobody dostarczania sieci łączności elektronicznej, na warunkach określonych w dyrektywie. W tym celu państwa członkowskie nie będą utrudniać przedsiębiorstwu dostarczania sieci łączności elektronicznej ani świadczenia usług łączności elektronicznej. Ustęp 2 tego przepisu stanowi wprost, że dostarczanie sieci łączności elektronicznej lub świadczenie usług łączności elektronicznej innych niż usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów może jedynie podlegać ogólnemu zezwoleniu. Usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów korzystają z ogólnego zezwolenia, a zatem podmioty świadczące ten rodzaj usług zostały wyłączone spod reżimu dokonania zgłoszenia zamiaru wykonywania tych usług.

Dyrektywa ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej wprowadza zatem generalną zasadę wynikającą z ustalonej swobody dostarczania sieci łączności elektronicznej oraz świadczenia usług łączności elektronicznej, polegającą na możliwości rozpoczęcia działalności przez przedsiębiorstwo na zasadzie ogólnego zezwolenia. Dopiero w sytuacji, gdy państwo członkowskie uzna wymóg zgłoszenia za uzasadniony w odniesieniu do przedsiębiorstw podlegających ogólnemu zezwoleniu, przepisy państwa członkowskiego mogą przewidywać obowiązek dokonania takiego zgłoszenia krajowym organom regulacyjnym. Przepis art. 12 ust. 3 EKŁE wprost wyłącza możliwość wprowadzenia przez państwo członkowskie wymogu uzyskania decyzji lub innego aktu administracyjnego od krajowego organu regulacyjnego przed rozpoczęciem wykonywania przez przedsiębiorstwo uprawnień wynikających z ogólnego

zezwolenia. Po dokonaniu zgłoszenia przedsiębiorstwo może rozpocząć działalność w zakresie dostarczania sieci i usług łączności elektronicznej, zaś podmioty świadczące usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów są zwolnione z obowiązku dokonania zgłoszenia.

Dyrektywa ustanawiająca Europejski kodeksu łączności elektronicznej w przepisie art. 15 ust. 1 wskazuje minimalną listę praw wynikających dla przedsiębiorstwa z ogólnego zezwolenia. Przedsiębiorstwa podlegające ogólnemu zezwoleniu, na mocy uregulowań określonych ustawodawstwem państwa członkowskiego, mają prawo do dostarczania sieci łączności elektronicznej i świadczenia usług łączności elektronicznej, występowania z wnioskiem o przyznanie praw niezbędnych do instalowania urządzeń zgodnie z art. 43 EKŁE[14], a także do wykorzystywania, z zastrzeżeniem przepisów art. 13, art. 46 i art. 55 EKŁE[15], widma radiowego w odniesieniu do sieci i usług łączności elektronicznej. Ponadto przedsiębiorstwa podlegające ogólnemu zezwoleniu mają prawo do właściwego rozpatrzenia ich wniosku o przyznanie niezbędnych praw użytkowania zasobów numeracyjnych, według procedury przewidzianej w art. 94 EKŁE. Zgodnie z art. 15 ust. 2 EKŁE, przedsiębiorstwa podlegające ogólnemu zezwoleniu na mocy art. 12 EKŁE, jeżeli udostępniają sieci łączności elektronicznej lub świadczą usługi łączności elektronicznej na rzecz ogółu ludności, są uprawnione na mocy ogólnego zezwolenia do negocjowania wzajemnych połączeń oraz – tam, gdzie ma to zastosowanie – do uzyskiwania dostępu lub wzajemnych połączeń od innych dostawców udostępniających publiczne sieci łączności elektronicznej lub publicznie dostępne usługi łączności elektronicznej, objęte ogólnym zezwoleniem, w obrębie Unii Europejskiej. Przedsiębiorstwa te mają także prawo na mocy ogólnego zezwolenia do ubiegania się o wyznaczenie do świadczenia różnych elementów usługi powszechnej lub prowadzenia działalności w różnych częściach terytorium państwowego, zgodnie z uregulowaniami art. 86 lub 87 EKŁE, dotyczącymi zasad dostępności usługi powszechnej oraz statusu usługi powszechnej świadczonej według zasad obowiązujących do 20.12.2018 r. Przepis art. 13 EKŁE określa warunki, którymi obwarowano ogólne zezwolenie i prawa użytkowania widma radiowego i zasobów numeracyjnych oraz szczegółowe obowiązki w tym zakresie.

Prawa i obowiązki wynikające z ogólnego zezwolenia określa Załącznik I do dyrektywy ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej, zatytułowany *Wykaz warunków, którymi mogą zostać obwarowane ogólne zezwolenia,*

[14] Przepis art. 43 ust. 1 EKŁE, poświęcony regulacji „Prawa drogi", znajduje się w grupie przepisów regulujących wejście na rynek i realizację sieci, w rozdziale II (części II EKŁE) dotyczącym dostępu do gruntów.

[15] Przepisy te określają warunki, którymi obwarowano ogólne zezwolenie i prawa użytkowania widma radiowego oraz zasobów numeracyjnych, a także wynikające z tych warunków obowiązki.

prawa użytkowania widma radiowego i prawa użytkowania zasobów numeracyjnych. Przedmiotowy załącznik przewiduje maksymalny wykaz warunków, którymi mogą zostać obwarowane ogólne zezwolenia dla sieci i usług łączności elektronicznej z wyjątkiem usług łączności interpersonalnej niewykorzystujących numerów (część A), sieci łączności elektronicznej (część B), usługi łączności elektronicznej z wyjątkiem usług łączności interpersonalnej niewykorzystujących numerów (część C), prawa użytkowania pasm radiowych (część D) oraz prawa użytkowania zasobów numeracyjnych (część E).

Działając na zasadzie art. 12 ust. 4 EKŁE, organ BEREC opublikował wytyczne dotyczące wzoru zgłoszenia o zamiarze rozpoczęcia dostarczania sieci łączności elektronicznej lub świadczenia usług łączności elektronicznej[16]. Udostępnienie wytycznych zostało poprzedzone konsultacjami, zakończonymi raportem BEREC z 6.12.2019 r.[17] Raport zawiera podsumowanie przedstawionych przez zainteresowane strony opinii w ramach konsultacji publicznych zgodnie z art. 12 ust. 4 EKŁE. Polski ustawodawca powinien dostosować obecnie obowiązujący wzór wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa UKE do wytycznych BEREC w terminie do 21.12.2020 r.

Proponowany przez BEREC nowy wzorzec formularza zgłoszenia, który odpowiada obowiązującemu obecnie na mocy ustawy Prawo telekomunikacyjne wzorowi wniosku o wpis, należy ocenić pozytywnie. Zakres informacji, których udostępnienia wymaga, odpowiada regulacjom dyrektywy ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej, zaś ujednolicenie rodzaju podawanych danych, ich zakresu, zasad wskazywania zasięgu terytorialnego świadczonych usług i ich rodzajów przyczyni się do większej przejrzystości tego zbioru danych, co ma znaczenie nie tylko z punktu widzenia utrzymywania przez BEREC unijnej bazy danych dotyczącej przekazywanych organom regulacyjnym zgłoszeń od przedsiębiorców, zamierzających rozpocząć działalność w danym państwie członkowskim, ale też z uwagi na jego funkcje informacyjne dla uczestników rynku telekomunikacyjnego, świadczących usługi w wielu państwach członkowskich.

---

16 Zob. *BEREC Guidelines for the notification template pursuant to article 12, paragraph 4 of Directive 2018/1972 of the European Parliament and of the Council*, BoR (19) 259 z 6.12.2019 r.; https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/8911-berec-guidelines-for-the-notification-template-pursuant-to-article-12-paragraph-4-of-directive-20181972-of-the-european-parliament-and-of-the-council (dostęp: 29.11.2020 r.).

17 Zob. *BEREC Report on the outcome of the public consultation on the draft Guidelines for the notification template pursuant to Art. 12.4 of the European Electronic Communications Code*, BoR (19) 258 z 6.12.2019 r.; https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/8912-berec-report-on-the-outcome-of-the-public-consultation-on-the-draft-guidelines-for-the-notification-template-pursuant-to-art-124-of-the-european-electronic-communications-code (dostęp: 29.11.2020 r.).

WDROŻENIE EUROPEJSKIEGO KODEKSU ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ POPRZEZ ZASTĄPIENIE PRAWA TELEKOMUNIKACYJNEGO NOWĄ USTAWĄ – PRAWO KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

Minister Cyfryzacji przygotował projekt ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej (UC45)[18], która w zakresie swojej regulacji wdraża dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z 11.12.2018 r. ustanawiającą Europejski kodeks łączności elektronicznej. Obecnie projekt ten znajduje się w fazie uzgodnień po konsultacjach publicznych rządowego procesu legislacyjnego. Planowany termin przyjęcia projektu przez Radę Ministrów w IV kwartale 2020 r. nie został dotrzymany i nie jest znana data wdrożenia projektowanych przepisów do polskiego systemu prawnego. Jako przyczynę wprowadzenia rozwiązań zawartych w projekcie Minister Cyfryzacji wskazał konieczność zastąpienia Prawa telekomunikacyjnego przez nową ustawę – Prawo komunikacji elektronicznej. Ustawa ta stanowić będzie ramy regulacyjne dla komunikacji elektronicznej w Polsce. Europejski kodeks łączności elektronicznej powinien zostać implementowany do polskiego porządku prawnego w terminie do 21.12.2020 r. Wdrożenie Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej planowane jest poprzez przyjęcie dwóch aktów prawnych: nowej ustawy merytorycznej, w postaci ustawy Prawo komunikacji elektronicznej oraz odrębnej ustawy zawierającej przepisy wprowadzające, przy zachowaniu odrębności ustawy z 7.05.2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych[19].

Istotą rozwiązań ujętych w projekcie ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej jest objęcie jej zakresem całokształtu regulacji z zakresu komunikacji elektronicznej, w tym zasad wykonywania działalności gospodarczej w obszarze komunikacji elektronicznej, wpisów do właściwych rejestrów oraz uregulowanie zasad prowadzenia postępowań przed Prezesem UKE. Ponadto Prawo komunikacji elektronicznej regulować będzie obowiązki informacyjne i sprawozdawcze, zasady wnoszenia opłat, zasady prowadzenia konsultacji i konsolidacji, kwestie związane z bezpieczeństwem sieci i usług oraz wykonywania obowiązków na rzecz bezpieczeństwa państwa. Nowe przepisy Prawa komunikacji elektronicznej obejmą swymi uregulowaniami zagadnienia związane z dostępem, obowiązki regulacyjne przedsiębiorców, jak też kwestie odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi komunikacji elektronicznej.

Prawo komunikacji elektronicznej ma na celu uwzględnienie nowych realiów rynkowych, w których świadczenie usług łączności nie musi już być powiązane

[18] Projekt ustawy wprowadzającej ustawę – Prawo komunikacji elektronicznej, https://legislacja.gov.pl/projekt/12336501, dalej p.k.e. Projekt został utworzony 29.07.2020 r.

[19] Ustawa z 7.05.2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1378 ze zm.).

z dostarczaniem sieci, a także uwzględnienie w regulacjach podmiotów innych niż tradycyjni przedsiębiorcy telekomunikacyjni. Takim podmiotem zdefiniowanym w Prawie komunikacji elektronicznej jest dostawca usług komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów, czyli dostawca usług komunikacji w Internecie, które umożliwiają bezpośrednią wymianę informacji między skończoną liczbą osób. Tym samym regulacji podlegać będzie nowy podmiot – przedsiębiorca komunikacji elektronicznej. Prawo komunikacji elektronicznej zakłada zastąpienie swoimi regulacjami obecnie obowiązującej ustawy – Prawo telekomunikacyjne, a zatem ujmuje również kwestie już w tej ustawie uregulowane, niestanowiące zarazem implementacji Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej. Należy tu wskazać m.in. przepisy dotyczące tajemnicy komunikacji elektronicznej.

UREGULOWANIE PRZEWIDZIANEGO W EUROPEJSKIM KODEKSIE ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ ŚWIADCZENIA USŁUG ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ W PROJEKCIE USTAWY – PRAWO KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

Artykuł 1 pkt 1 projektu Prawa komunikacji elektronicznej zakłada, że działalność polegająca na zapewnianiu komunikacji elektronicznej obejmuje: a) świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, dostarczanie sieci telekomunikacyjnych lub świadczenie powiązanych usług, zwane dalej „działalnością telekomunikacyjną" oraz b) świadczenie publicznie dostępnych usług komunikacji interpersonalnej niewykorzystujących numerów. Rodzaj działalności polegającej zatem na świadczeniu publicznie dostępnych usług komunikacji interpersonalnej niewykorzystujących numerów nie będzie stanowić działalności telekomunikacyjnej.

Definicja działalności telekomunikacyjnej ma znaczenie z punktu widzenia obowiązku wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych przez podmioty wykonujące taką działalność. Zgodnie z art. 5 ust. 1 p.k.e. wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych podlegać zatem będzie działalność polegająca na:

1) świadczeniu publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych (przez które rozumiemy, zgodnie z projektowanym przepisem art. 2 pkt 49 p.k.e., usługi telekomunikacyjne dostępne dla ogółu użytkowników, które stanowią na mocy art. 2 pkt 79 p.k.e. usługi komunikacji elektronicznej, z wyłączeniem usługi komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów),
2) dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych (oznaczającym, zgodnie z projektowanym przepisem art. 2 pkt 6 p.k.e., przygotowanie sieci telekomunikacyjnej w sposób umożliwiający świadczenie w niej usług, jej eksploatację, nadzór nad nią lub umożliwianie dostępu) oraz

3) świadczeniu powiązanych usług (stanowiących zgodnie z art. 2 pkt 39 p.k.e. usługi powiązane z siecią telekomunikacyjną lub usługami komunikacji elektronicznej, które umożliwiają lub wspierają świadczenie usług za pośrednictwem tych sieci lub usług, lub które mogą służyć do tego celu, i obejmują systemy translacji numerów lub systemy o równoważnych funkcjach, systemy dostępu warunkowego i elektroniczne przewodniki po programach, jak również inne usługi, takie jak usługi identyfikacji, lokalizacji oraz sygnalizowania obecności).

Odnośnie do definicji przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, proponowanej w ustawie – Prawo komunikacji elektronicznej, pojęcie to odpowiada treścią dotychczasowej definicji przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zawartej w art. 2 pkt 27 p.t. W projekcie ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi są przedsiębiorcy i inne podmioty dostarczające sieci publiczne, świadczące usługi telekomunikacyjne oraz powiązane usługi. Zachowano podział na dostawcę usług telekomunikacyjnych, którym jest podmiot świadczący usługi telekomunikacyjne, oraz na operatora, którym jest podmiot dostarczający publiczne sieci telekomunikacyjne lub świadczący powiązane usługi. Wdrażając Europejski kodeks łączności elektronicznej, zdecydowano się na pozostawienie definicji przedsiębiorcy telekomunikacyjnego oraz dodanie szerszego zakresowo pojęcia przedsiębiorcy komunikacji elektronicznej. Wprowadzenie definicji przedsiębiorcy komunikacji elektronicznej wynika z rozszerzenia w dyrektywie ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej zakresu podmiotowego regulacji i objęcie nimi, poza tradycyjnymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, również podmiotów dotąd pozostających poza regulacją pakietu dyrektyw telekomunikacyjnych, tj. podmiotów świadczących usługi komunikacji interpersonalnej niewykorzystujących numerów. Przyjęcie nowej szerokiej definicji przedsiębiorcy komunikacji elektronicznej oraz pozostawienie zarazem definicji przedsiębiorcy telekomunikacyjnego podyktowane jest różnym zakresem podmiotowym poszczególnych przepisów i wydaje się słusznym rozdziałem, z uwagi na okoliczność, że wpisowi do rejestru prowadzonego przez Prezesa UKE będą podlegali wyłącznie przedsiębiorcy telekomunikacyjni, natomiast podmioty świadczące usługę komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów nie będą podlegać takiemu wpisowi. Jak wskazywano, wynika to z brzmienia art. 12 ust. 2 EKŁE, który to przepis wyłącza te podmioty spod reżimu dokonywania zgłoszenia.

Konsekwentnie projektodawca ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej założył rozdział definicji świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz świadczenia usług komunikacji elektronicznej. Definicje te uwzględniają wprowadzone w projekcie ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej rozróżnienie na usługi komunikacji elektronicznej oraz węższe w swoim zakresie usługi

telekomunikacyjne. Szersze pojęciowo świadczenie usług komunikacji elektronicznej oznacza świadczenie usług telekomunikacyjnych lub usług komunikacji interpersonalnej niewykorzystujących numerów. Natomiast świadczeniem usług telekomunikacyjnych jest wykonywanie usług za pomocą własnej sieci, z wykorzystaniem sieci innego operatora lub sprzedaż we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług, co odpowiada dotychczasowej definicji zawartej w art. 2 pkt 41 p.t.

ZGŁOSZENIE WYKONYWANIA DZIAŁALNOŚCI TELEKOMUNIKACYJNEJ PRZEWIDZIANE W EUROPEJSKIM KODEKSIE ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ ORAZ PROJEKCIE USTAWY – PRAWO KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

Zgodnie z treścią aktualnie obowiązującego art. 10 ust. 1 p.t. działalność telekomunikacyjna będąca działalnością gospodarczą jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Odnośnie do czynności dokonania wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, przepis art. 10 ust. 8 p.t. stanowi, że Prezes UKE dokona wpisu przedsiębiorcy (lub innego podmiotu uprawnionego do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów) do rejestru, w terminie do 7 dni od dnia wpływu tego wniosku wraz z oświadczeniem, dotyczącym zgodności z prawdą danych zawartych we wniosku o wpis do rejestru oraz spełniania warunków wykonywania działalności telekomunikacyjnej, której wniosek dotyczy, jak również świadomości odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia o powyższej treści. Zapisy Prawa telekomunikacyjnego w zakresie obowiązku uzyskania wpisu do rejestru zachowują kompatybilność z przepisami ustawy – Prawo przedsiębiorców[20], dotyczącymi zasad reglamentacji działalności gospodarczej, zawartymi w rozdziale IV ww. ustawy.

Prezes UKE jako organ prowadzący rejestr działalności gospodarczej telekomunikacyjnej, zgodnie z przepisami Prawa telekomunikacyjnego, wypełnia zadania w zakresie regulacji i kontroli rynków usług telekomunikacyjnych, przewidziane w tej ustawie. Rozstrzygnięcia Prezesa UKE podejmowane na zasadzie działania stałego lub interwencyjnego mają wpływ na sferę praw i obowiązków przedsiębiorców telekomunikacyjnych, przez co skutkują regulacją rynku telekomunikacyjnego. Warunkiem niezbędnym do wykonywania gospodarczej działalności telekomunikacyjnej jest uzyskanie przez podmiot zamierzający świadczyć takie usługi wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, prowadzonego przez Prezesa UKE. Prowadzenie rejestru na zasadach aktualnie

[20] Ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 r. poz. 646 ze zm.).

obowiązującej ustawy – Prawo telekomunikacyjne odpowiada zatem wyrażonej w art. 12 ust. 4 EKŁE zasadzie swobody dostarczania sieci łączności elektronicznej i świadczenia usług łączności elektronicznej, przy spełnieniu wyłącznie wymogu zgłoszenia Prezesowi UKE jako krajowemu organowi regulacyjnemu zamiaru rozpoczęcia dostarczania sieci i usług łączności elektronicznej.

Wykonywanie gospodarczej działalności telekomunikacyjnej uregulowane zostało w projekcie nowej ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej poprzez wskazanie wprost dwóch rodzajów rejestrów, prowadzonych przez Prezesa UKE – rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych (dalej jako rejestr PT) oraz rejestru jednostek samorządu terytorialnego (dalej jako rejestr JST). Projektowany przepis art. 5 p.k.e. stanowi w ust. 1, że działalność telekomunikacyjna będąca działalnością gospodarczą jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Wpisowi do rejestru PT podlega również działalność telekomunikacyjna prowadzona przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej (UE) oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, albo państwa, które zawarło z UE i jej państwami członkowskimi umowę regulującą swobodę świadczenia usług, które czasowo świadczy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej usługi na zasadach określonych odpowiednio w przepisach Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[21], umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym albo w przepisach innej umowy regulującej swobodę świadczenia usług. W ustępie 2 projektowanego art. 5 p.k.e. wskazano, że działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1 cytowanej ustawy z 7.05.2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, niebędąca działalnością gospodarczą, prowadzona przez jednostkę samorządu terytorialnego, także w formie niewyodrębnionej w ramach jej osobowości prawnej, jak również w formie wyodrębnionej, w szczególności w formie porozumienia, związku lub stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego, porozumienia komunalnego, spółki kapitałowej lub spółdzielni z udziałem jednostki samorządu terytorialnego, wymaga uzyskania wpisu do rejestru jednostek samorządu terytorialnego wykonujących działalność w zakresie telekomunikacji.

Stwierdzić należy, że projektowany przepis art. 5 ust. 1 i 2 p.k.e. zasadniczo odpowiada w swej treści dotychczasowemu przepisowi art. 10 ust. 1 i ust. 1a p.t. Projektowane art. 5–8 p.k.e. dotyczące funkcjonowania rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych stanowią wdrożenie art. 12 i 14 EKŁE. Przepisy dotyczące rejestru jednostek samorządu terytorialnego wykonujących działalność w zakresie telekomunikacji nie stanowią implementacji Europejskiego kodeksu

[21] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej sporządzony w Rzymie 25.03.1957 r. – wersja skonsolidowana (Dz.Urz. UE C 83, Dz.Urz. UE C 326, s. 47).

łączności elektronicznej. Ich wprowadzenie porządkuje dotychczasowe uregulowania ustawy – Prawo telekomunikacyjne, zawierającej odniesienie przepisów dotyczących przedsiębiorców telekomunikacyjnych i zasad prowadzenia przez nich działalności do jednostek samorządu terytorialnego. Dodatkowo przepisy unijne wyłączyły z obowiązku zgłoszenia dostawców usług komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów, których definicję wprowadza projekt ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej.

WNIOSKI

Europejski kodeks łączności elektronicznej realizuje cel, którym jest objęcie przez regulacje państw członkowskich UE tymi samymi normami prawnymi każdej działalności, polegającej na dostarczaniu sieci oraz na świadczeniu usług łączności elektronicznej, co związane jest z postępującą konwergencją sektorów łączności elektronicznej i mediów. W rezultacie zmodernizowanie zakresu regulacji łączności elektronicznej, poprzez przyjęcie nowych definicji sieci i usług łączności elektronicznej, należy ocenić jako słuszne.

Projekt ustawy Prawo komunikacji elektronicznej, zastępujące w swych założeniach dotychczasową ustawę – Prawo telekomunikacyjne, kompleksowo reguluje zasady wykonywania działalności telekomunikacyjnej, polegającej na świadczeniu publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, dostarczaniu sieci lub świadczeniu usług powiązanych, w tym kwestie dokonywania wpisów do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz rejestru jednostek samorządu terytorialnego wykonujących działalność w zakresie telekomunikacji.

Opracowanie nowej ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej wynika z konieczności wdrożenia do polskiego porządku prawnego przepisów dyrektywy ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej, a zastąpienie dotychczasowej ustawy – Prawo telekomunikacyjne nowym aktem prawnym uzasadnione jest zakresem i ilością zmian oraz koniecznością uregulowania działalności polegającej na zapewnianiu komunikacji elektronicznej, pojęciowo szerszej niż wskazane w dotychczasowej ustawie – Prawo telekomunikacyjne wykonywanie działalności telekomunikacyjnej.

Odnośnie do uregulowań w zakresie usług stwierdzić należy, że ujęcie w Europejskim kodeksie łączności elektronicznej definicji usług łączności elektronicznej skutkuje koniecznością wprowadzenia w projekcie ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej rozróżnienia na usługi komunikacji elektronicznej oraz węższe w swoim zakresie usługi telekomunikacyjne. Szersze pojęciowo świadczenie usług komunikacji elektronicznej oznacza świadczenie usług telekomunikacyjnych lub usług komunikacji interpersonalnej niewykorzystujących numerów. Natomiast świadczeniem usług telekomunikacyjnych jest wykonywanie usług za pomocą własnej sieci, z wykorzystaniem sieci innego operatora

lub sprzedaż we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług, co odpowiada dotychczasowej definicji tych usług zawartej w ustawie – Prawo telekomunikacyjne.

Zawarte w dyrektywie ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej rozszerzenie definicji usługi łączności elektronicznej o usługi łączności interpersonalnej, pozwalające na interaktywną wymianę informacji za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej, świadczone w warstwie aplikacyjnej OTT, skutkuje nałożeniem na dostawców tych usług obowiązków objętych krajowymi regulacjami dotyczącymi wykonywania działalności gospodarczej telekomunikacyjnej, w tym przepisów dotyczących prywatności i ochrony danych osobowych. Nowa kategoryzacja usług w Europejskim kodeksie łączności elektronicznej, pomimo że częściowo wprowadza dwa krzyżujące się zbiory usług, wymagające analizy technologicznych sposobów ich świadczenia celem właściwego zakwalifikowania, wiąże się z obowiązkiem uregulowania w porządkach prawnych państw członkowskich usług łączności interpersonalnej.

Przepis art. 12 EKŁE odnoszący się do ogólnego zezwolenia na sieci i usługi łączności elektronicznej wprost stanowi o obowiązku państw członkowskich zapewniania swobody dostarczania sieci łączności elektronicznej i świadczenia usług łączności elektronicznej. Realizacja tej zasady polega na ogólnym braku ograniczeń w wykonywaniu działalności gospodarczej telekomunikacyjnej na terenie Polski jako państwa członkowskiego, poza wymaganiem wpisu do rejestru prowadzonego przez Prezesa UKE, a także spełnieniem innych wymagań przewidzianych polskim ustawodawstwem, właściwych dla prowadzenia działalności gospodarczej.

Dokonanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego samooceny w zakresie wypełniania warunków do wykonywania działalności telekomunikacyjnej, a następnie złożenie Prezesowi UKE wniosku o wpis do rejestru, wypełnia wymogi zgłoszenia, przewidzianego przepisem art. 12 ust. 3 dyrektywy ustanawiającej EKŁE. Na przedmiotowe zgłoszenie, zgodnie z uregulowaniami Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej, składa się co najwyżej złożona właściwemu krajowemu organowi regulacyjnemu lub innemu właściwemu organowi deklaracja osoby fizycznej lub prawnej o zamiarze rozpoczęcia dostarczania sieci łączności elektronicznej lub świadczenia usług łączności elektronicznej, wraz z możliwie najkrótszą informacją wymaganą w celu umożliwienia właściwemu organowi prowadzenia rejestru lub wykazu dostawców sieci i usług łączności elektronicznej. Stwierdzić należy, że wykonywanie działalności gospodarczej telekomunikacyjnej na terenie RP podlega ogólnemu zezwoleniu, jak stanowi w swych założeniach art. 12 ust. 1 EKŁE. Przedmiotowy przepis jest realizowany w przepisach Prawa telekomunikacyjnego, jak i projektowanej ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej, poprzez wymóg zgłoszenia do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, polegającego na wpisie do rejestru.

ABSTRACT

Justyna Michalak-Królicka
The author is an advocate (District Bar Association in Wroclaw), PhD student at the Faculty of Law and Administration of the Lazarski University in Warsaw, in the course of her doctoral dissertation on telecommunications business activities.

Transposition of the provisions of the directive establishing the European Electronic Communications Code to the Polish legal system in terms of the freedom to provide electronic communications networks and services

The subject of the article is an analysis of the methods of implementing the provisions of the European Electronic Communications Code into the Polish legal system in the field of providing electronic communications networks and services. The telecommunications law will be replaced by the electronic communications law. The requirement to notify the provision of networks and the provision of services other than number-independent interpersonal communications services is duly implemented in national regulations. The draft of the electronic communications law introduces regulations regarding electronic communications and new definitions of services.

Keywords: *European Electronic Communications Code, electronic communications services, BEREC, electronic communications law, OTT, interpersonal communications services*

Justyna Michalak-Królicka
ORCID: 0000-0001-7441-1046; e-mail: kancelaria@jmkadwokat.pl

Autorka jest adwokatem (ORA we Wrocławiu); doktorantką na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie, w toku przewodu doktorskiego na temat wykonywania działalności gospodarczej telekomunikacyjnej.

Pojęcia kluczowe: *prawo ochrony konkurencji, porozumienia antykonkurencyjne, kary dla managerów*

e-PALESTRA
44/2020

Ewa Weinar

NAKŁADANIE KAR PIENIĘŻNYCH NA OSOBY ZARZĄDZAJĄCE ZA NARUSZENIE PRAWA KONKURENCJI – PIERWSZA DECYZJA PREZESA URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Dotychczas praktyka Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów skupiona była na karaniu przedsiębiorców za praktyki naruszające konkurencję, mimo że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów posiadał od 2015 r. kompetencje do karania również osób zarządzających za dopuszczenie do naruszenia zakazów dotyczących zawierania porozumień antykonkurencyjnych. Publikacja w 2020 r. wytycznych w zakresie wymiaru kar dla osób zarządzających oraz pierwsza decyzja Prezesa Urzędu w tej materii wskazują, że kary dla osób zarządzających mogą stać się rzeczywistością. Z wyjaśnień Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wnioskować należy, że kary mogą być surowe.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) opublikował 31.07.2020 r. wyjaśnienia w sprawie wymierzania kar pieniężnych dla osób zarządzających[1] na podstawie art. 106a i 111 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[2]. Publikacja tych wyjaśnień z punktu

[1] Wyjaśnienia w sprawie sposobu wymierzania kar pieniężnych dla osób zarządzających na podstawie art. 106a i 111 u.o.k.i.k., https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16645 (dostęp: 8.12.2020 r.).

[2] Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076), dalej u.o.k.i.k.

widzenia praktyki jest istotna, albowiem mimo wprowadzenia instytucji odpowiedzialności osób prywatnych do polskiego prawa konkurencji w 2015 r. dotychczas Prezes Urzędu przedstawił zarzuty w tym zakresie jedynie w jednej sprawie w 2018 r. Wówczas w ramach postępowania antymonopolowego przedstawiono zarzuty 16 przedsiębiorcom z branży fitness, w tym operatorowi pakietów sportowo-rekreacyjnych Benefit Systems, w ramach tego postępowania zarzuty zostały postawione również osobom zarządzającym[3]. Postępowanie toczyło się wobec sześciu managerów firm będących w zmowie[4].

Zatem od wejścia w życie nowych kompetencji do dnia ogłoszenia wytycznych Prezesa Urzędu instytucja ta była praktycznie martwa i stanowiła co najwyżej ostrzeżenie dla osób zarządzających. Po publikacji wytycznych zaczęto się zastanawiać, jak będzie w tej materii działał Prezes Urzędu. W ostatnim czasie coraz więcej mówiło się o tym, że Prezes Urzędu przywraca w praktyce swoje kompetencje i do końca roku chce zakończyć dwa postępowania dotyczące odpowiedzialności osób zarządzających[5]. W dniu 7.12.2020 r. Prezes Urzędu poinformował, iż w jednej ze spraw nałożył na członka zarządu pierwszą karę pieniężną w wysokości 200.000,00 złotych[6]. Mając powyższe na uwadze, warto przypomnieć instytucję odpowiedzialności osób zarządzających na podstawie obowiązujących przepisów, jak również przybliżyć wytyczne Prezesa Urzędu. Jest to niezwykle istotne, albowiem z analizy wytycznych wynika, iż sposób wymierzania kar pieniężnych nie będzie należał do najłagodniejszych.

1. ODPOWIEDZIALNOŚĆ OSÓB ZARZĄDZAJĄCYCH

Ustawa definiuje osobę zarządzającą jako osobę kierującą przedsiębiorstwem, w szczególności osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy. Osobą zarządzającą będzie członek zarządu, a w przypadku podmiotu nieposiadającego zarządu – osoba odpowiedzialna za kierowanie przedsiębiorstwem, pełniąca funkcję kierowniczą, niepodlegająca służbowo innym osobom. W przypadku spółki osobowej osobą zarządzającą będą wspólnicy. Z kolei w przypadku spółek w upadłości czy likwidacji będzie to odpowiednio syndyk i likwidator. Osobą zarządzającą może być również prokurent, jak i przedsiębiorca prowadzący jednoosobową

[3] Sprawozdanie z działalności UOKIK – 2018 r., https://www.uokik.gov.pl/publikacje.php?tag=1 (dostęp: 8.12.2020 r.).

[4] Zob. https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=14496 (dostęp: 8.12.2020 r.).

[5] Zob. https://www.bankier.pl/wiadomosc/Szykuja-sie-kary-dla-menedzerow-od-UOKiK-8008000.html (dostęp: 8.12.2020 r.).

[6] Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie zmowy na warszawskim rynku ciepła. Pierwsza kara dla menedżera, https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=17000 (dostęp: 8.12.2020 r.).

działalność gospodarczą[7]. Nie należy zapominać, iż osobą zarządzającą może być także manager wyższego szczebla w ramach struktury korporacyjnej.

Zgodnie z przepisem art. 106a u.o.k.i.k. Prezes Urzędu może nałożyć na osobę zarządzającą karę pieniężną w wysokości do 2.000.000 złotych, jeżeli osoba ta umyślnie dopuściła do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 u.o.k.i.k. lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[8], tj. za dopuszczenie do naruszenia zakazów dotyczących zawierania porozumień antykonkurencyjnych. Nałożenie kary przez Prezesa Urzędu jest fakultatywne, jednak kara może zostać nałożona na kilka osób jednocześnie. Ustawa wyłącza możliwość nałożenia kary pieniężnej, jeżeli na osobę zarządzającą będącą przedsiębiorcą została już nałożona kara pieniężna na podstawie art. 106 u.o.k.i.k. za to samo naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 106a ust. 1. Kara nakładana jest wyłącznie w drodze decyzji.

Kara pieniężna może zostać obniżona w trybie przepisu art. 89a u.o.k.i.k., tj. w ramach procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej. Ponadto osoba zarządzająca może złożyć wniosek *leniency* (o złagodzenie kary). Wniosek złożony przez przedsiębiorcę obejmuje jego osoby zarządzające, natomiast wniosek złożony przez osobę zarządzającą nie obejmuje przedsiębiorcy, u którego ta osoba pełniła funkcję zarządczą[9].

2. WYTYCZNE W SPRAWIE KALKULACJI KARY PIENIĘŻNEJ

Do publikacji wytycznych nie było jasne, w jaki sposób Prezes Urzędu będzie kalkulował potencjalną karę, skoro ustawa określa jedynie próg maksymalny.

Zaznaczyć należy, iż wyjaśnienia Prezesa Urzędu nie mają charakteru prawnie wiążącego, jednak – jak wskazano w samych wytycznych – fakt ich opublikowania należy interpretować w ten sposób, że Prezes Urzędu zamierza ustalać wysokość kar pieniężnych dla osób zarządzających za naruszenia reguł konkurencji w sposób zaprezentowany w wytycznych.

Sposób ustalania wysokości kar został podzielony w wytycznych Prezesa Urzędu na kilka etapów:
- ustalenie kwoty podstawowej;
- ustalenie stopnia wpływu na naruszenie;
- ustalenie okoliczności łagodzących i obciążających;
- ustalenie okresu naruszenia;
- ustalenie uprzednich naruszeń;
- ustalenie adekwatności kary do naruszenia;
- weryfikacja maksymalnego wymiaru kary.

7 *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014.
8 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 326, s. 47).
9 *Polskie prawo antymonopolowe, zarys wykładu*, red. C. Banasiński, Warszawa 2018, s. 244.

2.1. Ustalenie kwoty podstawowej

W pierwszej kolejności Prezes Urzędu ustali kwotę podstawową, biorąc pod uwagę charakter naruszenia. Będą rozróżniane trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe.

Do kategorii bardzo poważnych naruszeń zalicza się kartele oraz porozumienia horyzontalne (pomiędzy konkurentami), jak również pomocnictwo i koordynowanie ustaleń pomiędzy konkurentami przez podmiot trzeci. Jako poważne naruszenie będą uznawane porozumienia wertykalne (pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu) w zakresie ustalania cen lub ograniczania sprzedaży pasywnej. Wszystkie inne naruszenia będą należały do kategorii trzeciej – pozostałe. W zależności od przyjętej kwalifikacji Prezes Urzędu wybierze odpowiednią kwotę bazową dla danego naruszenia:

– bardzo poważne naruszenia: 75.000,00–300.000,00 zł;
– poważne naruszenia: 50.000,00–100.000,00 zł;
– pozostałe: 10.000,00–75.000,00 zł.

Przy ustalaniu kwoty podstawowej Prezes Urzędu weźmie pod uwagę, iż w konkretnej sprawie naruszenie poważne może mieć istotniejszy wydźwięk niż naruszenie bardzo poważne.

2.2. Ustalenie stopnia wpływu na naruszenie

Kwota podstawowa będzie poddawana dalszej weryfikacji. W drugim etapie Prezes Urzędu uwzględni stopień wpływu danej osoby zarządzającej na naruszenie.

W tym etapie zostały przewidziane również trzy rodzaje stopniowania: wysoki, średni i umiarkowany stopień wpływu. W tej kategorii zostanie uwzględniona intensywność działań lub zaniechań czy też pozycja osoby w hierarchii korporacyjnej.

Po ustaleniu stopnia wpływu osoby zarządzającej na naruszenie Prezes Urzędu dokona pomnożenia kwoty bazowej według następującego schematu:

– wysoki stopień: 0,75–1,25;
– średni stopień: 0,35–0,75;
– umiarkowany stopień: 0,15–0,35.

2.3. Ustalenie okoliczności łagodzących i obciążających

W dalszym etapie Prezes Urzędu uwzględni okoliczności łagodzące i obciążające, jakie występują w realiach danej sprawy. Jako okoliczność obciążająca zostanie np. uwzględnione pełnienie roli organizatora, inicjatora porozumienia ograniczającego konkurencję, nakłanianie innych przedsiębiorców lub osób do uczestnictwa w porozumieniu lub uzyskanie znacznych korzyści przez

osobę zarządzającą w związku z dokonanym naruszeniem. Okolicznością obciążającą będzie też przymuszanie, wywieranie presji lub stosowanie środków odwetowych w stosunku do innych przedsiębiorców lub osób w celu wprowadzenia w życie lub kontynuowania naruszenia.

Jako okoliczność łagodząca może zostać uwzględnione np. działanie pod przymusem lub przyczynienie się do dobrowolnego usunięcia przez przedsiębiorcę skutków naruszenia. Okolicznością łagodzącą będzie też przyczynienie się do zaniechania przez przedsiębiorcę z własnej inicjatywy stosowania niedozwolonej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu.

Ustalone okoliczności łagodzące lub obciążające podwyższą bądź obniżą wcześniej wyliczoną kwotę kary o maksymalnie 50%.

2.4. Ustalenie okresu naruszenia

W następnym i jeszcze nie ostatnim etapie kalkulacji ustalona dotychczas kwota zostanie pomnożona przez liczbę lat, przez które osoba zarządzająca była odpowiedzialna za naruszenie. W tym zakresie przewidziany jest również taryfikator:

– okres pół roku lub mniej: 0,5;
– więcej niż rok: liczba lat.

Dodatkowo, jeśli w ostatnim rozpoczętym roku naruszenia czas trwania naruszenia będzie wynosił więcej niż 6 miesięcy, Prezes Urzędu wówczas powiększy mnożnik o 0,5.

2.5. Ustalenie poprzednich naruszeń

W kolejnej fazie Prezes Urzędu uwzględni, czy osoba zarządzająca dokonała uprzednio innego naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w przypadku pozytywnej weryfikacji kara zostanie powiększona o 5% za każdy przypadek naruszenia. Naruszenia o charakterze podobnym do badanego nie będą uwzględniane na tym etapie, gdyż zostaną uwzględnione jako okoliczność obciążająca.

2.6. Ustalenie adekwatności kary do naruszenia

W dalszym etapie ustalania kary zostanie dokonana weryfikacja adekwatności kary do naruszenia. Prezes Urzędu sprawdzi, czy kara jest wystarczająca do realizacji funkcji odstraszającej i nie pozostaje rażąco nieadekwatna w realiach sprawy. Na tym etapie zostanie też zweryfikowana relacja wyliczonej kary do przychodów osoby zarządzającej, jak i do jej sytuacji ekonomicznej.

2.7. Weryfikacja maksymalnego wymiaru kary

W ostatniej fazie kalkulacji kary zostanie zweryfikowane, czy wyliczona na wcześniejszych etapach kara nie przekracza ustawowego progu 2.000.000,00 zł. Jeśli kalkulacja przekroczy ten próg, kara zostanie automatycznie obniżona do wysokości maksymalnej.

3. PIERWSZA KARA DLA OSOBY ZARZĄDZAJĄCEJ

W dniu 7.12.2020 r. Prezes Urzędu poinformował o decyzji z 3.12.2020 r. – pierwszej decyzji polskiego urzędu antymonopolowego nakładającej na osobę zarządzającą karę pieniężną[10].

Kara została nałożona na ówczesnego Prezesa Zarządu Veolia Energia Warszawa S.A. Jacky'ego Lacombe'a w wysokości 200.000,00 złotych, uznano go za winnego naruszenia prawa konkurencji.

Jednocześnie Prezes Urzędu odstąpił od nałożenia kary w stosunku do ówczesnego Prezesa Zarządu PGNiG Termika S.A. Marka Deca. W niniejszej sprawie PGNiG Termika S.A. skorzystała z programu łagodzenia kar *leniency*, w konsekwencji Prezes Urzędu odstąpił od nałożenia kary na ten podmiot, jak również na osobę zarządzającą, albowiem wniosek *leniency* złożony przez spółkę obejmuje z mocy prawa osobę zarządzającą.

Decyzja Prezesa Urzędu dotyczy rynku wytwarzania i sprzedaży ciepła na terenie miasta Warszawy i uzgodnień przedsiębiorców w latach 2014–2017. Organ ochrony konkurencji uznał, że przedsiębiorcy naruszyli prawo konkurencji poprzez zawarcie zmowy cenowej i porozumienia o podziale rynku. Prezes Urzędu nałożył na Veolia Energia Warszawa S.A. karę pieniężną w wysokości 92.208.077,56 zł, na Veolia Energia Polska S.A. karę pieniężną w wysokości 27.546.221,35 zł.

Oczywiście decyzja Prezesa Urzędu nie jest prawomocna, przysługuje od niej odwołanie do sądu, i należy się go spodziewać. Niezależnie od słuszności zarzutów postępowanie sądowe daje możliwość obniżenia nałożonej kary.

4. WNIOSKI

Obecnie urzędujący Prezes Urzędu Tomasz Chróstny potwierdził dotychczasowe zapowiedzi o planowanym zakończeniu postępowań wobec osób zarządzających. Decyzja z 3.12.2020 r. nakładająca karę pieniężną na osobę zarządzającą za naruszenie przepisów antymonopolowych jest pierwszą tego rodzaju decyzją polskiego urzędu antymonopolowego. Na chwilę obecną nie

[10] Decyzja Prezesa Urzędu z 3.12.2020 r. nr DOK-5/2020, https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=17000&news_page=2 (dostęp: 8.12.2020 r.).

ma jeszcze uzasadnienia wydanej decyzji, natomiast należy stwierdzić, że kara w wysokości 200.000,00 złotych nałożona na osobę fizyczną jest karą wysoką.

Mając na uwadze szerokie wytyczne, w tym surowość i skrupulatność ścieżki wyliczenia potencjalnych kar dla osób zarządzających, można podejrzewać, że to początek działalności Prezesa Urzędu w tym obszarze.

Wydaje się, że należy się spodziewać surowych kar pieniężnych nakładanych na osoby zarządzające. Z dotychczasowej praktyki nakładania kar pieniężnych na przedsiębiorców można wnioskować, że rolą pełnomocnika osoby zarządzającej będzie dążenie do obniżenia kary (jeśli oczywiście będą podstawy do jej nałożenia) poprzez przedstawienie w toku postępowania przed Prezesem Urzędu okoliczności łagodzących pozwalających na redukcję kary, która może zostać nałożona na klienta.

W indywidualnych przypadkach powinna być wzięta pod rozwagę możliwość skorzystania przez osobę zarządzającą z procedury dotyczącej łagodzenia kary – *leniency* czy procedury dobrowolnego poddania się karze. Z procedury *leniency* skorzystała PGNiG Termika S.A., dzięki temu wraz z osobą zarządzającą uniknęli blisko pół miliarda złotych kar[11].

Na tym przykładzie warto podkreślić, jak ważne są procesy wewnętrze u przedsiębiorców, w tym istnienie programu *compliance* jako narzędzia skutecznego wdrażania prawa konkurencji, co pozwala na weryfikację zgodności działania przedsiębiorców i managerów z przepisami antymonopolowymi.

ABSTRACT

Ewa Weinar

The author is an advocate (District Bar Association in Warsaw). She specializes in civil and commercial law, in particular competition law. She graduated from the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw. She also holds a second degree in French private commercial law from Université d'Orléans. She also completed postgraduate studies in competition law at the Polish Academy of Sciences.

Imposing fines on managers for violating competition law – the first decision of the President of Office of Competition and Consumer Protection

Although the President of Office of Competition and Consumer Protection has had from 2015 the competence to punish the managers for breaching prohibitions on entering

[11] *Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie zmowy na warszawskim rynku ciepła. Pierwsza kara dla menedżera*, https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=17000 (dostęp: 8.12.2020 r.).

into anti-competitive agreements, so far, its activity has been focused on punishing the entrepreneurs for practices infringing competition. However, the guidelines regarding the level of penalties for managers as well as the first decision of the President of Office of Competition and Consumer Protection, both of 2020 indicate that penalties for managers may now become a reality. The position of the President of Office of Competition and Consumer Protection may lead to the conclusion that the said penalties may be severe.

Keywords: *competition law, anti-competitive agreements, penalties for managers, Office of Competition and Consumer Protection*

Ewa Weinar
e-mail: ewa.weinar@adwokatura.pl

Autorka jest adwokatem (ORA w Warszawie) specjalizującym się w zagadnieniach prawa cywilnego oraz prawa gospodarczego, ze szczególnym uwzględnieniem prawa konkurencji. Jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Jest także absolwentką studiów II stopnia francuskiego prawa prywatnego gospodarczego na Université d'Orléans. Ukończyła również podyplomowe studia w Polskiej Akademii Nauk w zakresie prawa konkurencji.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie zmowy na warszawskim rynku ciepła. Pierwsza kara dla menedżera, https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=17000 (dostęp: 8.12.2020 r.)

Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu, red. C. Banasiński, Warszawa 2018

Sprawozdanie z działalności UOKIK – rok 2018, https://www.uokik.gov.pl/publikacje.php?tag=1 (dostęp: 8.12.2020 r.)

Szykują się kary dla menedżerów od UOKiK, https://www.bankier.pl/wiadomosc/Szykuja-sie-kary-dla-menedzerow-od-UOKiK-8008000.html (dostęp: 8.12.2020 r.)

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, red. T. Skoczny, Warszawa 2014

Wyjaśnienia w sprawie sposobu wymierzania kar pieniężnych dla osób zarządzających na podstawie art. 106 a i art. 111 u.o.k.i.k., https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16645 (dostęp: 8.12.2020 r.)

Zmowy na rynku fitness? Postępowanie UOKiK, https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=14496 (dostęp: 8.12.2020 r.)

Pojęcia kluczowe: *zawieszenie przedawnienia, przedawnienie karalności, stan epidemii*

e-PALESTRA
7/2020

Jan Kluza

ZAWIESZENIE TERMINÓW PRZEDAWNIENIA KARALNOŚCI CZYNÓW ZABRONIONYCH W CZASIE PANDEMII KORONAWIRUSA

Artykuł ma za zadanie omówienie słuszności rozwiązania przyjętego przez parlament w ramach tzw. tarczy antykryzysowej, na podstawie którego zawieszony został bieg przedawnienia czynów karalnych na czas ogłoszonego stanu zagrożenia epidemicznego i stanu epidemii. Wątpliwości związane z tą regulacją dotyczą nie tylko samej słuszności tego rozwiązania, lecz odnoszą się także do praktycznych problemów z funkcjonowaniem tego przepisu, w szczególności początkowej daty zawieszenia przedawnienia.

Wobec postępującego stanu zagrożenia wynikającego z szerzenia się pandemii koronawirusa SARS-CoV-2 z dniem 14.03.2020 r. wprowadzono najpierw stan zagrożenia epidemicznego[1], który był kilka razy uszczegóławiany[2], a następnie z dniem 20.03.2020 r. uchylono go[3] i wprowadzono z dniem 20.03.2020 r.

[1] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 13.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. poz. 433).

[2] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 14.03.2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 441); rozporządzenie Ministra Zdrowia z 16.03.2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 461); rozporządzenie Ministra Zdrowia z 18.03.2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 478).

[3] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 490).

stan epidemii[4]. Podstawę prawną wprowadzenia obu tych stanów stanowią przepisy ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi[5]. Trzeba jednak dodać, że w ekspresowym tempie 2.03.2020 r. uchwalona została ustawa o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych[6], która miała na celu wprowadzenie ogólnych przepisów i podstaw umożliwiających pracę zdalną i świadczenie opiekuńcze.

Co wynika zatem z wprowadzonych przepisów w kwestii zawieszenia terminów przedawnienia karalności czynów zabronionych w czasie pandemii koronawirusa?

W związku z postępującą liczbą przypadków zagrożenia koronawirusem i wprowadzeniem niezbędnych obostrzeń, w sposób zasadniczy ograniczono między innymi funkcjonowanie sądów, najpierw w drodze czynności podejmowanych przez prezesów poszczególnych sądów, co finalnie doprowadziło do uchwalenia ustawy nowelizującej[7], potocznie nazywanej tarczą, która wprowadziła wiele rozwiązań w zakresie biegu terminów procesowych, sądowych i ustawowych.

Jednym z zakresów, których dotyka ustawa nowelizująca, jest bieg terminów przedawnienia czynów zabronionych. Zagadnieniu temu poświęcona zostanie dalsza część artykułu.

W omawianym zakresie art. 15zzr ust. 1 ustawy COVID-19, w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą, stanowi, że w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 bieg przewidzianych przepisami prawa administracyjnego terminów wymienionych w tym przepisie w pkt 1–6 nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu na ten okres. Artykuł 15zzr ust. 6 ustawy COVID-19 stanowi zaś, że **w okresie, o którym mowa w ust. 1, nie biegnie przedawnienie karalności czynu oraz przedawnienie wykonania kary w sprawach o przestępstwa, przestępstwa i wykroczenia skarbowe oraz w sprawach o wykroczenia.** Co istotne, do zmiany projektodawca w uzasadnieniu ustawy tej w żaden

[4] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 491).

[5] Ustawa z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2019 r. poz. 1239 ze zm.).

[6] Ustawa z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. poz. 374), zwana dalej ustawą COVID-19.

[7] Ustawa z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 568), zwana dalej tarczą, ustawą nowelizującą, nowelą.

sposób nie odnosi się. W punkcie 2.65 uzasadnienia[8] odniesiono się bowiem jedynie do uzasadnienia terminów wskazanych w art. 15zzr ust. 1 ustawy COVID-19, tj. terminów prawa administracyjnego i *de facto* cywilnego, przy czym w ostatecznie przyjętym tekście ustawy z przepisu tego wykreślono fragment mówiący o prawie cywilnym. W związku z tak lakonicznym sformułowaniem ustawy rodzi się pytanie na temat konsekwencji wprowadzenia tego przepisu oraz tego, czy w istocie ze względu na uregulowanie zawarte w art. 4 § 1 Kodeksu karnego[9] art. 15zzr ust. 6 ustawy COVID-19 może mieć zastosowanie.

Bieg terminów przedawnienia przestępstw, do czego ograniczona zostanie niniejsza analiza, określony został w art. 101 § 1 k.k. w przypadku przestępstw publicznoskargowych oraz w § 2 w stosunku do przestępstw prywatnoskargowych. Zastosowanie ustawy względniejszej, zgodnie z art. 4 § 1 k.k., w stosunku do zmian terminu przedawnienia, zostało jednak przez ustawodawcę ograniczone. Przykładowo, wobec przedłużenia z dniem 3.08.2005 r. terminu przedawnienia w stosunku do przestępstw zagrożonych karą grzywny lub ograniczenia wolności poprzez uchylenie art. 101 § 1 pkt 5 k.k. przewidującego termin przedawnienia 3 lat i objęciem tego rodzaju przestępstw zakresem stosowania zmienionego art. 101 § 1 pkt 4 k.k., przewidującego przedawnienie pięcioletnie, regułę intertemporalną określającą właściwy termin przedawnienia dla czynów popełnionych przed 3.08.2005 r. zawiera art. 3 ustawy zmieniającej[10]. Zgodnie z nim do czynów popełnionych przed wejściem w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy Kodeksu karnego o przedawnieniu w brzmieniu nadanym tą ustawą, chyba że termin przedawnienia już upłynął. Wobec tego w razie popełnienia przestępstwa z art. 186 § 3 k.k. (przewidującego jedynie sankcję grzywny albo ograniczenia wolności) w dniu 1.08.2003 r., jego karalność ustanie z upływem 5 lat, podczas gdy w razie popełnienia czynu 1.08.2002 r. przedawnienie nastąpiłoby 1.08.2005 r., ponieważ trzyletni wówczas termin przedawnienia nastąpiłby przed wejściem w życie zmiany art. 101 § 1 pkt 4 k.k.

Analogiczne rozwiązanie, skutkujące przedłużeniem przedawnienia, przyjęto w art. 15 przepisów wprowadzających Kodeks karny z 1997 r.[11] Rozwiązanie to wynika z faktu, że „nastąpienie w przyszłości przedawnienia nie jest dla sprawcy przestępstwa ekspektatywą i z terminu przedawnienia, dopóki przedawnienia nie nastąpi, nie wynikają dla sprawcy żadne prawa"[12]. Należy jednak zwrócić uwagę, że rozwiązanie takie musi być wyraźnie przejęte przez ustawodawcę w ramach odpowiednich przepisów przejściowych, zaś w razie ich braku – zgodnie

8 Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm IX kadencji, s. 55–56.
9 Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.), dalej k.k.
10 Ustawa z 3.06.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. nr 132, poz. 1109).
11 Ustawa z 6.06.1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz.U. nr 88 poz. 554 ze zm.).
12 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12.03.2008 r. (II AKa 356/07), LEX nr 447045.

z regułą z art. 4 § 1 k.k. – dłuższy termin przedawnienia nie może znaleźć zastosowania do czynów popełnionych przed nowelizacją[13]. Odnosząc powyższe przykłady do ustawy COVID-19, trzeba stwierdzić, że nie dokonuje ona jednak zmiany terminów przedawnienia w rozumieniu art. 101 k.k. i mimo zatem faktycznego przedłużenia ustawowego biegu przedawnienia, brak jest podstaw do twierdzenia, że w sytuacji tej znaleźć może zastosowanie art. 4 § 1 k.k.

Jak wskazuje Sz. Tarapata i A. Zoll[14], podobne wszak rozwiązanie ustawodawca zastosował w art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. wprowadzonym na mocy noweli z 1995 r.[15] oraz w art. 9 § 1 przepisów wprowadzających Kodeks karny.

Instytucja wprowadzona art. 16zzr ust. 6 ustawy COVID-19 nie jest jednak *novum* w zakresie liczenia biegu przedawnienia, ponieważ zasadniczy w tym względzie jest przepis art. 104 § 1 k.k., przewidujący, że przedawnienie nie biegnie, jeżeli przepis ustawy nie pozwala na wszczęcie lub dalsze prowadzenie postępowania karnego (nie dotyczy to jednak braku wniosku albo oskarżenia prywatnego). Tym samym ustawa COVID-19 przewiduje tożsamy skutek co art. 104 § 1 k.k. i stanowi odrębną dodatkową przesłankę spoczywania biegu przedawnienia karalności przestępstwa. Podkreślenia jednak wymaga, że spoczywanie biegu przedawnienia w oparciu o art. 104 k.k. dotyczy przeszkody prawnej, a nie faktycznej, a więc przede wszystkim immunitetu niepozwalającego na prowadzenie postępowania (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.)[16].

Z art. 104 § 1 k.k. wynikają zatem dwa rodzaje skutków, a mianowicie brak rozpoczęcia biegu przedawnienia, jeśli przeszkoda prawna istniała od początku, który biegnie dopiero po jej ustaniu, albo też zawieszenie jego biegu, jeśli przeszkoda powstała w trakcie biegu terminu, który biegnie dalej dopiero po jej ustaniu. Istotą zawieszenia przedawnienia w oparciu o art. 104 § 1 k.k. jest zatem istnienie przepisu ustawowego, który wyłączałby prowadzenie postępowania przeciwko danej osobie, wobec czego postępowanie może się toczyć w fazie *in rem* do czasu wskazania, że sprawcą jest osoba korzystająca z immunitetu[17].

Na tym tle jednoznacznie wypowiedział się Sąd Najwyższy, wskazując, że „przepis stanowiący o spoczywaniu biegu przedawnienia ma na względzie jedynie przeszkody natury prawnej wynikające z samej ustawy, które nie pozwalają na wszczęcie lub dalsze prowadzenie postępowania karnego (np. immunitety), a nie przeszkody natury faktycznej w rodzaju choroby sprawcy lub niemożności jego ujęcia. Zawieszenie postępowania karnego nie wstrzymuje

[13] Sz. Tarapata, A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, t. 1, cz. 2, s. 810.

[14] Sz. Tarapata, A. Zoll (w:) *Kodeks...*, s. 853.

[15] Ustawa z 12.07.1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym (Dz.U. nr 95, poz. 475).

[16] Sz. Tarapata, A. Zoll (w:) *Kodeks...*, s. 849.

[17] B. Janusz-Pohl, *Spoczywanie biegu terminu przedawnienia karalności a ochrona immunitetowa*, „Przegląd Sądowy" 2010/2, s. 79.

więc biegu przedawnienia"[18]. Co istotne, taka restrykcyjna i zawężająca wykładnia przesłanek zawieszenia biegu przedawnienia jest ugruntowana w orzecznictwie Sądu Najwyższego już od lat 70 XX w.[19]

Na tym tle regulacja zawarta w art. 15zzr ust. 6 ustawy COVID-19 prezentuje się inaczej. Mimo normatywnego określenia tej przesłanki we wskazanym wyżej przepisie ustawy, ma ona bardziej charakter przeszkody faktycznej niż prawnej. Przepis ten nie uniemożliwia przecież prowadzenia postępowania i nie stanowi o tym, że nie jest dopuszczalne jego wszczęcie. W swej istocie przesłanka, o jakiej mowa w tym przepisie, jest zbliżona do zawieszenia postępowania (art. 22 Kodeksu postępowania karnego[20]), które na gruncie obecnego stanu prawnego nie stanowi podstawy do zawieszenia przedawnienia[21].

Zbliżony bowiem charakter do zawieszenia postępowania ma wprowadzona regulacja w art. 15zzs ust. 1 ustawy COVID-19 wstrzymująca bieg terminów procesowych i sądowych oraz wynikająca z art. 14a ust. 4 tej ustawy możliwość wstrzymania rozpoznawania spraw poza katalogiem spraw pilnych wynikających z tego przepisu. W związku z tym jest to *prima facie* sytuacja, która powinna być oceniana na równi z takimi okolicznościami faktycznymi jak długotrwała choroba oskarżonego czy jego ukrywanie się uniemożlwiające jego schwytanie. Różnica między obu tymi przypadkami sprowadza się do skali zjawiska – w przypadku zawieszania przedawnienia z powodu ogłoszonego stanu epidemii dotyczy ono wszystkich czynów i ma charakter generalny i abstrakcyjny. Trzeba jednak zauważyć, że mimo ogłoszonego stanu epidemii, funkcjonowanie organów wymiaru sprawiedliwości, choć ograniczone, ma jednak dalej miejsce. Istotą zaś przedawnienia jest to, że po upływie określonego w ustawie terminu, który ustawodawca określił w latach w zależności od stopnia społecznej szkodliwości czynu wyrażonego w grożącej za ten czyn sankcji karnej, sprawca unika odpowiedzialności karnej za popełniony czyn. Skutkiem tego jest to, że w sytuacji kiedy do czasu upływu okresu przedawnienia (który podlega przedłużeniu zgodnie z art. 102 k.k. w razie wszczęcia postępowania w fazie *in rem* o 10 lat w przypadku przestępstw publicznoprawnych i 5 lat w stosunku prywatnoskargowych), niezależnie od okoliczności, nie doszło do prawomocnego zakończenia postępowania, sprawca nie może ponosić odpowiedzialności karnej, zaś postępowanie podlega umorzeniu (art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.).

Nieracjonalność tak stanowczego rozwiązania wynikającego z art. 15zzr ust. 6 ustawy COVID-19 wynika jednoznacznie z faktu, że takiego rozwiązania

18 Postanowienie SN z 24.11.2016 r. (II KK 296/16), LEX nr 2200382.

19 R. Kmiecik, *„Spoczywanie" przedawnienia karalności przestępstw*, „Państwo i Prawo" 2010/9, s. 4.

20 Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.), dalej k.p.k.

21 A. Sakowicz (w:) *Kodeks karny. Cześć ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 1267.

nie przewiduje ustawa o stanie wyjątkowym[22], tj. stanie nadzwyczajnym, który zwykło się traktować jako „środkowy" spośród trzech stanów nadzwyczajnych, jeśli chodzi o stopień ograniczenia wolności obywatelskich. Rozwiązania takiego nie przewiduje nawet ustawa o stanie wojennym[23].

Mając ponadto na względzie to, że w przypadku stanu wyjątkowego czas jego trwania wyraźnie ogranicza art. 230 ust. 1 i 2 Konstytucji RP (w sumie nie może przekraczać 150 dni) należy stwierdzić, że zawieszenie biegu przedawnienia karalności przestępstwa w stanie zagrożenia epidemicznego i stanie epidemii ogłaszanym przez Ministra Zdrowia na czas nieokreślony jawi się jako rażąco nieproporcjonalne.

Istotnym zagadnieniem jest też to, z jaką datą bieg przedawnienia uległ zawieszeniu. Ze względu na kategoryczne brzmienie art. 15zzr ust. 6 ustawy COVID-19 zawieszenie przedawnienia karalności czynu następuje *ex lege* bez konieczności wydawania w tym przedmiocie jakiegokolwiek rozstrzygnięcia[24]. Jako kryterium zawieszenia przedawnienia ustawa przyjmuje stan zagrożenia epidemicznego albo stan epidemii ogłoszony z powodu COVID-19. Artykuł 101 ustawy wprowadzającej ten przepis stanowi, że wchodzi ona w życie, co do zasady, z dniem ogłoszenia, co nastąpiło 31.03.2020 r. Problem jednak w tym, że w oparciu o ustawę o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń stan zagrożenia epidemicznego został wprowadzony już 14.03.2020 r., a następnie zastąpiony stanem epidemii z dniem 20.03.2020 r. Rodzi się zatem pytanie, czy w oparciu o omawiany przepis doszło do zawieszenia biegu przedawnienia z dniem 14.03.2020 r., gdy wprowadzono pierwszy z tych stanów, czy też z dniem 31.03.2020 r., tj. dniem ogłoszenia ustawy – innymi słowy, czy ustawa w tym zakresie działa wstecz? Różnica tych 16 dni może mieć bowiem w przyszłości istotne znaczenie, nie wspominając już o tym, że możliwa jest sytuacja, że w okresie pomiędzy 14 a 30.03.2020 r. nastąpiło przedawnienie karalności pewnych czynów popełnionych lata temu.

W tym względzie nie sposób jest uznać, aby datą początkową zawieszania przedawnienia był 14.03.2020 r., lecz z istoty zakazu retroaktywności prawa musi wynikać, że zawieszenie to nastąpiło z dniem 31.03.2020 r. I choć Konstytucja RP nie wyraża uniwersalnego zakazu działania prawa wstecz, a zakaz taki *explicite* odnosi się tylko do zasady odpowiedzialności karnej (art. 42 ust. 1 Konstytucji),

[22] Ustawa z 21.06.2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz.U. z 2017 r. poz. 1928).

[23] Ustawa z 29.08.2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2017 r. poz. 1932 ze zm.).

[24] Przy czym warto wskazać, że w zakresie immunitetu sędziowskiego Sąd Najwyższy stwierdził, że spoczywanie biegu przedawnienia w stosunku do sędziego zaczyna się dopiero z dniem uprawomocnienia się uchwały sądu dyscyplinarnego odmawiającej zezwolenia na ściganie sędziego – postanowienie SN z 10.01.2008 r. (SNO 84/07), Legalis nr 511868, jednak orzeczenie to spotkało się ze słuszną krytyką.

tym niemniej wywodzony jest on z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego i zasady zaufania obywatela do państwa[25]. Mimo pewnej niekiedy dopuszczalności działania ustawy wstecz, w omawianym przypadku nie może to mieć miejsca z uwagi na pogorszenie sytuacji jednostki oraz rozszerzenie w czasie jej odpowiedzialności karnej. Początkową datą zawieszenia biegu przedawnienia czynów zabronionych będzie zatem 31.03.2020 r., tj. dzień ogłoszenia ustawy.

Posiłkowo należy również odwołać się do brzmienia art. 101 ustawy nowelizującej, który przyjmuje tę datę jako datę wejścia w życie, a w katalogu wyjątków wchodzących w życie z innym dniem nie wymienia przepisu wprowadzającego art. 15zzr do ustawy COVID-19. W momencie uchwalenia omawianego przepisu nie było też jasne, kiedy przedawnienie rozpoczęłoby dalszy bieg. Omawiany przepis dotyczy bowiem okresu obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego i epidemii, które zostały ogłoszone do odwołania, jednak wątpliwość ustania zawieszenia przedawnienia wiąże się z realną możliwością wprowadzenia któregoś ze stanów nadzwyczajnych. W takiej sytuacji powstałyby wątpliwości, czy wprowadzony stan nadzwyczajny zastąpiłby stan epidemii, czy też obowiązywałyby one równocześnie. Gdyby zaś stan wyjątkowy lub klęski żywiołowej zastąpił stan epidemii, doszłoby do kuriozalnej sytuacji, że z uchyleniem stanu epidemii bieg przedawnienia począłby biec dalej, ponieważ, jak wskazano wyżej, w obu tych stanach nie przewidziano jak na razie analogicznego rozwiązania. Wątpliwości w tym względzie rozwiewa, jakby się mogło wydawać, kolejna z procedowanych ustaw w ramach tzw. tarczy antykryzysowej, a mianowicie ustawa przyjęta przez Sejm 30.04.2020 r.[26] Zgodnie bowiem z art. 46 pkt 18 ustawy z 30.04.2020 r. uchylony zostaje art. 15zzr ustawy COVID-19, którego ust. 6 stanowił podstawę do zawieszenia przedawnienia karalności przestępstw. Ustawodawca zatem zdecydował się zrezygnować z zawieszenia biegu przedawnienia karalności przestępstw mimo nadal obowiązującego stanu epidemii.

Wobec uchylenia tego przepisu rodzi się pytanie, jakie taki zabieg legislacyjny wywołuje skutki. Stwierdzić trzeba, że uchylenie art. 15zzr ustawy COVID-19 nie powoduje uchylenia jego znaczenia *ex tunc* w ten sposób, że nie powoduje cofnięcia skutków zawieszenia z mocą wsteczną. Tym niemniej trafniejszym rozwiązaniem legislacyjnym wydaje się być znowelizowanie brzmienia art. 15zzr ust. 6 ustawy COVID-19 poprzez nadanie mu brzmienia, w którym wprost wskazano by, w jakim okresie przedawnienie karalności przestępstw nie

[25] J. Kornaszewska *Zasada „lex retro non agit". Czy prawo nie działa wstecz?*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2018/2, s. 173.

[26] Ustawa z 30.04.2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, druk sejmowy nr 344 ze zm., Sejm IX kadencji; przekazana do Senatu, druk senacki nr 106.

biegło. Dodatkowe komplikacje zawiera uregulowanie zawarte w art. 69 ust. 5 ustawy z 30.04.2020 r., który należy poczytywać za przepis przejściowy wobec uchylenia art. 15zzr ustawy COVID-19. Problem jednak w tym, że w powołanym przepisie ustawodawca wskazuje, że z dniem wejścia w życie tej ustawy rozpoczyna się bieg przedawnienia karalności czynu oraz przedawnienia wykonania kary w sprawach o przestępstwa, przestępstwa i wykroczenia skarbowe oraz w sprawach o wykroczenia. Ustawodawca w omawianym ust. 5 skorelował to rozwiązanie z ust. 1, który reguluje rozpoczęcie biegu terminów określonych w art. 15zzr ust. 1 COVID-19, które w ogóle nie rozpoczęły swego biegu.

Na gruncie zawieszonego na mocy art. 15zzr ust. 6 ustawy COVID-19 biegu przedawnienia karalności przestępstw termin przedawnienia nie rozpoczął się jednak jedynie w stosunku do przestępstw popełnionych w okresie zawieszenia. W art. 69 ust. 5 ustawy z 30.04.2020 r. nawiązał zatem tylko do tej sytuacji, ponieważ z gramatycznej wykładni tego przepisu nie można wywieźć, że odnosi się on także do już biegnącego przedawnienia karalności przestępstw, które to zostało zawieszone w oparciu o art. 15zzr ust. 6 ustawy COVID-19.

Nie sposób jednak uznać, że sformułowanie tego przepisu jest trafne, ponieważ w gruncie rzeczy przepis ten, inaczej niż art. 69 ust. 1, nie odwołuje się do żadnych terminów, co doprowadzić może do wykładni *ad absurdum,* że przedawnienie karalności wszystkich przestępstw kiedykolwiek popełnionych zaczyna biec na nowo po wejściu tego przepisu w życie. W związku z tym na etapie prac senackich właściwe jest, aby zmienić brzmienie tego przepisu poprzez wskazanie, że przedawnienie karalności, zawieszone w oparciu o art. 15zzr ust. 6 ustawy COVID-19, rozpoczyna swój dalszy bieg wraz z wejściem w życie ustawy.

Niewątpliwie sytuacja związana z szerzącą się pandemią koronawirusa stanowi duże wyzwanie dla wszystkich aspektów funkcjonowania państwa – w tym też organów wymiaru sprawiedliwości – i wymusiło na ustawodawcy przyjęcie nadzwyczajnych środków ustawowych, najpierw w ramach ustawy COVID-19, a następnie w drodze jej nowelizacji w ramach tzw. tarczy. Niektóre jednak z rozwiązań przyjętych w ramach „tarczy", przy szybkim tempie jej procedowania, budzi wątpliwości. Jednym z nich jest właśnie wprowadzony przepis art. 15zzr ust. 6 ustawy COVID-19 zawieszający bieg przedawnienia czynów zabronionych. O ile wprowadzenie tej regulacji jest dyskusyjne i może być różnie oceniane, o tyle nie może być wątpliwości, że może ona znaleźć zastosowanie jedynie począwszy od 31.03.2020 r.

Rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę w obliczu nadzwyczajnych okoliczności z jednej strony znajduje uzasadnienie, z drugiej jednak budzi wątpliwości co do tego, że ustawodawca w przyszłości będzie dowolnie zawieszał bieg przedawnienia karalności czynów. Sprzeczne z istotą przedawnienia jest późniejsze stwierdzenie ustawodawcy, że ze względu na pewne okoliczności zawieszenie przedawnienia nastąpiło jakiś czas temu, chociażby okres ten wynosił jedynie 16 dni, jak w omawianym przypadku.

ABSTRACT

Jan Kluza
The author is PhD students in Department of Criminal Procedure at the Jagiellonian University in Cracow and the trainee judge.

Suspension of limitation periods for criminal offenses during a coronavirus pandemic

The purpose of this article is to discuss the appropriateness of the solution adopted by the parliament under the so-called anti-crisis shield, on the basis of which the limitation period for punishable acts was suspended for the time of the state of epidemic threat and epidemic status. Doubts related to this regulation concern not only the justity of this solution, but also relate to practical problems with the functioning of this provision, in particular the initial date of suspension.

Keywords: *suspension of prescription, prescription of crime, epidemic status*

Jan Kluza
ORCID: 0000-0002-0929-6093; e-mail: jan.kluza@hotmail.com

Autor jest doktorantem w Katedrze Postępowania Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikantem sędziowskim.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Janusz-Pohl Barbara, *Spoczywanie biegu terminu przedawnienia karalności a ochrona immunitetowa*, „Przegląd Sądowy" 2010/2

Kmiecik Romuald, *„Spoczywanie" przedawnienia karalności przestępstw*, „Państwo i Prawo" 2010/9

Kornaszewska Justyna, *Zasada „lex retro non agit". Czy prawo nie działa wstecz?*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2018/2, s. 173

Sakowicz Andrzej (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017

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

Pojęcia kluczowe: *postępowanie karne, środki zapobiegawcze, tymczasowe aresztowanie, zasada proporcjonalności*

Prawo karne

e-PALESTRA
19/2020

Konrad Lipiński

OBOWIĄZEK ZASTOSOWANIA SKUTECZNEGO ŚRODKA ZAPOBIEGAWCZEGO, CZYLI O (BRAKU) ZAWARTOŚCI NORMATYWNEJ ART. 258A K.P.K.

Artykuł dotyczy normy wynikającej z wprowadzonego do Kodeksu postępowania karnego[1] art. 258a. Autor wychodzi z założenia, że przepis ten nie wysławia żadnego obowiązku, którego nie dałoby się wyinterpretować z dotychczas obowiązujących przepisów. Niedopuszczalne jest zaś takie rozumienie art. 258a k.p.k., z którego wynikałby obowiązek stosowania środków zapobiegawczych – a w szczególności tymczasowego aresztowania – w oderwaniu od rzeczywistego niebezpieczeństwa destabilizacji postępowania przez podejrzanego.

Pośród uregulowań ustawy z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw[2], dotykającej najprzeróżniejszych sfer życia społecznego, znalazły się również przepisy dotyczące szeroko rozumianych zagadnień prawnokarnych. Oprócz jednak wypowiedzi ustawodawcy normujących zagadnienia wprost związane z sytuacją epidemiologiczną

[1] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30).
[2] Ustawa z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 568).

na terenie kraju – jak chociażby możliwość nieodpłatnego przekazania podmiotom leczniczym zajętych przedmiotów mających znaczenie dla zdrowia lub bezpieczeństwa publicznego[3], lub też związanych z tą sytuacją nieco luźniej – jak możliwość wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego w szerszym niż dotychczas zakresie[4], w ustawie „przemycono" takie zmiany Kodeksu postępowania karnego, którym daleko do epizodyczności, zaś ich związek z COVID-19 jawi się jako przynajmniej wątpliwy. Mówiąc inaczej – trudno oprzeć się wrażeniu, że wykorzystano nadarzającą się okazję do wprowadzenia do systemu prawnego norm, których ustanowienie w trybie „normalnym" (tj. niezwiązanym z ekstraordynaryjnymi działaniami antykryzysowymi) byłoby zapewne trudniejsze do osiągnięcia[5]. Z drugiej zaś strony, niepodobna zidentyfikować argumentów, które nakazywałyby nowelizację przepisów Kodeksu postępowania karnego dotyczących ogólnych reguł stosowania środków zapobiegawczych akurat na marginesie walki z koronawirusem.

Jedną z takich zmian jest wprowadzenie do systemu art. 258a k.p.k., zgodnie z którym: „Jeżeli oskarżony uniemożliwia lub utrudnia wykonywanie zastosowanego wobec niego środka zapobiegawczego lub umyślnie naruszył obowiązek lub zakaz związany ze stosowaniem takiego środka, sąd lub prokurator jest zobowiązany zastosować środek zapobiegawczy gwarantujący skuteczną realizację celów jego stosowania". Już pobieżny rzut oka na przepis pozwala na sformułowanie wielu wątpliwości, które – poczynając od najpoważniejszych z nich – dałoby się zawrzeć w następujących pytaniach:

1) co należy rozumieć pod pojęciem „środek zapobiegawczy gwarantujący skuteczną realizację celów jego stosowania"?
2) czy z przepisu tego wynika jakakolwiek norma, której nie dałoby się wyinterpretować z dotychczas obowiązujących przepisów?
3) jakie mogą być potencjalne konsekwencje wyraźnego stwierdzenia, że sąd lub prokurator „są obowiązani" do zastosowania takiego środka?

---

[3] Zob. nowo wprowadzony do systemu art. 232b k.p.k., zgodnie z którym (§ 1): „W stanie zagrożenia epidemicznego lub stanie epidemii zajęte przedmioty mające znaczenie dla zdrowia lub bezpieczeństwa publicznego, można nieodpłatnie przekazać podmiotom leczniczym, Państwowej Straży Pożarnej, Siłom Zbrojnym Rzeczypospolitej Polskiej, Policji, Straży Granicznej oraz instytucjom państwowym i samorządowym".

[4] Zob. znowelizowany art. 43la § 1 pkt 1 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2020 r. poz. 523), dalej k.k.w., umożliwiający zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego skazanemu na karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą półtora roku, a nie – jak dotychczas – jednego roku.

[5] Zmiany te nie dotyczą zresztą wyłącznie Kodeksu postępowania karnego czy Kodeksu karnego wykonawczego. Trudno wszak racjonalnie wytłumaczyć, jaki związek z rozprzestrzenianiem się koronawirusa może mieć choćby drastyczne podwyższenie ustawowego zagrożenia karą za przestępstwo stalkingu – art. 190a ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.), dalej k.k.

Odpowiedzi na którekolwiek z tych pytań nie ułatwia niestety sam ustawodawca. Rzecz bowiem w tym, że w uzasadnieniu projektu ustawy[6] – skądinąd, co zupełnie zrozumiałe, nadzwyczaj obszernym – art. 258a k.p.k. został całkowicie pominięty. Interpretator tekstu prawnego pozostaje przeto z problemem sam, mając jednak do pomocy powszechnie uznane dyrektywy wykładni. W pierwszej kolejności zastanowić się zatem należy nad tym, jakież to cele stosowania środka zapobiegawczego wchodzą w grę, a w konsekwencji – jaki środek zapobiegawczy mógłby zagwarantować ich realizację – tak, jak tego wymaga obowiązujący już art. 258a k.p.k.

Identyfikując cele stosowania środków zapobiegawczych, niepodobna – rzecz jasna – pominąć kontekstu normatywnego, w jakim zostały one osadzone. Na plan pierwszy wysuwa się zatem art. 249 § 1 k.p.k., wyróżniający cel zasadniczy w postaci zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego oraz cel akcesoryjny – aktualizujący się jednak wyjątkowo – w postaci zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa[7]. Konkretyzując nieco treść pierwszoplanowego celu stosowania środka zapobiegawczego, przyjąć trzeba, że chodzi tu przede wszystkim o zapobieżenie destabilizacji procesu karnego przez oskarżonego. Dostrzegając różnice między celem, rozumianym jako „to, co się chce osiągnąć"[8], oraz funkcją, którą należy postrzegać jako rzeczywiste zadania spełniane przez określoną instytucję[9], wspomnieć trzeba o postulatywnej czy prewencyjnej funkcji środków zapobiegawczych, sprowadzającej się do – jak przyjmuje się w doktrynie prawa karnego procesowego – zabezpieczenia oskarżonego dla potrzeb procesu karnego i pozbawienia go możliwości utrudniania prawidłowości przebiegu tego procesu[10]. Funkcja ta jest przy tym „realizowana przez organy procesowe dopiero wówczas, gdy w wyniku ich aktywności, popartej wystąpieniem znacznego stopnia prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa, zapobieżono niebezpieczeństwu ucieczki, ukrycia się i matactwa oskarżonego

6 Uzasadnienie druku sejmowego nr 299, Sejm IX kadencji. Od uzasadnienia w tym zakresie stroni również autopoprawka, dodając wszelako, że „stan zagrożenia epidemicznego uzasadnia także brak *vacatio legis*" (uzasadnienie druku sejmowego nr 299-A, Sejm IX kadencji, s. 14).

7 J. Skorupka (w:) D. Gruszecka, K. Kremens, K. Nowicki, J. Skorupka, *Proces karny*, Warszawa 2017, s. 487.

8 L. Drabik, E. Sobol, *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2007, s. 45.

9 Dokładniej zaś „zadanie, które spełnia lub ma spełnić jakaś osoba lub rzecz" – L. Drabik, E. Sobol, *Słownik…*, s. 122. Por. A. Skowron, *Funkcje tymczasowego aresztowania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z 19.01.2012 r. (I KZP 18/11) oraz najnowszych zmian Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra" 2017/7–8, s. 91–92. Nasuwa się w tym zakresie również nawiązanie do znanego w materialnym prawie karnym podziału na cele i funkcje kary, gdzie cel jest kategorią psychologiczną oznaczającą wyobrażenie pewnego stanu rzeczy, który zamierza się poprzez karę osiągnąć, zaś funkcja kary oznacza faktyczne następstwa lub skutki przez karę wywołane – zob. Z. Sienkiewicz (w:) *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2015, s. 280–281.

10 Ł. Cora, *Funkcje zatrzymania właściwego i tymczasowego aresztowania*, „Państwo i Prawo" 2009/1, s. 64.

(podejrzanego)"[11]. Funkcje akcesoryjne z kolei mają charakter pozaprocesowy i niesamodzielny. W tym zaś zakresie wyróżnia się między innymi funkcję ochronną, wynikającą z art. 249 § 1 w zw. z art. 258 § 3 k.p.k. Niedopuszczalne byłoby natomiast uznanie, że środki zapobiegawcze – w tym w szczególności tymczasowe aresztowanie – postrzegać należy jako antycypację kary, co należałoby wiązać z ich funkcją represyjną[12].

Po krótkim naświetleniu celów środków zapobiegawczych i skonfrontowaniu ich z treścią nowego uregulowania, nieodparcie nasuwa się refleksja – być może niezbyt optymistyczna – że żaden środek zapobiegawczy nie jest w stanie „zagwarantować" realizacji jego celów, tak jak wymaga tego art. 258a k.p.k. Wymagany przez ustawodawcę standard z samej swej istoty okazuje się zatem ujęty zbyt idealistycznie, skoro praktyka wymiaru sprawiedliwości ukazuje, że nawet tymczasowe aresztowanie nie jest w stanie w stu procentach zapobiec – przykładowo – porozumiewaniu się współpodejrzanych w tej samej sprawie, choćby za pośrednictwem innych osób. Próbując zatem wyprowadzić z omawianego przepisu sensowną treść normatywną, przyjąć na wstępie trzeba, że ani sąd, ani prokurator nie mogą zostać zobowiązani do zagwarantowania, że przebieg postępowania nie zostanie w żaden sposób przez podejrzanego zdestabilizowany, skoro – kolokwialnie mówiąc – gwarancji w tym zakresie nie może dać nikt, zaś obowiązek niedający się spełnić nie może zostać uznany za obowiązek prawny. Jednym bowiem z podstawowych warunków dorzeczności normy prawnej jest założenie, że normy, które ustanawia racjonalny prawodawca, wyznaczają czyny możliwe do spełnienia[13], nie ma zaś obowiązku czynić rzeczy niemożliwych (*ad impossibilia nemo obligatur*). Obowiązek, o którym wspomina art. 258a k.p.k. – nie rozstrzygając jeszcze w tym miejscu, czy obowiązek taki wynika z tego przepisu, czy też z innych uregulowań rozdziału 28 k.p.k. – należałoby zatem raczej rozumieć w ten sposób, że organy procesowe, w sytuacji uniemożliwiania lub utrudniania wykonywania środka zapobiegawczego przez oskarżonego (tudzież naruszenia ciążącego na nim z mocy tego środka zakazu lub nakazu) powinny zastosować środek zapobiegawczy dający większe prawdopodobieństwo zapewnienia prawidłowego toku postępowania. Mówiąc inaczej – sąd lub prokurator, wobec niezastosowania się przez oskarżonego do nałożonych nań obowiązków, zyskują uprawnienie do intensywniejszej ingerencji w jego wolność. Może być to zmiana o charakterze ilościowym (a zatem np. zwiększenie częstotliwości obowiązku stawiennictwa we właściwej jednostce organizacyjnej Policji[14] lub

[11] Ł. Cora, *Funkcje…*, s. 65.

[12] J. Skorupka, *Konstytucyjny i konwencyjny standard tymczasowego aresztowania*, „Państwo i Prawo" 2007/7, s. 60.

[13] Z. Ziembiński, *Analiza pojęcia czynu*, Warszawa 1972, s. 52.

[14] Środek zapobiegawczy w postaci dozoru Policji może bowiem – w zależności od tego, z iloma i jakimi obowiązkami jest powiązany – charakteryzować się różnym stopniem dolegliwości dla oskarżonego. Zob. D. Czerwińska, *Granice dolegliwości dozoru Policji*, „Wrocławskie Studia Sądowe" 2015/4, s. 104 i n.

zwiększenie wysokości poręczenia majątkowego) lub też jakościowym, polegająca na skumulowaniu kilku (wolnościowych) środków zapobiegawczych albo na wyborze środka bardziej dolegliwego. Ostatni człon wysłowionej tu alternatywy nasuwa oczywiście – a można by się poważnie zastanawiać, czy nie taka właśnie była intencja projektodawcy – skojarzenie z tymczasowym aresztowaniem. Nie ulega wszak wątpliwości, że to właśnie tymczasowe aresztowanie, jako środek zapobiegawczy pozbawiający oskarżonego wolności, zapewnia najwyższy stopień prawdopodobieństwa, że tok postępowania karnego nie zostanie w sposób bezprawny zakłócony.

Czy uwaga ta miałaby jednak oznaczać, że art. 258a k.p.k. wysławia samodzielną, a zarazem dodatkową (dotychczas nieznaną kodeksowi), podstawę do zastosowania tymczasowego aresztowania, która aktualizowałaby się zawsze wtedy, gdy oskarżony uniemożliwia lub utrudnia wykonywanie zastosowanego nieizolacyjnego środka zapobiegawczego, tudzież nie realizuje powiązanych z nim obowiązków? Innymi słowy, czy niepodporządkowanie się przez oskarżonego obowiązkom procesowym samo przez się aktualizuje konieczność stosowania tymczasowego aresztowania? Odpowiedź na tak zadane pytanie z kilku względów musi być negatywna. Przede wszystkim niepodobna przyjąć, aby w demokratycznym państwie prawnym istniał obowiązek stosowania tymczasowego aresztowania uniezależniony od rzeczywistego niebezpieczeństwa dla przebiegu postępowania karnego. Tymczasowe aresztowanie nie może wszak stanowić swoistej sankcji czy represji dla oskarżonego. Niedopuszczalne jest również przyjęcie, że środek zapobiegawczy stanowi antycypację kary[15]. Dodać przy tym trzeba, że z tych samych względów niedopuszczalne jest stosowanie tymczasowego aresztowania jedynie z uwagi na grożącą oskarżonemu surową karę, a zatem w oderwaniu od rzeczywistego niebezpieczeństwa dla przebiegu postępowania. Mielibyśmy bowiem w takiej sytuacji do czynienia z niedopuszczalnym automatyzmem pozbawienia wolności, co więcej – stosowanym wobec osoby objętej domniemaniem niewinności[16]. Nie ulega przeto wątpliwości, że takie rozumienie art. 258a k.p.k. nie spełniałoby testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP[17]. W konsekwencji nie można również uznać, że z omawianego przepisu wynika nowa przesłanka stosowania środków zapobiegawczych (a w szczególności tymczasowego aresztowania),

[15] Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 15.07.2000 r. (II AKz 139/00), LEX nr 42957, zgodnie z którym „skoro tymczasowe aresztowanie jest środkiem zapobiegawczym, zatem środkiem procesowym, to nie można odeń oczekiwać spełniania jakichkolwiek funkcji kary". Por. J. Skorupka, *Konstytucyjny…*, s. 60.

[16] J. Skorupka, *O niekonstytucyjności art. 258 § 2 k.p.k.*, „Państwo i Prawo" 2018/3, s. 9 i 17.

[17] Na podobnej zasadzie testu tego nie spełnia art. 258 § 2 k.p.k., rozumiany w sposób sformułowany w uchwale SN z 19.01.2012 r. (I KZP 18/11), OSNKW 2012/1, poz. 1 – J. Skorupka, *O niekonstytucyjności…*, s. 5. Zob. też J. Skorupka, *Konstytucyjny…*, s. 57; D. Zając, *Zagrożenie karą jako przesłanka stosowania tymczasowego aresztowania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2019/2, s. 127–131.

pozwalająca na ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności obywateli wówczas, gdy nie występuje nadmierne, tj. większe niż dotychczas, niebezpieczeństwo destabilizacji postępowania karnego. Mówiąc inaczej – sam fakt swoistego procesowego nieposłuszeństwa ze strony oskarżonego nie może stanowić pretekstu do zastosowania wobec niego dalej idącej ingerencji w prawa i wolności, o ile nieposłuszeństwo to nie jest powiązane z realną obawą destabilizacji postępowania.

Należałoby się w związku z tym zastanowić, czy z zachowań opisanych w art. 258a k.p.k. – a zatem uniemożliwiania, utrudniania wykonywania zastosowanego środka zapobiegawczego czy też umyślnego naruszenia obowiązku lub zakazu z takim środkiem powiązanego – wynika *per se* obawa destabilizacji postępowania karnego. Wyrazić należy wątpliwość, czy nie byłoby to zbytnie uproszczenie problematyki, prowadzące do automatyzmu ograniczania praw i wolności jednostki. Przyznać jednak trzeba, że relacja, zgodnie z którą niestosowanie się przez oskarżonego do nałożonych nań obowiązków wywołuje niebezpieczeństwo dla prawidłowego toku postępowania, jawi się jako wysoce prawdopodobna. Rzecz jednak w tym, że uprawnienie do zmiany dotychczas stosowanego środka zapobiegawczego w tego rodzaju sytuacjach wynika już z art. 258 § 4 i art. 253 § 1 w zw. z art. 249 § 1 k.p.k. Jeśli bowiem zachowanie oskarżonego wpływa na zmianę (zwiększenie) nasilenia obawy o prawidłowy tok postępowania, to fakt ten uzasadnia zastosowanie środka zapobiegawczego ingerującego w jego prawa i wolności w wyższym niż dotychczas stopniu.

Dochodzimy tym samym do wniosku, że – z jednej strony – niedopuszczalne jest zobowiązanie organów postępowania karnego do ograniczenia lub pozbawienia oskarżonego wolności bez potrzeby zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, z drugiej zaś strony – zaistnienie takiej potrzeby aktualizuje uprawnienie ingerencji w prawa osoby, której zarzuca się popełnienie przestępstwa, całkowicie niezależnie od treści wprowadzonego niedawno do Kodeksu postępowania karnego art. 258a. Dodać przy tym trzeba, że zachowania oskarżonego wymienione w art. 258a k.p.k. nie wyczerpują przecież katalogu sytuacji, w których osoba, której postawiono zarzut, mogłaby zwiększyć niebezpieczeństwo destabilizacji postępowania karnego. Konkluzja ta nakazuje z kolei uznać, że z art. 258a k.p.k. nie wynika żadna treść, której nie dałoby się zrekonstruować z dotychczas obowiązujących przepisów kodeksu. Jest to zatem przykład zjawiska, które w teorii prawa nazywa się redundancją informacji normatywnej[18].

Wprowadzony do Kodeksu postępowania karnego mocą tzw. „tarczy antykryzysowej" przepis można natomiast próbować interpretować *a contrario*. Przy

[18] Zob. Z. Ziembiński, *Problematyka ogólna zbiegu przepisów prawnych* (w:) *Studia z prawa zobowiązań*, red. Z. Radwański, Poznań–Warszawa 1979, s. 333 i n.

takim założeniu łatwo wyprowadzić z niego wniosek, że stosowanie „skuteczniejszych" (zapewniających realizację ich celów w wyższym stopniu) – czyli zapewne bardziej ingerujących w prawa i wolności obywatelskie – środków zapobiegawczych będzie zasadniczo zbędne, a tym samym – przy uwzględnieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – niedopuszczalne, gdy oskarżony nie generuje wyższego niż dotychczas niebezpieczeństwa dla prawidłowego toku postępowania (w tym między innymi nie uniemożliwia lub nie utrudnia wykonywania dotychczas stosowanego wobec niego środka albo nie narusza powiązanych z nim zakazów lub obowiązków). Rzecz jednak w tym, że również taki wniosek wynika z dotychczasowych uregulowań Kodeksu postępowania karnego interpretowanych zgodnie z Konstytucją, a to chociażby z dyrektywy adaptacji wyrażonej w art. 253 § 1 czy z art. 257 § 1 k.p.k. Skoro zaś uznamy, że art. 258a k.p.k. nie wysławia żadnej nowej normy, która nie wynikałaby już z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, to w logicznej konsekwencji nie można również wnioskować o jej zaprzeczeniu.

Sformułowanego dotychczas wniosku nie zmienia dość nietypowe – jak na rozdział 28 Kodeksu postępowania karnego – językowe ujęcie przepisu, zgodnie z którym sąd lub prokurator „są zobowiązani" do zastosowania skuteczniejszego środka zapobiegawczego. Przechodzimy w ten sposób do próby udzielenia odpowiedzi na trzecie z zadanych na wstępie pytań. Pewne zaskoczenie budzić musi odmienność sposobu wysłowienia przepisu zarówno co do określenia jego adresata, jak i charakterystyki obowiązku. Uregulowania dotyczące środków zapobiegawczych posługują się bowiem przeważnie określeniami o charakterze bezosobowym – mówią o tym, że środki zapobiegawcze można stosować (np. art. 249 § 1), stosuje się je (art. 250 § 4) lub się ich nie stosuje (art. 257 § 1), a stronią od stwierdzenia, że sąd lub prokurator mają obowiązek ich zastosowania. Wydaje się, że dzieje się tak z tego względu, że – jak stwierdza Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – przepisy dotyczące środków zapobiegawczych mają charakter wyjątkowy, a przez to muszą być interpretowane rygorystycznie, gdyż konstytucyjną i konwencyjną wartością podlegającą prawnej ochronie jest wolność osobista jednostki[19]. Jakiekolwiek środki zapobiegawcze – w każdym stadium postępowania karnego – stosowane mogą być jedynie wyjątkowo[20], ponieważ zasadą w demokratycznym państwie prawnym musi być nienaruszanie praw i wolności jednostki. W konsekwencji, choćby nawet ustawodawca chciał wysłowić w przepisie ustawy karnej procesowej obowiązek ograniczenia lub pozbawienia oskarżonego wolności w związku z jego dotychczasowym zachowaniem – choć zdekodowanie woli ustawodawcy, wobec milczenia w tym

[19] Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 16.06.2018 r. (II AKz 307/18), „Krakowskie Zeszyty Sądowe" 2018/6, poz. 92.

[20] Ł. Cora, *Funkcje…*, s. 60–61.

zakresie uzasadnienia, nie należy do zadań najłatwiejszych – to wyrażenie normokształtne o tej treści należałoby odrzucić z uwagi na niezgodność z uregulowaniami znajdującymi się wyżej w hierarchii źródeł prawa, w tym w szczególności z art. 31 ust. 3, art. 41 ust. 1 oraz art. 2 Konstytucji RP. Wykładając bowiem przepisy rozdziału 28 Kodeksu postępowania karnego, dążyć należy do realizacji i urzeczywistnienia wartości oraz aksjologii wyrażonej w Konstytucji, zaś interpretator tekstu prawnego jest zobligowany do wyboru takiego wyniku wykładni, który zapewnia realizację postanowień ustawy zasadniczej, a zarazem – do odrzucenia takiego, który pozostawałby w sprzeczności z regulacją konstytucyjną[21]. W sposób dopuszczalny wolności i prawa jednostki ograniczać zaś można wyłącznie wobec konieczności zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania (względnie – wyjątkowo – w celu zapobieżenia popełnieniu nowego, ciężkiego przestępstwa). Powracamy tym samym do wcześniej sformułowanej myśli, że z art. 258a k.p.k. nie wynika żadna nowa norma, która by dotychczas nie została wysłowiona w przepisach Kodeksu postępowania karnego.

Idąc dalej, przyjąć trzeba, że skoro z art. 258a k.p.k. nie wynika żaden kierowany do sądu lub prokuratora obowiązek, to nie może on zostać złamany, a w konsekwencji – pozorne naruszenie nowo wprowadzonego przepisu nie mogłoby stanowić podstawy odpowiedzialności represyjnej (w tym dyscyplinarnej), tym bardziej że z takich przepisów jak art. 253 § 1, art. 257 § 1, a przede wszystkim art. 249 § 1 k.p.k., interpretowanych zgodnie z Konstytucją, wynika bezwzględny zakaz ograniczania lub pozbawiania jednostki wolności tam, gdzie nie jest to absolutnie niezbędne[22]. Sformułowanie „sąd lub prokurator jest zobowiązany" postrzegać zaś należy jedynie jako przejaw nieprzestrzegania przez ustawodawcę dotychczasowej konwencji terminologicznej.

[21] M. Bielski, *Model prokonstytucyjnej wykładni przepisów regulujących stosowanie środków zapobiegawczych z uwzględnieniem zasady proporcjonalności* (w:) *Norma postępowania karnego. Sędzia wobec zmian prawa karnego procesowego*, red. J. Skorupka, K. J. Leżak, Kraków 2018, s. 193; zob. też M. Bielski, *Stosowanie środków zapobiegawczych w świetle konstytucyjnej zasady proporcjonalności* (w:) *Prawo karne wobec Konstytucji*, red. M. Pająk, R. Zawłocki, Warszawa 2018, s. 117 i n.

[22] Zob. uchwałę SN z 22.01.2003 r. (I KZP 36/02), OSNKW 2003/1–2, poz. 2: „trzeba stwierdzić, że kodeksowa konstrukcja systemu stosowania środków zapobiegawczych pozwala na dostosowanie odpowiedniego środka zapobiegawczego do konkretnej sprawy w taki sposób, żeby stosowany środek ograniczał konstytucyjne wolności i prawa jednostki w sposób nie większy, niż jest to niezbędne do osiągnięcia założonego celu, a więc w sposób «minimalnie konieczny» (...). Uwzględniając takie właśnie założenie, odczytywać należy treść art. 257 § 1 k.p.k. Temu samemu celowi służy zasada sformułowana w art. 253 k.p.k., który przewiduje, że środek zapobiegawczy należy niezwłocznie uchylić lub zmienić, jeżeli ustaną przyczyny, wskutek których został on zastosowany, lub powstaną przyczyny uzasadniające jego uchylenie albo zmianę. Cały zatem system stosowania środków zapobiegawczych opiera się na zasadzie elastyczności, która pozwala na uniknięcie powstania sytuacji nieproporcjonalności (w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji) zastosowanych «środków działania» (jak to ujmuje Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 1.06.1999 r., SK 20/98) do zamierzonego celu, przez umożliwienie płynnej zmiany środków zapobiegawczych łagodniejszych na surowsze, i *vice versa*".

W tym też kontekście warto przywołać niektóre tezy zawarte w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7.10.2008 r.[23], kiedy to Trybunał wypowiadał się o niezgodności z Konstytucją przepisów rozszerzających możliwości stosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu przyspieszonym. Mowa tu w szczególności o tej płaszczyźnie argumentacyjnej, w której Trybunał odnosił się do zawartej w art. 517c § 4 k.p.k. zasady, zgodnie z którą chuligański charakter zarzuconego czynu[24] stanowił samoistną przesłankę stosowania środka zapobiegawczego. Jako najistotniejsze z perspektywy omawianego zagadnienia jawi się twierdzenie, że w każdej sprawie „sąd może stosować środek zapobiegawczy tylko wtedy, gdy jest to konieczne «w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania» karnego oraz «gdy zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo»", zaś zabiegi zmierzające do ograniczenia tych dwu przesłanek przekształcają środek zapobiegawczy w pozaprawny środek represyjny. Przyjęcie, że art. 258a k.p.k. legitymizuje stosowanie „surowszego" środka zapobiegawczego w charakterze swoistej kary za zachowanie podejrzanego, o ile nie jest ono związane z realnym niebezpieczeństwem destabilizacji procesu karnego, musiałoby doprowadzić do analogicznego wniosku. Skoro zaś niedopuszczalne jest wykładanie art. 258a k.p.k. w sposób czyniący z niego środek oddziaływania represyjnego wobec oskarżonego, zaś możliwość zmiany środka zapobiegawczego – jeśli zaistnieje taka konieczność – na zabezpieczający prawidłowy tok postępowania w wyższym stopniu wynika już z dotychczas obowiązujących przepisów Kodeksu postępowania karnego (w tym art. 249 § 1 w zw. z art. 258 § 4), to wprowadzenie omawianego przepisu do systemu – w szczególności „przemycenie" go między przepisami regulującymi walkę z epidemią wirusa COVID-19, a zarazem bez jakiejkolwiek dyskusji i uzasadnienia – uznać należy za nieuzasadnione.

Próbując zwieńczyć dotychczasowe rozważania możliwie syntetycznym podsumowaniem, stwierdzić trzeba, że art. 258a k.p.k. nie wysławia żadnej „nowej", dotychczas nieznanej kodeksowi postępowania karnego przesłanki czy podstawy stosowania środków zapobiegawczych, a w szczególności tymczasowego aresztowania. Ich stosowanie wciąż możliwe jest wyłącznie w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, a ewentualnie – wyjątkowo – w celu zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa. Rzecz jednak w tym, że normę tej treści da się już odczytać

[23] Wyrok TK z 7.10.2008 r. (P 30/07), LEX nr 471629.

[24] Przypomnijmy, że zgodnie z art. 115 § 21 k.k. występkiem o charakterze chuligańskim jest występek polegający na umyślnym zamachu na zdrowie, na wolność, na cześć lub nietykalność cielesną, na bezpieczeństwo powszechne, na działalność instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego, na porządek publiczny albo na umyślnym niszczeniu, uszkodzeniu lub czynieniu niezdatną do użytku cudzej rzeczy, jeżeli sprawca działa publicznie i bez powodu albo z oczywiście błahego powodu, okazując przez to rażące lekceważenie porządku prawnego.

z dotychczas obowiązujących przepisów Kodeksu postępowania karnego. W konsekwencji uregulowanie z art. 258a k.p.k. stanowi przykład redundancji informacji normatywnej. Inne rozumienie nowego przepisu – w szczególności takie, które prowadziłoby do przyjęcia, że środki zapobiegawcze, w tym tymczasowe aresztowanie, można (czy wręcz trzeba) stosować w charakterze swoistej sankcji za zachowanie oskarżonego niepodporządkowującego się nałożonym nań obowiązkom procesowym, niepowiązanej jednak z rzeczywistym niebezpieczeństwem destabilizacji prawidłowego toku postępowania – uznać należy za niezgodne z art. 31 ust. 3 oraz art. 2 Konstytucji RP, a tym samym niedopuszczalne. Odwołanie zaś do wartości o charakterze konstytucyjnym, w tym przede wszystkim do konstytucyjnego testu proporcjonalności, jest niezbędne dla odczytania standardu stosowania środków zapobiegawczych zakodowanego w przepisach rozdziału 28 Kodeksu postępowania karnego[25].

ABSTRACT

dr Konrad Lipiński
The author is an assistant professor at the Department of Criminal Law, Faculty of Law, Administration and Economics, University of Wroclaw, an advocate (District Bar Association in Wroclaw).

The obligation to apply an effective preventive measure. On (lack of) normative content of art. 258a of the Code of Criminal Procedure

The article concerns the norm construed from article 258a of the Code of Criminal Procedure. The author assumes that this provision does not express any obligation that could not be interpreted from the provisions currently in force. An understanding of art. 258a of the Code of Criminal Procedure which would imply the obligation to apply preventive measures (in particular pre-trial detention) disregarding real danger of the suspect being destabilized, is unacceptable.

Keywords: *criminal procedure, preventive measures, pre-trial detention, principle of proportionality*

dr Konrad Lipiński
ORCID: 0000-0001-5342-4905; e-mail: konrad.lipinski@uwr.edu.pl

Autor jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Karnego Materialnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz adwokatem (ORA we Wrocławiu).

[25] Zob. M. Bielski, *Model…*, s. 195.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bielski Marek, *Model prokonstytucyjnej wykładni przepisów regulujących stosowanie środków zapobiegawczych z uwzględnieniem zasady proporcjonalności* (w:) *Norma postępowania karnego. Sędzia wobec zmian prawa karnego procesowego*, red. J. Skorupka, K. J. Leżak, Kraków 2018

Bielski Marek, *Stosowanie środków zapobiegawczych w świetle konstytucyjnej zasady proporcjonalności* (w:) *Prawo karne wobec Konstytucji*, red. M. Pająk, R. Zawłocki, Warszawa 2018

Cora Łukasz, *Funkcje zatrzymania właściwego i tymczasowego aresztowania*, „Państwo i Prawo" 2009/1, s. 60

Czerwińska Dorota, *Granice dolegliwości dozoru Policji*, „Wrocławskie Studia Sądowe" 2015/4, s. 104

Drabik Lidia, Sobol Elżbieta, *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2007

Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna, red. M. Bojarski, Warszawa 2015

Skorupka Jerzy, *Konstytucyjny i konwencyjny standard tymczasowego aresztowania*, „Państwo i Prawo" 2007/7, s. 57

Skorupka Jerzy, *O niekonstytucyjności art. 258 § 2 k.p.k.*, „Państwo i Prawo" 2018/3, s. 5

Skorupka Jerzy (w:) **Gruszecka Dagmara, Kremens Karolina, Nowicki Krzysztof, Skorupka Jerzy**, *Proces karny*, Warszawa 2017

Skowron Agnieszka, *Funkcje tymczasowego aresztowania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z 19.01.2012 r. (I KZP 18/11) oraz najnowszych zmian Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra" 2017/7–8, s. 91

Zając Dominik, *Zagrożenie karą jako przesłanka stosowania tymczasowego aresztowania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2019/2, s. 103

Ziembiński Zygmunt, *Analiza pojęcia czynu*, Warszawa 1972

Ziembiński Zygmunt, *Problematyka ogólna zbiegu przepisów prawnych* (w:) *Studia z prawa zobowiązań*, red. Z. Radwański, Poznań–Warszawa 1979

Pojęcia kluczowe: *przedawnienie ścigania, przedawnienie karalności przestępstwa, przedłużenie czasu nastąpienia przedawnienia karalności przestępstwa, przedawnienie wyrokowania, wszczęcie śledztwa lub dochodzenia, wyłączenie materiałów do odrębnego postępowania*

Prawo karne

e-PALESTRA
43/2020

Krystyna Patora

„DOWSZCZĘCIE" – NOWA INSTYTUCJA PROCESOWA

Przedmiotem niniejszego artykułu jest zmiana art. 102 Kodeksu karnego[1], która daje możliwość przedłużenia czasu przedawnienia karalności przestępstw, jeżeli doszło do wszczęcia postępowania przygotowawczego. Instytucja ta funkcjonowała w Kodeksie karnym z 1969 r.[2] jako przedawnienie ścigania i budziła wiele wątpliwości w zakresie jej praktycznego stosowania. Celem ostatniej zmiany art. 102 k.k. było przedłużenie terminów przedawnienia karalności przestępstw. W praktyce pojawiły się problemy dotyczące zakresu wszczęcia postępowania przygotowawczego i poszerzania jego ram poprzez „dowszczęcie", co skutkuje rozważaniami dotyczącymi zgodności z prawem takiego postępowania.

Przedmiot rozważań dotyczy zmiany w 2016 r. artykułu 102 Kodeksu karnego[3], na podstawie której przedłużenie czasu przedawnienia karalności następuje już wtedy, gdy przed upływem terminów przedawnienia karalności dla poszczególnych kategorii przestępstw doszło do wszczęcia postępowania przygotowawczego. Zmiana, jaka została wprowadzona, wywołała dyskusję dotyczącą zakresu postanowienia o wszczęciu postępowania przygotowawczego. Jest niewątpliwe, że na samym początku postępowania nie ma informacji o wszystkich czynach zabronionych, które obejmować będzie postępowanie

1 Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1517 ze zm.), dalej k.k.
2 Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. nr 13 poz. 94 ze zm.).
3 Ustawa z 15.01.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. z 2016 r. poz. 189).

przygotowawcze, szczególnie w tzw. „sprawach gospodarczych", które wiążą się z funkcjonowaniem podmiotów gospodarczych. Ponadto postanowienie o wszczęciu postępowania obejmuje tylko te czyny zabronione, co do których zachodzi uzasadnione podejrzenie ich popełnienia. Dla uzyskania praktycznego efektu wprowadzonej zmiany, która miała doprowadzić do przedłużenia czasu przedawnienia karalności przestępstw, konieczne byłoby dokonanie zmiany postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia, poprzez jego rozszerzenie o ujawnione w trakcie postępowania przygotowawczego czyny zabronione. W związku z takim postępowaniem rodzi się pytanie o zgodność tego praktycznego kroku procesowego, polegającego na zmianie lub uzupełnieniu postanowienia o wszczęciu postępowania przygotowawczego w formie śledztwa lub dochodzenia o kolejne czyny zabronione, z obowiązującym prawem.

POPRZEDNI STAN PRAWNY W ZAKRESIE PRZEDAWNIENIA

W dawnym prawie polskim przedawnienie znane było tylko w odniesieniu do przestępstw „prywatnych", gdzie skutkiem upływu czasu była utrata subiektywnego prawa skargi[4]. W odniesieniu do przestępstw publicznych, wówczas uważanych jako skierowane przeciwko państwu jako takiemu, uznawano, że interes publiczny jest tak wielki, iż upływ czasu nie może mieć żadnego znaczenia[5]. W XVI wieku, w związku z procesem upaństwowienia przestępstwa tzw. rozmyślnego uśmiercania wprowadzona została subsydiarna skarga publiczna, a w wieku XVIII doszło do uchylenia dawności przy rozmyślnym uśmiercaniu[6]. W okresie zaborów przedawnienie regulowane było odrębnie dla każdego z nich. W Kodeksie karnym z 1932 r. przedawnienie ścigania (przedawnienie postępowania)[7] uregulowane było w art. 86 Kodeksu karnego, zgodnie z którym nie można było wszcząć postępowania karnego[8] z powodu przestępstwa popełnionego przed laty:

a) dwudziestu, jeżeli czyn stanowił zbrodnię, za którą groziła kara śmierci lub dożywotniego więzienia,
b) dziesięciu, jeżeli czyn stanowił inną zbrodnię,
c) pięciu, jeżeli czyn stanowił występek[9].

Przedawnienie ścigania biegło od chwili popełnienia przestępstwa[10]. W art. 88 Kodeksu karnego z 1932 r. ustawodawca uregulował wstrzymanie

4 J. Makarewicz, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, reprint, s. 183.
5 J. Makarewicz, *Polskie prawo karne. Część ogólna…*, s. 183–184.
6 J. Makarewicz, *Polskie prawo karne. Część ogólna…*, s. 189.
7 J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 277.
8 J. Makarewicz, *Kodeks karny…*, s. 277, wskazuje, że chodziło o postępowanie karne, a nie sądowe.
9 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r. nr 60 poz. 571).
10 J. Makarewicz, *Kodeks karny…*, s. 277.

biegu przedawnienia, które dotyczyło przeszkody w postaci przepisu ustawy, który nie pozwalał na wszczęcie lub dalsze prowadzenie postępowania karnego, przy czym nie dotyczyło to braku wniosku lub skargi prywatnej. Spoczywanie przedawnienia dotyczyło przeszkody natury prawnej. Chodziło tutaj głównie o immunitety[11]. Sporne było, czy dotyczy przeszkód natury faktycznej w postaci ucieczki oskarżonego lub jego choroby psychicznej, ale z uwagi na to, że ta problematyka nie jest przedmiotem rozważań, nie będzie podlegała dalszej analizie. Ponadto w art. 87 Kodeksu karnego z 1932 r. uregulowane było przedawnienie wyrokowania[12], a w art. 89 Kodeksu karnego z 1932 r. przedawnienie kary[13]. Skutki procesowe przedawnienia wynikały z przepisów procedury karnej. W Kodeksie postępowania karnego z 1928 r.[14] ustawodawca wskazał w art. 3, że sąd nie wszczyna postępowania, a wszczęte umarza w razie przedawnienia[15]. Zasada ta odnosiła się do wszystkich instancji i winna być uwzględniona z urzędu[16]. Z uwagi na to, że instytucja przedawnienia wyrokowania pojawiła się także w Kodeksie karnym z 1969 r., konieczne jest poczynienie uwag dotyczących regulacji zawartej w art. 87 Kodeksu karnego z 1932 r. Zgodnie z tym przepisem nie można było wydać wyroku skazującego, choćby w terminie wskazanym w art. 86 Kodeksu karnego z 1932 r. przedsięwzięto jakąkolwiek czynność sędziowską w celu ścigania danego sprawcy, z powodu danego przestępstwa, jeżeli od popełnienia przestępstwa upłynęło lat 25 – jeżeli czyn stanowił zbrodnię, za którą groziła kara śmierci lub dożywotniego więzienia, 15 lat – jeżeli czyn stanowił inną zbrodnię oraz 10 lat – jeżeli czyn stanowił występek. W porównaniu do przepisu art. 86 przedłużony został czas o kolejne 5 lat dla każdej z grup wskazanych w art. 87. Warte podkreślenia jest to, że za „czynność sędziowską" uważano czynności, które były podejmowane przez sędziego śledczego z własnej inicjatywy w dochodzeniu lub śledztwie lub na wniosek prokuratora. Nie miały przymiotu takich czynności te czynności, które były podejmowane przez prokuratora lub policję[17]. Tak więc Kodeks karny z 1932 r. nie znał instytucji przedłużenia czasu trwania przedawnienia karalności przestępstwa, w takiej formie jak obecnie. Znane było przedawnienie wyrokowania, które przedłużało czas do wydania orzeczenia, ale odnoszone było do określonego etapu postępowania.

W Kodeksie karnym z 1969 r., w art. 105, wprowadzone zostało przedawnienie karalności czynu, zwane także przedawnieniem ścigania lub

[11] J. Makarewicz, *Kodeks karny…*, s. 279.
[12] J. Makarewicz, *Kodeks karny…*, s. 277.
[13] J. Makarewicz, *Kodeks karny…*, s. 281.
[14] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 19.03.1928 r. (Dz.U. poz. 313).
[15] A. Mogilnicki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2019, reprint wydania z 1933 r., s. 16.
[16] A. Mogilnicki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz…*, s. 16–19.
[17] J. Makarewicz, *Kodeks karny…*, s. 278.

przedawnieniem wszczęcia postępowania[18]. Natomiast w art. 106 Kodeksu karnego z 1969 r. wprowadzone zostało przedawnienie, które zostało nazwane przedawnieniem wyrokowania[19]. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli w okresie przewidzianym w art. 105 wszczęto postępowanie, karalność przestępstwa ustawała z upływem 5 lat od zakończenia tego okresu. Przepis praktycznie dotyczył przedawnienia wyrokowania, choć nie używał określenia „nie można wydać wyroku skazującego", a „karalność przestępstwa ustaje". Podstawę do zastosowania tego przepisu stanowiło wszczęcie postępowania w sprawie, a nie przeciwko osobie[20]. Chodziło tutaj o wydanie postanowienia o wszczęciu śledztwa, w którym określone zostały zarówno opis czynu, jak i kwalifikacja prawna tego czynu[21]. Po upływie czasu wskazanego w art. 105 oraz 106 Kodeksu karnego z 1969 r. nie było możliwe wydanie wyroku. Postępowanie, niezależnie od podjętych czynności procesowych, należało – poza wyjątkami wskazanymi w art. 468 oraz art. 479 Kodeksu postępowania karnego z 1969 r.[22] – umorzyć[23]. Ponadto ustawodawca w Kodeksie karnym z 1969 r. przewidział w art. 107 przedawnienie wykonania kary, które dotyczyło niemożności wykonania kary po upływie wskazanych w tym przepisie terminów, licząc od uprawomocnienia się wyroku skazującego[24].

ZMIANA ART. 102 K.K. I JEJ SKUTKI PRAWNE CO DO PRZEDŁUŻENIA PRZEDAWNIENIA

Obecnie obowiązujący Kodeks karny rozróżnia przedawnienie karalności oraz przedawnienie wykonania orzeczonej kary[25]. Przedmiotem rozważań będzie przedawnienie karalności, uregulowane w art. 101 k.k.[26], a ściślej art. 102 k.k., w którym nastąpiła zmiana, tj. przedłużenie przedawnienia karalności przestępstwa. Pierwotnie przepis ten dawał możliwość przedłużenia terminu przedawnienia karalności przestępstwa wskazanego w art. 101 k.k. o kolejne 5 lat, jeżeli w terminie wskazanym w art. 101 k.k. wszczęto postępowanie

18 J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 340–342.

19 J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*…, s. 344.

20 J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*…, s. 345. Trzeba jednak zauważyć, że wszczęcie postępowania *in personam* miało miejsce już w momencie czynności nakierowanej na ściganie danej osoby z powodu określonego przestępstwa, a nie dopiero wtedy, gdy wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów – wyrok SN z 24.03.1970 r. (V KRN 52/70), OSNKW 1970/7–8, s. 77.

21 J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*…, s. 345.

22 Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1969 r. nr 13 poz. 96).

23 J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*…, s. 345.

24 J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*…, s. 346.

25 Ł. Pol, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 550.

26 *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 1093; *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2016, s. 1093; s. 591 i nast.

przeciwko osobie[27]. Z dniem 3.08.2005 r.[28] przepis art. 102 k.k. został zmieniony w ten sposób, że w odniesieniu do przestępstw określonych w art. 101 § 1 pkt 1–3 k.k., przy wszczęciu postępowania przeciwko osobie, termin przedawnienia karalności ulegał przedłużeniu o 10 lat. W pozostałym zakresie nie doszło do zmian[29]. W 2016 r. doszło do zmiany art. 102 k.k. Obecne brzmienie art. 102 k.k. wskazuje, że „jeżeli w okresie, o którym mowa w art. 101, wszczęto postępowanie, karalność przestępstw określonych w art. 101 § 1 ustaje z upływem 10 lat, a w pozostałych wypadkach – z upływem 5 lat od zakończenia tego okresu". Treść ta została nadana na podstawie art. 1 ustawy z 15.01.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny[30], gdzie art. 102 otrzymał wyżej przytoczone brzmienie.

Na podstawie art. 2 ustawy z 15.01.2016 r. „do czynów popełnionych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy o przedawnieniu w brzmieniu nadanym tą ustawą, chyba że termin przedawnienia już upłynął". Oznacza to, że w pierwszej kolejności – jeżeli termin przedawnienia karalności przestępstw wskazany w art. 101 k.k. nie upłynął – należy uwzględnić przy obliczaniu przedawnienia art. 101 k.k., a następnie art. 102 k.k. w nowym jego brzmieniu.

Obecnie należy uwzględnić art. 102 k.k. i „przedłużyć" czas przedawnienia karalności przestępstw o kolejne 10 lub 5 lat, wskazane w art. 102 k.k., pod warunkiem, że przed upływem terminów przedawnienia karalności z art. 101 k.k. „wszczęto postępowanie". W obecnym stanie prawnym chodzi o wszczęcie postępowania w sprawie[31].

Wątpliwość, jaka w związku z tą zmianą powstała, dotyczy zakresu wszczęcia postępowania. Chodzi bowiem o to, że przedłużenie czasu trwania przedawnienia karalności przestępstw, na podstawie art. 102 k.k., może dotyczyć tylko tych czynów, co do których wszczęte zostało postępowanie. Problem pojawia się wtedy, gdy ujawniony w trakcie prowadzenia postępowania przygotowawczego czyn nie był objęty postanowieniem o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia.

W celu „naprawienia błędu legislacyjnego" w postaci obecnego brzmienia art. 102 k.k. i doprowadzenia do przedłużenia czasu trwania przedawnienia karalności przestępstw o terminy z art. 102 k.k. proponuje się:

1) wydanie postanowienia o zmianie/uzupełnieniu postanowienia o wszczęciu śledztwa o czyny, które ujawniły się w toku prowadzenia sprawy, a nie były objęte postanowieniem o wszczęciu postępowania – tzw. „dowszczęcia",

[27] W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 581.
[28] Ustawa z 3.06.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. z 2005 r. nr 132 poz. 1109).
[29] W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*…, s. 581.
[30] Ustawa z 15.01.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. z 2016 r. poz. 189).
[31] T. Dukiet-Nagórska, *Prawo karne. Część ogólna szczególna i wojskowa*, Warszawa 2018, s. 325; *Prawo karne materialne*, red. M. Bojarski, Warszawa 2017, s. 473.

2) wydanie postanowienia o wyłączeniu materiałów do odrębnego postępowania i wszczęcia śledztwa o nowe czyny, nawet wtedy, gdy materiały te zostaną potem włączone na powrót do tego samego postępowania, przy czym wadę powyższego poglądu stanowi konieczność wydawania zbędnych, sztucznie generowanych i w istocie pozornych decyzji procesowych, których jedynym celem jest umożliwienie zastosowania art. 102 k.k. Z powyższego jasno wynika, że nie ma żadnego merytorycznego uzasadnienia wskazanych decyzji o wyłączeniu materiałów do odrębnego postępowania, a jedynym celem podejmowanych czynności procesowych jest taka interpretacja art. 102 k.k., która doprowadzi do przedłużenia czasu przedawnienia karalności przestępstw o kolejne 10 lub 5 lat, pod warunkiem wszczęcia śledztwa lub dochodzenia. Wydaje się, że taka decyzja o wyłączeniu materiałów do odrębnego postępowania oraz wydawaniu postanowienia o wszczęciu śledztwa winna być podjęta po ujawnieniu nowych czynów zabronionych lub jedna „zbiorcza" do wszystkich nowo ujawnionych czynów.

Odnosząc się do pierwszego rozwiązania, należy wskazać, że w doktrynie pojawił się pogląd o konieczności wydania dodatkowego postanowienia o zmianie/uzupełnieniu postanowienia o wszczęciu postępowania, niezwłocznie po ujawnieniu dodatkowego czynu, tj. powstaniu uzasadnionego podejrzenia jego popełnienia[32]. Skutkiem takiego rozwiązania jest uznanie postanowienia o zmianie/uzupełnieniu postanowienia o wszczęciu postępowania, choć także w doktrynie pojawiły się poglądy dotyczące tego, że postanowienie takie ma niewiążący charakter[33].

Natomiast zwolennicy koncepcji tzw. „dowszczęcia" podnoszą, że na podstawie art. 326 § 3 pkt 4 k.p.k. prokurator może „zmieniać i uchylać postanowienia i zarządzenia wydane przez prowadzącego postępowanie", co nie wyklucza także zmiany postanowień wydanych przez samego siebie.

Na wstępie trzeba wskazać, że wykładnia prawa odnoszona jest nie tylko do prawa karnego materialnego, ale także do prawa karnego procesowego. Problem dotyczy granic wykładni prawotwórczej. Każda wykładnia powinna pozostawać w granicach możliwego znaczenia słownikowego danego wyrażenia[34]. Przyjmuje się, że obowiązuje zakaz prowadzenia wykładni systemowej i funkcjonalnej w sposób zakładający całkowitą negację wyników wykładni językowej[35]. Uzasadnieniem dla przyjęcia wykładni językowej jest to, że przepis prawa jest skierowany do określonego adresata, który posługuje się językiem

[32] M. Grzesik, *Artykuł 102 k.k. po nowelizacji (studium przypadku)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2017/1, s. 135.
[33] M. Grzesik, *Artykuł 102 k.k. po nowelizacji…*, s. 128.
[34] L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 25–27 i powołane tam orzecznictwo sądowe.
[35] *Wprowadzenie do nauk prawnych*, red. A. Bator, Warszawa 2016, s. 294.

potocznym[36]. Nadanie innego niż językowe znaczenia przepisowi na podstawie innych metod wykładni jest wprowadzaniem adresata w błąd i stosowaniem niedozwolonej wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy[37]. Podobne stanowisko zajmuje L. Morawski, który twierdzi wręcz, że za pierwszeństwem wykładni językowej przemawiają argumenty analityczne oraz argumenty polityczne, bowiem w państwie praworządnym obywatele mają prawo polegać na tym, co prawodawca w tekście prawnym powiedział, a nie na tym, co zamierzał powiedzieć lub co powiedziałby, gdyby znał nowe okoliczności[38].

Na początek należy dokonać wykładni językowej i stwierdzić, że słowo „wszczęcie" w języku potocznym oznacza zaczęcie jakiejś akcji, działalności, danie czemuś początku, rozpoczęcie czegoś[39]. Trzeba stwierdzić, że sformułowanie „wszczęto postępowanie" należy rozumieć jako czynność przeszłą, jednorazową i niepowtarzalną.

Wykładnia ta jest także spójna z treścią art. 303 k.p.k., który stanowi, że przy uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa „wydaje się z urzędu lub na skutek zawiadomienia o przestępstwie postanowienie o wszczęciu śledztwa, w którym określa się czyn będący przedmiotem postępowania oraz jego kwalifikację prawną". Znamię czasownikowe „wydaje się" (pochodzące od czasownika „wydać") wskazuje na jednorazowość tej czynności. Natomiast słowo „postępowanie" oznacza określony prawem sposób działania[40]. Dochodzi więc do różnego rozumienia tego samego określenia, bowiem – obecnie – na gruncie procedury karnej dopuszczalne jest wielokrotne rozpoczynanie postępowania.

Odnosząc się, w ramach wykładni systemowej, do kwestii podstaw wszczęcia śledztwa, należy zwrócić uwagę na treść art. 308 k.p.k., który stanowi, że „wydaje się z urzędu lub na skutek zawiadomienia o przestępstwie postanowienie o wszczęciu śledztwa". Pogląd, jaki został wyrażony w doktrynie, zdaje się przeczyć dopuszczalności koncepcji tzw. „dowszczęcia". M. Kurowski pisze bowiem, że „[k]westia prawidłowości dokonywania czynności wszczęcia postępowania karnego, w poprzednim stanie prawnym niezwykle istotna na gruncie Kodeksu karnego skarbowego z uwagi na zmianę treści art. 102 k.k. i powiązanie przedłużenia karalności z instytucją wszczęcia postępowania w sprawie, znacznie zwiększa ciężar gatunkowy takiej decyzji"[41]. Dalej wskazuje, że w takim

36 M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 244–245.

37 L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 34.

38 L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2012, s. 146, podobnie L. Leszczyński, *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2019, s. 138–139.

39 *Słownik języka polskiego*, sjp.pwn.pl (dostęp: 28.10.2019 r.); tak samo *Słownik Języka Polskiego, R-Z*, red. M. Szymczak, Warszawa 1999, s. 720.

40 *Słownik języka polskiego*, sjp.pwn.pl (dostęp: 28.10.2019 r.); *Słownik Języka Polskiego, L-P*, red. M. Szymczak, Warszawa 1999, s. 806.

41 M. Kurowski, *Komentarz aktualizowany do art. 303 Kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 2019, teza 7, LEX/el.

znaczeniu „skutkiem wszczęcia postępowania jest przedłużenie przedawnienia karalności w zakresie, w jakim dane postanowienie obejmuje zdarzenie w ujęciu historycznym"[42].

Wymóg ten zgodny jest z § 124 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości – Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury[43], który wskazuje, aby w postanowieniu o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia określało się czyn przez zwięzłe wskazanie okoliczności faktycznych należących do znamion przestępstwa, czasu i miejsca jego popełnienia oraz osoby pokrzywdzonej, co jest również argumentem z zakresu wykładni systemowej.

Zakresem postępowania objęte są określone czyny zabronione, stąd wszczęcie postępowania musi odnosić się do wskazania czynu zabronionego z podaniem jego kwalifikacji prawnej, co ma charakter gwarancyjny dla obywateli. Stanowisko takie reprezentowane jest w orzecznictwie sądowym wydanym na podstawie stanu obowiązującego w Kodeksie postępowania karnego z 1969 r., co można podnieść w ramach wykładni historycznej, opartej na analizie orzecznictwa sądowego. Już w wyroku Sądu Najwyższego z 12.03.1979 r. (I KR 24/79) Sąd Najwyższy stwierdził, że „z brzmienia art. 106 k.k. wynika, że podstawę przedłużenia okresu przedawnienia karalności o 5 lat stanowi wszczęcie postępowania karnego «w sprawie», a nie «przeciwko osobie», czego wyrazem jest wydanie postanowienia na podstawie art. 257 k.p.k. w związku z art. 255 k.p.k."[44] Dalej Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na to, że „treścią bowiem postanowienia o wszczęciu postępowania przez właściwy organ jest określenie czynu będącego przedmiotem postępowania i kwalifikacja prawna tego czynu, co nie oznacza jeszcze wskazania konkretnej osoby, przeciwko której toczy się wszczęte postępowanie (art. 255, 257 k.p.k.)"[45]. W uzasadnieniu powołanego orzeczenia Sąd Najwyższy wskazał, że „sam fakt wydania postanowienia o wszczęciu postępowania w sprawie – zgodnie z brzmieniem art. 106 k.k. – stanowi podstawę do przedłużenia o dalsze 5 lat okresu karalności przestępstwa, określonego w art. 105 k.k."[46]

W uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 15.10.1992 r. (I KZP 28/92) Sąd Najwyższy stwierdził, że „określony w art. 106 k.k. skutek w postaci przedłużenia o 5 lat przewidzianych w art. 105 k.k. okresów przedawnienia karalności przestępstwa wywołuje także wszczęcie postępowania karnego w sprawie

[42] M. Kurowski, *Komentarz aktualizowany do art. 303 Kodeksu postępowania karnego...*, teza 7.

[43] Obwieszczenie Ministra Sprawiedliwości z 18.05.2017 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości – Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz.U. z 2017 r. poz. 1206 ze zm.).

[44] Wyrok SN z 12.03.1979 r. (I KR 24/79), OSNKW 1979/7–8, poz. 80.

[45] Wyrok SN z 12.03.1979 r. (I KR 24/79), OSNKW 1979/7–8, poz. 80.

[46] Wyrok SN z 12.03.1979 r. (I KR 24/79), OSNKW 1979/7–8, poz. 80.

(*in rem*)" i dalej w uzasadnieniu tegoż orzeczenia wskazał, że „do przedłużenia okresu przedawnienia wystarcza już wszczęcie postępowania «w sprawie», nie zaś dopiero jego wszczęcie «przeciwko osobie»"[47].

W uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 30.12.1980 r. (VI KZP 29/80)[48] Sąd zwrócił uwagę na kwestie wyłączenia materiałów do odrębnego postępowania i stwierdził, że „wydanie postanowienia o wyłączeniu części materiałów postępowania przygotowawczego do odrębnego postępowania – o które chodzi w przedstawionym pytaniu prawnym – nie może być uznane za wszczęcie postępowania «w sprawie»". Sąd przyjął, że czynność wyłączenia materiałów do odrębnego postępowania „nie ma charakteru konstytuującego wszczęcie postępowania, gdyż zakładając jego prawidłowość – powinno ono nastąpić w ramach postępowania przygotowawczego, które już zostało wszczęte (co do innych osób lub innych czynów)". Dalej w uzasadnieniu uchwały Sąd wskazał, że „[g]dyby jednak w określonej sprawie okazało się, że postanowienie takie nie było w takim stopniu skonkretyzowane, by uznać je za wyłączające do odrębnego postępowania «sprawy osób lub o poszczególne czyny» (gdyż czyny te nie były jeszcze wystarczająco znane), to decyzja taka miałaby charakter wyłącznie organizacyjno-porządkowy i byłaby w istocie równoznaczna ze swoistym sygnałem czy nawet zawiadomieniem o przestępstwie, uzasadniającym dopiero powzięcie postanowienia o wszczęciu postępowania o konkretny czyn zgodnie z art. 257 § 1 w związku z art. 255 k.p.k. lub postąpienie zgodnie z art. 258 § 1 czy 2 k.p.k."[49] Omawiane orzeczenie wymaga, choćby fragmentarycznego, komentarza. Najważniejsze uwagi odnoszą się do tego, że postanowienie o wyłączeniu materiałów do odrębnego postępowania wydawane jest tylko wtedy, gdy istnieją ku temu podstawy prawne i po wydaniu postanowienia o wszczęciu postępowania. W przeciwnym wypadku ma ono bliżej niesprecyzowany charakter organizacyjno-porządkowy, o wątpliwych skutkach procesowych oraz materialnych. Orzeczenie to wskazuje ponadto na to, że nie należy używać różnych instytucji procesowych do obchodzenia wymogu wszczęcia postępowania o określony czyn. Te uwagi mają zastosowanie do obecnego stanu prawnego. Stąd w istocie postępowanie polegające na wydaniu bez podstawy prawnej pozornej decyzji o wyłączeniu materiałów do odrębnego postępowania, a następnie wydanie postanowienia o wszczęciu postępowania jest powielaniem błędu, który polega na co najmniej naginaniu prawa dla uzyskania przez ustawodawcę zamierzonego celu, przy wadliwie sformułowanym, bez dostatecznej analizy instytucji przedawnienia, przepisie art. 102 k.k. Kwestia wyłączenia materiałów do odrębnego postępowania będzie przedmiotem dalszych rozważań.

[47] Uchwała składu 7 sędziów SN z 15.10.1992 r. (I KZP 28/92), OSNKW 1992/11–12, poz. 76.
[48] Uchwała składu 7 sędziów SN z 30.12.1980 r. (VI KZP 29/80), OSNKW 1981/1–2, poz. 2.
[49] Uchwała składu 7 sędziów SN z 30.12.1980 r. (VI KZP 29/80), OSNKW 1981/1–2, poz. 2.

Stanowisko, które zostało wyżej zaprezentowane, a dotyczy zakresu postanowienia o wszczęciu postępowania, wynika także z wyroku SN z 22.09.1999 r. (II KKN 526/98), gdzie SN stwierdził, że „przewidziane w art. 106 kk «przedłużenie» biegu terminu przedawnienia zawsze odnosi się do sytuacji, w której wszczęto postępowanie w odniesieniu do danego przestępstwa w okresie podstawowym przewidzianym dla danej kategorii przestępstw"[50]. Podobne stanowisko zostało obecnie zajęte w doktrynie, gdzie jasno wskazuje się, że przedłużenie obejmuje tylko te czyny, które objęte są postanowieniem o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia[51].

Podsumowując orzecznictwo sądowe, powstałe na podstawie przepisów Kodeksu postępowania karnego z 1969 r., trzeba wskazać, że przedłużenie czasu trwania przedawnienia obejmowało tylko te czyny, które objęte były postanowieniem o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia, a nie obejmowało tych, które ujawniły się w toku prowadzenia sprawy. Był to duży mankament rozwiązania, co przyczyniło się do zmiany uregulowania w Kodeksie karnym z 1997 r., gdzie pierwotnie przyjęte zostało rozwiązanie, zgodnie z którym przedłużenie czasu trwania przedawnienia karalności przestępstw liczono, gdy skierowane zostało postępowanie przeciwko osobie. Chodziło o położenie nacisku na ujawnienie sprawcy. Obecnie kwestia wykrycia sprawcy nie ma już takiego znaczenia. I choć motywacja ustawodawcy, związana z możliwością prowadzenia postępowania, przy późnym ujawnieniu przestępstwa lub podjęciu postępowań, które zostały umorzone wobec niewykrycia sprawcy, w pełni zasługuje na akceptację, to jednak argumentacja natury funkcjonalnej nie może stać w sprzeczności z argumentami na płaszczyźnie wykładni językowej, systemowej oraz historycznej. Poza tym przedłużenie czasu przedawnienia ścigania przestępstw raczej dotyczy spraw kryminalnych o wąskim zakresie podmiotowo-przedmiotowym, gdzie postanowieniem o wszczęciu śledztwa objęty jest jeden lub kilka czynów jednego lub co najwyżej kilku sprawców, a nie tzw. „spraw gospodarczych" o szerokim zakresie podmiotowo-przedmiotowym[52].

Wydaje się, że przed zmianą art. 102 k.k. nie zwrócono uwagi na to, że brak ścisłego oznaczenia przedawnienia rodzi wątpliwości praktyczne i przedawnienie karalności przestępstw odnoszone musi być do konkretnego czynu (wraz z kwalifikacją prawną) konkretnego sprawcy. Dlatego rozwiązanie z art. 102 k.k., kiedy przedłużenie czasu trwania przedawnienia karalności przestępstwa łączono ze skierowaniem postępowania przeciwko konkretnemu sprawcy przestępstwa, było naturalnym powiązaniem instytucji przedawnienia karalności

[50] Wyrok SN z 22.09.1999 r. (II KKN 526/98), LEX nr 1635368.

[51] M. Grzesik, *Artykuł 102 k.k. po nowelizacji…*, s. 128.

[52] Chodzi o to, że rozwój nauk zwiększa możliwości badania zabezpieczonych śladów pod kątem ich indywidualizacji.

przestępstwa z instytucją przedstawienia zarzutów popełnienia konkretnego przestępstwa i porządkowało pewien chaos orzeczniczy[53].

Jest niewątpliwe, że zmiana art. 102 k.k. miała na celu wydłużenie czasu przedawnienia karalności przestępstw, byleby przed upływem pierwotnego terminu przedawnienia doszło do wszczęcia postępowania. Wynika to z lakonicznego uzasadnienia projektu ustawy[54]. Problemem teoretycznym i praktycznym jest to, że nie jest możliwe na początku postępowania wskazanie wszystkich czynów, których postępowanie będzie ostatecznie dotyczyło, ani w zakresie stanu faktycznego, ani w zakresie kwalifikacji prawnej, a z drugiej strony nie ma podstaw prawnych do tego, aby czekać na ujawnienie wszystkich czynów i objęcie ich postanowieniem o wszczęciu postępowania[55]. Stąd przedłużenie czasu przedawnienia, w przypadku skierowania postępowania przeciwko osobie od daty wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów przeciwko osobie, było rozwiązaniem słusznym, bo indywidualizowało przedłużone przedawnienie do konkretnej osoby i za konkretne, przypisane jej – w zakresie opisu czynu i kwalifikacji prawnej – czyny zabronione. Było to też rozwiązanie bardziej praktyczne i niewywołujące dodatkowych sporów prawnych, dotyczących zakresu postępowania. Jednak normatywna zmiana art. 102 k.k. oznacza, że dla osiągnięcia jej praktycznego wymiaru zachodzi potrzeba uzupełnienia postanowienia o wszczęciu postępowania o nowo ujawnione czyny, co zostało ocenione z punktu widzenia zgodności z obowiązującym prawem.

Trzeba także zauważyć, że wydanie postanowienia o zmianie i uzupełnieniu postanowienia o wszczęciu postępowania nie jest obojętne dla przyszłego podejrzanego, bowiem na podstawie decyzji procesowej, która jest podejmowana w odniesieniu do przeszłości, wywołuje skutki odnośnie do przyszłości. Jednak trzeba zgodzić się z poglądem, że póki nie nastąpi przedawnienie, ustawodawca może kształtować terminy przedawnienia[56], ale powinien to czynić w sposób, który nie wywołuje wątpliwości interpretacyjnych oraz sprzeczności z innymi przepisami.

Trzeba jeszcze zwrócić uwagę na efekt wykładni rozszerzającej przepisu szczególnego, gdzie znajduje się odmienna regulacja dotycząca przepisu ogólnego[57]. Pogląd ten oparty jest na założeniu, że sprawa przedawnienia

53 *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz…*, red. A. Zoll, s. 1099.

54 Druk nr 32 z 19.11.2015 r. Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej dotyczący uzasadnienia zmian w Kodeksie karnym.

55 Na ponowne pojawienie się problemów związanych z rozwiązaniem przyjętym w art. 106 Kodeksu karnego z 1969 r. i obecnie zwrócił uwagę I. Zgoliński (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2016, s. 536.

56 W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna…*, s. 582–583 i powołany tam wyrok TK z 25.05.2004 r. (SK 44/03), Dz.U. nr 130 poz. 1399; wyrok TK z 15.10.2008 r. (P 32/06), Dz.U. nr 190 poz. 1172; wyrok SN z 12.04.2018 r. (II KK 412/17), LEX nr 2490050.

57 *Wprowadzenie do nauk prawnych…*, s. 307; tak samo M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie…*, s. 252.

karalności przestępstwa – co do zasady – uregulowana jest w art. 101 k.k., natomiast w art. 102 k.k. poprzez sformułowanie „jeżeli w okresie, o którym mowa w art. 101, wszczęto postępowanie" mamy do czynienia z przepisem szczególnym, który odnosi się do wszczęcia postępowania przygotowawczego, jako warunku dodatkowego, który daje podstawy do przedłużenia podstawowego czasu przedawnienia karalności przestępstw.

Trzeba także wskazać, że w art. 102 k.k. jest mowa o „wszczęciu postępowania", za które uważa się także wszczęcie postępowania *in personam*, kiedy czyn zabroniony jest sprecyzowany do konkretnej osoby co do opisu stanu faktycznego oraz kwalifikacji prawnej. Obliczanie czasu trwania przedawnienia to stosowanie prawa w konkretnym stanie faktycznym. Przedstawienie zarzutów to wszczęcie postępowania – w rozumieniu art. 102 k.k. – przeciwko konkretnej osobie[58]. Jak słusznie zauważa M. Grzesik, „respektuje ona w pełni prawa podejrzanego, który w tym przypadku nie doznaje żadnego uszczerbku procesowego. Wydając postanowienie o przedstawieniu zarzutów, organy procesowe w sposób jednoznaczny wyrażają ponadto swoją wolę prowadzenia postępowania również o czyn objęty zarzutami, choćby wcześniej nie był on objęty formalnie zakresem postanowienia o wszczęciu. Przedstawienie zarzutów w tym przypadku rozszerza więc przedmiotowo i precyzuje podmiotowo zakres postępowania"[59]. Stanowisko takie jest w pełni uprawnione również z punktu widzenia zasad wykładni prawa karnego, bowiem wychodząc z literalnego brzmienia art. 102 k.k., z którego wynika, że wszczęcie postępowania jest podstawą biegu dodatkowego czasu przedawnienia karalności przestępstw, i posługując się *argumentum a maiori ad minus* oraz nie naruszając gwarancji procesowych podejrzanego, można w pełni zasadnie dojść do wniosku, że termin z art. 101 k.k. można przedłużyć na podstawie art. 102 k.k., gdy ma miejsce wszczęcie postępowania *in personam*. Taka interpretacja uzasadnia brzmienie art. 102 k.k. przed omawianą zmianą. Natomiast przedłużenie tego terminu na podstawie art. 102 k.k., gdy postanowienie o wszczęciu nie obejmuje danych czynów zabronionych (w zakresie opisu czynu oraz jego kwalifikacji prawnej) i zachodzi potrzeba faktyczna tzw. „dowszczęcia", wydaje się być niemożliwe. Stanowisko to prowadzi do wniosku, że zmiana art. 102 k.k. była pozorna i nie osiągnęła zamierzonego celu, a ponadto doprowadzi do odżycia „starych" sporów orzeczniczych.

Proponowany, na podstawie art. 102 k.k., drugi sposób przedłużenia przedawnienia karalności przestępstw polega na fikcyjnym, sprzecznym z art. 34 § 3 k.p.k., rozumieniu podstaw wyłączenia w postaci „okoliczności utrudniających łączne rozpoznanie spraw", bowiem nie są takimi

[58] M. Grzesik, *Artykuł 102 k.k. po nowelizacji…*, s. 132.
[59] M. Grzesik, *Artykuł 102 k.k. po nowelizacji…*, s. 133.

okolicznościami działania faktyczne organu procesowego, które są fikcją, zmierzającą do przedłużenia czasu trwania przedawnienia karalności, w sytuacji, gdy przedawnienie nie nastąpiło. Z drugiej strony okolicznością uniemożliwiającą prowadzenie sprawy jest przedawnienie, które już nastąpiło i podejmowane są czynności pozorne do przedłużenia przedawnienia karalności przestępstw. Trzeba stwierdzić, że proponowany sposób postępowania, polegający na wydaniu postanowienia o wyłączeniu do odrębnego postępowania materiałów, gdzie brak jest okoliczności utrudniających łączne rozpoznanie spraw, prowadzi do naruszenia przepisu art. 34 k.p.k. W doktrynie prawa dotyczącej zasad wykładni prawa reprezentowany jest pogląd, iż nie należy interpretować przepisów prawa w sposób, który prowadzi do ich sprzeczności z innymi przepisami prawa[60].

W tym miejscu godzi się zauważyć, iż w polskim prawie konstrukcja nadużycia prawa odnoszona jest także do nadużycia interpretacyjnego[61]. Jeżeli chodzi o prawo karne, to odnoszona jest ona także do procedury i polega na wykorzystaniu danej instytucji w sposób sprzeczny z jej celem przeznaczenia[62]. Nadużycie prawa w procedurze związane jest z wykorzystaniem danego narzędzia w sposób sprzeczny z jego przeznaczeniem, tj. wykraczający poza cel, jakiemu służy, sprzeczny z *ratio legis* konstrukcji prawnej określonej instytucji[63]. Szerzej nadużycie w procedurze karnej traktowane jest jako naruszenie zasady uczciwego procesu karnego[64]. Jednym ze skutków nadużycia w procedurze karnej może być nieważność czynności procesowej[65]. Może to mieć miejsce szczególnie tam, gdzie czynność jest pozorna, sprzeczna z *ratio legis* danej instytucji, a w rzeczywistości chodzi o inny cel. M. Warchoł wskazuje, że czynność procesowa, która zmierza do celu niegodnego aprobaty, ale jednocześnie brak jest przepisu, który zakazywałby takiego działania, jest czynnością niedopuszczalną i „takie zachowanie o znamionach nadużycia prawa nie zasługuje na ochronę prawną"[66]. Autor wskazuje ponadto, że można mówić o ogólnym niepisanym zakazie nadużywania prawa w postaci zasady[67]. W tym miejscu trzeba ponownie podkreślić, że czynność wszczęcia postępowania ze swej istoty ma jednorazowy charakter. Integralnym jej elementem

60 L. Morawski, *Wstęp…*, s. 149.

61 L. Leszczyński, *Nadużycie prawa – teoretycznoprawny kontekst aksjologii luzu decyzyjnego* (w:) *Nadużycie prawa. Konferencja Wydziału Prawa i Administracji UW 1 marca 2002 r.*, red. H. Izdebski, A. Stępkowski, Warszawa 2003, s. 25.

62 Ł. Cora, *Gradacja nadużycia prawa w procesie karnym (zarys teoretyczny)*, „Studia Prawnicze" 2019/1, s. 118.

63 M. Warchoł, *Pojęcie nadużycia prawa w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2007/11, s. 52; Ł. Cora, *Gradacja nadużycia prawa w procesie karnym (zarys teoretyczny)…*, s. 120, 123.

64 Ł. Cora, *Gradacja nadużycia prawa w procesie karnym (zarys teoretyczny)…*, s. 133.

65 Ł. Cora, *Gradacja nadużycia prawa w procesie karnym (zarys teoretyczny)…*, s. 134.

66 M. Warchoł, *Pojęcie nadużycia prawa w procesie karnym…*, s. 52–53.

67 M. Warchoł, *Pojęcie nadużycia prawa w procesie karnym…*, s. 54.

jest określenie zakresu wszczęcia postępowania. Wykorzystanie jednej instytucji procesowej tylko dla pozoru, sprzecznie z *ratio legis* tej instytucji, tylko po to, aby osiągnąć w ramach praktycznego funkcjonowania innej instytucji zamierzony cel, narusza stabilność decyzji procesowych i zasadę rzetelnego procesu karnego.

Na koniec należy – w ramach wykładni historycznej – zacytować fragment uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 30.12.1980 r. (VI KZP 29/80), że „wydanie postanowienia o wyłączeniu części materiałów postępowania przygotowawczego do odrębnego postępowania (…) nie może być uznane za wszczęcie postępowania «w sprawie»"[68].

Podsumowując, trzeba zwrócić uwagę na to, że w obu rozwiązaniach znaczenie mają również wymogi statystyczne, związane z rejestracją postanowień o wszczęciu postępowania przygotowawczego, materiałów wyłączonych do odrębnego postępowania[69].

KOLEJNE UWAGI DO PRZEDAWNIENIA

Propozycja, aby to pierwsza czynność procesowa stanowiła podstawę do przedłużenia czasu przedawnienia karalności czynu zabronionego, może być traktowana tylko jako postulat *de lege ferenda*, który uruchomi spór o pierwszą czynność procesową. Takie rozwiązanie nie usunie sporu co do tego, czy chodzi w ogóle o pierwszą czynność procesową, czy też o czynność procesową dotyczącą konkretnego czynu zabronionego, konkretnej osoby podejrzanej, podejrzanego, co ostatecznie doprowadzi do przesunięcia granicy sporu do większego szczegółu. Jeżeli w obszernych sprawach zadaniem prokuratora, który nadzoruje lub prowadzi postępowanie przygotowawcze, byłoby ustalanie pierwszej czynności do konkretnego czynu zabronionego, konkretnej osoby, to operacja taka byłaby bardzo czasochłonna i nieprowadząca do uproszczenia, a ponadto obarczona coraz większym elementem uznaniowości. Ponadto jeżeli na etapie sądowym okaże się, że chodzi o inny czyn, to nie sposób przyjąć,

[68] Uchwała składu 7 sędziów SN z 30.12.1980 r. (VI KZP 29/80), OSNKW 1981/1–2, poz. 2.

[69] Trzeba stwierdzić, że w przypadku takich kroków doszłoby do zwiększenia liczby spraw, postanowień o wszczęciu postępowania oraz w przypadku ponownego połączenia – liczby spraw wpisanych jako nowe oraz zakończonych w inny sposób. Na podstawie § 1 zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z 30.10.2019 r. zmieniającego zarządzenie w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów oraz innych działów administracji w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury (Dz.Urz. Ministra Sprawiedliwości z 31.10.2019 r. poz. 233), w zarządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 3.03.2016 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów oraz innych działów administracji w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury (Dz.Urz. Ministra Sprawiedliwości z 2017 r. poz. 174, z 2018 r. poz. 170 oraz z 2019 r. poz. 143) § 91 ust. 1 otrzymuje brzmienie, na podstawie którego do spraw nowych, poza wpływającymi po raz pierwszy, zalicza się materiały wyłączone do odrębnego postępowania przygotowawczego ze spraw wcześniej zarejestrowanych.

że wykonano czynność procesową odnoszącą się do tego czynu, który został ustalony na etapie postępowania sądowego, kiedy prowadzone będzie ponownie postępowanie. Takie podejście rodziłoby podstawy do sporu, a instytucja przedawnienia winna być instytucją o prostej konstrukcji do stosowania. Poszerzanie pola sporu to także zwiększanie możliwości różnych interpretacji. Trzeba w tym miejscu zwrócić uwagę na to, że przedawnienie karalności odnosi się do karalności konkretnego czynu zabronionego i powiązanej z nim kwalifikacji prawnej, co w sposób najbardziej czytelny następuje w momencie wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów.

Trzeba także zauważyć, że inaczej jest uregulowane przedawnienie karalności czynów zabronionych kwalifikowanych w Kodeksie karnym skarbowym[70], co wynika z art. 44 k.k.s.[71], według którego przedłużenie czasu przedawnienia karalności przestępstwa skarbowego ma miejsce wtedy, gdy wszczęto postępowanie przeciwko sprawcy[72].

Trzeba także wskazać, że na podstawie art. 70 § 6 ustawy z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa[73] bieg terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu, z dniem wszczęcia postępowania w sprawie o przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe, o którym podatnik został zawiadomiony, jeżeli podejrzenie popełnienia przestępstwa lub wykroczenia wiąże się z niewykonaniem tego zobowiązania.

Chodzi tu o przedawnienie zobowiązania podatkowego, a nie ścigania za konkretne przestępstwo skarbowe, ale kwestie te są powiązane, bowiem przedawnione zobowiązanie podatkowe nie może być przedmiotem orzeczenia, skoro zostało przedawnione.

Tak więc na gruncie Kodeksu karnego skarbowego istnieje odrębna regulacja dotycząca przedłużenia czasu przedawnienia karalności przestępstw skarbowych, co prowadzi do braku spójności przedawnień w obu kodeksach, a może mieć znaczenie przy zbiegu idealnym z art. 8 k.k.s. Potrzeba spójności systemowej również przemawia za ujednoliceniem rozwiązań.

WNIOSKI

Trzeba stwierdzić, że czynność tzw. „dowszczynania" postępowania w formie postanowienia o zmianie, uzupełnieniu postanowienia o wszczęciu

70 Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2320 ze zm.), dalej k.k.s.

71 Artykuł 44 k.k.s. w § 5 stanowi, że jeżeli w okresie przewidzianym w § 1 lub § 2 wszczęto postępowanie przeciwko sprawcy, karalność popełnionego przez niego przestępstwa skarbowego określonego w § 1 pkt 1 ustaje z upływem 5 lat, a przestępstwa skarbowego określonego w § 1 pkt 2 – z upływem 10 lat od zakończenia tego okresu.

72 P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 545; tak samo L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy*, Warszawa 2016, s. 194.

73 Ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2019 r. poz. 900).

śledztwa uznać należy za czynność, która przeczy instytucji postanowienia o wszczęciu śledztwa jako czynności jednorazowej. Skutkuje uznaniem czynności wszczęcia śledztwa za czynność wielokrotną, która nie jest ograniczona nawet prawomocnym uniewinniającym wyrokiem sądowym. Uaktywnia spory, które istniały na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. w zakresie wątpliwości związanych z obliczaniem terminu przedawnienia. Rozbieżności w orzecznictwie ostatecznie powinny być interpretowane na korzyść, co nie przedłuży terminu przedawnienia i nie spowoduje zamierzonego przez ustawodawcę skutku.

W przypadku zaproponowanego wydawania pozornych postanowień o wyłączeniu materiałów do odrębnego postępowania, a następnie wydawania postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia jest wykorzystaniem innej instytucji procesowej do celów, które nie są dla niej przeznaczone, i jest sprzeczna z przepisami dotyczącymi podstaw wyłączenia materiałów do odrębnego postępowania. Zmierza do wydzielenia materiałów do odrębnego postępowania, gdy brak jest ku temu podstaw, tylko w celu przedłużenia czasu przedawnienia. Fałszuje także dane dotyczące liczby nowych spraw, które są prowadzone w prokuraturach, ponieważ bez podstawy faktycznej oraz prawnej zwiększona zostanie ilość zarejestrowanych spraw, które następnie zostaną włączone do sprawy, a z punktu widzenia statystycznego uznane jako zakończone w inny sposób. Nie może także wytworzony stan liczby spraw stanowić podstawy do celnego wytyczania polityki karnej, ponieważ powinna ona być oparta na rzeczywistych danych co do zakresu oraz rozmiaru przestępczości oraz tendencji wzrostowych lub spadkowych.

Na koniec ponownie należy podkreślić, że czynność „dowszczynania" postępowania budzi wątpliwości co do zgodności z treścią art. 102 k.k., wywołuje spory i wydaje się, że nie osiągnęła zamierzonego przez ustawodawcę celu.

ABSTRACT

dr Krystyna Patora
The author is a doctor of law, a prosecutor of the Regional Prosecutor's Office in Lodz.

„Re-initiation" – a new procedural institution

The article focuses on the amendment of art. 102 of Criminal Code, which provides for the extension of prosecution limitation period, where preliminary proceedings have been initiated. The 1969 Criminal Code contained such a provision, however, it raised numerous doubts when used in practice. Recent amendments to article 102

of Criminal Code aimed at the extension of limitation periods. Problems occurring in practice were related to the scope of preliminary proceedings initiated, and then to the extension of them through „additional initiation", which resulted in some considerations whether such proceedings were consistent with the law.

Keywords: *limitation of prosecution, extension of limitation, initiation of investigation or enquiry, exclusion of materials for separate proceedings*

dr Krystyna Patora
ORCID: 0000-0003-2526-6801; e-mail: kalifornia1@wp.pl

Autorka jest doktorem nauk prawnych, prokuratorem Prokuratury Regionalnej w Łodzi.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bafia Jerzy, Mioduski Kryspin, Siewierski Mieczysław, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987

Cora Łukasz, *Gradacja nadużycia prawa w procesie karnym (zarys teoretyczny)*, „Studia Prawnicze" 2019/1, s. 118

Dukiet-Nagórska Teresa, *Prawo karne. Część ogólna szczególna i wojskowa*, Warszawa 2018

Grzesik Mikołaj, *Artykuł 102 k.k. po nowelizacji (studium przypadku)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2017/1, s. 135

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

Kardas Piotr, Łabuda Grzegorz, Razowski Tomasz, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2017

Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, red. A. Zoll, Warszawa 2007

Kurowski Michał, *Komentarz aktualizowany do art. 303 Kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 2019, teza 7, LEX/el.

Leszczyński Leszek, *Nadużycie prawa – teoretycznoprawny kontekst aksjologii luzu decyzyjnego* (w:) *Nadużycie prawa. Konferencja Wydziału Prawa i Administracji UW 1 marca 2002 r.*, red. H. Izdebski, A. Stępkowski, Warszawa 2003

Leszczyński Leszek, *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2019

Makarewicz Juliusz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938

Makarewicz Juliusz, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, reprint

Mogilnicki Aleksander, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2019, reprint wydania z 1933 r.

Morawski Lech, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2012

Morawski Lech, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010

Pol Łukasz, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019

Prawo karne materialne, red. M. Bojarski, Warszawa 2017

Prawo karne materialne. Część ogólna, red. M. Mozgawa, Warszawa 2016

Słownik Języka Polskiego, R-Z, red. M. Szymczak, Warszawa 1999

Słownik języka polskiego, sjp.pwn.pl

Warchoł Marcin, *Pojęcie nadużycia prawa w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2007/11, s. 52

Wilk Leszek, Zagrodnik Jarosław, *Kodeks karny skarbowy*, Warszawa 2016

Wprowadzenie do nauk prawnych, red. A. Bator, Warszawa 2016

Wróbel Włodzimierz, Zoll Andrzej, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014

Zgoliński Igor (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2016

Pojęcia kluczowe: *pozbawienie wolności, przerwa w wykonywaniu kary, COVID, panika moralna, lockdown*

Prawo karne

e-PALESTRA
49/2020

Paweł Grzesiak

WYKONYWANIE KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI W CZASIE PANDEMII COVID-19 – UWAGI DOGMATYCZNOPRAWNE I SOCJOLOGICZNOPRAWNE

Opracowanie zawiera dwupłaszczyznową analizę skutków pandemii COVID-19 dla wykonywania kary pozbawienia wolności. W ramach płaszczyzny dogmatycznej oceniono słuszność wprowadzenia specjalnych przesłanek udzielenia przerwy w wykonywaniu kary pozbawienia wolności w celu zwalczania epidemii. W ramach płaszczyzny socjologicznej podjęto próbę znalezienia podobieństwa między cechami tzw. lockdownu a cechami kary pozbawienia wolności, co mogłoby pobudzić debatę nad realną surowością tego środka penalnego.

Pierwszym powodem do poczynienia kilku uwag na temat kary pozbawienia wolności w odniesieniu do pandemii COVID-19 jest aktywność ustawodawcy w tym obszarze. Uchwalając wiele nowych rozwiązań legislacyjnych związanych ze zwalczaniem i rozprzestrzenianiem się SARS-Cov-2, poświęcił on jeden przepis zagadnieniu przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności (art. 14c tzw. tarczy antykryzysowej[1]). Nowa regulacja pozwala zastosować znaną już polskiemu prawu instytucję, lecz w celu dotychczas nieuregulowanym, tj. dla ograniczania lub wyeliminowania epidemii. Oprócz tego *novum*

[1] Ustawa z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374), dalej Tarcza.

ustawodawca uregulował nowe zasady wyrażania zgody na dozór elektroniczny i umieszczania skazanego w zakładzie leczniczym, jednak w tej pracy uwaga zostanie poświęcona głównie przerwie, jako rozwiązaniu najdalej idącemu.

Drugim powodem powiązania kary pozbawienia wolności z faktem pandemii jest nowo powstała rzeczywistość społeczna, w której obowiązkowe (a przynajmniej zalecane) stało się przebywanie w odosobnieniu, oderwaniu od miejsca pracy i spotkań towarzyskich. Te wzorce zachowania, zabezpieczone sankcjami prawnymi, zacieśniły społeczną dyscyplinę, wymuszając na większości ludzi zmianę nawyków i trybu życia. Na tle tak zarysowanych przemian daje się dostrzec swoistą analogię do kary pozbawienia wolności, która charakteryzuje się podobnymi uciążliwościami.

W pracy zostaną rozważone oba powyższe problemy. W pierwszej części zostanie podjęta próba oceny nowej regulacji prawnej – czy aktywność ustawodawcy w ramach Tarczy była zasadna, a dotychczasowy stan prawny niewystarczający, jakie zagrożenia mogą wynikać z nowego stanu prawnego oraz jak ocenić nowy stan prawny w świetle filozofii karania. W drugiej części zaś rozważania skupią się na podobieństwach i różnicach między aktualną rzeczywistością społeczną a realiami wykonywania kary pozbawienia wolności oraz potencjalnych korzyściach, jakie mogą przynieść dla polskiej kultury prawnej podobieństwa między nimi.

1. PRZERWA W WYKONYWANIU KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI

1.1. Nowe przesłanki

Zgodnie z art. 14c Tarczy, w okresie stanu zagrożenia epidemicznego[2] lub stanu epidemii[3] ogłoszonego z powodu COVID-19 można udzielić skazanemu przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności. W przedmiocie tym orzeka sąd penitencjarny na posiedzeniu, na wniosek dyrektora zakładu karnego, zatwierdzony przez Dyrektora Generalnego Służby Więziennej. Dyrektor zakładu karnego może złożyć taki wniosek, jeżeli w jego ocenie udzielenie przerwy skazanemu może przyczynić się do ograniczenia albo wyeliminowania epidemii. Pomimo złożenia zatwierdzonego wniosku, przerwy nie udziela się:

1. jeżeli istnieje uzasadnione przypuszczenie, że skazany w czasie pobytu poza zakładem karnym nie będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności popełni przestępstwo, lub nie będzie stosował się do wytycznych,

[2] Tu w szczególności: wprowadzonego rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 13.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 433).

[3] Tu w szczególności: wprowadzonego rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 491).

poleceń lub decyzji właściwych organów związanych z przeciwdziałaniem COVID-19 lub leczeniem zakażenia wirusem SARS-CoV-2;
2. skazanemu za przestępstwo umyślne zagrożone karą przekraczającą 3 lata pozbawienia wolności;
3. skazanemu za przestępstwo nieumyślne na karę przekraczającą 3 lata pozbawienia wolności;
4. skazanemu za przestępstwo popełnione w warunkach recydywy (art. 64 i 65 Kodeksu karnego[4]);
5. jeżeli udzieleniu przerwy sprzeciwi się prokurator (sąd umarza wówczas postępowanie).

Przerwa może być przedłużana, zawsze na czas oznaczony, jednak górną granicę temporalną wyznacza obowiązywanie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii. W sprawach nieuregulowanych w Tarczy ustawodawca odesłał do Kodeksu karnego wykonawczego[5], co pozwala wnioskować, że art. 14c Tarczy jest przepisem szczególnym (*lex specialis*) względem regulacji kodeksowych (*lex generalis*).

1.2. Czy dotychczasowy stan prawny nie wystarczył?

Instytucja przerwy w wykonywaniu kary pozbawienia wolności jest znana polskiemu porządkowi prawnemu od dawna. Stanowi ona wyjątek od zasady ciągłości, zgodnie z którą kara pozbawienia wolności powinna być wykonywana w sposób nieprzerwany[6]. Dawniej zadaniem przerwy było umożliwienie odbycia obowiązkowej służby wojskowej oraz obrony państwa na wypadek wojny[7]. Dzisiaj uzasadnieniem dla niej mają być względy humanitaryzmu: jej celem jest likwidacja zbyt ciężkich (cięższych niż typowe) skutków, jakie niesie ze sobą pozbawienie wolności[8].

Dotychczas pojęciem przerwy ustawodawca posługiwał się w art. 153 k.k.w. i art. 568 Kodeksu postępowania karnego[9]. Ten ostatni dotyczy jednak możliwości jej zarządzenia w sytuacji, gdy szczególnie ważne powody przemawiają za ułaskawieniem skazanego, a zatem ten przepis nie znajdzie zastosowania bezpośrednio w odniesieniu do pandemii. Natomiast obowiązujący

4 Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444), dalej jako k.k.
5 Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2020 r. poz. 523), dalej jako k.k.w.
6 Tak K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 677. Inaczej J. Potulski (w:) *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. J. Lachowski, Warszawa 2018, s. 576.
7 Np. rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 17.05.1927 r. o odroczeniu i przerwie wykonania kar pozbawienia wolności oraz uchylenia aresztu tymczasowego ze względów wojskowych (Dz.U. z 1927 r. nr 46 poz. 405).
8 Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 1998, s. 339.
9 Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30), dalej jako k.p.k.

od 1998 r.[10] art. 153 k.k.w. przewiduje, że przerwy trzeba udzielić (obligatoryjnie) z uwagi na ciężką chorobę skazanego, która uniemożliwia wykonanie kary, oraz że przerwy można udzielić (fakultatywnie), jeżeli przemawiają za tym ważne względy rodzinne lub osobiste.

Użyteczność tego przepisu w czasie pandemii może z dwóch powodów okazać się wątpliwa.

Po pierwsze, przerwa udzielona na podstawie art. 153 k.k.w. może z zasady trwać najdłużej jeden rok. Tymczasem data zakończenia pandemii jest nieznana, ani nawet możliwa do oszacowania. Racjonalne było więc uregulowanie w art. 14c Tarczy okresu obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii jako maksymalnego czasu trwania przerwy, po którym przerwa ustaje *ex lege*, a skazany ma obowiązek powrócić do zakładu karnego w ciągu 3 dni (*argumentum ex* art. 242 § 3 k.k.).

Po drugie, udzielenie przerwy obligatoryjnej do czasu ustania przeszkody uniemożliwiającej dalsze odbywanie kary wymaga, aby skazany cierpiał już z powodu zakażenia (art. 153 § 1 w zw. z art. 150 § 1 i 2). Fakt jedynie potencjalnego zagrożenia zakażeniem można uznać najwyżej za ważne względy osobiste i na tej podstawie udzielić przerwy fakultatywnej. Doktryna i orzecznictwo rozbiegają się jednak, co należy przez te względy dokładnie rozumieć. Jednolicie przyjmuje się, że niemożliwe jest taksatywne wyliczenie wszystkich sytuacji faktycznych związanych z życiem osobistym człowieka. Spór dotyczy natomiast zagadnienia, czy przez względy osobiste należy rozumieć też względy zdrowotne. Trzonem rozbieżnych stanowisk jest poprzednie brzmienie art. 153 k.k.w. Niegdyś podstawą udzielenia przerwy mogły być – obok względów osobistych i rodzinnych – również względy zdrowotne, które jednak zostały wykreślone z przepisu w 2012 r.[11] Zabieg ten doktryna odczytała dwojako. Kazimierz Postulski uważa, że skoro ustawodawca początkowo rozróżniał względy osobiste i zdrowotne, to nie można ich dzisiaj utożsamiać. Udzielenie przerwy ze względów zdrowotnych nie zostało całkowicie zniesione, lecz ograniczone do przesłanek przerwy obligatoryjnej, czyli gdy skazany cierpi już na chorobę, a nie gdy jest nią „tylko" zagrożony[12]. Stanowisko to znajduje oparcie w uzasadnieniu projektu ustawy[13],

[10] Obecny art. 153 § 2 k.k.w. zastąpił art. 67 § 1 ustawy z 19.04.1969 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1969 r. nr 13 poz. 98). Ten ostatni przepis pozwalał udzielić przerwy, jeżeli przemawiał za tym szczególny interes społeczny. Według takiego brzmienia przerwa z powodu pandemii byłaby możliwa bez interwencji ustawodawcy.

[11] Zmiana nastąpiła mocą ustawy z 16.09.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r. nr 240 poz. 1431).

[12] K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 734.

[13] Druk sejmowy nr 3961 z 9.03.2011 r. *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw*, http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/316ED99E-8FA7FC79C12578550032952A?OpenDocument (dostęp: 17.11.2020 r.).

a także w orzecznictwie[14]. Innego zdania jest Stefan Lelental, który stwierdził, że: „względy zdrowotne skazanego sąd uwzględni w ramach oceny jego warunków osobistych, jako jeden z elementów tej przesłanki"[15].

Konkludując, gdyby przyjąć – za K. Postulskim – że względy osobiste nie obejmują zdrowotnych, to możliwość udzielenia przerwy z powodu zagrożenia skutkami pandemii wymagała wprowadzenia art. 14c Tarczy. Zaś akceptacja stanowiska S. Lelentala – jakoby względy osobiste i zdrowotne były w stosunku zawierania się – prowadzi do wniosku, że udzielenie przerwy z powodu pandemii byłoby możliwe również w dotychczasowym stanie prawnym. Rację należy przyznać K. Postulskiemu, ponieważ jego pogląd jest bardziej ugruntowany i odpowiada zasadom wykładni, konkretnie zakazowi wykładni synonimicznej, zgodnie z którym nie wolno nadawać tego samego znaczenia zwrotom, które ustawa rozróżnia[16]. Stanowisko S. Lelentala można popierać tylko przy założeniu, że ustawodawca się pomylił i nie zauważył, iż słowo „osobisty" zawiera w sobie znaczenie „zdrowotny". Tymczasem interpretator jest w procesie wykładni związany domniemaniem racjonalności ustawodawcy, którego nie sposób w tym przypadku wzruszyć, ponieważ nie ma ku temu podstaw.

Niezależnie od wyboru stanowiska, rozbieżności doktrynalne niejednokrotnie już doprowadziły do równie rozbieżnego stosowania prawa. Jeżeli więc ustawodawca dążył do zapewnienia bezpieczeństwa skazanym w pełni efektywnie, to nie mógł sobie pozwolić na orzekanie według dwóch przeciwstawnych interpretacji (*praeter legem*). Z tych względów wprowadzenie art. 14c Tarczy jawi się jako przynajmniej wskazane.

Na potwierdzenie powyższego wniosku można podnieść, że inne (podobne) instytucje prawa karnego wykonawczego mogłyby się okazać niewystarczające lub nadzwyczaj nieproporcjonalne dla ochrony życia i zdrowia osadzonych w czasie pandemii.

Odroczenie wykonania kary, choć z istoty może służyć do zapobiegania przeludnieniu w zakładach karnych, możliwe jest wyłącznie wtedy, gdy wykonanie kary jeszcze się nie rozpoczęło (art. 151 k.k.w.). Ponadto przesłanki obligatoryjnego odroczenia są takie same jak przerwy obligatoryjnej, czyli dodatkowo skazany musi już cierpieć na daną chorobę, nie zaś być nią „jedynie"

[14] Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 15.05.2012 r. (II AKzw 479/12), LEX 1227655; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 6.06.2012 r. (II AKzw 558/12), LEX 1293496; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 26.01.2015 r. (II AKzw 34/15), LEX 1747416; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 29.12.2017 r. (II AKzw 999/17), LEX 2474205; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 19.02.2018 r. (II AKzw 109/18), LEX 2575396; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10.04.2018 r. (II AKz 434/18), LEX 2557380.

[15] S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 649. Tak też A. Ornowska, *Dozór elektroniczny w czasach epidemii koronawirusa i regulacji z tzw. tarczy antykryzysowej oraz możliwość przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2020, LEX/el.

[16] L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 103.

zagrożony. Tzw. przepustka stanowi nagrodę za dobre zachowanie (art. 138 § 1 pkt 7–8 k.k.w.). Zezwolenie dyrektora na opuszczenie zakładu karnego pozwala skazanemu przebywać na wolności najdłużej 5 dni (art. 141a § 1 k.k.w.). Warunkowe zwolnienie zaś ma charakter bezterminowy i stosuje się je wyłącznie po odbyciu przynajmniej połowy kary (art. 77 § 1 k.k.). Realne zabezpieczenie życia i zdrowia osadzonych nie powinno być ani bezterminowe, ani ograniczane krótkim okresem (zwłaszcza że nieznany jest czas zakończenia pandemii), ani uzależniane od dobrego sprawowania skazanego czy momentu rozpoczęcia wykonywania kary, a to przez wzgląd na zasadę humanitaryzmu (art. 4 k.k.w.).

Warto się głębiej zastanowić, czy zamiast wprowadzania nowej regulacji nie można było polegać na możliwości zawieszenia postępowania wykonawczego. Zgodnie z art. 15 k.k.w. „jeżeli zachodzi długotrwała przeszkoda uniemożliwiająca postępowanie wykonawcze, a w szczególności jeżeli nie można ująć skazanego albo nie można wykonać wobec niego orzeczenia z powodu choroby psychicznej lub innej przewlekłej, ciężkiej choroby, postępowanie zawiesza się w całości lub w części na czas trwania przeszkody". Postulski uważa, że w wyjątkowych przypadkach za taką przeszkodę mogą uchodzić względy zdrowotne, osobiste i rodzinne[17], czyli te same czynniki, które decydują – lub decydowały w poprzednim brzmieniu – o udzieleniu przerwy na podstawie art. 153 k.k.w. Akceptacja tego stanowiska prowadzi do wniosku, że zabezpieczenie życia i zdrowia osadzonych mogłoby się odbyć przez zawieszenie postępowania wykonawczego, nie zaś przez wprowadzanie nowych regulacji dotyczących przerwy. Podkreślenia jednak wymaga, że cechą przeszkody musi być uniemożliwienie postępowania wykonawczego, nie zaś tylko jego utrudnienie[18]. Stwierdzenie, że pandemia uniemożliwia bieg postępowania, wydaje się zbyt daleko idące. Ponadto konstrukcja normatywna przesłanek zawieszenia postępowania wykonawczego charakteryzuje się wysokim stopniem ogólności, co mogłoby doprowadzić do dowolnych, zbyt subiektywnych i rozbieżnych ocen sądów penitencjarnych orzekających o zawieszeniu. Przepis art. 14c Tarczy wprowadził w miarę jednolite kryteria, komu można z uwagi na pandemię udzielić przerwy, zatem mimo hipotetycznej możliwości zawieszenia postępowania w powodu pandemii (w następstwie uznania, że uniemożliwia ona postępowanie), wprowadzenie nowego przepisu i tak można ocenić pozytywnie.

Stworzenie możliwości udzielenia przerwy z powodu pandemii można uważać za potrzebne również dla zachowania aksjologicznej spójności systemu

[17] K. Postulski, *Umorzenie i zawieszenie postępowania wykonawczego*, „Prokuratura i Prawo" 2011/7–8, s. 111.

[18] K. Postulski, *Umorzenie i zawieszenie…*, s. 105.

prawnego. Skoro ustawodawca od lat dopuszcza możliwość udzielenia przerwy z uwagi na już istniejącą chorobę oraz okoliczności związane wyłącznie z życiem prywatnym skazanego, to tym bardziej powinien akceptować udzielenie takiej przerwy przez wzgląd na wysokie ryzyko zakażeniem SARS-Cov-2 (*argumentum a fortiori*).

1.3. Zagrożenia wynikające ze specjalnej przerwy

Choć wprowadzenie możliwości udzielenia przerwy z powodu pandemii można uznać za potrzebne z punktu widzenia praktyki i aksjologii, nie sposób pominąć potencjalnych zagrożeń, które mogą wynikać z udzielania przerw wielu skazanym naraz.

Wykładnia nowej regulacji prowadzi do wniosku, że celem jej wprowadzenia było zapewnienie bezpieczeństwa przynajmniej części osadzonych w gęsto zaludnionych[19] zakładach karnych[20]. Warto jednak zaznaczyć, że izolacja sprawcy zapewnia społeczeństwu poczucie bezpieczeństwa, chroniąc przed naruszeniem przez sprawcę dóbr chronionych prawem[21]. Udzielenie skazanym przerwy przez pandemię może więc prowadzić do kolizji dwóch kategorii dóbr: życia i zdrowia (skazanych) oraz bezpieczeństwa powszechnego, w tym życia i zdrowia (nie-skazanych). Jednym z zadań kary pozbawienia wolności jest bowiem ochrona społeczeństwa przed przestępczością (art. 73 § 1 k.k.w.).

Treść art. 14c Tarczy dowodzi, że ustawodawca dążył do zabezpieczenia obu tych kategorii dóbr albo przynajmniej chciał wyważyć między nimi odpowiednią proporcję. Z jednej strony bowiem przerwa w odbywaniu kary niewątpliwie przyczyni się do ochrony zdrowia i życia osadzonych. Z drugiej strony z tej instytucji mogą skorzystać tylko niektórzy osadzeni: skazani za przestępstwa mniej szkodliwe społecznie (z uzasadnienia projektu: „za drobne czyny przestępne"[22]) i co do których zachodzi przesłanka pozytywnej prognozy kryminologicznej, czyli raczej niezagrażający społeczeństwu.

Dodatkowym narzędziem eliminującym ewentualne kolizje miała być chyba odmienna niż dotychczasowa procedura udzielania przerw.

---

19 Według stanu na 11.09.2020 r. zaludnienie zakładów karnych w skali kraju wyniosło 85,88%, zaś według stanu na 30.09.2020 r. w niektórych zakładach wskaźnik ten osiągnął poziom ok. 97% – por. *Komunikat Centralnego Zarządu Służby Więziennej o zaludnieniu aresztów śledczych i zakładów karnych*, https://sw.gov.pl/strona/statystyka--komunikat (dostęp: 17.11.2020 r.) i *Miesięczna informacja statystyczna z sierpnia 2020 r.*, https://sw.gov.pl/strona/statystyka--miesieczna (dostęp: 17.11.2020 r.).

20 Tak też A. Ornowska, *Dozór elektroniczny…*

21 G.B. Szczygieł, *Kara pozbawienia wolności* (w:) *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, red. M. Malezini, Warszawa 2016, s. 229.

22 Druk sejmowy nr 299 z 26.03.2020 r. *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw*, s. 10, http://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=299 (dostęp: 17.11.2020 r.).

Zgodnie z art. 153 k.k.w. zasadniczym trybem jej udzielania jest wniosek skazanego, a tylko ewentualnie wniosek dyrektora zakładu karnego, co wynika z rozkładu jednostek redakcyjnych w przepisie. Natomiast w przypadku przerwy udzielanej na podstawie nowego przepisu jedynym możliwym trybem jest wniosek dyrektora zakładu karnego, który dodatkowo podlega zatwierdzeniu przez Dyrektora Generalnego Służby Więziennej. Taka odmienność jest zrozumiała, ponieważ udzielanie przerw z powodu pandemii stwarza hipotetyczną możliwość masowego zwalniania osadzonych, co mogłoby w skali krajowej wpłynąć ujemnie na ogólne poczucie bezpieczeństwa i na stan realnego bezpieczeństwa. Wprowadzenie wymogu zatwierdzenia wniosku przez organ centralny może przyczynić się do efektywniejszej kontroli liczby skazanych, którzy będą przebywać na wolności, dzięki czemu łatwiej będzie kontrolować stan bezpieczeństwa. Podobną funkcję może spełniać uregulowanie wiążącego sprzeciwu prokuratora, jako rzecznika interesu społecznego (inaczej przyjęto w procedurze kodeksowej, gdzie sprzeciw prokuratora opóźnia jedynie wykonalność orzeczenia sądu, lecz nie jest wiążący – por. art. 154 k.k.w.)[23].

Trudno jednak uznać to rozwiązanie za idealne, wszak – realistycznie – procedura w takiej formie może się przyczynić najwyżej do ograniczenia liczby kolizji pomiędzy indywidualnymi dobrami osadzonych a dobrami społecznymi, nie zaś wyeliminować je całkowicie. Chociażby dlatego, że ocena, czy sprawca będzie przestrzegał porządku prawnego na wolności, opiera się na zawodnym rachunku prawdopodobieństwa, i to niezależnie, kto tej oceny dokonuje (dyrektor zakładu karnego – składając wniosek, Dyrektor Generalny Służby Więziennej – zatwierdzając go, czy sąd penitencjarny – orzekając w przedmiocie przerwy). Pomimo więc, iż ustawodawca dążył do zabezpieczenia obu kategorii dóbr prawnych, przyjęte rozwiązanie legislacyjne może spowodować, że i tak powstanie między tymi dobrami kolizja. Stanie się tak, gdy skazany, któremu udzielono przerwy, popełni podczas niej nowe przestępstwo, tj. gdy ocena prawdopodobieństwa zawiedzie, bądź gdy skazany nie będzie się na wolności stosował do poleceń i wytycznych związanych ze zwalczaniem pandemii, tj. gdy zniweczy cel udzielenia przerwy. Sąd penitencjarny może w tych sytuacjach co prawda odwołać przerwę (art. 156 § 1 i 2 k.k.w.), lecz stanie się to po fakcie.

Na marginesie uwag o procedurze warto przyjrzeć się bliżej udziałowi skazanego.

Skazany nie może wystąpić z wnioskiem o udzielenie przerwy w trybie art. 14c Tarczy. Alicja Ornowska uważa, że ma on możliwość wnioskowania

[23] Odrębnej dyskusji podlega, czy twór w postaci wiążącego sprzeciwu prokuratora ma rację bytu w kontekście zasady odrębności i niezależności władzy sądowniczej – art. 173 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483). Problem ten był już przedmiotem wątpliwości na tle art. 360 § 2 k.p.k. Zob. *Kodeks postępowania karnego*, red. D. Świecki, Warszawa 2020, t. 1, s. 1470–1471.

o przerwę przez wzgląd na pandemię na podstawie art. 153 k.k.w.[24] Jednak – jak już wskazano – sąd może jej nie udzielić, gdy podzieli większościowe stanowisko, że w ramach tego przepisu „względy osobiste" nie oznaczają „względów zdrowotnych", które zostały usunięte z przepisu w 2012 r. Z tego powodu art. 14c Tarczy można uznać za częściowo wybrakowany, w zakresie, w jakim nie legitymuje czynnie skazanego do złożenia wniosku.

Skazany nie może się również sprzeciwić udzieleniu przerwy. Ustawodawca wyszedł z apriorycznego założenia, że ten nie chce przebywać w zakładzie karnym, podczas gdy samemu skazanemu może zależeć na tym, aby karę dalej odbywać. Pierwszym powodem może być interes w zachowaniu ciągłości wykonywania kary, ponieważ każda przerwa wydłuża okres, w którym kara jest wykonywana, a co za tym idzie – coraz odleglejszy staje się termin rozpoczęcia biegu zatarcia skazania (art. 107 k.k.). Drugim powodem może być pożądanie pozbawienia wolności z uwagi na nieumiejętność odnalezienia się w świecie poza zakładem karnym. Wykazujący ją skazani są gotowi popełnić najpoważniejsze przestępstwa, aby tylko zostać ponownie osadzonymi[25]. Jednak rozważając jednostkowy interes skazanego, nie sposób pominąć interesów innych osadzonych. Pozostawanie konkretnej osoby w zakładzie karnym może zagrażać życiu i zdrowiu innych osób, a to z uwagi na większe zagęszczenie osób w celi i wzrost prawdopodobieństwa zakażenia. Jawi się tu więc kolejna potencjalna kolizja: pomiędzy interesem procesowym lub faktycznym konkretnego osadzonego a życiem i zdrowiem pozostałych osadzonych. Ze względu na zasadę proporcjonalności należałoby tu przyznać pierwszeństwo zbiorowym interesom reszty osadzonych. W konsekwencji skazany nie powinien mieć prawa wiążącego sprzeciwu wobec udzielenia przerwy. Posiada on jednak możliwość wypowiedzenia się w przedmiocie wniosku, ponieważ sąd penitencjarny orzeka w tym przypadku na posiedzeniu, na którym obecność skazanego jest obowiązkowa (art. 153a § 1 k.k.w.), a także możliwość zaskarżenia zapadłego postanowienia (art. 153a § 2 k.k.w.). Jeszcze inną możliwością jest umieszczenie skazanego w zakładzie leczniczym, gdy przesłanki przerwy nie zachodzą, a zapewnienie bezpieczeństwa w zakładzie karnym doznaje trudności (art. 14d Tarczy).

1.4. Przerwa a filozofia kary

Już w 1766 r. Cesare Beccaria napisał w temacie kary, że „każdy przejaw władzy człowieka nad człowiekiem niewynikający z bezwzględnej konieczności jest aktem tyranii"[26]. W jego zamyśle, a przed nim także w filozofii

[24] A. Ornowska, *Dozór elektroniczny…*
[25] K. Mamak, *Prawo karne przyszłości*, Warszawa 2017, s. 51.
[26] C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, przekład E.S. Rappaport, Warszawa 1959, s. 56.

Monteskiusza[27], kara kryminalna stanowi *ultima ratio*, czyli stosuje się ją tylko, gdy jest to konieczne. W takim razie kara pozbawienia wolności – jako najdotkliwsza[28] – powinna być „koniecznością konieczności". Istotą konieczności jest zaś bezwzględność, bezwarunkowość, nieuchronność[29]. Idąc tym tropem, należy stwierdzić, że w zakładzie karnym powinny być osadzone wyłącznie osoby wyjątkowo zdemoralizowane, wobec których cele prawa i postępowania karnego stały się absolutnie niemożliwe do zrealizowania przy pomocy wolnościowych środków reakcji karnej.

Regulując instytucję przerwy w porządku prawnym, ustawodawca musiał więc założyć, że kara pozbawienia wolności może być konieczna w chwili orzekania, ale w trakcie wykonywania może stracić ten przymiot. Jeżeli konieczność wykonywania kary utrzymywałaby się przez cały okres, na jaki została orzeczona, to instytucja przerwy nie miałaby żadnego sensu. Ponadto nawet w życiu codziennym, używając słowa „konieczność", odnosimy je do jakichś zastanych realiów, czyli uważamy, że coś jest konieczne w określonych warunkach. Zatem ocena jakiegoś działania jako koniecznego może ulegać modyfikacji wraz ze zmianą rzeczywistości.

Analiza art. 14c Tarczy zdaje się prowadzić do wniosku, że konieczność stosowania kary pozbawienia wolności może zostać zniesiona przez taką okoliczność jak pandemia. Przede wszystkim dlatego, że ma ona znaczenie społeczne, a ponadto zagrożenie powodowane przez pandemię jawi się jako bardziej prawdopodobne niż abstrakcyjne zagrożenie społeczeństwa, wywołane udzieleniem przerwy sprawcy przestępstwa.

2. EDUKACYJNE I SOCJOLOGICZNO-PRAWNE SKUTKI PANDEMII

2.1. Podobieństwo odosobnienia i pozbawienia wolności

Ograniczenie prawa przemieszczania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej poza ściśle wyznaczonymi celami, wprowadzone rozporządzeniem Rady Ministrów[30], a także liczne przypadki poddania osób kwarantannie na podstawie decyzji administracyjnej lub rozporządzenia spowodowały, że zdecydowana większość obywateli spędzała całe dnie w swoich domach. Wprowadzone obostrzenia pozwoliły więc zaznać namiastki kary

[27] Montesquieu, *O duchu praw*, przekład T. Boy-Żeleński, Warszawa 2002, s. 325.

[28] *Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego* (w:) *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego, Kodeks karny wykonawczy*, red. I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak, Warszawa 1997, s. 137.

[29] *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 1998, t. 1, s. 403; *Słownik wyrazów bliskoznacznych*, red. S. Skorupka, Warszawa 1984, s. 69.

[30] Rozporządzenie Rady Ministrów z 31.03.2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 566); rozporządzenie Rady Ministrów z 9.10.2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1758 ze zm.).

pozbawienia wolności, szczególnie wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego (tzw. aresztu domowego).

Oczywiście istnieją różnice pomiędzy przebywaniem w odosobnieniu na skutek pandemii a środkami reakcji karnej.

Po pierwsze, większość obywateli ma w domu do dyspozycji sprzęt elektroniczny (np. telewizor, telefon, komputer z dostępem do Internetu), pewne udogodnienia (np. balkon, taras, mniejszy lub większy ogród, własne wygodne łóżko), a nadto może się czuć względnie bezpiecznie (np. dzięki zagwarantowanemu konstytucyjnie prawu nienaruszalności mieszkania) i swobodnie (przebywając na zapewne większym metrażu niż 3 m^2 na osobę[31]). W porównywalnej sytuacji znajdują się osoby odbywające karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, ponieważ przebywają w warunkach domowych. Lecz osadzeni w zakładach karnych, nawet półotwartych, co do zasady nie mają takich możliwości – są całkowicie zależni od innych osób, przymusowo pracują, mają uregulowany czas dnia, ograniczoną możliwość gospodarowania wolnym czasem, przymusową integrację środowiskową i narzuconą dyscyplinę[32].

Po drugie, przebywanie w odosobnieniu związanym z pandemią nie wywołuje takich skutków prawnych, społecznych i psychologicznych jak skazanie, w szczególności nie jest związane z ogólnym poczuciem potępienia ani faktem wpisu do Krajowego Rejestru Karnego.

Po trzecie, za naruszenie ograniczenia przemieszczania się w czasie pandemii groziła administracyjna kara pieniężna w wysokości od 5.000 do 30.000 złotych (art. 48a ust. 1 pkt 1 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi[33]). Tymczasem naruszenie przepisów o dozorze elektronicznym przez skazanego może spowodować uchylenie zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, a w konsekwencji osadzenie go w zakładzie karnym (art. 43zaa i 43zab k.k.w.). Zaś uwolnienie się z zakładu karnego samemu lub dzięki działaniu osoby trzeciej, przez osobę legalnie pozbawioną wolności na skutek stosownego orzeczenia, zagrożone jest osobną karą kryminalną (art. 242 i 243 k.k.).

Powyższe porównanie prowadzi do dwóch wniosków. Odosobnienie podczas pandemii jest generalnie podobne do kary pozbawienia wolności wykonywanej w systemie tzw. aresztu domowego, zatem w zasadzie każdy obywatel doświadczył chociaż w części jej uciążliwości i wynikających z niej skutków. Zaś kara pozbawienia wolności wykonywana w zakładzie karnym jest znacznie bardziej dolegliwa, ponieważ odbywający ją nie posiadają wielu udogodnień,

31 Taka jest minimalna powierzchnia celi przypadająca na jednego skazanego (art. 110 § 2 k.k.w.).

32 J. Śliwowski, *Kara pozbawienia wolności we współczesnym świecie: rozważania penitencjarne i penologiczne*, Warszawa 1981, *passim*.

33 Ustawa z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2019 r. poz. 1239).

które osoby przebywające w odseparowaniu przez pandemię lub w tzw. areszcie domowym mają do dyspozycji w każdym czasie.

2.2. Korzyści z podobieństwa dla kultury prawnej

Od lat z licznych badań i raportów wynika, że wiedzę na temat przestępczości i wymiaru sprawiedliwości Polacy czerpią głównie z mediów[34]. Te zaś – pisze Yvonne Jewkes – nie przedstawiają rzeczywistości, lecz wersję rzeczywistości, uformowaną przez wybór konkretnych wiadomości, ich priorytetyzację, limitację słów, nadanie tonu i skojarzenie z odpowiednimi ujęciami wizualnymi. Selekcja informacji (*media agenda setting*) oraz sposób ich przekazu (*narration*) opierają się na wartości informacyjnej danego tematu, którą media oceniają między innymi według stopnia dramatyzmu i atrakcyjności wydarzenia dla spodziewanej widowni[35]. Komunikaty o przestępczości należą do najbardziej pożądanych, dlatego stały się codziennością w telewizji, prasie i radiu, przy okazji notorycznie uderzając w konstytucyjną zasadę domniemania niewinności[36].

Społeczeństwo jest szalenie zainteresowane przestępczością, o czym świadczy wysoki popyt na powieści i seriale kryminalne. Media zaspokajają tę żądzę, kreując tzw. diabły ludowe, czyli wizerunki ludzi lub zjawisk, które stanowią jedynie potencjalne zagrożenie dla społeczeństwa, jego wartości i interesów[37]. Nie dziwi więc, że niektóre doniesienia medialne wywołują wśród ludzi skrajnie emocjonalną i gwałtowną reakcję, nazywaną w literaturze psychologicznej paniką moralną (*moral panic*). Wydaje się, że źródłem takich reakcji jest ocena przestępstwa przez widza jako ciężkiego, zarówno obiektywnie (według zagrożenia karnego, wyznaczającego społeczną szkodliwość czynu), jak i subiektywnie (według odczucia odbiorcy komunikatu). Ta ocena zaś może być silnie uzależniona od efektów selekcji materiałów przez media, ponieważ wybór jednego tematu, połączony z ignorowaniem innego współkształtuje w odbiorcach indywidualną hierarchię ważności spraw publicznych (tj. które zjawiska powinni uznawać za ważne, a co za tym idzie – które przestępstwa za ciężkie)[38].

Reakcje społeczne na przestępstwo uległy znaczącej intensyfikacji za sprawą rozwoju mediów społecznościowych. Po pierwsze, dzięki portalom internetowym takim jak Facebook, Twitter czy Instagram media uzyskały możliwość

[34] Np. T. Szymanowski, *Przestępczość i polityka karna w Polsce w świetle faktów i opinii społeczeństwa w okresie transformacji*, Warszawa 2012, s. 202; A. Pieniążek, M. Stefaniuk, *Socjologia prawa. Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 208.

[35] Y. Jewkes, *Media a przestępczość*, przekład E. Magiera, Kraków 2010, s. 37.

[36] Chodzi o często używane w mediach słowa: zabił, zgwałcił, ukradł, napadł, przestępca itp., odnoszące się do konkretnej osoby, wobec której nie zapadł prawomocny wyrok skazujący.

[37] Y. Jewkes, *Media a przestępczość…*, s. 212.

[38] M. Szafrańska, *Penalny populizm a media*, Kraków 2015, s. 139.

bardzo szybkiego docierania z informacją o przestępstwie do wielu osób. Informacje te rozprzestrzeniają się jeszcze efektywniej dzięki akcjom samych użytkowników, którzy udostępniają ich treść swoim znajomym wprost lub w formie przetworzonej. Po drugie, portale społecznościowe zapewniają narzędzia, dzięki którym odbiorcy komunikatu mogą dokonać publicznej ekspresji swojej radości, smutku, współczucia, oburzenia, gniewu, pragnienia zemsty. Gdy prymat wiodły media tradycyjne, w debacie publicznej brały udział wyłącznie wyselekcjonowane osoby, zaś społeczeństwo było jedynie odbiorcą informacji. Z rozwojem *social mediów* każdy członek społeczeństwa zyskał możliwość zabrania głosu w interesującej go sprawie, stając się nadawcą informacji i nie będąc ograniczonym wcześniejszymi barierami, w tym wieku, płci czy rasy[39].

Krótki komentarz niezadowolenia, jako społeczna reakcja na wiadomość o przestępstwie, nie jest niczym szczególnie złym, jeżeli odbywa się w granicach wolności słowa. Czasami jednak reakcja ta – zwykle w ślad za mediami – przybiera formę swoistego przedsądu, gdy wypowiadający się stwierdzają winę konkretnej osoby, dysponując jedynie szczątkowymi i przetworzonymi informacjami na temat okoliczności przestępstwa. Ponadto w ramach owego przedsądu wypowiadający się postulują, aby wymierzyć „skazanej" przez siebie osobie karę, zazwyczaj bardzo surową. Propozycje rozpoczynają się tu od kary wieloletniego pozbawienia wolności, w tym dożywotniego, kary śmierci, a kończą się na karach mutylacyjnych lub odzwierciedlających. Dotychczas prowadzone badania empiryczne potwierdzają silną żądzę społeczeństwa, aby rozmaite przestępstwa karać przede wszystkim pozbawieniem wolności[40]. Powyższego rodzaju spontaniczne oceny odbiorców komunikatów medialnych są krzywdzące, ignoranckie i nieetyczne. Choć ich pierwotnym źródłem jest najczęściej zakrzywiająca rzeczywistość działalność mediów, to ostatecznie obywatele sami oceniają relacjonowane przestępstwo oraz decydują o ekspresji swojej reakcji.

Pandemia z pewnością nie wpłynie na sposób prezentowania przestępczości w mediach. Ma jednak szansę wpłynąć na sposób odbioru doniesień medialnych przez społeczeństwo i zmodyfikować jego wygórowane oczekiwania w zakresie kar dla sprawców, zmieniając tym samym znaczenie społecznego poczucia sprawiedliwości (art. 53 § 2 k.k.).

Podobieństwo pandemicznych restrykcji do kary pozbawienia wolności oznacza, że każdy mógł empirycznie doznać części dolegliwości wynikających z tej ostatniej (m.in. ciągłego przebywania w zamkniętych pomieszczeniach, znacznego ograniczenia swobody przemieszczania się, ograniczenia dostępu do usług medycznych, dyskomfortu psychicznego, a nawet zaburzeń i chorób

[39] A. Opalska, M. Treder, A. Tymieniecka, *Social media. Analiza prawnokarna i kryminologiczna. Zagadnienia wybrane*, Szczecin 2016, s. 14.

[40] T. Szymanowski, *Przestępczość i polityka karna…*, s. 257.

psychicznych[41]). Mając na uwadze powszechność tych doświadczeń, nie będzie chyba lepszego momentu, aby zadać następujące pytanie: może kara pozbawienia wolności jest bardziej dolegliwa, niż nam się dotychczas wydawało? A co za tym idzie – może oczekiwane przez opinię publiczną surowe kary za różne przestępstwa są nieproporcjonalne i przez to niesprawiedliwe?

Osobiste doświadczenie skutków zbliżonych do odbywania kary pozbawienia wolności mogłoby stać się podstawą głębszej refleksji nad realną surowością kar izolacyjnych, a w efekcie – patrząc optymistycznie – podstawą zmiany stanowiska przynajmniej części społeczeństwa względem tych kar. Na przykładzie własnych doświadczeń znacznie łatwiej jest zrozumieć, jakie dolegliwości niosą za sobą kary, których często społeczeństwo się domaga w reakcji na wiadomość o przestępstwie. A domaga się kar znacznie bardziej dolegliwych niż stan, którego samo doświadczyło (osadzenia w zakładzie karnym), oraz znacznie dłużej stosowanych niż odosobnienie w pandemii (wiele lat lub dożywotnio). Ewentualne poepidemiczne refleksje nad karą pozbawienia wolności i zmiany w postrzeganiu jej surowości – jeżeliby nastąpiły – przyniosłyby pozytywne efekty. Może ostrze ludowej sprawiedliwości zostałoby nieco złagodzone, kryteria oceny proporcjonalności kary zmienione lub przesunięte, a społeczne sądy względem sprawców przestępstw, o których opinii publicznej niewiele wiadomo, byłyby ostrożniejsze.

Nie można jednak oczekiwać, że mniej lub bardziej trafne argumenty zaprezentowane w czasopiśmie naukowym będą miały znaczący wpływ na rzeczywistość. Aby stworzyć pole do podwyższenia poziomu kultury prawnej, w tym świadomości prawnej i penitencjarnej, potrzeba wyjścia z powyższymi refleksjami poza ramy tekstu naukowego, co jest wyzwaniem przede wszystkim dla osób prowadzących działalność dydaktyczną w zakresie prawa.

Efektów idących dalej niż zmiany w ogólnym postrzeganiu kary pozbawienia wolności raczej nie zaobserwujemy w najbliższej przyszłości. Choć prawodawca musi uwzględniać stanowisko opinii publicznej dotyczące różnych zjawisk[42], to nawet gdyby uległo ono zmianie na skutek refleksji wywołanych pandemią, nie należy spodziewać się zwrotu w polityce kryminalnej państwa, a tym bardziej nagłego zrezygnowania z kary pozbawienia wolności na rzecz innych środków penalnych.

3. PODSUMOWANIE

Analiza i wnioski dotyczące kary pozbawienia wolności na tle pandemii COVID-19 mają dwa zasadnicze wymiary:

[41] O wpływie pandemii na zdrowie psychiczne zob. Organizacja Narodów Zjednoczonych, *COVID-19 and the Need for Action on Mental Health*, s. 6, https://unsdg.un.org/resources/policy-brief-covid-19-and-need-action-mental-health (dostęp: 17.11.2020 r.).

[42] A. Pieniążek, M. Stefaniuk, *Socjologia prawa…*, s. 263.

1) dogmatyczny, w ramach którego zasadami wykonywania kary pozbawienia wolności zainteresował się ustawodawca;
2) socjologiczny, w ramach którego pojawiła się szansa na zmianę podejścia do tej kary w punitywnym społeczeństwie, na skutek osobistego doświadczenia namiastki uciążliwości, z którymi na co dzień spotykają się osadzeni.

W ramach pierwszego wymiaru jawią się następujące wnioski. Dotychczasowy stan prawny można uznać za niewystarczający dla efektywnego zapewnienia bezpieczeństwa przynajmniej części osadzonych, a co za tym idzie – uchwalenie art. 14c Tarczy było dla celów bezpieczeństwa raczej konieczne. Co prawda udzielenie przerwy skazanym mogłoby się odbyć na podstawie obowiązującego od dawna art. 153 k.k.w., jednak z uwagi na niejednolite stanowisko doktryny w kwestii traktowania „względów zdrowotnych" jako elementu „względów osobistych" można by się spodziewać równie niejednolitego w tym zakresie orzecznictwa sądów penitencjarnych. Wykorzystanie innych niż przerwa instytucji prawa karnego wykonawczego w celu ochrony zdrowia i życia osadzonych też byłoby teoretycznie możliwe, jednak sytuacja osadzonych opuszczających zakład karny oraz pozostających w nim byłaby wówczas różnicowana przez nieprawidłowe kryteria, np. dobre zachowanie, fakt uprzedniego zakażenia SARS-Cov-2, fakt rozpoczęcia wykonywania kary przed wejściem lub po wejściu przepisu w życie itp. Natomiast przesłanki pozytywne i negatywne przewidziane w art. 14c Tarczy, a także nakreślona tam specjalna procedura, rokują możliwość stabilnego wyważenia ewentualnej kolizji pomiędzy życiem i zdrowiem osadzonego a bezpieczeństwem powszechnym, które staje się abstrakcyjnie zagrożone przez fakt uwolnienia osoby skazanej za przestępstwo.

W aspekcie filozoficznym kara jest ostatecznym środkiem stosowanym wobec człowieka. Zaś kara pozbawienia wolności stanowi *ultima ratio* względem wszystkich innych kar. Konieczność jej stosowania może ulegać sukcesywnemu osłabieniu lub niwelacji na skutek biegu postępowania wykonawczego i zmiany rzeczywistości społecznej. Pandemia z całą pewnością może stanowić przyczynę takiego zjawiska, niwecząc w niektórych przypadkach konieczność stosowania kary.

Analiza kary pozbawienia wolności w wymiarze socjologicznym pozwala zaś stwierdzić, że w następstwie restrykcji wprowadzonych przez władze państwowe, w szczególności daleko idących ograniczeń przemieszczania się, niemal każdy doświadczył empirycznie podobnych dolegliwości i skutków, jak osadzeni odbywający karę pozbawienia wolności. Stwierdzono tu jedynie podobieństwo, a nie tożsamość, ponieważ sytuacja osób nieskazanych jest w rzeczywistości bardziej komfortowa niż sytuacja osadzonych. Doświadczenia te mogłyby się przyczynić do zmiany powszechnego postrzegania kar izolacyjnych. Zmiana mogłaby polegać na tym, że obywatel, powziąwszy wiadomość o popełnieniu przez kogoś

przestępstwa, nie oczekiwałby dla niego (niej) zbyt surowej kary, mając na względzie surowość kary najostrzejszej, której sam pośrednio doświadczył. Podjęcie społecznej refleksji nad tym zagadnieniem stanowiłoby krok w kierunku częściowego podniesienia poziomu polskiej kultury prawnej. Jednak do osiągnięcia tego celu nie wystarczą teoretyczne rozważania na łamach czasopisma naukowego – potrzeba uwzględnienia zarysowanych tu wniosków w dydaktyce prawa.

ABSTRACT

Paweł Grzesiak
The Author is a student of 5th year of uniform master studies at the Faculty of Law and Administration on University of Gdańsk; chairman of the Scientific Association of Criminal Law

Execution the penalty of deprivation of liberty during the COVID-19 pandemic. Dogmatic and sociological remarks

The study contains a two-dimensional analysis of the effects of the COVID-19 pandemic on the execution of imprisonment. At dogmatic level, the new regulation, which introduces special grounds for a respite of sentence in order to combat the pandemic, was discussed and evaluated. On the sociological level, an attempt to find similarity between the features of the so-called lockdown and those of imprisonment has been made, which could stimulate a debate on the real severity of this penal measure.

Keywords: *custodial penalty, interruption of sentence, COVID, lockdown, moral panic*

Paweł Grzesiak
ORCID: 0000-0002-4110-8574; e-mail: p.grzesiak.783@studms.ug.edu.pl

Autor jest studentem piątego roku jednolitych studiów magisterskich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, przewodniczącym Koła Naukowego Prawa Karnego Uniwersytetu Gdańskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Beccaria Cesare, *O przestępstwach i karach*, przekład E.S. Rappaport, Warszawa 1959

Dąbkiewicz Krzysztof, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2018

Hołda Zbigniew, Postulski Kazimierz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 1998

Jewkes Yvonne, *Media a przestępczość*, przekład E. Magiera, Kraków 2010

Kodeks postępowania karnego, red. D. Świecki, Warszawa 2020, t. 1

Lelental Stefan, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012

Mamak Kamil, *Prawo karne przyszłości*, Warszawa 2017

Montesquieu, *O duchu praw*, przekład T. Boy-Żeleński, Warszawa 2002

Morawski Lech, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006

Opalska Agata, Treder Malwina, Tymieniecka Adriana, *Social media. Analiza prawnokarna i kryminologiczna. Zagadnienia wybrane*, Szczecin 2016

Ornowska Alicja, *Dozór elektroniczny w czasach epidemii koronawirusa i regulacji z tzw. tarczy antykryzysowej oraz możliwość przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2020, LEX/el.

Pieniążek Antoni, Stefaniuk Małgorzata, *Socjologia prawa. Zarys wykładu*, Warszawa 2014

Postulski Kazimierz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2017

Postulski Kazimierz, *Umorzenie i zawieszenie postępowania wykonawczego*, „Prokuratura i Prawo" 2011/7–8, s. 92–118

Potulski Jacek (w:) *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. J. Lachowski, Warszawa 2018

Słownik współczesnego języka polskiego, red. B. Dunaj, Warszawa 1998, t. 1

Słownik wyrazów bliskoznacznych, red. S. Skorupka, Warszawa 1984

Szafrańska Michalina, *Penalny populizm a media*, Kraków 2015

Szczygieł Grażyna Barbara, *Kara pozbawienia wolności* (w:) *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, red. M. Malezini, Warszawa 2016

Szymanowski Teodor, *Przestępczość i polityka karna w Polsce w świetle faktów i opinii społeczeństwa w okresie transformacji*, Warszawa 2012

Śliwowski Jerzy, *Kara pozbawienia wolności we współczesnym świecie: rozważania penitencjarne i penologiczne*, Warszawa 1981

Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego (w:) *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego, Kodeks karny wykonawczy*, red. I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak, Warszawa 1997

Pojęcia kluczowe: *racjonalność ustawodawcy, obecność prokuratora na rozprawie, orzekanie w przedmiocie środków zabezpieczających, kradzież tożsamości, forma postępowania przygotowawczego*

e-PALESTRA
50/2020

Małgorzata Szeroczyńska

RACJONALNOŚĆ USTAWODAWCY A WYRYWKOWE ZMIANY PRZEPISÓW KARNYCH – WYBRANE PRZYKŁADY

Tekst stawia ważne pytanie o poprawność legislacji w kontekście licznych zmian w kodeksach karnym i postępowania karnego. Autorka pokazuje, jaki wpływ na inne normy mają wyrywkowe zmiany pojedynczych przepisów i do jakich, często nielogicznych, konsekwencji prowadzą. Jako przykłady podaje kwestię obecności prokuratora na rozprawie i na posiedzeniu w sprawach z wniosku o zastosowanie środka zabezpieczającego oraz formę postępowania przygotowawczego w sprawach o kradzież tożsamości.

Podstawowym założeniem przy interpretacji wszelkich norm prawa jest racjonalność ustawodawcy, a więc przyjęcie, że ustawodawca (czyli uczestniczące w procesie legislacyjnym Sejm, Senat i Prezydent) wie, jakie przepisy wprowadza, po co to robi i jakie ma to skutki dla całego systemu prawa, w szczególności dla istniejących uprzednio i niezmienianych przepisów. Tylko wtedy da się bowiem przeprowadzić prawidłową wykładnię, jeśli będziemy na kolejne nowelizacje patrzeć jako na celowe, logiczne i spójne z istniejącym systemem.

Niestety, od wielu lat wprowadzane w różnych ustawach liczne zmiany, i zmiany do zmian (nierzadko wprowadzane jeszcze przed wejściem w życie tych pierwszych), podają w wątpliwość, czy naprawdę nasz ustawodawca jest racjonalny, a przynajmniej czy zna ten rozbudowany gąszcz przepisów, który stworzył, wie, jak on funkcjonuje, i zdaje sobie sprawę z tego, w jaki sposób drobna nowelizacja w jednym punkcie wpływa na pozostałe przepisy i często zaburza całą logikę danej dziedziny prawa.

Przykładów powyższej smutnej tezy jest wiele. W niniejszym tekście przedstawione zostaną tylko dwa – odnoszące się do przepisów Kodeksu karnego[1] i Kodeksu postępowania karnego[2]. Pierwszy dotyczy udziału prokuratora w postępowaniu o zastosowanie środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, drugi – formy postępowania przygotowawczego w sprawach o kradzież tożsamości.

ZMIANY W ZASADACH PROWADZENIA ŚLEDZTW A UDZIAŁ PROKURATORA W POSTĘPOWANIU SĄDOWYM O ZASTOSOWANIE ŚRODKA ZABEZPIECZAJĄCEGO W POSTACI POBYTU W ZAKŁADZIE PSYCHIATRYCZNYM

Zgodnie z art. 354 pkt 2 k.p.k. w przypadku złożenia do sądu przez prokuratora wniosku o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i o zastosowanie środków zabezpieczających wniosek ten kieruje się na rozprawę, chyba że w świetle materiałów postępowania przygotowawczego popełnienie czynu zabronionego przez podejrzanego i jego niepoczytalność w chwili czynu nie budzą wątpliwości, a prezes sądu uzna za celowe rozpoznanie sprawy na posiedzeniu z udziałem prokuratora, obrońcy i podejrzanego; podejrzany nie bierze udziału w posiedzeniu, jeżeli z opinii biegłych wynika, że byłoby to niewskazane, chyba że sąd uzna jego udział za konieczny[3]; pokrzywdzony ma prawo wziąć udział w posiedzeniu.

W przepisie tym zapis o obecności prokuratora na posiedzeniu pojawił się od 1.07.2003 r.[4] Nie jest on jednak w zasadzie konieczny, gdyż obowiązek uczestniczenia prokuratora w tym posiedzeniu od zawsze wynika z art. 339 § 5 k.p.k. Zgodnie z art. 339 § 5 k.p.k. w brzmieniu pierwotnym[5] prokurator brał udział we wszystkich posiedzeniach sądu wymienionych w art. 339 § 1, 3 i 4 k.p.k., w tym właśnie w przedmiocie środków zabezpieczających (art. 339 § 1 pkt 1 k.p.k.), chyba że ustawa stanowiła inaczej[6]. Dopiero nowelizacja

1 Ustawa z 6.06.1997 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1517 ze zm.), dalej jako k.k.

2 Ustawa z 6.06.1997 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.), dalej jako k.p.k.

3 *Nota bene* Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 19.08.2020 r. (K 46/15), OTK-A z 2020 r., poz. 39, uznał za niekonstytucyjne przepisy Kodeksu postępowania karnego jedynie w zakresie, w jakim nie przewidywały obowiązkowej obecności podejrzanego na rozprawie w sprawie wniosku prokuratora o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności, ale już nie na posiedzeniu w tym przedmiocie, jeśli z opinii biegłych wynika, że jego udział byłby niewskazany.

4 Ustawa z 10.01.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. nr 17 poz. 155).

5 Dz.U. z 1997 r. nr 89 poz. 555.

6 M. Syta, *Udział prokuratora w posiedzeniach sądowych w świetle kodeksu postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo" 1999/10, s. 25.

z 2003 r.[7] zlikwidowała zasadę, że prokurator uczestniczy we wszystkich posiedzeniach sądu w przedmiocie środków zabezpieczających, ograniczając ją do posiedzenia w przedmiocie orzeczenia środków w postaci umieszczenia sprawcy niepoczytalnego w zakładzie psychiatrycznym oraz sprawcy z poczytalnością ograniczoną w zakładzie karnym, gdzie stosowane były szczególne środki lecznicze lub rehabilitacyjne (art. 94 § 1 k.k. i art. 95 § 1 k.k. w brzmieniu pierwotnym)[8]. Nowelizacja z 2015 r.[9], która wprowadziła do Kodeksu karnego ambulatoryjne środki zabezpieczające, jeszcze bardziej ograniczyła obowiązek obecności prokuratora na tym posiedzeniu, jedynie do orzekania w przedmiocie wniosku o pobycie w zakładzie psychiatrycznym (art. 93a pkt 4 k.k.). Ta zasada obowiązuje do dziś (art. 339 § 5 k.p.k. w brzmieniu od 1.07.2015 r.).

Jeśli chodzi z kolei o udział prokuratora w rozprawie w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających, to także w brzmieniu pierwotnym Kodeksu postępowania karnego jego obowiązkowa obecność była po prostu zasadą, a więc podobnie jak przy posiedzeniu, w tamtym okresie nie wymagała wpisania wprost do treści art. 354 pkt 2 k.p.k. Jednak, mając na uwadze późniejsze nowelizacje likwidujące ogólną zasadę obligatoryjnej obecności prokuratora na rozprawach wyznaczonych wobec wniesienia wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, zdziwić się można, że tym razem racjonalny ustawodawca nie wpisał tego obowiązku wprost do treści art. 354 pkt 2 k.p.k. przynajmniej w zakresie odpowiadającym treści art. 339 § 5 k.p.k., a więc w odniesieniu do rozprawy zainicjowanej wnioskiem prokuratora o orzeczenie pobytu w zakładzie psychiatrycznym.

Jest to tym bardziej niezrozumiałe, że przecież zgodnie z art. 354 pkt 2 k.p.k. kierowanie wniosku prokuratora na rozprawę jest regułą, a na posiedzenie wyjątkiem[10]. Co więcej, na posiedzenie wniosek kierowany jest tylko wtedy, gdy nie ma w sprawie żadnych wątpliwości, ani co do przebiegu czynu, ani co do sprawstwa podejrzanego, ani co do jego niepoczytalności[11]. Czyli – jeśli istnieją jakiekolwiek wątpliwości – sąd jest obowiązany skierować sprawę na rozprawę, w której paradoksalnie prokurator w świetle obecnie

7 Ustawa z 10.01.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. nr 17 poz. 155).

8 J. Konecki, J. Misztal-Konecka, *Orzekanie w postępowaniu karnym o środku zabezpieczającym umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym*, „Przegląd Sądowy" 2007/11–12, s. 118.

9 Ustawa z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396).

10 Postanowienia SN z 17.03.2008 r. (V K 30/08 i V K 31/08); analogicznie D. Świecki (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2020, t. 1, LEX/el.

11 K. Eichstaedt, *Środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, wątpliwości związane z orzekaniem*, „Prokuratura i Prawo" 2016/12, s. 75.

obowiązujących przepisów wcale nie musi uczestniczyć. Niespójność ta wynikła właśnie z licznych niepełnych zmian w Kodeksie postępowania karnego.

Zgodnie z brzmieniem pierwotnym tego kodeksu udział prokuratora we wszystkich rozprawach był obowiązkowy, chyba że ustawa stanowiła inaczej (art. 46 k.p.k. w brzmieniu pierwotnym). Ustawa stanowiła inaczej w postępowaniu uproszczonym, czyli toczącym się w formie dochodzenia, gdyż zgodnie z art. 477 k.p.k. w pierwotnym brzmieniu nieobecność oskarżyciela nie tamowała toku rozprawy ani posiedzenia. Wbrew pozorom zasada ta obecnie jest identyczna. Co prawda od 1.07.2015 r. zniesiony został tryb uproszczony[12], jednak zgodnie z obecnie obowiązującym brzmieniem art. 46 § 2 k.p.k.[13] nieobecność prokuratora na rozprawie w sprawie prowadzonej w postępowaniu przygotowawczym w formie dochodzenia nie tamuje jej biegu. Skąd więc moje twierdzenie, że uprzednio prokurator musiał uczestniczyć we wszystkich rozprawach w przedmiocie środków zabezpieczających, a teraz takiego obowiązku nie ma? Ponieważ, zgodnie z obowiązującymi przez lata przepisami, każde postępowanie, w którym stwierdzono niepoczytalność sprawcy, musiałoby być prowadzone w formie śledztwa, a jeśli wcześniej było dochodzeniem – zostać przejęte do śledztwa.

Zgodnie z art. 470 pkt 2 k.p.k. w brzmieniu pierwotnym przepisy o postępowaniu uproszczonym nie miały zastosowania, jeśli zaistniały przesłanki z art. 79 § k.p.k., czyli m.in. w każdym wypadku, gdy dla podejrzanego powołano obrońcę z urzędu wobec wątpliwości co do jego poczytalności, i to niezależenie od treści późniejszej opinii psychiatrycznej. Tak więc zawsze, gdy podejrzanego poddano badaniom sądowo-psychiatrycznym, wszczynano śledztwo, co powodowało, że we wszystkich tych sprawach obecność prokuratora na rozprawach była obowiązkiem. Z dniem 1.07.2003 r.[14] co prawda zmieniono regulację dotyczącą śledztw i dochodzeń, a do Kodeksu postępowania karnego dodano rozdział 36a poświęcony dochodzeniu[15], jednak zgodnie z art. 325c pkt 2 k.p.k. w brzmieniu tej nowelizacji dochodzenia nie prowadziło się, jeśli zachodziły przesłanki z art. 79 § 1 k.p.k., a więc utrzymana została w tym zakresie poprzednio obowiązująca zasada.

Brzmienie art. 325c pkt 2 k.p.k. zmieniono w 2007 r.[16], wymagając formy śledztwa już tylko w przypadkach, gdy wobec podejrzanego stwierdzono

[12] Ustawa z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247).

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

[14] Ustawa z 10.01.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. nr 17 poz. 155).

[15] M. Szeroczyńska, *Postępowanie przygotowawcze na rozdrożu* (w:) *Prokuratura w Polsce w XXI wieku. Wyzwania ustrojowe i procesowe*, red. M. Mistygacz, Warszawa 2019, s. 166.

[16] Ustawa z 29.03.2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 64 poz. 432).

niepoczytalność albo co najmniej poczytalność ograniczoną. Tym samym zmiana dochodzenia w śledztwo następowała już nie w momencie powołania biegłych psychiatrów, ale w zależności od treści wydanej przez nich opinii. Jednakże nie zmieniało to zasady prowadzenia w formie śledztwa, a tym samym obecności prokuratora na rozprawie, każdej sprawy kończącej się następnie wnioskiem w trybie art. 324 k.p.k., gdyż warunkiem złożenia wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających było właśnie stwierdzenie niepoczytalności (albo przynajmniej poczytalności znacznie ograniczonej) podejrzanego.

Artykuł 325c k.p.k. został uchylony 1.07.2015 r.[17] Mimo to powyższa reguła nie zmieniła się, gdyż nowelizacja ta, wprowadzająca tzw. proces kontradyktoryjny, zniosła również postępowanie uproszczone przed sądem i nie zmieniła pierwotnej treści art. 46 k.p.k., a tym samym ustanowiła zasadę obecności prokuratora na wszystkich rozprawach, niezależnie od tego, czy postępowanie przygotowawcze było prowadzone w formie dochodzenia czy śledztwa, w tym także na każdej rozprawie wyznaczonej wobec wniesienia przez prokuratora wniosku w przedmiocie umorzenia postępowania i zastosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym.

Dopiero nowelizacja z 2016 r.[18], znosząca tzw. proces kontradyktoryjny, zlikwidowała jako regułę obecność prokuratora na wszystkich rozprawach w tym przedmiocie. Ustawą tą bowiem zmieniono art. 46 k.p.k., przywracając fakultatywność obecności prokuratora na rozprawach w sprawach prowadzonych w formie dochodzenia, nie przywrócono natomiast art. 325c k.p.k. ani nie znowelizowano art. 354 k.p.k. W wyniku takiego niepełnego powrotu do stanu sprzed 1.07.2015 r. postępowania, w których stwierdzono niepoczytalność podejrzanego, jeśli wcześniej ze względu na zarzucony mu czyn miały formę dochodzenia (czyli np. w sprawach o znęcanie się nad rodziną z art. 207 § 1 k.k. czy groźby), w tej formie pozostają do końca, nawet jeśli kończą się wnioskiem w trybie art. 324 k.p.k. Tym samym jeśli sąd rejonowy, otrzymawszy wniosek o orzeczenie pobytu niepoczytalnego sprawcy w zakładzie psychiatrycznym, skieruje go na rozprawę, bo będzie miał wątpliwości co do jakichkolwiek okoliczności sprawy, może ją prowadzić bez obecności prokuratora (za wyjątkiem spraw, w których zarzuty wymagały formy śledztwa), podczas gdy jeśli skieruje ją – w braku jakichkolwiek wątpliwości – na posiedzenie, prokurator będzie musiał brać w nim udział.

Nie można tej sprzeczności wyjaśnić w jakikolwiek logiczny sposób, ani interesem stron, ani dobrem procesu karnego. Uzasadnienie jest tylko jedno

[17] Ustawa z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247).

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

– na sytuację tę wpłynęły zbyt częste zmiany zupełnie innych przepisów Kodeksu postępowania karnego, czego ustawodawca w 2016 r., zajęty odmiennymi zagadnieniami, które chciał wtedy znowelizować, po prostu nie zauważył. W 2016 r. ustawodawcy ewidentnie zabrakło szerszego i szczegółowego spojrzenia na instytucje procesowe o charakterze wyjątkowym, dla których zasady ogólne mają też przecież, jak widać, niebagatelne znaczenie. Podobny brak wglądu w przepisy, których się formalnie nie zmienia, a które zaczynają inaczej funkcjonować z powodu nowelizacji innych regulacji, wykazał ustawodawca ostatnio, przy okazji kolejnej ustawy antycovidowej.

WYSOKOŚĆ ZAGROŻENIA KARĄ ZA „KRADZIEŻ TOŻSAMOŚCI" A FORMA PROWADZENIA POSTĘPOWANIA KARNEGO

Polski ustawodawca wykazał się dużą aktywnością legislacyjną w reakcji na pandemię COVID-19. Wydane zostały liczne ustawy (i jeszcze liczniejsze rozporządzenia) mające na celu wprowadzenie zasad zapobiegania i przeciwdziałania tej chorobie zakaźnej i zwalczania jej, a także łagodzenia ekonomicznych skutków wynikłych z podjętych działań rządowych. Co więcej, ustawy te są co rusz nowelizowane, zmienia się często zasadniczo stan prawny w różnych dziedzinach życia, i to nie tylko związany bezpośrednio ze skutkami rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2. Przykładami takich niezwiązanych z walką z pandemią zmian wprowadzonych właśnie za pomocą ustaw antycovidowych są nowelizacje Kodeksu karnego w zakresie przestępstw z art. 190a k.k.[19], wyzysku z art. 304 k.k.[20] czy kary łącznej lub kradzieży zuchwałej[21].

Choć celem niniejszego artykułu nie jest ocena tych nowelizacji pod kątem standardów poprawnej legislacji[22], to trudno nie wspomnieć na marginesie, że już na pierwszy rzut oka – po samych tytułach ustaw, którymi zmiany te zostały wprowadzone – widać, że standardy te nie zostały spełnione. Nie można bowiem uznać za poprawną legislację nowelizowania na stałe przepisów karnych ustawami nadzwyczajnymi i ewidentnie przejściowymi, gdyż regulującymi

[19] Ustawa z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 568).

[20] Ustawa z 14.05.2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. poz. 875).

[21] Ustawa z 19.06.2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. poz. 1086).

[22] Opis zjawisk, jakie uznane są za naruszenie zasad poprawnej legislacji, został szczegółowo podany w publikacji Fundacji Batorego: *Ustawa w 2 godziny 20 minut. XIII Komunikat Obywatelskiego Forum Legislacji podsumowujący aktywność legislacyjną rządów Zjednoczonej Prawicy, Sejmu VIII i Senatu IX Kadencji (2015–2019)*, Warszawa 2019, https://www.batory.org.pl/upload/files/Programy%20operacyjne/Forum%20Idei/Komunikat_2019–1.pdf (dostęp: 22.11.2020 r.).

z założenia przejściowy stan pandemii. Tym bardziej trudno mówić o zachowaniu przejrzystości procesu legislacyjnego, gdy przepisy karne nowelizuje się tak szybko, jak w tych wypadkach, i to ustawami, które z założenia dotyczą zupełnie innych zagadnień. Jeśli bowiem chodzi o Kodeks karny, to jedyną zmianą wprowadzoną ustawami antycovidowymi wynikającą wprost ze stanu pandemii było zaostrzenie kar za przestępstwo bezpośredniego narażenia innej osoby na zarażenie HIV albo chorobą weneryczną lub zakaźną, ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu czy wprowadzenie kwalifikowanej formy tego czynu poprzez narażenie na zarażenie wielu osób (art. 161 § 1–3 k.k. w brzmieniu od 31.03.2020 r.[23]).

Najbardziej skrajnym przykładem takiego „ukrycia" nowelizacji karnej jest ustawa z 19.06.2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19, która w tytule nie zawiera nawet owego magicznego worka „i o zmianie innych ustaw"[24], a zmienia aż dziewięć artykułów Kodeksu karnego, i to cał-

[23] Ustawa z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 568).

[24] Aby tego zapisu w tytule uniknąć, ustawodawca obarczył go przypisem, w którym napisał, że niniejszą ustawą zmienia się ustawy: ustawę z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń, ustawę z 6.04.1984 r. o fundacjach, ustawę z 7.04.1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach, ustawę z 17.05.1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne, ustawę z 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawę z 19.10.1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa, ustawę z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawę z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane, ustawę z 20.10.1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych, ustawę z 20.12.1996 r. o portach i przystaniach morskich, ustawę z 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne, ustawę z 8.05.1997 r. o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawę z 6.06.1997 r. – Kodeks karny, ustawę z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego, ustawę z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa, ustawę z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe, ustawę z 20.11.1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne, ustawę z 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej, ustawę z 21.12.2000 r. o dozorze technicznym, ustawę z 11.05.2001 r. – Prawo o miarach, ustawę z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawę z 27.03.2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, ustawę z 13.11.2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego, ustawę z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych, ustawę z 16.11.2006 r. o opłacie skarbowej, ustawę z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawę z 24.04.2009 r. o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu, ustawę z 30.04.2010 r. o Polskiej Akademii Nauk, ustawę z 12.05.2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa, ustawę z 8.03.2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, ustawę z 20.02.2015 r. o odnawialnych źródłach energii, ustawę z 25.06.2015 r. – Prawo konsularne, ustawę z 24.07.2015 r. o kontroli niektórych inwestycji, ustawę z 24.07.2015 r. o przygotowaniu i realizacji strategicznych inwestycji w zakresie sieci przesyłowych, ustawę z 5.08.2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej, ustawę z 9.10.2015 r. o rewitalizacji, ustawę z 13.04.2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku, ustawę z 11.01.2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych, ustawę z 1.03.2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, ustawę z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców, ustawę z 10.05.2018 r.

kowicie niezwiązanych nie tylko z COVID-19, ale i z kredytami bankowymi, bo odnoszących się do kary łącznej i kradzieży zuchwałej. *Nota bene*, ukrycie to jest tak głębokie, przynajmniej jeśli chodzi o przyczyny i sposób przywrócenia karalności kradzieży tzw. zuchwałej, że nawet uzasadnienie projektu tej ustawy o tym fakcie nie wspomina[25].

Takie pomijanie w uzasadnieniu zmian wprowadzanych w Kodeksie karnym ustawami antycovidowymi nie jest zresztą wyjątkiem. Przytoczyć warto tu choćby właśnie nowelizację art. 190a k.k.[26], o której uzasadnienie projektu wprowadzającej ją ustawy w ogóle nie wspomina[27]. Paradoksalnie wyjaśnienie łączności tej zmiany z sytuacją pandemii znajdziemy – co prawda tylko częściowo – w uzasadnieniu projektu późniejszej ustawy – wspomnianej powyżej ustawy z 19.06.2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19. Tu bowiem dopiero projektodawca, uzasadniając nowelizację art. 276a k.p.k. (*nota bene* wprowadzonego łącznie z nowelizacją art. 190a k.k. ustawą z 31.03.2020 r., i to bez żadnego uzasadnienia), wyjaśnia, że „zasadniczym celem projektowanej regulacji jest ochrona tych grup zawodowych, które są szczególnie narażone na różne formy przestępczego nękania. Do takich grup

o wspieraniu nowych inwestycji, ustawę z 3.07.2018 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, ustawę z 20.07.2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, ustawę z 13.09.2018 r. o Centrum Medycznym Kształcenia Podyplomowego, ustawę z 4.10.2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, ustawę z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, ustawę z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw, ustawę z 30.08.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, ustawę z 30.08.2019 r. o Państwowej Komisji do spraw wyjaśniania przypadków czynności skierowanych przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wobec małoletniego poniżej lat 15, ustawę z 30.08.2019 r. o zmianie ustawy – Prawo ochrony środowiska, ustawę z 11.09.2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, ustawę z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, ustawę z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, ustawę z 16.04.2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 oraz ustawę z 14.05.2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2. Wyraźnie pokazuje to, że nowelizowanie „przy okazji" pandemii dotyczy nie tylko przepisów karnych i w ogóle podaje w wątpliwość jakość stanowionego obecnie prawna i jego dostępność do świadomości społecznej.

25 Patrz http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/B2E9AA1082EE4696C12585700042D075/%24File/382.pdf (dostęp: 22.11.2020 r.).

26 Ustawa z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 568).

27 Patrz http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/0ED4D419861EFC71C12585370038D29C/%24File/299.pdf (dostęp: 22.11.2020 r.).

zaliczyć należy m.in. nauczycieli oraz innych pracowników szkolnictwa i edukacji, którzy nierzadko narażeni są na powtarzającą się, nie tylko werbalną, agresję uczniów. Przepis znajdzie również zastosowanie w sytuacjach, w których określone grupy zawodowe padają celem ataków ze względu na okoliczności o charakterze tymczasowym i obiektywnym, takie jak np. panująca epidemia. Zaliczyć do nich można m.in. górników i ich rodziny lub pracowników domów opieki społecznej i hospicjów"[28]. To uzasadnienie jednak dotyczy wyłącznie art. 190a § 1 k.k., a więc przestępstwa stalkingu, które faktycznie – jak wynika z doniesień prasowych[29] – w okresie pandemii występowało dość często, i to w nasilonej formie, np. wobec lekarzy czy nawet osób objętych kwarantanną lub izolacją. O ile więc nowelizację Kodeksu karnego ustawą antycovidową odnośnie do tego przepisu (i Kodeksu postępowania karnego w zakresie nowych środków zapobiegawczych, które mogą znaleźć zastosowanie właśnie przy tym czynie) da się uzasadnić i merytorycznie zrozumieć, o tyle nie dotyczy to zmiany art. 190a § 2 k.k., czyli kradzieży tożsamości, która ze stanem pandemii nie ma żadnego związku.

Wracając jednak do głównego wątku rozważań, należy wskazać, do jakich absurdalnych proceduralnie konsekwencji doprowadziła wprowadzona 31.03.2020 r. zmiana art. 190a § 1 k.k. w odniesieniu do postępowań właśnie o kradzież tożsamości.

Artykuł 190a § 2 k.k. nie zawiera samodzielnego określenia sankcji, ale odwołuje się do kary przewidzianej w art. 190a § 1 k.k. Nie zmieniła tego ostatnia nowelizacja, która w zakresie tego przepisu dodała jedynie do znamion wykorzystanie oprócz wizerunku lub danych osobowych „innych danych, za pomocą których dana osoba jest publicznie identyfikowana", bez wskazania, o jakie dane chodzi. Za to ta sama nowelizacja w art. 190a § 1 k.k. podniosła sankcję z wcześniejszego pozbawienia wolności od miesiąca do 3 lat do – od 6 miesięcy do lat 8. Tym samym identycznie zmieniła się więc i sankcja art. 190a § 2 k.k. Jednocześnie oba czyny zaczęły wymagać prowadzenia postępowania w formie śledztwa, gdyż nie został zmieniony w tym zakresie art. 325b § 1 k.k. Zgodnie bowiem z tym przepisem dochodzenie prowadzi się w sprawach o przestępstwa należące do właściwości sądu rejonowego, zagrożone karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności,

[28] Patrz http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/B2E9AA1082EE4696C12585700042D075/%24File/382.pdf (dostęp: 22.11.2020 r.).

[29] Por. m.in. *Wczoraj oklaski, dziś wykluczenie. Pielęgniarka dostała okropną wiadomość*, Polsatnews z 18.04.2020 r., https://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2020–04–18/lekarka-otrzymala-list-wracajac-tu-ryzykujesz-naszym-zdrowiem/ (dostęp: 22.11.2020 r.); *„Wracając tutaj, ryzykujesz naszym zdrowiem". List do lekarki od sąsiadów*, Interia Fakty z 18.04.2020 r., https://fakty.interia.pl/raporty/raport-koronawirus-chiny/polska/news-wracajac-tutaj-ryzykujesz-naszym-zdrowiem-list-do-lekarki-od,nId,4447220 (dostęp: 22.11.2020 r.); *„Z dziećmi tego pana się nie bawcie, bo mają wirusa". Nie wszyscy widzą w nich bohaterów*, NaTemat z 2.05.2020 r., https://natemat.pl/307283,nie-dla-wszystkich-sa-bohaterami-hejt-na-lekarzy-i-pielegniarki (dostęp: 22.11.2020 r.).

z tym że w wypadku przestępstw przeciwko mieniu tylko wówczas, gdy wartość przedmiotu przestępstwa albo szkoda wyrządzona lub grożąca nie przekracza 200.000 zł (pkt 1); a także o niektóre przestępstwa zagrożone karą wyższą, jeśli zostały wymienione w pkt 2 lub 3 tego przepisu. W punkcie 3 art. 325b § 1 k.p.k. wymieniono m.in. art. 286 § 1 k.k., czyli oszustwo, które również zagrożone jest karą do 8 lat pozbawienia wolności. W sprawach o oszustwa, zgodnie z tą regulacją, prowadzi się dochodzenie, o ile wartość przedmiotu przestępstwa albo szkoda wyrządzona lub grożąca nie przekracza 200.000 zł.

Ta pozornie nieistotna rozbieżność pomiędzy formą ścigania czynu z art. 286 § 1 k.k. a art. 190a § 2 k.k. ma w praktyce kolosalne znaczenie. Ustawodawca bowiem, zmieniając sankcję w art. 190a § 1 k.k., a rykoszetem w art. 190a § 2 k.k., nie do końca chyba uświadamiał sobie, jak wygląda przeciętne przestępstwo kradzieży tożsamości, jak bardzo jest powszechne i jak związane właśnie z przestępstwem oszustwa z art. 286 § 1 k.k.

Otóż w Polsce najczęściej przestępstwo to polega na zawarciu jakiejś umowy na cudze dane, a nawet przy wykorzystaniu cudzego dowodu osobistego (a więc też wizerunku), czy choćby tylko cudzego numeru PESEL (czyli chyba właśnie tych nowych innych danych pozwalających na identyfikację osoby). Chodzi tu o różne umowy: pożyczki w bankach lub u innych pożyczkodawców, o świadczenia telefoniczne, zakupy na raty, zakup samochodu, a co za tym idzie – zawarcie umowy jego ubezpieczenia itp. Sprawca wykorzystuje te dane, by z jednej strony samemu nie musieć wywiązywać się z tych umów, a więc dopuszcza się oszustwa wobec drugiej strony umowy (banku, instytucji finansowej, sklepu, ubezpieczyciela, telefonii itp.), bo wprowadza ją w błąd co do własnej tożsamości i doprowadza ją do niekorzystnego rozporządzenia mieniem (różnej wartości w zależności od treści umowy), czyli wypełnia wszystkie znamiona z art. 286 § 1 k.k. Z drugiej strony sprawca wykorzystuje dane innej osoby po to, by to ona była zobowiązana do spłacenia zadłużenia wynikającego z braku realizacji umowy, gdyż skutkiem jego działania jest wszczęcie postępowania windykacyjnego, a często nawet sądowego i następnie komorniczego, wobec osoby, której dane widnieją w umowie. Sprawca działa więc też z zamiarem wyrządzenia jej szkody majątkowej.

Co prawda, przestępstwo określone w art. 190a § 2 k.k. może być popełnione wyłącznie w zamiarze bezpośrednim, tak więc dla realizacji jego znamion nie jest wystarczające, aby sprawca jedynie godził się na wyrządzenie swoim działaniem szkody osobie, pod którą się podszywa, wykorzystując jej wizerunek lub dane osobowe[30]. Nie oznacza to jednak wcale, wbrew sugestii Sądu Najwyższego zawartej w wyroku z 27.01.2016 r. w sprawie V KK 347/16[31], że sprawca

[30] A. Lach, *Kradzież tożsamości*, „Prokuratura i Prawo" 2012/2, s. 29.
[31] Wyrok SN z 27.01.2016 r. (V KK 347/16), LEX nr 2269116.

musi znać osobę, pod którą się podszywa. Wystarczy, że ma świadomość, że podając się za kogoś innego i zawierając na dane tej osoby umowy lub realizując transakcje bankowe, wyrządzi jej szkodę[32]. W sytuacjach takich nie ma wątpliwości, że sprawcy wiedzą o negatywnych konsekwencjach, które swoim działaniem sprowadzają na osoby, pod które się podszywają, i to zarówno w zakresie szkody osobistej (wpisanie do BIK, potraktowanie jako niewypłacalnego dłużnika, co godzi w wizerunek i dobre imię tej osoby, skierowanie przeciwko tej osobie postępowania karnego itp.), jak i szkody majątkowej (poniesienie kosztów związanych z daną umową)[33]. Zresztą właśnie po to sprawcy posługują się cudzymi danymi, by takie skutki osiągnąć. Gdyby im na tym nie zależało, podaliby albo swoje dane, albo jeśli zależałoby im przede wszystkim na ochronie swojej osoby – dane osoby nieistniejącej albo zmarłej (co nie wyczerpywałoby znamion art. 190a § 2 k.k.[34]). Nie robią tego właśnie dlatego, że ich zamiarem jest również skierowanie odpowiedzialności karnej i cywilnej na osobę trzecią.

W takich przypadkach mamy do czynienia z dwoma pokrzywdzonymi – osobą oszukaną i osobą, której tożsamość została wykorzystana – a prawidłowa kwalifikacja czynu powinna zakładać zbieg art. 286 § 1 k.k. i art. 190a § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. I tu się zaczyna nielogiczność ostatniej nowelizacji art. 190a § 2 k.k. Oszustwa, których przedmiotem jest mienie do 200.000 zł, są wciąż ścigane w formie dochodzenia, chyba że ich elementem jest właśnie wykorzystanie cudzych danych, bo wtedy niezależnie od wartości szkody, nawet przy przysłowiowej złotówce, wymagana stała się forma śledztwa. Wynikło to z braku jednoczesnej nowelizacji art. 325b § 1 pkt 2 k.p.k. poprzez dopisanie w nim art. 190a § 2 k.k. Ten brak jest ewidentnym niedopatrzeniem ustawodawcy, który – zdaje się – po prostu nie zauważył, że zmieniając sankcję w art. 190a § 1 k.k., zmienia ją także w art. 190a § 2 k.k., a tym samym zmienia w odniesieniu do kradzieży tożsamości formę postępowania przygotowawczego z dochodzenia na śledztwo.

O ile bowiem można wytłumaczyć, że taka zmiana była przez ustawodawcę zamierzona w odniesieniu do stalkingu, który uznał za czyn na tyle poważny, że wymagający prowadzenia przez prokuratora (choć stało się to niekompatybilne z art. 207 k.k., który takiej formy wymaga jedynie w przypadku znęcania się fizycznie lub psychicznie nad osobą nieporadną ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny, czyli art. 207 § 1a k.k.)[35], o tyle trudno uznać,

32 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 8.01.2019 r. (II AKa 194/17), LEX nr 2707539.

33 Wyrok Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z 9.12.2019 r. (II K 195/19), LEX nr 3069099.

34 K. Sowirka, *Przestępstwo „kradzieży tożsamości" w polskim prawie karnym*, „Ius Novum" 2013/1, s. 64.

35 Choć za nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym uznać należy także założenie, że stalking, np. wobec byłej konkubiny, jest poważniejszym przestępstwem i powinien być zagrożony wyższą sankcją niż znęcanie się nad aktualną konkubiną, czy byłą a nawet aktualną żoną, i w przeciwieństwie do tych ostatnich czynów, które wymagają prowadzenia postępowania przygotowawczego jedynie w dochodzeniu, być ścigany w formie śledztwa. Zdaje się, że skupiając się na owych

że taką samą wagę ustawodawca nadał kradzieży tożsamości w zakresie umów do 200.000 zł. Czym się bowiem różni merytorycznie i praktycznie prowadzenie postępowania o oszustwo na kwotę 199.999 zł, gdy sprawca podał własne dane albo dane osoby nieistniejącej, od oszustwa na kwotę 500 zł, albo i mniejszą, gdy wykorzystane zostały dane osoby trzeciej? Tak naprawdę – niczym. Żadną miarą nie da się więc uzasadnić stwierdzenia, że ten drugi czyn jest poważniejszy lub trudniejszy do udowodnienia i z tego powodu wymaga formy śledztwa.

Ten brak całościowego spojrzenia przez ustawodawcę na niniejszą zmianę w Kodeksie karnym i jej wpływ na regulacje procesowe może mieć niebagatelne konsekwencje praktyczne, szkodliwe dla pokrzywdzonych. Kradzież tożsamości jest bowiem przestępstwem ściganym na wniosek, istnieje więc obawa, że niechęć organów ścigania do prowadzenia nadmiernej ilości spraw w formie śledztwa (a więc wydawania wielu decyzji przez prokuratora, w tym w szczególności postanowienia o przedstawieniu zarzutów, sporządzania aktu oskarżenia i obligatoryjnej obecności na rozprawach) może spowodować, że w sprawach o oszustwa przy wykorzystaniu danych osoby trzeciej, osoba ta przy przesłuchaniu nie będzie pouczana o możliwości złożenia wniosku o ściganie, nie będzie go więc składać, a tym samym nie będzie traktowana jako pokrzywdzona. Takie sprawy będą wtedy kwalifikowane jedynie z art. 286 § 1 k.k. i pozostaną, o ile na to pozwoli wysokość szkody, dochodzeniami. Patrząc, jak powoli w mentalność prokuratorów, policjantów i sędziów po wprowadzeniu do Kodeksu karnego art. 190a § 2 k.k., co miało miejsce dopiero w 2011 r.[36], wbijała się kumulacyjna kwalifikacja takich czynów z obu tych przepisów, oraz biorąc pod uwagę przeciążenie pracą, zasadnie można się obawiać, że przy prowadzeniu tych postępowań wróci praktyka sprzed 2011 r. Tyle że wtedy ucierpią pokrzywdzeni, którzy nie będą traktowani jako strona, a więc nie otrzymają ani postanowienia o umorzeniu postępowania w przypadku niewykrycia sprawcy, którym to postanowieniem mogliby się okazać przed sądem cywilnym czy komornikiem, ani tym bardziej naprawienia szkody, jeśli sprawca zostanie ustalony. A takiego skutku ubocznego nowelizacji z 31.03.2020 r. chyba jednak racjonalny ustawodawca nie zamierzał uzyskać.

WNIOSKI

Konkluzja z powyższych rozważań może być tylko jedna. Kodeksy karne są tak rozbudowane i ich przepisy są tak od siebie zależne, że nie należy ich zmieniać wyrywkowo, gdyż pojedyncze zmiany mają wpływ na cały przebieg procesu.

„grupach zawodowych, które są szczególnie narażone na różne formy przestępczego nękania", co jednak nie zostało wprowadzone jako znamię art. 190a § 1 k.k., ustawodawca po prostu zapomniał, że stalking najczęściej ma miejsce po zakończeniu nieformalnej relacji między dwojgiem ludzi jako reakcja jednej strony na brak akceptacji rozstania.

36 Ustawa z 25.02.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. nr 72 poz. 381).

Co więcej, mając na uwadze fakt, że od wejścia w życie do dnia dzisiejszego każdy z nich został zmieniony ponad sto razy (a dokładnie – 101 Kodeks karny i 148 Kodeks postępowania karnego, nie licząc zmian wynikających z orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego), co także w innych instytucjach tych ustaw doprowadziło do podobnych nielogiczności jak w podanych w powyższym tekście przykładach, wskazane jest po prostu uchwalenie nowych kodeksów karnych po dokładnej merytorycznej analizie ich tekstów, aby można było mówić o spójnym procesie karnym oraz przemyślanej polityce karania. Mogę mieć tylko nadzieję, że takich kodeksów, które już wtedy nie będą notorycznie zmieniane, w końcu się doczekam.

ABSTRACT

dr Małgorzata Szeroczyńska
The author is a prosecutor in the District Prosecutor's Office in Żyrardów.

The rationality of the legislator and random changes in penal provisions

The text poses an important question on the correctness of legislation in the context of numerous changes in the criminal code and the code of criminal procedure. The author shows an impact that random changes in individual provisions have on other rules and their often illogical consequences. As examples she gives the issues of the prosecutor's presence at court proceedings in cases for a precautionary measure and the form of preparatory proceedings in cases of identity theft.

Keywords: *the rationality of the legislator, the presence of the prosecutor at the hearing, the adjudication on precautionary measures, the identity theft, the form of preparatory proceedings*

Małgorzata Szeroczyńska
ORCiD ID 0000-0003-1760-6773; e-mail: malgorzata.szeroczynska@pamietaj.org

Autorka jest prokuratorem Prokuratury Rejonowej w Żyrardowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Eichstaedt Krzysztof, *Środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, wątpliwości związane z orzekaniem*, „Prokuratura i Prawo" 2016/12, s. 75–94

Konecki Janusz, Misztal-Konecka Joanna, *Orzekanie w postępowaniu karnym o środku zabezpieczającym umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym*, „Przegląd Sądowy" 2007/11–12, s. 118–130

Lach Arkadiusz, *Kradzież tożsamości*, „Prokuratura i Prawo" 2012/2, s. 29–39

Sowirka Kamil, *Przestępstwo „kradzieży tożsamości" w polskim prawie karnym*, „Ius Novum" 2013/1, s. 64–80

Syta Maria, *Udział prokuratora w posiedzeniach sądowych w świetle kodeksu postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo" 1999/10, s. 25–36

Szeroczyńska Małgorzata, *Postępowanie przygotowawcze na rozdrożu* (w:) *Prokuratura w Polsce w XXI wieku. Wyzwania ustrojowe i procesowe*, red. M. Mistygacz, Warszawa 2019

Świecki Dariusz (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2020, t. 1, LEX/el.

Ustawa w 2 godziny 20 minut. XIII Komunikat Obywatelskiego Forum Legislacji podsumowujący aktywność legislacyjną rządów Zjednoczonej Prawicy, Sejmu VIII i Senatu IX Kadencji (2015–2019), Warszawa 2019, https://www.batory.org.pl/upload/files/Programy%20operacyjne/Forum%20Idei/Komunikat_2019–1.pdf (dostęp: 1.07.2020 r.)

Wczoraj oklaski, dziś wykluczenie. Pielęgniarka dostała okropną wiadomość, PolsatNews z 18.04.2020 r., https://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2020–04–18/lekarka-otrzymala-list-wracajac-tu-ryzykujesz-naszym-zdrowiem/ (dostęp: 1.07.2020 r.)

„Wracając tutaj, ryzykujesz naszym zdrowiem". List do lekarki od sąsiadów, Interia Fakty z 18.04.2020 r., https://fakty.interia.pl/raporty/raport-koronawirus-chiny/polska/news-wracajac-tutaj-ryzykujesz-naszym-zdrowiem-list-do-lekarki-od,nId,4447220 (dostęp: 1.07.2020 r.).

„Z dziećmi tego pana się nie bawcie, bo mają wirusa". Nie wszyscy widzą w nich bohaterów, NaTemat z 2.05.2020 r., https://natemat.pl/307283,nie-dla-wszystkich-sa-bohaterami-hejt-na-lekarzy-i-pielegniarki (dostęp: 1.07.2020 r.)

Pojęcia kluczowe: *cyfryzacja, wirtualizacja, postępowania sądowe, rzetelność procesu, jawność, tajność, pisemność, ustność, dowody, tajemnica adwokacka*

Zagadnienia interdyscyplinarne

e-PALESTRA
16/2020

Maciej Gutowski, Piotr Kardas

EPIDEMIA A DIGITALIZACJA DZIAŁALNOŚCI PRAWNICZEJ – CZYLI O POŻYTKACH I SZKODACH PRZYSPIESZONEJ CYFRYZACJI POLSKIEGO WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

Ograniczenia wynikające z zasad społecznej izolacji stały się katalizatorem do wykorzystywania nowoczesnych technologii informatycznych w działalności prawniczej. Początkowo opierały się one na stosowaniu wprowadzonych jeszcze przed epidemią regulacji, umożliwiających nadawanie i doręczania pism oraz orzeczeń za pośrednictwem poczty elektronicznej, które z biegiem czasu przybrały postać nowych rozwiązań ustawowych. Wprowadzane do systemu prawa konstrukcje, czasami pomyślane jako epizodyczne, obowiązujące jedynie w okresie epidemii, czasami zaś jako stały element systemu prawa, z jednej strony stwarzają szanse na przyspieszenie i zwiększenie efektywności działania prawników, z drugiej generują poważne zagrożenia. Skomplikowana tkanka systemu prawnego, opartego w istotnej części na osobistych relacjach oraz bezpośrednim udziale w czynnościach procesowych, nie w każdym obszarze umożliwia wykorzystanie w pełnym zakresie nowoczesnych technologii informacyjnych.

Przygotowanie nowych regulacji wymaga uwzględnienia wielu czynników, w tym w szczególności związanych z charakterystyką czynności procesowych, zachowaniem zasady bezpośredniości, ochrony poufności i tajemnicy zawodowej prawników, czy zagwarantowania realizacji zasady publiczności procesu sądowego. Zawarte w opracowaniu rozważania odnoszą się do wynikających

z zasad prawa ograniczeń i wymogów determinujących sposób poszerzenia sfery wirtualizacji działalności prawników. Zawierają zestaw obszarów, w których wirtualizacja powinna zostać poprzedzona pogłębionymi analizami, odnoszącymi się do pożytków i szkód, jakie wynikać mogą z decyzji o umożliwieniu prowadzenia określonych czynności procesowych za pośrednictwem technologii umożliwiającej komunikowanie się na odległość.

1. Epidemia COVID–19 fundamentalnie zrewolucjonizowała zasady funkcjonowania prawników. Realność kancelarii, sądu czy prokuratury, kontakty z klientami i współpracownikami zastąpione zostały na dłuższy czas ich wirtualną formą. Osobiste kontakty przekształciły się w relacje za pośrednictwem telefonu, e-maila czy internetowych komunikatorów. Klasyczne akta wyparła elektroniczna dokumentacja. Nawet obieg korespondencji procesowej, mimo wątpliwości, dokonuje się w znacznej części poprzez internetową sieć[1]. Długotrwałe osadzenie w „domowym zaciszu", skutkujące przymusowym zwolnieniem prawniczego tempa pracy, pociągnęło za sobą nie tylko przeniesienie kancelarii do domu, ale immanentnie z tym związane zmiany, których znaczenia chyba nie dostrzegaliśmy, podporządkowując się narzuconym rygorom.

2. Powszechnie obowiązujące zasady społecznej izolacji nie spowodowały zaniku prawniczych powinności, paradoksalnie raczej zwiększyły ich zakres. Wymagające rozwiązania zagadnienia objawiają się w związku z zawieszeniem działalności sądów, prokuratury czy organów administracji. I chociaż zaczynają one już wznawiać pracę, to negatywne konsekwencje tej przerwy możemy odczuwać jeszcze przez dłuższy czas. Trwająca ponad dwa miesiące bezczynność organów wymiaru sprawiedliwości i ochrony prawnej, ograniczających swoją aktywność do katalogu spraw pilnych, tworzy coraz silniejszą presję, by mimo istniejącego wciąż zagrożenia poszukiwać sposobów prowadzenia spraw[2].

---

1 Co do kwestii związanych z zasadami nadawania i doręczania korespondencji procesowej za pośrednictwem poczty elektronicznej na podstawie obowiązujących przepisów prawa zob. m.in. J. Derlatka, *Doręczenia elektroniczne między profesjonalnymi pełnomocnikami w okolicznościach epidemii wirusa COVID-19*, „Palestra" 2020/3, s. 27–38; P. Kardas, *O sposobach wnoszenia pism procesowych w sytuacji ograniczenia działania organów wymiaru sprawiedliwości*, „Palestra" 2020/3, s. 5–26; M. Gutowski, *O ujemnych konsekwencjach biegu terminów materialnoprawnych i procesowych na gruncie k.c. i k.p.c. w stanie epidemii koronawirusa SARS-COV-2*, Palestra-Aktualności z 14.03.2020 r.; M. Gutowski, *Jeszcze kilka słów o bezpiecznym wniesieniu środka odwoławczego mailem do sądu i o wniosku o przywrócenie terminu w stanie zagrożenia epidemicznego (cz. 2)*, Palestra-Aktualności z 19.03.2020 r.; B. Tiutiunik, J. Pilc, *Zainfekowane prawo – zmiany w prawie karnym wprowadzone przez ustawę z 31.03.2020 r. COVID-19*, Palestra-Aktualności z 11.04.2020 r.

2 Postulaty w tym zakresie prezentowane były publicznie przez środowisko prawnicze wraz z projektami nowelizacji przepisów procedur: cywilnej, administracyjnej i karnej, umożliwiającymi przeprowadzanie czynności procesowych za pomocą środków komunikowania się na odległość.

Ostatnio szczególnie widocznym przykładem takiego działania jest próba wprowadzenia w tak zwanej tarczy 4.0 możliwości odbywania posiedzeń aresztowych przy pomocy środków porozumiewania się na odległość, co ma być reakcją na powszechnie krytykowaną „hibernację" wymiaru sprawiedliwości.

Dowodzi to, że życie nie znosi próżni, a stan zawieszenia wywołujący negatywne konsekwencje – zarówno dla tych, których praw dotyczą „zawieszone" sprawy, jak i prawników – musi uwalniać silne tendencje do poszukiwania rozwiązań pozwalających na procedowanie w pandemicznych warunkach. Rzecz w tym, by znaleźć rozwiązania optymalne, uwzględniające gwarancje procesowe wynikające z normatywnych ram postępowań z jednej strony, z drugiej zaś odpowiadające aktualnym potrzebom współczesności. To oznacza poszukiwanie koncepcji umożliwiających prowadzenie postępowań, rozstrzyganie sporów, załatwianie ważnych spraw, mimo obowiązujących lub mogących pojawić się w każdej chwili ograniczeń. Zjawisko to można zresztą obserwować nie tylko w Polsce[3].

Polscy prawnicy stykają się obecnie przede wszystkim z dwoma kategoriami problemów – zagadnieniami immanentnie łączącymi się z trwającym, a w pewnych obszarach pogłębiającym się, kryzysem konstytucyjnym[4], a także z nieco bardziej uniwersalnymi, bo występującymi w wielu miejscach na świecie, prawnymi zagadnieniami wynikającymi z ograniczeń związanych z epidemią i koniecznością redefiniowania aktywności prawniczej w zmienionej rzeczywistości. Stosownie do wygenerowanych przez zmiany nowych potrzeb w życiu gospodarczym i społecznym bardzo istotne będą dla prawników wyzwania dotyczące możliwości, zakresu i sposobu wykorzystania przez prawników nowoczesnych technologii komunikacyjnych.

Możliwość wykorzystywania cyfrowych środków komunikowania się na odległość została wykorzystana w regulacjach dotyczących sposobu prowadzenia rozpraw i posiedzeń w ramach postępowania cywilnego w ustawie z 15.05.2020 r. o zamianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. z 2020 r. poz. 875).

3 Koncepcje wirtualizacji procesów sądowych, w szczególności zaś wykorzystywania urządzeń cyfrowych do komunikowania się na odległość, są rozważane we wszystkich krajach Unii Europejskiej. Prowadzone są w tym zakresie poważne analizy związane z zagrożeniami wynikającymi z takiego sposobu prowadzenia postępowań przed sądem. W szczególności wskazuje się zagrożenia w zakresie ochrony poufności, tajemnicy, zmiany modelu weryfikacji dowodów, w szczególności zaś dowodów z przesłuchania świadka, trudności w zapewnieniu standardu rzetelności procesu. Prace analityczne prowadzone są przez uczelnie akademickie, instytucje wymiaru sprawiedliwości, organizacje międzynarodowe.

4 Paradoksalnie, mimo epidemii, obserwowaliśmy gorszący spór prawników o wybór kandydatów na funkcję I Prezesa SN, wcześniej postanowienie TSUE w sprawie Izby Dyscyplinarnej SN, spory dotyczące zaniechania ogłoszenia stanu klęski żywiołowej, wreszcie niekończącą się debatę o konstytucyjnych i prawnych aspektach wyborów prezydenckich. Sporo, jak na na okres społecznej izolacji. Zob. szerzej w tej kwestii P. Tuleja, *Pandemia COVID-19 a konstytucyjne stany nadzwyczajne*, „Palestra" 2020/9, s. 5; P. Kardas, *Konstytucyjne podstawy rozstrzygania kolizji obowiązków i konfliktów dóbr w czasie epidemii*, „Palestra" 2020/6, s. 5; E. Łętowska, *Za głupstwa królów płacą ich narody – indemnizacja w czasie zarazy (cz. I)*, konstytucyjny.pl.

3. W obliczu zawieszenia działania sądów i innych instytucji ochrony prawnej prawnicy na całym świecie podejmują działania zmierzające do efektywnego wykorzystywania nowoczesnych technologii komunikacyjnych. Szerokim echem odbił się pierwszy na świecie wyrok w Singapurze, gdzie karę śmierci ogłoszono przy użyciu aplikacji Zoom. W ten sposób aplikacja ta na trwałe przeszła do historii jako niechlubny ślad zderzenia dwóch cywilizacji – głęboko tradycyjnej, zakorzenionej w odwetowym myśleniu o prawie, oraz nowoczesnej, w której epidemia stała się katalizatorem nieuchronnie postępującego procesu cyfryzacji wymiaru sprawiedliwości. Z elektronicznych komunikatorów już dziś korzystamy powszechnie na niespotykaną wcześniej skalę. Edukacja, konferencje, zdalna praca wszędzie tam, gdzie jest to tylko możliwe, nie zaskakuje już dzisiaj nikogo, choć jeszcze kilka miesięcy temu dla wielu osób wykorzystanie komputera w celu przeprowadzenia wykładu, udziału w konferencji, konsultacji, posiedzenia kolegialnego organu, jeśli nawet nie wydawało się niemożliwe, to wywoływało dystans do sposobów zachowania noszących w sobie stygmat ekstrawaganckiej nowinki.

Przed epidemią prawnicy pozostawali zasadniczo konserwatywni, podchodząc z nieufnością do możliwości, jakie stwarzają nowoczesne technologie informatyczne. Zachęty, by korzystać z internetu w szerokim zakresie, przyjmowano z politowaniem. Narzucane przez ustawodawcę rozwiązania oparte na nowoczesnych technologiach, jak te wprowadzone jakiś czas temu do postępowania podatkowego w postaci e–PUAP, wielu traktowało jako dodatkowe utrudnienie. Dzisiaj, niezależnie od wieku, przyzwyczajeń i wcześniej prezentowanego podejścia, wszędzie zanurzyliśmy się w internet, chociaż ogłoszenie przy jego użyciu wyroku orzekającego karę śmierci stanie się symbolem przekroczenia pewnej niewyobrażalnej dotąd bariery.

4. Wirtualizacja stała się dziś zjawiskiem powszechnym, wkraczając w obszary, których całkiem niedawno nikt poważnie nie traktował jako nadających się do wykorzystywania nowoczesnych technologii. Oceny tego stanu rzeczy są mocno zróżnicowane – od entuzjazmu zwolenników maksymalnie szerokiego wykorzystywania nowoczesnych technologii, dla których COVID-19 to przede wszystkim katalizator pożądanych i koniecznych zmian, po wstrzemięźliwość powiązaną z oczekiwaniem na powrót do znanego sprzed epidemii klasycznego sposobu funkcjonowania. Można zaryzykować tezę, że wirtualizacja postrzegana jest albo jako przykra konieczność wynikająca z przemijającego stanu zagrożenia, albo jako nieodwracalna, choć wymuszona zmiana. W tym kontekście oczekiwanie na zakończenie stanu epidemii ma znaczenie kluczowe, zwłaszcza dla tych, którzy wirtualizację traktują jako przejściowy, uboczny skutek COVID-19. Uznawany tym bardziej za czasowy, im większe są szanse na konsekwentne znoszenie ograniczeń. Takiego podejścia nie można

lekceważyć, warto jednak zweryfikować poprawność hipotezy, według której zakończenie epidemii oznaczać będzie powrót do klasycznego świata osobistych kontaktów.

5. Pomimo stopniowego rozluźniania rygorów społecznej izolacji, wciąż odczuwamy restrykcje w sferze osobistych kontaktów, zakazu odbywania większych spotkań i zgromadzeń. Wynikające z epizodycznych przepisów prawa oraz zasad rozsądku ograniczenia sprowadziły do minimum wszelkie formy aktywności wymagające jednoczesnego udziału większej liczby osób. Trudno przewidzieć konsekwencje prób powrotu do reguł obowiązujących w okresie przed epidemią. Dzisiaj wiadomo już jednak, że wbrew nadziejom z początkowego okresu epidemii, nie będzie to ani szybkie, ani trwałe. Wszelkie działania będą musiały następować z zachowaniem daleko idących ograniczeń[5], podyktowanych perspektywą powrotu poważniejszych restrykcji, gdyby trafne okazały się prognozy związane z nawrotem epidemii. Wszelkie przewidywania w tym zakresie obarczone są dużym ryzykiem błędu, co sprawia, że chyba trzeba pogodzić się z koniecznością przystosowania do „nowej rzeczywistości" na dłużej. Niezależnie od tego, kiedy ryzyko rozprzestrzeniania się epidemii zmniejszy się do rozmiarów umożliwiających zniesienie lub znaczącą minimalizację wprowadzonych restrykcji, COVID-19 stanowi bez wątpienia katalizator społecznych, normatywnych i technologicznych zmian. Czynnik i cezurę, dzielącą świat na okres przed epidemią i po epidemii COVID-19. Twierdzenie to odnosi się w pełni do świata prawników.

6. Dotychczasowe doświadczenia pozwalają przypuszczać, że co najmniej część z narzuconych przez epidemię zmian w sposobie i zasadach funkcjonowania prawników, w tym zwłaszcza istotne zwiększenie elektronicznych sposobów komunikowania, pozostanie w mniejszym lub większym stopniu z nami na stałe, także gdy uda nam się uporać z konsekwencjami i ograniczeniami wynikającymi ze stanu epidemii. Szczególne regulacje dotyczące przeciwdziałania skutkom epidemii COVID-19 co rusz służą do wprowadzenia kolejnych stałych zmian w systemie prawa. Ostatnim sygnalizowanym już wyżej przykładem jest koncepcja wprowadzenia art. 250 § 3b i 3g k.p.k., na podstawie których zdalne posiedzenie aresztowe nie jest ograniczone do czasu obowiązywania stanu epidemii. Oznacza to między innymi, że przyspieszony proces wprowadzania do praktyki elektronicznych form pracy – w tym komunikowania się prawników między sobą oraz komunikowania się z organami prowadzącymi różne

[5] Dobrym przykładem są decyzje Uniwersytetu w Cambridge, gdzie już dzisiaj zdecydowano o przeniesieniu wykładów planowanych na rok akademicki 2021 do internetu, z zastrzeżeniem, że zajęcia w mniejszych grupach (*tutoring*), jeśli nie wystąpią przeszkody związane z zagrożeniem, będą odbywały się w formie klasycznych spotkań bezpośrednich w budynkach uniwersyteckich.

postępowania – będzie skutkował stopniowym wprowadzaniem kolejnych zmian. Nic w tym dziwnego, jeśli tylko uwzględni się proces wykorzystywania elektronicznych sposobów komunikowania się w ramach prowadzonych postępowań funkcjonujący już w okresie poprzedzającym epidemię w ramach postępowania podatkowego oraz w ograniczonym zakresie postępowania cywilnego. Wypracowane tam wzorce, standardy i sposoby postępowania można bowiem próbować przenosić na grunt innych postępowań, w tym prowadzonych przez sądy powszechne i powszechne jednostki organizacyjne prokuratury.

Do tej pory wirtualizacja odnosiła się w zasadzie wyłącznie do postępowań prowadzonych pisemnie, zasadniczo w trybie charakterystycznym dla posiedzeń niejawnych. Epidemia stanowić będzie katalizator poszukiwania sposobów zwiększenia zakresu czynności procesowych, które powinny być wykonywane z maksymalnym zachowaniem zasady ustności i bezpośredniości, jednak zarazem z pominięciem osobistego stawiennictwa uczestników postępowania w sądzie, prokuraturze lub organie administracyjnym, i przeprowadzenia ich przy wykorzystywaniu środków komunikowania się na odległość. Dokonywana w ten sposób swoista rewolucja nie może być jednak oparta na pracach powierzchownych, pospiesznych i pozbawionych konsultacji. Zbyt płytkie podejście będzie bowiem potęgować zagrożenia immanentnie związane z nowymi i niesprawdzonymi jeszcze w praktyce rozwiązaniami opartymi na nowoczesnych technologiach. Brak pogłębionej analizy u podstaw proponowanych zmian normatywnych może doprowadzić do klęski i odrzucenia niezwykle potrzebnych rozwiązań, bez których erozja wymiaru sprawiedliwości nieprawdopodobnie przyspieszy. Dlatego tak ważny jest namysł i rozsądek towarzyszący wprowadzaniu zmian do systemu prawnego.

7. To, co łączy się z wirtualizacją świata prawniczego, wymaga pogłębionych analiz stanowiących podstawę wypracowania koncepcji umożliwiających wprowadzenie do systemu prawa zmian. Powszechność i łatwość korzystania z nowoczesnych technologii informatycznych, przekonanie, że dostępne są dla każdego, zaś ich wykorzystywanie nie wymaga szczególnej wiedzy i specjalnego przygotowania, rodzi pokusę łatwych rozwiązań, automatycznego przenoszenia rzeczywistego do tej pory świata w wirtualną przestrzeń. Na takim przekonaniu bazował na przykład – jak się wydaje – przygotowany przez grupę adwokatów projekt nowelizacji ustaw procesowych: cywilnej, karnej i administracyjnej, w którym przyjęto założenie zachowania bez jakichkolwiek zmian zasady przeprowadzania czynności dowodowych z jednoczesnym umożliwieniem wykonywania ich za pomocą urządzeń technicznych umożliwiających komunikowanie się na odległość przy zachowaniu bezpośredniości przekazu audio i wideo bez konieczności osobistego stawiennictwa stron, pełnomocników, obrońców lub świadków w budynku sądu prowadzącego postępowanie. Przyjęto w nim

zarazem, że czynności przy użyciu urządzeń do komunikowania się na odległość mogą być realizowane z pomieszczeń niebędących częścią obiektów sądowych, jeśli tylko zagwarantowane są warunki umożliwiające zachowanie powagi sądu.

Wielu prawnikom towarzyszy takie przekonanie. W przestrzeni publicznej łatwo znaleźć postulaty wprowadzenia naprędce przygotowanych cząstkowych modyfikacji regulacji proceduralnych, którym towarzyszy przeświadczenie, że syntetycznie ujęta możliwość prowadzenia „odmiejscowionych rozpraw" uzupełniona wymogami przestrzegania reguł sanitarnych podczas udziału w rozprawie lub posiedzeniu w sądzie, rozwiąże wszystkie problemy wynikające z izolacji. Wiara ta podsycana jest coraz silniej wyrażanym oczekiwaniem umożliwienia prawnikom powrotu do zawodowych aktywności.

8. Potrzeba takiego działania wynika nie tylko ze związanych z epidemią okoliczności, w których w zasadzie poza katalogiem tzw. spraw pilnych nie istniały przez ponad dwa miesiące możliwości realizowania funkcji wymierzania sprawiedliwości przez sądy, normalnego wypełnienia zadań ustawowych przez jednostki prokuratury czy sprawnego funkcjonowania organów administracyjnych. Zasadza się także na przekonaniu, że przyspieszony przez epidemię proces zmian nie może zostać zatrzymany „tylko" z powodu rozluźnienia gorsetu ograniczeń wynikających z zasad społecznej izolacji. Wirtualizacja funkcjonowania prawników niesie z sobą obiecujące perspektywy, w tym w szczególności możliwość zwiększenia efektywności prowadzonych postępowań, znacznego polepszenia stopnia realizacji zasady szybkości, obniżenia kosztów. Wszystko to – w kontekście bolączek, z jakimi boryka się od lat polski wymiar sprawiedliwości – może być oceniane jako ważna alternatywa dla mocno upolitycznionych i zarazem uproszczonych koncepcji wdrażanych w związku z kolejnymi nowelizacjami ustaw regulujących funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości.

9. Epidemia w sposób szczególnie jaskrawy uzmysłowiła nam po raz kolejny, że zaniechanie prac nad modelem zwiększenia zakresu wykorzystywania nowoczesnych technologii informatycznych w działalności sądów i innych instytucji wymiaru sprawiedliwości była błędna. Porzucając realizację tego projektu, nie tylko zmarnowano wysiłek zespołu prawników i informatyków, wyrzucając wyniki przeprowadzonych prac do kosza historii, ale przede wszystkim zatrzymano proces przygotowywania strukturalnego sądów i innych instytucji do funkcjonowania w informatycznych realiach XXI wieku. Doświadczenia epidemii, w tym w szczególności realizowane z sukcesem sposoby wykonywania różnorakich czynności prawniczych za pośrednictwem internetu w sferze doradztwa prawnego, wskazują, że w wielu obszarach powrót do „normalności" i „klasyki" z okresu sprzed epidemii nie jest po prostu możliwy. Byłby to bowiem regres, pociągający za sobą zmniejszenie efektywności i zwiększenie kosztów.

Pozostawienie publicznego wymiaru sprawiedliwości bez zmian po zakończeniu epidemii prowadziłoby w perspektywie do przekształcenia sądów i innych instytucji publicznych w skanseny, pozwalające na żywo, lecz bez jakiejkolwiek satysfakcji i społecznego sensu, oglądać zachowany jak w skamielinie system sądownictwa rodem z XIX wieku.

10. Wprowadzenie zmian w prawie zmierzających w kierunku zwiększenia zakresu wirtualizacji postępowań sądowych wymaga jednak dogłębnego przemyślenia. Każdy z obszarów społecznego funkcjonowania łączy się bowiem ze swoistymi właściwościami i ograniczeniami, generując wymogi, których spełnienie stanowi niejednokrotnie warunek uniknięcia naruszenia istotnych i chronionych przez prawo wartości. W prawie jest ich szczególnie wiele. Z tych względów, zwłaszcza w obszarze postępowań sądowych, wirtualizacja napotyka na poważne ograniczenia, generuje także ryzyka. Działalność prawnicza wiąże się bowiem zawsze z delikatną tkanką ludzkich interesów, oczekiwań, roszczeń, konfliktów, których rozwiązanie na podstawie i w granicach prawa związane jest z oczekiwaniem sprawiedliwego rozstrzygnięcia[6].

Sprawiedliwość bywa różnie rozumiana, rolą prawników jest jednak poszukiwanie takiego jej kształtu i treści odnoszonych do jednostkowych przypadków, które nie naruszają powszechnie przyjmowanych standardów moralnych i nie godzą w intuicyjne poczucie sprawiedliwości[7]. Nowoczesne technologie informatyczne nie są jeszcze w stanie zastąpić człowieka. Profesjonalne wsparcie dla poszukujących pomocy prawnej w rozwiązaniu sprawy, czy rozstrzygnięcie sporu na bazie przekazanego w ramach określonych instytucji władztwa, cały czas wymagają aktywności człowieka. Algorytmy, programy informatyczne, sztuczna inteligencja póki co nie są w stanie go zastąpić[8]. Truizmem będzie stwierdzenie, że w prawie nowoczesne technologie są narzędziem, które właściwie użyte może umożliwić lub usprawnić rozstrzygnięcie sporu, nie może jednak zastąpić prawników w ich podstawowych rolach. Zwiększenie zakresu wykorzystywania sieci komputerowych w wymiarze sprawiedliwości to cały czas kwestia narzędzi, nie zaś jego istoty.

---

6 Co do znaczenia tego oczekiwania w aspekcie formalnym zob. szerzej J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, *passim*.

7 Co do funkcji formułowanego we współczesnym piśmiennictwie roszczenia słuszności prawa i sprawiedliwości rozstrzygnięcia zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 208 oraz powołana tam literatura przedmiotu.

8 Co do dylematów związanych z możliwościami wykorzystywania w procesie sztucznej inteligencji zob. w szczególności A. Arruda, *An Ethical Obligation to Use Artificial Intelligence? An Examination of the Use of Artificial Intelligence in Law and Model Rules of Professional Responsibility*, „American Journal of Trial Advocacy" 2016–2017/443 – HeinOnline; B. Alarie, A. Niblett, A. Yoon, *How Artificial Intelligence Will Affect the Practice of Law*, tspace.library.utoronto.ca; S. Semmler, Z. Rose, *Artificial Intelligence: Application Today and Implications Tomorrow*, scholarship.law.duke.edu.

11. Powszechnie przyjmowany paradygmat rozstrzygania sporów, udzielania porad, opiera się na bezpośrednich, osobistych relacjach[9]. Podejście do prawa w tym aspekcie nie zmieniło się zasadniczo na przestrzeni wieków. Na założeniu osobistej relacji – z adwokatem wysłuchującym historii i udzielającym porady, policjantem czy prokuratorem prowadzącym sprawę karną, sądem w określonym składzie osobowym – opiera się zestaw najróżniejszych prawniczych instytucji, w tym regulacji gwarancyjnych. Udzielanie porad, wsparcie w sporach, wreszcie ich rozstrzyganie, ma w sobie coś intymnego. Wymaga niezbędnego minimum poufności, także tam, gdzie publiczność rozpoznania sprawy uznawana jest za zasadę. „Odmiejscowienie" rozprawy, posiedzenia czy innych prawniczych czynności, przeniesienie ich w przestrzeń internetu, pociąga za sobą z jednej strony zmianę charakteru tego, co czynią prawnicy, z drugiej zaś generuje ryzyka, których zakres i skala pozostaje chyba cały czas poza horyzontem naszej wyobraźni.

Zagrożenia i trudności nie zwolnią jednak nikogo od potrzeby poszukiwania rozwiązań umożliwiających udrożnienie zablokowanego wymiaru sprawiedliwości oraz dostosowanie do wymogów XXI wieku. Dzisiejszy świat, w odróżnieniu od polskiego wymiaru sprawiedliwości, nie znajduje się u progu wprowadzania zmian technologicznych. W życiu gospodarczym te zmiany już nastąpiły, automatyzacja steruje wieloma procesami. Elektroniczne formy komunikacji należą do standardu w planowaniu, organizacji, zarządzaniu i operacyjnej działalności przedsiębiorstw. W biznesie komunikacja informatyczna już doprowadziła do powszechnego zawierania umów przez internet, niekiedy w zautomatyzowanym systemie, ograniczającym udział człowieka do minimum, a czasem przy użyciu tzw. botów, czyli w zasadzie w mechanizmie wyłączającym udział człowieka w procesie zawierania umów[10]. Dziś po prostu powszechne w biznesie narzędzia komunikowania się przez internet, używane w codziennej pracy przez prawników biznesowych, zostały dostrzeżone przez wymiar sprawiedliwości i prawników sądowych. Problem dotyczy raczej tego, jak, a nie czy należy je wdrażać.

---

[9] Znaczenie tych relacji widać dobrze na przykładzie prawniczych protestów dotyczących możliwości przeprowadzania posiedzeń w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania za pośrednictwem środków komunikowania się na odległość. Zasadniczy sprzeciw wywołuje bowiem brak dostatecznych gwarancji osobistego kontaktu i konsultacji obrońcy z podejrzanym, a także przewidziana w propozycjach regulacji możliwość uniemożliwienia takich kontaktów przez sąd w sytuacji zagrożenia nieprzeprowadzenia posiedzenia i wydania orzeczenia w przedmiocie tymczasowego pozbawienia wolności w konstytucyjnie przewidzianym terminie.

[10] Por. M. Gutowski, *Autonomia woli a automatyzacja obrotu prawnego (granice przypisania skutków oświadczeń woli składanych elektronicznie)* (w:) *Aksjologia prawa cywilnego i cywilnoprawna ochrona dóbr*, red. J. Pisuliński, J. Zawadzka, Warszaw 2020, s. 35. Por. też K. Nowakowska, *Uważaj, w co klikasz w internecie. Boty potrafią rozpoznawać klienta z imienia i nazwiska*, https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1058547,prywatnosc-w-internecie-rozpoznawanie-klientow-livebot.html (dostęp: 3.06.2020 r.).

12. W tym opracowaniu nie jest możliwe przedstawienie wyczerpujących analiz. Wymagałyby one precyzyjnego zdefiniowania poszczególnych przepisów na gruncie konkretnych gałęzi prawa oraz osadzenia ich w ramach zasad procesowych z uwzględnieniem mechanizmu procesu opartego na wiodącej roli komunikacji elektronicznej, a także przedstawienia pogłębionej analizy krytycznych obszarów, w których mechanizmy będą kształtowały się odmiennie od formy tradycyjnej. Konieczne też byłoby określenie, w jakim stopniu życie społeczne i gospodarcze zmieni się pod wpływem pandemii, kształtując na nowo zwyczaje i reguły handlowe. Te zaś z kolei odbiją się w zmienianych regułach prawa prywatnego i publicznego, które będą musiały zostać dopasowane do ukształtowanej rzeczywistości. Oznacza to dość istotną zmianę modelu systemu prawnego, do którego się przyzwyczailiśmy. Ta zmiana będzie się dokonywała na przestrzeni czasu, z różną intensywnością. Nie posiadając dziś gotowej recepty na przedstawienie szczegółowych rozwiązań, z perspektywy ogólnej można jednak zaryzykować przedstawienie kilku hipotez.

13. Pierwsza hipoteza związana jest z maksymalnie precyzyjnym wyodrębnieniem tych obszarów postępowań, które oparte są na wykorzystaniu formy pisemnej (jako zasadniczej, obligatoryjnej lub uzupełniającej), oraz opartych na zasadzie ustności. W każdej procedurze istnieje tego typu podział. Oparte na formie pisemnej czynności procesowe – stron, organów lub sądu – mogą stanowić dobry obszar poszerzenia zakresu wykorzystywania nowoczesnych technologii. Upraszczając, można byłoby zaryzykować tezę, że wirtualizacja w zakresie czynności pisemnych odnosi się przede wszystkim do zasad obiegu korespondencji: nadawania i doręczania orzeczeń oraz pism i oświadczeń procesowych. Obowiązujące regulacje proceduralne w postępowaniu cywilnym, karnym, administracyjnym i podatkowym w różnym zakresie umożliwiają już dzisiaj wykorzystywanie internetu, a przede wszystkim poczty elektronicznej dla nadawania i doręczania korespondencji[11]. Rozwiązania ustawowe w tym zakresie pochodzą z różnych okresów, opierają się na odmiennych założeniach, dają jednak możliwość adaptacyjnej wykładni i wykorzystywania już dzisiaj możliwości wykonywania różnorakich czynności prawniczych zza biurka usytuowanego w domowym lub kancelaryjnym zaciszu. Gdyby wykorzystywać te możliwości, trzeba jednak pamiętać, że aktualnie nowoczesne technologie

[11] O możliwościach w tym zakresie oraz niebezpieczeństwach związanych z fragmentaryczną regulacją w ramach procesu karnego zob. P. Kardas, *O sposobach wnoszenia...*, s. 5–26. Por. też A. Bawarowski, *Doręczenia elektroniczne w toku postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo" 2007/11, s. 33; S. Steinborn (w:) J. Grajewski, P. Rogoziński, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, Warszawa 2016, teza 14, LEX/el.; M. Żak, *Wnoszenie pism drogą elektroniczną oraz elektroniczne doręczenia w procesie karnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2010/3, s. 117.

komunikacyjne znajdują zastosowanie w praktyce stosowania prawa w niewielkim zakresie. W zasadzie poza przepisami odnoszącymi się do postępowania podatkowego, w którym używana jest technologia e–PUAP, oraz cywilnego, w którym wprawdzie teoretycznie istnieje możliwość wykorzystania systemu teleinformatycznego, lecz posługiwanie się tym mechanizmem możliwe jest w ograniczonym zakresie i tylko gdy istnieją rozwiązania techniczne po stronie sądu, a te w bardzo ograniczonym stopniu zostały wdrożone[12], brak jest stosownych regulacji umożliwiających wykorzystywanie nowoczesnych sposobów komunikowania na odległość. Pozostałe rozwiązania proceduralne są bowiem w tym zakresie dalece niezupełne. W szczególności zaś brakuje w nich dostatecznie precyzyjnych rozwiązań odnoszących się do w pewnym sensie technicznych kwestii, mających jednak fundamentalne znaczenie w sferze gwarancji rzetelnego procesu. Obieg pism zasadniczo związany jest z aspektami gwarancyjnymi. Nadanie i odbiór korespondencji, pisma, oświadczenia czy orzeczenia wyznacza moment, od którego obliczany jest bieg terminów, możliwość zajęcia stanowiska, kwestionowania orzeczenia. W tym zakresie klasyczna forma doręczeń za pośrednictwem operatora pocztowego czy wyspecjalizowanych podmiotów umożliwiała wprowadzenie wielu reguł służących zachowaniu rzetelności postępowania. Choć to tylko element sprawiedliwości proceduralnej, to jednak decydujący niejednokrotnie o społecznym przekonaniu o sprawiedliwości rozstrzygnięcia.

Wprowadzone do procedury cywilnej w ostatnim okresie – oraz zdecydowanie wcześniej do procesu karnego – rozwiązania pozbawione są dostatecznej w tym zakresie precyzji. By zilustrować skalę związanych z tym zagrożeń, w tym możliwości nadużywania prawa przez organy publiczne, wystarczy odwołać się do rozwiązania przewidzianego w art. 132 § 3 k.p.k. Przepis ten umożliwia doręczanie korespondencji stron postępowania karnego za pomocą telefaksu lub poczty elektronicznej, wskazując, że „w takim wypadku dowodem doręczenia jest potwierdzenie transmisji danych”[13]. W żadnym miejscu regulacji karnoprocesowej nie wskazuje się, że ta forma doręczeń ma charakter fakultatywny, opiera się na uprzednim oświadczeniu strony postępowania o wyrażeniu zgody na taki sposób doręczenia pism, wymaga wskazania konkretnego adresu poczty elektronicznej, ewentualnie przedziału czasu lub innych warunków wyznaczających możliwości doręczenia pism na ten adres, z ewentualnym skutkiem doręczenia. Brakuje chociażby rozwiązania znanego z procedury cywilnej, zgodnie z którym sąd dokonuje doręczeń elektronicznych, gdy adresat wniósł pismo za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub gdy adresat dokonał wyboru wnoszenia pism

[12] Por. np. A. Góra-Błaszczykowska (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1A, *Komentarz. Artykuły 1–424*[12], red. A. Góra-Błaszczykowska, Warszawa 2020, komentarz do art. 125.

[13] Co do sposobów interpretacji tego sformułowania zob. szerzej S. Steinborn (w:) J. Grajewski, P. Rogoziński, S. Steinborn, *Kodeks...*, teza 14.

za pośrednictwem systemu teleinformatycznego. Zawarte w Kodeksie postępowania karnego rozwiązania nie odnoszą się do kwestii konsekwencji naruszenia zasad doręczenia korespondencji, sposobów obliczania biegu terminów, etc. W żadnym zakresie nawet funkcjonalna wykładnia tego przepisu nie gwarantuje w dostateczny sposób prawa strony, do której kierowane są w ten sposób pisma.

14. Nieco bardziej precyzyjna jest regulacja odnosząca się do możliwości wykorzystywania elektronicznych sposobów nadawania i doręczania pism procesowych w procedurze cywilnej. Wprawdzie istnieje na gruncie Kodeksu postępowania cywilnego zinformatyzowana i zautomatyzowana procedura w ramach tzw. elektronicznego postępowania upominawczego, lecz ma ona stosunkowo wąski i ograniczony do drobnych spraw zakres. Wynikająca z wielu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (np. art. 9) możliwość wykorzystywania systemu teleinformatycznego obsługującego postępowanie sądowe (tzw. system teleinformatyczny, np. z wykorzystaniem platformy e–PUAP) istnieje w Kodeksie postępowania cywilnego jedynie nominalnie, gdyż nie wdrożono powszechnie korespondujących narzędzi.

Podobne uwagi dotyczą przewidzianej w art. 131^1 k.p.c. możliwości dokonywania doręczeń za pośrednictwem systemu teleinformatycznego (doręczenie elektroniczne). W obecnym stanie sąd dokonuje doręczeń elektronicznych, gdy adresat wniósł pismo za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub gdy adresat dokonał wyboru wnoszenia pism za pośrednictwem systemu teleinformatycznego[14]. W zasadzie doręczenie elektroniczne jest obligatoryjne w tych postępowaniach, które muszą być inicjowane drogą elektroniczną, czyli w elektronicznym postępowaniu upominawczym, wieczystoksięgowym, rejestrowym[15]. Natomiast fakultatywne, na podstawie art. 132 § 1^3 k.p.c., który pozwala na elektroniczny sposób doręczania pism procesowych uruchamiany w procesie na podstawie zgodnego wniosku legitymowanych pełnomocników, bez konieczności sankcjonowania dokonanego wyboru orzeczeniem sądu[16]. W efekcie, w pozostałym zakresie, możliwość wykorzystania elektronicznych narzędzi do doręczeń jest w większej mierze zasługą wykładni sądowej i doktrynalnej niż stworzonych rozwiązań normatywnych.

Przyjmuje się w cywilistyce, że istnieje możliwość wadliwego wniesienia środka odwoławczego lub innego pisma drogą elektroniczną do sądów oraz

[14] Doręczenie elektroniczne następuje przy użyciu skrzynki pocztowej założonej w systemie teleinformatycznym obsługującym elektroniczne postępowanie upominawcze. Nie mogą być w tym celu wykorzystywane prywatne skrzynki pocztowe na serwerach komercyjnych. Por. J. Bodio (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2010, s. 193; M. Sorysz (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Artykuły1–424*[12], red. A. Góra-Błaszczykowska, Warszawa 2013, t. 1A, s. 421.

[15] Por. M. Michalska-Marciniak (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, *Komentarz. Artykuły 1–205*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019, komentarz do art. 131^1 k.p.c.

[16] Por. bliżej J. Derlatka, *Doręczenia elektroniczne...*, s. 27–38.

że istnieje obowiązek wydrukowania pisma przez sekretariat (przy czym o dacie wpływu decyduje data wydruku) i wdrożenia przez sąd procedury uzupełniania braków formalnych pisma. Stanowisko to znajduje oparcie w orzecznictwie sądowym i jest w pełni uzasadnione[17]. Oparte jest ono na mechanizmie adaptacyjnej, funkcjonalnej wykładni, dodatkowo uwzględniającej normatywnie określone powinności kierowników sekretariatu[18]. Jak z powyższego wynika, choć możliwości normatywne w procedurze cywilnej istnieją, orzecznictwo nieco zbyt ostrożnie uchyla drzwi w celu wpuszczenia informatyki do procesu cywilnego. W materii tej pozostaje niezwykle dużo do zrobienia, zarówno w sferze informatycznej, technicznej, strukturalnej, jak i w normatywnej.

15. Ostatnie wydarzenia związane z wykorzystaniem poczty elektronicznej dla doręczenia oświadczenia organu o zmianie decyzji personalnej odnoszącej się do jednego z sędziów SN wskazują, że tak ogólne i nieprecyzyjnie ujęte przepisy, obok niewątpliwych zalet związanych z możliwością wykorzystywania poczty elektronicznej dla dokonywania doręczeń, stwarzają szerokie pole do nadużyć. Oczywiście ich charakter i znaczenie przedstawia się nieco inaczej w ramach procedury karnej, inaczej w obrębie procedury cywilnej, niemniej jednak dla zachowania standardu rzetelnego procesu w tym zakresie konieczne jest wprowadzenie do regulacji proceduralnych dodatkowych rozwiązań odnoszących się do aspektów „technicznych", lecz mających znaczenie w perspektywie standardu rzetelnego procesu. W szczególności zaś uregulowanie:

– sposobów ustalania momentu nadania korespondencji, pisma lub oświadczenia procesowego, tak by istniały dowodowe możliwości precyzyjnego ustalenia tej okoliczności w konkretnym przypadku;
– obligatoryjności lub fakultatywności wykorzystywania elektronicznego sposobu nadawania oraz doręczania orzeczeń, korespondencji, pism lub oświadczeń procesowych;
– ustalenia momentu doręczenia dokumentów przesłanych w formie elektronicznej do adresata, z czym związane jest co do zasady rozpoczęcie biegu stosowanego terminu;
– sposobu ustalenia czasu doręczenia korespondencji oraz procesowych metod kwestionowania stanowiska przyjmowanego przez stronę lub organ w tym zakresie;

[17] Por. w szczególności uchwała SN z 23.05.2012 r. (III CZP 9/12), Legalis nr 468019; postanowienie SN 29.01.2003 r. (I CZ 192/02), Legalis nr 58245; uchwała SN z 29.04.1977 r. (III CZP 23/77), Legalis nr 20055.

[18] Por. M. Gutowski, *Jeszcze kilka słów o bezpiecznym wniesieniu środka odwoławczego mailem do sądu i wniosku o przywrócenie w stanie zagrożenia epidemicznego*, Palestra-aktualności z 19.03.2020 r., https://palestra.pl/pl/aktualnosci/artykul/jeszcze-kilka-slow-o-bezpiecznym-wniesieniu-srodka-odwolawczego-mailem-do-sadu-i-o-wniosku-o-przywrocenie-terminu-w-stanie-zagrozenia-epidemicznego-cz.-2.

– spełnienia warunku doręczenia oryginału lub uwierzytelnionego odpisu orzeczenia, pisma lub oświadczenia procesowego;
– metod przekazywania w formie elektronicznej dokumentów związanych ze sprawą, w tym w szczególności dowodów;
– zachowania ochrony poufności korespondencji;
– podstaw domniemań związanych z obiegiem pism i korespondencji procesowej;
– możliwości kwestionowania konsekwencji wynikających z domniemań oraz procedury służącej do ich rozstrzygania.

16. Patrząc z zupełnie innej perspektywy przeniesienie doręczeń do sfery cyfrowej skutkować będzie koniecznością zmiany podejścia profesjonalnych prawników, zanikiem rozmaitych możliwości służących do korygowania nadmiernie restrykcyjnego podejścia ustawodawcy wyznaczającego wąską przestrzeń czasu dla dokonywania określonych, często niezwykle skomplikowanych i czasochłonnych czynności. Przykład ten ilustruje, że nawet w sferze tak wydawałoby się oczywistej, jak nadawanie i doręczanie pism i orzeczeń, wirtualizacja na bazie obowiązujących przepisów to obszar ryzyka i niepewności. Konkretyzacja regulacji w tym zakresie to zarazem decyzja o kształcie różnorakich procesowych instytucji, a także gwarancji i praw stron. Rozstrzygnięcie rzutujące wprost na zasady rzetelnego procesu, decydujące o jego proceduralnej sprawiedliwości.

17. Niezależnie od powyższych zagrożeń, jeśli myśleć o zachowaniu zmian już wprowadzonych do funkcjonowania prawników, trzeba nie tylko zdiagnozować obszary sensytywne, ale także określić cele, których realizacji służyłaby zwiększona możliwość elektronicznego nadawania i doręczania pism.

18. Zupełnie odrębnym zagadnieniem jest zwiększenie zakresu możliwości wykorzystywania elektronicznych sposobów komunikowania się na odległość, w tym w szczególności możliwości prowadzenia rozmów w czasie rzeczywistym, połączonych z rejestracją obrazu i dźwięku, w zakresie postępowania głównego. W tym obszarze chodzi przede wszystkim o możliwość przeprowadzania za pomocą takich urządzeń czynności sądowych przy braku stawiennictwa uczestników postępowania w budynku sądu prowadzącym postępowanie.

Zasadniczym obszarem tego typu czynności jest postępowanie dowodowe. W tym kontekście istotne znaczenie mają w szczególności kwestie związane z:
– rodzajami dowodów przeprowadzanych w toku postępowania przed sądem, trybem przeprowadzania czynności dowodowych, modelem postępowania dowodowego, zwłaszcza zaś dominacji elementów postępowania kontradyktoryjnego lub dominacji postępowania inkwizycyjnego;

– rodzajem czynności procesowych i dowodowych, w tym w szczególności rozróżnianiem czynności realizowanych w formie pisemnej oraz czynności realizowanych w formie ustnej;
– zakresem obowiązywania zasady bezpośredniości;
– wreszcie jawnością lub niejawnością (tajnością) posiedzeń lub rozpraw.

Nie bez znaczenia pozostają także zagadnienia związane z ochroną poufności uczestników postępowania, zagwarantowanie należytej intymności kontaktów między stroną postępowania a reprezentującym ją profesjonalnym prawnikiem, zagadnienia związane z ochroną tajemnicy adwokackiej lub obrończej. Wszystkie te kwestie w różnym zakresie i stopniu determinują i ograniczają możliwości wykorzystywania w procesie sądowym elektronicznych sposobów komunikowania się na odległość z możliwością przekazu w czasie rzeczywistym obrazu i dźwięku oraz rejestracji przebiegu realizowanych w ten sposób czynności sądowych.

19. Najświeższym przykładem wirtualizacji w polskiej praktyce sądowej jest wdrażana możliwość odbywania posiedzeń aresztowych przy pomocy środków porozumiewania się na odległość, w ramach tak zwanej tarczy COVID 4.0, czyli koncepcja wprowadzenia art. 250 3b–g k.p.k. Zaznaczyć trzeba, że na podstawie tych przepisów dopuszczalność przeprowadzania zdalnych posiedzeń aresztowych nie jest ograniczona do obowiązywania stanu epidemii, jest to zatem mechanizm, który na stałe ma pozostać w naszym systemie. Zgodnie z projektem, posiedzenia aresztowe będą mogły odbywać się przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających bezpośredni przekaz obrazu i dźwięku na odległość (art. 250 § 3b k.p.k.). Na ich podstawie udział oskarżonego w posiedzeniu poświęconym stosowaniu aresztu może być zdalny (bezpośredni przekaz obrazu i dźwięku na odległość), z wyłączeniem obrony obligatoryjnej z uwagi na całkowity defekt słuchu, wzroku lub mowy oskarżonego. Oskarżony ma brać udział w posiedzeniu on-line w obecności referendarza, asystenta sędziego lub prokuratora albo urzędnika lub funkcjonariusza Służby Więziennej (art. 250 § 3c k.p.k.). Obrońca natomiast ma brać udział w takim posiedzeniu w miejscu przebywania oskarżonego, chyba że stawi się w sądzie lub sąd zobowiąże go do udziału w posiedzeniu w budynku sądu w obawie, że sąd nie zdąży aresztu zastosować w dopuszczalnym terminie (art. 250 § 3d k.p.k.). Z tej samej przyczyny sąd może odmówić telefonicznego kontaktu obrońcy i oskarżonego, którzy nie przebywają podczas posiedzenia razem; sąd może odmówić tego kontaktu również, gdyby taki kontakt miał „zakłócić przebieg posiedzenia", cokolwiek miałoby to oznaczać (art. 250 § 3e k.p.k.).

Już z dość pobieżnej lektury widać, jak ustawiono priorytety i zasady tego posiedzenia. Priorytetem jest po pierwsze, by zdążyć przeprowadzić posiedzenie

w zakreślonym ustawowo i konstytucyjnie terminie, po drugie, by procedura posiedzenia aresztowego przebiegała bez zakłóceń. Prawa podejrzanego i prawo do obrony schodzą na dalszy plan, gdyż w rękach sądu pozostaje, czy zatrzymany i obrońca zdążą porozmawiać. Omawiane propozycje legislacyjne to klasyczny przykład, jak można działać w sensownym kierunku, lecz w sposób niewłaściwy. Konieczne jest bowiem znalezienie balansu pomiędzy konstytucyjnymi terminami pozbawienia wolności w ramach procedury aresztowej a potrzebą zapewnienia realnego prawa do obrony, być może z możliwością wydania orzeczenia przez sąd w razie nadużycia prawa do obrony. Natomiast nie można tworzyć rozwiązań systemowych w oparciu o zachwiane proporcje podlegających ochronie gwarancji. Tymczasem swoista rewolucja w ramach procedury karnej, dokonywana w sposób pospieszny i pozbawiony konsultacji, potęgować może zagrożenia immanentnie związane z nowymi i niesprawdzonymi jeszcze w praktyce rozwiązaniami. Brak pogłębionej analizy u podstaw proponowanych zmian normatywnych może doprowadzić do odrzucenia lub zdegradowania niezwykle potrzebnych rozwiązań normatywnych, bez których erozja wymiaru sprawiedliwości nieprawdopodobnie przyspieszy. Dlatego tak ważny jest namysł i rozsądek towarzyszący wprowadzaniu zmian do systemu prawnego.

20. Doświadczenia ostatnich lat wskazują, że poszerzanie zakresu wykorzystywania cyfrowych sposobów komunikacji do przeprowadzania postępowań spornych przed sądami zasadniczo związane jest z zakresem postępowań opartych na zasadzie pisemności. Takie postępowania opierają się co do zasady na oświadczeniach, twierdzeniach, zarzutach i dowodach przedstawianych przez strony w pismach procesowych, niepoddawanych procesowi weryfikacji poza zakresem związanym ze stwierdzeniem autentyczności w ramach przewidzianych przesłanek. Taki charakter ma elektroniczne postępowanie upominawcze uregulowane w obowiązujących przepisach procedury cywilnej. Zarazem obudowane są możliwością kwestionowania przyjętego w ramach pisemnego postępowania przez sąd rozstrzygnięcia, skutkującego przeniesieniem sprawy do „normalnego" trybu, opartego na dominującej zasadzie osobistego udziału w czynnościach realizowanych ustnie w siedzibie sądu[19]. Wszystko to pozwala konstatować, że dotychczasowe doświadczenia oparte są na wykorzystywaniu technicznych środków komunikowania się na odległość w ramach postępowań opartych na zasadzie pisemności, pozbawionych procedury postępowania dowodowego, uproszczonych co do zakresu i sposobów weryfikacji twierdzeń przedstawianych przez strony, wreszcie przewidujących możliwość zmiany „trybu" i w konsekwencji przejścia w razie zakwestionowania rozstrzygnięcia

[19] Por. R. Kulski (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3, *Artykuły 425–729*, red. A. Marciniak, Warszawa 2020, uwagi do art. 505^{36}.

do procesu opartego na klasycznych zasadach. Tymczasem koncepcja zwiększenia możliwości prowadzenia postępowań sądowych bez osobistego udziału stron w oparciu o techniczne środki komunikowania się na odległość zdaje się zakładać możliwość przeprowadzenia całego postępowania w formie tzw. „odmiejscowionej" rozprawy lub posiedzenia[20].

21. Zasadniczo inaczej przedstawia się sprawa cyfryzacji, czy też wirtualizacji, czynności prawniczych w zakresie tych elementów postępowań, które oparte są na zasadzie bezpośredniego udziału uczestników postępowania oraz ich profesjonalnych pełnomocników lub obrońców i ustności, w szczególności postępowania dowodowego. Wszystkie procedury zasadniczo, choć oczywiście w różnym stopniu i zakresie, opierają się na tych zasadach, odgrywających podstawową rolę w ramach postępowania dowodowego. W tym obszarze zwiększenie zakresu wykorzystywania możliwości wykonywania czynności procesowych w formie „odmiejscowionej", za pośrednictwem internetowych komunikatorów, to sprawa o wiele bardziej złożona.

22. Trudno nie dostrzec, że w obowiązujących już rozwiązaniach proceduralnych przewidziano możliwość wykonywania niektórych czynności dowodowych przy wykorzystaniu sposobów komunikowania się na odległość, w sposób pozwalający nie stawiać się do prowadzącego postępowanie sądu osoby składającej zeznania[21]. Czynności tego typu realizowane są od dawna przez sądy karne i cywilne. Trzeba jednak podkreślić, że mają one ograniczony zakres zastosowania i są obudowane założeniami, które nie tyle przenoszą te czynności do sfery wirtualnej, co umożliwiają ich realizację przy jednoczesnym zaangażowaniu dwóch sądów: prowadzącego sprawę i realizującego czynności za pośrednictwem komunikatora elektronicznego, oraz wykonującego czynności pomocnicze, w siedzibie którego, pod nadzorem i przy udziale osób posiadających odpowiedni status i kwalifikacje, dokonywana jest czynność przez osobę, która z różnych powodów nie stawiła się przed oblicze prowadzącego postępowanie sądu.

Jakkolwiek obowiązujące regulacje przewidują zatem możliwość wirtualnego w pewnym sensie przeprowadzenia rozprawy „odmiejscowionej", to jednak czynności realizowane w tej formie pozostają czynnościami wykonywanymi

[20] Zob. rozwiązania przyjęte w ustawie z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374 ze zm.).

[21] Przykładem takiego rozwiązania jest regulacja zawarta w art. 177 § 1a k.p.k., zgodnie z którym „przesłuchanie świadka może nastąpić przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. W postępowaniu przed sądem w czynności w miejscu przebywania świadka bierze udział referendarz sądowy, asystent sędziego lub urzędnik zatrudniony w sądzie, w którego okręgu świadek przebywa".

w siedzibie sądu lub prokuratury, przy udziale i pod nadzorem osób pełniących określone funkcje w organach wymiaru sprawiedliwości. Nie jest to zatem w istocie przykład wirtualizacji i odmiejscowienia procesu, co wielomiejscowości rozprawy lub posiedzenia prowadzonych przy wykorzystaniu urządzeń technicznych umożliwiających komunikowanie się na odległość w czasie rzeczywistym z zagwarantowaniem przekazu obrazu i dźwięku. Rozwiązania te pozwalają zarazem na rozwiązanie wielu kwestii związanych z zasadami rzetelnego procesu, zachowaniem poufności, ochrony tajemnicy zawodowej przedstawicieli profesji prawniczych, zagwarantowaniem bezpieczeństwa przekazu informacji na odległość, spełnieniem warunku publiczności rozprawy, weryfikacją tożsamości świadków, nadzorem nad zachowaniem zasad obowiązujących w ramach czynności przesłuchania, przekazywaniem dokumentów, okazywaniem dowodów, etc.

W razie korzystania z obowiązujących regulacji odstępuje się od obowiązku osobistego stawiennictwa świadka do sądu prowadzącego sprawę, przyjmując zasadę złożenia zeznań w siedzibie innego sądu. Organizacja tego typu czynności związana jest z działaniami sądów, a czynności odbywają się w siedzibie sądu. Z tego względu nie generują problemów, które nierozerwalnie łączą się z przeprowadzaniem rozprawy za pośrednictwem środków komunikowania się na odległość.

23. Zagadnienie przeprowadzania czynności dowodowych z uczestnikami postępowania, którzy nie znajdują się w siedzibie sądu prowadzącego postępowanie, wymaga w pierwszej kolejności rozstrzygnięcia pytania, czy dla zachowania podstawowych zasad rzetelnego postępowania, jego prawidłowości oraz niezbędnej kontroli w zakresie przebiegu czynności dowodowych, takie czynności powinny być realizowane zawsze z wykorzystaniem pomieszczeń sądowych, tak jak dzieje się to w ramach czynności już uregulowanych w obowiązujących przepisach procesowych, czy też możliwe jest przyjęcie zasady, że czynności te mogą być przeprowadzane także w sytuacji, gdy osoby uczestniczące nie muszą być w budynku sądu[22].

Przyjęcie, że uczestnicy postępowania nie muszą w trakcie czynności przebywać w budynku sądu, generuje wiele problemów. Pierwszym z nich jest zagadnienie sprawdzenia tożsamości osób biorących udział w czynności procesowej.

24. Zagwarantowanie prawidłowego sposobu przeprowadzenia czynności związane jest z funkcją sądu w ramach postępowania dowodowego. W klasycznym ujęciu czynności dowodowych realizowanych na rozprawie lub

[22] Rozwiązanie takie przyjęto w art. 15zzs[1–4] ustawy z 14.05.2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, tzw. tarczy COVID-3 (Dz.U. poz. 875).

posiedzeniu przeprowadzanym jawnie w budynku sądu przeprowadzanie dowodów z przesłuchania świadków oparte jest na wielu „naturalnych" i zarazem oczywistych zasadach związanych z przeprowadzaniem czynności przez sąd w stosunku i przy udziale uczestników obecnych na sali rozpraw lub posiedzeń. Niezależnie od tego, czy model postępowania oparty jest na dominacji zasady kontradyktoryjności, czy też inkwizycyjności, proces przedstawiania informacji przez świadka lub uczestnika postępowania realizowany jest bezpośrednio przed sądem. Stwarza to możliwość wykorzystywania wszystkich metod percepcji i w konsekwencji niezwykle szerokiego wachlarza okoliczności i przesłanek służących do oceny wiarygodności tego środka dowodowego. W tym ujęciu sąd dysponuje możliwością realnej kontroli przebiegu czynności, w tym w szczególności zagwarantowania przedstawiania stanu wiedzy przesłuchiwanego co do okoliczności istotnych z punktu widzenia procesu. Z uwagi na obecność na sali wykluczone są wszelkie formy korzystania bez zgody i wiedzy sądu z rozmaitych źródeł informacji, uzyskiwania wsparcia ze strony innych osób, etc.

25. Podstawowym zadaniem do rozwiązania w przypadku wprowadzenia możliwości uczestniczenia w posiedzeniu zorganizowanym przy wykorzystaniu elektronicznych sposobów komunikowania się na odległość przez osoby nieprzebywające w budynku sądu jest gwarancja zachowania ciągłości i bezpieczeństwa przekazu oraz wyeliminowanie ryzyka związanego z nagłym rozłączeniem się uczestnika w kluczowym momencie, intencjonalnym lub podyktowanym przyczynami technicznymi. Jednym z podstawowych uprawnień sądu gwarantowanych zasadą bezpośredniości jest możliwość obserwowania reakcji osób biorących udział w czynnościach procesowych i wyciągania z nich wniosków zgodnie z regułami swobodnej oceny dowodów. Ta możliwość jest szczególnie ważna w kluczowych momentach przesłuchania świadka lub strony. Niestety, nie da się jej w pełni zapewnić przy komunikacji elektronicznej, nawet gdy uczestnik czynności procesowej znajduje się w siedzibie sądu, zaś gdy znajduje się w miejscu przez siebie wybranym, jest to w ogóle niemożliwe. Problemy te są powszechnie znane osobom przeprowadzającym egzaminy przy użyciu połączenia internetowego. Tylko w części potrzebom tym odpowiada techniczne zagwarantowanie stałości łącza. Nawet bowiem przy użyciu najbardziej nowoczesnych rozwiązań technicznych nie da się całkowicie wyeliminować ryzyka przerywającej połączenie usterki. Na ten problem nakłada się ryzyko ewentualnej obstrukcji, które tylko po części rozwiązane być może przy pomocy instytucji nadużycia prawa procesowego. W konsekwencji wydaje się, że choć posiedzenia organizowane przy wykorzystaniu elektronicznych sposobów komunikowania się na odległość będą w przyszłości niezbędne, to jednak nie będzie ich można wykorzystać w każdej sprawie i w każdej sytuacji.

26. Prace nad wirtualizacją sądów i postępowań sądowych muszą uwzględniać również ryzyko dokonania ataku hackerskiego na sąd. Ryzyko takie już się wielokrotnie materializowało, w większym zakresie poza granicami RP[23], w nieco mniejszym również w naszym kraju[24]. Zagadnieniu temu poświęcono też nieco uwagi w piśmiennictwie prawniczym, zwłaszcza za granicą[25]. Problem ewentualnego ataku hackerskiego dotyczy zarówno digitalizacji akt sądowych, repertoriów sądowych, programów komputerowych służących obsłudze sądu, elektronicznych doręczeń, ale przede wszystkim posiedzeń zdalnych, dokonywanych przy pomocy łącza internetowego. Na każdym etapie przesyłania i przechowywania danych istnieje ryzyko nieuprawnionej ingerencji w bazę danych lub w przekaz, zaś w przypadku posiedzeń zdalnych dodatkowo w przebieg posiedzenia, a gdy wieńczy je wydanie orzeczenia, również pojawia się ryzyko ingerencji w jego treść. Tym samym, w ramach prac przy konstrukcji projektów regulacji normatywnych postępowań służących e-postępowaniu, to ryzyko powinno zostać uwzględnione w kształcie przepisów.

Zaznaczyć warto, że w tym zakresie atak może nastąpić i najpewniej nastąpi w najsłabsze ogniwo połączenia. Nie musi to być bezpośredni atak na system sądu, lecz może nastąpić za pośrednictwem systemu każdego z uczestników posiedzenia lub komunikacji związanej z elektronicznym przesyłaniem korespondencji. W projektowanych pracach poświęconych temu zagadnieniu, w sposób szczególnie wyraźny dostrzegalna jest zatem potrzeba wspólnych prac prawników i programistów. Dopiero bowiem połączenie spostrzeżeń przedstawicieli obu tych profesji pozwali ograniczyć, choć z pewnością nie wyeliminować całkowicie, ryzyko związane hackerskim atakiem na wymiar sprawiedliwości.

27. Niezwykle istotna jest również gwarancja zachowania zasady rejestracji czynności za zgodą sądu. Nie ulega wątpliwości, że w toku posiedzenia zorganizowanego przy wykorzystaniu elektronicznych sposobów komunikowania się na odległość znacząco ograniczone są możliwości potwierdzenia tożsamości

[23] Zob. https://www.govtech.com/security/Virus-Forces-Cautionary-Shutdown-of-Philadelphia-Court-Systems.html; https://www.law.com/texaslawyer/2020/05/11/ransomware-hack-disables-texas-supreme-courts-website/; https://texaslawbook.net/texas-supreme-court-hacked-in-ransomware-attack/; https://www.bizjournals.com/philadelphia/news/2018/03/31/atlanta-ransomware-hack-philly-cyber-security.html; https://www.seculore.com/cyber-attacks-pennsylvania (dostęp: 3.06.2020 r.).

[24] Zob. https://tvn24.pl/polska/hakerzy-zdobyli-sad-ra65034–3712485; https://www.rmf24.pl/fakty/polska/news-hakerzy-zaatakowali-strone-czestochowskiego-sadu,nId,325847; https://gazetawroclawska.pl/tag/sad-okregowy-atak-hakerski (dostęp: 3.06.2020 r.).

[25] Zob. https://www.americanbar.org/groups/judicial/publications/judges_journal/2018/summer/cyber-attacks-courts-and-other-government-institutions/; https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583137/IPOL_STU(2017)583137_EN.pdf; http://www.barristermagazine.com/the-legal-implications-of-hacking (dostęp: 3.06.2020 r.).

uczestników, wyeliminowania ryzyka zewnętrznej ingerencji w przebieg czynności, w treść dowodu czy wpłynięcia na samodzielność przekazu uczestnika czynności[26]. Wiele okoliczności nie będzie gwarantowane samym faktem dokonania czynności przed sądem. Sąd bowiem, nie kontrolując bezpośrednio jej przebiegu, nie może autoryzować jej prawidłowości, nie ma też pełnej perspektywy oceny prawidłowości dokonywania czynności procesowych przez uczestników. Stąd też rejestracja czynności staje się pierwszoplanowa. Tradycyjny, pisemny protokół wydaje się niewystarczający.

28. Zagwarantowanie realizacji zasady publiczności postępowania sądowego w przypadku wykorzystywania środków komunikowania się na odległość stanowi nad wyraz skomplikowany problem. *Prima facie* można byłoby przyjąć, że skoro czynności procesowe prowadzone są z zachowaniem zasady jawności, z nieograniczonym dostępem publiczności, spełnienie tej przesłanki w wypadku wirtualizacji czynności procesowych zdaje się stosunkowo proste. Wystarczy przecież zapewnić *streaming* rozprawy lub posiedzenia do internetu, na przykład na facebook lub inny kanał komunikacyjny, by nie tylko spełnić, ale spełnić w najwyższym z możliwych stopniu zasadę publiczności. Internet stwarza wszak nieznane wcześniej możliwości transmitowania na żywo do nieograniczonego kręgu potencjalnych odbiorców przebiegu rozprawy lub posiedzenia. To, czy ewentualny *streaming* miałby miejsce za pośrednictwem kanału publicznego, czy też przy wykorzystaniu specjalnie stworzonego na te potrzeby komunikatora, zdaje się być kwestią drugorzędną. Zarazem jednak ta najpełniejsza forma realizacji zasady publiczności generuje nieprawdopodobne i trudne do opisania ryzyka. Przenosi bowiem proces sądowy z sali rozpraw w budynku stanowiącym symbol sprawiedliwości w sferę sieci internetowej. Czyni proces przedmiotem powszechnie odbieranego, analizowanego i komentowanego zbioru informacji. To zaś stwarza możliwość różnorakiego oddziaływania na sąd przez czynniki zewnętrzne. W ten sposób pojawia się ryzyko przeniesienia procesu z sądu do przestrzeni wirtualnej, ze wszystkimi jej możliwościami kształtowania ocen i wydawania decyzji, także przez sąd prowadzący sprawę, jak i wszelkie inne sądy, które mogą zajmować się tą sprawą w związku ze zwykłymi lub nadzwyczajnymi środkami odwoławczymi. W razie streamingu przebiegu rozprawy lub posiedzenia proces traci swój charakter zdarzenia przed sądem, stając się wydarzeniem publicznym. Choć to analogia pejoratywna – prowadzonym przed nieokreślonym co do liczby zgromadzeniem, zbiorowiskiem (tłumem) w internecie. Tym samym prace nad poszerzeniem znaczenia posiedzeń zorganizowanych przy wykorzystaniu elektronicznych sposobów komunikowania się na odległość będą musiały

[26] W szczególności możliwości tej nie gwarantują przepisy art. 15 zzs$^{1-4}$ tarczy COVID 3.

wziąć pod uwagę potrzebę ograniczenia lub zredefiniowania publicznego charakteru rozprawy.

29. Wyłączenie jawności posiedzenia lub rozprawy w razie prowadzenia jej za pośrednictwem urządzeń do komunikowania się na odległość w zasadzie znosi ryzyka i trudności opisane powyżej w związku z zasadą publiczności (jawności). Zarazem ze względu na wykorzystywanie tych urządzeń generuje zagrożenia dla zachowania poufności i tajności informacji i danych ujawnianych w ramach postępowania sądowego. W tym wypadku dla spełnienia minimalnych gwarancji konieczne byłoby stworzenie systemu „bezpiecznych" łączy, wyposażonych w różnego typu zabezpieczenia uniemożliwiające przekazywanie lub pozyskiwanie informacji przekazywanych za pomocą urządzeń służących do komunikowania się na odległość przez osoby nieuprawnione. Konieczne byłoby także wprowadzenie szczególnych zasad postępowania z informacjami dla uczestników postępowania, w tym także profesjonalnych pełnomocników lub obrońców. Jednym z kluczowych wyzwań jest bowiem zapewnienie gwarancji kontaktu z pełnomocnikiem lub obrońcą z zachowaniem poufności.

Co do zasady, wydaje się, że posiedzenie zorganizowane przy wykorzystaniu elektronicznych sposobów komunikowania się na odległość stuprocentowej gwarancji nie zapewnia. Inną sprawą jest, do jakiego stopnia gwarancje takie są zapewnione – przy dzisiejszym stanie techniki – w przypadku kontaktu adwokata z klientem w warunkach więziennej izolacji. W związku z zagadnieniem wirtualizacji postępowania sądowego konieczne jest jednak głębokie przemyślenie kwestii związanych z zachowaniem poufności realizowanych czynności, ochroną prywatności i tajemnicy, w szczególności zaś tej wiążącej profesjonalnych prawników działających jako obrońcy lub pełnomocnicy. Rozwiązania polegające na ograniczaniu kontaktu klienta z pełnomocnikiem lub obrońcą nie stanowią żadnej odpowiedzi na sygnalizowane tu problemy.

30. Samoistnego zestawu problemów dostarcza postępowanie odwoławcze. Już dziś można założyć, że organizowanie posiedzeń przy wykorzystaniu elektronicznych sposobów komunikowania się na odległość musi dostarczyć szerokiego wachlarza przypadków, w których niedostatki techniczne spowodują mniej lub bardziej poważne zakłócenia przebiegu czynności dowodowych i procesowych dokonywanych przed sądem. Począwszy od technicznego wyłączenia kontaktu z pełnomocnikiem, obrońcą lub stroną w toku zdalnego posiedzenia, poprzez opóźnienie w powołaniu dowodów w następstwie nieobecności lub technicznych zakłóceń, konsekwencje braku wiedzy o niektórych postanowieniach z przyczyn technicznych i związaną z tym niemożliwość

podjęcia odpowiedniej reakcji procesowej, niewłaściwe zweryfikowanie tożsamości uczestników, aż po zniekształcenie przebiegu posiedzenia i wywieranie na jego uczestników niedopuszczalnego wpływu podczas etapów posiedzenia pozostających poza kontrolą sądu. Te sytuacje powinny być przewidziane i uwzględnione na etapie prac legislacyjnych i przewidziane w normatywnych ramach postępowania odwoławczego[27]. Dowolne pozostawienie regulacji tych zagadnień orzecznictwu sądowemu nie wydaje się bowiem właściwym rozwiązaniem.

31. Wprowadzenie w szerszym zakresie wykorzystywania urządzeń do komunikowania się na odległość wymaga także wypracowania i skodyfikowania w niezbędnym zakresie zasad deontologicznych i etycznych profesjonalnych pełnomocników, obrońców, prokuratorów i sędziów. Obowiązujące zbiory etyki w zasadzie w żadnym zakresie nie odnoszą się do kwestii związanych z tego typu modelem postępowania. Podobnie nie regulują tych zagadnień obowiązujące regulaminy, zarówno przyjęte w środowisku adwokackim i radcowskim, jak i obowiązujące prokuratorów i sędziów.

32. Przedstawione wyżej rozważania nie zamykają szerokiego wachlarza problemów, które wiązać się muszą z zagadnieniem wirtualizacji działalności prawniczej i informatyzacji wymiaru sprawiedliwości. Ponieważ jednak dziś zagadnienia tego nie da się zmilczeć, pandemia koronawirusa przyspieszyła bowiem procesy wirtualizacji świata prawniczego, inspirując poszukiwaczy łatwych rozwiązań opartych na koniunkcji „podłączenia komputerowego kabla" z konstrukcją jednego lub dwóch prostych przepisów, nie można lekceważyć naszych realiów, w których pomysł od realizacji dzieli niezwykle krótka droga. W ramach omawianej w tym opracowaniu materii szczególnie istotne jest myślenie nakierunkowane na możliwie szerokie zdiagnozowanie potrzeb, wyzwań i zagrożeń, a dopiero na ich podstawie przygotowywanie nowych rozwiązań ustawowych, tak by informatyczna rewolucja w sądownictwie nie przyniosła więcej szkód niż pożytku. Nie oznacza to w żadnym razie zachęty do działania powolnego, lecz wyakcentowanie potrzeby rozpoczęcia prac koncepcyjnych w szerokim gronie ekspertów. Bez nich znów nastąpi „rozpoznanie bojem".

Analizy są efektem badań przeprowadzonych w ramach projektu „Restrykcje i represje stanu epidemii (prawne aspekty funkcjonowania społeczeństwa w trakcie i po pandemii)". Projekt finansowany ze środków konkursu SocietyNow!#1 w ramach programu Inicjatywa Doskonałości w Uniwersytecie Jagiellońskim.

[27] W szczególności możliwości tych nie uwzględniają przepisy tarcz COVID.

ABSTRACT

prof. dr hab. Maciej Gutowski
The author is an advocate (District Bar Association in Poznan), dean of the District Bar Association in Poznan, full professor at the Department of Civil, Commercial and Insurance Law at the Faculty of Law and Administration of the University of Adam Mickiewicz in Poznan, a member of the Polish Bar Counsil, editor-in-chief of the Palestra monthly.

prof. dr hab. Piotr Kardas
The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), head of the Department of Comparative Criminal Lawof Faculty of Law and Administration at the Jagiellonian University, Alexander von Humboldt Foundation Fellow, v-ce President of the Polish Bar Counsil, member of the Legal Studies Committee at the Polish Academy of Arts and Sciences, Member of the Legal Studies Committee at the Polish Academy of Science, head in the Polish Delegation to CCBE; President of ELF Advisory Board.

Digitalisation of the legal world through the prism of epidemic-related change – on the opportunities and threats of fast digitalisation of the Polish justice system

Restrictions related to social distancing rules turned out to be a catalyst for the adoption of digital solutions in the everyday operations of the legal world. Initially limited to solutions introduced even before the pandemic, like electronic service of papers, in time they developed into a plethora of new solutions backed by new legislation.
These new developments, some planned to be only temporary, others already seen as permanent, create both opportunities to make lawyers' work more effective and serious threats. The complex tissue of a legal system, based in many respects on personal relations and direct personal contributions to legal proceedings, seems not fully prepared to the introduction of change that digital technologies facilitate.
Preparing legislation to regulate such change requires a careful consideration of a plethora of factors, importantly the ones related to the peculiarities of legal proceeding, trials etc. The rule of directness, protection of confidentiality and attorney-client privilege, or realising the rule of public openness to legal proceedings should all be taken into account.
This work provides reflections on the legally enforceable limitations and obligations determining the work of lawyers.
These limitations suggest that there is a list of areas of the legal world where digitalisation should not be introduced without being preceded by thorough reflections and

analyses, pertaining to the advantages and disadvantages which may result from moving parts of legal proceedings and trials online, and executing them via digital communications systems.

Keywords: *digitalisation, virtualisation, legal proceedings, due process, transparency, confidentiality, communication in writing, oral communication, proof, attorney-client privilege*

prof. dr hab. Maciej Gutowski
ORCID: 0000-0002-3792-5088; e-mail: gutowski@gutowski.pro

Autor jest adwokatem (ORA w Poznaniu), dziekanem Okręgowej Rady Adwokackiej w Poznaniu, profesorem zwyczajnym w Katedrze Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, członkiem Naczelnej Rady Adwokackiej, redaktorem naczelnym miesięcznika „Palestra".

prof. dr hab. Piotr Kardas
ORCID: 0000-0002-8903-2417; e-mail: pkardas@kardas.com.pl

Autor jest adwokatem (ORA w Krakowie), kierownikiem Zakładu Prawa Karnego Porównawczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Stypendystą Fundacji Alexandra von Humboldta, członkiem Komisji Prawnej Polskiej Akademii Umiejętności, członkiem Komisji Prawnej Oddziału Krakowskiego Polskiej Akademii Nauk, wiceprezesem Naczelnej Rady Adwokackiej, przewodniczącym polskiej delegacji do CCBE; Prezydentem Rady Doradczej Fundacji Prawników Europejskich.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Alarie Benjamin, Niblett Anthony, Yoon Albert, *How Artificial Intelligence Will Affect the Practice of Law*, tspace.library.utoronto.ca

Arruda Andrew, *An Ethical Obligation to Use Artificial Intelligence? An Examination of the Use of Artificial Intelligence in Law and Model Rules of Professional Responsibility*, „American Journal of Trial Advocacy" 2016–2017/443 – HeinOnline

Bawarowski Adam, *Doręczenia elektroniczne w toku postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo" 2007/11, s. 33

Bodio Joanna (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2010, s. 193

Derlatka Joanna, *Doręczenia elektroniczne między profesjonalnymi pełnomocnikami w okolicznościach epidemii wirusa COVID–19*, „Palestra" 2020/3, s. 27–38

Góra-Błaszczykowska Agnieszka (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1A, *Komentarz. Artykuły1–424*[12], red. A. Góra-Błaszczykowska, Warszawa 2020, komentarz do art. 125

Gutowski Maciej, *Autonomia woli a automatyzacja obrotu prawnego (granice przypisania skutków oświadczeń woli składanych elektronicznie)* (w:) *Aksjologia prawa cywilnego i cywilnoprawna ochrona dóbr*, red. J. Pisuliński, J. Zawadzka, Warszaw 2020

Gutowski Maciej, *Jeszcze kilka słów o bezpiecznym wniesieniu środka odwoławczego mailem do sądu i o wniosku o przywrócenie terminu w stanie zagrożenia epidemicznego (cz. 2)*, Palestra-Aktualności z 19.03.2020 r.

Gutowski Maciej, *O ujemnych konsekwencjach biegu terminów materialnoprawnych i procesowych na gruncie k.c. i k.p.c. w stanie epidemii koronawirusa SARS-COV-2*, Palestra-Aktualności z 14.03.2020 r.

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

Kardas Piotr, *O sposobach wnoszenia pism procesowych w sytuacji ograniczenia działania organów wymiaru sprawiedliwości*, „Palestra" 2020/3, s. 5–26

Kardas Piotr, *Konstytucyjne podstawy rozstrzygania kolizji obowiązków i konfliktów dóbr w czasie epidemii*, „Palestra" 2020/6

Kulski Robert (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3, *Artykuły 425–729*, red. A. Marciniak 2020, uw. do art. 505[36]

Łętowska Ewa, *Za głupstwa królów płacą ich narody – indemnizacja w czasie zarazy (cz. I)*, konstytucyjny.pl.

Michalska-Marciniak Monika (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, *Komentarz. Artykuły 1–205*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019, kom. do art. 131^1 k.p.c.

Nowakowska Karolina, *Uważaj, w co klikasz w internecie. Boty potrafią rozpoznawać klienta z imienia i nazwiska*, https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1058547,prywatnosc-w-internecie-rozpoznawanie-klientow-livebot.html (dostęp: 3.06.2020 r.).

Semmler Sean, Rose Zeeve, *Artificial Intelligence: Application Today and Implications Tomorrow*, scholarship.law.duke.edu

Tiutiunik Bartosz, Pilc Jakub, *Zainfekowane prawo – zmiany w prawie karnym wprowadzone przez ustawę z 31.03.2020 r. COVID–19*, Palestra-Aktualności z 11.04.2020 r.

Tuleja Piotr, *Pandemia COVID–19 a konstytucyjne stany nadzwyczajne*, „Palestra" 2020/9, s. 5

Sorysz Mariusz (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1A, *Komentarz. Artykuły1–424^{12}*, red. A. Góra-Błaszczykowska, Warszawa 2013, s. 421.

Steinborn Sławomir (w:) **Grajewski Jan, Rogoziński Piotr, Steinborn Sławomir**, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, Warszawa 2016, teza 14, LEX/el

Żak Marcin, *Wnoszenie pism drogą elektroniczną oraz elektroniczne doręczenia w procesie karnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2010/3, s. 117

Keywords: *rule of law, the European Union law, report, criteria for assessment of the compliance with the state of law, manifestations of the rule of law infringement, mechanism protecting against the rule of law infringement, definition, unification, human rights, fundamental rights, dignity, democracy*

Zagadnienia interdyscyplinarne

e-PALESTRA
33/2020

Piotr Kardas

THREATS TO THE RULE OF LAW IN POLAND IN THE CONTEXT OF THE DEVELOPMENTS FOLLOWING THE PUBLICATION "EUROPEAN COMMISSION 2020 REPORT OF RULE OF LAW. THE RULE OF LAW SITUATION IN THE EUROPEAN UNION". APPENDIX TO 2020 RULE OF LAW REPORT

The inquiry analyzes the report of the European Commission concerning the rule of law. It presents the structure and contents of the report as well as comments regarding the importance of the document for the functioning of the European Union and its member states. It indicates the role of a definition, included in the report, of the notion of "rule of law" and how significant it is in perspective of unification and harmonization of application of that principle by member states. It refers to criteria and facets of the assessment of compliance of the rule of the law principle by individual member states and emphasizes the importance of the mechanism, provided for in the report, intended to prevent infringement of the principle. Also presented is general description and analysis to which extent the principle of rule of law is complied with in Poland, included in the detail part of the report. Finally, the study mentions and comments on events that have occurred after the report was published, significant in the context of threats to real implementation of the idea of rule of law in Poland.

I. INTRODUCTION

On the 30th of September 2020 the European Commission published the "2020 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union (SWD 2020/300–326)"[1]. It is of great importance due to a couple of reasons.

Firstly, the report is the first official statement of the European Union institutions concerning the rule of law, incorporating the meaning of the rule of law principle and its functions in the EU and within Member States[2]. It pertains to the significance of the rule of law for the protection of fundamental human rights and liberties and the proper functioning of the social structure of the community.

In the general perspective it underlines the significance of rule of law within the structure of the EU and within the Member States as a fundamental core of axiological and normative community, to which, among the democratic principles and human rights, the foundational treaties constituting the Union assign special importance[3]. It reminds that these core values are the bedrock of the European Union and its identity. It emphasizes the social functions of the rule of law – repeating the statement from State of the Union address delivered by President Ursula von der Leyen that "the rule of law protects citizens from the rule through power. They are the warranty of our most basic rights and liberties. They allow us to express our opinions and have access to free media"[4].

1 *European Commission. 2020 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union*, Brussels, 30.09.2020. http://cc.europa.eu/info/publications/2020-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en.

2 Rule of law is a subject matter of many legal analyses that attempt to specify its definition, constitutive elements as well as its function and significance for different legal systems. Even though ways of understanding the rule of law have common roots and are in many ways similar, they also differ in several different aspects. This is why defining the rule of law and systematizing its understanding is so important for devising a report about rule of law situation across different Member States. See further T. Bingham, *Rule of Law*, London 2020, *passim*; *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, edited by P. Costa, D. Zolo, The Netherlands 2007; A. Marmor, *Rule of Law and its Limits*, "USC Public Research Paper" 2016/3, USC The Law School, University of Southern California Law School, Los Angeles; D.R. Rodriguez, M.D. McCubbins, B.R. Weingast, *The Rule of Law Unplugged*, "Caltech Center for the Study of Law&Politics" 2009; M. Klatt, *Legal Argumentation and the Rule of Law*, (in:) *Legal Argumentation and the Rule of Law*, E. Fertis, H. Kloosterhuis, J. Plug, C. Smith (eds), The Hauge 2016, p. 27; T. Gizbert-Studnicki, *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, "Przegląd Prawa i Administracji" vol. CX, *Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej*, Wrocław 2017, p. 16; T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, p. 384.

3 Article 2 of the Treaty on European Union. The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belongings to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.

4 President U. von der Leyen, State of the Union Address 2020.

It reminds that the democracy cannot function properly without the protection of fundamental human rights and citizen liberties by independent and impartial courts, active civic society and free, independent media. It presents the argument that safeguarding the rule of law is an essential condition for the effective functioning of the EU.

The report presents the standpoint of the EU on the meaning of the rule of law, its constitutive components, and its embeddedness in the ideals that the European Communities were founded upon. It presents the following definition of the rule of law: "The rule of law is enshrined in Article 2 of the Treaty on European Union as one of the common values for all Member States. Under the rule of law, all public powers always act within the constraints set out by law, in accordance with the values of democracy and fundamental rights, and under the control of independent and impartial courts. The rule of law includes principles such as legality, implying a transparent, accountable, democratic and pluralistic process for enacting laws; legal certainty; prohibiting the arbitrary exercise of executive power; effective judicial protection by independent and impartial courts, effective judicial review including respect for fundamental rights; separation of powers; and equality before the law. These principles have been recognized by the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. In addition, the Council of Europe has developed standards and issued opinions and recommendations which provide well-established guidance to promote and uphold the rule of law".

By characterizing the rule of law and specifying its functions, the report influences the way rule of law will be interpreted in all facets of EU and Member States functioning. It underlines that the law is the fundament on which the functioning of every democratic country is based. It specifies the preferred understanding of the rule of law in the European Union and its relationship with rule of law understanding in other jurisdictions[5]. Through that it serves a systematizing and organizing function. It harmonizes possible ways of interpreting and applying the principle, hence unifying the understanding of the principle in the community. It provides the criteria for assessment of the compliance of the state of the law and its application within a Member State with the fundamental values of the EU. It introduces new instruments, like The European Rule of Law Mechanism, serving the holistic and comprehensive assessment of the rule of law situation at the EU level and within Member States. It also strengthens the importance of the principle in everyday functioning of the EU and its Member States.

[5] As to the understanding of the "rule of law" concept, see further *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, P. Costa, D. Zolo (eds), Springer Dordrecht, The Netherlands 2007; A. Marmor, *Rule of Law...*; D.R. Rodriguez, M.D. McCubbins, B.R. Weingast, *The Rule of Law...*; M. Klatt, *Legal Argumentation and the Rule of Law...*, p. 27; T. Gizbert-Studnicki, *Filozofia polityczna...*; T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie...*, p. 384; T. Bingham, *Rule of Law…*

The report was written at a particular moment when populist tendencies based on illiberal constitutionalism ideas, questioning democratic and liberal fundamental principles, grow in strength both inside and outside the EU.[6] [7] Transformations of the legal systems, threatening the rule of law, are realized in many countries, including EU Member States. [8] [9] In such countries the constant enhancement of executive power over the justice system and courts, and the instrumental treatment of the law as a tool for the realization of governments vision of the country and society, cause great tensions between the executive and legislative branches of government on the hand, and judicial on the other.[10] The constitutional position of the courts, and notably their independence, is questioned.[11] These developments are accompanied by personnel changes within the courts, involving nominations lawyers with ultra conservative understanding of legal philosophy, in fact guaranteeing the realization of the government-intended policy[12].

Instrumentalization of the law is linked with the effort to limit lawyers independence which is an essential condition for the safeguarding of the rule of law.

---

6 See T. G. Daly, *Diagnosing Democratic Decay, Comparative Constitutional Roundtable*, Gilbert&Tobin Centre of Public Law, UNSW, Sydney 7.08.2017.

7 See T. G. Daly, *Diagnosing Democratic Decay...*; G. Halmai, *Transitional justice, transitional constitutionalism and constitutional culture*, Jacobson-Comparative Constitutional Theory, Division: 19-chapter19forts; B. Bugarić, T. Ginsburg, *The Assault on Postcommunist Courts*, "Journal of Democracy" 2016; P.C. Ortiz, *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, academia.edu. documents/607478; T. Drinoczi, A. Bień-Kacała, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, "German Law Journal" 2019/20, p. 1140.

8 See P. Radziewicz, *Kryzys konstytucyjny i paradygmatyczna zmiana konstytucji*, "Państwo i Prawo" 2020/10, p. 3.

9 See P. Blokker, *Varieties of populist constitutionalism: The transnational dimension*, "German Law Journal" 2019/20, p. 332–350; P. Blokker, *Constitutional reform in Europe and recourse to the people, Participatory Constitutional Change: The people as amenders of the Constitution*, J. Gerkarth, & X. Contiades (eds), forthcoming.

10 See A. Grabowski, B. Naleziński, *Konstytucyjne prawo do niezawisłego i bezstronnego sądu w państwie pozornie praworządnym*, "Państwo i Prawo" 2020/10, p. 25.

11 This is show the porcesses threatening the rule of law progres and develop in Poland and Hungary. See further P. Tuleja, *Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r.*, "Państwo i Prawo" 2020/10, p. 48; P. Radziewicz, *Kryzys konstytucyjny...*, p. 3; A. Grabowski, B. Naleziński, *Konstytucyjne prawo do niezawisłego i bezstronnego sądu...*, p. 25.

12 Personal changes in the judiciary are also very common in the United States. These personal changes involve nominating lawyers with ultra conservative agenda to federal courts and the Supreme Court. This practice was started in 1970s by the Federalist Society which associates conservative lawyers. The society promotes nominating its members to federal courts. The most recent examples include the nominations of N. Gorsach, B. Kavanaugh and A. Coney Barret. See: J. Blackman, *Justice Gorsuch's Legal Philosophy Has a Precedent Problem*, https://www.cato.org/publications/commentary/justice-gorsuchs-legal-philosophy-has-precedent-problem; J. Rosen, *John Roberts Is Just Who the Supreme Court Needed*, https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/07/john-roberts-just-who-supreme-court-needed/614053/; T.B. Edsall, *The Right's Relentless Supreme Court Justice Picking Machine*, "New York Times", 1.10.2020, https://www.nytimes.com/2020/10/01/opinion/amy-coney-barrett-supreme-court.html.

In the system based upon the rule of law principle, lawyers form an interpretative community and constitute one of the fundamental mechanisms guaranteeing that all entities, public and private, act on the basis and within the limits of the law. Serving this function depends on the guarantees of independence of the legal profession. It is helpfully expressed by M. Kirby: "Where there is no independent legal profession, there can be no independent judiciary, no rule of law, no justice, no democracy and no freedom".[13]

The developments described above have the global character, and pose global threat to the rule of law. They attack the very fundaments on which the EU and Member States function. They deserve a serious analysis and properly devised answers. An assessment of the rule of law situation and devising mechanisms safeguarding it are, quite undeniably, one of the fundamental tasks of the EU. The current assessment confirms Lord Bingham's warning that "the concept of the rule of law is not fixed for all time […]".[14]

There can be no doubt that the assessment of the rule of law situation in Member States is of fundamental importance. The publication of the report is a crucial development for the functioning of the EU as a community, for citizens of EU's Member States, as well as for lawyers who support the rule of law in their everyday activities.

The report is divided into two parts: the general part with EC's standing as regards the rule of law, and chapters concerning the rule of law situation in different Member States. The general part is further subdivided into four parts: Justice systems, in which judicial independence across the EU is discussed; anti-corruption framework; media pluralism and media freedom; as well as other institutional issues linked to checks and balances.

The analysis of the situation in Poland and Hungary is of great importance. In these two countries the shift toward illiberal constitutionalism is the most obvious. In certain areas, authoritarian tendencies are visible. The report contains a critical view of the rule of law situation in justice systems of these countries.[15] Because of the dynamic nature of situation which produces frequent new developments, the status quo in Poland and Hungary needs to be closely monitored and regularly updated. Due to the events that took place after the publication of the report, the situation in Poland as described in the report requires supplementing. These recent developments are of importance both to the assessment to the rule of law situation in the EU and in Poland specifically. This appendix

[13] The Hon. Justice Michael Kirby AC AMG, *Independence of the Legal Profession: Global and Regional Challenges*, https://www.hcourt.gov.au/publications/speeches/former/speeches-by-the-hon-michael-kirby.

[14] T. Bingham, *Rule of Law...*, p. 174.

[15] L. Pech, *Poland and the Rule of Law. Request for a preliminary ruling submitted by the Disciplinary Court of the Bar Association in Warsaw (pending Case C-55/20)*: legal opinion for the CCBE.

serves to supplement the Report Rule of Law with information about the development that happened after the publication of the report. It was prepared by CCBE in relation to its work serving to strengthen the rule of law. It is part of the process of forming CCBE's statement at the request of the European Commission.

II. GENERAL REMARKS ABOUT THE STRUCTURE AND ASSUMPTIONS OF THE APPENDIX

This appendix expands on the information and analysis provided in the 2020 Rule of Law Report "The rule of law situation in the European Union" section about Poland. It describes the events, both legal and factual, which have taken place after the publication of the Report. It concerns fundamental information about the rule of law situation in Poland. The appendix is entirely based on the findings and assumptions presented in the Report, in particular the findings about the definition of the rule of law, the importance of safeguarding the rule of law within the structure of the EU, as well as the assessment of the rule of law situation in particular Member States. Observations made in this appendix are also based on the internal structure of the EC Report Rule of Law, in particular the division between general analysis on the meaning and function of rule of law within the structure of the EU and within the Member States, and the Report part or the Member States analysis. This appendix does not provide any additional information or analysis to the general part of the Report. It also accepts the observations about the situation of the rule of law in Poland. The supplemental analysis in this appendix is, as mentioned above, based on the internal structure of the Report: the appendix supplies additional information to the Independence and Media Pluralism sections. The appendix mostly refers to recent events concerning the application and interpretation of the law, because there have been no legislative changes to the current justice system significant for the subject matter of the Report. The events described in this appendix may be significant for the assessment of rule of law situation in the Republic of Poland. These events are specifically related to the actions of the Disciplinary Chamber of the Supreme Court, which should be assessed in light of the *A.K. and others v Krajowa Rada Sądownictwa*[16] judgment and the judgment of the joined Civil, Criminal and Labor and social insurance chambers of the Supreme Court from 23 January 2020 BSA-I-4110–1/2020, the actions of the Constitutional Tribunal with regard to the reforms of the Polish justice system in the areas described in the Supreme Court judgment of the joined Chambers: Civil, Criminal and Labor and Social Insurance from 23 January 2020 BSA-I-4110–1/2020, as

[16] Case C-585/18, C-624/18 and C-625/18 *A.K. and others v Krajowa Rada Sądownictwa* (2019), ECLI:EU:C:2019:982.

well as the operation of District and Appellate Courts, especially with regards to the realization of the judiciary obedience to the Constitution, based on the principle of the sovereignty and direct application of the Polish Constitution in legal proceedings in Poland. The observations in this appendix also pertain to the actions of the persecution service and the disciplinary chambers of the District and Appellate courts, in relation to initiating disciplinary proceedings against judges critical of the government's reforms of the justice system. Finally, the appendix describes the high profile case of an advocate's arrest in relation to criminal proceedings against him. This part concerns the symptoms of the curtailment of lawyer's independence.

III. JUSTICE SYSTEM. JUDICIAL INDEPENDENCE

This section is separated into four sections, describing:

(1) Actions of the Supreme Court attempting to circumvent the prohibition for the judicial operation of the Disciplinary Chamber of the Supreme Court;

(2) Actions of the Constitutional Tribunal, in particular its violation of the *nemo iudex in causa sua* principle and the incorrect composition of the Tribunal due to judges nominated on the occupied judicial vacancies. This section also describes dramatic consequences of the K1/20 ruling concerning the abortion law in Poland for the criminal courts. The ruling extends the reach of article 152 of the Polish Criminal Code, and will force Polish prosecutors and judges to make dramatic choices in cases where criminal proceedings will be initiated against doctors and other persons involved in the process of pregnancy termination. Academic literature has raised the argument that the Tribunal does not have the power to extend criminality or create new criminal rules. This means that in cases where criminal proceedings will be initiated against doctors and other persons involved in the process of termination of the pregnancy, the only way to prevent conviction will be to rely on the Article 8 of the Polish Constitution. This, in turn, will mean that following practices established over last four years, disciplinary proceedings will be initiated against the judges relying on the Article 8 and not granting convictions;

(3) Actions targeted at judges applying the principle of sovereignty and direct application of the Polish Constitution (described in Article 8) through initiating disciplinary proceedings;

(4) Actions targeted at the dignity, and independence of advocates, as well as violations of due process (with particular focus on advocate Roman Giertych's case).

1. The new Disciplinary Chamber, which the CJEU and Polish Supreme Court in three rulings found not to be an independent court within the meaning of EU

and national law[17], and which has been ordered, in C-791/19 R *Commission v Poland*[18] and the Supreme Court judgment of the joined Chambers: Civil, Criminal and Labor and Social Insurance from 23 January 2020 BSA-I-4110–1/2020, to suspend hearing the disciplinary proceedings of judges, has been given the competence to lift the immunity of judges when criminal proceedings are brought against them (a competence previously exercised by disciplinary courts of first instance)[19]. This is concerning due to the fact that having the power to lift immunity of judges may be considered to be a power very similar to the power to hear disciplinary proceedings, only one which is more important. The principles for disciplinary liability of judges are described in Article 10 of the Law on the Ordinary Courts Organization. A judge may be subject to disciplinary liability in cases of contempt of the dignity of the office and blatant and overt contempt of the law. In the area related to the execution of judicial duties, the disciplinary liability is based on blatant and overt contempt of the law. In all cases, except for special rules concerning the basis of that liability[20], liability is based on the same rules and principles as criminal liability. In case of disciplinary proceedings for blatant and overt contempt of the law, the judge accused is simultaneously accused of abuse of authority (Article 231 of the Polish Criminal Code)[21]. The liability for this crime is based on abuse of power or failure to fulfill the obligations which results in a setback to public or private interests. In a case of such confluence of disciplinary and criminal liability for the same act of the judge, there should be, normatively, two separate proceedings: disciplinary and criminal. As described above, the difference between liability for blatant and overt contempt of the law, and liability for abuse of authority, is based on the assessment of material content of the crime. In case of disciplinary liability, the requirements for the defendants act, are the same as the ones for criminal, but with lesser social harm. In case of criminal liability, the requirements for the defendants act are the same as the ones for disciplinary, but with greater social harm required[22]. If the act which constitutes blatant and overt contempt of the

[17] Case C-585/18, C-624/18 and C-625/18 *A.K. and others v Krajowa Rada Sądownictwa* (2019) ECLI:EU:C:2019:982.

[18] Case C-791/19 R *Commission v Poland* (2020) ECLI:EU:C:2020:277

[19] See P. Tuleja, *Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r...*, p. 48.

[20] P. Kardas, *Disciplining judges. On Disciplinary Responsibility and its Threats to Judicial Independence*, Kraków 2020, forthcoming.

[21] See M. Krzemiński, *Czy następstwem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego może być rozszerzenie penalizacji aborcji*, 2.11.2020, http://konstytucyjny.pl/marcin-krzeminski-czy-nastepstwem-orzeczenia-trybunalu-konstytucyjnego-moze-byc-rozszerzenie-penalizacji-aborcji/. See also W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, p. 168; A. Barczak-Oplustil, *Obowiązywanie zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, "Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2013/3, p. 15.

[22] See P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013, p. 101.

law fulfills the elements of abuse of authority, both disciplinary and criminal convictions follow. In cases where the act does not have the elements of the crime of abuse of power, disciplinary penalty can still be ascribed. In the light of the above analysis, there can be no doubt that in cases of assessment of judges' liability for abuse of power, the problem of disciplinary liability also arises. The actions of the Disciplinary Chamber of the Supreme Court adjudicating on the lifting of judicial immunity in proceedings for abuse of power should be assessed in the light of the above analysis. Such is also the case of judge Beata Morawiec and many others, for instance judge Igor Tuleya, which took place after publication of the EU Commission Report of the Rule of Law Situation in the EU. Through a literal and very narrow interpretation of the prohibition issued by the CJEU, the Disciplinary Chamber has decided that it cannot adjudicate in disciplinary proceedings, but it is not prohibited from adjudicating in cases concerning lifting of immunity for judges in criminal proceedings. The Disciplinary Chamber has lifted immunity in some of the high profile cases, like the case of judge Beata Morawiec (see more below in paragraph 3). Moreover, the Disciplinary Chamber continues to adjudicate in disciplinary cases concerning lawyers of other professions, such as the persecutors or advocates, ignoring the requirement set up in the C-791/19 R *Commission v Poland* that the Chamber will refrain from referring cases for examination by a panel that does not meet the independence requirements indicated in particular in cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18 *A.K. and others v Krajowa Rada Sądownictwa*[23] *and* the Supreme Court judgment of the joined Chambers: Civil, Criminal and Labor and Social Insurance from 23 January 2020 BSA-I-4110–1/2020. Therefore, a court which was found not to be an independent court within the meaning of EU and national law continues to be an important tool of the government serving to repress independent judges. Such approach to CJEU's judgment, as well as the message of the interviews given by the First President of the Supreme Court[24], signals that the Supreme Court is trying to circumvent CJEU's prohibition, and act contrary to the spirit of the decision.

2. The Constitutional Tribunal continues to ignore the controversies concerning the legality of the nomination of its three judges nominated and sworn in for vacancies which were already filled by judges duly elected by Parliament in 2015 (but not sworn in by the President). Because of the nominations of these

[23] Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18 *A.K. and others v Krajowa Rada Sądownictwa* (2019) ECLI:EU:C:2019:982

[24] T. Pietryga, *Małgorzata Manowska: Wewnątrz Sądu Najwyższego istnieją grupy bardzo ekstremalne*, 20.10.2020 "Rzeczpospolita" https://www.rp.pl/Sedziowie-i-sady/310209927-Malgorzata-Manowska-Wewnatrz-Sadu-Najwyzszego-istnieja-grupy-bardzo-ekstremalne.html; P. Tuleja, *Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r...*, p. 48.

judges by the (then novel) Law and Justice government, there were two judges nominated per one vacancy. Despite significant personal changes, notably the fact that two out of three judges nominated by Parliament in 2015 have died, the judges nominated and sworn in by the current government are considered as so called "body doubles", without the right to hear cases. Because of that, judgments of the Tribunal with the "body doubles" on the panels are considered to be legally defective. Moreover, the Tribunal continues to issue highly controversial decisions. The most notable is the one from 22 October 2020 in the case *K 1/20* on the constitutionality of the point 2 of subsection 1 of the Article 4a of The Family Planning, Human Embryo Protection and Conditions of Permissibility of Abortion Act of 7 January 1993 (OJ 1 March 1993 No 17 item 78, OJ 95 No 66 item 334, OJ 1996 No 139 item 646, OJ 1997 No 141 item 943, OJ 1999 No 5 item 32, OJ 2001 No 154 item 1791), the abortion law allowing for exceptions to the general ban on abortions in cases of a high probability of a severe and irreversible fetal defect or incurable illness that threatens the fetus's life. The Tribunal decided that the law is unconstitutional, "incompatible with Article 38 in connection with Article 30 in connection with Article 31 section 3 of the Constitution of the Republic of Poland" using the inflammatory language of "eugenical abortions" in its judgment[25]. The verdict has caused massive social unrest as well as controversies as to its legality. At the moment of writing of this appendix, there are massive protests held in many Polish cities, with protesters claiming their basic human rights and dignity are gradually taken away. It has to be observed that a majority of the Polish society (62%) was against making Polish abortion laws even stricter and 73% was critical of the Constitutional Tribunals judgment, according to the study by Kantar.[26] Many protesters claim they are aware of the danger to their health, however they feel it is impossible for them not to protest in such situation. Lawyers and academics claim that the Tribunal should have considered the likely outcome of its verdict, and taken appropriate steps not to spark social unrest in times of a huge growth of Covid-19 infection rates in Poland[27]. The legal controversies concern the problem of criminalization connected to declaration of incompatibility, with the Polish Constitution, of Article 4a of The Family Planning, Human Embryo Protection

[25] E. Łętowska, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, "VerfBlog" 12.11.2020, https://verfassungsblog.de/a-tragic-constitutional-court-judgment-on-abortion/.

[26] See https://polskatimes.pl/sondaz-polacy-nie-popieraja-wyroku-tk-ws-aborcji/ar/c1–15259974.

[27] M. Gutowski, P. Kardas, *The Constitutional Tribunal could not have ruled worse: on destroying the system with one decision* (Trybunał Konstytucyjny nie mógł rozstrzygnąć gorzej, czyli o dewastacji systemu jednym rozstrzygnięciem), "Palestra" 2020/10, p. 5–13; E. Łętowska, *Wokół wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie aborcji*, konstytucyjny.pl. 6.11.2020; M. Krzemiński, *Czy następstwem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego...* See also W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, p. 168; A. Barczak-Oplustil, *Obowiązywanie zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, "Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2013/3, p. 15.

and Conditions of Permissibility of Abortion Act 1993, which – before the judgment – accepted terminating pregnancies due to embryo pathological reasons as legal, and therefore not within the reach of Article 152 Polish Criminal Code, which states in section one that whoever, with the consent of a pregnant woman, terminates her pregnancy in violation of the statutory provisions, is subject to the penalty of deprivation of liberty of up to three years. The deletion of Article 4a of The Family Planning, Human Embryo Protection and Conditions of Permissibility of Abortion Act of 7 January 1993 resulted in termination of pregnancies due to embryo pathological reasons being in violation of the statutory provisions. This leads to a conclusion that such acts are not only illegal, but criminal. This, however, implies that the Constitutional Tribunal's verdict which creates this situation infringes the *nullum crimen sine lege* rule, according to which any new criminal offences would have to be created through an act of the Parliament (Article 42 paragraph 1 of the Polish Constitution). Moreover, it is also in breach of the Article 31 paragraph 3 of the Polish Constitution stating that citizen's rights and freedoms could only be curtailed by an act of Parliament.[28] Both rules are deeply rooted in the democratic principles, where the power is in the hands of the people, and the public authorities should act in accordance with the will of society[29]. As explained below, this is clearly not the case. Moreover, the principle of statutory exclusivity protects citizens' Constitutional rights and freedoms – due to the complexity of the legislative process, which in principle should support balancing of interests, and the transparency of the process which gives society means to pressure their representatives.[30] Due to those arguments, there is a strong argument that the Tribunal's decision in this case was *ultra vires*. The Tribunal does not have the power to create new criminal offences (which the verdict *de facto* does) and it is not the Tribunal's function to force widely unpopular legislative changes that the Parliament is not willing to introduce. Furthermore, there are controversies related to the fact that the verdict was passed in breach of the *nemo iudex in causa sua* principle. One of the judges adjudicating the case, Krystyna Pawłowicz, according to the public information presented by members of opposition political party, was also a signatory of the petition to the Tribunal to consider the case. This is a strong argument for setting the judgment aside, due to the impression of bias it could project for society, as was the case in other countries in similar situations, for

[28] M. Krzemiński, *Czy następstwem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego...*

[29] See A. Krajewska, *The judgment of the Polish Constitutional Tribunal on abortion: a dark day for Poland, for Europe, and for democracy*, "UK Constitutional Law Association" 2020/12. Comparative law, Europe, Human rights, Ireland, Judiciary, Northern Ireland, Poland, https://ukconstitutionallaw.org/2020/11/12/atina-krajewska-the-judgment-of-the-polish-constitutional-tribunal-on-abortion-a-dark-day-for-poland-for-europe-and-for-democracy/.

[30] M. Krzemiński, Czy następstwem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego....

example in *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 2)*[31]. The Constitutional Tribunal's judgment, which many claim on the brink of being unconstitutional due to its inconsistency with Articles 31 and 42 of the Polish Constitution, will force Polish prosecutors and judges to make dramatic choices in cases where criminal proceedings will be initiated against doctors and other persons involved in the process of the termination of the pregnancy, whose only way of preventing conviction of defendants involved in the termination of pregnancy of mothers with fetuses having lethal defects will be to rely on the Article 8 of the Polish Constitution, which, in turn, will mean that, following the practices established over last four years, disciplinary proceedings will be initiated against them.

3. As signaled above, there are disciplinary proceedings brought against judges who cite Constitution in their judgments or refuse to grant arrest warrants to persecutors. This is how the interpretation and application of the law is improperly influenced by the executive. One of the high profile cases is the above-mentioned case of Beata Morawiec. Persecution's allegations include misappropriation of public funds, activities to the detriment of the public interest in order to gain financial benefits, abuse of powers and accepting financial benefits. Judge Morawiec strongly denies the allegations and points to the political context of these events, which she claims seem to be a political vendetta rather than an example of a due process. Mrs. Morawiec has been an outspoken critic of the changes to the justice system and the Minister of Justice.[32] The Disciplinary Chamber has lifted Beata Morawiec's immunity, but the decision is subject to an appeal. It has to noted that the Disciplinary Chamber continued to adjudicate on the immunity of the judges, using an extremely narrow interpretation of CJEU's judgement, in spite of the decisions of the CJEU that it should cease to adjudicate in disciplinary cases (see more in paragraph 1). Disciplinary Chambers actions, notably with regards to Beata Morawiec, are an example of how the government, through a politically controlled organ (composed of judges selected by the new NCJ), shapes the interpretation and application of the law.

4. Polish government has taken active steps to control all lawyers, not only judges. Since the publication of the report, there have been active steps taken

[31] Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 2): HL 15 Jan 1999, https://swarb.co.uk/regina-v-bow-street-metropolitan-stipendiary-magistrate-ex-parte-pinochet-ugarte-no-2-hl-15-jan-1999/.

[32] E. Bieńczak, *Sprawa immunitetu Beaty Morawiec: Jest decyzja ws. wniosku obrony o wyłączenie sędziego*, 2.11.2020, RMF FM, www.rmf24.pl/newsamp-sprawa-immunitetu-beaty-morawiec-jest-decyzja-ws-wniosku-obr,nId,4831051.

by the Polish government to curtail the independence of lawyers other than judges, notably advocates. The most prominent example was the arrest and search of the home and law office of advocate Roman Giertych.[33] The event is highly problematic from the perspective of the safeguarding the rule of law in Poland, as it constitutes an attack on the dignity of the advocate's profession, legally protected information and rules of due process.[34]

Attack on advocate's dignity. The event is an attack on the dignity of the advocates profession due to the context of the event, notably the fact that Mr. Giertych was arrested on the entrance to the court after appearing in court for his client, which undermines the respect for the advocate's profession. The event symbolically equals the advocate with regular defendants (potentially criminals) in criminal cases. It moves him from the space of the protector of the law to being in the space of persons subjected to repression, and through that it diminishes the necessary prestige of the profession and takes away its conventional dignity, which are essential for guaranteeing legal representation for average citizens, due process, and the rule of law. The actions of the Polish persecution officers and Polish government undermine citizens' confidence in having access to good and uninhibited representation from the advocates (by casting doubt on the effectiveness of the attorney-client privilege) and advocates' role as actors in legal proceedings safeguarding citizen's rights, interests, and protecting the rule of law.[35]

Attack on legally protected information. The effectiveness of advocate's help is dependent on his knowledge of the case before him. It was always the case, and thus the defendant searching for legal aid needs to be certain that the information he gives to advocate will not be used against him. This creates the institution of attorney-client privilege as a professional duty for advocates. Attorney-client privilege serves only the clients, for advocates it is another duty and a burden. It is protected by law, and its violation by the advocate is a crime. The same rules apply to third parties who intentionally access information protected by the attorney-client privilege. A search of the law office is a very sensitive operation, because through that the law enforcement services gain sensitive information not only about the advocate, but notably his clients. The search of the law office of Mr. Giertych without the presence of a representative of the bar

[33] M. Gutowski, P. Kardas, *O zamachu na godność adwokata. To nie są małe miasteczka na Środkowym Zachodzie w XIX wieku*, 19.10.2020, "Rzeczpospolita", https://www.rp.pl/Opinie/310199901-Maciej-Gutowski-Piotr-Kardas-o-zamachu-na-godnosc-adwokata-To-nie-sa-male-miasteczka-na-Srodkowym-Zachodzie-w-XIX-w.html.

[34] M. Gutowski, P. Kardas, *O pożytkach i szkodach wynikających z pokazowego wykorzystania wobec sędziów i adwokatów środków przymusu procesowego*, 23.10.2020, "e-Palestra" 2020/25, https://palestra.pl/pl/e-palestra/25/2020/o-pozytkach-i-szkodach-wynikajacych-z-pokazowego-wykorzystywania-wobec-sedziow-i-adwokatow-srodkow-przymusu-procesowego.

[35] M. Gutowski, P. Kardas, *O pożytkach i szkodach...*

council is a violation of the attorney-client privilege – it might have resulted in the appropriation of protected information in cases concerning Mr. Giertych's clients by the law enforcement.[36]

Attack of the procedural safeguards. The event has beebn an attack on procedural safeguards because the allegations were presented in an improper manner. The right to a legal representation is universal. It actualizes, at the latest, when the prosecution presents the defendant with the allegations. The effectiveness of that right absolutely requires the defendant to be fully conscious and aware in order to understand the accusations presented to him. Presenting the allegations in a hospital where the defendant is undergoing a medical treatment, rather than in the prosecutor's office,, seems to be both terrible and grotesque. If the allegations were presented to the defendant, who was not able to apprehend them because of his medical condition, there can be no argument that the operation was effective. After all, defendant in such situation needs to be informed about their basic rights, and is expected to make fundamental statements, *e.g.* whether they plead guilty or not, whether they want to use legal representation.[37]

IV. MEDIA PLURALISM AND MEDIA FREEDOM

1. Independence of the media is a contested issue in Poland. The report mentioned that none of the major media outlets is controlled by a political party. However, the independence and reliability of Polish public media is highly contested. The reliance of the media outlets on the government money makes them vulnerable to government's interference, which the Law and Justice government uses ruthlessly. With such heavy-handed control exercised by the government, the television and other public media can be said to be *de facto* in possessory control of the ruling Law and Justice Party (despite formally being the state property). For example, the public television, TVP, which is often accused of presenting the news subjectively in favor of the government and slandering opposition, has recently described the protesters and MPs protesting against the Constitutional Tribunals judgment on abortion law as "leftist fascism which destroys Poland".[38] It is not the first time the television favored the government or described opponents in a highly inflammatory manner (which is arguably bordering criminality): in June one of its headlines read "LGBT ideology destroys families"[39], and during the presidential debate TVP did not ensure equal

[36] M. Gutowski, P. Kardas, *O pożytkach i szkodach...*
[37] M. Gutowski, P. Kardas, *O pożytkach i szkodach...*
[38] E Flieger, *Lewicowy faszyzm na pasku TVP*, 29.10.2020, Oko.press, https://oko.press/lewicowy-faszyzm-na-pasku-tvp/.
[39] *Ideologia LGBT niszczy rodzinę*, 13.06.2020 TVP, https://wiadomosci.tvp.pl/48517734/ideologia-lgbt-niszczy-rodzine.

time for candidates, so that the President Andrzej Duda, who was running for re-election, was also able to talk to a journalist and comment on the debate right after it ended while other candidates were not able to respond.[40] The National Broadcasting Council (KRRiT), the body also mentioned in the main report, *surprisingly* declared there was no bias and the situation did not favor Andrzej Duda.[41]

V. OTHER INSTITUTIONAL ISSUES LINKED TO CHECKS AND BALANCES

In relation to other institutional issues linked to checks and balances, the actions of the Polish government have the aim of limiting the importance, influence and power of the function of the Polish Ombudsman. Specifically, the actions blocking the procedure of the appointment of Adam Bodnar's successor by means of obstructing the work of relevant Parliamentary Commissions need to be noted. The works of the Commission have not been concluded, which inhibits the procedure of the appointment of the new Ombudsman. The relevant regulations provide that Ombudsman will continue his service until his successor is appointed. This law creates a huge dissatisfaction among the majority of the legislative and the executive branch of Polish government, pushing them to prevent Bodnar from effectively executing his duties. One example of such attempts to limit Bodnar's influence is an application lodged to the Constitutional Tribunal, asking to interpret the Polish Ombudsman Act in a way which would prohibit the Ombudsman whose term has ended but whose successor has not been appointed, from executing his duties. If the Tribunal gave a verdict prohibiting the Ombudsman whose term has ended but whose successor has not been appointed from executing his duties, this would be a gross violation of the Polish Ombudsman Act provisions, and another example of the violation of the Polish Constitution as well as an attack on the rule of law principle.

VI. CONCLUSION

The analysis presented in the main part of the appendix is concluded below in synthesized points:

1. Since the publication of the report, the intentions of the representatives of the Polish government as regards so called reform of the justice system have

[40] N. Bochyńska, *KRRiT nie stwierdziła faworyzowania Andrzeja Dudy w debacie TVP*, 2.11.2020, Wirtualne Media, https://www.wirtualnemedia.pl/artykul/krrit-nie-stwierdzila-faworyzowania-andrzeja-dudy-w-debacie-tvp.

[41] N. Bochyńska, *KRRiT...*

not changed. Realization of populist legal postulates, linked to the illiberal constitutionalism concepts are mirrored in the actions of all branches of government, notably higher courts: the Supreme Court and Constitutional Tribunal.

2. The most notable government's interferences with the independence of justice system institutions include:
   (a) Initiation of disciplinary proceedings (in the disciplinary tribunals *de facto* controlled by the nominees of the current Minister of Justice) against judges, based on three main reasons: (I) public criticism of the basis and consequences of the reforms to the operation of the courts; (II) not granting the prosecution service arrest warrants when requested; (III) applying the principle of sovereignty and direct application of the provision of the Polish Constitution in legal proceedings;
   (b) Curtailing the independence of judges and advocates through initiating criminal proceedings with very little factual or legal merit, with the use of all methods of humiliation of the defendant's in such cases. The most notable cases include advocate Roman Giertych's case and judge Beata Morawiec's case;
   (c) Regular promotions and institutional support in violation of current HR (promotion) procedures of public servants who are amenable to the control of the current Minister of Justice. A recent high profile example of promotion of Disciplinary Spokesman of Common Court judges from the District Court (Sąd Rejonowy) to an Appellate court, bypassing one layer of district court hierarchy (Sąd Okręgowy).

3. Supreme Court continues to question and marginalize the importance of the CJEU judgment requiring its Disciplinary Chamber to stop hearing disciplinary cases. It continues to hear cases concerning the immunity of judges in criminal cases (specifically lifting such immunity), which is an evident breach of CJEU's prohibition. The Disciplinary Chamber also continues to hear disciplinary cases concerning lawyers of other professions, notably advocates.

4. The Constitutional Tribunal continues to ignore the controversies concerning the nomination of three of its judges and taking actions which lead to a destruction of the legal system and cause great difficulties with the application (practice) of the law.

5. The prosecution service continues to violate the rules of due process, creating the so called freezing effect, as in the case of advocate Roman Giertych.

STRESZCZENIE

prof. dr hab. Piotr Kardas
Autor jest adwokatem (ORA w Krakowie), kierownikiem Zakładu Prawa Karnego Porównawczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Stypendystą Fundacji Alexandra von Humboldta, członkiem Komisji Prawnej Polskiej Akademii Umiejętności, członkiem Komisji Prawnej Oddziału Krakowskiego Polskiej Akademii Nauk, wiceprezesem Naczelnej Rady Adwokackiej, przewodniczącym polskiej delegacji do CCBE; Prezydentem Rady Doradczej Fundacji Prawników Europejskich.

Zagrożenia dla praworządności w Polsce w kontekście Raportu Komisji Europejskiej z 2020 r. na temat praworządności. Sytuacja w zakresie praworządności w Unii Europejskiej

Opracowanie zawiera omówienie Raportu Komisji Europejskiej dotyczącego zasady rządów prawa. Prezentuje strukturę oraz zawartość treściową raportu, a także uwagi dotyczące znaczenia tego dokumentu dla funkcjonowania Unii Europejskiej oraz państw członkowskich. Wskazuje na rolę zawartej w raporcie definicji pojęcia „rządy prawa" oraz jego znaczenie w perspektywie unifikacji i harmonizacji stosowania tej zasady przez państwa członkowskie. Odnosi się do kryteriów i płaszczyzn oceny przestrzegania zasady rządów prawa przez poszczególne kraje członkowskie oraz znaczenia przewidzianego w raporcie mechanizmu, służącego zapobieganiu naruszeń tej zasady. Prezentuje ogólne ujęcie analizy stopnia przestrzegania zasady rządów prawa w Polsce, przedstawione w części szczegółowej raportu. Zawiera także omówienie wydarzeń mających miejsce po opublikowaniu raportu, istotnych w perspektywie zagrożeń dla realizacji idei rządów prawa w Polsce.

Pojęcia kluczowe: *rządy prawa, prawo Unii Europejskiej, raport, kryteria oceny przestrzegania zasady rządów prawa, przejawy naruszeń rządów prawa, mechanizm zabezpieczający przed naruszeniami rządów prawa, definicja, unifikacja, prawa człowieka, prawa podstawowe, godność, demokracja*

prof. dr hab. Piotr Kardas
ORCID: 0000-0002-8903-2417; e-mail: pkardas@kardas.com.pl

Autor jest adwokatem (ORA w Krakowie), kierownikiem Zakładu Prawa Karnego Porównawczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Stypendystą Fundacji Alexandra von Humboldta, członkiem Komisji Prawnej Polskiej Akademii Umiejętności, członkiem Komisji Prawnej Oddziału Krakowskiego Polskiej Akademii Nauk, wiceprezesem Naczelnej Rady Adwokackiej, przewodniczącym polskiej delegacji do CCBE; Prezydentem Rady Doradczej Fundacji Prawników Europejskich.

REFERENCES

Barczak-Oplustil Agnieszka, *Obowiązywanie zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2013/3, p. 15

Bieńczak Edyta, *Sprawa immunitetu Beaty Morawiec: Jest decyzja ws. wniosku obrony o wyłączenie sędziego*, 2.11.2020, RMF FM, www.rmf24.pl/newsamp-sprawa-immunitetu-beaty-morawiec-jest-decyzja-ws-wniosku-obr,nId,4831051

Bingham Tom, *Rule of Law*, London 2020

Blackman Josh, *Justice Gorsuch's Legal Philosophy Has a Precedent Problem*, https://www.cato.org/publications/commentary/justice-gorsuchs-legal-philosophy-has-precedent-problem

Blokker Paul, *Constitutional reform in Europe and recourse to the people, Participatory Constitutional Change: The people as amenders of the Constitution*, J. Gerkarth, & X. Contiades (eds), forthcoming

Blokker Paul, *Varieties of populist constitutionalism: The transnational dimension*, „German Law Journal" 2019/20, p. 332–350

Bochyńska Nikola, *KRRiT nie stwierdziła faworyzowania Andrzeja Dudy w debacie TVP*, 2.11.2020, Wirtualne Media, https://www.wirtualnemedia.pl/artykul/krrit-nie-stwierdzila-faworyzowania-andrzeja-dudy-w-debacie-tvp

Bugarić Bojan, Ginsburg Tom, *The Assault on Postcommunist Courts*, "Journal of Democracy" 2016

Czarnecki Paweł, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013

Daly Tom G., *Diagnosing Democratic Decay, Comparative Constitutional Roundtable*, Gilbert&Tobin Centre of Public Law, UNSW, Sydney 7.08.2017

Drinoczi Timea, Bień-Kacała Agnieszka, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, „German Law Journal" 2019/20, p. 1140*European Commission. 2020 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union*, Brussels, 30.09.2020. http://cc.europa.eu/info/publications/2020-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en

Edsall Thomas B., *The Right's Relentless Supreme Court Justice Picking Machine*, „New York Times", 1.10.2020, https://www.nytimes.com/2020/10/01/opinion/amy-coney-barrett-supreme-court.html

Flieger Estera, *Lewicowy faszyzm na pasku TVP*, 29.10.2020, Oko.press, https://oko.press/lewicowy-faszyzm-na-pasku-tvp/

Gizbert-Studnicki Tomasz, Dyrda Adam, Grabowski Andrzej, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, p. 384

Gizbert-Studnicki Tomasz, *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji" vol. CX, *Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej*, Wrocław 2017, p. 16

Grabowski Andrzej, Naleziński Bogumił, *Konstytucyjne prawo do niezawisłego i bezstronnego sądu w państwie pozornie praworządnym*, „Państwo i Prawo" 2020/10, p. 25

Gutowski Maciej, Kardas Piotr, *The Constitutional Tribunal could not have ruled worse: on destroying the system with one decision* (Trybunał Konstytucyjny nie mógł rozstrzygnąć gorzej, czyli o dewastacji systemu jednym rozstrzygnięciem), „Palestra" 2020/10, p. 5–13

Gutowski Maciej, Kardas Piotr, *Opożytkach i szkodach wynikających z pokazowego wykorzystania wobec sędziów i adwokatów środków przymusu procesowego*, 23.10.2020, „e-Palestra" 2020/25, https://palestra.pl/pl/e-palestra/25/2020/o-pozytkach-i-szkodach-wynikajacych-z-pokazowego-wykorzystywania-wobec-sedziow-i-adwokatow-srodkow-przymusu-procesowego

Gutowski Maciej, Kardas Piotr, *O zamachu na godność adwokata. To nie są małe miasteczka na Środkowym Zachodzie w XIX wieku*, 19.10.2020, „Rzeczpospolita", https://www.rp.pl/Opinie/310199901-Maciej-Gutowski-Piotr-Kardas-o-zamachu-na-godnosc-adwokata-To-nie-sa-male-miasteczka-na-Srodkowym-Zachodzie-w-XIX-w.html

Halmai Gábor, *Transitional justice, transitional constitutionalism and constitutional culture*, Jacobson-Comparative Constitutional Theory, Division: 19-chapter19forts

Ideologia LGBT niszczy rodzinę, 13.06.2020 TVP, https://wiadomosci.tvp.pl/48517734/ideologia-lgbt-niszczy-rodzine

Kardas Piotr, *Disciplining judges. On Disciplinary Responsibility and its Threats to Judicial Independence*, Kraków 2020, forthcoming

Kirby Michael The Hon. Justice, AC AMG, *Independence of the Legal Profession: Global and Regional Challenges*, https://www.hcourt.gov.au/publications/speeches/former/speeches-by-the-hon-michael-kirby

Klatt Matthias, *Legal Argumentation and the Rule of Law* (in:) *Legal Argumentation and the Rule of Law*, E. Fertis, H. Kloosterhuis, J. Plug, C. Smith (eds), The Hauge 2016, p. 27

Krajewska Atina, *The judgment of the Polish Constitutional Tribunal on abortion: a dark day for Poland, for Europe, and for democracy*, „UK Constitutional Law Association" 2020/12. Comparative law, Europe, Human rights, Ireland, Judiciary, Northern Ireland, Poland, https://ukconstitutionallaw.org/2020/11/12/atina-krajewska-the-judgment-of-the-polish-constitutional-tribunal-on-abortion-a-dark-day-for-poland-for-europe-and-for-democracy/

Krzemiński Marcin, *Czy następstwem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego może być rozszerzenie penalizacji aborcji*, 2.11.2020, http://konstytucyjny.pl/marcin-krzeminski-czy-nastepstwem-orzeczenia-trybunalu-konstytucyjnego-moze-byc-rozszerzenie-penalizacji-aborcji/

Łętowska Ewa, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, „VerfBlog" 12.11.2020, https://verfassungsblog.de/a-tragic-constitutional-court-judgment-on-abortion/

Łętowska Ewa, *Wokół wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie aborcji*, konstytucyjny.pl. 6.11.2020

Marmor Andrej, *Rule of Law and its Limits*, „USC Public Research Paper" 2016/3, USC The Law School, University of Southern California Law School, Los Angeles

The Rule of Law. History, Theory and Criticism, edited by P. Costa, D. Zolo, The Netherlands 2007

Ortiz Pablo C., *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, academia.edu.documents/607478

Pech Laurent, *Poland and the Rule of Law. Request for a preliminary ruling submitted by the Disciplinary Court of the Bar Association in Warsaw (pending Case C-55/20)*: legal opinion for the CCBE

Pietryga Tomasz, *Małgorzata Manowska: Wewnątrz Sądu Najwyższego istnieją grupy bardzo ekstremalne*, 20.10.2020 „Rzeczpospolita" https://www.rp.pl/Sedziowie-i-sady/310209927-Malgorzata-Manowska-Wewnatrz-Sadu-Najwyzszego-istnieja-grupy-bardzo-ekstremalne.html

Radziewicz Piotr, *Kryzys konstytucyjny i paradygmatyczna zmiana konstytucji*, „Państwo i Prawo" 2020/10, p. 3

Rodriguez Daniel B., McCubbins Mathew D., Weingast Barry R., *The Rule of Law Unplugged*, „Caltech Center for the Study of Law&Politics" 2009

Rosen Jeffrey, *John Roberts Is Just Who the Supreme Court Needed*,

https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/07/john-roberts-just-who-supreme-court-needed/614053/

Tuleja Piotr, *Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r.*, „Państwo i Prawo" 2020/10, p. 48

Wróbel Włodzimierz, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, p. 168

e-PALESTRA
25/2020

Maciej Gutowski, Piotr Kardas

O POŻYTKACH I SZKODACH WYNIKAJĄCYCH Z POKAZOWEGO WYKORZYSTYWANIA WOBEC SĘDZIÓW I ADWOKATÓW ŚRODKÓW PRZYMUSU PROCESOWEGO

Ostatnie tygodnie przyniosły ciąg zdarzeń plastycznie obrazujących, jak bardzo rozluźnione zostały w Rzeczypospolitej reguły rządów prawa. Najpierw nieudolna próba wykazania w uzasadnieniu postanowienia Izby Dyscyplinarnej z 23.09.2020 r. (II DO 52/20), że wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19.11.2019 r. (585/18, 624/18 i 625/18) nie ma „mocy obowiązującej" na gruncie polskiego porządku prawnego. Później swoisty pokaz siły i „prawniczej przebiegłości" ze strony Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, która w oparciu o rzekomo finezyjną prawniczą żonglerkę uchyliła immunitet jednej z sędzi zaangażowanych w działalność stowarzyszeń sędziowskich oraz w działania mające na celu zachowanie podstawowych funkcji niezależnego sądu i niezawisłych sędziów w państwie opartym na idei rządów prawa. Chwilę później brawurowa, realizowana w świetle telewizyjnych kamer akcja zatrzymania adwokata na schodach Sądu Okręgowego w Warszawie, połączona z wielopłaszczyznowym inwigilowaniem zasobów informacyjnych pozostających pod ochroną prawa w dyspozycji jego kancelarii.

Przypadki te plastycznie obrazują nie tyle działania wymierzone w konkretne sądy, prawników, sędziów czy adwokatów, ale usilne dążenie do osłabienia wiarygodności ważnych instytucji oraz zdestabilizowania niezależności przedstawicieli tych zawodów i wywołania efektu mrożącego. Smutne, wręcz przygnębiające. Ilustrujące, jak daleko zaawansowany został proces „reformy"

wymiaru sprawiedliwości. W zasadzie wydawałoby się, że można w tym przypadku jedynie liczyć wielkość strat, oceniać szkody wynikające z tych pokazowych przecież przedsięwzięć. Jeżeli jednak uwzględni się społeczny odbiór, zwiększające się zrozumienie dla roli i funkcji prawników i nierozerwalnie związanych z nimi gwarancji określonych w prawie, a także znaczenie tych reguł dla każdego z nas, to być może z tych przykrych wydarzeń wynikać będą w przyszłości także pewnego rodzaju pożytki.

Budujące może okazać się także to, co wynika ze zwiększającej się świadomości potrzeby zachowania i pogłębienia wspólnoty interpretacyjnej prawników. Stanowienie, wykładnia i stosowanie prawa wymagają spełnienia kilku warunków, w tym przede wszystkim znajomości i przestrzegania przyjmowanego współcześnie paradygmatu interpretacji zawartych w aktach prawnych postanowień. Prawo nie funkcjonuje bez interpretacji. Ważna jest zarówno zawarta w ustawie jego litera, jak i oparty na skomplikowanym mechanizmie wykładniczym sposób jego rozumienia, decydujący o sposobie stosowania przez uprawnione do tego organy. Ten proces oparty jest na powszechnie przyjmowanych regułach wykładni oraz udziale w nim prawników różnych profesji. To oni tworzą „wspólnotę interpretacyjną", w ramach której poszukuje się odpowiedzi na pytanie o treść i znaczenie prawa, znajdującej ostateczny wyraz w rozstrzygnięciu sądu.

To sądy decydują, czym jest i co stanowi prawo w aktach jego jednostkowego stosowania. By mogły to jednak czynić według reguł składających się na demokratyczne państwo prawa realizujące ideę rządów prawa konieczne jest współdziałanie z sądami prawników innych profesji – adwokatów, radców prawnych i prokuratorów. To oni tworzą ową „wspólnotę interpretacyjną", wzajemnie wspierając się i spierając się o sens i znaczenie prawa. Tylko w jej ramach, przy poszanowaniu roli i funkcji przedstawicieli poszczególnych profesji, możliwe jest realizowanie idei rządów prawa. Bywało tak, że politykom udawało się doprowadzać do stanu swoistego „zwaśnienia" pomiędzy przedstawicielami poszczególnych profesji prawniczych. Wywoływać niechęci, zawiści i przeświadczenie, że realizują przeciwstawne interesy, że są w istocie przeciwnikami. Wywoływało to katastrofalne skutki, dla prawa, jego wykładni i stosowania, wreszcie struktury społecznej i poszczególnych jednostek. Jest zupełnie oczywiste, że sensowne odczytywanie i stosowanie prawa wymaga współdziałania prawników, z zachowaniem autonomii oraz podstawowych celów powierzanych im funkcji.

Prawo jest wykładane i stosowane w ramach merytorycznego sporu, w kontradyktoryjnym profesjonalnym zderzeniu. Dzieje się tak nie tylko z tego powodu, że to najlepszy ze znanych sposobów rekonstrukcji treści prawa, uwzględniającej wszystkie jego funkcje i cele oraz pozostające niejednokrotnie w kolizji interesy różnych podmiotów, ale przede wszystkim z tego powodu, że prawo

jest instrumentem rozwiązywania konfliktów i społecznego sterowania opartym na publicznym władztwie. By je sensownie odczytać, odnaleźć sens i znaczenie, ostatecznie zaś sprawiedliwie wykorzystać dla rozwiązania konkretnego sporu, trzeba poszukiwać jego sensu w zderzeniu z różnymi perspektywami. Dlatego właśnie istnienie i właściwe funkcjonowanie wspólnoty interpretacyjnej prawników jest tak ważne. W skomplikowanym, multicentrycznym systemie prawnym, bez tej wspólnoty prawo stanie się zbiorem przypadkowych, niespójnych, rozumianych wedle ich niedoskonałego językowego brzmienia, postanowień zawartych w poszczególnych aktach prawnych, które nie nadają się do realizacji przypisywanej im społecznie funkcji.

Stan dezorientacji pogłębia coraz częściej spotykane prawnicze kuglarstwo, zmierzające do instrumentalnego podporządkowania procesu wykładni z góry zamierzonemu celowi. Niekiedy upstrzone jest ono całkiem pokaźnym zestawem naprawdę zaskakujących prawniczych herezji i plastycznie obrazuje niektóre próby wyprzedzenia oczekiwań własnych lub cudzych. Gdy z perspektywy niepodważalnych zasad systemu prawa przyjdzie ocenić znaczenie niektórych stwierdzeń, nieumiejętność lub brak woli dostrzeżenia istotnych argumentów, nieprecyzyjne sformułowania i język, efekt pokazuje już nie tylko kwestię braku prawniczego warsztatu, ale również brak dobrego smaku. Znacznie bardziej gorzkiego w perspektywie wydarzeń, które przynoszą kolejne odsłony.

Z drugiej strony, wydarzenia ostatnich dni są jednak jednocześnie wyrazem odnawiającej się wśród prawników świadomości ich społecznej roli i funkcji, a także tego, że mogą ją realizować, tylko działając w ramach wspólnoty, spełniając przypisane im role. Znaczenie wspólnoty prawniczej polega nie na tym, że tworzą oni, jak starano się to wmówić społeczeństwu całkiem niedawno, szczególną i zarazem uprzywilejowaną „kastę", ale na tym, że wypełniają powierzone im przez prawo role, służą prawu i ludziom, których interesy i dobra prawo ma chronić. W tym zakresie choć zarówno orzeczenia Izby Dyscyplinarnej SN, jak i pokazowe zatrzymanie adwokata na schodach sądu, to zdarzenia przykre, to jednak reakcja na nie ze strony środowiska prawniczego stwarza pewne nadzieje.

Chcielibyśmy spoglądać na ostatnie wpadki zarówno z perspektywy wynikających z nich szkód, jak i możliwych do uzyskania w dłuższej perspektywie pożytków. Zwłaszcza, choć nie wyłącznie, z perspektywy wykonującego zawód adwokata. Nie tylko dlatego, że zawód ten wykonujemy, lecz również dlatego, że ten właśnie zawód spośród wielu prawniczych ról wydaje się być najsilniej związany z wolnością i w tej perspektywie przedstawia szczególne znaczenie dla realizacji idei rządów prawa. Adwokata, jako profesjonalisty uczestniczącego w imieniu i na rzecz swojego mocodawcy w skomplikowanym procesie wykładni i stosowaniu prawa. Pamiętającego o tym, że działa w imieniu i na

rzecz klienta, nie może zapominać o pełnionej przez adwokata roli społecznej i prawnej ani o związanych z nią imponderabiliach. Ich naruszenie stanowi bowiem zagrożenie nie tyle dla wykonującego ten zawód, co dla idei rządów prawa oraz wszystkich, którzy zechcą lub znajdują się w położeniu wymuszającym skorzystanie z pomocy adwokata.

Zawód adwokata jest zawodem szczególnym. Konstytucja w pełni zasadnie zalicza go do kategorii zawodów zaufania publicznego. Z perspektywy publicznoprawnej jest ściśle reglamentowany. Jego wykonywanie uzależnione jest od spełnienia wielu merytorycznych i formalnych przesłanek. Podlega ścisłej regulacji oraz szczególnej ochronie. Wiąże się z szeregiem powinności, których przestrzeganie niejednokrotnie obwarowane jest rozmaitymi sankcjami. Jakkolwiek wykonywanie profesji adwokata traktowane jest jako rodzaj działalności gospodarczej, adwokat z pewnością nie jest po prostu przedsiębiorcą korzystającym z zasady wolności gospodarowania. Adwokat to konieczny i niezbywalny element wymiaru sprawiedliwości. Tyleż pełniący funkcję prywatną w zakresie wspierania lub reprezentowania swoich mocodawców, co realizujący funkcje publiczne. Pozbawiony adwokatów system byłby żałosną karykaturą, atrapą pozorującą wymierzanie sprawiedliwości. Z tych między innymi względów obowiązujące przepisy prawa stanowią, że podczas i w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych adwokat korzysta z ochrony przewidzianej dla sędziego i prokuratora. Zawód adwokata – podobnie jak urząd sędziego i prokuratora – ma swoją godność, podlegającą instytucjonalnej ochronie. Nie z powodu konkretnych osób wykonujących tę profesję, lecz ze względów systemowych. Nie da się realizować funkcji sądzenia i oskarżenia bez niezależnych adwokatów.

Ochrona godności zawodu adwokata jest w takim samym stopniu istotna jak ochrona godności sędziego i prokuratora. Wszyscy stanowią bowiem konieczne elementy systemu wymiaru sprawiedliwości. Społeczne zaufanie związane jest z szacunkiem dla wykonujących profesjonalne czynności sędziów, prokuratorów i adwokatów. Warto pamiętać, że w ramach postępowań sądowych adwokaci, prokuratorzy i sędziowie korzystają z immunitetu w sferze wypowiedzi, co związane jest z potrzebą zapewnienia możliwości najpełniejszej realizacji przypisanych im zadań. Zarazem są prawnie i etycznie zobowiązani do wzajemnego szacunku, wstrzemięźliwości i powściągliwości, nie z powodu elegancji i smaku, ale ze względów systemowych. Symboliczna przestrzeń wymiaru sprawiedliwości jest bowiem równie ważna jak jej merytoryczny aspekt. Zamach na godność sędziego, prokuratora i adwokata stanowi jedno z najpoważniejszych przewinień dyscyplinarnych. Nie dlatego, że środowisko prawnicze chroni samo siebie, ale dlatego, że bez zachowania immanentnie związanej z tymi profesjami godności system wymiaru sprawiedliwości sprowadzony zostałby do jarmarcznej, karczemnej kłótni.

W powyższym kontekście być może bardziej zrozumiały staje się system reguł określających zasady postępowania adwokata, zarówno w przestrzeni profesjonalnej, jak i poza nią. Rozdzielenie czynności zawodowych od sfery życia prywatnego jest w przypadku tej profesji tak samo trudne, jak w odniesieniu do sędziego i prokuratora. Wydarzenia ostatnich dni plastycznie wskazują trzy obszary, w których naruszenie obowiązujących zasad w stosunku do adwokata musi oznaczać zamach na podstawy systemu wymiaru sprawiedliwości. To sprawia, że dla poważnie i odpowiedzialnie myślącego o swojej profesji prawnika nie ma dla takich żadnego usprawiedliwienia. Jeżeli dopuszcza się ich prawnik, są wyrazem szczególnie dotkliwego sprzeniewierzenia się powołaniu i funkcji prawników. Z tego powodu, nie zaś ze względu na jednostkowe zdarzenie i osobę będącą głównym aktorem dramatu, naruszenia mające ostatnio miejsce są szczególnie wyrazistym przykładem „prawniczego samobójstwa". Trzeba o nich głośno i stanowczo mówić i pisać.

Trzy zamachy to:

1) zamach na godność zawodu, będący jednocześnie wyrazem utraty instynktu samozachowawczego po stronie dokonujących go prawników;
2) zamach na chronioną prawnie tajemnicę,
3) wreszcie zamach na rudymenty rzetelnego procesu.

Każdy z tych zamachów ma znaczenie wykraczające o lata świetlne poza jednostkowy przypadek. Paradoksalnie jest od tego przypadku w sensie personalnym całkowicie niezależny. Nie chodzi w nich bowiem o zamachy na prawa i wolności konkretnej osoby wykonującej zawód adwokata, ale o zamach na zawód i jego społeczną funkcję. Nie chodzi o informacje dotyczące konkretnej osoby wykonującej zawód adwokata, ale o prawa i gwarancje bezimiennych w kontekście ostatniego zdarzenia mocodawców tego adwokata, które zostały pogwałcone w związku z czynnościami rzekomo w tego adwokata wymierzonymi. Nie chodzi wreszcie o procesowe uprawnienia tego adwokata, ale o fundamentalne reguły rzetelnego procesu, które muszą być przestrzegane w każdym przypadku. Jeżeli będziemy milczeć, gdy te reguły deptane są czynowniczymi buciorami, znajdziemy się w świecie autorytarnym, gdzie posiadającemu władzę wszystko wolno. Nikt, niezależnie od politycznych przekonań i krytycznej oceny wymiaru sprawiedliwości, nie może sensownie zgodzić się na takie działania.

Zamach na godność zawodu. W każdej profesji zdarza się, że zachodzi potrzeba wykonania czynności procesowych wobec jednego z jej przedstawicieli. Od czasu do czasu zdarzają się zatrzymania adwokatów i przeszukania w kancelariach. Niestety, zdarzać się muszą, choć szczęśliwie rzadziej niż w przypadku innych zawodów. W tych jednak przypadkach, w których dochodzi do tego typu czynności, uczestniczący w nich i zaangażowani w nie profesjonaliści

powinni zachować szczególną ostrożność i powstrzymać się od jakichkolwiek ekscesywnych reakcji. Dotyczy to przede wszystkim prowadzących czynność przedstawicieli organów ścigania, ale również i adwokatów. Po pierwsze, zatrzymanie powinno mieć miejsce wyłącznie, gdy jest ono rzeczywiście niezbędne. Po drugie, nie powinno ono mieć miejsca przy wykonywaniu czynności zawodowych przez adwokata, wyjąwszy te sytuacje, gdy taki sposób zatrzymania podyktowany jest rzeczywistą koniecznością. Po trzecie, zatrzymanie powinno nastąpić w sposób oględny, z poszanowaniem godności zawodu i funkcji, którą adwokat piastuje przy wykonywaniu swych obowiązków zawodowych, by nie doprowadzić do naruszenia powagi wymiaru sprawiedliwości lub poniżenia adwokata w oczach jego klienta. Po czwarte, środki przymusu bezpośredniego mogą być stosowane tylko wtedy, gdy jest to bezwzględnie konieczne. Po piąte, czynności takie powinny być dokonywane w sposób dyskretny, ponieważ efekt stygmatyzujący jest nieodwracalny w przypadku zawodów zaufania publicznego.

Zatrzymanie adwokata na schodach budynku sądowego, ostentacyjnie dla postronnych obserwatorów, godzi w godność tego zawodu w stopniu zdecydowanie większym, niż przynosi upokorzenie dla zatrzymywanej osoby. Trudno pozbyć się wrażenia, że obrońcę symbolicznie zrównuje z osobami podejrzanymi o popełnienie przestępstwa. Przenosi z przestrzeni strażnika prawa w obszar poddany represji. Obniża prestiż profesji jako takiej, odziera ją z konwencjonalnej powagi. Wystarczy spojrzeć do regulacji odnoszących się do zatrzymania zawartych w Kodeksie postępowania karnego, by dostrzec, że jeśli już konieczne było dokonanie tej czynności, powinna ona mieć miejsce poza sferą bezpośrednio związaną z zawodową aktywnością. Wykonana być powinna dyskretnie i bez rozgłosu. Z zachowaniem zasady efektywności i minimalizacji. W sposób pozwalający uniknąć stygmatyzacji, rozciągającej się na całą profesję, której skutki społeczne dotykać będą wszystkich wykonujących ten zawód. Zatrzymanie pokazowe, z jakim po raz kolejny mieliśmy ostatnio do czynienia, jest oczywiście aktem upokorzenia. Nie ma jednak nic wspólnego z regułami rzetelnego procesu.

Zamach na prawnie chronioną tajemnicę. Adwokat to przywołany do pomocy (stąd nazwa profesji od łacińskiego *advocare*) profesjonalista. Skuteczność jego działania uzależniona jest od dysponowania wiedzą o sprawie powierzanej przez mocodawcę. Wiedza, jaką posiadać musi adwokat, by realizować nałożone na niego przez prawo powinności w interesie klienta, z istoty rzeczy musi podlegać ochronie. Zawsze tak było, wszak szukający pomocy prawnej musi mieć pewność, że wiedza powierzana adwokatowi wraz z prośbą o pomoc nie zostanie użyta przeciwko niemu. Stąd instytucja tajemnicy adwokackiej jako prawniczego obowiązku. Służy wyłącznie ochronie i realizacji interesów korzystających z pomocy adwokata. Dla samego adwokata jest balastem i obowiązkiem, którego naruszenie stanowi przestępstwo i dyscyplinarny delikt.

Adwokat zobowiązany jest do zachowania w poufności wszystkiego, czego dowiedział się od klienta, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Może wykorzystywać posiadaną wiedzę jedynie w interesie klienta. W zakresie pozyskiwanych w związku z wykonywaniem czynności zawodowych informacji adwokat jest ich szczególnie zobowiązanym depozytariuszem. Stąd biorą się szczególne zasady ochrony informacji zgromadzonych w adwokackich aktach, przechowywanych w dokumentach zalegających w kancelarii, na elektronicznych nośnikach.

Tajemnica adwokacka jest chroniona przez prawo, jej ujawnienie wbrew ciążącemu na adwokacie obowiązkowi zachowania poufności stanowi przestępstwo. Podobnie przestępstwem jest uzyskanie bez uprawnienia dostępu do chronionych zasobów adwokackiej tajemnicy. Przeszukanie kancelarii to zatem czynność nad wyraz sensytywna. Przejmując zasoby informacyjne kancelarii adwokackiej, organy wymiaru sprawiedliwości uzyskują wiedzę nie tylko o prowadzącym ją adwokacie, ale przede wszystkim o jego klientach. Gdy chodzi o klientów, którym adwokat udziela pomocy obrończej w ramach procesu karnego, przeszukanie prowadzić może do uzyskania informacji objętych bezwzględną tajemnicą, do których dostępu nikt w żadnym zakresie legalnie uzyskać nie może. Tajemnica obrończa to trzeci, obok tajemnicy spowiedzi i tajemnicy narady sądu nad wyrokiem, przypadek bezwzględnej ochrony. Nie o adwokata tu chodzi, ale o jego klientów. Nie o informacje same w sobie, ale o zasadę, że nikt nie może być zmuszany przez system prawny do obciążania samego siebie. Gdyby zezwolić na swobodne uzyskiwanie informacji z kancelarii adwokackiej przez służby specjalne i organy wymiaru sprawiedliwości, to dysponowałyby one wiedzą niejednokrotnie niekorzystną dla klienta adwokata, przekazaną przez samego klienta. Ufając w zachowanie poufności w stosunku z adwokatem, klient stałby się „informatorem" we własnej sprawie. Ta zasada odnosi się oczywiście także do adwokata.

Wszystko to sprawia, że adwokat – pod rygorem odpowiedzialności karnej – chronić ma zasoby powierzonych mu przez klientów informacji, w ich i wymiaru sprawiedliwości interesie. Adwokat może i powinien je wykorzystywać jedynie w interesie i na korzyść klienta za jego zgodą. Przeszukanie kancelarii z tych względów, nie zaś z uwagi na interesy i ochronę prowadzącego cudze sprawy adwokata, poddane zostało szczególnym rygorom.

Obecność adwokata przy przeszukaniu, możliwość wypełnienia sankcjonowanego karą obowiązku wskazania tych materiałów i nośników, które nie dotyczą sprawy objętej zakresem przeszukania, wyselekcjonowanie informacji dotyczących obrony innych osób oraz zapewnienie ich nienaruszalności, to wymogi elementarne. Znane każdemu prawnikowi. Podobnie jak służąca realizacji interesów klientów adwokata, nie zaś jego ochronie, obecność przy przeszukaniu kancelarii przedstawicieli samorządu adwokackiego. Naruszenie tych zasad

godzi w zaufanie i prawa każdego, kto korzysta, korzystał lub będzie korzystać kiedykolwiek z pomocy jakiegokolwiek adwokata. Nikt, także wykonujący czynności przeszukania kancelarii adwokackiej z naruszeniem prawa w zakresie ochrony poufności informacji, nie chciałby znaleźć się w świecie, w którym zawartość treściowa rozmowy z prawnikiem, u którego szukamy pomocy, może zostać w oparciu o źle rozumiane i wykorzystywane w złej woli władztwo publiczne „przejęta" przez organy ścigania. W interesie każdego z nas, także tych, którzy zlecili i wykonywali ostatnie czynności przeszukania kancelarii adwokackiej, trzeba z naciskiem sprzeciwiać się wszelkim naruszeniom. Stanowią przekroczenie prawa, sankcjonowane przez normy dyscyplinarne i karne, przenosząc nas w orwellowski świat. Nikt nie skorzysta z pomocy adwokata, mając świadomość, że powierzone mu tajemnice mogą zostać przejęte przez funkcjonariuszy CBA w trakcie rutynowej czynności przeszukania kancelarii.

Zamach na reguły rzetelnego procesu. Według być może nadmiernie liberalnej koncepcji każdemu przysługuje konstytucyjne podmiotowe prawo do obrony. Aktualizuje się najpóźniej w momencie, gdy organy procesowe rozpoczynają realizację czynności zmierzających do postawienia zarzutów. Skorzystanie z tego prawa wymaga pełnej świadomości podmiotu, wobec którego wykonywane są określone czynności procesowe. Dokonanie czynności konwencjonalnej ogłoszenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów nie w budynku prokuratury, ale w szpitalu, gdzie ze względu na konieczność udzielenia bezpośredniej pomocy medycznej przebywa osoba, wobec której czynność ta ma być zrealizowana, jawi się jako groteska lub horror. Jeżeli zarzuty ogłoszono osobie pozbawionej ze względu na dysfunkcje organizmu i udzielaną pomoc medyczną elementarnych zdolności percepcyjnych, to jak można mówić o skuteczności dokonania tej czynności, skoro jej podstawowym celem jest poinformowanie osoby – stającej się w tym momencie podejrzanym – o podstawach faktycznych i prawnej ocenie zarzutów, pouczenie o przysługujących jej prawach, odebranie podstawowych oświadczeń, w tym o woli skorzystania z pomocy obrońcy, udzieleniu temu obrońcy wskazań i instrukcji, oświadczeniu co do przyznania się lub zanegowania popełnienia zarzucanych czynów, złożeniu wyjaśnień oraz odpowiedzi na pytania prowadzącego czynność oraz obrońcy. Nie ma w powyższym kontekście żadnego znaczenia to, czy polski system prawa procesowego przewiduje sankcję nieważności czynności proceduralnych. Nie jest ważne, czy można odwoływać się do koncepcji *sententia non existens.* Nie jest również w najmniejszym stopniu znaczące to, że czynność tę pozornie przeprowadzono po to, by zastosować wobec pozbawionego pełnych zdolności percepcyjnych środki zapobiegawcze, w tym zakaz wykonywania zawodu. Istotne jest jedynie to, że w ten sposób dokonano gwałtu na zasadach procesowych. Pokazano, że wobec każdego, wedle swoiście rozumianej zasady równości, można w szpitalu, na sali porodowej (jak miało to miejsce przed laty i skutkowało dyfamującym

Rzeczpospolitą Polską orzeczeniem ETPCz stwierdzeniem naruszenia elementarnych zasad rzetelnego procesu) uczynić wszystko pod pretekstem ścigania przestępców.

Ściganie przestępców i doprowadzanie do skutecznego ich ukarania to jedna z podstawowych funkcji państwa, nie da się jej jednak realizować, opierając się na zasadach obowiązujących w dziewiętnastym stuleciu w małych miasteczkach Środkowego Zachodu.

prof. dr hab. Maciej Gutowski
ORCID: 0000-0002-3792-5088; e-mail: gutowski@gutowski.pro

Autor jest adwokatem (ORA w Poznaniu), dziekanem Okręgowej Rady Adwokackiej w Poznaniu, profesorem zwyczajnym w Katedrze Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, członkiem Naczelnej Rady Adwokackiej, redaktorem naczelnym miesięcznika „Palestra".

prof. dr hab. Piotr Kardas
ORCID: 0000-0002-8903-2417; e-mail: pkardas@kardas.com.pl

Autor jest adwokatem (ORA w Krakowie), kierownikiem Zakładu Prawa Karnego Porównawczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Stypendystą Fundacji Alexandra von Humboldta, członkiem Komisji Prawnej Polskiej Akademii Umiejętności, członkiem Komisji Prawnej Oddziału Krakowskiego Polskiej Akademii Nauk, wiceprezesem Naczelnej Rady Adwokackiej, przewodniczącym polskiej delegacji do CCBE; Prezydentem Rady Doradczej Fundacji Prawników Europejskich.

e-PALESTRA
28/2020

Adwokatura XXI wieku: kompetentna i nowoczesna

NASZ ZAWÓD, NASZ SAMORZĄD, NASZ WIZERUNEK

Wyzwolić energię i siłę Adwokatury

I. NASZ ZAWÓD

1. **Samorząd dla adwokata, wspierający, reprezentatywny:**
   a. Samorząd wspierający, słuchający i współdziałający z adwokatami, odpowiadający na realne potrzeby środowiska na poziomie izbowym oraz krajowym; reprezentatywny i łączny ze środowiskiem,
   b. Ochrona i wspieranie wizerunku oraz zaufania publicznego do adwokatów. Reakcja samorządu na próby podważenia pozycji zawodowej adwokata. Samorząd realizujący swe zadania i rzetelnie informujący społeczeństwo,
   c. Samorząd reprezentujący interesy adwokatów w relacjach z organami władzy, zapewniający wsparcie w płaszczyznach: wykonywania zawodu, niezależności adwokata i tajemnicy adwokackiej, pozycji i sytuacji rynkowej, spowodowanej sytuacjami nadzwyczajnymi, regulacją prawną, barierami urzędowymi, nieuczciwą konkurencją,
   d. Samorząd przewidujący i kreujący rzeczywistość.
2. **Dobre prawo – przyjazne otoczenie zawodowe**. Proaktywna postawa samorządu dla realizacji zadań ustawowych w zakresie związanym z zapewnieniem właściwych warunków świadczenia pomocy prawnej; intensyfikacja ważnych prac projektowych i lobbingowych.

Dobry projekt + właściwy czas => szansa na efekt

A. Zmiany w Prawie o adwokaturze i w innych aktach prawnych – ramy aktywności zawodowej:

a. jednolitość fiskalnego obciążenia równoważnych form wykonywania zawodu adwokata (podatki i ubezpieczenie społeczne),
b. poszerzenie możliwości prawnych świadczenia usług przez adwokatów przy użyciu form prawnych umożliwiających ograniczenie odpowiedzialności, jak np. w spółkach kapitałowych,
c. stopniowe poszerzanie sfery aktywności adwokackiej w celu zwiększenia konkurencyjności i pozycji na rynku,
d. wspieranie rozwoju doradztwa korporacyjnego, kontraktowego, negocjacyjnego, sądownictwa polubownego i mediacji,
e. ubezpieczenie społeczne i zabezpieczenie socjalne ze szczególnym uwzględnieniem problemów kobiet związanych z łączeniem macierzyństwa i wykonywania zawodu,
f. mechanizmy ułatwiające kobietom wychowującym dzieci wykonywanie obowiązków wynikających z pełnienia funkcji samorządowych.

B. Prawne ramy w sferze praktycznego wykonywania zawodu:

a. aktywizm adwokacki w procesie jako środek wzmacniający prawa jednostki i jako podstawa ewentualnego postulowania poszerzenia przymusu adwokackiego,
b. odejście od procesu „formułkowego", redukcja nadmiernego formalizmu poprzez podejmowanie właściwych inicjatyw legislacyjnych,
c. ograniczenie przewlekłości postępowania; wprowadzenie mechanizmów wyznaczania rozpraw dzień po dniu,
d. zwiększenie roli adwokata w procesie, zwłaszcza w płaszczyźnie postępowania dowodowego, poprzez doprecyzowanie uregulowań w przedmiocie dowodów z przesłuchania świadków i przeprowadzania dowodów z dokumentów na etapie przedsądowym,
e. dopuszczenie adwokatów do czynności zastrzeżonych przez Kodeks spółek handlowych dla notariuszy,
f. zmiany w systemie doręczeń, w tym opcjonalnych dla adwokatów doręczeń elektronicznych,
g. zmiany zmierzające do zwiększenia możliwości komunikacji z sądem przy pomocy środków elektronicznych,
h. bezpośredni dostęp adwokatów do baz w systemie informatycznym,
i. mechanizmy wspierające rozwój mediacji i sądownictwa polubownego (wsparcie instytucjonalne, szkoleniowe, e-learningowe oraz materiały szkoleniowe).

C. Postępowania dyscyplinarne:

a. wzmocnienie i uproszczenie samorządowego postępowania dyscyplinarnego (regulacja zarówno prawem powszechnie obowiązującym, jak i regulaminem),

b. uproszczenie procedur dyscyplinarnych,
c. prawo w działaniu – zobiektywizowanie, zwiększenie tempa i efektywności postępowań dyscyplinarnych; adekwatna, proporcjonalna, właściwie komunikowana reakcja,
d. skoordynowane zwalczanie przejawów nieuczciwej konkurencji.

D. Zmiany w zakresie etyki; dostosowanie zasad deontologicznych do realnych potrzeb adwokatów:
a. **poszerzenie dopuszczalnych podstaw** działania w ramach rozmaitych sfer wykonywania zawodu adwokata,
b. **poszerzenie prawa do rzetelnej informacji** niebędącej reklamą. Nieprecyzyjne uregulowania powodują ograniczenia w wykorzystaniu dostępnych działań marketingowych, nie są efektywne w praktyce, bywają nieprzestrzegane i obniżają konkurencyjność adwokackiej profesji w stosunku do innych zawodów prawniczych,
c. **wspólny rdzeń zasad deontologicznych, zróżnicowane zasady szczegółowe** w zależności od specyfiki podejmowanych czynności. W ramach wykonywania zawodu adwokata może mieścić się np. wykonywanie części usług księgowych czy audytorskich, a nawet niektórych form pośrednictwa. Specjalizacja kancelarii adwokackich wymaga instrumentów umożliwiających konkurencję z dużymi podmiotami wielobranżowymi na rynku prawniczym,
d. **zasady etyczne dla szerokiej działalności**, nieograniczone do specyfiki działania adwokata sądowego. Deontologiczne uwzględnienie usług adwokackich doradztwa prawnego, podatkowego, prawno-biznesowego, transakcyjnego, negocjacyjnego, a także w sferach dopuszczalnych, a niezwiązanych z działalnością adwokacką,
e. **deontologia ADR**. Adwokacka działalność w sferze ADR wymaga wyraźnych deontologicznych zasad działania adwokatów-mediatorów, adwokatów-arbitrów i pełnomocników w tych postępowaniach.

E. Zmiany w doskonaleniu zawodowym:
a. rozwój i budowa nowoczesnych form szkolenia zawodowego z uwzględnieniem rozwoju technologicznego i informatyzacyjnego,
b. nowoczesny, zróżnicowany i interdyscyplinarny program szkolenia zawodowego,
c. doskonalenie zawodowe obejmujące inne formy wykonywania zawodu niż występowanie na sali sądowej, w szczególności doradztwo korporacyjne, prawno-biznesowe, podatkowe, negocjacje, mediację, arbitraż, aspekty psychologiczne, aspekty marketingowe,
d. szeroki dostęp do przyjaznych i nowoczesnych materiałów i szkoleń on-line; „instrukcje postępowania" w trudnych sytuacjach związanych z wykonywaniem zawodu (np. zwolnienie z tajemnicy, kontrola skarbowa, kontrola ZUS, przeszukanie w kancelarii itp.),

e. budowa mechanizmów i organizacja szkoleń międzyizbowych,
f. upowszechnienie i ułatwianie przepływu kadry szkoleniowej pomiędzy izbami,
g. utworzenie ogólnopolskiej bazy wiedzy dla adwokatów, poszerzenie oferty adwokackich publikacji, współpraca z wydawnictwami prawniczymi.

F. **Zmiany w organizacji aplikacji adwokackiej:**
a. **solidarnościowy mechanizm szkolenia aplikanckiego:** uruchomienie mechanizmów wspierających mniejsze izby tak w zakresie finansowania szkolenia, jak w zakresie kadry szkoleniowej,
b. **mechanizmy wspierające** dla aplikantek łączących aplikację z macierzyństwem,
c. **zmiana programu szkolenia** – aplikacja ma uczyć nie przepisów, lecz umiejętności wykładni i stosowania prawa w nowoczesnym, zinformatyzowanym i zmieniającym się otoczeniu prawno-gospodarczym:
   i. I i II rok – szkolenie przyporządkowane etapom prowadzenia spraw sądowych (brak nawiązań do systematyki kodeksowej),
   ii. III rok – szkolenie z zakresu pozasądowego świadczenia pomocy prawnej, w szczególności doradztwo korporacyjne, prawno-biznesowe, podatkowe, negocjacje, mediacja, arbitraż oraz przygotowanie do egzaminu adwokackiego,
d. **zintegrowany system szkolenia** – międzyizbowe lub centralne wsparcie w specyficznych, objętych wysoką specjalizacją obszarach,
e. **wypracowanie ogólnopolskich standardów szkolenia**, w tym aktywnego udziału patrona w organizacji aplikacji, oraz **ogólnopolskich standardów egzaminowania**, przeprowadzania kolokwiów i sprawdzianów,
f. **opracowanie ogólnopolskiej listy wykładowców**,
g. **uzupełnienie szkolenia o rozwijające się obszary prawa**, z którymi aplikantki i aplikanci nie stykają się na studiach, promowanie kształcenia adwokata posiadającego wiedzę merytoryczną nie tylko związaną z prawem procesowym, ale również w dziedzinach prawa, w których konkurują inne korporacje (radcy prawni, doradcy podatkowi, rzecznicy patentowi),
h. **budowa bazy wiedzy** dla aplikantów przygotowujących się do egzaminów zawodowych, **opracowanie podręczników** obejmujących zagadnienia egzaminacyjne i praktyczne,
i. **materiały szkoleniowe:** zintensyfikowanie mechanizmów przygotowujących szkoleniową bazę na poziomie centralnym (materiały szkoleniowe, integracja z OBA) w sposób umożliwiający aplikantkom i aplikantom pełne przygotowanie do wykonywania zawodu.

G. Nieodpłatna pomoc prawna:

a. **rynkowość**: sukcesywne zmierzanie w kierunku stworzenia systemu nieodpłatnej pomocy prawnej opartego na zasadach rynkowych,

b. **dobrowolność**: usprawnienie modelu „nieodpłatnej pomocy prawnej" jako formy dobrowolnego świadczenia usług przez adwokatów na podstawie umowy ze Skarbem Państwa i jednostkami samorządu terytorialnego,

c. **kompleksowość**: zapewnienie, że adwokat świadczący nieodpłatną pomoc prawną spełnia wszystkie wymogi ustawowe i posiada pełne kompetencje,

d. stworzenie mechanizmów i struktur do uczestniczenia adwokatów w **nieodpłatnej pomocy obywatelskiej**.

H. Ubezpieczenia prawne:

a. **inicjatywa**: podjęcie działań zmierzających do wprowadzenia i upowszechnienia ubezpieczeń prawnych wśród różnych grup społecznych, z uwzględnieniem osób fizycznych,

b. **dostępność**: wprowadzenie mechanizmów, które ułatwiają i gwarantują dostępność cenową wykorzystania ubezpieczeń prawnych,

c. **instytucjonalność**: wykorzystanie istniejących organizacji oraz stworzenie nowych podmiotów umożliwiających przystąpienie do ubezpieczenia prawnego przez wszystkich zainteresowanych,

d. **konkurencyjność:** zorganizowanie systemu ubezpieczeń prawnych na zasadzie wspomagania systemu nieodpłatnej pomocy prawnej i nieodpłatnej pomocy obywatelskiej.

I. Pomoc prawna *pro bono*: ukształtowana poprzez odpowiedni wybór adresata, tj. świadczona osobom rzeczywiście potrzebującym i niemogącym skorzystać z pozostałych form odpłatnej lub nieodpłatnej pomocy prawnej.

J. Udział Adwokatury w powiększającym się obszarze wykorzystywania rozwiązań IT i w związanych z nim zmianach legislacyjnych:

a. zwiększenie dostępności i wykorzystywania innowacyjnych rozwiązań technologicznych dla Adwokatury,

b. stopniowe wkraczanie Adwokatury w mechanizmy działania sztucznej inteligencji w sferze prawnej; programy wdrażające adwokatów jako obowiązek samorządu,

c. wykorzystanie przez Adwokaturę mediacji online i elektronicznego postępowania arbitrażowego jako wzorca umożliwiającego usprawnienie postępowania sądowego,

d. upowszechnienie podpisu elektronicznego weryfikowanego na podstawie kwalifikowanego certyfikatu i ułatwienie uzyskania go przez adwokatów,

e. wpływ Adwokatury na ukształtowanie modelu IT stosowania prawa: postępowania elektroniczne, doprecyzowanie zakresu platformy

ePUAP, doręczenia elektroniczne, elektroniczne czynności procesowe i środki zaskarżenia, mechanizmy elektronicznego rozwiązywania sporów,

f. wyraźny głos Adwokatury w procesie legislacyjnym zmierzającym do obligatoryjnego korzystania z rozwiązań informatycznych, np. e-doręczeń (stopniowe wdrażanie na zasadzie dobrowolności),

g. rozwój, upowszechnianie, szkolenie w zakresie zmian w biznesie wynikających ze stosowania IT: wykorzystywanie zawierania umów przy użyciu form elektronicznych i metod zautomatyzowanych (umowy przez Internet, umowy przy użyciu botów internetowych), powszechność mechanizmów automatyzacyjnych.

II. NASZ SAMORZĄD

1. **Samorząd nowoczesny, skoordynowany, profesjonalny, oszczędny i apolityczny:**
   a. **Nowoczesność**:
      i. stworzenie programów zintegrowanego zarządzania sprawami członków samorządu adwokackiego, w tym postępowaniami skargowymi, dyscyplinarnymi, toczącymi się przed rzecznikiem i przed sądem, listami adwokatów-mediatorów i adwokatów-arbitrów, sprawami z urzędu. Wprowadzenie w pełni zintegrowanego przepływu informacji na poziomie międzyizbowym, NRA i poszczególnych adwokatów,
      ii. ujednolicenie systemów wykorzystywanych przez Naczelną Radę Adwokacką i izby adwokackie.
   b. **Koordynacja**:
      i. stworzenie mechanizmów digitalizacji akt osobowych, zintegrowania cyfrowego postępowań na poziomie izbowym i centralnym. Zintegrowany system informacyjny zawierający akta postępowań, uchwały i inne rozstrzygnięcia oraz protokoły posiedzeń z różnymi poziomami dostępu na płaszczyźnie indywidualnej – ORA, NRA, SD, WSD, RD, RDA,
      ii. stworzenie cyfrowej bazy rozstrzygnięć w sprawach samorządowych w powtarzalnych sprawach. Ułatwienie stopniowego ujednolicenia praktyki rozstrzygnięć na poziomie centralnym i izbowym. Wymiana doświadczeń i dobrych praktyk na poziomie międzyizbowym i NRA.
   c. **Profesjonalizm**: wdrożenie mechanizmów umożliwiających funkcjonowanie i przepływ informacji pomiędzy organami samorządowymi poszczególnych izb oraz NRA, gwarantujących szybkość, rzetelność, przejrzystość i zachowanie standardów funkcjonowania współczesnego samorządu zawodowego.

d. **Optymalizacja kosztów**:
   i. wypracowanie rozwiązań na poziomie centralnym oraz integracja systemów dadzą oszczędności w Adwokaturze, zwłaszcza dla izb korzystających ze wspólnych rozwiązań. Integracja systemów wyeliminuje konieczność powtarzania niektórych prac w ramach izb,
   ii. optymalizacja działalności Biura Naczelnej Rady Adwokackiej,
   iii. pozyskiwanie środków z programów krajowych i międzynarodowych.
e. **Neutralność polityczna**: Adwokatura jako przedstawiciel wszystkich adwokatów niezwiązana z żadną siłą polityczną. Adwokatura otwarta na szeroką współpracę, wspieranie inicjatyw korzystnych dla adwokatów, stojąca zawsze po stronie obywateli. Zachowująca przestrzeń do dialogu w ważnych sprawach dotyczących adwokatów i obywateli.

2. **Samorząd o szybkich i drożnych mechanizmach decyzyjnych**. Brak decyzji na poziomie władz samorządowych jest czynnikiem wizerunkowo i merytorycznie dewastującym. Rolą Samorządu jest zapewnienie efektywnego schematu:

   identyfikacja problemu =>projekt decyzji =>uruchomienie właściwego gremium =>decyzja =>wykonanie decyzji => (w razie potrzeby) **komunikowanie decyzji** oraz podjętych kroków wedle ustalonej wcześniej strategii komunikacji (na zewnątrz).

3. **Organy samorządu o czytelnych kompetencjach**: wykształcenie przejrzystej i wyraźnej struktury kompetencyjnej wewnątrz Prezydium i NRA:
   a. każde stanowisko w Prezydium to wyraźnie określony i objęty odpowiedzialnością obszar kompetencji,
   b. elekcyjne członkostwo w NRA z wyraźnym własnym obszarem zadań, przyporządkowanym funkcjonalnie właściwym kompetencjom na poziomie prezydialnym. Kompetencje przenikające na poziom izby koordynowane pomiędzy NRA a izbami,
   c. sprawny system komunikacji gwarantujący należyty przepływ informacji wewnątrz Prezydium i w obrębie NRA. Skoordynowanie działań wymagających zaangażowania osób odpowiedzialnych za różne obszary kompetencji,
   d. komisje przy NRA związane z obszarami kompetencyjnymi j.w. – kierowane przez członkinię lub członka NRA odpowiedzialnego za dany obszar; koordynowane przez odpowiednią dziekan lub dziekana albo osobę wskazaną na poziomie izbowym,
   e. zintegrowanie działalności podejmowanej centralnie z działalnością koordynowaną przez dziekanów i ich przedstawicieli w komisjach, sekcjach, Prezydium i NRA,

f. zintegrowany i profesjonalnie zarządzany mechanizm organizowania i finansowania obligatoryjnej działalności samorządowej.

4. **Samorząd czytelnie finansowany**: finansowanie oparte na budżetowaniu środków przeznaczonych na realizację poszczególnych zadań – projektów, w oparciu o prognozy kosztowe, przygotowywane z należytym wyprzedzeniem. Budżet opracowany przez NRA na takiej podstawie, z udziałem osób koordynujących poszczególne obszary kompetencyjne. Realizacja budżetu przez Prezydium jako działalność wykonawcza i techniczna.
5. **Jedność i wspólnota**:
   a. **wzmocnienie znaczenia KZA**. KZA jako platforma wymiany myśli. Wykorzystanie tej możliwości komunikacji z delegatami w sposób szerszy niż w toku zjazdu zwyczajnego, zdominowanego przez wybory,
   b. **inkluzywność Adwokatury:**
      i. umożliwienie włączania w działalność samorządową adwokatów spoza samorządowych struktur, respektowanie i analiza potrzeb członków Adwokatury niewłączających się w działalność samorządową,
      ii. tworzenie i rozwijanie mechanizmów ułatwiających kobietom pełnienie funkcji samorządowych oraz branie aktywnego udziału w życiu samorządowym,
      iii. zapewnienie warunków równoprawnego uczestniczenia mniejszych izb w funkcjonowaniu samorządu (platformy wsparcia z poziomu NRA, mechanizmy wspierające organizacyjnie i finansowo),
      iv. niedopuszczenie do podziałów środowiska według linii, które nie są związane z problemami Adwokatury i nie powinny dzielić adwokatów. Koncentracja wokół pozytywnych i ważnych dla środowiska projektów. Zogniskowanie na tym, co łączy, a nie na tym, co dzieli,
   c. **wewnętrzne zintegrowanie środowiska adwokackiego**: szeroka integracja wokół rozmaitych wspólnych płaszczyzn. Projekty profesjonalne (adwokackie), integracyjne, kulturalne, sportowe, naukowe, legislacyjne. Każda z tych płaszczyzn wymaga silnego wzmocnienia, zarówno na poziomie krajowym, jak i w przypadku inicjatyw o zasięgu lokalnym,
   d. **udrożnienie kanałów komunikacyjnych:** śledzenie, analizowanie głosów środowiska i wykorzystywanie jego potencjału. Stworzenie warunków i płaszczyzn do prowadzenia konsultacji środowiskowych. Sukcesywne włączanie zainteresowanych adwokatów w aktywność samorządu, zarówno na poziomie NRA, jak i izb adwokackich. Prezydium jako koordynator właściwego przepływu informacji.
6. **Samorząd solidarny i wspierający**. Różnice pomiędzy izbami wymagają stworzenia mechanizmów solidarnościowych w obszarach objętych samorządową aktywnością (np. aplikacja adwokacka, szkolenie zawodowe). Mechanizmy te powinny uwzględniać różnice pomiędzy izbami i przewidywać

rozwiązania wariantowe zależne m.in. od wielkości izby. Realizacja obowiązkowej działalności wymaga podobnych mechanizmów organizacyjnych i możliwości finansowych. Wsparcie przez instytucjonalną Adwokaturę obszarów organizacyjnie lub finansowo słabszych.

7. **Samorząd działający strategicznie**. Realizowanie przez Prezydium przyjętej i aktualizowanej w miarę potrzeb strategii. Ograniczenie mechanizmów decyzyjnych *ad hoc*. Posługiwanie się strategią długofalową, nieograniczoną czasowo do końca kadencji i niezorientowaną na rozwiązywanie jedynie problemów doraźnych. Identyfikacja długoterminowych celów, które powinny być realizowane przez samorząd. Bazowanie na przemyślanej strategii i wypracowanie standardów rozwiązywania problemów doraźnych w miejsce pospiesznych i reaktywnych mechanizmów zaradczych i naprawczych.
8. **Adwokatura jako intelektualna siła**. Zintegrowanie OBA i Palestry => budowa silnego ośrodka intelektualnego, think tanku i „hubu" informacyjnego. Intensywne badania potrzeb środowiska adwokackiego. Obserwacja trendów i działań środowisk innych korporacji, korzystanie z dobrych praktyk i rozwiązań. Współpraca z właściwymi komórkami ustrukturyzowanej i kompetencyjnie przejrzystej komisji legislacyjnej.
9. **Samorząd międzynarodowy**. Szerokie i intensywne działanie w strukturach międzynarodowych. Współpraca z zagranicznymi samorządami adwokackimi. Dbałość o reprezentatywność Adwokatury w międzynarodowych organizacjach samorządów zawodowych, zwłaszcza w ich władzach centralnych (CCBE, UIA, IBA). Wykorzystanie działania na arenie międzynarodowej do wzmocnienia szkolenia aplikanckiego, adwokackiego doskonalenia zawodowego, mediacji i arbitrażu oraz zbudowania bazy materiałów szkoleniowych.
10. **Samorząd aktywny w sferze prawnej**:
    a. **aktywna działalność Adwokatury**, nakierowana na rozwiązywanie problemów ogólnoprawnych ważnych dla adwokata oraz dotyczących sfery wykonywania zawodu adwokata. Stała komunikacja: NRA – działalność legislacyjna,
    b. **głos Adwokatury wyraźny w sferze tworzenia prawa**: dotyczący w równej mierze sfery wykonywania adwokackiej profesji, pozycji prawnej obywatela, jak i zagadnień ustrojowych – wyrażany zarówno w relacjach z ciałami prawodawczymi, jak i komunikowany społeczności adwokackiej oraz społeczeństwu, wsparty propozycjami konstruktywnymi, obrazującymi rozwiązania optymalne. Adwokatura nie tylko powinna zgłaszać zagadnienia problemowe, ale też pokazywać właściwe sposoby rozwiązania tych problemów,
    c. **szczególny status projektów ustrojowych (PoA)**. Pełne wykorzystanie przez Adwokaturę właściwego czasu. Monitoring w celu dostrzeżenia przez Adwokaturę optymalnego czasu uruchomienia procesów zmierzających do poprawy jej otoczenia normatywnego. Konieczność opracowania projektów

w celu wykorzystania ich w „legislacyjnych okienkach". Konieczność stałej współpracy, zinstytucjonalizowanej i zintegrowanej na poziomie NRA i Izby,

d. **legislacja dla adwokata. Skuteczność**. Adwokatura w płaszczyźnie legislacyjnej musi komunikować się z Ustawodawcą. Jest częścią Państwa, więc w tych strukturach musi uczestniczyć, co nie oznacza bezgranicznej aprobaty ani bezgranicznej dezaprobaty. Efekt synergii. Adwokatura potrzebna Państwu, a Państwo Adwokaturze,

e. **projekty profesjonalne.** W czasach błyskawicznych zmian prawa zorientowanie wysiłków legislacyjnych i intelektualnych wokół projektów profesjonalnych. Niektóre z nich będą wdrażane wraz z rozwojem technologii, inne natomiast mogą spotkać się z przyjaznym przyjęciem w razie odpowiednich działań lobbingowych.

11. Samorząd a pozasądowe formy wykonywania zawodu adwokata:

a. wspieranie instytucjonalne, szkoleniowe, deontologiczne i informatyczne wykonywania zawodu w sferze doradztwa prawnego, korporacyjnego, podatkowego, biznesowego, negocjacyjnego, mediacyjnego, arbitrażowego i innych sposobów funkcjonowania adwokatów na rynku usług prawnych,

b. wykorzystanie Centrum Mediacji przy NRA jako ośrodka koordynującego i wspierającego ośrodki przy wszystkich Izbach Adwokackich, działającego na zasadach ustalonych przez poszczególne Rady Adwokackie,

c. działania zmierzające do poszerzania rynku pozasądowego rozwiązywania sporu jako ważnej formy wykonywania zawodu adwokata.

III. NASZ WIZERUNEK

1. **Budowa wizerunku Adwokatury** jako samorządu silnego, odważnego, stającego w obronie swobód obywatelskich, wywierającego realny wpływ na stan przestrzegania prawa w Polsce. Budowa zaufania obywateli do Adwokatury i uświadamianie ich o przydatności korzystania z pomocy adwokackiej.
2. **Skoordynowanie strategii wizerunkowej z priorytetowymi zadaniami Adwokatury**, z przekazem zewnętrznym zawodu adwokata, z właściwymi standardami zawodu, z przekazem płynącym ze środowiska adwokackiego i opinii publicznej.
3. **Właściwa i szybka reakcja na nieprawidłowości**. Szybkie, adekwatne i prawidłowe reagowanie na nieprawidłowości w środowisku adwokackim. Szybka reakcja na skargi, zawiadomienia dyscyplinarne, postępowania przygotowawcze. Reakcja dyscyplinarna i właściwa komunikacja decyzji. Zaniechania w tym obszarze są wizerunkowo dewastujące w przypadku zawodu zaufania publicznego.
4. **Profesjonalny i nowoczesny samorząd**. Właściwe wypełnianie zadań samorządu wpływa na kształtowanie wizerunku.
5. **Budowa profesjonalnego systemu komunikacji medialnej** o działalności publicznej Adwokatury.

6. **Profesjonalny rzecznik prasowy NRA** z zawodowym doświadczeniem w działalności medialnej.
7. **Budowa wizerunku Adwokata**. Poszerzanie postrzegania zawodu „adwokat" w kierunku wykraczającym poza zbyt wąsko potocznie rozumianą rolę: pełnomocnika w sprawach procesowych i obrońcy w sprawach karnych; budowanie wizerunku jako reprezentanta w sprawach korporacyjnych, własności intelektualnej, nowych technologii, mediatora, arbitra, doradcy prawnego, korporacyjnego, podatkowego i prawno-biznesowego oraz w innych ważnych sferach aktywności adwokatów na rynku usług prawniczych.
8. **Trafianie „w punkt".** Akcje wizerunkowe skoordynowane z pożądanymi społecznie akcjami adwokackimi. Uchwycenie właściwego czasu pozwala zwielokrotnić efektywność akcji, skierowanie przekazu na zewnątrz – do odbiorców usług adwokackich.
9. **Adwokatura jako profesjonalista.** Aktywna działalność ekspercka w mediach. Reagowanie na istotne dla obywateli wydarzenia związane z rzeczywistością prawną. Propagowanie zasady dobrej legislacji, by akt normatywny nie był wielokrotnie zmieniany w krótkich odstępach czasu. Wspieranie zasady jednolitej wykładni prawa stosowanej przez sądy. Samorząd wrażliwy na potrzeby społeczno-gospodarcze, współpracujący w rozwiązywaniu sytuacji kryzysowych lub społecznie skomplikowanych.
10. **Wizerunek kształtowany poprzez wsparcie kultury i oświaty.** Oddziaływanie wizerunkowe poprzez zaangażowanie w promocję kultury, oświaty, myśli prawniczej – sfer tak mocno dziś zaniedbanych.
11. **Ocieplanie wizerunku Adwokatury** poprzez włączanie i wspieranie znaczących akcji społecznych, niekomercyjnych, dobroczynnych, zarówno poprzez stworzenie warunków i wsparcia spontanicznych działań adwokackich, jak i w sposób zinstytucjonalizowany. Strategia komunikacji nakierowana na dotarcie informacji do możliwie najszerszego grona odbiorców, oparta na identyfikacji współczesnych problemów społeczeństwa.
12. **Siła Adwokatury**. **Samorządowa współpraca**. Budowanie wizerunku Adwokatury jako znaczącego wśród innych samorządów zawodowych i otwarcie współpracy z innymi samorządami zawodów zaufania publicznego.
13. **Szerokie oddziaływanie.** Wspieranie i promowanie projektów profesjonalnych, integracyjnych, kulturalnych, sportowych i wspierających tworzonych przez środowisko adwokackie, promowanie i zachęcanie do włączania się w prace na rzecz samorządu, rozwój wewnętrznych struktur samorządowych i społeczności adwokackiej.

Więcej informacji na mój temat znajdą Państwo na stronie:
http://maciejgutowski.pl/

Maciej Gutowski

Wykłady wideo

1/2020 adw. prof. dr hab. Maciej Gutowski „Kodeks cywilny a COVID-19"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/1/2020/adw.-prof.-dr-hab.-maciej-gutowski-kodeks-cywilny-a-covid-19

Wykład podejmuje problematykę wpływu ustaw i innych aktów normatywnych związanych z pandemią choroby COVID-19 na prawo cywilne, w szczególności na jego kształt przepisów, ich wykładnię i stosowanie. Przepisy zawarte w aktach normatywnych, tj. w tzw. ustawach Covid 1, Covid 2 i Cowid 3 oraz rozporządzeniach Ministra Zdrowia mają wprawdzie charakter epizodyczny, niemniej jednak w istotnym stopniu ingerują w cywilistykę, w sposób znaczący z perspektywy warsztatu pracy adwokata.

2/2020 Stany nadzwyczajne – ograniczenia wolności i sankcje. Nagranie Wideo Zebrania Katedry Prawa Karnego UJ z 27.03.2020 r.

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/2/2020/stany-nadzwyczajne-ograniczenia-wolnosci-i-sankcje.-nagranie-wideo-zebrania-katedry-prawa-karnego-uj-z-27-marca-2020

Serdecznie zapraszamy na do obejrzenia zebrania naukowego Katedry Prawa Karnego UJ zorganizowanego wspólnie z Zakładem Bioetyki i Prawa Medycznego UJ, które odbyło się w 27.03.2020 r.
Materiał obejmuje analizy odnoszące się do problematyki wpływu regulacji nadzwyczajnych związanych z epidemią na sferę praw i wolności obywatela. Prezentuje możliwe sposoby interpretacji przepisów wprowadzających ograniczenia w sferze wolności osobistej oraz wolności prowadzenia działalności gospodarczej w kontekście przesłanek konstytucyjnych.
Zawiera analizy dotyczące sposobu wykładni przepisów represyjnych, a także uwagi odnoszące się do oceny prawnej sytuacji lekarz i personelu medycznego w kontekście nadzwyczajnych sytuacji związanych z epidemią. Obejmuje problematykę prawa konstytucyjnego, prawa karnego oraz prawa medycznego.

3/2020 Stany nadzwyczajne cz. 2 – Perspektywa konstytucyjna. Nagranie Wideo Zebrań Katedry Prawa Karnego UJ z 3 i 8 kwietnia 2020 r.

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/3/2020/stany-nadzwyczajne-cz.-2-perspektywa-konstytucyjna.-nagranie-wideo-zebran-katedry-prawa-karnego-uj-z-3-i-8-kwietnia-2020-r

Serdecznie zapraszamy na do obejrzenia zebrań naukowych Katedry Prawa Karnego UJ zorganizowanych wspólnie z Katedrą Prawa Konstytucyjnego UJ oraz Zakładem Bioetyki i Prawa Medycznego UJ, które odbyły się 3 oraz 8 kwietnia 2020 r.

Materiał w cz. 1 obejmuje analizy odnoszące się do problematyki wpływu regulacji nadzwyczajnych związanych z epidemią na sferę praw i wolności obywatela. Prezentuje możliwe sposoby interpretacji przepisów wprowadzających ograniczenia w sferze wolności osobistej oraz wolności prowadzenia działalności gospodarczej w kontekście przesłanek konstytucyjnych.
Zawiera analizy dotyczące sposobu wykładni przepisów represyjnych, a także uwagi odnoszące się do oceny prawnej sytuacji lekarz i personelu medycznego w kontekście nadzwyczajnych sytuacji związanych z epidemią. Obejmuje problematykę prawa konstytucyjnego, prawa karnego oraz prawa medycznego.
Materiał z cz. 2 zawiera kontynuację rozważań dotyczących oceny stanu epidemii z perspektywy konstytucyjnych rozwiązań odnoszących się do stanów nadzwyczajnych. Prezentuje rozważania dotyczące przesłanek wprowadzenia stanu nadzwyczajnego oraz konsekwencji wynikających z aktualnej sytuacji. Zawiera przedstawienie koncepcji oceny stanu epidemii na płaszczyźnie Konstytucji oraz wynikające z przyjęcia określonej koncepcji konsekwencje. Odnosi się także do problematyki roszczeń odszkodowawczych wobec Państwa w związku z wprowadzeniem stanu społecznej izolacji.

4/2020 Stan wyższej konieczności, kolizje obowiązków, standardy ostrożności – ochrona zdrowia w czasie epidemii. Nagranie Wideo Zebrań Katedry Prawa Karnego UJ z 17 i 24 kwietnia 2020 r.

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/4/2020/stan-wyzszej-koniecznosci-kolizje-obowiazkow-standardy-ostroznosci-ochrona-zdrowia-w-czasie-epidemii.-nagranie-wideo-zebran-katedry-prawa-karnego-uj-z-17-i-24-kwietnia-2020-r

Serdecznie zapraszamy na do obejrzenia zebrań naukowych Katedry Prawa Karnego UJ zorganizowanych wspólnie z Zakładem Bioetyki i Prawa Medycznego UJ, które odbyły się 14 oraz 24 kwietnia 2020 r.
Materiał cz. 1 zawiera analizy dotyczące stanu prawnego regulującego zasady udzielenia pomoc prawnej w stanie zagrożenia epidemicznego. Przedstawia sposoby rozstrzygania ujawniających się w związku ze świadczeniem pomocy medycznej przypadkami kolizji obowiązków oraz konfliktu dóbr. Przedstawia sposoby praw-

nych ocen przypadków braku możliwości udzielenia pomocy wszystkim potrzebującym, a także karnoprawne aspekty narażenia na niebezpieczeństwo zakażenia w związku z pełnieniem obowiązków zawodowych oraz modelami określania tzw. kryteriów priorytetyzacyjnych.
Materiał cz. 2 zawiera analizy dotyczące reguł postępowania w stanie epidemii, stanowiących podstawę odpowiedzialności w wypadkach ich naruszenia, a także założenia podstaw odpowiedzialności za narażenie na niebezpieczeństwo oraz wywołanie nieumyślnie konsekwencji na życiu lub zdrowiu w związku ze świadczeniem pomocy medycznej. Przedstawia konstrukcję stanu wyższej konieczności jako instrumentu uadekwatniającego przesłanki odpowiedzialności karnej w czasie epidemii.

5/2020 Prawo i bezprawie wyborcze w czasie stanu epidemii. Nagranie Wideo Zebrań Katedry Prawa Karnego UJ z 30 kwietnia i 8 maja 2020 r.

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/5/2020/prawo-i-bezprawie-wyborcze-w-czasie-stanu-epidemii.-nagranie-wideo-zebran-katedry-prawa-karnego-uj-z-30-kwietnia-i-8-maja-2020-r

Serdecznie zapraszamy na do obejrzenia zebrań naukowych Katedry Prawa Karnego UJ zorganizowanych wspólnie z Katedrą Prawa Konstytucyjnego UJ, które odbyły się 30 kwietnia i 8 maja 2020 r.
Materiał zawiera analizy poświęcone konstytucyjnym regulacjom prawa wyborczego. Prezentuje modele wyborcze, w szczególności przyjmowane w różnych krajach regulacje dotyczące tzw. wyborów korespondencyjnych. Przedstawia analizę stanu prawnego w czasie epidemii na tle standardów konstytucyjnych oraz perspektywy prawnoporównawczej. Zawiera analizę funkcji i znaczenia kampanii wyborczej w odniesieniu do konstytucyjnych standardów wyborczych.

11/2020 Maciej Gutowski, adw. prof. dr hab. Maciej Gutowski – Przewłaszczenie na zabezpieczenie nieruchomości mieszkaniowej w świetle art. 387^1 k.c.

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/11/2020/adw.-prof.-dr-hab.-maciej-gutowski-przewlaszczenie-na-zabezpieczenie-nieruchomosci-mieszkaniowej-w-swietle-art.-387-1-kc

Dodany do Kodeksu cywilnego w ramach tarczy COVID-3 przepis art. 387^1 k.c., przewiduje sankcję nieważności umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości służącej do zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych. Uzasadniając wprowadzenie tego rozwiązania odwołano się do słusznej potrzeby zabezpieczenia przed nadużyciami związanymi z umowami mającymi za przedmiot nieruchomości mieszkaniowe. Szerokie zakreślenie przesłanek zastosowania sankcji nieważności,

traktowanej w cywilistyce jako *ultima ratio* regulowania stosunków społecznych dyktuje potrzebę odpowiedzi na pytania, czy zrobiono to we właściwy sposób, dlaczego nie rozważono wykorzystania rozwiązań bardziej nowoczesnych i elastycznych oraz czy nie dojdzie do zamrożenia ważnego elementu cywilistycznego, jakim jest omawiany sposób zabezpieczenie wierzytelności.

29/2020 O rozstrzygnięciu Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r. – debata zorganizowana przez Zespół do spraw Kobiet przy Naczelnej Radzie Adwokackiej

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/29/2020/o-rozstrzygnieciu-trybunalu-konstytucyjnego-z-22.10.2020-r.-debata-zorganizowana-przez-zespol-do-spraw-kobiet-przy-naczelnej-radzie-adwokackiej

Prezentujemy Państwu zapis debaty zorganizowanej przez Zespół do spraw Kobiet przy Naczelnej Radzie Adwokackiej, dotyczącej rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r., w którym TK orzekł, że przepisy dopuszczające przerywanie ciąży przez lekarza, w sytuacji gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, jest niezgodny z Konstytucją.
Prelegentkami są:
prof. Ewa Łętowska, sędzia Trybunału Konstytucyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, Rzecznik Praw Obywatelskich;
dr Katarzyna Sękowska-Kozłowska, kierowniczka Poznańskiego Centrum Praw Człowieka PAN;
dr nauk medycznych Małgorzata Kraszewska, lekarka Oddziału Położniczo-Ginekologicznego Szpitala Wojewódzkiego w Bełchatowie;
Kamila Ferenc, aplikantka adwokacka, prawniczka Federacji na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny;
mec. Magda Mierzewska-Krzyżanowska, radca prawny, prawnik w Kancelarii Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, prawnik w Sekretariacie Europejskiej Komisji Praw Człowieka.
Organizatorką i moderatorką debaty jest mec. Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska.

30/2020 Czy nastąpiła zmiana karalności przerywania ciąży?

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/30/2020/czy-nastapila-zmiana-karalnosci-przerywania-ciazy

Serdecznie zapraszamy do obejrzenia zebrania naukowego Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, które odbyło się 6.11.2020 r., zatytułowanego „Czy nastąpiła zmiana karalności przerywania ciąży"?
Przedmiotem zebrania był zakres kognicji Trybunału Konstytucyjnego w sprawach, których przedmiotem kontroli są przepisy karne, albo inne przepisy, których uchy-

lenie doprowadzi do poszerzenia zakresu kryminalizacji. Rozważania prowadzone były w perspektywie zasady nullum crimen sine lege, a asumptem do ich podjęcia było wydanie 22.10.2020 r. przez Trybunał Konstytucyjny rozstrzygnięcia (K 1/20) uznającego za niekonstytucyjny przepis art. 4a pkt 2 ustawy z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. nr 17, poz. 78 ze zm.).
Uwagi wprowadzające wygłosiła dr hab. Agnieszka Barczak-Oplustil

31/2020 Orzeczenia derogacyjne TK a wyznaczanie zakresu karalności – próba analizy krytycznej na tle wyroku TK z 22.10.2020 r. (K 1/20)

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/31/2020/orzeczenia-derogacyjne-tk-a-wyznaczanie-zakresu-karalnosci-proba-analizy-krytycznej-na-tle-wyroku-tk-z-22.10.2020-r.-k-1-20

Wykład – stanowiący wprowadzenie do debaty podczas posiedzenia naukowego Komisji Prawniczej Polskiej Akademii Umiejętności w Krakowie – zawiera krytyczną analizę przyjmowanych koncepcji oceny skutków orzeczeń derogacyjnych Trybunału Konstytucyjnego na płaszczyźnie wyznaczania karalności. Wychodząc od rekonstrukcji konsekwencji łączonych powszechnie z wyrokiem TK z 22.10.2020 r., zgodnie z którymi uznanie przez TK za niezgodne z Konstytucją regulacji odnoszących się do przesłanek embriopatologicznych legalizujących zabiegi terminacji ciąży skutkuje poszerzeniem zakresu karalności za przestępstwo z art. 152 k.k., prezentuje krytyczną analizę przyjmowanych w piśmiennictwie na przestrzeni 30 lat sposobów określania skutków orzeczeń derogacyjnych sądu konstytucyjnego. Odwołując się do ustrojowej pozycji sądu konstytucyjnego, w tym w szczególności jego funkcji w zakresie ochrony konstytucyjnych praw i wolności obywatelskich, przedstawia znaczenie konstytucyjnej zasady wyłączności ustawy w stanowieniu norm prawa karnego. Prezentuje argumenty podważające stanowisko traktujące art. 190 ust. 1 Konstytucji RP jako *lex specialis* wobec art. 42 ust. 1 Konstytucji. Przedstawia uzasadnienie przyznania prymatu zasadzie ustawowej wyłączności w zakresie stanowienia norm prawa karnego. W konsekwencji prezentuje tezę, zgodnie z którą w polskim systemie prawnym brak jest podstaw do twierdzenia, że w skutkiem orzeczenia derogacyjnego jest automatyczne poszerzenie zakresu karalności zachowań, dozwolonych wcześniej na podstawie usuniętych przez TK z systemu prawa przepisów. Zawiera również ogólniejszej natury wnioski odnoszące się do płaszczyzny ustrojowej pozycji sądu konstytucyjnego oraz modelu wyznaczania konsekwencji wydawanych orzeczeń z poszanowaniem zasady podziału i równoważenia się władzy. W konsekwencji stanowi przyczynek do krytycznej oceny twierdzeń, według których w związku z wyrokiem TK z 22.10.2020 r. (K 1/20), doszło do poszerzenia zakresu karalności za aborcję z powodów embriopatologicznych.

32/2020 Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz, Wykład prof. dr hab. Sławomiry Wronkowskiej-Jaśkiewicz okazji stulecia ORA w Poznaniu

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/32/2020/wyklad-prof.-dr-hab.-slawomiry-wronkowskiej-jaskiewiczz-okazji-stulecia-ora-w-poznaniu

Prezentujemy krótki wykład o prawniczych obowiązkach i powinnościach, wartościach konstytucyjnych i odnoszenia się do nich w trudnych czasach, który Pani Profesor Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz – sędzia Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku, wygłosiła jako gość specjalny podczas obchodów stulecia istnienia Wielkopolskiej Izby Adwokackiej, które miały miejsce w auli poznańskiego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza 29.11.2019 r.

Adwokacka Akademia Przedsiębiorczości

13/2020 Adwokacka Akademia Przedsiębiorczości – Część 1: Organizacja spotkań online, zasady i dostępne narzędzia (szkolenie z 28.05.2020 r.)

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/13/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-czesc-1-organizacja-spotkan-online-zasady-i-dostepne-narzedzia.-szkolenie-z-28.05.2020-r

Naczelna Rada Adwokacka organizuje Adwokacką Akademię Przedsiębiorczości. Jest to program skierowany do adwokatów, mający na celu przekazanie kompleksowej wiedzy i wsparcia w dążeniu do rozwoju kompetencji, mających wpływ na rozwój kancelarii oraz w efekcie osiągnięcie stabilnej pozycji zawodowej.
Więcej informacji na: http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/
Adwokacka Akademia Przedsiębiorczości (szkolenie z 28.05.2020 r.).

TEMAT: Współpraca z klientami i w ramach zespołu w dobie pracy zdalnej

Naszym celem jest przybliżenie Państwu narzędzi i zasad pracy zdalnej, która, według dostępnych analiz rynku, pozostanie z nami nawet po zakończeniu pandemii COVID 19.

Część 1: Organizacja spotkań online, zasady i dostępne narzędzia.

Prowadząca: Anna Gnoińska: założycielka i partner zarządzający REVIT.HR. Doświadczenie zdobywała jako dyrektor i członek Zarządu odpowiedzialna za HR, komunikację i zarządzanie zmianą i cyfrową transformację w obszarze zasobów ludzkich. Pracowała w spółkach międzynarodowych i krajowych w sektorze bankowym, mediów, energetycznym i technologicznym. W REVIT.HR praktykuje współpracę zdalną z klientami i zespołem konsultantów oraz doradza klientom, jak przygotować i przeprowadzić cyfryzację przedsiębiorstwa. Studiowała finanse i zarządzanie we Francji i w Niemczech w ramach NEOMA Business School.

14/2020 Adwokacka Akademia Przedsiębiorczości – Część 2: Organizacja zdalnej współpracy z Klientem. Narzędzia (szkolenie z 28.05.2020 r.)

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/14/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-czesc-2-organizacja-zdalnej-wspolpracy-z-klientem.-narzedzia.-szkolenie-z-28.05.2020-r

Naczelna Rada Adwokacka organizuje Adwokacką Akademię Przedsiębiorczości. Jest to program skierowany do adwokatów, mający na celu przekazanie kompleksowej wiedzy i wsparcia w dążeniu do rozwoju kompetencji, mających wpływ na rozwój kancelarii oraz w efekcie osiągnięcie stabilnej pozycji zawodowej.
Więcej informacji na: http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/
Adwokacka Akademia Przedsiębiorczości (szkolenie z 28.05.2020 r.).

TEMAT: Współpraca z klientami i w ramach zespołu w dobie pracy zdalnej

Naszym celem jest przybliżenie Państwu narzędzi i zasad pracy zdalnej, która, według dostępnych analiz rynku, pozostanie z nami nawet po zakończeniu pandemii COVID-19.

Część 2: Organizacja zdalnej współpracy z Klientem. Narzędzia

Prowadząca: Anna Gnoińska: założycielka i partner zarządzający REVIT.HR. Doświadczenie zdobywała jako dyrektor i członek Zarządu odpowiedzialna za HR, komunikację i zarządzanie zmianą i cyfrową transformację w obszarze zasobów ludzkich. Pracowała w spółkach międzynarodowych i krajowych w sektorze bankowym, mediów, energetycznym i technologicznym. W REVIT.HR praktykuje współpracę zdalną z klientami i zespołem konsultantów oraz doradza klientom, jak przygotować i przeprowadzić cyfryzację przedsiębiorstwa. Studiowała finanse i zarządzanie we Francji i w Niemczech w ramach NEOMA Business School.

15/2020 Adwokacka Akademia Przedsiębiorczości – Część 3: Cyfrowa kancelaria: jak dostępne narzędzia mogą usprawnić pracę zespołu i współpracę z klientami (szkolenie z 28.05.2020 r.)

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/15/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-czesc-3-cyfrowa-kancelaria-jak-dostepne-narzedzia-moga-usprawnic-prace-zespolu-i-wspolprace-z-klientami.-szkolenie-z-28.05.2020-r

Naczelna Rada Adwokacka organizuje Adwokacką Akademię Przedsiębiorczości. Jest to program skierowany do adwokatów, mający na celu przekazanie kompleksowej wiedzy i wsparcia w dążeniu do rozwoju kompetencji, mających wpływ na rozwój kancelarii oraz w efekcie osiągnięcie stabilnej pozycji zawodowej.

Więcej informacji na: http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/
Adwokacka Akademia Przedsiębiorczości (szkolenie z 28.05.2020 r.).

TEMAT: Współpraca z klientami i w ramach zespołu w dobie pracy zdalnej

Naszym celem jest przybliżenie Państwu narzędzi i zasad pracy zdalnej, która, według dostępnych analiz rynku, pozostanie z nami nawet po zakończeniu pandemii COVID-19.

Część 3: Cyfrowa kancelaria: jak dostępne narzędzia mogą usprawnić pracę zespołu i współpracę z klientami.

Prowadząca: Anna Gnoińska: założycielka i partner zarządzający REVIT.HR. Doświadczenie zdobywała jako dyrektor i członek Zarządu odpowiedzialna za HR, komunikację i zarządzanie zmianą i cyfrową transformację w obszarze zasobów ludzkich. Pracowała w spółkach międzynarodowych i krajowych w sektorze bankowym, mediów, energetycznym i technologicznym. W REVIT.HR praktykuje współpracę zdalną z klientami i zespołem konsultantów oraz doradza klientom, jak przygotować i przeprowadzić cyfryzację przedsiębiorstwa. Studiowała finanse i zarządzanie we Francji i w Niemczech w ramach NEOMA Business School.

22/2020 Adwokacka Akademia Przedsiębiorczości (szkolenie z 24.09.2020 r.) Zarządzanie sobą i relacjami w wymagających czasach

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/22/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenie-z-24.09.2020-r.-zarzadzanie-soba-i-relacjami-w-wymagajacych-czasach

Prezentujemy bezpłatne szkolenie on-line z jednym z najbardziej znanych i cenionych psychologów biznesu – Jackiem Santorskim. Tematem jest zarządzanie sobą i relacjami w wymagających czasach. Prelegent omawia m.in. schemat dobrej rozmowy/model „schody do nieba" (dostrojenie, kontrakt, wpływ), sytuacje trudne – konstruktywną konfrontację, przygotowanie i język negocjacji. Tłumaczy, jakich błędów unikać, omawia pułapkę „trójkąta dramatycznego", analizuje kwestie zarządzania sobą w ważnej, trudnej rozmowie – rolę nastawienia, uważność, stress management oparty na świadomości oddechu, reset.
Jacek Santorski jest konsultantem, trenerem, coachem, mentorem i superwizorem. Uznanym autorytetem w zakresie psychologii biznesu. Zajmuje się m.in. relacjami w świecie biznesu oraz związkiem pomiędzy psychologią przywództwa i efektywnością firm.
Naczelna Rada Adwokacka organizuje Adwokacką Akademię Przedsiębiorczości. Jest to program skierowany do adwokatów, mający na celu przekazanie kompleksowej wiedzy i wsparcia w dążeniu do rozwoju kompetencji, mających wpływ na rozwój kancelarii oraz w efekcie osiągnięcie stabilnej pozycji zawodowej. Więcej informacji na http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/

45/2020 Adwokacka Akademia Przedsiębiorczości (szkolenie z 25.06.2020 r.) Wycena usług prawnych. Negocjacje z klientem kancelarii

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/45/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenie-z-25.06.2020-r.-wycena-uslug-prawnych.-negocjacje-z-klientem-kancelarii

W ramach Adwokackiej Akademii Przedsiębiorczości zapraszamy wszystkich adwokatów i aplikantów adwokackich do obejrzenia szkolenie, tym razem prowadzonego przez Iwonę Kordjak, dotyczącego wyceny usług prawnych i negocjacji z klientem kancelarii? Szkolenie jest skierowany do wszystkich tych, którzy zastanawiają się, czy proponowane przez nich ceny usług są dobre, dla których wycena pracy zawsze jest stresująca, zaniżanie cen w obawie przed utratą klienta jest normą, pracują dużo, a mimo wszystko ich budżet ciągle się nie dopina.
Trenerem jest Iwona Kordjak, prawnik, doradca podatkowy, certyfikowany coach ICC, trener biznesu, mentor i ekspert Sieci Przedsiębiorczych Kobiet.
Naczelna Rada Adwokacka organizuje Adwokacką Akademię Przedsiębiorczości. Jest to program skierowany do adwokatów, mający na celu przekazanie kompleksowej wiedzy i wsparcia w dążeniu do rozwoju kompetencji, mających wpływ na rozwój kancelarii oraz w efekcie osiągnięcie stabilnej pozycji zawodowej. Więcej informacji http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/

46/2020 Adwokacka Akademia Przedsiębiorczości (szkolenie z 26.11.2020) Proces sprzedaży usług prawnych

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/46/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenie-z-26.11.2020-proces-sprzedazy-uslug-prawnych

W ramach Adwokackiej Akademii Przedsiębiorczości, Naczelna Rada Adwokacka oraz redakcja „Palestry" zaprasza wszystkich adwokatów do obejrzenia bezpłatnego szkolenia z Tomaszem Kalko. Tematem jest proces sprzedaży usług prawnych. Celem szkolenia jest zwiększenie konwersji podpisanych umów z klientami, podniesienie średniej marży na realizowanych sprawach, podniesienie poziomu zadowolenia klienta i współczynnik pozytywnych rekomendacji, zmniejszenie ilości reklamacji wynikających z nieporozumień w ustaleniach.
Szkolenie jest podzielone na bloki szkoleniowe:
– poznanie wstępnych oczekiwań i przejęcie prowadzenia,
– zbudowanie poczucia bezpieczeństwa u klienta,
– wejście głęboko w potrzebę i obawy klienta,
– prezentacja wartości, zasad współpracy oraz jeżeli jest to konieczne prezentacja korzyści,
– negocjacje, narzędzia wpływu oraz zamknięcie sprzedaży.
Trenerem jest Tomasz Kalko. Mówca motywacyjny, menadżer z dwudziestoletnim doświadczeniem. Przeszkolił ponad 25 tys. osób. Praktyk biznesu – dyrektor ds. rozwoju

w firmie Blachy Pruszyński, jednej z największych firm rodzinnych w kraju. Absolwent Szkoły Trenerów Biznesu na Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie. Twórca autorskich akademii rozwojowych: sprzedaży, przywództwa, motywacji i komunikacji.
Naczelna Rada Adwokacka organizuje Adwokacką Akademię Przedsiębiorczości. Jest to program skierowany do adwokatów, mający na celu przekazanie kompleksowej wiedzy i wsparcia w dążeniu do rozwoju kompetencji, mających wpływ na rozwój kancelarii oraz w efekcie osiągnięcie stabilnej pozycji zawodowej. Więcej informacji http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/

47/2020 Adwokacka Akademia Przedsiębiorczości (szkolenie z 17.12.2020 r.) Jak poradzić sobie ze stresem?

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/47/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenie-z-17.12.2020-r.-jak-poradzic-sobie-ze-stresem

W ramach Adwokackiej Akademii Przedsiębiorczości zapraszamy wszystkich adwokatów i aplikantów adwokackich na kolejne szkolenie, tym razem prowadzone przez Andrzeja Burzyńskiego, dotyczące tego, jak radzić sobie ze stresem? Celem szkolenia jest nauka rozróżniania etapów stresu, technik panowania nad nim, a także zapobiegania stresowi i przygotowania się na niego.
Andrzej Burzyński – założyciel Akademii Rozwoju Przedsiębiorcy (od 2006 roku). Był dziennikarzem radiowym w „Kontestacja.com" w latach 2011–2016. Prowadził programy na temat przedsiębiorczości w telewizji TBN POLSKA (czerwiec–wrzesień 2017). Trener biznesu, mówca konferencyjny, wykładowca uczelniany (MBA Uczelnia Łazarskiego; Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu; Akademia Leona Koźmińskiego; ASBIRO). Autor książek „Produktywny przedsiębiorca™", „Od pasji do biznesu™", „Życie pełne pasji", „Przebacz i uwolnij siebie™". Prowadzi vloga AndrzejBurzynski.pl.
Naczelna Rada Adwokacka organizuje Adwokacką Akademię Przedsiębiorczości. Jest to program skierowany do adwokatów, mający na celu przekazanie kompleksowej wiedzy i wsparcia w dążeniu do rozwoju kompetencji, mających wpływ na rozwój kancelarii oraz w efekcie osiągnięcie stabilnej pozycji zawodowej. Więcej informacji http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/

We need to talk about the Rule of Law

23/2020 We need to talk about the Rule of Law Odcinek 1: „Sądy konstytucyjne"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/23/2020/we-need-to-talk-about-the-rule-of-law-odcinek-1-sady-konstytucyjne

Prezentujemy pierwszy z 12 odcinków, w których grono 3–4 polityków, prawników oraz ekspertów z Niemiec i zagranicy będzie omawiać jeden konkretny aspekt zagadnienia praworządności. W pierwszym odcinku „Sądy konstytucyjne" uczestnikami są prof. Stanisław Biernat, były wiceprezes polskiego Trybunału Konstytucyjnego, Pedro Cruz Villalón, były prezes hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego i były rzecznik generalny Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz profesor prawa konstytucyjnego Michaela Hailbronner oraz Max Steinbeis, redaktor naczelny bloga Verfassungsblog.

24/2020 We need to talk about the Rule of Law
Odcinek 2: „Nominacje sędziowskie"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/24/2020/we-need-to-talk-about-the-rule-of-law-odcinek-2-nominacje-sedziowskie

Zapraszamy do wysłuchania drugiego z cyklu anglojęzycznych podcastów „Musimy porozmawiać o praworządności" (We need to talk about the Rule of Law) przygotowanego przez Niemieckie Stowarzyszenie Adwokatów (DAV) wspólnie z Verfassungsblog
Łatwo zgodzić się, że niezawisłość sędziowska jest ważna, ale kto zostanie sędzią, kto awansuje do jakiego sądu i kto wejdzie na najwyższe szczeble wymiaru sprawiedliwości, to decyzja, którą ktoś musi podjąć, a wiele zależy od tego, kim będzie ten ktoś.Kontrolowanie nominacji sędziowskich jest jednym z kluczowych elementów wszystkich autorytarnych strategii, które zostały wdrożone w ostatnich latach w Polsce, na Węgrzech i w innych krajach. Polecamy rozmowę w języku angielskim prowadzoną z trzema znamienitymi gośćmi, którymi są:
Filippo Donati – profesor prawa konstytucyjnego na Uniwersytecie we Florencji, świeckim członkiem Concilio Superiore della Magistratura we Włoszech, a od czerwca 2020 r. Przewodniczący Europejskiej Sieci Rad Sądownictwa;
Joanna Hetnarowicz-Sikora – sędzia Sądu Rejonowego w Słupsku w północnej Polsce oraz członek zarządu Stowarzyszenia Niezależnych Sędziów IUSTITIA;
Christiane Schmaltz – sędzia najwyższego niemieckiego sądu cywilnego i karnego, Bundesgerichtshof.

26/2020 We need to talk about the Rule of Law
Odcinek 3: „Postępowanie dyscyplinarne"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/26/2020/we-need-to-talk-about-the-rule-of-law-odcinek-3-postepowanie-dyscyplinarne

Zapraszamy do wysłuchania trzeciego z cyklu anglojęzycznych podcastów „Musimy porozmawiać o praworządności" (We need to talk about the Rule of Law) przygotowanego przez Niemieckie Stowarzyszenie Adwokatów (DAV) wspólnie z Verfassungsblog.

Sędziowie, jak wszyscy inni ludzie, czasami źle się zachowują. W takim przypadku należy przeprowadzić procedurę mającą na celu zbadanie, czy wymagane jest w stosunku do nich użycie sankcji, a jeśli tak, to jaką należy zastosować.Procedury dyscyplinarne mogą być jednak nadużywane przez autorytarny rząd jako tępe, ale skuteczne narzędzie do zmuszenia niezależnego sądownictwa do poddania się. Najbardziej uderzającym przypadkiem jest po raz kolejny Polska. Sędzia Igor Tuleya stoi przed zagrożeniem usunięcia go ze stanowiska za przekroczenie uprawnień związanych z wykonywaniem swoich obowiązków sądowych. I nie jest on jedyny.
Naszymi wybitnymi gośćmi w tym tygodniu odcinek są:
Nina Betetto, sędzia Słoweńskiego Sądu Najwyższego i przewodnicząca Rady Konsultacyjnej Sędziów Europejskich (CCJE),
Adam Bodnar, ustępujący Komisarz Praw Człowieka RP, oraz
Susana de la Sierra, profesor prawa administracyjnego na Uniwersytecie Kastylii-La Manchy w Toledo w Hiszpanii.

27/2020 We need to talk about the Rule of Law
Odcinek 4: „Prawo procesowe"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/27/2020/we-need-to-talk-about-the-rule-of-law-odcinek-4-prawo-procesowe

Zapraszamy do wysłuchania czwartego z cyklu anglojęzycznych podcastów „Musimy porozmawiać o praworządności" (We need to talk about the Rule of Law) przygotowanego przez Niemieckie Stowarzyszenie Adwokatów (DAV) wspólnie z Verfassungsblog.
Sądy nie funkcjonują w próżni. Ich działanie określają przepisy organizacyjne i proceduralne wprowadzane przez ustawodawstwo – i przepisy takie mogą być furtką do nadużyć.Próby ingerencji władzy w procedury i strukturę sądownictwa (tzw. projekty opakowania sądów) oraz majstrowanie przy wieku emerytalnym sędziów to tylko dwa przykłady takich nadużyć. Z drugiej strony, zdarza się, że sądownictwo rzeczywiście wymaga reformy, np. gdy system traci zdolność do wydawania orzeczeń w rozsądnym terminie. Jak odróżnić „dobre" reformy sądownictwa od „złych"? Czy istnieje coś takiego, jak „dobry" system „opakowania sądu"?
O tym rozmawiamy z tymi wybitnymi gośćmi w odcinku z tego tygodnia:
Christoph Möllers – profesor prawa publicznego i prawoznawstwa na Uniwersytecie Humboldta w Berlinie oraz były sędzia Wyższego Sądu Administracyjnego w Berlinie-Brandenburgii.
Mariarosaria Guglielmi – wiceprezes stowarzyszenia sędziów Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés, oraz
András Baka – przez 17 lat sędzia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a następnie prezes węgierskiego Sądu Najwyższego do czasu, gdy został usunięty ze stanowiska przez rządzącą większością na Węgrzech FIDESZ.

34/2020 We need to talk about the Rule of Law
Odcinek 5: „Prokuratorzy"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/34/2020/we-need-to-talk-about-the-rule-of-law-odcinek-5-prokuratorzy

Zapraszamy do wysłuchania piątego z cyklu anglojęzycznych podcastów „Musimy porozmawiać o praworządności" (We need to talk about the Rule of Law) przygotowanego przez Niemieckie Stowarzyszenie Adwokatów (DAV) wspólnie z Verfassungsblog.
Prokuratorzy publiczni podejmują decyzje o wszczęciu śledztwa wobec podejrzanych o przestępstwa kryminalne. Wszczęciu albo zaniechaniu. To od ich decyzji zależy, czy dana osoba zostaje postawiona w stan oskarżenia i czy odbędzie się proces, czy też nie.
Kto ma wpływ na prokuratorów i steruje nimi, jest w stanie wyjątkowo uprzykrzyć życie swoim przeciwnikom. Jednocześnie, może osłaniać swoich sprzymierzeńców i protegowanych przed wymiarem sprawiedliwości. Jednak z drugiej strony, gdyby prokuratorzy nie byli w żaden sposób zależni od polityki, kto miałby weryfikować ich odpowiedzialność i rzetelność w działaniu?
Takim tematom poświęcony jest nowy odcinek naszego cyklu w tym tygodniu. Dyskutują z nami:
José Manuel Santos Pais – reprezentujący Prokuraturę Generalną w Sądzie Konstytucyjnym Portugalii; Przewodniczący Rady Konsultacyjnej Prokuratorów Europejskich (CCPE) przy Radzie Europy.
Dr Radosveta Vassileva – pracownik naukowy i wykładowca na Wydziale Prawa w University College of London, Wlk. Brytania.
Thomas Groß – profesor prawa publicznego, prawa europejskiego i prawa porównawczego na Uniwersytecie Osnabrück w Niemczech.
Maximilian Steinbeis – publicysta i autor specjalizujący się w dziedzinie prawa, założyciel i redaktor naczelny Verfassungsblog. Niedawno wydał książkę „Die Zauberlehrlinge. Der Streit um die Flüchtlingspolitik und der Mythos vom Rechtsbruch" (współautor: Stephan Detjen).

25/2020 We need to talk about the Rule of Law
Odcinek 6: „Prawnicy"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/35/2020/we-need-to-talk-about-the-rule-of-law-odcinek-6-prawnicy

Zapraszamy do wysłuchania szóstego z cyklu anglojęzycznych podcastów „Musimy porozmawiać o praworządności" (We need to talk about the Rule of Law) przygotowanego przez Niemieckie Stowarzyszenie Adwokatów (DAV) wspólnie z Verfassungsblog.
Gdy mówi się o praworządności, prawnicy nie są grupą zawodową, która jako pierwsza przychodzi do głowy. Dobitny przykład prawdziwości tego stwierdzenia dała Komisja Europejska: w swoim niedawnym raporcie na temat praworządności

w zastanawiający sposób przemilczała rolę odgrywaną w tym zjawisku przez prawników. Niemniej, prawnicy mają dla utrzymania praworządności równie doniosłe znaczenie, jak inne segmenty systemu sądownictwa. A nawet więcej: ilekroć pojawia się ryzyko, że za wykonywanie swojej pracy mogą oni cierpieć prześladowania, jest to oznaką osłabienia i nadchodzącego upadku praworządności.
W tym tygodniu, w kolejnym odcinku naszego podcastu Porozmawiajmy o praworządności, współprowadzącym jest Niemiecka Izba Adwokacka. Na temat roli prawników dyskutują z nami:
Margarete von Galen – prawnik czynny głównie w dziedzinie prawa karnego, sędzina Sądu Konstytucyjnego w Berlinie, wiceprezes Rady Europejskich Rad Adwokackich i Prawniczych (CCBE).
Jeremy McBride – adwokat w Monckton Chambers w Londynie, koncentrujący się w swojej działalności na prawach człowieka, profesor wizytujący na Uniwersytecie Środkowoeuropejskim w Budapeszcie.
Mikołaj Pietrzak – prawnik specjalizujący się w prawach człowieka i prawie karnym, dziekan Rady Adwokackiej w Warszawie.
Coskun Yorulmaz – turecki prawnik mieszkający na uchodźctwie w Londynie.
Maximilian Steinbeis – publicysta i autor specjalizujący się w dziedzinie prawa, założyciel i redaktor naczelny Verfassungsblog. Niedawno wydał książkę „Die Zauberlehrlinge. Der Streit um die Flüchtlingspolitik und der Mythos vom Rechtsbruch" (współautor: Stephan Detjen).

36/2020 We need to talk about the Rule of Law
Odcinek 7: „Edukacja prawnicza"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/36/2020/we-need-to-talk-about-the-rule-of-law-odcinek-7-edukacja-prawnicza

Zapraszamy do wysłuchania siódmego z cyklu anglojęzycznych podcastów „Musimy porozmawiać o praworządności" (We need to talk about the Rule of Law) przygotowanego przez Niemieckie Stowarzyszenie Adwokatów (DAV) wspólnie z Verfassungsblog. Pora porozmawiać na temat edukacji prawniczej. Jak pokazała treść kilku ostatnich odcinków naszego podcastu, zachowanie praworządności zależy w dużej mierze od ludzi wykonujących zawody prawnicze. Cechą wspólną, łączącą prokuratorów, sędziów, adwokatów oraz – w niemałym stopniu – osoby czynne w sektorze wykonawczym, jest posiadanie wykształcenia i tytułu naukowego w dziedzinie prawa. Oznacza to, że w poszukiwaniu odpowiedzi na pytania, w jaki sposób systemy praworządności mogą zachować lub nabyć odporność na zakusy autorytarne, powinniśmy zwrócić się ku kwestiom edukacji prawniczej. Pytań takich jest więcej. Czy obecne systemy edukacji prawniczej w UE są właściwie przygotowane do tej roli? Czy już zdążyły one ucierpieć wskutek nawrotu autorytaryzmu i odwrotu od liberalizmu w niektórych państwach członkowskich? Jakie są nieodłączne braki akademickiej i profesjonalnej edukacji prawniczej?

Na te tematy w nowym odcinku podcastu rozmawiają z nami nasi szacowni goście.
Attracta O'Regan – Szefowa Towarzystwa Prawniczego w Ireland Professional Training, radca prawny, dawniej adwokat, autorka i doradca ws. praworządności w Rady Europejskich Rad Adwokackich i Prawniczych (CCBE).
Anna Katharina Mangold, LL.M., profesor prawa europejskiego na Europa-Universität we Flensburgu, Niemcy. Redaktor współpracująca przy Verfassungsblog, zajmuje się kwestiami zapobiegania dyskryminacji i problematyką gender.
Gábor Attila Tóth – autor specjalizujący się w dziedzinach praw człowieka i teorii konstytucyjnej. Obecnie zajmuje się atrybutami prawnymi władzy autorytarnej. Wykłada prawo na Uniwersytecie w Debreczynie (Węgry) i bioetykę na Uniwersytecie Semmelweisa w Budapeszcie.
Jakub Urbanik – profesor prowadzący Katedrę Prawa Rzymskiego i Antycznego na Uniwersytecie Warszawskim.
Lennart Kokott – student prawa na Uniwersytecie Humboldta w Berlinie, student-asystent w Katedrze Prawa Publicznego, zajmujący się w szczególności dziedzinami Prawa Konstytucyjnego i Filozofii Prawa (u prof. dr Christopha Möllersa); wydawca-asystent Verfassungsblog.

37/2020 We need to talk about the Rule of Law
Odcinek 8: „System prawa karnego"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/37/2020/we-need-to-talk-about-the-rule-of-law-odcinek-8-system-prawa-karnego

Zapraszamy do wysłuchania ósmego z cyklu anglojęzycznych podcastów „Musimy porozmawiać o praworządności" (We need to talk about the Rule of Law) przygotowanego przez Niemieckie Stowarzyszenie Adwokatów (DAV) wspólnie z Verfassungsblog.
Powinniśmy porozmawiać o systemie karnym. W europejskim prawie karnym panuje zgodność co do tego, że prawo karne winno stanowić ultima ratio – ostateczny środek w ramach obowiązywania i egzekucji prawa. Jednakże prawo karne i system karny w ogólności okazują się również być skutecznym środkiem uciszania przeciwników politycznych i obywateli występujących przeciw władzy – środkiem stosowanym, by fizycznie uniemożliwić takim ludziom publiczne zabieranie głosu. Przykłady takich praktyk widzimy również w Europie i dzisiaj zamierzamy dyskutować na ten temat. Obejmuje on zresztą więcej aspektów. Stawiamy pytania: w jaki sposób systemy więziennictwa wykorzystywane są przez rządy o ciągotach do autokracji? Jaki związek zachodzi pomiędzy systemem karnym a praworządnością na Obszarze Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości, do stworzenia którego aspiruje Unia Europejska?
Tematy te omawiają w najnowszym odcinku nasi goście:
Laure Baudrihaye-Gérard – radca prawny i dyrektor prawny na obszar Europy światowej organizacji Fair Trials, monitorującej wymiar sprawiedliwości w obszarze prawa karnego.

James MacGuill – radca prawny działający w dziedzinie prawa publicznego ze szczególnym uwzględnieniem prawa karnego, były szef Komitetu Prawa Karnego przy Radzie Izb Adwokackich i Towarzystw Prawniczych Europy, a obecnie wiceprezes tej Rady.
Károly Bárd – profesor na Uniwersytecie Środkowoeuropejskim w Budapeszcie, wykładowca praw człowieka i teorii konstytucyjnej, kierownik Program Praw Człowieka przy tej uczelni.
Lennart Kokott – student prawa na Uniwersytecie Humboldta w Berlinie, student-asystent w Katedrze Prawa Publicznego, zajmujący się w szczególności dziedzinami Prawa Konstytucyjnego i Filozofii Prawa (u prof. dr Christopha Möllersa); wydawca-asystent Verfassungsblog.

38/2020 We need to talk about the Rule of Law Odcinek 9: „Uchodźcy i prawo migracyjne"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/38/2020/we-need-to-talk-about-the-rule-of-law-odcinek-9-uchodzcy-i-prawo-migracyjne

Zapraszamy do wysłuchania dziewiątego z cyklu anglojęzycznych podcastów „Musimy porozmawiać o praworządności" (We need to talk about the Rule of Law) przygotowanego przez Niemieckie Stowarzyszenie Adwokatów (DAV) wspólnie z Verfassungsblog.
W dzisiejszym odcinku zajmujemy się uchodźcami i prawem migracyjnym. W debatach na ten temat widać często tendencję do traktowania uchodźców i prawa migracyjnego jako kwestii z pobocza polityki i strategii politycznych. Jednak sposób, w jaki państwa traktują osoby szukające chronienia i azylu jest z pewnością sprawą zasadniczą dla praworządności, a nawet wiele wnoszącą do diagnozy aktualnego stanu praworządności w danym kraju. Czy uchodźcy mają zapewnioną możliwość korzystania z wymiaru sprawiedliwości i wnioskowania o prawo do azylu? Czy zachowane są przy tym należyte procedury procesowe? Czy uchodźcy mają dostęp do sprawiedliwości? Czy system europejskiego prawa migracyjnego rzeczywiście funkcjonuje? O tych sprawach dyskutują z nami w najnowszym odcinku nasi szacowni goście:
Maria Kalin – prawniczka z doświadczeniem w dziedzinie prawa migracyjnego; członkini komisji prawa migracyjnego przy Niemieckiej Radzie Adwokackiej. Wykłada na Uniwersytecie w Passawie w Niemczech.
Márta Pardavi – prawniczka i współprzewodnicząca oddziału węgierskiego Komitetu Helsińskiego, organizacji pozarządowej typu watchdog, monitorującej przestrzeganie praworządności i chroniącej godność ludzką.
Philip Worthington – Dyrektor Zarządzający European Lawyers na wyspie Lesbos (Grecja) – organizacji pozarządowej zapewniającej dostęp do porad prawnych na tej wyspie.
Lennart Kokott – student prawa na Uniwersytecie Humboldta w Berlinie, student-asystent w Katedrze Prawa Publicznego, zajmujący się w szczególności dziedzinami Prawa Konstytucyjnego i Filozofii Prawa (u prof. dr Christopha Möllersa); wydawca-asystent Verfassungsblog.

39/2020 We need to talk about the Rule of Law
Odcinek 10: „Europejska Konwencja Praw Człowieka"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/39/2020/we-need-to-talk-about-the-rule-of-law-odcinek-10-europejska-konwencja-praw-czlowieka

Zapraszamy do wysłuchania dziesiątego z cyklu anglojęzycznych podcastów „Musimy porozmawiać o praworządności" (We need to talk about the Rule of Law) przygotowanego przez Niemieckie Stowarzyszenie Adwokatów (DAV) wspólnie z Verfassungsblog. Europa jest większa niż sama Unia Europejska – a podejmowane na tym kontynencie wysiłki na rzecz utrwalenia podstawowych praw wolności, a także gwarancji praworządności, podejmowane są już od 70 lat. W listopadzie 2020 r. minęło właśnie tyle lat od uchwalenia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Dzisiaj poddajemy głębszej analizie zarówno Konwencję, jak i instytucje działające na rzecz jej egzekwowania: Europejski Trybunał Praw Człowieka oraz Komisję Wenecką przy Radzie Europy. Czy organy te są zdolne wzbogacić europejski porządek prawny o nowy poziom praw człowieka i ochrony praworządności? Jakiego rodzaju wsparcia potrzebują, by być w stanie realizować tę misję? Jak wygląda ich status dzisiaj, w 70 lat po podpisaniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka?
Tematy te są przedmiotem naszej dyskusji w dzisiejszym odcinku podcastu Porozmawiajmy o praworządności, w którym uczestniczą nasi świetni goście:
Başak Çalı – profesor prawa międzynarodowego i jeden z dyrektorów Ośrodka Praw Podstawowych przy Hertie School (Berlin), dyrektor Ośrodka Globalnego Prawa Publicznego na Uniwersytecie Koç w Stambule.
Angelika Nußberger – profesor prawa konstytucyjnego, prawa międzynarodowego i prawa porównawczego na Uniwersytecie w Kolonii (Niemcy), członkini Komisji Weneckiej; w latach 2011-2019 sędzina w Europejskim Trybunale Praw Człowieka i jego Wiceprezes w latach 2017-2019.
Thomas Markert – do niedawna dyrektor i sekretarz Komisji Weneckiej przy Radzie Europy.
Lennart Kokott – student prawa na Uniwersytecie Humboldta w Berlinie, student-asystent w Katedrze Prawa Publicznego, zajmujący się w szczególności dziedzinami Prawa Konstytucyjnego i Filozofii Prawa (u prof. dr Christopha Möllersa); wydawca-asystent Verfassungsblog.

40/2020 We need to talk about the Rule of Law
Odcinek 11: „Europejski Trybunał Sprawiedliwości"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/40/2020/we-need-to-talk-about-the-rule-of-law-odcinek-11-europejski-trybunal-sprawiedliwosci

Zapraszamy do wysłuchania jedenastego z cyklu anglojęzycznych podcastów „Musimy porozmawiać o praworządności" (We need to talk about the Rule of Law) przygotowanego przez Niemieckie Stowarzyszenie Adwokatów (DAV) wspólnie z Verfassungsblog.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości jest instytucją, dla której od kilku lat największym wyzwaniem jest europejski kryzys praworządności i która wielokrotnie zgłaszała naruszenia praworządności, szczególnie na Węgrzech i w Polsce. Jednakże Trybunał nie jest w stanie prowadzić obrony praworządności w Unii Europejskiej samodzielnie – potrzebuje w tych zmaganiach wsparcia partnerów instytucjonalnych. Na przykład, potrzebny jest ktoś, kto zgłasza przypadki naruszeń, a następnie monitoruje wykonanie wyroków Trybunału. Czy Komisja Europejska dostatecznie wywiązuje się ze swojej roli? Kto ma stać na straży Traktatów – Komisja, Trybunał, czy żadne z tych ciał? Rada Europejska ma możliwość nakładania sankcji na państwa członkowskie przy użyciu procedury z Artykułu 7 TUE, jednak jak dotychczas, narzędzie to okazuje się nieskuteczne. Czy to oznacza, że jesteśmy świadkami jurydyfikacji konfliktu politycznego, który stanowi dla Trybunału nadmierne obciążenie?

41/2020 We need to talk about the Rule of Law Odcinek 12: „Sankcje finansowe"

„e-Palestra: Wykłady wideo", https://palestra.pl/pl/e-palestra/41/2020/we-need-to-talk-about-the-rule-of-law-odcinek-12-sankcje-finansowe

Zapraszamy do wysłuchania dwunastego z cyklu anglojęzycznych podcastów „Musimy porozmawiać o praworządności" (We need to talk about the Rule of Law) przygotowanego przez Niemieckie Stowarzyszenie Adwokatów (DAV) wspólnie z Verfassungsblog.
Wraz z ostatnim odcinkiem naszego podcastu do końca zbliża się również niemiecka prezydencja w Radzie Europejskiej. Jednym z najważniejszych przedsięwzięć niemieckiej prezydencji jest projekt powiązania finansowania wspólnotowego z przestrzeganiem standardów praworządności. Mechanizm taki stanie się elementem następnego, długookresowego budżetu Unii, począwszy do roku 2021 – a ściślej, stanie się tak, jeżeli Węgry i Polska zagłosują za tym rozwiązaniem, co w obecnej chwili staje się coraz mniej pewne, lub jeżeli znajdzie się sposób obejścia ewentualnego weta tych państw. Powiązanie kwestii naruszeń praworządności i korzystania z funduszy europejskich, korzyści i niedostatki sankcji finansowych nakładanych na państwa członkowskie oraz faktyczny zakres obecnych propozycji – na te tematy w ramach podcastu Porozmawiajmy o praworządności dyskutują w tym tygodniu LENNART KOKOTT, KIM LANE SCHEPPELE i SERGEY LAGODINSKY, jednocześnie kończąc bieżący cykl diagnozą obecnego stanu Unii Europejskiej z perspektywy praworządności.
Kim Lane Scheppele - profesor socjologii i spraw międzynarodowych Fundacji Laurance'a S. Rockefellera w Princeton School of Public and International Affairs oraz w Ośrodku Uniwersyteckim Wartości Ludzkich przy Uniwersytecie Princeton, USA.
Sergey Lagodinsky – członek Parlamentu Europejskiego i wiceprzewodniczący Komisji Parlamentarnej Spraw Prawnych (fot. Kristina Kast).
Lennart Kokott – student prawa na Uniwersytecie Humboldta w Berlinie, student-asystent w Katedrze Prawa Publicznego, zajmujący się w szczególności dziedzinami Prawa Konstytucyjnego i Filozofii Prawa (u prof. dr Christopha Möllersa); wydawca-asystent Verfassungsblog.

Video Lectures

1/2020 advocate prof. dr hab. Maciej Gutowski "The Civil Code and COVID-19"

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/1/2020/adw.-prof.-dr-hab.-maciej-gutowski-kodeks-cywilny-a-covid-19

This lecture concerns the issue of influence of statutes and other normative instruments connected with the COVID-19 pandemic on civil law, in particular on the wording, interpretation and application of its provisions. Although the provisions contained in normative instrument, i.e. in the so-called COVID 1, COVID 2 and COVID 3 Acts and in Regulations of the Minister of Health are episodic ones, they have a considerable influence on civil law, which is important from the point of view of an advocate's tools of the trade.

2/2020 Extraordinary measures: Restrictions upon freedoms and penalties. Video Recording of the Meeting of the Department of Criminal Law, Jagiellonian University, on 28 March 2020

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/2/2020/stany-nadzwyczajne-ograniczenia-wolnosci-i-sankcje.-nagranie-wideo-zebrania-katedry-prawa-karnego-uj-z-27-marca-2020

We would like to invite you to watch the academic meeting of the Department of Criminal Law, Jagiellonian University, organised jointly with the University's Centre for Bioethics and Medical Law, held on 27 March 2020.
The material includes analyses relating to the influence of extraordinary regulations connected with the epidemic on the sphere of civil rights and freedoms. It presents possible interpretations of the provisions that introduced restrictions upon personal freedom and freedom of business activity in the context of constitutional conditions.
It contains analyses concerning the interpretation of provisions providing for sanctions, as well as remarks about the legal status of physicians and medical staff in the context of extraordinary situations caused by the epidemic. The problems discussed belong to areas of constitutional law, criminal law, and medical law.

3/2020 Extraordinary measures part 2: The constitutional perspective. Video Recording of Meetings of the Department of Criminal Law, Jagiellonian University, on 3 and 8 April 2020

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/3/2020/stany-nadzwyczajne-cz.-2-perspektywa-konstytucyjna.-nagranie-wideo-zebran-katedry-prawa-karnego-uj-z-3-i-8-kwietnia-2020-r

We would like to invite you to watch the academic meeting of the Department of Criminal Law, Jagiellonian University, organised jointly with the University's Department of Constitutional Law and Centre for Bioethics and Medical Law, held on 3 and 8 April 2020.
Part 1 of the material includes analyses relating to the influence of extraordinary regulations connected with the epidemic on the sphere of civil rights and freedoms. It presents possible interpretations of the provisions that introduced restrictions upon personal freedom and freedom of business activity in the context of constitutional conditions.
It contains analyses concerning the interpretation of provisions providing for sanctions, as well as remarks about the legal status of physicians and medical staff in the context of extraordinary situations caused by the epidemic. The problems discussed belong to areas of constitutional law, criminal law, and medical law.
Part 2 of the material continues the reflections relating to assessment of the state of epidemic from the point of view of constitutional solutions for extraordinary measures. It presents reflections about the grounds for introducing an extraordinary measure and the consequences of the current situation. The conception of assessment of the state of epidemic on the plane of the Constitution is presented, along with the consequences of adopting a certain conception. It also discusses the problem of claims for damages against the State in connection with the introduction of social isolation measures.

4/2020 Defence of necessity, conflicts of duties, standards of prudence: Healthcare in times of epidemic. Video Recording of Meetings of the Department of Criminal Law, Jagiellonian University, on 17 and 24 April 2020

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/4/2020/stan-wyzszej-koniecznosci-kolizje-obowiazkow-standardy-ostroznosci-ochrona-zdrowia-w-czasie-epidemii.-nagranie-wideo-zebran-katedry-prawa-karnego-uj-z-17-i-24-kwietnia-2020-r

We would like to invite you to watch the academic meetings of the Department of Criminal Law, Jagiellonian University, organised jointly with the University's Centre for Bioethics and Medical Law, held on 14 and 24 April 2020.
Part 1 of the material contains analyses concerning the laws regulating the principles of providing legal aid during a state of epidemic threat. It presents the ways of resolving conflicts of duties and conflicts of interests arising in connection with providing medical aid. It also presents the possible legal assessments of cases when it is

impossible to provide aid to all persons who need it, as well as criminal law aspects of exposure to the threat of infection in connection with performing professional duties and the models of determining the so-called prioritisation criteria.
Part 2 of the material contains analyses concerning the rules to be followed during a state of epidemic, which constitute grounds for liability in case of their infringement, and assumptions relating to grounds for liability for exposure to threat and for unintentionally causing consequences for life or health in connection with providing medical aid. It presents the construction of defence of necessity as an instrument providing for greater adequacy of the basis of criminal liability during the epidemic.

5/2020 Electoral law and lawlessness during a state of epidemic. Video Recording of Meetings of the Department of Criminal Law, Jagiellonian University, on 30 April and 8 May 2020

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/5/2020/prawo-i-bezprawie-wyborcze-w-czasie-stanu-epidemii.-nagranie-wideo-zebran-katedry-prawa-karnego-uj-z-30-kwietnia-i-8-maja-2020-r

We would like to invite you to watch the academic meetings of the Department of Criminal Law, Jagiellonian University, organised jointly with the University's Department of Constitutional Law, held on 30 April and 8 May 2020.
The material contains analyses of the constitutional regulations of electoral law. It presents election models, in particular regulations about the so-called postal voting adopted in various countries. It contains an analysis of the state of law during the epidemic against the background of constitutional standards and in a comparative law perspective. It also analyses the functions and importance of election campaigns with references to constitutional election standards.

11/2020 advocate prof. dr hab. Maciej Gutowski – Fiduciary transfer of ownership of residential property for security purposes in the light of Article 387^1 of the Civil Code

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/11/2020/adw.-prof.-dr-hab.-maciej-gutowski-przewlaszczenie-na-zabezpieczenie-nieruchomosci-mieszkaniowej-w-swietle-art.-387-1-kc

Article 387^1 of the Civil Code, added to the Code as part of "COVID-3 shield", provides for a sanction of invalidity of an agreement of fiduciary transfer for security purposes of ownership of property which serves to satisfy housing needs. In justification of this solution, a reference is made to the fair need for protection from abuses relating to agreements concerning residential properties. The broadly defined grounds for applying the sanction of invalidity, which in civil law studies is treated as the *ultima ratio* for regulating social relationships, makes it necessary to answer

the questions whether this was done properly, why more modern and flexible solutions were not considered, and whether this will not result in freezing an important civil law element, that is, the aforementioned way of securing debts.

29/2020 On the Constitutional Court's decision of 22 October 2020: Debate organised by the Polish Bar Council's Women's Affairs Team

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/29/2020/o-rozstrzygnieciu-trybunalu-konstytucyjnego-z-22.10.2020-r.-debata-zorganizowana-przez-zespol-do-spraw-kobiet-przy-naczelnej-radzie-adwokackiej

We present to you a recording of the debate organized by the Polish Bar Council's Women's Affairs Team, concerning the Constitutional Court's decision of 22 October 2020, in which the Court held that provisions that permit a physician to terminate pregnancy if prenatal screening or other medical reasons indicate a high likelihood of serious and irreversible foetal impairment or incurable disease threatening the foetus' life to be incompatible with the Constitution.
The speakers are:
prof. Ewa Łętowska, judge of the Constitutional Court and the Supreme Administrative Court, Ombudsman;
dr Katarzyna Sękowska-Kozłowska, head of the Poznań Human Rights Centre of the Polish Academy of Sciences;
Małgorzata Kraszewska, Doctor of Medicine, physician at the Department of Obstetrics and Gynaecology of the Provincial Hospital in Bełchatów;
Kamila Ferenc, trainee advocate, lawyer of the Federation for Women and Family Planning;
Magda Mierzewska-Krzyżanowska, attorney at law, lawyer at the Registry of the European Court of Human Rights in Strasbourg, lawyer at the Secretariat of the European Commission on Human Rights.
The debate was organised and moderated by advocate Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska.

30/2020 Has there been a change in the penalization of pregnancy termination?

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/30/2020/czy-nastapila-zmiana-karalnosci-przerywania-ciazy

We would like to invite you to watch the academic meeting of the Department of Criminal Law, Jagiellonian University, held on 6 November 2020 and titled "Has there been a change in the penalization of pregnancy termination"?
The topic was the scope of jurisdiction of the Constitutional Court in matters in which the review concerns criminal provisions or other provisions whose repeal

leads to broader criminalisation. The reflections were conducted in the perspective of the *nullum crimen sine lege* principle and the impulse to engage in them was the issue by the Constitutional Court on 22 October 2020 of a decision (K 1/20) pronouncing unconstitutional Article 4a(2) of the Act of 7 January 1993 on Family Planning, Protection of Human Foetus, and Conditions of Permissibility of Pregnancy Termination (Dz.U. No. 17, item 78 as amended).
The initial remarks were given by dr hab. Agnieszka Barczak-Oplustil.

31/2020 Constitutional Court's judgments derogating provisions in the context of determining the scope of penalization: An attempt at critical analysis against the background of CC judgment of 22 October 2020 (K 1/20)

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/31/2020/orzeczenia-derogacyjne-tk-a-wyznaczanie-zakresu-karalnosci-proba-analizy-krytycznej-na-tle-wyroku-tk-z-22.10.2020-r.-k-1-20

The lecture – an introduction to the debate during an academic meeting of the Legal Commission of the Polish Academy of Learning in Kraków – contains a critical analysis of the adopted conceptions of assessment of consequences of Constitutional Court's judgments derogating provisions in the aspect of penalization. The starting point is reconstruction of the consequences commonly associated with CC judgment of 22 October 2020, according to which recognition by the CC as unconstitutional of regulations relating to embryopathological reasons legalising pregnancy terminations results in extending the scope of penalization of the offence defined in Article 152 of the Criminal Code, followed by a critical analysis of the methods of determining the consequences of the constitutional court's judgments derogating provisions adopted in literature in the past 30 years. Referring to the systemic position of the constitutional court, including in particular its function in the field of protection of civil rights and freedoms guaranteed by the constitution, the lecturer presents the importance of the constitutional principle of exclusivity of statutes in establishing criminal law norms. Arguments are provided to challenge the standpoint whereby Article 190(1) of the Polish Constitution is treated as *lex specialis* with respect to Article 42(1) of the Constitution. It is justified why the principle of exclusivity of statutes in establishing criminal law norms should be given primacy. The consequence is the statement that in the Polish legal system there are no grounds for claiming that a judgment derogating a provision automatically extends the scope of penalization of behaviours previously permitted by the provision removed from the legal system by the CC. More general conclusions are also presented, concerning the position of the constitutional court in the system of government and the model of determining the consequences of its judgments, respecting the principle of separation of powers and that of checks and balances. It is therefore a contribution to a critical evaluation of claims that CC judgment of 22 October 2020 (K 1/20) extended the scope of penalization of abortion on embryopathological grounds.

32/2020 Lecture by prof. dr hab. Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz on the centenary of the Poznań Bar Council

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/32/2020/wyklad-prof.-dr-hab.-slawomiry-wronkowskiej-jaskiewiczz-okazji-stulecia-ora-w-poznaniu

We present a short lecture about lawyers' duties and responsibilities, constitutional values, and invoking them in difficult times, given by Professor Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz, retired Constitutional Court judge, as a special guest during the ceremony to commemorate the centenary of the Bar Association of Wielkopolska Region, held in the assembly hall of the Adam Mickiewicz University in Poznań on 29 November 2019.

Academy of Entrepreneurial Advocates

13/2020 Academy of Entrepreneurial Advocates. Part 1: Organising online meetings: Principles and available tools (webinar of 28 May 2020)

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/13/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-czesc-1-organizacja-spotkan-online-zasady-i-dostepne-narzedzia.-szkolenie-z-28.05.2020-r

The Polish Bar Council launches its Academy of Entrepreneurial Advocates. This is a training programme for advocates, aiming to provide them with comprehensive knowledge and to support the development of their skills, which are important for the development of their law firms and, consequently, for their future professional stability. More information on: http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/
Academy of Entrepreneurial Advocates (webinar of 28 May 2020)

SUBJECT: Cooperation with clients and within the team when working from home
We try to teach you about the tools for and principles of working from home, which, according to the available market analyses, is going to stay with us even after the COVID-19 pandemic is over.
Part 1: Organising online meetings: Principles and available tools
Speaker: Anna Gnoińska: founder and managing partner of REVIT.HR. She gained experience as a director and management board member in charge of HR, communication, change management and digital transformation in HR area. She worked for international and Polish companies in the sectors of banking, media, energy, and technology. At REVIT.HR she cooperates remotely with clients and the team of consultants, as well as provides advice to clients on how to prepare and carry out enterprise digitalisation. She studied finance and management in France and Germany as a part of NEOMA Business School.

14/2020 Academy of Entrepreneurial Advocates. Part 2: Organisation of remote cooperation with the client. Academy of Entrepreneurial Advocates (webinar of 28 May 2020)

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/14/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-czesc-2-organizacja-zdalnej-wspolpracy-z-klientem.-narzedzia.-szkolenie-z-28.05.2020-r

The Polish Bar Council launches its Academy of Entrepreneurial Advocates.
This is a training programme for advocates, aiming to provide them with comprehensive knowledge and to support the development of their skills, which are important for the development of their law firms and, consequently, for their future professional stability.
More information on: http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/
Academy of Entrepreneurial Advocates (webinar of 28 May 2020)

SUBJECT: Cooperation with clients and within the team when working from home
We try to teach you about the tools for and principles of working from home, which, according to the available market analyses, it going to stay with us even after the COVID-19 pandemic is over.
Part 2: Organisation of remote cooperation with the client. Tools
Speaker: Anna Gnoińska: founder and managing partner of REVIT.HR. She gained experience as a director and management board member in charge of HR, communication, change management and digital transformation in HR area. She worked for international and Polish companies in the sectors of banking, media, energy, and technology. At REVIT.HR she cooperates remotely with clients and the team of consultants, as well as provides advice to clients on how to prepare and carry out enterprise digitalisation. She studied finance and management in France and Germany as a part of NEOMA Business School.

15/2020 Academy of Entrepreneurial Advocates. Part 3: Digital law firm: How the available tools can facilitate the work of the team and cooperation with clients (webinar of 28 May 2020)

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/15/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-czesc-3-cyfrowa-kancelaria-jak-dostepne-narzedzia-moga-usprawnic-prace-zespolu-i-wspolprace-z-klientami.-szkolenie-z-28.05.2020-r

The Polish Bar Council launches its Academy of Entrepreneurial Advocates. This is a training programme for advocates, aiming to provide them with comprehensive knowledge and to support the development of their skills, which are important for the

development of their law firms and, consequently, for their future professional stability. More information on: http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/
Academy of Entrepreneurial Advocates (webinar of 28 May 2020)

SUBJECT: Cooperation with clients and within the team when working from home
We try to teach you about the tools for and principles of working from home, which, according to the available market analyses, it going to stay with us even after the COVID-19 pandemic is over.
Part 3: Digital law firm: How the available tools can facilitate the work of the team and cooperation with clients
Speaker: Anna Gnoińska: founder and managing partner of REVIT.HR. She gained experience as a director and management board member in charge of HR, communication, change management and digital transformation in HR area. She worked for international and Polish companies in the sectors of banking, media, energy, and technology. At REVIT.HR she cooperates remotely with clients and the team of consultants, as well as provides advice to clients on how to prepare and carry out enterprise digitalisation. She studied finance and management in France and Germany as a part of NEOMA Business School.

22/2020 Academy of Entrepreneurial Advocates (webinar of 24 September 2020) Managing yourself and relationships in testing times

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/22/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenie-z-24.09.2020-r.-zarzadzanie-soba-i-relacjami-w-wymagajacych-czasach

We present a free online webinar with one of Poland's most famous and respected business psychologists: Jacek Santorski. The subject is how to manage yourself and relationships in testing times. The speaker discusses, among other things, the pattern of good conversation / "stairway to heaven" model (fine-tuning, contract, influence), difficult situations – constructive confrontation, preparation, and language of negotiations. He explains what errors should be avoided, discusses the "drama triangle" trap, analyses the issue of self-management in an important and difficult conversation: the role of attitude, mindfulness, stress management based on breath awareness, reset.
Jacek Santorski is a consultant, trainer, coach, mentor and supervisor. He is a recognised expert in the field of business psychology. He tackles, among other things, relationships in the world of business and the relations between psychology of leadership and business efficiency.
The Polish Bar Council launches its Academy of Entrepreneurial Advocates. This is a training programme for advocates, aiming to provide them with comprehensive knowledge and to support the development of their skills, which are important for

the development of their law firms and, consequently, for their future professional stability. More information on: http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/

45/2020 Academy of Entrepreneurial Advocates (webinar of 25 June 2020) Pricing legal services. Negotiating with a law firm's client

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/45/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenie-z-25.06.2020-r.-wycena-uslug-prawnych.-negocjacje-z-klientem-kancelarii

As part of the Academy of Entrepreneurial Advocates we invite all advocates and trainee advocates to watch a webinar delivered by Iwona Kordjak, on the pricing of legal services and negotiating with a law firm's client.
The webinar is meant for all those wondering whether the prices they quote are good, for whom putting a price tag on their work is always stressful, while under-pricing for fear of losing the customer is the norm, who work a lot, but their budget still does not balance.
The trainer is Iwona Kordjak, a lawyer, tax adviser, ICC-certified coach, business trainer, mentor, and expert of the Network of Entrepreneurial Women.
The Polish Bar Council launches its Academy of Entrepreneurial Advocates. This is a training programme for advocates, aiming to provide them with comprehensive knowledge and to support the development of their skills, which are important for the development of their law firms and, consequently, for their future professional stability. More information on: http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/

46/2020 Academy of Entrepreneurial Advocates (webinar of 26 November 2020) The process of selling legal services

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/46/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenie-z-26.11.2020-proces-sprzedazy-uslug-prawnych

As part of the Academy of Entrepreneurial Advocates the Polish Bar Council and the editorial board of *Palestra* invite all advocates to watch a free webinar by Tomasz Kalko on the subject of selling legal services. The aim of the webinar is to boost the conversion rate of agreements signed with clients, increase the average markup on the matters dealt with, improve the client's satisfaction level and the rate of positive recommendations, while decreasing the number of complaints resulting from misunderstandings at the stage of arrangements.
The webinar is divided into training blocks:- getting to know the initial expectations and taking the lead;

– building a sense of security in your client;
– deep understanding of the client's needs and concerns;
– presentation of values, principles of cooperation and, where necessary, presentation of benefits;
– negotiations, instruments of influence and closing the deal.

The trainer is Tomasz Kalko, a motivational speaker and a manager with twenty years of experience under his belt. He has trained over 25,000 persons. Business practitioner: Development Director at Blachy Pruszyński, one of the biggest family businesses in Poland. He completed the School of Business Trainers at Kozminski University in Warsaw. Founder and creator of development academies in the fields of: sales, leadership, motivation, and communication.

The Polish Bar Council launches its Academy of Entrepreneurial Advocates. This is a training programme for advocates, aiming to provide them with comprehensive knowledge and to support the development of their skills, which are important for the development of their law firms and, consequently, for their future professional stability. More information on: http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/

47/2020 Academy of Entrepreneurial Advocates (webinar of 17 December 2020) How to cope with stress?

"e-Palestra: Video Lectures", https://palestra.pl/pl/e-palestra/47/2020/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenie-z-17.12.2020-r.-jak-poradzic-sobie-ze-stresem

As part of the Academy of Entrepreneurial Advocates we invite all advocates and trainee advocates to watch another webinar, this time delivered by Andrzej Burzyński, on how to cope with stress. The aim of the webinar is to teach attendees to distinguish the stages of stress, to use stress management techniques, as well as to prevent and prepare for stress.

Andrzej Burzyński – founder of the Entrepreneur Development Academy (operating since 2006). He was a radio journalist of Kontestacja.com in 2011–2016. He presented programmes about doing business for TBN POLSKA TV station (June-September 2017). Business trainer, conference speaker, university lecturer (MBA at Lazarski University; Poznań University of Economics and Business; Kozminski University; ASBIRO). Author of books *Productive Entrepreneur™*, *From Passion to Business™*, *Life Full of Passion*, *Forgive and Free Yourself™*. Vlogger at AndrzejBurzynski.pl.

The Polish Bar Council launches its Academy of Entrepreneurial Advocates. This is a training programme for advocates, aiming to provide them with comprehensive knowledge and to support the development of their skills, which are important for the development of their law firms and, consequently, for their future professional stability. More information on: http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/adwokacka-akademia-przedsiebiorczosci-szkolenia-on-line-dla-adwokatow/page/1/

Table of contents

Constitutional law

Włodzimierz Wróbel
The constitutional prerogative of the General Assembly of the Justices of the Supreme Court to present the President of the Republic of Poland the candidates for the position of the First President of the Supreme Court 7

Piotr Kardas
Institutional guarantees on lawyers' independence as a bedrock of the rule of law 23

Piotr Uziębło
How not to make laws. Remarks on the margins of the process of adopting the Act of 6 April 2020 on special principles for holding general elections for the President of the Republic of Poland ordered in 2020 60

Piotr Kardas
The importance of the request for a preliminary ruling of the Warsaw Bar Association Disciplinary Court for the protection of lawyers' independence – some remarks as a side note on the application of 4 February 2020 for a preliminary ruling (case C-55/20) 73

Michał Mistygacz, Wojciech Sitek
Complaint to the European Court of Human Rights on the decision of the Disciplinary Chamber of the Supreme Court 84

Civil law

Agnieszka Haładyj-Janota
Personal liability of the members of the management board towards joint stock company's creditors in case of insolvency 106

Marek Kułak
Conducting a general meeting of cooperative members during the COVID-19 epidemic 123

Przemysław Mańke
No obligation to deliver a copy of the letter containing the extension of the claim – commentary to the resolution of the Supreme Court of 11.12.2020 (III CZP 31/18) 140

Ewa Stawicka
Amended Provisions of the Code of Civil Procedure: Extended Scope of Arbitration 156

Economic law

Łukasz Błaszczuk
Impact of SARS-CoV-2 virus outbreak on the obligation to submit a request to open insolvency proceedings in due time and legal consequences in case of non-fulfillment 162

Justyna Michalak-Królicka
Transposition of the provisions of the directive establishing the European Electronic Communications Code to the Polish legal system in terms of the freedom to provide electronic communications networks and services 171

Ewa Weinar
Imposing fines on managers for violating competition law – the first decision of the President of Office of Competition and Consumer Protection 190

Criminal law

Jan Kluza
Suspension of limitation periods for criminal offenses during a coronavirus pandemic 199

Konrad Lipiński
The obligation to apply an effective preventive measure. On (lack of) normative content of art. 258a of the Code of Criminal Procedure 208

Krystyna Patora
„Re-initiation" – a new procedural institution 220

Paweł Grzesiak
Execution the penalty of deprivation of liberty during the COVID-19 pandemic. Dogmatic and sociological remarks 238

Małgorzata Szeroczyńska
The rationality of the legislator and random changes in penal provisions .. 256

Interdisciplinary issues

Maciej Gutowski, Piotr Kardas
Digitalisation of the legal world through the prism of epidemic-related change – on the opportunities and threats of fast digitalisation of the Polish justice system 270

Piotr Kardas
Threats to the Rule of Law in Poland in the context of the developments following the publication "European Commission 2020 Report of Rule of Law. The rule of law situation in the European Union". Appendix to 2020 Rule of Law Report 297

Opinions

Maciej Gutowski, Piotr Kardas
About benefits and consequential dameges from demo exploitation to judges and court lawyers process 318

Before the National Congress

Maciej Gutowski
The Bar Association of the 21st century: competent and modern. Our profession, our local government, our image. Release the energy and strength of the Bar Association 327

Video lectures

Index of e-Palestra video lectures (in Polish) 338

Index of e-Palestra video lectures (in English) 356

Table of contents 366