

marzec

3/2018



# PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

---

100 LAT  
ODRODZONEJ  
ADWOKATURY  
POLSKIEJ



Na okładce wykorzystano obraz pędzla **Williama Turnera** (1775–1851), angielskiego malarza uważanego za prekursora impresjonizmu, a znanego chyba głównie z romantycznych pejzaży. Obraz pt. *Deszcz, para, szybkość – The Great Western Railway* (ang. *Rain, Steam and Speed – The Great Western Railway*) wystawiony został po raz pierwszy w Royal Academy of Arts w 1844 r. Jest wykonany techniką olej na płótnie, a ma wymiary 91 × 121,8 cm. Dziś obraz znajduje się na stałej ekspozycji w National Gallery w Londynie, obok innego znanego obrazu Turnera – *Ostatnia droga Temeraire'a* (ang. *The Fighting Temeraire tugged to her last berth to be broken up*) z 1839 r.

Widoczna na obrazie pędząca lokomotywa to symbol dynamiki czasów. Stary porządek to po lewej stronie dwie łodzie z pasażerami, a po prawej niemal niezauważalny oracz. Zderzenie nowego przemysłowego porządku z porządkiem rolniczym (agrarnym) – natura i potężna maszyna. Tytułowa Great Western Railway (GWR) to jedna z najstarszych spółek kolejowych w Wielkiej Brytanii. Na obrazie widoczny jest most Maidenhead Railway na Tamizie, wybudowany w 1839 r.



marzec

3/2018

# PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

---

Rok LXIII nr 725

*Uczuć i przemyśleń ożywczych jak Wielkanocny poranek  
wszystkim swym Czytelnikom i Autorom  
życzy Redakcja*



Naczelna Rada Adwokacka

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

---

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

**Kolegium:**

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

---

Na okładce: William Turner,  
*Rain, Steam and Speed – The Great Western Railway*,  
obraz olejny, 1844, National Gallery w Londynie  
Opracowanie: Artur Tabaka

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

Ark. wyd.: 11,8. Nakład: 9500 egz.  
ISSN 0031-0344, indeks 36851

Wersją podstawową czasopisma jest wydanie papierowe.

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

# S Spis treści

<i>Andrzej Marian Świątkowski</i> , prof. dr hab., Akademia Ignatianum (Kraków) Pozakodeksowe przypadki wygaśnięcia stosunku pracy .....	5
<i>Patrycja Dolniak</i> , dr, asesor sądowy SR (Katowice) Zakres ochrony finansowych interesów klientów biur podróży na wypadek niewypłacalności przedsiębiorcy w świetle prawa unijnego .....	12
<i>Paweł Kamiński</i> , apl. adw. (Toruń) Egzekucja należności publicznoprawnych w kontekście uwzględnienia przez sąd powszechny skargi pauliańskiej (art. 527 k.c.) wniesionej przez wierzyciela publicznoprawnego. Rozważania na temat statusu prawnego dłużnika pauliańskiego w postępowaniu egzekucyjnym .....	19
<i>Karolina Kędziera</i> , apl. adw. (Łódź), <i>Małgorzata Stępień</i> , apl. adw. (Łódź) Piecza naprzemienna w polskim prawie rodzinnym .....	26
<i>Konrad Purzycki</i> , apl. adw. (Warszawa) Dopuszczalność inżynierii wstecznej w prawie europejskim w świetle wyroku w sprawie <i>SAS Institute Inc. przeciwko World Programming Ltd.</i> .....	34
<i>Jarosław Szewczyk</i> , adwokat, dr (Warszawa) Przestępstwo rynkowej manipulacji w kontekście postanowień dyrektywy w sprawie sankcji karnych za nadużycia na rynku .....	40
<i>Jacek Kędziński</i> , adwokat (Łódź) Uzasadnienie wyroku i zapowiedź apelacji w sprawie karnej – stan AD 2017 – po „reformie reformy” procedury karnej .....	46
<i>Sebastian Brzozowski</i> , sędzia SO (Gdańsk) Rejestracja rozprawy głównej przez przedstawicieli środków masowego przekazu (art. 357 k.p.k.) .....	52
<i>Marcin Mrowicki</i> , adwokat (Łódź) (Nie)konstytucyjność obligatoryjnego przekazania sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia .....	62
<i>Maciej Białuński</i> , apl. radc. (Olsztyn) Odstąpienie od obowiązku zawiadomienia prokuratora o przestępstwie – analiza nowego uprawnienia Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego .....	72
<i>Łukasz Dawid Dąbrowski</i> , adwokat, dr, wykładowca UKSW (Warszawa) Wygaśnięcie decyzji Prezesa UKE zastępującej umowę stron w postępowaniu odwoławczym przed sądem cywilnym .....	81

## Glosy

<b>Cezary Paweł Waldziński</b> , dr, adiunkt PWSzLiP (Łomża) Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 6 kwietnia 2017 r., IV CZ 140/16 [o problemach proceduralnych przy zniesieniu współwłasności nieruchomości] . . . . .	86
<b>Tobiasz Nowakowski</b> , student WPiA UŁ (Łódź) Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2016 r., III CZP 19/16 [o umownym terminie prekluzyjnym] . . . . .	92
<b>Jordan Zafirov</b> , adwokat (Warszawa) Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2015 r., I CSK 1043/14 [o umowie opcji walutowej] . . . . .	97
<b>Jan Kulesza</b> , dr, adiunkt UŁ (Łódź) Glosa do wyroku Sądu Rejonowego w Piotrkowie Trybunalskim z 16 września 2016 r., II K 105/16 [o granicach stanu wyższej konieczności] . . . . .	104

## Najnowsze orzecznictwo

<b>Michał Jackowski</b> , adwokat, dr hab., prof. WSB (Poznań) Przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w okresie listopad 2017–luty 2018 r.	110
<b>Monika Strus-Wołos</b> , adwokat, dr (Grójec) Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Cywilna . . . . .	115

## Pytania i odpowiedzi prawne

<b>Ewa Stawicka</b> , adwokat (Warszawa) Czy strona umowy przedwstępnej, która jest wyłącznie odpowiedzialna za przyczynę nieudojścia do skutku umowy przyrzeczonej, może skutecznie skorzystać z uprawnień przewidzianych w art. 394 § 1 k.c.? . . . . .	119
--	-----

## Gawędy adwokata bibliofila

<b>Andrzej Tomaszek</b> , adwokat (Warszawa) O nieuchronności dekompozycji i o książkach gorzkich . . . . .	122
--	-----

## Recenzje i noty recenzyjne

Zbigniew R. Kmiecik, <i>Losy „wariata” i „głupka” w państwie i społeczeństwie</i> <b>Józef K. Gierowski</b> , prof. dr hab. (Kraków) . . . . .	126
---	-----

## Kronika adwokatury

Posiedzenie plenarne Naczelnej Rady Adwokackiej . . . . .	131
Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej . . . . .	134

## Szpalty pamięci

Adwokat Ewelina Wolańska (1931–2017) <b>Krzysztof Golec</b> , adwokat (Gdańsk) . . . . .	135
Adwokat Marek Kotarski (1956–2017) <b>Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska</b> , adwokat, wicedziekan ORA (Warszawa) . . . . .	139

## Marzec '68

<b>Adam Redzik</b> , adwokat, dr hab., prof. UW (Warszawa) . . . . .	141
Table of contents . . . . .	143

## POZAKODEKSOWE PRZYPADKI WYGAŚNIĘCIA STOSUNKU PRACY

### I. WPROWADZENIE

Przepis art. 63 k.p. stanowi, że umowa o pracę wygasa w przypadkach określonych w Kodeksie pracy oraz w przepisach szczególnych. Najbardziej popularne w języku prawniczym określenia bliskoznaczne dla ustawowego terminu „wygaśnięcie” umowy o pracę to „wygaśnięcie”, „ustanie” i „zaprzestanie obowiązywania” zobowiązaniowej podstawy prawnej kreującej więź prawną – stosunek pracy. Kodeks pracy stanowi, że umowa o pracę wygasa: 1) z upływem czasu, na jaki została zawarta (art. 30 § 1 pkt 4); 2) z dniem śmierci pracownika (art. 63<sup>1</sup> § 1) lub pracodawcy, jeżeli zakład pracy nie został przejęty przez następcę prawnego zmarłego pracodawcy na zasadach określonych w art. 23<sup>1</sup> (art. 63<sup>2</sup> § 1 i 3) oraz 3) z upływem trzech miesięcy nieobecności pracownika w pracy z powodu tymczasowego aresztowania (art. 66 § 1). Pod rządem poprzednio obowiązujących przepisów Kodeksu pracy umowa o pracę „wygasała” z mocy prawa z dniem ukończenia pracy, dla której wykonania została zawarta (art. 30 § 1 pkt 5), oraz w razie porzucenia pracy przez pracownika (art. 64 § 1). W odróżnieniu od rozwiązania stosunku pracy, które przybiera postać prawną jednostronnej (wypowiedzenie, rozwiązanie bez wypowiedzenia, odwołanie, rezygnacja ze stanowiska) lub dwustronnej czynności prawnej (porozumienie), dokonywanej przez strony indywidualnego stosunku pracy, wygaśnięcie umowy o pracę następuje z woli ustawodawcy. Jest powodowane zdarzeniami faktycznymi: upływ czasu, śmierć jednej

ze stron stosunku pracy lub przedłużająca się nieobecność w pracy, z którymi wymienione wyżej przepisy Kodeksu pracy łączą taki skutek prawny<sup>1</sup>. Likwidacja pracodawcy, polegająca na zakończeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę, występującego w stosunkach pracy w charakterze pracodawcy, nie jest uważana przez judykaturę za zdarzenie powodujące wygaśnięcie umowy o pracę<sup>2</sup>. Do pracodawcy wykreślonego z rejestru przedsiębiorstw mają zastosowanie przepisy ustawy z 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników<sup>3</sup>. Czynności regulowane przepisami prawa gospodarczego nie prowadzą bowiem do wygaśnięcia stosunku pracy z mocy prawa.

Identyczne zasady postępowania powinny obowiązywać w indywidualnych stosunkach pracy regulowanych przepisami szczególnymi. Przepis art. 5 k.p. wyraźnie i jednoznacznie nakazuje stosowanie powszechnie obowiązujących przepisów Kodeksu pracy do stosunków pracy określonych kategorii pracowników, zatrudnionych na jednej z podstaw prawnych wymienionych w art. 2 k.p., innej aniżeli umowa o pracę (powołanie, wybór, mianowanie lub spółdzielcza umowa o pracę), w zakresie nieuregulowanym odrębnie tymi przepisami szczególnymi. Powyższy obowiązek wyeksponowany przez Naczelny Sąd Administracyjny, który przed laty orzekł, że Kodeks pracy nie ma zastosowania wyłącznie do tych przypadków regulowanych odrębnymi przepisami prawa pracy, które wyczerpująco regulują treść stosunku pracy<sup>4</sup>, nie uległ zmianie.

<sup>1</sup> A. M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, C. H. Beck, wyd. 5, Warszawa 2016, s. 405–406.

<sup>2</sup> Wyrok SN z 5 września 2001 r., I PKN 830/00, OSNP 2003, nr 15, poz. 355, teza pierwsza.

<sup>3</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 192 i 1220.

<sup>4</sup> Wyrok NSA z 19 kwietnia 1984 r., II SA 451/84, OSPiKA 1985, nr 2, poz. 27.

Przepisy szczególne, ustawa o pracownikach urzędów państwowych z 16 września 1982 r.<sup>5</sup>, ustawa o służbie cywilnej z 21 listopada 2008 r.<sup>6</sup>, ustawa z 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym<sup>7</sup>, ustawa o służbie zagranicznej z 27 lipca 2001 r.<sup>8</sup>, nowelizowana ustawą o zmianie ustawy o służbie zagranicznej oraz niektórych innych ustaw<sup>9</sup> nie regulują następstw prawnych wynikających z wejścia w życie szczególnych przepisów „wygaszających” indywidualne stosunki pracy nawiązane na jednej z podstaw prawnych wymienionych w art. 2 k.p. Dokonane wyżej przykładowe wyliczenie niektórych szczególnych aktów prawnych regulujących służbowe stosunki pracy w administracji państwowej oraz szkolnictwie wyższym nie jest przypadkowe. Ścisłe wiąże się z zagadnieniem prawnym dotyczącym roli ustawodawcy w indywidualnych stosunkach pracy. W literaturze prawa pracy dominuje zapatrywanie o wspólnym, łącznym kształtowaniu indywidualnych stosunków pracy przez ustawę i umowę o pracę<sup>10</sup> albo inną wymienioną w art. 2 k.p. podstawę prawną nawiązaną przez strony więzi prawnej. W szczególności ustawa reguluje rozwiązanie i wygaśnięcie umowy o pracę, „co służy ochronie trwałości stosunku pracy”<sup>11</sup>. W imię powyższej ochrony pracownika jako „słabszej strony stosunku pracy” nie można wprowadzać odstępstw od minimalnych, powszechnie obowiązujących standardów trwałości ochrony stosunków pracy. Na przeszkodzie bowiem stoi ustrojowa zasada ochrony pracy sformułowana w art. 24 Konstytucji RP. Przepisy Kodeksu pracy regulujące ochronę trwałości

stosunku pracy urzeczywistniają wyrażoną w art. 24 ustawy zasadniczej zasadę obowiązku ochrony pracy, zobowiązującą państwo i jego władze do podejmowania stosownych działań, także legislacyjnych<sup>12</sup>, mających na celu ochronę wszelkich praw i interesów pracowniczych<sup>13</sup>. Jeszcze wyraźniej ochronna funkcja prawa pracy uwidacznia się w służbowych stosunkach pracy regulowanych ustawą z 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej. Stosunki pracy w tej służbie są nawiązywane także na podstawie mianowania. Mogą zostać rozwiązane jedynie przez podmioty zatrudniające – urzędy administracji rządowej – wyłącznie w wyjątkowych przypadkach, ściśle uregulowanych w ustawie z 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej. Intensywna, znacznie przewyższająca przeciętną, stabilizacja zatrudnienia funkcjonariuszy publicznych, członków korpusu służby publicznej, wynika z zadań sformułowanych w art. 153 ust. 1 Konstytucji RP<sup>14</sup>. Pracownicy tworzący tę służbę gwarantują zawodowe, rzetelne, bezstronne i politycznie neutralne wykonywanie zadań państwa w urzędach administracji rządowej.

Członkami korpusu służby cywilnej są również funkcjonariusze publiczni wchodzący w skład służby zagranicznej, której zadania, organizację i funkcjonowanie określa znowelizowana ustawa o zmianie ustawy o służbie zagranicznej oraz niektórych innych ustaw. W ustawie tej wykorzystano instytucję wygaśnięcia stosunków pracy pracowników, będących i niebędących członkami korpusu służby cywilnej, zatrudnionych w służbie zagranicznej. W związku z po-

<sup>5</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 269 ze zm.

<sup>6</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 1345 ze zm.

<sup>7</sup> Dz.U. z 2012 r. poz. 572 ze zm.

<sup>8</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 161 i 476.

<sup>9</sup> Rządowy projekt ustawy, druk nr 1385. Wpłynął do Sejmu 16 marca 2017 r. W dniu 17 marca 2017 r. skierowany do pierwszego czytania.

<sup>10</sup> L. Florek, *Ustawa i umowa o pracę w prawie pracy*, Warszawa 2010, s. 63 i n.

<sup>11</sup> Tamże, s. 65.

<sup>12</sup> L. Florek, *Konstytucyjne i prawnomiedzynarodowe podstawy ochrony trwałości stosunku pracy*, (w:) *Ochrona trwałości stosunku pracy w społecznej gospodarce rynkowej*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2010, s. 44.

<sup>13</sup> M. Seweryński, *Dylematy prawnej ochrony pracy*, (w:) *Z zagadnień prawa pracy i prawa socjalnego*, red. Z. Kubot, T. Kuczyński, Warszawa 2011, s. 218, 223.

<sup>14</sup> W. Sanetra, *Ustrojowe uwarunkowania ochrony trwałości stosunku pracy*, (w:) *Ochrona trwałości stosunku pracy w społecznej gospodarce rynkowej*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2010, s. 57–58.



wyższym konieczne wydaje się rozważenie zgodności z przepisami Konstytucji RP zastosowanego rozwiązania prawnego ustawy szczególnej, jaką jest ustawa o służbie cywilnej, i zgodności z powszechnie obowiązującymi przepisami Kodeksu pracy, gwarantującymi ochronę trwałości stosunku pracy wszystkich pracowników, także zatrudnionych w służbie zagranicznej. Instytucja wygaśnięcia stosunku pracy, zarówno zobowiązaniowego, jak i służbowego, jaką zastosowano w znowelizowanej ustawie o służbie zagranicznej, nie gwarantuje pracownikom tej służby ochrony trwałości zatrudnienia.

## II. NIETYPOWY, WCZEŚNIEJSZY PRZYPADKOWY, WZGLĘDNY PRZYPADKOWY PRZYPADKOWY UREGULOWANIA WYGAŚNIĘCIA STOSUNKU PRACY

W 2016 r. z instytucji wygaśnięcia stosunku pracy ustawodawca skorzystał w ustawie z 20 maja 2016 r. o utworzeniu Akademii Sztuki Wojennej<sup>15</sup>. Rozwiązanie prawne zastosowane w tej ustawie nie jest jednak klasyczne. Wymieniam je, nie podejmując jednak próby przeprowadzenia pogłębionej analizy prawniczej instytucji wygaśnięcia stosunku pracy wprowadzonej tą ustawą. Zaznaczam jedynie, że wygaśnięcie stosunku pracy nastąpiło po upływie dwóch miesięcy od 1 lipca 2016 r. Dotyczyło stosunków pracy wszystkich pracowników zatrudnionych w Akademii Obrony Narodowej, zlikwidowanej ustawą z 20 maja 2016 r. o utworzeniu Akademii Sztuki Wojennej (ASW). Mimo użycia w art. 3 wymienionej ustawy sformułowania „z dniem 30 września 2016 r. znosi się Akademię Obrony Narodowej” (AON) automatyczne ustanie stosunków pracy nie miało charakteru prawnego wygaśnięcia. Określenie „znosi się” w języku prawa pracy jest bowiem utożsamiane z likwidacją. W art. 5 ust. 1 pkt 2 wymienionej ustawy zastosowano konstrukcję prawną sformułowaną w art. 23<sup>1</sup> k.p., powszechnie stosowaną w przypadku przejścia zakładu pracy. Z dniem

utworzenia nowego podmiotu prawnego – Akademii Sztuki Wojennej – wszyscy pracownicy zlikwidowanej – „zniesionej” Akademii Obrony Narodowej *ex lege* stali się pracownikami nowo utworzonej uczelni wojskowej – ASW. Podstawowe jednostki organizacyjne zniesionej uczelni wyższej stały się podstawowymi jednostkami organizacyjnymi ASW (art. 6 ust. 1 ustawy z 20 maja 2016 r. o utworzeniu Akademii Sztuki Wojennej). Dopiero po dwóch miesiącach od dnia wejścia w życie omawianej ustawy stosunki pracy pracowników przejętych przez ASW wygasły z tymi pracownikami, którym przed upływem tego terminu nie zaproponowano nowych warunków zatrudnienia i wynagrodzenia. Identyczne następstwa prawne miały miejsce w przypadku nieprzyjęcia oferty zatrudnienia na nowych warunkach przez pracowników ASW, którzy odrzucili ofertę pracodawcy. Użyte w art. 5 ust. 2 analizowanej ustawy sformułowanie „stosunki pracy z pracownikami, o których mowa w ust. 1 pkt 2 wygasają po upływie 2 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy” nie jest precyzyjne. W wymienionej normie prawnej posłużono się niestosowaną dotychczas w prawie pracy konstrukcją prawną, pozwalającą osobie reprezentującej nowego pracodawcę – ASW – na wstrzymanie się od złożenia oferty zatrudnienia „przejętym” pracownikom przez nowego pracodawcę, co automatycznie spowodowało ustanie dotychczasowego stosunku pracy, w którym miała miejsce konwersja po stronie podmiotu zatrudniającego. Taki sam skutek prawny miał miejsce w razie odrzucenia przez „przejętego” przez ASW złożonej oferty zatrudnienia na nowych warunkach. Ustawa z 20 maja 2016 r. o utworzeniu ASW weszła w życie 1 lipca 2016 r. (art. 9). W tym dniu zniesiona została AON i utworzona została ASW. W okresie następujących dwóch miesięcy przedstawiciele prawni nowego pracodawcy mogli zaproponować pracownikom zatrudnionym w ASW od 1 lipca 2016 r. nowe warunki pracy i płacy. Niezłożenie oświadczeń woli, mających charakter warunkowej czynności prawnej, której skutki są

<sup>15</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 906.

uzależnione od akceptacji pracownika, będącego adresatem oferty złożonej przez pracodawcę, utrudniają zakwalifikowanie przypadku uregulowanego w art. 5 ust. 2 ustawy o utworzeniu ASW do kategorii automatycznego ustania stosunku pracy, albowiem wygaśnięcie stosunku pracy uregulowane w tej ustawie obejmuje również sytuacje, w jakich pracownik ASW nie przyjął przedstawionej mu oferty zatrudnienia na nowych, zmienionych warunkach. Trudno zorientować się, jakimi względami kierował się ustawodawca, który posłużył się tą eklektyczną konstrukcją prawną. Powszechnie stosowane, minimalne ustawowe okresy wypowiedzenia umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony są uzależnione od zakładowego stażu i wynoszą miesiąc lub trzy miesiące (art. 36 § 1 k.p.). W przypadku pracowników „przejętych” od poprzedniego pracodawcy bieg okresu wypowiedzenia następuje w dniu odrzucenia nowej oferty zatrudnienia przez pracownika (art. 23<sup>1</sup> § 5 k.p.). Z uwagi na możliwość skrócenia trzy miesięcznego okresu wypowiedzenia do jednego miesiąca, jakie może być zastosowane na podstawie art. 36<sup>1</sup> § 1 k.p., brak jest podstaw do rozważania korzyści materialnych dla pracodawcy – Państwa Polskiego, wynikających z uregulowania pozakodeksowego przypadku nietypowego wygaśnięcia stosunku pracy, jakie zostało zastosowane w ustawie z 20 maja 2016 r. o utworzeniu ASW. Należy jedynie zaznaczyć, że pracownikom ASW, których stosunki pracy zostały „wygaszone” na podstawie wymienionej ustawy, przysługują świadczenia należne pracownikom, z którymi stosunki pracy zostały rozwiązane przez pracodawcę z powodu likwidacji (art. 5 ust. 4). Z reguły zwolnienia zbiorowe poprzedzają likwidację i są dokonywane przez pracodawcę, który zostaje zlikwidowany. Tenże pracodawca jest również zobowiązany do wydania świadectw pracy pracownikom zwolnionym z powodu likwidacji. W przypadku likwidacji uregulowanej ustawą z 20 maja 2016 r. o utworzeniu ASW obowiązek powyższy został nałożony na powołaną do życia uczelnię. Pracownicy, których stosunki ustały z mocy prawa, uzyskują świadectwo pracy nie od zlikwidowanego pra-

codawcy – AON, lecz pracodawcy powołanego ustawą z 20 maja 2016 r. o utworzeniu ASW.

Z wymienionych wyżej powodów zaliczam przypadek uregulowany ustawą z 20 maja 2016 r. o utworzeniu Akademii Sztuki Wojennej nie do kategorii automatycznego ustania więzi prawnej z powodu wygaśnięcia umów o pracę, lecz do likwidacji zakładu pracy. Powyższe stwierdzenie wyjaśnia powody, dla których w niniejszym artykule piszę wyłącznie o jednym pozakodeksowym przypadku wygaśnięcia umowy o pracę, uregulowanym ustawą o zmianie ustawy o służbie zagranicznej.

### III. REWOLUCYJNE NASTĘPSTWA PRAWNE DLA STOSUNKÓW PRACY NAWIĄZANYCH PRZED DNIEM WEJŚCIA W ŻYCIE USTAWY O ZMIANIE USTAWY O SŁUŻBIE ZAGRANICZNEJ

Najbardziej rewolucyjna konstrukcja prawna automatycznego wygaśnięcia stosunków pracy ze wszystkimi członkami służby zagranicznej zatrudnionymi w służbie zagranicznej w dniu wejścia w życie obowiązującej ustawy sformułowana została w art. 7 projektu ustawy o zmianie ustawy o służbie zagranicznej. Po uchwaleniu i wejściu w życie tej ustawy będzie można pisać, że jest to jedyny w historii polskiego prawa pracy przypadek wygaszenia wszystkich stosunków pracy, w jakich pozostają pracownicy, zatrudnieni w tej samej branży zawodowej, jaką jest służba zagraniczna. Konsekwencje wynikające z uchwalenia ustawy, sformułowane w art. 7 ust. 1, obejmują członków służby zagranicznej, a więc: 1) członków korpusu służby cywilnej zatrudnionych w MSZ; 2) osoby zatrudnione w służbie zagranicznej, niebędące członkami korpusu służby cywilnej, w tym kontraktowych członków służby zagranicznej zajmujących stanowiska niebędące stanowiskami urzędniczymi oraz 3) pełnomocnych przedstawicieli RP w innym państwie lub przy organizacji międzynarodowej (art. 2 ust. 1 pkt 1–3). Oznacza to, że przez okres od pierwszego dnia następującego po upływie sześciu

miesiący od dnia wejścia w życie omawianej ustawy do ostatniego, siódmego dnia terminu, w jakim pracownik dyplomatyczno-konsularny, który przed automatycznym ustaniem stosunku pracy należał do służby zagranicznej regulowanej przepisami poprzednio obowiązującej ustawy z 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej, RP reprezentować będą osoby, którym przed upływem wymienionego sześciomiesięcznego okresu zostaną zaproponowane nowe warunki pracy lub płacy oraz osoby niewchodzące w skład służby zagranicznej. Są to: 1) osoby zatrudnione w placówce zagranicznej RP na podstawie umowy o pracę zawartej zgodnie z prawem państwa przyjmującego; 2) członkowie rodzin osób zatrudnionych w placówkach zagranicznych RP, zatrudnieni na podstawie umów o pracę zawieranych na czas określony, niebędący członkami korpusu służby cywilnej; 3) konsulowie honorowi (art. 2 ust. 2 pkt 1–3).

#### **IV. REALIZACJA POZAUSTAWOWEJ KONCEPCJI WYGAŚNIĘCIA STOSUNKÓW PRACY W SŁUŻBIE ZAGRANICZNEJ**

W przypadku wygaśnięcia stosunków pracy z pozostałymi pracownikami służby zagranicznej, co następuje po upływie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie analizowanej ustawy, dyrektor generalny służby zagranicznej może zaproponować członkom tej służby nowe warunki pracy i wynagrodzenia. Czyniąc to, powinien kierować się potrzebami służby, środkami budżetowymi i etatowymi oraz oceną przebiegu dotychczasowego zatrudnienia członka służby zagranicznej (art. 7 ust. 2). Jednak nie musi tego czynić; ustawa go do tego nie zobowiązuje. Niezłożenie oferty zatrudnienia na nowych warunkach, odmowa przyjęcia propozycji pracy na zmienionych warunkach powodują automatyczne wygaśnięcie stosunków pracy. W nieco lepszej sytuacji znajduje się urzędnik służby

cywilnej zatrudniony w służbie zagranicznej. Niezłożenie mu oferty zatrudnienia na nowych warunkach przez dyrektora generalnego służby zagranicznej zobowiązuje Szefa Służby Cywilnej do przeniesienia tego urzędnika do innego urzędu publicznego w terminie miesiąca od otrzymania informacji o nieodnowieniu z takim pracownikiem stosunku pracy w służbie zagranicznej (art. 7 ust. 3). Dopiero w razie braku możliwości przeniesienia do innego urzędu następuje wygaśnięcie stosunku pracy.

Autorzy uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy o służbie zagranicznej oceniają, że wprowadzenie nowego mechanizmu wygaszania stosunków pracy na skutek zastosowania negatywnej przesłanki zatrudnienia, sformułowanej w art. 4 nowej ustawy, spowoduje automatyczne wygaśnięcie stosunków pracy ze 100 pracownikami służby zagranicznej zatrudnionymi na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy<sup>16</sup>. Zmian wynikających ze złożenia ofert zatrudnienia na nowych warunkach pracy i wynagrodzenia autorzy uzasadnienia projektu analizowanej ustawy nie są w stanie określić. Spodziewają się, że obejmą one około jedną trzecią kadry<sup>17</sup>. We wstępnej, przygotowawczej fazie realizacji nowej polityki kadrowej w służbie zagranicznej nie padły ze strony przedstawicieli władzy państwowej oraz partii rządzącej żadne informacje o skali zmian kadrowych w służbie zagranicznej. Jedynie opozycyjni pesymiści, nazywani niekiedy realistami, zapowiadają pełną wymianę kadry służby zagranicznej, z wyjątkiem osób zatrudnionych w latach 2005–2006, czyli za poprzednich rządów Prawa i Sprawiedliwości.

#### **V. UWAGI KOŃCOWE**

Konstytucja RP wymienia ustawę jako jedno ze źródeł powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej (art. 87 ust. 1) oraz ustanawia jako konieczny warunek wej-

<sup>16</sup> Uzasadnienie, s. 24.

<sup>17</sup> Tamże.

ścia ustawy w życie jej ogłoszenie na zasadach i w trybie określonym odrębną ustawą (art. 88 ust. 1–2). Brak uregulowania w Konstytucji materii ustawowej oraz kręgu osób, których prawa i obowiązki ustawa może regulować, sprawia, że w ustawie mogą być uregulowane wszystkie sprawy uznane za konieczne do ustawowego uregulowania przez większość parlamentarną. Teoretycznie więc dopuszczalne jest uregulowanie w ustawie o zmianie ustawy o służbie zagranicznej instytucji prawnej wygaśnięcia stosunku pracy. Dotąd jednak w indywidualnych stosunkach pracy obowiązywała ograniczona swoboda stron. Była ona oparta na ustawie wyznaczającej stronom stosunków prawnych, w ramach których świadczona jest praca, minimalnych standardów uprawnień oraz maksymalnych standardów obowiązków pracowniczych<sup>18</sup>. Niezwykle mocno akcentowana w prawie pracy zasada ochrony uprawnień pracowników, powszechnie uznawanych za „słabszą stronę” indywidualnych stosunków pracy, leżała u podstaw ograniczenia wolności stron tych stosunków pracy w procesie kształtowania treści umów o pracę. Ustawodawca określał minimalne standardy warunków pracy i wynagrodzenia negocjowane przez strony indywidualnych stosunków pracy. Powyższa, powszechna ochrona trwałości stosunku pracy, uregulowana przepisami Kodeksu pracy, wyznaczała granice, od których żadna ze stron indywidualnych stosunków pracy nie mogła odstąpić wówczas, gdy mogłoby dojść do uszczuplenia uprawnień pracownika.

Przypadek przedstawiony w niniejszym artykule jest szczególny. Ustawodawca bowiem w imię racji politycznych rezygnuje z gwarancji prawnych służących ochronie trwałości stosunku pracy pracowników służby zagranicznej. Zastępuje ochronne przepisy prawa pracy sformułowane w Kodeksie pracy oraz w ustawie o służbie cywilnej normami prawnymi umożliwiającymi obejście przepisów nakazujących podmiotowi zatrudniającemu przestrzeganie materialnoprawnych

i proceduralnych wymagań ustawowych, umożliwiających rozwiązanie więzi prawnej nawiązanej na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony (art. 35 ust. 1 ustawy o służbie cywilnej) albo mianowania (art. 40 ustawy o służbie cywilnej), zawieranej z członkami korpusu służby cywilnej zatrudnionymi w służbie zagranicznej, albo umowy o pracę na czas określony z kontraktowymi członkami służby zagranicznej. Postępując w ten sposób, ignoruje zasadę sformułowaną w art. 24 Konstytucji RP, chroniącą zarówno pracę, jak i osoby ją wykonujące. Nie stosuje się również do wskazówek sformułowanych w przepisach oddziału 7 „Wygaśnięcie umowy o pracę”, rozdziału II „Umowa o pracę” działu pierwszego „Przepisy ogólne” Kodeksu pracy. W tytule tego oddziału, jak również w treści wymienionych w tym oddziale przepisów wyraźnie określone zostały przesłanki, warunki i zasady wygaśnięcia umowy o pracę. Dla prawnika specjalizującego się w prawie pracy oznacza to, że wygaśnięcie jako instytucja prawa pracy nie znajduje zastosowania w innych aniżeli zobowiązaniowe stosunkach pracy. W skład służby zagranicznej wchodzi członkowie korpusu służby cywilnej. Część z nich jest zatrudniona na podstawie mianowania. Mianowanie jako władcza decyzja organu administracji publicznej nie jest objęte przepisami oddziału 7 Kodeksu pracy. Tymczasem w ustawie o zmianie ustawy o służbie zagranicznej postanowiono, że wygaśnięcie stosunku pracy ma zastosowanie do wszystkich bez wyjątku pracowników wchodzących w skład służby zagranicznej, bez względu na to, do której z wymienionych w tej ustawie kategorii zatrudnionych zostali przyporządkowani. Brak jest więc podstaw umożliwiających pozytywną ocenę rozwiązania prawnego, jakim jest wygaśnięcie stosunku pracy, zastosowane w pozakodeksowej ustawie o zmianie ustawy o służbie zagranicznej. Można o nim napisać, że jest ono wyłącznie korzystne dla partii politycznej aktualnie rządzącej i jej zaplecza kadrowego.

<sup>18</sup> A. M. Świątkowski, *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2014, s. 27–28.

## Summary

*Andrzej Marian Świątkowski*

### **NOT REGULATED IN THE LABOUR CODE SPECIAL CASES OF AUTOMATIC TERMINATION OF EMPLOYMENT RELATIONSHIP (ABROGATION)**

The most current act concerning Polish foreign service introduced a concept of abrogation of employment relationship. The date of extinction of an employment relationship is established by the legislation. Abrogation causes the very same results as an termination with previous notice. However, it does not protect at all the rights and interests of employees being whole dependent of their employer which the state run the rug ling political party. For that reason the Author criticizes the legislator.

**KEY WORDS:** abrogation, employment relationship, foreign service employees, Military Academy, extinction

**POJĘCIA KLUCZOWE:** lustracja, przegląd kadr, służba zagraniczna, wojskowa akademia, wygaśnięcie stosunku pracy

## ZAKRES OCHRONY FINANSOWYCH INTERESÓW KLIENTÓW BIUR PODRÓŻY NA WYPADEK NIEWYPŁACALNOŚCI PRZEDSIĘBIORCY W ŚWIELE PRAWA UNIJNEGO

### UWAGI WSTĘPNE

Doniosłość obowiązku zabezpieczenia interesów finansowych klientów biur podróży na wypadek niewypłacalności przedsiębiorcy, w świetle licznych problemów finansowych, z jakimi rynek turystyczny musiał się mierzyć ostatnimi laty, nie powinna już budzić wątpliwości. Transgraniczny charakter usług wymaga przy tym zagwarantowania maksymalnie zbliżonego poziomu ochrony turystów w państwach członkowskich.

Założeniem niniejszej pracy jest wykazanie, że przewidziana w prawie unijnym ochrona podróży pokrywa w zasadzie całość ewentualnych kosztów poniesionych przez klienta w związku z niedojściem do skutku imprezy turystycznej. Ten niemalże absolutny standard ochrony oznaczał będzie, że jakiegokolwiek odstępstwa od reguły dopuszczane przez ustawodawstwo krajowe będą stanowiły nieprawidłową implementację dyrektywy. Stąd już z kolei krok do stwierdzenia odszkodowawczej odpowiedzialności państwa członkowskiego. Niezwykle szeroko zakreślona ochrona podróży ma dodatkowo ulec podmiotowemu rozszerzeniu. Jak wynika z nowej dyrektywy, uprawnienia przynależne dotychczas konsumentom mogą w określonych okolicznościach przysługiwać również przedsiębiorcom.

### 1. ZAKRES ROSZCZEŃ PODLEGAJĄCYCH OCHRONIE NA GRUNCIE DYREKTYWY 90/314

Dyrektywą, która aktualnie reguluje zakres ochrony klientów organizatorów turystyki, jest dyrektywa Rady 90/314 z 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek<sup>1</sup>. Została ona co prawda uchylona dyrektywą 2015/2302<sup>2</sup>, jednakże termin implementacji tej ostatniej upływa 1 stycznia 2018 r.

Podmiotem uzyskującym szczególną ochronę na podstawie dyrektywy 90/314 jest konsument. Konsument to – wedle tej dyrektywy – osoba, która nabywa podróż lub wyraża zgodę na jej wykupienie (główny kontrahent), albo osoba, na rzecz której główny kontrahent zgodził się nabyć podróż (inna osoba uprawniona), albo osoba, której główny kontrahent lub inna osoba przekazała podróż (cesjonariusz)<sup>3</sup>. Konsumentem w myśl przepisów dyrektywy będzie zatem nie tylko strona umowy o imprezę turystyczną, ale również podmiot, który nabył wierzycelność o wykonanie usługi w drodze cesji<sup>4</sup>. Wobec treści przywołanego przepisu pojawiły się wątpliwości, czy w zakresie pojęcia „konsument” na gruncie dyrektywy 90/314 mieszczą się również podmioty nabywające imprezę turystyczną w związku z wykonywa-

<sup>1</sup> Dyrektywa 90/314, Dz.U. UE L z 23 czerwca 1990 r.; por. również M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Warszawa 2016, s. 23.

<sup>2</sup> Dyrektywa z 25 listopada 2015 r., Dz.U. UE L 326/1.

<sup>3</sup> Art. 2 pkt 4 dyrektywy 90/314.

<sup>4</sup> Por. B. Gnela, *Zakres podmiotowy przepisów ustawy o usługach turystycznych dotyczących ochrony klienta (konsumenta) a zakres podmiotowy umowy o imprezę turystyczną*, (w:) *Turystyka a prawo. Aktualne problemy legislacyjne i konstrukcyjne*, red. P. Cybula, J. Raciborski, Sucha Beskidzka–Kraków 2008, s. 49–50.

ną działalnością gospodarczą<sup>5</sup>. Uprowadzając dalsze uwagi, należy zauważyć, że w dyrektywie 2015/2302 unijny ustawodawca zrezygnował z pojęcia „konsument” na rzecz pojęcia „podróżny”, argumentując, że za zmianą terminologiczną przemawiała konieczność objęcia ochroną tożsamą dla konsumentów również niektórych przedsiębiorców. W związku z powyższym w ocenie autorki należy przyjąć, że dyrektywa 90/314 w omawianym zakresie nie obejmowała podmiotów nabywających imprezę turystyczną w związku z wykonywaną działalnością gospodarczą.

Zgodnie z art. 7 dyrektywy na wypadek swojej niewypłacalności organizator i/lub punkt sprzedaży detalicznej, będący stroną umowy, powinni zapewnić dostateczne zabezpieczenie umożliwiające zwrot nadpłaconych pieniędzy oraz powrót konsumenta z podróży<sup>6</sup>. Przepis nie wprowadza żadnych rozróżnień w przedmiocie kategorii roszczeń, jakie mogą kierować konsumenci. Prawidłowa interpretacja art. 7 dyrektywy 90/314 była przedmiotem licznych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wniosek, jaki z nich płynie, można sprowadzić do stwierdzenia: klient niewypłacalnego przedsiębiorcy nie powinien ponieść żadnych kosztów związanych z niezrealizowaniem imprezy turystycznej bądź jej

części. Jeśli koszty takie poniósł, powinny one zostać mu w całości zwrócone.

Zapewnienie powyższego rezultatu możliwe jest jednak jedynie przy zagwarantowaniu zabezpieczenia finansowego wystarczającej wysokości<sup>7</sup>.

W wyroku w sprawie *Dillenkofer*<sup>8</sup> TSUE przesądził, że art. 7 dyrektywy 90/314 przyznaje jednostkom prawo indywidualne w postaci możliwości dochodzenia, w razie niewypłacalności organizatora, zwrotu należności uiszczonych temu organizatorowi przed rozpoczęciem imprezy turystycznej. Ponadto klienci uprawnieni są do otrzymania powrotu do miejsca rozpoczęcia imprezy turystycznej bądź do innego miejsca. Jeśli prawo krajowe zezwala organizatorom na pobieranie zaliczek<sup>9</sup>, to prawidłowa transpozycja dyrektywy ma miejsce jedynie wówczas, gdy przedmiotem zabezpieczenia są również kwoty pobranych zaliczek. Nie jest natomiast właściwym zabezpieczeniem posiadanie przez konsumentów dokumentów gwarantujących im prawo do żądania wykonania usług od podwykonawców. W wyroku z 1 grudnia 1998 r.<sup>10</sup> TSUE podkreślił, że obowiązek zapewnienia zabezpieczenia finansowego gwarantującego powrót klientów do kraju oraz zwrot pieniędzy, które nadpłacili, jest minimalnym zakresem ochrony klienta,

<sup>5</sup> Por. B. Gnela, *Zakres podmiotowy*, s. 52.

<sup>6</sup> Por. również P. Dolniak, *Obowiązek zabezpieczenia finansowych interesów klientów biura podróży na wypadek niewypłacalności przedsiębiorcy – uwagi na tle nowelizacji ustawy o usługach turystycznych*, „Iustitia” 2017, nr 1, s. 26–27; R. Walczak, *Prawo turystyczne (z wybranymi elementami prawa cywilnego i handlowego)*. Akty prawne. Orzecznictwo, Pułtusk 2007, s. 160; P. Cybula, (w:) *Prawo w praktyce biur podróży*, red. P. Cybula, Warszawa 2006, s. 137; tenże, *Formy zabezpieczenia finansowego organizatorów turystyki*, Lex 2005; E. J. Wanat-Poleć, G. A. Sordyl, *Wzmocnienie ochrony konsumentów niewypłacalnych touroperatorów w Polsce a koncepcja utworzenia Turystycznego Funduszu Gwarancyjnego*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia” 2015, vol. XLIX, 4, s. 636–637.

<sup>7</sup> Por. R. Stefanicki, *Glosa do postanowienia TS z dnia 16 stycznia 2014 r.*, C-430/13, źródło: Lex; M. K. Kolański, *Mechanizmy zapewniające realny wymiar odpowiedzialności odszkodowawczej biur podróży w prawie polskim w świetle standardów wspólnotowych*, (w:) *Turystyka a prawo. Aktualne problemy legislacyjne i konstrukcyjne*, red. P. Cybula, J. Raciborski, Sucha Beskidzka–Kraków 2008, s. 251–252.

<sup>8</sup> Połączone sprawy C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 i C-190/94, por. wyrok TSUE z 8 października 1996 r., Reports of Cases 1996 I-04845; por. również B. Thorson, *Individual Rights in EU Law*, Springer 2016, s. 233; M. Sekula-Lelono, *Legitymacja procesowa czynna klientów niewypłacalnych biur podróży do samodzielnego dochodzenia roszczeń przed sądem*, „Glosa” 2017, nr 1, s. 130.

<sup>9</sup> Prawo niemieckie upoważniało organizatorów do pobierania zaliczek w wysokości maksymalnie do 10% ceny imprezy i do 500 marek.

<sup>10</sup> C-410/96, wyrok TSUE w sprawie *Ambry*, LEX nr 112553.

jaki powinny zapewnić państwa członkowskie. Zabezpieczenie to musi nie tylko istnieć, ale i być niezwłocznie dostępne<sup>11</sup>.

Prawidłowa interpretacja art. 7 dyrektywy 90/314 powinna zagwarantować klientom organizatora turystyki pokrycie przez ubezpieczyciela również kosztów zakwaterowania w hotelu w przypadku niewypłacalności organizatora. TSUE w wyroku z 14 maja 1998 r.<sup>12</sup> orzekł, że jeśli klienci organizatora turystyki w związku z jego niewypłacalnością zmuszeni są pokryć koszty zakwaterowania, obowiązek zwrotu tychże wydatków klientom przechodzi na ubezpieczyciela. W powyższej sprawie klientom fizycznie uniemożliwiono opuszczenie hotelu przed uiszczeniem całości kosztów związanych z zakwaterowaniem. Turyści, nie mając innego wyjścia, zapłacili za pobyt. Po powrocie zwrócili się do ubezpieczyciela o zwrot kosztów. Ten odmówił zapłaty. Sytuacja ta została przez Trybunał oceniona jako sprzeczna z celami art. 7 dyrektywy 90/314.

Dla zakresu ochrony, jaką obowiązani są zapewnić organizatorzy turystyki, nie ma znaczenia krąg odbiorców ich oferty. Nawet jeśli adresatami oferty imprezy turystycznej są osoby należące do wąskiego grona odbiorców, ochrona ta powinna być zapewniona w takiej wysokości, aby w należyty sposób zapewnić realizację celów dyrektywy. W orzeczeniu w sprawie *Rechberger*<sup>13</sup> Trybunał podkreślił, że żaden przepis dyrektywy nie pozwala na przyjęcie wniosku, że ulega ona wyłączeniu w przypadku oferowania usług wobec osób należących do zamkniętego katalogu (w rozpatrywanym przez TSUE przypadku byli to prenumerujący czasopisma). W powyższej sprawie Trybunał podkreślił ponadto, że nie

stanowi prawidłowej implementacji dyrektywy przyjęcie w porządku krajowym, że wysokość zabezpieczenia finansowego jest ustalana na podstawie pięcioprocentowego obrotu biura podróży z odpowiadającego kwartału poprzedniego roku<sup>14</sup>, w sytuacji gdy nie bierze się pod uwagę możliwości zwiększenia tego obrotu.

Dla wysokości roszczeń klientów nie ma znaczenia przyczyna niewypłacalności biura podróży<sup>15</sup>. W sprawie, w której Trybunał wyraził przytoczone stanowisko, spółka co prawda ogłosiła upadłość przed planowaną datą podróży, jednak z akt sprawy wynikało, że w rzeczywistości przedsiębiorca wcale nie zamierzał zrealizować podróży, a jego zachowanie nosiło znamiona oszustwa. Ten ostatni argument podniósł ubezpieczyciel, twierdząc, że jego zobowiązanie dezaktualizuje się w przypadku, kiedy przyczyna odwołania podróży zależy wyłącznie od tak ocenianego zachowania organizatora. W odpowiedzi na powyższą wątpliwość Trybunał stwierdził, że podstawowym celem art. 7 jest zabezpieczenie, aby w przypadku niewypłacalności bądź upadłości organizatora podróży zorganizowane zostały powrót konsumenta i zwrot zapłaconych przezeń pieniędzy. Istnienie tej gwarancji nie jest uzależnione od spełnienia żadnego szczególnego warunku dotyczącego przyczyn niewypłacalności organizatora. Celem zabezpieczenia przewidzianego w dyrektywie jest bowiem ochrona konsumenta przed skutkami upadłości przedsiębiorcy, niezależnie od jej przyczyn.

Trybunał, rozstrzygając w związku z pytaniem prejudycjalnym sądu węgierskiego, w postanowieniu z 16 stycznia 2014 r.<sup>16</sup> uznał, że art. 7 dyrektywy 90/314 należy interpreto-

<sup>11</sup> Por. również P. Cybula, *Usługi turystyczne: Komentarz*, Warszawa 2012, s. 83.

<sup>12</sup> Sprawa C-364/96, *Verein für Konsumenteninformation*, „European Court Reports” 1998, s. I-02949.

<sup>13</sup> Wyrok TSUE z 15 czerwca 1999 r., C-140/97, „European Court Reports” 1999, s. I-03499; por. również A. Kunkiel-Kryńska, *Metody harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej i ich wpływ na procesy implementacyjne w państwach członkowskich*, Warszawa 2013, s. 37.

<sup>14</sup> A w przypadku przedsiębiorcy, który dopiero rozpoczyna działalność – na podstawie szacunkowego obrotu.

<sup>15</sup> Wyrok TSUE z 16 lutego 2012 r., C-134/11, *Blödel-Pawlik*, niepubl.

<sup>16</sup> Sprawa C-430/13, *Ilona Baradics i in. przeciwko QBE Insurance (Europe)*, opubl. w elektronicznym Zbiorze Orzeczeń.



wać w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, którego szczegółowe zasady stosowania nie prowadzą, na wypadek niewypłacalności organizatora podróży, do skutecznego zapewnienia konsumentowi zwrotu całości zapłaconych przez niego pieniędzy oraz jego powrotu z podróży. W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania klienci organizatora otrzymali zwrot jedynie 22% wartości wpłaconych zaliczek lub uiszczonych cen podróży. Zabezpieczenie finansowe posiadane przez organizatora turystyki przewidywało zwrot kosztów sprowadzenia turystów do kraju oraz przymusowego pobytu w takim zakresie, w jakim koszty te nie przekroczą limitu odpowiedzialności odszkodowawczej, który został ustalony na 40 milionów forintów. Wedle TSUE państwo członkowskie nie dysponuje swobodnym uznaniem, jeśli chodzi o zakres ryzyka, które powinno zostać pokryte gwarancją organizatora bądź innego podmiotu na rzecz usługobiorców. W związku z powyższym krajowe przepisy, których celem lub skutkiem byłoby ograniczenie zakresu gwarancji, należy uznać za niezgodne z zobowiązaniami ciążącymi na państwach członkowskich w zakresie transpozycji dyrektywy 90/314. Jest to przy tym wystarczające naruszenie prawa unijnego, które, z zastrzeżeniem stwierdzenia istnienia bezpośredniego związku przyczynowego, mogłoby prowadzić do powstania odpowiedzialności po stronie państwa członkowskiego.

## 2. ZAKRES ROSZCZEŃ PODLEGAJĄCYCH OCHRONIE NA GRUNCIE DYREKTYWY 2015/2302

Dyrektywa 90/314 przyznała państwom członkowskim dużą swobodę w zakresie jej

transpozycji. Konsekwencją powyższego jest rozbieżność między przepisami prawa w poszczególnych państwach członkowskich, które mogły w oparciu o dyrektywę 90/314 kreować szerszą ochronę praw konsumentów niż określona w przepisach unijnych. Spowodowało to, że konsumenci ci nie uzyskali jednolitego standardu ochrony we wszystkich państwach Unii<sup>17</sup>.

Aby zaradzić temu problemowi, dyrektywa 2015/2302 została oparta na zasadzie maksymalnej harmonizacji<sup>18</sup>. Oznacza to, że państwom członkowskim przysługuje zaledwie niewielki margines swobody w implementacji jej regulacji. W konsekwencji po upływie terminu jej transpozycji do krajowego porządku prawnego<sup>19</sup> państwa członkowskie nie będą mogły utrzymywać regulacji przewidujących odmienny poziom ochrony prawnej<sup>20</sup>.

Zgodnie z art. 17 dyrektywy<sup>21</sup> państwa członkowskie zapewnią, by przedsiębiorcy posiadali zabezpieczenie na potrzeby zwrotu wszystkich wpłat dokonanych przez podróżnych lub w ich imieniu w zakresie, w jakim dane usługi nie zostały wykonane wskutek niewypłacalności organizatora. Można zaferować kontynuację imprezy. Zabezpieczenie musi być skuteczne i obejmować zasadnie przewidywalne koszty. W przypadku zgłoszenia przez podróżnego żądania zwrotu kosztów w razie niewykonania usługi zwrot ten powinien nastąpić niezwłocznie.

Jak wynika z powyższego, dyrektywa 2015/2302 kontynuuje założenie dyrektywy 90/314, gdy chodzi o zakres przedmiotowy potencjalnych roszczeń. Zgodnie z nowymi regulacjami państwa członkowskie muszą zapewnić takie ramy prawne, które będą gwarantować pełną ochronę na wypadek niewypłacalności organizatora. Organizatorzy powinni posia-

<sup>17</sup> Por. A. Kubiak-Cyrul, *Zakres stosowania nowej dyrektywy w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych z perspektywy prawa polskiego*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2 (17): 19–34 (2015), s. 19–20.

<sup>18</sup> Por. M. Foltyn, P. Wierzbicki, *Prace nad wdrożeniem nowej dyrektywy*, „Rynek Turystyczny”, październik 2016, s. 22.

<sup>19</sup> Termin implementacji 1 stycznia 2018 r., termin wejścia w życie przepisów krajowych 1 lipca 2018 r.

<sup>20</sup> Por. A. Kubiak-Cyrul, *Zakres stosowania*, s. 21.

<sup>21</sup> Por. również M. Sekuła-Lelenc, *Legitymacja procesowa*, s. 129–130.

dać zabezpieczenie na wypadek konieczności zwrotu wszystkich wpłat dokonanych przez lub w imieniu podróżnych oraz (w zakresie, w jakim impreza turystyczna przewiduje przewóz pasażerów) powrotu podróżnych do kraju. Ochrona powinna być skuteczna, co oznacza przede wszystkim niezwłoczną dostępność. Skuteczność to również odpowiednia wysokość zabezpieczenia. Ma ono być na tyle wysokie, by sfinansować wszystkie możliwe do przewidzenia wpłaty dokonywane przez podróżnych w szczycie sezonu. Musi ono pokrywać wystarczająco dużą część obrotu organizatora<sup>22</sup>.

Nowością wprowadzoną dyrektywą 2015/2302 jest poszerzenie zakresu podmiotów objętych ochroną. Dotychczasowa regulacja ochronę tę ograniczała do konsumentów<sup>23</sup>. Nowa dyrektywa wyraźnie odchodzi od tego założenia. Wedle twórców dyrektywy nie zawsze łatwo jest odróżnić konsumentów od „przedstawicieli małych przedsiębiorstw lub osób prowadzących działalność zawodową, które rezerwują podróże w związku z ich działalnością gospodarczą lub zawodową za pośrednictwem tych samych kanałów rezerwacji, jakie wykorzystują konsumenci. Tacy podróżni często wymagają podobnego poziomu ochrony”<sup>24</sup>. W związku z powyższym standard ochrony wyznaczony dyrektywą 2015/2302 powinien mieć zastosowanie również do osób podróżujących służbowo, w tym przedstawicieli wolnych zawodów bądź osób samozatrudnionych lub innych osób fizycznych, w sytuacji kiedy

podróż nie jest organizowana na podstawie umowy ogólnej<sup>25</sup>. W konsekwencji dyrektywa odchodzi od określenia „konsument” na rzecz znacznie pojemniejszego sformułowania „podróżny”. Podróżny to z kolei każda osoba, która chce zawrzeć umowę lub jest uprawniona do podróżowania na podstawie umowy zawartej w zakresie stosowania dyrektywy 2015/2302<sup>26</sup>.

Jest to znaczne poszerzenie katalogu beneficjentów wzmożonej ochrony na wypadek niewypłacalności przedsiębiorcy. Pojęcie konsumenta, jakim posługiwała się dyrektywa 90/314, ma w ocenie autorki zdecydowanie węższy zakres. Choć w ustawodawstwie unijnym brak jednej, generalnej definicji, ujmując rzecz w dużym uproszczeniu, można stwierdzić, że jako konsumenta zazwyczaj postrzega się osoby fizyczne podejmujące aktywność niezwiązaną z ich działalnością zawodową lub gospodarczą<sup>27</sup>. Tak definiuje konsumenta chociażby dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83<sup>28</sup>. Stanowi ona, że konsument to każda osoba fizyczna, która działa w celach niezwiązanych z działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą ani wykonywaniem wolnego zawodu<sup>29</sup>. Rezygnacja przez unijnego legislatora z użycia słowa „konsument” wraz z wyraźną deklaracją zawartą w preambule oznacza, że zakres ochrony na wypadek niewypłacalności przedsiębiorcy ma być tożsamy zarówno w przypadku konsumentów, jak i innych podmiotów, choćby podróż odbywała się w związku z czynnościami zawodowymi<sup>30</sup>. Konsekwentnie,

<sup>22</sup> Motywy 39–40 preambuły do dyrektywy 2015/2302.

<sup>23</sup> Por. jednak uwagi B. Gnelli, *Zakres podmiotowy*, s. 52.

<sup>24</sup> Motyw 7 preambuły do dyrektywy 2015/2302.

<sup>25</sup> Wedle twórców dyrektywy umowa ogólna często będzie obejmowała organizację wielu podróży w określonym czasie.

<sup>26</sup> Art. 3 pkt 6 dyrektywy 2015/2302.

<sup>27</sup> Na temat różnych definicji pojęcia „konsument” por. uwagi M. Gwoździckiej-Piotrowskiej, (w:) *Pojęcie klienta w ustawie o usługach turystycznych w świetle definicji konsumenta w prawie wspólnotowym i krajowym*, red. P. Cybula, J. Racioborski, Sucha Beskidzka–Kraków 2008, s. 66–67.

<sup>28</sup> Dyrektywa z 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/12/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz.U. UE z 2011 r. L 304/64.

<sup>29</sup> Por. art. 2 pkt 1 dyrektywy 2011/83.

<sup>30</sup> Wyłączenie przepisów dyrektywy w tym zakresie dotyczy jedynie podróży organizowanych na podstawie umowy ogólnej o zorganizowanie podróży służbowej zawieranej między przedsiębiorcą a inną osobą fizyczną lub

nabycie imprezy turystycznej w związku z wykonywaną działalnością zawodową lub gospodarczą nie będzie powodowało automatycznie wyłączenia możliwości dochodzenia roszczeń w związku z niewypłacalnością przedsiębiorcy na podstawie przepisów dotyczących jedynie konsumentów. Tożsamy zakres ochrony ma bowiem przysługiwać przedstawicielom małych przedsiębiorstw lub osobom prowadzącym działalność zawodową<sup>31</sup>.

Poszerzeniu podlega również zakres usług, których świadczenie pociąga za sobą konieczność posiadania zabezpieczenia finansowego na wypadek niewypłacalności przedsiębiorcy<sup>32</sup>. Aby urzeczywistnić cel w postaci zapewnienia uczciwej konkurencji i ochrony podróżnych, dyrektywa nakłada na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia takich reguł, które będą prowadzić do właściwego udokumentowania zabezpieczenia na potrzeby zwrotu wpłat i powrotu podróżnych do kraju w przypadku niewypłacalności podmiotu świadczącego powiązane usługi turystyczne<sup>33</sup>. Te ostatnie unijny legislator rozumie natomiast jako usługi wynikające z zawartych przez podróżnych umów z różnymi dostawcami usług turystycznych, które nie noszą cech imprezy turystycznej<sup>34</sup>. Wedle nowych regulacji państwa członkowskie zobowiązane są zapewnić, aby przedsiębiorcy ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych posiadali zabezpieczenie na potrzeby zwrotu wszystkich wpłat otrzymanych od podróżnych w zakresie, w jakim usługa turystyczna będąca częścią powiązanych usług turystycznych nie jest wykonana w wyniku niewypłacalności przedsiębiorcy<sup>35</sup>.

## PODSUMOWANIE

Zarówno dyrektywa 90/314, jak i nowa dyrektywa 2015/2302 niezwykle szeroko zakreślają przedmiotowy zakres roszczeń klienta wobec niewypłacalnego organizatora turystyki. Oznacza to, że również po 1 stycznia 2018 r. na państwach członkowskich będzie spoczywał obowiązek stworzenia takich ram prawnych, które będą gwarantować zabezpieczenie wszystkich wydatków poniesionych przez podróżnych. Wydatki te obejmują nie tylko zwrot kosztów powrotu do miejsca rozpoczęcia podróży, ale i inne należności, jakie zostały wpłacone w związku z imprezą, która nie została zrealizowana w całości bądź w części. Przepisy obu dyrektyw nie przewidują w tym zakresie żadnych wyjątków. Nowa regulacja prawna dodatkowo poszerza zakres podmiotów podlegających szczególnej ochronie. Mają to być już nie „konsument”, ale „podróżni”. Wobec wyraźnej deklaracji unijnego legislatora podróżni to również osoby odbywające podróż w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą lub zawodową.

Orzeczenie wydane w sprawie *Dillenkofer* nie pozostawia wątpliwości, że uchybienia choćby tylko w terminowości implementacji dyrektywy 90/314 mogą być wystarczająco poważnym naruszeniem prawa unijnego. Powyższe może prowadzić do odszkodowawczej odpowiedzialności państwa członkowskiego w związku z nieprawidłową transpozycją dyrektywy<sup>36</sup>. Jeśli z dniem upływu terminu implementacji dyrektywy klienci nie uzyskali standardu ochrony w niej przewidzianego, to na państwie członkowskim spoczywa odpowie-

prawą działającą w celach związanych z jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wykonywaniem wolnego zawodu.

<sup>31</sup> Por. A. Kubiak-Cyruł, *Zakres stosowania*, s. 23–24.

<sup>32</sup> Por. wszelako motyw 19 preambuły, który stanowi o konieczności wyłączenia spod jej zakresu krótkich podróży.

<sup>33</sup> Por. motyw 13 preambuły do dyrektywy 2015/2302; na temat powiązanych usług turystycznych por. również uwagi A. Kubiak-Cyruł, *Zakres stosowania*, s. 30–31.

<sup>34</sup> Motyw 9 preambuły do dyrektywy 2015/2302. Por. również motyw 17 preambuły.

<sup>35</sup> Art. 19 ust. 1 dyrektywy 2015/2302.

<sup>36</sup> Por. wyroki TSUE w sprawie C-6/90 i C-9/90, *Frankovich i Bonifaci*, „European Court Reports” 1991, s. I-5357;

działność za ten stan rzeczy. Wniosku tego nie niweczył szeroki zakres uznania państw członkowskich w przedmiocie środków mających zapewnić wdrożenie w życie celów dyrektywy

90/314<sup>37</sup>. Rozważania te są tym bardziej aktualne w przypadku dyrektywy 2015/2302, której celem jest maksymalna harmonizacja przepisów państw członkowskich.

C-91/92, *Dori Faccini v. Recreb Srl*, „European Court Reports” 1994, s. I-3325; w połączonych sprawach C-46/93 i C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, „European Court Reports” 1996, s. I-1029; C-224/01, *Köbler v. Austria*, Zbiór Orzeczeń 2003, s. I-10239.

<sup>37</sup> Por. H. Zawistowska, *Systemy zabezpieczenia finansowego interesów nabywców imprez turystycznych na wypadek niewypłacalności ich organizatorów w państwach członkowskich UE*, (w:) *Turystyka a prawo. Aktualne problemy legislacyjne i konstrukcyjne*, red. P. Cybula, J. Raciborski, Sucha Beskidzka–Kraków 2008, s. 241–242; P. Brzeziński, *Unijny obowiązek odmowy zastosowania przez sąd krajowy ustawy niezgodnej z dyrektywą Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 119–120.

## Summary

Patrycja Dolniak

### FINANCIAL PROTECTION OF TOURIST AGENCIES' CLIENTS IN CASE OF INSOLVENCY OF THE ENTREPRENEUR UNDER EU LAW

The aim of the study is to analyse the protection scope of financial protection of insolvent travel agency's clients under EU law. The thesis assumes that the protection granted to the customers by the EU legislator covers all financial claims that may arise as a result of the failure of the tourist event in the consequence of the insolvency of the trader. At the same time, the tendency of the EU legislator is to deepen the scope of protection granted to the customers, through, among others, expanding the catalogue of entities benefiting from increased normative protection. This extremely broadly defined by EU law standard of customer protection means that any incoherence to the rule, permitted by national legislation, will constitute an improper implementation of the Directive. This in turn can lead to a Member State's liability.

The topicality of the above mentioned problem increases the requirement for maximum harmonization of the legislation of Member States introduced by Directive 2015/2302, the implementation deadline for which is January 1, 2018. The aim of the EU legislature is to bring the rules of the Member States closer together so that customers can enjoy a homogeneous range of protection, regardless of where they purchased a tourist event.

**KEY WORDS:** tourist agency, insolvency, protection of customers' financial interests, directive

**POJĘCIA KLUCZOWE:** biuro podróży, niewypłacalność, ochrona interesów finansowych klientów, dyrektywa

## EGZEKUCJA NALEŻNOŚCI PUBLICZNOPRAWNYCH W KONTEKŚCIE UWZGLĘDNIENIA PRZEZ SĄD POWSZECHNY SKARGI PAULIAŃSKIEJ (ART. 527 K.C.) WNIESIONEJ PRZEZ WIERZycIELA PUBLICZNOPRAWNEGO

### Rozważania na temat statusu prawnego dłużnika pauliańskiego w postępowaniu egzekucyjnym

Należności o charakterze danin publiczno-prawnych są bardzo specyficznym rodzajem zobowiązań. Z definicji tego pojęcia zawartego w art. 5 ust. 2 pkt 1 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych<sup>1</sup> dowiemy się, że w skład danin publicznych zalicza się: podatki, składki, opłaty, wpłaty z zysku przedsiębiorstw państwowych i jednoosobowych spółek Skarbu Państwa oraz banków państwowych, a także inne świadczenia pieniężne, których obowiązek ponoszenia na rzecz państwa, jednostek samorządu terytorialnego, państwowych funduszy celowych oraz innych jednostek sektora *finansów publicznych* wynika z odrębnych ustaw. Są to zatem świadczenia, do których określone w ustawach podmioty (podatnicy, ubezpieczeni, przedsiębiorcy itd.) są obowiązane łożyć na rzecz szeroko pojmowanych wierzycieli publiczno-prawnych na zasadach i w wysokości ustalonych w przepisach tych ustaw. Również tryb przymusowego doprowadzenia dłużnika do realizacji świadczenia jest w przypadku danin o charakterze publicznym odmienny niż w przypadku zobowiązań prywatnych. Egzekucja należności publiczno-prawnych została uregulowana w ustawie z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w admi-

nistracji<sup>2</sup>. Obowiązki publiczne egzekwowane w trybie tej ustawy są wymienione w art. 2, ale przepis ten nie zawiera wyczerpującego wyliczenia. Przykładowo przepisy o egzekucji w administracji stosuje się także w przypadku opłat wynikających z ustawy z 21 kwietnia 2005 r. o opłatach abonamentowych<sup>3</sup> (por. art. 7 ust. 3 tej ustawy). Mimo odrębności zarówno w zakresie powstawania, określania wysokości, a nawet sposobu egzekucji zobowiązań prywatno-prawnych i publiczno-prawnych orzecznictwo sądów cywilnych wykształciło praktykę pozwalającą podmiotom, którym przysługuje roszczenie o świadczenie publiczno-prawne, na skorzystanie z instytucji służącej ochronie wierzycieli uregulowanej w art. 527 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny<sup>4</sup>, czyli skargi pauliańskiej. Udostępnienie możliwości skorzystania z tej instytucji organom podatkowym powoduje kilka problemów prawnych. Po pierwsze, należy podkreślić, że organy podatkowe nie są, zarówno z uwagi na pełnione funkcje, jak i kompetencje, wierzycielami w rozumieniu przepisów prawa cywilnego. Organ podatkowy określa bowiem wysokość zobowiązania podatkowego samodzielnie, w drodze decyzji podatkowej (w przypadku gdy

<sup>1</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1870 ze zm.

<sup>2</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1201.

<sup>3</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 1204 ze zm.

<sup>4</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.

podatnik samodzielnie nie uregulował należności podatkowych albo zrobił to nierzetelnie) w ramach postępowania podatkowego, które z natury rzeczy wyklucza działanie większości zasad rządzących powstawaniem stosunków obligacyjnych w prawie prywatnym. Organ podatkowy dysponuje też całym wachlarzem uprawnień umożliwiających mu zarówno uzyskanie samodzielnie wszelkich materiałów dowodowych potrzebnych do ustalenia istnienia bądź nieistnienia zobowiązania, jego wysokości, a nawet jego wyegzekwowania (organy podatkowe nierzadko pełnią rolę zarówno wierzyciela, jak i organu egzekucyjnego w postępowaniu egzekucyjnym w administracji). Wierzyciel, któremu od dłużnika przysługuje świadczenie o charakterze prywatnoprawnym, w przypadku braku woli dobrowolnego zaspokojenia jego roszczeń musi zwrócić się o ochronę swoich uprawnień do sądu, a następnie do komornika sądowego o wyegzekwowanie należności (o ile nie umówił się z dłużnikiem na dobrowolne poddanie się egzekucji). Wierzyciela podatkowego uprzywilejowuje dodatkowo fakt, że w orzecznictwie sądów powszechnych przyjmuje się, iż sądy są związane skutkami prawnymi wynikającymi z decyzji administracyjnych (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z 3 lipca 2015 r., sygn. akt IV CSK 636/14<sup>5</sup>). W drodze analogii można ten sam pogląd odnieść do decyzji podatkowych. Jak wskazuje w wyroku z 27 stycznia 2016 r. Sąd Najwyższy (sygn. akt II CSK 149/15<sup>6</sup>): „organ podatkowy nie jest wierzycielem w rozumieniu art. 527 k.c., gdyż należności publicznoprawne nie mają cech właściwych dla prawa podmiotowego. Niemniej nie wyklucza to, co do zasady, zastosowania dla ich ochrony instytucji przewidzianej w tym przepisie”. Sąd Najwyższy niewątpliwie ma słuszność, wskazując różnicę pomiędzy należnościami publicznoprawnymi a prywatnoprawnymi. Wykluczone

jest w przypadku tych pierwszych stosowanie większości instytucji przysługujących zarówno stronom stosunku obligacyjnego (np. zawarcie ugody), jak i sądowi na podstawie przepisów cywilnoprawnych.

Warto zaznaczyć również, że Sąd Najwyższy dopuścił także możliwość ochrony skargą pauliańską innych niż podatki wierzycieli publicznoprawnych. W uchwale 7 sędziów z 12 marca 2003 r. (sygn. akt III CZP 85/02<sup>7</sup>) Sąd Najwyższy stwierdził, że dopuszczalna jest droga sądowa w sprawie, w której Zakład Ubezpieczeń Społecznych domaga się ochrony należności z tytułu składki na ubezpieczenie społeczne w drodze powództwa pauliańskiego. W uzasadnieniu uchwały SN stwierdził, że w obecnym stanie prawnym z punktu widzenia ochrony praw zagwarantowanych tak przez Konstytucję RP, jak i szereg konwencji międzynarodowych, wąskie pojmowanie sprawy cywilnej (o której mowa w art. 1 k.p.c.) jest niczym nieuzasadnionym anachronizmem. Wobec tego – podkreśla Sąd Najwyższy – należy przyjąć, że treść normatywna art. 1 k.p.c. może zostać prawidłowo oceniona, jeżeli uwzględnimy cały kontekst normatywny, a zatem nie ma podstaw, ażeby z zakresu przedmiotowego tego przepisu w związku z art. 2 k.p.c. wyłączać sprawy związane z powództwem zmierzającym do ochrony wierzyciela publicznoprawnej przy wykorzystaniu instytucji cywilnoprawnej, zwłaszcza w takim wypadku, w którym ustawodawca nie przewiduje wyraźnie możliwości odpowiedniej ochrony w postępowaniu administracyjnym (taka sytuacja ma miejsce zarówno w przypadku należności podatkowych, jak i ZUS-owskich). Analogicznych argumentów Sąd Najwyższy użył w uchwale z 11 kwietnia 2003 r. (sygn. akt III CZP 15/03<sup>8</sup>), w której za dopuszczalną uznał drogę sądową w sprawie, w której Skarb Państwa domaga się na podstawie art. 527 k.c. ochrony należności z tytułu długu celnego.

<sup>5</sup> LEX nr 1816576.

<sup>6</sup> LEX nr 2010213.

<sup>7</sup> LEX nr 76145.

<sup>8</sup> LEX nr 77190.

Rozwiązanie to jest krytykowane w doktrynie prawa cywilnego. P. Machnikowski w głosie do postanowienia SN z 16 kwietnia 2002 r. (sygn. akt V CK 41/02<sup>9</sup>) wskazał, że: „uprawnienie do wystąpienia z żądaniem opartym na art. 527 i nast. kc przysługuje tylko wierzycielowi. Pojęcie wierzyciela trzeba definiować odwołując się do art. 353 kc, w myśl którego wierzycielem jest strona stosunku zobowiązaniowego uprawniona do żądania świadczenia od drugiej strony (dłużnika), oraz do art. 1 kc, który nakazuje rozumieć przez zobowiązanie wyłącznie stosunek cywilnoprawny. Stąd wniosek, że podmiot uprawniony do żądania od innego podmiotu jakiegos zachowania w ramach stosunku prawnego innego niż cywilnoprawny (nie opartego na zasadzie autonomiczności stron) nie jest wierzycielem w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, w tym w rozumieniu art. 527 kc. Podmiot taki (np. ZUS uprawniony do żądania zapłaty składki czy Skarb Państwa uprawniony do żądania zapłaty podatku) nie może więc skutecznie domagać się uznania za bezskuteczną względem niego czynności prawnej zobowiązanego. Cele, którym na gruncie prawa cywilnego służy skarga pauliańska, podmioty prawa publicznego mogą starać się osiągać na podstawie art. 107 i nast. Ordynacji podatkowej<sup>10</sup>. Ze stosowaniem analogii pomiędzy instytucją skargi pauliańskiej a odpowiedzialnością osoby trzeciej za zobowiązania publicznoprawne (przepisy te znajdują zastosowanie na podstawie przepisów odsyłających zarówno do należności ZUS-owskich, jak i długu celnego) uregulowaną w art. 107 i następnych Ordynacji podatkowej trudno się zgodzić, gdyż zakresy ochrony prawnej interesów wierzycieli publicznoprawnych są odmienne w tych instytucjach. Odpowiedzialność osób trzecich określona w tych przepisach służy również innym celom niż ochrona przewidziana przez skargę pauliańską. Rację trzeba jednak przyznać glosatorowi, że organów administracji publicznej

uprawnionych do żądania uiszczenia przez określone podmioty danin publicznoprawnych nie sposób uznać za wierzycieli w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego. Nie ma wątpliwości co do tego, że do ochrony wierzycieli innych niż podatkowe należności publicznoprawnych w drodze powództwa pauliańskiego można odnieść dokładnie te same zarzuty co do ochrony wierzycieli podatkowych, gdyż zasady nakładania, ustalania wysokości, a także egzekucji obowiązków o tym charakterze są bardzo podobne.

Mimo to sądy dopuszczają możliwość dochodzenia należności publicznoprawnych w drodze skargi pauliańskiej na zasadzie analogii.

Z problematyką ewentualnego uwzględnienia przez sąd *actio pauliana* złożonej przez organ podatkowy wiąże się jeszcze jeden szkopuł – jaki tryb postępowania egzekucyjnego i egzekucji byłby właściwy dla egzekucji należności, których przekazanie osobie trzeciej przez dłużnika (podatkowego) uznał za bezskuteczne względem organu podatkowego sąd powszechny. Uwzględnienie skargi pauliańskiej powoduje z perspektywy wierzyciela uprawnionego do jej złożenia fikcją prawną polegającą na pozbawieniu krzywdzącej go czynności prawnej skutków prawnych względem niego, co sprawia, że dla potrzeb postępowania egzekucyjnego przedmiot, do którego skierowano egzekucję, który na skutek wspomnianej czynności prawnej wyszedł z majątku dłużnika, uważa się, że w tym majątku dłużnika pozostał. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że wyrok uwzględniający skargę pauliańską nie może stać się podstawą do wystawienia tytułu wykonawczego (nie stanowi tytułu egzekucyjnego). Wyrokowi uwzględniającemu powództwo pauliańskie nie można zatem nadać klauzuli wykonalności. Wywiera on skutki, gdy jest prawomocny, co wymaga stwierdzenia w trybie art. 364 k.p.c.<sup>11</sup> Sąd Najwyższy w postanowieniu z 12 grudnia 2012 r. (sygn. akt

<sup>9</sup> LEX nr 74358.

<sup>10</sup> Por. P. Machnikowski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 16 kwietnia 2002 r., V CK 41/02*, OSP 2003, nr 2, poz. 22, s. 90 i n.

<sup>11</sup> Por. A. Janiak, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Kidyba, wyd. II, LEX 2014, uwagi do art. 531.

III CZP 79/12<sup>12</sup>) wskazał, że: „wierzyciel pauliański, chcąc uzyskać zaspokojenie z przedmiotu, który wszedł do majątku osoby trzeciej, powinien legitymować się tytułem wykonawczym przeciwko dłużnikowi i wyrokiem uwzględniającym powództwo pauliańskie”. Wierzyciel podatkowy może zatem teoretycznie wystawić tytuł wykonawczy, o którym mowa w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, wraz z prawomocnym wyrokiem uwzględniającym skargę pauliańską i zgłosić organowi egzekucyjnemu wniosek o skierowanie egzekucji do przedmiotu, który wyszedł z majątku dłużnika (zobowiązanego). Problemem staje się jednak status osoby trzeciej, która stała się właścicielem składnika majątkowego, do którego skierowana zostanie egzekucja. Nie jest ona zobowiązaniem, a zatem należy ją uznać za osobę trzecią, która rości sobie prawa do danej rzeczy bądź prawa majątkowego. Osobie takiej przysługuje natomiast prawo do wniesienia środka prawnego, o którym mowa w art. 38 § 1 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, czyli żądania wyłączenia danego składnika majątkowego spod egzekucji. Wniosek taki należy zgłosić organowi egzekucyjnemu w terminie 14 dni od daty powzięcia informacji o czynności *egzekucyjnej* skierowanej do tej rzeczy lub tego prawa. Złożenie takiego wniosku powoduje wstrzymanie dalszych czynności egzekucyjnych do czasu wydania ostatecznego postanowienia w jego przedmiocie (por. art. 38 § 3 ustawy egzekucyjnej). Co więcej, zgodnie z art. 40 § 2 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji od ostatecznego postanowienia w sprawie odmowy wyłączenia spod egzekucji rzeczy lub prawa majątkowego osobie, która wystąpiła z takim żądaniem, przysługuje prawo do wytoczenia powództwa do sądu powszechnego na zasadach określonych w Kodeksie postępowania cywilnego z żądaniem zwolnienia z egzekucji bądź zabezpieczenia. W sytuacji gdy z takim żądaniem występuje dłużnik pauliański, powstają jednak dwa problemy. Po pierwsze, sąd powszechny będzie ponownie badał okoliczności związane

z uzyskaniem przez tego dłużnika pauliańskiego (tym razem występującego w charakterze powoda) prawa do tego składnika majątkowego, który otrzymał od dłużnika podatkowego na skutek czynności podjętej z pokrzywdzeniem wierzyciela podatkowego. To zaś oznacza naruszenie zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*). Z drugiej strony ewentualne odrzucenie pozwu na podstawie art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c. oznaczałoby odebranie stronie postępowania administracyjnego (a takim jest postępowanie prowadzone w ramach postępowania egzekucyjnego w administracji) prawa do skontrolowania przez sąd rozstrzygnięcia organu administracji publicznej. Drugim problemem jest natomiast fakt, że do czasu uprawomocnienia się orzeczenia sądu powszechnego rzeczy i prawa majątkowe objęte zakresem żądania wyłączenia nie mogą zostać sprzedane (por. art. 41 § 1 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji oraz art. 842 k.p.c.). Oznacza to dla wierzyciela podatkowego, który musiał poświęcić dużo czasu na postępowanie cywilne związane ze skargą pauliańską, dalsze przeszkody w zaspokojeniu jego należności, które mogą opóźnić wyegzekwowanie należności o kolejne kilka lat. Dodatkowe przeszkody mogą pojawić się również w toku samej egzekucji z uwagi na jej rodzaj. Przykładowo dłużnik pauliański będzie uczestnikiem postępowania egzekucyjnego z nieruchomości (na podstawie art. 110b pkt 3 ustawy egzekucyjnej) i będzie mógł zgłaszać wszelkie możliwe środki zaskarżenia w jej toku wspólnie z zobowiązanym, by maksymalnie opóźnić zaspokojenie wierzyciela.

Podobne problemy dotyczą także egzekucji komorniczej uregulowanej w części trzeciej Kodeksu postępowania cywilnego, z której na potrzeby egzekucji administracyjnej zaczerpnięto bardzo wiele rozwiązań. Odpowiednikiem środka prawnego z art. 38 § 1 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji jest tzw. powództwo eksycydencyjne uregulowane w art. 841 k.p.c. Słusznie twierdzi Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 25 stycznia

<sup>12</sup> LEX nr 1294218.



2016 r. (sygn. akt I ACa 1373/15<sup>13</sup>), wskazując, że: „osoba pozwana w procesie ze skargi pauliańskiej nie jest dłużnikiem zobowiązanym do świadczenia, nie jest więc dłużnikiem w rozumieniu art. 840 k.p.c. Jej obowiązek wynikający z wyroku uwzględniającego skargę pauliańską ogranicza się do znoszenia tego, że wierzyciel uzyska zaspokojenie z przedmiotu majątkowego, który, wskutek czynności uznanej za bezskuteczną wszedł do jej majątku. Osoba ta nie posiada legitymacji czynnej w procesie przeciwegzekucyjnym”. Niemniej jednak dłużnikowi pauliańskiemu będzie przysługiwać wtedy uprawnienie służące osobie trzeciej roszczącej sobie prawo do przedmiotu egzekucji. Jak trafnie wskazuje D. Zawistowski: „stanowi ono sposób obrony osób trzecich, których prawa zostały naruszone mimo prowadzenia egzekucji zgodnie z przepisami (...). Obrona dłużnika w ramach powództwa interwencyjnego opiera się na zarzutach o charakterze merytorycznym i powinna znajdować podstawę w przepisach prawa materialnego”<sup>14</sup>. Sąd, przed którym wytoczy powództwo ekscydencyjne dłużnik pauliański, byłby zatem zobligowany, by ponownie zbadać okoliczności, które były już przedmiotem oceny sądu, który uwzględnił skargę pauliańską. Co ciekawe, ani przedstawiciele doktryny postępowania cywilnego, ani postępowania egzekucyjnego w administracji nie przykładają żadnej uwagi do omawianych w niniejszym artykule zagadnień. Szczątkowe orzecznictwo w zakresie egzekucji prowadzonej ze składnika majątku dłużnika pauliańskiego również w zasadzie się do nich nie odnosi.

Obydwa rodzaje postępowań egzekucyjnych sprawiają wrażenie niedostosowanych prawnie do egzekucji skierowanej do składnika majątku dłużnika pauliańskiego także w innych aspektach. Przykładowo w egzekucji z nieruchomości zarówno w przypadku egzekucji komorniczej, jak i administracyjnej zajęta nieruchomość pozostawia się w zarządzie

dłużnika (w egzekucji administracyjnej – zobowiązanego), do którego stosuje się wówczas przepisy o zarządcy (art. 931 § 1 k.p.c. i art. 110g § 1 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji). W przypadku gdy sąd orzekł o bezskuteczności czynności prawnej dłużnika dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli, czynność taka jest bezskuteczna tylko w stosunku do pokrzywdzonego nią wierzyciela, natomiast poza tym wywołuje skutki prawne. Zatem w stosunkach pomiędzy dłużnikiem i dłużnikiem pauliańskim uwzględnienie przez sąd powództwa z art. 527 § 1 k.c. nic nie zmienia, a prawo majątkowe (zwykle chodzi o własność), które przeszło z majątku dłużnika na rzecz osoby trzeciej, pozostaje w jej majątku. A w takim wypadku pozostawienie nieruchomości, która wyszła z majątku dłużnika (zobowiązanego), w jego zarządzie byłoby pozbawione sensu, gdyż jest on pozbawiony tytułu prawnego do sprawowania zarządu. Podobnych kłopotów prawnych dostarcza też wiele innych przepisów o egzekucji (np. o ustanowieniu zarządcy nieruchomości), ale ich omówienie w ramach niniejszego artykułu wymagałoby bardzo długiego tekstu.

Wracając do powództwa pauliańskiego wytoczonego przez wierzyciela podatkowego, należy zauważyć, że mimo formalnej dopuszczalności część przepisów regulujących *actio pauliana* nie jest przystosowana do regulowania zobowiązań podatkowych. W tym kontekście należy wymienić przepis art. 533 k.c., zgodnie z którym osoba trzecia, która uzyskała korzyść majątkową wskutek czynności prawnej dłużnika dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli, może zwolnić się od zadośćuczynienia roszczeniu wierzyciela żądającego uznania czynności za bezskuteczną, jeżeli zaspokoi tego wierzyciela albo wskaże mu wystarczające do jego zaspokojenia mienie dłużnika. O ile wskazanie wierzycielowi podatkowemu mienia dłużnika, z którego mógłby się on zaspokoić,

<sup>13</sup> LEX nr 2000497.

<sup>14</sup> D. Zawistowski, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, red. J. Gołaczyński, LEX 2012, uwagi do art. 841.

nie budzi większych wątpliwości, o tyle jego zaspokojenie przez dłużnika pauliańskiego nastęrcza poważnych problemów. Co do zasady bowiem nie jest dopuszczalne przejęcie przez osobę trzecią długu podatkowego. Jak zaznacza J. Małecki: „za poglądem, iż podatek nie może być skutecznie zapłacony za podatnika przez inny podmiot, przemawia przede wszystkim wynikająca wyłącznie z ustawy istota publicznoprawnego stosunku zobowiązaniowego w prawie podatkowym, a określone w ustawach podatkowych obowiązki nie mogą być znoszone przez umowy cywilnoprawne zawierane pomiędzy podatnikiem a osobami trzecimi”<sup>15</sup>. Podatnik nie ma możliwości swobodnego rozporządzania swoim zobowiązaniem, wpłatając go w obrót cywilnoprawny, instytucja wskazana w art. 533 k.c. jest zaś instrumentem właśnie cywilnoprawnym. Należy pamiętać, że obowiązek podatkowy zależy często od indywidualnych przymiotów podatnika (tak jest np. w przypadku podatku dochodowego od osób fizycznych). Wysokość należnego podatku, jego stawka, zwolnienia, ulgi, a niekiedy nawet terminy płatności są ściśle powiązane z osobą podatnika, w związku z czym zapłata przez osobę trzecią rodziłaby szereg komplikacji. Dodatkowym problemem okazałby się także ewentualny zwrot nadpłaty podatku, gdyby zobowiązanie uregulowała osoba trzecia. Zwrot nadpłaty podatku opłaconego przez osobę trzecią podatnikowi spowodowałby stan bezpodstawnego wzbogacenia tego podatnika kosztem tej osoby trzeciej, a jednocześnie zwrotu nie można byłoby dokonać do jej rąk, gdyż nie jest ona stroną stosunku prawnopodatkowego.

Wszystkie powyższe okoliczności wskazują na to, że choć sądy powszechne dopuszczają w drodze analogii ochronę wierzycieli publicznoprawnych w drodze powództwa pauliańskiego, to rozbieżności pomiędzy na-

leżnościami prywatnoprawnymi a publicznoprawnymi (zazwyczaj chodzi o zobowiązania podatkowe) sprawiają poważne wątpliwości interpretacyjne przy stosowaniu instytucji z art. 527 k.c. w praktyce. Również przepisy o postępowaniu egzekucyjnym, czy to komorniczym, czy administracyjnym, wydają się nie do końca przystosowane do prowadzenia egzekucji ze składnika majątkowego, który wszedł do majątku osoby trzeciej na skutek czynności prawnej dłużnika dokonanej z pokrzywdzeniem wierzyciela.

Zasadna byłaby w tej sytuacji interwencja ustawodawcy, który dostosowałby przepisy regulujące tak postępowanie egzekucyjne, jak i instytucję skargi pauliańskiej do wymogów związanych z ochroną wierzycieli tak prywatnoprawnych, jak i publicznych. Jest to bowiem materia istotna zarówno z uwagi na to, że powództwo pauliańskie jest powszechnie stosowanym przez wierzycieli środkiem ochrony ich praw, jak i na to, że orzecznictwo, jak wynika z przywołanych we wcześniejszych wywodach przykładów, zmierza wyraźnie w kierunku rozszerzenia zakresu podmiotowego wierzycieli, którzy są uprawnieni do złożenia skargi pauliańskiej. Poza tym zakres odpowiedzialności dłużnika pauliańskiego także może okazać się bardzo szeroki – zgodnie z poglądem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie wyrażonym w wyroku z 21 kwietnia 2016 r. (sygn. akt I ACa 927/15): „w przypadku, gdy przedmiotem czynności prawnej, która została ubezskuteczniona są pieniądze, egzekucja może być prowadzona z całego majątku osoby trzeciej”<sup>16</sup>. W mojej ocenie dla właściwej ochrony wierzycieli przed nadmiernie czasochłonną egzekucją [która może być opóźniana zarówno przez dłużnika (zobowiązanego), jak i dłużnika pauliańskiego] konieczne byłoby dodanie w tytule X księgi trzeciej Kodeksu cywilnego zapisu, zgodnie z którym osoba

<sup>15</sup> J. Małecki, (w:) *Podatki i prawo podatkowe. Cz. druga. Część ogólna polskiego prawa podatkowego*, red. A. Gomulowicz, J. Małecki, LexisNexis 2006, Rozdział XIX, *Zobowiązania podatkowe w świetle ordynacji podatkowej. Wygasanie zobowiązań podatkowych. Zagadnienia ogólne*.

<sup>16</sup> LEX nr 2080872.

trzecia, która uzyskała korzyść majątkową na skutek czynności prawnej dłużnika dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli, nie może korzystać z instrumentów ochrony prawnej przysługujących w postępowaniu egzekucyjnym dłużnikowi bądź osobie trzeciej w granicach uzyskanej korzyści. Takie rozwiązanie eliminowałoby problem nadużywania tych instytucji przez dłużników pauliańskich, nierzadko działających w porozumieniu z dłużnikami w celu pokrzywdzenia wierzycieli. Innym możliwym rozwiązaniem byłaby nowelizacja instytucji skargi pauliańskiej w taki sposób, by orzeczenie o jej uwzględnieniu sprawiało, że zaskarżona czynność prawna była bezskuteczna *erga omnes*, a nie wyłącznie względem wierzyciela. Wówczas nie można byłoby mówić

o fikcji prawnej braku przeniesienia danego składnika majątkowego z majątku dłużnika na rzecz osoby trzeciej, lecz o rzeczywistym i pełnym zniweczeniu skutków takiej krzywdzącej czynności prawnej, a ponadto wyeliminowane zostałoby ryzyko ewentualnego dalszego rozporządzenia tym składnikiem majątkowym przez osobę trzecią z korzyścią dla kolejnego podmiotu. Niezależnie jednak od rozwiązania, niewątpliwie jest, że dostosowanie skargi pauliańskiej do wymogów czasu i aktualnego orzecznictwa jest konieczne, gdyż ochrona wierzyciela pauliańskiego przed różnymi działaniami podejmowanymi zarówno przez dłużnika, jak i osobę trzecią, która uzyskała od niego korzyść, okazuje się nierzadko w praktyce fikcyjna.

## Summary

*Paweł Kamiński*

### EXECUTION OF TAX LIABILITIES IN THE CONTEXT OF THE APPROVAL OF THE PAULINE ACTION (ARTICLE 527 OF THE CIVIL CODE) BY THE COURT BROUGHT BY THE PUBLIC CREDITOR. CONTEMPLATION ON THE LEGAL STATUS OF THE PAULINE DEBTOR IN EXECUTION PROCEEDINGS

The author focuses in the article on two issues – the use of the institution of the Pauline action regulated by Art. 527 of the Civil Code in the execution of public law debts (mainly taxes) and the maladjustment of enforcement proceedings and its regulations to carry out execution from assets that came out of the debtor's property as a result of his legal action taken with harm for the creditors.

**KEY WORDS:** Pauline action, creditor, debtor, execution proceedings, tax

**POJĘCIA KLUCZOWE:** skarga pauliańska, wierzyciel, dłużnik, postępowanie egzekucyjne, podatek

## PIECZA NAPRZEMIENNA W POLSKIM PRAWIE RODZINNYM

### WPROWADZENIE

Pieczka nad osobą dziecka stanowi najszerzy składnik władzy rodzicielskiej. Mieszczą się w niej wszelkie obowiązki i uprawnienia rodziców dotyczące osoby dziecka, których przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie wyłączają z zakresu władzy rodzicielskiej<sup>1</sup>. Władza rodzicielska jest jedną z najważniejszych instytucji prawnych, unormowanych w k.r.o. Odgrywa kluczową rolę, gdy chodzi o określenie obowiązków i praw między rodzicami a dziećmi. Treść tego stosunku prawnego zdeterminowana jest przez naczelną zasadę prawa rodzinnego, jaką jest zasada dobra dziecka<sup>2</sup>. Wydaje się, że jest w pełni uzasadnione, aby kwestię dopuszczalności i celowości wprowadzenia pieczy naprzemiennej analizować właśnie w odniesieniu do nadrzędnej zasady dobra dziecka. O ile zagadnieniu pieczy na gruncie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego doktryna i judykatura poświęciły wiele uwagi, o tyle pojęcie pieczy naprzemiennej jest swoistym *novum*, które nie doczekało się jeszcze kompleksowych opracowań, a i w orzeczeniach sądów powszechnych instytucja ta pojawia się jeszcze stosunkowo rzadko. Warto nadmienić, że podobne rozwiązania w zakresie kształtowania pieczy nad dzieckiem są znane w wielu krajach Europy Zachodniej, m.in. Francji, Hiszpanii, Włoszech, Belgii, a także Czechach, Słowacji, Szwecji, Danii oraz w USA, Kanadzie i Australii.

### POJĘCIE PIECZY NAPRZEMIENNEJ

Dyskusja nad zagadnieniem pieczy naprzemiennej dopiero rozpoczyna się w polskiej doktrynie, co należy wiązać m.in. z kolejnymi nowelizacjami ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. nr 9, poz. 59 z późn. zm.), ale także ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 682). Poważne wątpliwości budzi już sama dopuszczalność orzekania przez sądy pieczy naprzemiennej, chociażby z uwagi na wyżej wspomnianą zasadę dobra dziecka. Z opieką naprzemienną mamy do czynienia, kiedy obydwoje rodzice zajmują się dzieckiem w jednakowym stopniu, w stworzonych przez siebie środowiskach wychowawczych (np. dziecko przebywa tydzień/miesiąc u matki, a następnie przez taki sam czas u ojca)<sup>3</sup>, przy czym obojgu rodzicom przysługuje pełnia władzy rodzicielskiej. Ustawodawca nie posługuje się terminem pieczy naprzemiennej, został on sformułowany i dookreślony przez doktrynę i judykaturę. W Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym próżno szukać również regulacji wprost odnoszącej się do tej instytucji.

W różnego rodzaju publikacjach można natrafić na pewne oczywiste błędy terminologiczne, kiedy mowa o pieczy naprzemiennej. Niektórzy autorzy posługują się bowiem określeniem *naprzemienna władza (rodzicielska)*. W obowiązującym stanie prawnym nie ma podstaw do przyznania tzw. *władzy naprzemiennej*, polegającej na tym, że dziecko miałoby przebywać okresowo (np. co pół roku albo cały

<sup>1</sup> G. Jędrejek (red.), *Meritum. Prawo rodzinne*, wyd. 2, Warszawa, Wolters Kluwer 2017, s. 763.

<sup>2</sup> Tamże, s. 747.

<sup>3</sup> A. Czerederecka, *Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi*, wyd. 1, Warszawa, LexisNexis 2010, s. 42.

rok) raz u jednego z rodziców, raz u drugiego i w tym czasie każde z rodziców sprawowałoby wyłącznie (samodzielnie) władzę rodzicielską<sup>4</sup>. Podzielone w czasie może być jedynie sprawowanie bezpośrednio pieczy nad dzieckiem, będącej jednym z atrybutów władzy rodzicielskiej, nie zaś sama władza rodzicielska. Przemienna władza rodzicielska jest w świetle prawa polskiego uważana za niedopuszczalną<sup>5</sup>.

Synonimicznie są w zasadzie traktowane pojęcia „opieka naprzemienna” i „piecza naprzemienna”. Pierwszym ze wskazanych pojęć posługują się m.in. T. Justyński i A. Czeredrecka, drugim zaś J. Ignatowicz oraz A. Domański. Analizując jednak formułowane przez różnych autorów definicje opisywanej instytucji, należy przyjąć, że dotyczą one tego samego zagadnienia. Jego istotą jest przebywanie dziecka w powtarzających się okresach u każdego z rodziców żyjących w rozłączeniu, przy czym obojgu rodzicom przysługuje pełnia władzy rodzicielskiej. Niemniej posługiwanie się w doktrynie wskazanymi pojęciami w sposób synonimiczny nie jest właściwe, analizując bowiem przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, dostrzegamy, że czym innym jest piecza nad osobą dziecka, czym innym zaś opieka nad małoletnim. Pod pojęciem pieczy nad osobą dziecka kryje się zespół obowiązków i uprawnień rodziców obejmujących stałą troskę o osobę dziecka, dbałość o to, aby było ono należycie wychowane, aby nie stała mu się krzywda i aby jego dziecięce lata upłynęły w warunkach rodzinnego szczęścia<sup>6</sup>. Zakres pieczy uregulowany został w art. 96 oraz art. 95 § 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Piecza nad osobą dziecka stanowi jeden z elementów władzy rodzicielskiej, na którą składają się również zarząd majątkiem dziecka oraz jego reprezentacja.

Instytucja opieki nad małoletnim jest na-

tomiast uregulowana w art. 145–174 k.r.o. W świetle przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego opieka polega na obowiązku sprawowania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz reprezentacji podopiecznego przez ustanowionego opiekuna. Doktryna podkreśla, że opieka nie stanowi instytucji prawa rodzinnego, ale instytucję osobowego prawa cywilnego. Zakres uprawnień opiekuna, o czym świadczy brzmienie art. 155 k.r.o., w szerokim zakresie pokrywa się z prawami rodzica, któremu przysługuje władza rodzicielska. Dziecko nie może jednocześnie podlegać władzy rodzicielskiej i opiece. Potrzeba ustanowienia opieki powstaje wtedy, gdy żadnemu z rodziców nie przysługuje władza rodzicielska albo jeżeli rodzice są nieznanymi<sup>7</sup>. Choć zakresy przedmiotowe pieczy i opieki zdają się pokrywać i dotyczą dbałości o osobę i majątek dziecka oraz prawa do jego reprezentacji, to z pewnością różne są ich zakresy podmiotowe. Pieczę sprawuje bowiem rodzic, opiekę zaś ustanowiony przez sąd opiekun. Brak jest podstaw do ustanowienia opiekuna w sytuacji, gdy chociaż jednemu z rodziców przysługuje władza rodzicielska. Mając na uwadze powyższe uwagi, za właściwsze należałoby uznać posługiwanie się jednolicie terminem pieczy naprzemiennnej, wykonywać ją mają bowiem rodzice, którym w dodatku przysługuje pełnia władzy rodzicielskiej.

W żadnym z przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie znajdziemy pojęcia pieczy naprzemiennnej ani jej legalnej definicji. Nie oznacza to jednak generalnej niedopuszczalności jej orzekania. Podstawę prawną dla ustanowienia przez sąd rodzinny opieki naprzemiennnej dawałyby art. 58 § 1a (w przypadku rozchodzących się małżonków) oraz art. 107 k.r.o. (jeżeli do orzekania dochodzi w późniejszym czasie)<sup>8</sup>. Przepis art. 58 k.r.o. był

<sup>4</sup> J. Ignatowicz (red.), *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, wyd. 3, Warszawa, C. H. Beck 2015, s. 68.

<sup>5</sup> T. Justyński, *Pieczka naprzemienna*, „Rodzina i Prawo” 2011, nr 19, s. 5.

<sup>6</sup> J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, wyd. 4, Warszawa, LexisNexis 2016, s. 514.

<sup>7</sup> G. Jędrejek, *Komentarz do art. 145 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, wyd. 2, Warszawa, Wolters Kluwer 2014.

<sup>8</sup> T. Justyński, *Pieczka*, s. 6.

w ostatnich latach dwukrotnie nowelizowany, § 1a został dodany ustawą z 6 listopada 2008 r. (Dz.U. nr 220, poz. 1431), która weszła w życie 13 czerwca 2009 r. Następnie jego brzmienie zostało zmienione ustawą z 25 czerwca 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1062), która weszła w życie 29 sierpnia 2015 r.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie władzy rodzicielskiej stanowi obligatoryjny element wyroku rozwodowego. Kolejne zmiany komentowanego przepisu stopniowo zmierzały do ustanowienia nowego priorytetu, jakim obecnie jest pozostawianie obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej. Dotychczas regułą było pozostawienie pełnej władzy rodzicielskiej tylko jednemu z rodziców, przy jednoczesnym ograniczeniu władzy drugiego z nich. Mamy zatem do czynienia ze zmianą bardzo istotną. Nowelizacja z 6 listopada 2008 r. dawała rozwodzącym się małżonkom możliwość zawarcia porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem po rozwodzie. Sąd mógł pozostawić pełnię władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, jeżeli ci przedstawili wskazane porozumienie, a ponadto złożyli wniosek o pozostawienie obojgu władzy rodzicielskiej. Dodatkowo przedstawione porozumienie musiało być zgodne z dobrem dziecka oraz zasadne winno być oczekiwanie, że rodzice będą współdziałać dla dobra dziecka. Wprowadzone zmiany dawały rodzicom większą możliwość samodzielnego kształtowania relacji z dzieckiem po rozwodzie, jednak nie pozostawiały im w tym względzie pełnej dowolności. Brak porozumienia między małżonkami w zasadzie wykluczał możliwość pozostawienia obojgu pełnej władzy rodzicielskiej. Do podstawowego zadania sądu należała ocena, czy prezentowane porozumienie małżonków jest zgodne z dobrem dziecka oraz czy istnieją podstawy, by uznać, że rozwiedzeni małżonkowie będą współdziałać w sprawach dziecka. Konstrukcja przepisu wskazuje, że nawet przy spełnieniu wszystkich wskazanych

powyżej przesłanek sąd nie był zobligowany do pozostawienia obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej.

Nowelizacja z 25 czerwca 2015 r., która nadała art. 58 k.r.o. kształt obecnie obowiązujący, doprecyzowuje, że porozumienie rodziców co do sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej oraz kontaktów z dzieckiem winno być zawarte w formie pisemnej. Najistotniejszą zmianą pozostaje jednak to, że nawet w przypadku braku stosownego porozumienia między rodzicami sąd ma możliwość pozostawienia obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej. Dopiero w dalszej kolejności, jeżeli dobro dziecka za tym przemawia, możliwe jest ograniczenie władzy rodzicielskiej jednego z rodziców. Tendencja do tego, aby w miarę możliwości pozostawiać władzę rodzicielską obojgu rodzicom, jest zatem wyraźna. Rozwiązanie takie ma w założeniu zapewnić dziecku możliwość wychowania go przez oboje rodziców i utrzymywania z nimi kontaktów.

Należy zauważyć, że obecne brzmienie art. 58 k.r.o. jest przedmiotem wielu krytycznych uwag. H. Pietrzykowski zwraca uwagę na dość niefortunny układ analizowanego przepisu, który powołuje się na dobro dziecka w swojej końcowej części. Można się bowiem zastanowić, czy prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców nieco nie przysłania jego dobra. Przecież w przypadku rozwodu to właśnie wychowanie dziecka przez oboje rodziców po rozwodzie wielokrotnie pozostaje w sprzeczności z jego dobrem<sup>9</sup>.

Nowelizację art. 58 k.r.o. należy traktować jako dążenie ustawodawcy do pełniejszej realizacji prawa dziecka do wychowywania przez oboje rodziców, co zostaje wyrażone wprost w treści § 1a. W praktyce orzeczniczej model pieczy naprzemiennej zdaje się nie być preferowanym modelem sprawowania pieczy nad osobą dziecka. Sądy ostrożnie podchodzą do możliwości orzekania o wskazanym sposobie sprawowania pieczy nad dzieckiem przez oboje rodziców.

<sup>9</sup> J. Gajdan, (w:) H. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa, C. H. Beck 2015, s. 405.

Na gruncie przepisów procesowych wzmianka o możliwości orzeczenia przez sąd pieczy naprzemienną znajduje się w art. 582<sup>1</sup> k.p.c. oraz 598<sup>22</sup> k.p.c. W obu przywołanych przepisach ustawodawca wskazuje możliwość określenia przez sąd, że „dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach”. Paragraf 4 do art. 582<sup>1</sup> został dodany ustawą z 25 czerwca 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1062), która weszła w życie 29 sierpnia 2015 r. Brzmienie przepisów procesowych w zasadzie potwierdza dopuszczalność orzekania pieczy naprzemienną w oparciu o obowiązujące przepisy materialnoprawne.

### **PIECZA NAD DZIECKIEM JAKO INTEGRALNY ELEMENT WŁADZY RODZICIELSKIEJ**

**Władza rodzicielska, jak wynika z całości kształtu przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a zwłaszcza z art. 95 § 1, art. 96 i art. 98 § 1, stanowi ogół obowiązków i praw względem dziecka, mających na celu zapewnienie mu należytej pieczy i strzeżenie jego interesów**<sup>10</sup>. Na uregulowaniach zawartych w art. 92–112 k.r.o. można oprzeć twierdzenie, że władza rodzicielska – w jej aktualnym kształcie normatywnym – jest prawnym instrumentem umożliwiającym rodzicom przede wszystkim ostateczne psychofizyczne ukształtowanie dziecka i przygotowanie go w ten sposób do samodzielnego życia<sup>11</sup>.

Sąd Najwyższy w uchwale pełnego składu z 9 czerwca 1976 r., stanowiącej zalecenia kierunkowe w sprawie wzmoczenia ochrony rodziny, wskazuje m.in., że w odróżnieniu od systemów prawnych, jakie obowiązywały dawniej na ziemiach polskich, władza rodzicielska według Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego to przede wszystkim zespół obowiązków

rodziców względem dziecka. Uprawnienia rodziców w stosunku do dziecka są niejako wtórnym składnikiem tej władzy (por. art. 95 § 1 i art. 97 § 1 k.r.o.). Uprawnienia te mają jednak fundamentalne znaczenie w procesie kształtowania i wychowania dziecka. Należy także pamiętać, że władza rodzicielska obejmuje całokształt spraw dziecka i pieczę nad jego osobą, zarząd jego majątkiem oraz jego reprezentowanie<sup>12</sup>. W doktrynie i judykaturze panuje pełna zgodność co do tego, że piecza nad osobą dziecka jest jednym z elementów władzy rodzicielskiej.

Jeszcze niespełna dekadę temu kwestią sporną było to, czy prawo do osobistych kontaktów z dzieckiem wchodzi w zakres pojęcia władzy rodzicielskiej. Nowelizacja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 6 listopada 2008 r. objęła swoim zakresem także art. 113 k.r.o. i ostatecznie pozwoliła rozwiązać wcześniejsze wątpliwości. Zgodnie z art. 113 § 1 k.r.o. niezależnie od władzy rodzicielskiej rodzice oraz ich dziecko mają prawo i obowiązek utrzymywania ze sobą kontaktów. Pogląd, zgodnie z którym prawo do osobistej styczności z dzieckiem nie wchodzi w zakres władzy rodzicielskiej, zdecydowanie przeważał w orzecznictwie Sądu Najwyższego przed nowelizacją z 2008 r. (por.: uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej SN z 18 marca 1968 r., III CZP 70/66, OSNCP 1968, nr 5, poz. 77; uchwałę z 26 września 1983 r., III CZP 46/83, OSNC 1984, nr 4, poz. 4; uchwałę z 14 czerwca 1988 r., III CZP 42/88, OSNC 1989, nr 10, poz. 156; postanowienie SN z 5 maja 2000 r., II CKN 761/00, LEX nr 51982; uchwałę SN z 21 października 2005 r., III CZP 75/05, LEX nr 156978; uchwałę SN z 8 marca 2006 r., III CZP 98/05, LEX nr 172365)<sup>13</sup>. Rozbieżności pojawiały się jednak w doktrynie i nowelizacja ostatecznie pozwoliła je usunąć.

Zakres władzy rodzicielskiej podlega różnorodnym modyfikacjom. Może ona doznawać

<sup>10</sup> J. Ignatowicz (red.), *Władza rodzicielska*, s. 37.

<sup>11</sup> J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, wyd. 5, Warszawa, Wolters Kluwer 2016, s. 257.

<sup>12</sup> III CZP 46/75, OSNCPiUS 1976, nr 9, poz. 184.

<sup>13</sup> G. Jędrejek, *Komentarz do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, wyd. 1, Warszawa, Wolters Kluwer Polska SA 2013.

ograniczeń w oparciu o regulację art. 107 k.r.o., a także zawieszenia w przypadku zaistnienia przesłanek wyartykułowanych przez ustawodawcę w art. 110 k.r.o. Najdalej idącą ingerencją we władzę rodzicielską jest jej pozbawienie (art. 111 k.r.o.). Wykracza poza zakres niniejszego artykułu szczegółowe analizowanie przesłanek uzasadniających ograniczenie, zawieszenie lub pozbawienie władzy rodzicielskiej. Należy jednak zaznaczyć, że kwestia wyczerpania tych przesłanek jest analizowana indywidualnie w odniesieniu do każdego z rodziców. W praktyce orzeczniczej bardzo często mamy do czynienia z sytuacją, w której władza rodzicielska tylko jednego z rodziców doznaje ograniczeń z uwagi na jego naganne postępowanie względem dziecka. Nie można również generalnie wykluczyć sytuacji, w których władza rodzicielska danego rodzica będzie modyfikowana tylko w odniesieniu do jednego z dzieci pozostających dotychczas pod jego władzą. Nie może być w tym wypadku mowy o jakimkolwiek automatyzmie rozstrzygnięcia w przedmiocie władzy rodzicielskiej, bez względu na to, czy rozstrzygnięcia te zapadają w wyrokach rozwodowych, ustalających ojcostwo, ograniczających władzę rodzicielską, zawieszających ją czy też pozbawiających władzy rodzicielskiej. Są one każdorazowo oparte na analizie sposobu realizowania praw i obowiązków rodzica wobec konkretnego dziecka.

Zakres przysługującej rodzicom władzy rodzicielskiej jest bardzo istotny z punktu widzenia dopuszczalności orzeczenia przez sąd pieczy naprzemiennej. Pozostawienie pełni władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom jest jedną z podstawowych przesłanek do jej orzeczenia. Jednocześnie możliwość orzeczenia pieczy naprzemiennej pozwala odejść sądom od faktycznej konieczności ograniczenia władzy rodzicielskiej tego z rodziców, z którym dziecko nie będzie na stałe zamieszkiwać po rozstaniu rodziców.

## PRZESŁANKI ORZECZENIA PIECZY NAPRZEMIENNEJ

Mając na uwadze fakt, że instytucja pieczy naprzemiennej nie wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy, możliwość zastosowania takiego sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej należy ustalać w drodze wykładni<sup>14</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że podstawową przesłanką warunkującą orzeczenie o pieczy naprzemiennej jest przysługiwanie obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej, co było omawiane powyżej.

Artykuł 58 § 1a k.r.o. precyzuje przesłanki powierzenia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, dając jednocześnie podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie pieczy naprzemiennej, a mianowicie: zgodny wniosek rodziców, porozumienie rodziców o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem oraz pozytywna prognoza współdziałania rodziców w sprawach dziecka.

Analogiczne przesłanki znajdują odzwierciedlenie w § 1 art. 107 k.r.o., zgodnie z którym: „jeżeli władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom żyjącym w rozłączeniu, sąd opiekuńczy może ze względu na dobro dziecka określić sposób jej wykonywania i utrzymywania kontaktów z dzieckiem. Sąd pozostawia władzę rodzicielską obojgu rodzicom, jeżeli przedstawili zgodne z dobrem dziecka pisemne porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem. (...) Sąd może pozostawić władzę rodzicielską obojgu rodzicom, jeżeli przedstawili zgodne z dobrem dziecka porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem, i jest zasadne oczekiwanie, że będą współdziałać w sprawach dziecka (...)”. W § 2 czytamy, że „w braku porozumienia, o którym mowa w § 1, sąd, uwzględniając prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców, rozstrzyga o sposobie

<sup>14</sup> T. Justyński, *W sprawie tzw. opieki naprzemiennej*, „Rodzina i Prawo” 2011, nr 19, s. 7.



wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem (...).”

Co do zasady przedstawienie porozumienia rodzicielskiego nie jest dla sądu wiążące. Niemniej, zgodnie ze stanowiskiem doktryny, sąd obowiązany jest uwzględnić porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem wówczas, gdy jest ono zgodne z dobrem dziecka. Przedmiotowe porozumienie, będące swoistym planem wychowawczym, powinno uwzględniać takie atrybuty władzy rodzicielskiej, jak wychowanie, kierowanie, troska o środowisko materialne dziecka, a także troska o osobę dziecka. Innymi słowy: porozumienie powinno gwarantować zaspokojenie potrzeb dziecka – nie tylko w sferze materialnej, lecz także niematerialnej – w zakresie prawidłowego rozwoju psychofizycznego. Porozumienie takie winno być możliwie szczegółowe i sformułowane w sposób jasny, tak aby uniknąć wątpliwości interpretacyjnych w przyszłości.

Poza dokonaniem oceny porozumienia przez pryzmat naczelnej zasady prawa rodzinnego, jaką jest dobro dziecka, sąd winien dojść do przekonania, że rodzice faktycznie będą współdziałać dla dobra dziecka i w jego najlepszym interesie. Okoliczność chwilowego kompromisu rodziców przy rzeczywistym pozostawianiu przez nich w głębokim konflikcie niewątpliwie nie przekona sądu o zasadności uwzględnienia porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem<sup>15</sup>. Niewątpliwie przy dokonywaniu takiej oceny sąd w dużej mierze będzie korzystać z doświadczenia życiowego i odwoływać się do niego.

W praktyce sądowej, nierzadko przed podjęciem decyzji w przedmiocie wykonywania władzy rodzicielskiej, w tym orzeczenia pie-

czy naprzemiennej, konieczne staje się wysłuchanie małoletniego dziecka w trybie art. 216<sup>1</sup> k.p.c. oraz art. 576 § 2 k.p.c. Zgodnie z powyższymi przepisami wysłuchanie dziecka uzależnione jest od jego rozwoju umysłowego, stanu zdrowia i stopnia dojrzałości. Jak zasadnie podnosi B. Czech, obowiązek wysłuchania małoletniego nie oznacza, że w każdym postępowaniu sądowym powinien uczynić to sędzia – przeciwnie, na ogół wysłuchanie winno być przeprowadzone przez specjalistów, kuratora sądowego (art. 570<sup>1</sup> § 1 k.p.c.) albo przez biegłych psychologa i pedagoga<sup>16</sup>.

### OCENA INSTYTUCJI PIECZY NAPRZEMIENNEJ

**Ocena instytucji pieczy naprzemiennej w doktrynie nie jest jednoznaczna. W praktyce orzeczniczej sądy zdają się podchodzić do niej w sposób ostrożny. Część przedstawicieli doktryny wypowiedziała się za niedopuszczalnością orzekania opieki naprzemiennej nie tylko ze względów dogmatycznych, lecz także wskazując jej niezgodność z dobrem dziecka<sup>17</sup>.** Oczywiście jest, że postulowanie opieki naprzemiennej prowadzącej do zmiany miejsca zamieszkania oraz środowiska dziecka nie będzie zgodne z jego dobrem, prowadzić może bowiem do destabilizacji życiowej dziecka.

Pomimo dopuszczalności orzekania pieczy naprzemiennej w sytuacji pozostawienia obojgu rodzicom pełni władzy rodzicielskiej w praktyce sądy z dużą ostrożnością podchodzą do omawianej instytucji. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, „aby opieka naprzemienna mogła stać się korzystnym rozwiązaniem, spełnione muszą być szczególne warunki. Wymaga zatem poprawnej i bezkonfliktowej relacji

<sup>15</sup> J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa, LexisNexis 2014.

<sup>16</sup> H. Ciepla, B. Czech, T. Domińczyk, S. Kalus, K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny. Komentarz*, wyd. 5, LexisNexis 2011, s. 470–473.

<sup>17</sup> W. Stojanowska, *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza – Wykładnia – Komentarz*, pod red. W. Stojanowskiej, Warszawa, LexisNexis 2011, s. 46.

między rodzicami, a więc w każdej sytuacji stawiania potrzeb dziecka na pierwszym miejscu w stosunku do ewentualnych personalnych animozji między rodzicami, zostawienia za sobą przeszłości, samokontroli, dobrej komunikacji na temat dziecka i w obecności dziecka. Niezbędna jest także bardzo sprawna organizacja: precyzyjny i przewidywalny plan zapewniający jednak łatwą reorganizację w przypadku potrzeby modyfikacji, systematyczne i zrównoważane monitorowanie postępów szkolnych przez oboje rodziców, dowiezienie dziecka na zajęcia szkolne i pozaszkolne. Nie bez znaczenia jest również sytuacja finansowa rodziców, jako że opieka naprzemienna oznacza utrzymywanie dwóch domów, w których pełnoprawnym mieszkańcem jest dziecko (pokój dziecka, podwójny «komplet» rzeczy codziennego użytku dla dziecka)<sup>18</sup>.

Zgodnie ze stanowiskiem psychologów „podstawowym warunkiem zastosowania opieki naprzemiennnej jest wystąpienie takich warunków, które pozwalają antycypować zgodną współpracę rodziców we wszystkich aspektach wychowawczych (...). Orzeczenie opieki naprzemiennnej w sytuacji nasilonego konfliktu między rodzicami stanowi skrajny przykład rozwiązania służącego racjom rodziców i spokojowi sądu, ale sprzecznego z dobrem dziecka”<sup>19</sup>.

W ocenie członków Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia” wprowadzenie opieki naprzemiennnej w polskim porządku prawnym powinno zostać poprzedzone nie tylko wnikliwą analizą, lecz także badaniami w aspekcie psychologicznym, praktycznym oraz prawnym. Jak wskazują sędziowie, najlepsza dla rozwoju dziecka jest sytuacja, w której rodzice podejmują ze sobą współpracę na rzecz dobra

dziecka, nie przenosząc przy tym własnego konfliktu oraz negatywnych emocji na małoletniego. Wówczas zastosowanie opieki naprzemiennnej po orzeczeniu rozwodu czy po rozstaniu stron pozwoli dziecku łatwiej uporać się z kryzysem związanym z rozstaniem rodziców. Odnosząc się z kolei do konsekwencji praktycznych, członkowie Stowarzyszenia zaznaczają, że orzeczenie opieki naprzemiennnej jest uzasadnione w sytuacji, gdy przedstawiciele ustawowi dziecka mieszkają niedaleko od siebie. Ważne jest bowiem z punktu widzenia dobra małoletniego, aby dziecko mogło uczęszczać do tej samej szkoły czy przedszkola, na koła zainteresowań czy treningi, by miało stałe grono koleżanek i kolegów, a także tego samego lekarza rodzinnego. Członkowie Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia” stoją na stanowisku, że porozumienie rodzicielskie oraz realna współpraca przedstawicieli ustawowych, którzy zapewnią dziecku tzw. jedną stałą przystań, dającą poczucie stabilizacji oraz bezpieczeństwa, stanowi przesłankę przemawiającą za orzeczeniem opieki naprzemiennnej<sup>20</sup>.

Badania prowadzone w krajach, w których piecza naprzemienna jest orzekana od wielu lat, nie wskazują negatywnych konsekwencji takiego rozwiązania dla dobrostanu dzieci (w porównaniu z powierzeniem sprawowania pieczy nad dzieckiem jednemu z rodziców). Antycypując wyniki badania praktyki, należy wskazać, że we wszystkich sprawach, w których sądy zlecały przeprowadzenie badań biegłym psychologom lub rodzinnemu ośrodkowi diagnostyczno-konsultacyjnemu, rozwiązanie polegające na naprzemiennnej pieczy obojga rodziców oceniane było jako zgodne z dobrem dziecka<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> A. Gójska, J. Ignaczewski (red.), *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2010, s. 431.

<sup>19</sup> A. Czerederecka, *Rozwód a rywalizacja*, s. 108.

<sup>20</sup> Stanowisko Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia” wobec projektu z 23 września 2014 r. założeń projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, oficjalna strona internetowa Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia” <http://www.iustitia.pl/opinie/945-opinia-w-sprawie-zmian-kodeksu-rodzinnego-i-opiekunczego> (2017.08.16).

<sup>21</sup> A. Domański, *Orzeczenie o pieczy naprzemiennnej w wyrokach rozwodowych*, Warszawa, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości 2015, s. 14.

Mając na uwadze powyższe rozważania, wskazać należy, że za orzeczeniem pieczy naprzemienną musi przemawiać dobro dziecka, realna deklaracja rodziców oraz ich dojrzałość w zakresie współpracy na rzecz wychowania małoletniego. Nie ulega wątpliwości, że przy rozstrzygnięciu w przedmiocie pieczy naprzemienną konieczna jest wszechstronna analiza materiału dowodowego, ocena potrzeb małoletniego dziecka, które zgodnie z założeniami omawianej instytucji będzie przebywać „naprzemiennie” przez podobny okres u każdego z rodziców. Niezwykle istotny przy orzekaniu przez sąd w przedmiocie pieczy naprzemienną jest wiek dziecka, bliskość relacji z każdym z rodziców, a także bliskość zamieszkiwania każdego z nich. Stąd zrozumiała jest pewna ostrożność sądów w sięganiu po omawiany sposób regulowania pieczy nad osobą dziecka.

Mając jednak na uwadze, że piecza naprzemienna w największym stopniu urzeczywistnia prawo dziecka do wychowywania przez oboje rodziców, utrzymywania z nimi silnej i trwałej więzi opartej na bezpośredniej styczności, w ocenie autorek należy uznać, że powierze-

nie pieczy naprzemienną nie stoi generalnie w sprzeczności z dobrem dziecka. Przy kumulatywnym spełnieniu przesłanek jej orzekania instytucja ta może być coraz częściej stosowana przez polskie sądy. Pieczę naprzemienną należy ocenić pozytywnie, jednak w tworzącej się dopiero praktyce orzeczniczej należy dbać o możliwie wysokie standardy jej stosowania.

## PODSUMOWANIE

Pieczka naprzemienna jest instytucją stosunkowo nową w polskim prawie rodzinnym. Choć celowość jej orzekania budzi wątpliwości w doktrynie, za niezasadne należy uznać generalne wykluczenie dopuszczalności jej orzekania. Przesłanki jej stosowania można wyinterpretować z treści znowelizowanego art. 58 k.r.o. Dążąc do zapewnienia dziecku możliwości wychowywania przez oboje rodziców, nie można zapominać o dobru dziecka. Autorki stoją na stanowisku, że w wielu przypadkach instytucja ta może realnie poprawić położenie dzieci, dając im możliwość utrzymywania silnych i trwałych więzi z obojgiem rodziców.

## Summary

Karolina Kędziera, Małgorzata Stępień

### AN ALTERNATING CARE IN THE POLISH FAMILY LAW

The aim of this paper is to explain the matter of an alternating care in Poland family law. Fundamentally, despite the lack of *expressis verbis* of legal regulation in the Family and Guardianship Code, the alternating care is becomes *increasingly* popular in Polish judicial practice. Authors are trying to present current views of doctrine and court jurisdiction on this issue which are not coherent. Regardless of the discussion, the most important issue which should be analysed by the court, is the child's welfare in the context of each specific case.

**KEY WORDS:** alternating care, parental authority, the good of the child

**POJĘCIA KLUCZOWE:** piecza naprzemienna, władza rodzicielska, dobro dziecka

## DOPUSZCZALNOŚĆ INŻYNIERII WSTECZNEJ W PRAWIE EUROPEJSKIM W ŚWIETLE WYROKU W SPRAWIE SAS INSTITUTE INC. PRZECIWKO WORLD PROGRAMMING LTD.

### WPROWADZENIE

Od pewnego czasu, śledząc zapytania na forach internetowych, zarówno prawnych, jak i informatycznych, można napotkać pytania odnoszące się do zgodności z prawem stosowania metody inżynierii wstecznej. Niestety refleksja dotycząca odpowiedzi prawników na zasadnie postawione pytania prawne jest daleka od satysfakcjonującej. Jako przykład można przytoczyć temat na forum prawnym, w którym jeden z użytkowników po sformułowaniu dość szczegółowego pytania, dotyczącego opracowania drogą inżynierii wstecznej zamkniętego protokołu programu dla celów komercyjnych i ewentualnych konsekwencji prawnych, otrzymał odpowiedź, że musi on najpierw zapoznać się z lekturą obowiązkową, po czym otrzymał link do cyfrowej wersji ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>1</sup>.

Nie jest to z pewnością satysfakcjonująca odpowiedź ani tym bardziej wyczerpująca. Chyba żaden z prawników nie chciałby znaleźć się w analogicznej sytuacji, w której po „padnięciu” serwera wewnętrznego kancelarii jedynym, w czym mógłby nam pomóc administrator sieci, byłoby polecenie podręcznika do podstaw architektury sieci. Zapotrzebowaniu przedsiębiorstw z branży IT na odpowiedź co do charakteru prawnego ich działań powinni wyjść naprzeciw prawnicy, którzy w coraz szerszym zakresie będą rozumieli techniczny aspekt dzia-

łalności swoich klientów. Coraz częściej można spotkać się ze skomplikowanymi problemami prawa autorskiego w zakresie technologii informacyjnej. Ze względu na transgraniczny charakter działalności przedsiębiorców IT to prawo europejskie i w szczególności dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych jest podstawowym źródłem regulacji dotyczących prawa autorskiego na obszarze Unii Europejskiej w zakresie dopuszczalnej metodologii stosowanej przy tworzeniu i odtwarzaniu programów komputerowych<sup>2</sup>. Osią poniższych rozważań jest orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *SAS Institute Inc. przeciwko World Programming Ltd.*, które wyznaczyło sposób oceny prawnej inżynierii wstecznej w stosunku do kodu źródłowego programów na obszarze Unii Europejskiej<sup>3</sup>.

### INŻYNIERIA WSTECZNA (REVERSE ENGINEERING)

*Reverse engineering* (inżynieria wsteczna bądź odwrotna) *sensu largo*, jako metodologia stosowana w produkcji maszyn, polega na odtworzeniu, w jaki sposób i dla jakich celów została skonstruowana maszyna bądź mechanizm<sup>4</sup>. Obecnie jest to szeroko rozpowszechnione narzędzie w ramach technologii informacyj-

<sup>1</sup> <https://forumprawne.org/nowe-technologie/590495-inzynieria-wsteczna-tworzenie-korzystanie-z-nieautoryzowanego-klienta.html> [2018.02.22, 14:00].

<sup>2</sup> Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, 5 maja 2009 r., L 111/16.

<sup>3</sup> Wyrok Trybunału (Wielka Izba) z 2 maja 2012 r., *SAS Institute Inc. przeciwko World Programming Ltd.*, sprawa C-406/10, Elektroniczny Zbiór Orzeczeń – <http://curia.europa.eu> [2018.02.22, 14:00].

<sup>4</sup> S. Pinker, *Jak działa umysł*, Książka i Wiedza, Warszawa 2002, s. 31.

nej w postaci jej szczególnej formy, inżynierii wstecznej kodu (*reverse code engineering*).

Inżynieria wsteczna przeprowadzana w IT polega na analizie budowy kodu źródłowego i sposobu działania programów komputerowych, w sytuacji gdy analityk nie ma dostępu do części bądź całości kodu źródłowego i musi na podstawie charakterystyki funkcjonalnej programu określić prawdopodobną treść kodu programu<sup>5</sup>. Inżynieria wsteczna kodu stała się skutecznym narzędziem do ustalenia przebiegu infekcji i jej skutków w przypadku złośliwego oprogramowania, przy budowie tzw. programów antywirusowych. Stosowana jest również przy analizie bezpieczeństwa komputerowego, ocenia na jego podstawie poprawność implementacji i analizy komponentów oprogramowania, studiuje je przez pryzmat błędów bezpieczeństwa.

Inżynieria wsteczna, poza wykorzystywaniem jej w charakterze prewencyjnym, ma powszechne zastosowanie przy procesie programowania, modyfikacji czy rozszerzaniu funkcjonalności, poprzez śledzenie toku wykonania kodu. Jest ona przede wszystkim stosowana przez producentów do odtwarzania programów zaprojektowanych przez konkurencję. W sytuacji gdy brak jest dostępu do kodu źródłowego, wnioskowanie inżynierii wstecznej zdaje się być najskuteczniejszym narzędziem.

Istotny problem natury prawnej pojawia się jednak, gdy licencja programu zawiera klauzulę zabraniającą stosowania *reverse engineering*. Pytanie nasuwające się w sposób przewidywalny, to czy taka klauzula jest wiążąca dla osoby kupującej oprogramowanie. Czy może stosować ona do analizy programu i odtworzenia go inżynierię wsteczną wtedy, gdy nie ma dostępu do kodu źródłowego, oraz czy zapis licencji nie ma charakteru abuzywnego<sup>6</sup>.

Inżynieria odwrotna opiera się na wnioskowa-

waniu redukcyjnym, które polega na wnioskowaniu z prawdziwości następstwa o prawdziwości przesłanki. Innymi słowy – wnioskowanie prowadzone jest od wniosku do przesłanki. Z tego powodu kierunek wnioskowania nie jest zgodny z kierunkiem wynikania zdań.

Wnioskowanie redukcyjne jest wnioskowaniem zawodnym, nieopartym na żadnym prawie logicznym, lecz na prawdopodobieństwie. Uprawdopodobnienie w tym przypadku nie wyklucza błędu we wniosku, niemniej jednak oparte jest na racjonalnym toku myślenia mającym swe uzasadnienie w praktyce i statystyce występowania pewnych zjawisk<sup>7</sup>.

Należy podkreślić, że choć w kontekście poniższych rozważań inżynieria wsteczna jest stosowana w ogromnej mierze jako narzędzie w dziedzinie IT, to nie jest domeną jedynie tej dyscypliny. Jako przykład o charakterze anegdotycznym można przytoczyć domniemane odtworzenie samolotu bojowego F-117 przez Chińczyków, po uzyskaniu dostępu do części, zestrzelonego w 1999 r. nad Serbią, amerykańskiego samolotu<sup>8</sup>.

### SAS INSTITUTE INC. PRZECIWKO WORLD PROGRAMMING LTD.

Rozstrzygnięcie w sprawie *SAS Institute Inc. przeciwko World Programming Ltd.* stało się wyznacznikiem interpretacyjnym odnośnie do dopuszczalności stosowania inżynierii wstecznej w stosunku do programów komputerowych w obrębie Unii Europejskiej. SAS Institute jest producentem oprogramowania analitycznego służącego do przetwarzania i analizy danych, w szczególności o charakterze statystycznym. System SAS oparty na składniku „Base SAS” umożliwił użytkownikom przystosowanie systemu do przetwarzania własnych skryptów

<sup>5</sup> G. Coldwind, *Praktyczna inżynieria wsteczna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2016, s. 15.

<sup>6</sup> Tamże, s. 15–16.

<sup>7</sup> Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 182–184.

<sup>8</sup> J. Reed, *Chinese Spies May Have Taken F-117 Wreckage*, <https://www.defensetech.org/2011/01/24/chinese-spies-may-have-taken-f-117-wreckage/> [2018.02.22, 14:00].

przy użyciu „języka SAS”, poprzez uruchamianie własnych programów.

World Programming Ltd. wprowadził na rynek konkurencyjne oprogramowanie „World Programming System”, umożliwiające wykonywanie programów napisanych w języku SAS. Program był w swojej funkcjonalności tak bardzo podobny, że przy tych samych danych wejściowych niewielka była liczba różniących się danych wyjściowych przy porównaniu obu programów. Pozwalało to na uruchamianie skryptów napisanych w języku SAS z pominięciem oprogramowania wydanego przez SAS Institute Inc.<sup>9</sup>

Na etapie postępowania krajowego, włącznie do poziomu High Court of Justice (England & Wales), nie udowodniono, ażeby World Programming Ltd. miał dostęp do kodu źródłowego aplikacji SAS, w związku z czym nie wykazano również, aby powyższa spółka doprowadziła do skopiowania części kodu bądź koncepcji strukturalnej kodu.

W sytuacji braku możliwości wykazania prostego skopiowania części bądź całości kodu źródłowego jedyną wytłumaczalną metodą była inżynieria wsteczna kodu. Dwa sądy niższych instancji orzekły, że nie stanowi naruszenia praw autorskich napisanie własnego programu, emulującego funkcje innego programu, na podstawie obserwacji jego funkcjonowania.

W związku z powyższym nasunęło się pytanie, czy zastosowanie inżynierii wstecznej w podanym stanie faktycznym mogło stanowić naruszenie prawa. Wśród skierowanych przez SAS Institute Inc. w stosunku do World Programming Ltd. znalazły się zarzuty naruszenia praw autorskich: poprzez pośrednie powielenie programów zawierających komponenty SAS, powielenie podręcznika systemu SAS oraz zarzut naruszenia warunków licencji poprzez wykorzystanie wersji systemu SAS („*Learning Edition*”)<sup>10</sup>.

High Court of Justice (England & Wales) zdecydował się na zawieszenie postępowania i skierowanie pytań prejudycjalnych do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Zgodnie z przepisami odnoszącymi się do postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej do wyłącznej kompetencji sądu, nie natomiast do stron, należy formułowanie pytania prejudycjalnego dotyczącego interpretacji przepisów w zgodzie z prawem europejskim, jednocześnie sąd obowiązany jest do zawieszenia postępowania<sup>11</sup>. W wystosowanych przez brytyjski Sąd pytaniach prejudycjalnych zagadnienia sformułowano w następujący sposób.

Pierwszy zakres zadanych pytań dotyczył kwestii, czy art. 1 ust. 2 dyrektywy w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (91/250) należy interpretować w ten sposób, że zbiór funkcji programu komputerowego oraz język programowania i format plików danych używanych w ramach programu komputerowego, w celu korzystania z pewnych jego funkcji, stanowią formę wyrażenia tego programu i mogą z tego tytułu podlegać ochronie przyznawanej programom komputerowym przez prawo autorskie.

Wielka Izba wydała wyrok w dniu 2 maja 2012 r. i orzekła w tym zakresie negatywnie. Mianowicie że nie podlegają ochronie przyznawanej programom komputerowym przez prawo autorskie ani zbiór funkcji programu, ani język programowania, format plików, używane w celu korzystania z pewnych funkcji programu i nie stanowią formy wyrażenia tego programu.

Kategorię drugą zadanych pytań należy uznać za najbardziej esencjonalną dla zagadnienia *reverse code engineeringu*. Dotyczyły one interpretacji art. 5 ust. 3 wspomnianej dyrektywy. Wielka Izba TSUE orzekła, że powyższy artykuł należy interpretować: „w ten sposób,

<sup>9</sup> Wyrok Trybunału (Wielka Izba) z 2 maja 2012 r., *SAS Institute Inc. przeciwko World Programming Ltd.*, sprawa C-406/10, Elektroniczny Zbiór Orzeczeń – <http://curia.europa.eu> [2018.02.22, 14:00].

<sup>10</sup> Tamże.

<sup>11</sup> M. Kenig-Witkowska, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, C. H. Beck, Warszawa 2017, s. 396 i 414.

że osoba, która uzyskała kopię programu komputerowego na podstawie licencji, jest upoważniona bez zezwolenia podmiotu prawa autorskiego do tego programu, by obserwować, badać lub testować funkcjonowanie tego programu w celu ustalenia koncepcji i zasad, na których opiera się każdy z elementów wspomnianego programu, gdy dokonuje czynności objętych tą licencją oraz ładowania i uruchamiania koniecznego do używania programu komputerowego, pod warunkiem że osoba ta nie narusza praw wyłącznych podmiotu prawa autorskiego do tego programu”. Powyższy sposób interpretacji w swojej istocie odzwierciedla wszystkie konstytutywne cechy inżynierii odwrotnej, tj. odtwarzania funkcji programu jedynie na podstawie obserwacji, badania i prób testowania. Wreszcie trzeci rodzaj pytań sprowadzał się do ustalenia interpretacji przepisów w kontekście legalności kopiowania tzw. *manual*, czyli podręcznika użytkownika. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, orzekając, dokonał interpretacji art. 2 lit. a dyrektywy 2001/29/WE z 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych. Wielka Izba stwierdziła, że powielenie w podręczniku użytkownika elementów opisanych w podręczniku użytkownika innego programu chronionego prawem autorskim może stanowić naruszenie prawa autorskiego, jeśli owo powielenie stanowi wyraz własnej twórczości intelektualnej autora podręcznika chronionego prawem autorskim. Jednocześnie TSUE pozostawił ustalenie tego faktu sądowi krajowemu<sup>12</sup>. Rozważając wpływ powyższego orzeczenia na porządek europejskiego prawa, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że wspomniana dyrektywa w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (91/250) z 14 maja 1991 r. została

zastąpiona przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, natomiast tożsama z poprzednim stanem prawnym jest treść zarówno art. 1 ust. 2, jak i art. 5 ust. 3<sup>13</sup>.

Dyrektywa w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych została implementowana w Zjednoczonym Królestwie poprzez takie akty prawne, jak *Copyright Designs and Patents Act*, *Copyright (Computer Programs) Regulations* oraz *Copyright and Related Rights Regulations 2003*<sup>14</sup>. W Polsce natomiast realizację wspomnianej dyrektywy stanowi ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>15</sup>.

Dyrektywy unijne nie są – jak jest to w przypadku rozporządzeń – kierowane bezpośrednio do obywateli, lecz do państw członkowskich. W związku z tym to na państwie spoczywa obowiązek transpozycji norm prawnych w tym zakresie do krajowego porządku prawnego<sup>16</sup>. Implementacją, w ramach polskiego systemu prawnego, zasady wyrażonej w dyrektywie w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych jest art. 1 ust. 2<sup>1</sup> ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, który stanowi, że ochroną objęty może być wyłącznie sposób wyrażenia; nie są objęte ochroną odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne. Również art. 75 ust. 2 pkt 2 wspomnianej ustawy reguluje w sposób bardziej szczegółowy dopuszczalność inżynierii wstecznej. Przepis ten stanowi, że nie wymaga zezwolenia uprawnionego: obserwowanie, badanie i testowanie funkcjonowania programu komputerowego w celu poznania jego idei i zasad przez osobę posiadającą prawo korzystania z egzemplarza programu komputerowego, jeżeli, będąc do tych

<sup>12</sup> Wyrok Trybunału (Wielka Izba) z 2 maja 2012 r., *SAS Institute Inc. przeciwko World Programming Ltd.*, sprawa C-406/10, Elektroniczny Zbiór Orzeczeń – <http://curia.europa.eu> [2018.02.22, 14:00].

<sup>13</sup> Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, 5 maja 2009 r., L 111/16.

<sup>14</sup> Baza aktów prawnych Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents> [2018.02.22, 14:00].

<sup>15</sup> Dz.U. z 1994 r. nr 24, poz. 83.

<sup>16</sup> W. Hakenberg, *Prawo europejskie*, C. H. Beck, Warszawa 2012, s. 72.

czynności upoważniona, dokonuje ona tego w trakcie wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania lub przechowywania programu komputerowego<sup>17</sup>. Powyższe przepisy dopuszczają używanie techniki inżynierii wstecznej zgodnie z prawidłową interpretacją implementowanej dyrektywy. W doktrynie polskiego prawa autorskiego również zaakceptowano, w związku z powyższym przepisem, że nie są przedmiotem wyłącznych praw wytwórcy programu: funkcje programu i język programowania<sup>18</sup>.

Należy również dodać, że zgodnie z polskim prawem dokonanie praktycznej analizy funkcjonowania programu (obserwacja, badanie, testowanie funkcji programu) nie wymaga odrębnej zgody wytwórcy programu. Natomiast może tego dokonywać jedynie osoba mająca prawo do korzystania z egzemplarza programu komputerowego. Nie może stosować *reverse engineeringu* osoba, która korzysta z programu na skutek złamania prawa bądź dobrych obyczajów, np. poprzez złamanie zabezpieczeń programu<sup>19</sup>.

Co więcej, stosowania metody inżynierii wstecznej nie musi dokonywać nabywca produktu, a ograniczenia licencyjne, zabraniające odtwórczej analizy, nakładają ograniczenie jedynie na pierwotnego nabywcę jako stronę umowy i nie mają charakteru powszechnego<sup>20</sup>.

Należy podkreślić, że orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ma charakter uniwersalny, ponieważ wskazuje na dopuszczalność stosowania inżynierii wstecznej na obszarze Unii Europejskiej. Ma to doniosłe znaczenie w dziedzinie IT, ponieważ istotna część przedsiębiorców z tej branży prowadzi działalność o charakterze transgranicznym. Zatem swoboda prowadzenia dystrybucji opro-

gramowania wytworzonego na bazie inżynierii wstecznej ma istotny wpływ na wolność działalności gospodarczej i pewność obrotu prawnego.

Ostatecznym rozstrzygnięciem sprawy *SAS Institute Inc. przeciwko World Programming Ltd.* na poziomie krajowym było oddalenie wszystkich zarzutów sformułowanych przez SAS Institute Inc., poza tymi, które dotyczyły podręcznika użytkownika (*manual*). W tym zakresie *World Programming Ltd.* naruszył prawa autorskie SAS Institute Inc. poprzez istotne odtworzenie treści podręcznika użytkownika<sup>21</sup>. Powyższa sprawa przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej stała się precedensowa w tym sensie, że można uznać, iż wolność oprogramowania komputerowego oraz metody jego tworzenia na podstawie orzeczenia TSUE stawiają wolność twórczości i postęp w dziedzinie tworzenia oprogramowania przed chęcią monopolizacji przez niektórych przedsiębiorców całych obszarów technologii informacyjnej.

## PODSUMOWANIE

Wydane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej prejudycjalne orzeczenie w sprawie *SAS Institute Inc. przeciwko World Programming Ltd.* wyznaczyło sposób interpretacji przepisów prawa europejskiego odnoszących się do stosowania metody inżynierii wstecznej. W związku z transgranicznym oraz – jako szczególny przypadek – wewnątrzspółnotowym charakterem działalności przedsiębiorstw IT wskazane orzeczenie ma również wpływ na polski system prawny. Implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony

<sup>17</sup> Dz.U. z 1994 r. nr 24, poz. 83, art. 1 i art. 75.

<sup>18</sup> E. Ferenc-Szydełko, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2016, s. 47.

<sup>19</sup> Tamże, s. 637–638 i 640; M. Sieradzka, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 395–396.

<sup>20</sup> M. Sieradzka, *Ustawa o zwalczaniu*, s. 397.

<sup>21</sup> Rozstrzygnięcie England and Wales High Court z 25 stycznia 2013 r., <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2013/69.html#para6> [2018.02.22, 14:00].



prawnej programów komputerowych w postaci ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych przesądza o dopuszczalności stosowania metody inżynierii wstecznej zgodnie z polskim porządkiem prawnym. W przyszłości niezbędne będzie podnoszenie poziomu wiedzy prawników oraz rozwój doktryny w zakresie *reverse engineeringu*, szczególnie w jego informatycznej formie dotyczącej analizy kodów źródłowych. W związku z po-

wyższym nieunikniona wydaje się edukacja prawników również w zakresie technicznych aspektów procedury programowania oraz inżynierii wstecznej. Z tego względu, że to elementy techniczne są istotne i konstytutywne dla prawidłowego stwierdzenia, czy przeprowadzona analiza i odtwarzanie programu mieści się w granicach zgodnej z prawem inżynierii wstecznej, czy też nastąpiło naruszenie praw autorskich.

## Summary

*Konrad Purzycki*

### **ADMISSIBILITY OF REVERSE ENGINEERING IN EUROPEAN UNION LAW IN THE EYES OF DECISION IN SAS INSTITUTE INC. V. WORLD PROGRAMMING LTD. CASE**

The article refers to definition of reverse engineering and its peculiar variety which is reverse code engineering. Thereafter it is presented decision of Court of Justice of the European Union, which shaped interpretation of the regulations of Computer Programs Directive in a range of admissibility of reverse engineering in IT. There are discussed also Polish regulations of Act on Copyright and related Rights, which refer to reverse engineering.

**KEY WORDS:** reverse engineering, reverse code engineering, Court of Justice of the European Union, implementation of the directive, copyright law, legal protection of computer programs

**POJĘCIA KLUCZOWE:** inżynieria wsteczna, inżynieria wsteczna kodu źródłowego, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, implementacja dyrektywy, prawo autorskie, ochrona prawna programów komputerowych

## PRZESTĘPSTWO RYNKOWEJ MANIPULACJI W KONTEKŚCIE POSTANOWIEŃ DYREKTYWY W SPRAWIE SANKCJI KARNYCH ZA NADUŻYCIA NA RYNKU

Przestępstwo rynkowej manipulacji omawiane było już w wielu opracowaniach. Z reguły poświęcone są one różnego rodzaju typom, względnie najczęściej spotykanym w praktyce mechanizmom, manipulacji na rynku<sup>1</sup>. Zasadniczo brakuje natomiast wypowiedzi poruszających kwestię granic odpowiedzialności karnej za manipulację na rynku<sup>2</sup>, zwłaszcza w obecnym stanie prawnym, a zatem w kontekście wdrożonej już dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/57/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie sankcji karnych za nadużycia na rynku<sup>3</sup>.

### NORMA SANKCJONOWANA I SANKCJONUJĄCA

Obecnie, zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy o obrocie<sup>4</sup>, przestępstwo manipulacji popełnia ten – przy spełnieniu innych warunków ponoszenia odpowiedzialności karnej – kto dokonuje manipulacji, o której mowa w art. 12 rozporządzenia 596/2014<sup>5</sup>, wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 15 tego rozporządzenia.

Uregulowanie zawarte w art. 12 rozporządzenia MAR zawiera opis różnego rodzaju postaci niepożądanych zachowań na rynku (zachowań manipulacyjnych) i ma ono charakter *stricte* definicyjny. Z przepisu tego nie

<sup>1</sup> Zob. K. Korn, *Pojęcie manipulacji instrumentem finansowym – część I*, TPP 2012, nr 3, s. 36–47; A. Chłopecki, M. Dyl, *Prawo rynku kapitałowego*, wyd. 2, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 291–294; P. Ochman, *Karnoprawna ochrona rynku kapitałowego. Przepisy karne ustaw polskiego rynku kapitałowego*, Londyn: Legens 2014, s. 102–110; M. M. Siems, *The EU Market Abuse Directive: A Case-Based Analysis*, „Law and Financial Markets Review” 2008, s. 39–49; F. Allen, L. P. Litov, J. Mei, *Large Investors, Price Manipulation, and Limits to Arbitrage: an anatomy of market corners*, „Review of Finance” 2006, Vol. 10, s. 645–693; F. Allen, G. Gorton, *Stock Price Manipulation, Market Microstructure and Asymmetric Information*, „European Economic Review” 1992, Vol. 36, s. 624–630.

<sup>2</sup> Zob. jednak: A. Chłopecki, *Przestępstwo manipulacji w prawie rynku kapitałowego*, (w:) *Aurea Praxis Aurea Theoria. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. 2, Warszawa: LexisNexis 2011, s. 2173–2195; K. Korn, *Pojęcie manipulacji instrumentem finansowym – część II*, TPP 2012, nr 4, s. 31–66; M. Glicz, *Manipulacja instrumentem finansowym jako nadużycie na rynku kapitałowym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. 15, s. 933; D. M. Budzeń, *Manipulacyjne kształtowanie cen papierów wartościowych*, „Glosa” 1996, nr 9, s. 5; D. R. Fischel, D. J. Ross, *Should the Law Prohibit ‘Manipulation’ in Financial Markets?*, „Harvard Law Review” 1991, Vol. 105, s. 503–553.

<sup>3</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/57/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie sankcji karnych za nadużycia na rynku (dyrektywa w sprawie nadużyć na rynku) (Dz.Urz. UE L 173 z 12 czerwca 2014 r., s. 179), dalej: dyrektywa MAD.

<sup>4</sup> Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi z dnia 29 lipca 2005 r. (tekst jedn. z 15 września 2017 r., Dz.U. z 2017 r. poz. 1768); dalej: ustawa o obrocie.

<sup>5</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE z dnia 16 kwietnia 2014 r. (Dz.Urz. UE. L nr 173, str. 1); dalej: rozporządzenie MAR.

wynika żadna powinność normatywna<sup>6</sup>. Zakaz określonego zachowania wynika dopiero z art. 15 rozporządzenia MAR, zgodnie z którym „zabrania się każdej osobie dokonywania manipulacji na rynku lub usiłowania dokonywania manipulacji na rynku”. Z przepisu tego wyprowadzić należy obowiązek normatywny (polecenie) niedokonywania manipulacji na rynku. Norma sankcjonowana odczytana może być dopiero z zestawienia art. 12 i 15 rozporządzenia MAR oraz pozostałych przepisów regulujących zagadnienie rynkowej manipulacji (kompletna norma merytoryczna). Ustalenie zakresu normowania i zastosowania normy sankcjonowanej pozwala na wyznaczenie treści hipotezy (poprzednika) normy sankcjonującej inferowanej z treści art. 183 ust. 1 ustawy o obrocie.

Ziszczenie się hipotezy normy sankcjonującej prowadzi do zaktualizowania się dyspozycji (następnika) tej normy, tj. kompetencji do orzeczenia sankcji karnej. Jeżeli zatem ktoś naruszy normę sankcjonowaną, czyli postąpi wbrew zakazowi manipulacji na rynku (hipoteza), wówczas podlegać będzie grzywnie do 5 mln zł albo karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, albo obu tym karom łącznie (dyspozycja)<sup>7</sup>.

### OSZUKAŃCZY CHARAKTER ZACHOWANIA SPRAWCY

Wyznaczanie granic omawianego czynu zabronionego wypada rozpocząć od zrekonstruowania treści normy sankcjonowanej. Przede

wszystkim należy wskazać, że poza rozkazodawczą funkcją normy sankcjonowanej pełni ona także funkcję wartościującą. U podstaw normy sankcjonowanej znajduje się zawsze określone rozstrzygnięcie w zakresie aksjologii istniejącego sytemu prawnego, dotyczące określonego dobra lub interesu prawnego. Naruszenie normy sankcjonowanej ma miejsce wtedy, gdy pewne zachowanie narusza ustawy zakaz i jednocześnie jest ono negatywnie oceniane w perspektywie chronionego normą sankcjonowaną interesu prawnego.

Jak wynika z treści dyrektywy MAD, w przypadku manipulacji na rynku dobrem szczególnie chronionym są interesy uczestników obrotu<sup>8</sup>, integralność rynków finansowych oraz zaufanie społeczeństwa do papierów wartościowych, instrumentów pochodnych i wskaźników referencyjnych<sup>9</sup>.

Manipulacja na rynku stanowi jedną z form nadużyć na rynku (*market abuse*). Naruszenie normy sankcjonowanej może mieć zatem miejsce wtedy, gdy sprawca chce nadużyć zaufania innych uczestników rynku w celu uzyskania korzyści dla siebie lub kogoś innego. Najważniejszym spostrzeżeniem umożliwiającym rekonstrukcję treści zakazu rynkowej manipulacji jest uświadomienie sobie, że „tym pojęciem obejmuje się działania oszukańcze w stosunku do rynku, a więc działania, które polegają na tym, że osoba (...) podejmuje czynności, które wywołują błędne przekonanie wśród uczestników rynku, lub które mogą ten błąd wywołać, lub które ten błąd wykorzystują w stosunku do swoich działań transakcyjnych. Ów oszukańczy charakter polega na tym, iż (...) jest to uczy-

<sup>6</sup> Zob. M. Królikowski, (w:) M. Wierzbowski (red.), *Rozporządzenie UE Nr 596/2014 w sprawie nadużyć na rynku. Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 12, Nb 1.

<sup>7</sup> Zgodnie z art. 11 ustawy o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw z dnia 10 lutego 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 724), wprowadzającej zmiany do art. 183 ustawy o obrocie, za zachowania zaistniałe przed dniem wejścia jej w życie (tj. przed 6 maja 2017 r.), stanowiące naruszenie przepisów ustawy o obrocie w brzmieniu dotychczasowym, sankcję wymierza się według przepisów dotychczasowych, chyba że sankcja wymierzona według przepisów ustawy o obrocie w brzmieniu nadanym ustawą z 10 lutego 2017 r. byłaby względniejsza dla strony postępowania.

<sup>8</sup> Zob. A. Błachnio-Parzych, (w:) M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2014, komentarz do art. 183, Nb 3.

<sup>9</sup> Zob. pkt 1 preambuły dyrektywy MAD.

nione w celu niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez inwestorów działających w założeniu, iż rynek jest przejrzysty i uczciwy (...)”<sup>10</sup>. W pełni podzielić należy zatem pogląd M. Królikowskiego, że „przewidziany w przepisie [art. 15 rozporządzenia MAR – przyp. J. S.] zakaz manipulacji na rynku obejmuje wyłącznie działanie z zamiarem oszukańczym, a zatem z wolą doprowadzenia do ruchu transakcyjnego na rynku, niekorzystnego dla osób trzecich, w związku z podejmowanym działaniem na papierach wartościowych”<sup>11</sup>.

### WDROŻENIE DYREKTYWY MAD

Konkluzja dotycząca oszukańczego charakteru manipulacji na rynku nie wyczerpuje zagadnienia granic analizowanego przestępstwa. Należy zauważyć, że norma sankcjonowana inferowana jest z przepisów, które nie są przepisami karnymi, ale głównie administracyjnymi. Dokonując wykładni art. 183 ust. 1 ustawy o obrocie, wskazane wyżej przepisy należy odczytywać w kontekście zasad ponoszenia odpowiedzialności karnej.

Mając na względzie powyższe, szczególnie uwagę należy zwrócić na to, że nowelizacja art. 183 ustawy o obrocie miała na celu wdrożenie do polskiego porządku prawnego dyrektywy MAD. To właśnie dyrektywa ta wyznacza kierunki i cele, jakie ma spełniać prawokarny zakaz manipulacji na rynku. Warto również podkreślić, że jest to pierwszy akt unijny wydany na podstawie art. 83 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>12</sup>, wprowadzający tzw. normy minimalne dotyczące przestępstw i przewidzianych za nie sankcji karnych.

### SKUTKOWY CHARAKTER PRZESTĘPSTWA

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przepisy rozporządzenia MAR zawierają wyjątkowo szeroką definicję manipulacji na rynku, stworzoną na potrzeby postępowań administracyjnych. Dyrektywa MAD zawiera natomiast własną definicję manipulacji (art. 5 ust. 2), stworzoną na potrzeby postępowań karnych. Definicja ta jest specjalnie węższa od definicji zawartej w art. 12 rozporządzenia MAR. Celem wprowadzenia dodatkowej definicji manipulacji – dla potrzeb nakładania sankcji karnych – było wyznaczenie wspólnych granic (w całej UE) dla tych zachowań, które stanowią najpoważniejsze przypadki manipulacji (*commonly defined serious forms of market abuse*) i z tego właśnie powodu powinny być ścigane karnie<sup>13</sup>.

Przed wszystkim wypada zauważyć, że zgodnie z art. 5 ust. 2 dyrektywy MAD manipulacje na rynku (rozumiane prawokarnie) obejmują wyłącznie działania, które wywołują określone skutki na rynku, a zatem pewne zmiany w świecie zewnętrznym. Nie obejmują natomiast działań, które mogłyby określić skutki na rynku wywołać, ale ich nie wywołały. W takich przypadkach można co najwyżej mówić o usiłowaniu dokonania manipulacji na rynku. Zachowania manipulacyjne sformułowane zostały w trybie skutkowym – są to zachowania (tj. zawieranie transakcji, składanie zleceń lub jakiegokolwiek inne zachowanie), które: „wprowadzają w błąd”<sup>14</sup>; „utrzymują cenę (...) na nienaturalnym lub sztucznym poziomie”; „mające wpływ na cenę” itp. Inaczej jest natomiast w przypadku rozporządzenia MAR, gdzie mowa jest o zachowaniach, które „wprowadzają lub mogą

<sup>10</sup> M. Królikowski, (w:) M. Wierzbowski (red.), *Rozporządzenie*, komentarz do art. 12, Nb 3.

<sup>11</sup> Tamże, komentarz do art. 15, Nb 2.

<sup>12</sup> Dz.Urz. UE C nr 326, s. 47.

<sup>13</sup> Zob. pkt 7 preambuły dyrektywy MAD oraz *Commission Staff Working Paper – Impact Assessment*, zawierający propozycję przyjęcia dyrektywy MAD: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1217&from=EN> [09.10.2017].

<sup>14</sup> Słusznie przy tym wskazał A. Chłopecki (jeszcze w poprzednim stanie prawnym), że „wprowadzeni w błąd mogliby być jedynie inni inwestorzy (...). W braku zaś takich «konkurencyjnych» inwestorów należy uznać, że hipoteza przestępstwa manipulacji w tym zakresie po prostu nie może się wypełnić, jeżeli takich inwestorów brak, tj. jeżeli, co

wprowadzać w błąd”; „utrzymują albo mogą utrzymywać cenę (...) na nienaturalnym lub sztucznym poziomie”; „wprowadzają lub mogą wprowadzać w błąd” itp.

Trafnie przyjmuje zatem M. Królikowski – mimo że nie wynika to wprost z treści obowiązujących przepisów – w odniesieniu do manipulacji w postaci wprowadzenia w błąd co do podaży, popytu lub ceny, iż „ze względu na istotę oszukańczego charakteru tej postaci manipulacji istotne jest wywołanie na rynku przekonania o zajściu określonego zjawiska, które może doprowadzić do reakcji inwestorów skutkujących działaniami transakcyjnymi”<sup>15</sup>. Trzeba bowiem uznać, że działanie manipulacyjne, aby mogło wypełnić znamiona czynu zabronionego, powinno prowadzić do wywołania określonego skutku na rynku, tj. na przykład do wprowadzenia uczestników w błąd co do podaży, popytu lub ceny instrumentu finansowego. Skutek taki powinien być przez organy ścigania wykazany.

### WYMÓG UMYŚLNOŚCI

Jak stanowi art. 5 ust. 1 dyrektywy MAD, „państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, aby przynajmniej poważne przypadki manipulacji na rynku, o których mowa w ust. 2, stanowiły przestępstwo, jeżeli czyny te zostały popełnione umyślnie”. Zgodnie zatem z treścią, jak i celami dyrektywy MAD przestępstwa manipulacji na rynku powinny dotyczyć wyłącznie czynów popełnionych umyślnie, tj. intencjonalnie (*committed with intent*)<sup>16</sup>.

Warto podkreślić, że zakres stosowania dyrektywy MAD został określony w taki sposób, by uzupełnić i zapewnić skuteczne wdrażanie rozporządzenia MAR. Postanowiono zatem,

że manipulacje na rynku powinny być uznawane za przestępstwa, jeżeli zostały popełnione przynajmniej w poważnych przypadkach i umyślnie (intencjonalnie), podczas gdy sankcje za naruszenie rozporządzenia MAR (tj. administracyjnoprawne) nie powinny wymagać dowiedzenia umyślności ani zakwalifikowania czynu jako poważnego<sup>17</sup>.

Pomimo że nie wynika to *prima facie* z treści art. 183 ust. 1 ustawy o obrocie, należy uznać, że przestępstwo manipulacji na rynku można popełnić wyłącznie umyślnie z zamiarem bezpośrednim (*dolus directus*). Taka konkluzja jest przy tym zbieżna z poglądem wyrażonym w wyroku Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy z 24 marca 2015 r., III K 41/15, zgodnie z którym „przestępstwa manipulacji można dopuścić się jedynie umyślnie w zamiarze kierunkowym, tj. gdy sprawca chce popełnić tego typu czyn oraz działa w celu jego popełnienia. Brak jest możliwości nałożenia sankcji karnej, jeżeli osoba działa w zamiarze ewentualnym, a więc gdy tylko przewiduje możliwość zaistnienia manipulacji i godzi się na to”.

W przypadku manipulacji z reguły przestępstwem jest ten sam czyn, który realizowany w innym zamiarze i celu nie byłby przestępstwem. Jak słusznie twierdzi A. Chłopecki, „zamiar musi obejmować nie tylko akceptację wpływu na cenę instrumentów finansowych, ale i cel, jakim jest osiągnięcie zysku (względnie ograniczenie straty), dokonywane kosztem pozostałych inwestorów”. Zachowanie sprawcy musi być ukierunkowane na wyraźnie określony cel, tj. osiągnięcie korzyści majątkowych (*animus lucri facienda*) kosztem pozostałych uczestników obrotu. Zamiar bezpośredni sprawcy powinien obejmować zarówno wyżej wymieniony cel, jak i sam sposób działania zmierzający do zrealizowania tego celu.

może się zdarzyć, «manipulujący» jest jedynym podmiotem zawierającym transakcje na danym instrumencie finansowym”. A. Chłopecki, *Przestępstwo manipulacji*, s. 2184.

<sup>15</sup> M. Królikowski, (w:) M. Wierzbowski (red.), *Rozporządzenie*, komentarz do art. 12, Nb 5.

<sup>16</sup> W literaturze zagranicznej zwraca się uwagę na istotne znaczenie intencji dla rozpoznania zachowań manipulacyjnych. Zob. m.in. D. R. Fischel, D. J. Ross, *Should the Law Prohibit*, s. 510.

<sup>17</sup> Zob. pkt 23 preambuły dyrektywy MAD.

## SPOŁECZNA SZKODLIWOŚĆ CZYNU

Należy również zauważyć, że zgodnie z treścią dyrektywy MAD<sup>18</sup> „(...) kwalifikowanie przynajmniej poważnych form nadużyć na rynku jako przestępstw wyznacza jasne granice rodzajów zachowania uznawanych za szczególnie niedopuszczalne oraz stanowi komunikat dla społeczeństwa i potencjalnych sprawców, że takie nadużycie będzie przez właściwe organy traktowane z całą powagą. (...) Wprowadzenie przez wszystkie państwa członkowskie sankcji karnych przynajmniej za poważne nadużycia na rynku jest zatem niezwykle istotne dla zapewnienia skutecznego wdrażania unijnej polityki zwalczania nadużyć na rynku”<sup>19</sup>.

Podkreślić zatem trzeba, że odesłanie zawarte w art. 183 ust. 1 ustawy o obrocie do treści art. 12 i 15 rozporządzenia MAR jest z punktu widzenia celów dyrektywy MAD nadmiarowe i najwyraźniej nie do końca przemyślane. Zgodnie z celami dyrektywy przepisy karne powinny zostać dedykowane najpoważniejszym zdarzeniom mającym charakter manipulacyjny. Sankcje karne przewidziane w art. 183 ust. 1 ustawy o obrocie powinny być nakładane wyłącznie na te osoby, które wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 15 rozporządzenia MAR, dopuściły się poważnych (najpoważniejszych) manipulacji na rynku, o których mowa w art. 5 ust. 2 dyrektywy MAD.

Niezależnie jednak od aktualnej treści art. 183 ust. 1 ustawy o obrocie, w celu przypisania odpowiedzialności karnej sprawcy czynu należy ocenić również „wagę” dokonanego przez niego naruszenia. Kryteria formalne ujęte w art. 12 w zw. z art. 15 rozporządzenia MAR należy uzupełnić o kryteria materialne. Przy czym należy wziąć pod uwagę zarówno

kontekst subiektywny, jak i obiektywny popełnionego czynu.

W kontekście subiektywnym chodzi przede wszystkim o stronę podmiotową dokonanego czynu. Najpoważniejsze przypadki manipulacji mają miejsce wtedy, gdy sprawca chce wykorzystać niedoskonałości rynku w celu oszukania innych jego uczestników. Jak twierdzi M. Królikowski, „nieprawidłową interpretacją art. 12 Rozporządzenia MAR jest przyjęcie perspektywy, w której zakazy te zostają spełnione jeżeli zachowanie ma charakter ściśle formalny, tzn. realizuje znamiona przedmiotowe zakazu, natomiast jest oderwane od zamiaru oszukańczego i realnego niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez uczestników obrotu transakcyjnego na giełdzie”<sup>20</sup>. Stanowisko to należy podzielić, przy czym w szczególności na gruncie prawnokarnym. Natomiast w kontekście obiektywnym wypada wskazać, że zgodnie z pkt 12 preambuły do dyrektywy MAD „manipulacje na rynku należy uznać za poważne, między innymi w przypadku gdy znaczny jest: wpływ na integralność rynku, faktycznie lub potencjalnie uzyskany dochód lub faktycznie lub potencjalnie uniknięta strata, poziom szkód na rynku, poziom zmiany wartości instrumentu finansowego lub kontraktu towarowego, lub kwota początkowo wykorzystanych środków finansowych (...)”.

Wartościowanie danego zjawiska w perspektywie prawnokarnej odbywa się przede wszystkim przez pryzmat społecznej szkodliwości czynu. Jeżeli zatem pewien czyn wywoła określone skutki na rynku i dokonany zostanie z zamiarem oszukańczym (umyślnie), ale nie będzie on „poważny”, wówczas sprawcy nie powinno się przypisywać odpowiedzialności karnej za jego popełnienie.

<sup>18</sup> Zob. również *Commission Staff Working Paper – Impact Assessment*.

<sup>19</sup> Zob. pkt 6 i 8 preambuły dyrektywy MAD.

<sup>20</sup> M. Królikowski, (w:) M. Wierzbowski (red.), *Rozporządzenie, komentarz do art. 12, Nb 10*.

## Summary

*Jarosław Szewczyk*

### **CRIME OF MARKET MANIPULATION IN THE CONTEXT OF PROVISIONS OF THE DIRECTIVE ON CRIMINAL SANCTIONS FOR MARKET ABUSE**

In the light of Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse, a behaviour that has brought about certain effects on the market, constitute a serious breach of the rules on market abuse and was made intentionally, should be considered a criminal offence. The main purpose of this article is to present constituent elements of the crime of market manipulation that delineates the boundaries between criminal acts and other acts that, although they may be regarded as a market manipulation, do not meet criteria of a criminal offence.

**KEY WORDS:** market manipulation, MAD Directive, MAR Regulation, market abuse, criminal offence, constituent elements of a crime, financial instruments trading

**POJĘCIA KLUCZOWE:** rynkowa manipulacja, dyrektywa MAD, rozporządzenie MAR, nadużycia na rynku, przestępstwo, znamiona czynu zabronionego, obrót instrumentami finansowymi

## UZASADNIENIE WYROKU I ZAPOWIEDŹ APELACJI W SPRAWIE KARNEJ – STAN AD 2017 – PO „REFORMIE REFORMY” PROCEDURY KARNEJ

Nie jestem perfekcyjnym praktykiem. Niekiedy zbytnio nie przykładam się do poszerzania wiedzy prawniczej. Popelniam drobne grzeszki, głównie przez zaniechanie. Ostatnio popełnianym grzechem jest nieanalizowanie zdigitalizowanych treści dzienników ustaw odnośnie do zmian w kodeksach, a poleganie na nowo wydanych zbiorach kodeksów – czerwonym – karnym, zielonym – cywilnym itd. Przeglądanie treści nowych nabytków raczej nie wprowadza mnie w stan szczególnego zdziwienia czy też zdenerwowania. Aż tu nagle nabyłem trzydzieste któreś z kolei w ciągu dwudziestu lat wydanie zbioru przepisów karnych, opublikowane przez firmę o obco brzmiącej i trudnej do wymowy nazwie, zapoznałem się z treścią art. 422 k.p.k., którego poszczególne paragrafy mają brzmienie następujące:

„Art. 422. § 1. W terminie zawitym 7 dni od daty ogłoszenia, a gdy ustawa przewiduje doręczenie wyroku, od daty jego doręczenia, strona, a w wypadku wyroku warunkowo umarzającego postępowanie, wydanego na posiedzeniu, także pokrzywdzony, mogą złożyć wniosek o sporządzenie na piśmie i doręczenie uzasadnienia wyroku. Sporządzenie uzasadnienia z urzędu nie zwalnia strony oraz pokrzywdzonego od złożenia wniosku o doręczenie uzasadnienia. Wniosek składa się na piśmie.

§ 2. We wniosku należy wskazać, czy dotyczy całości wyroku, czy też niektórych czynów, których popełnienie oskarżyciel zarzucił oskarżonemu, bądź też jedynie rozstrzygnięcia o karze i o innych konsekwencjach prawnych czynu. Wniosek nie pochodzący od oskarżonego powinien również wskazywać tego z oskarżonych, którego dotyczy.

§ 3. Prezes sądu odmawia przyjęcia wnio-

sku złożonego przez osobę nieuprawnioną, po terminie lub jeżeli zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 120 § 2. Na zarządzenie przysługuje zażalenie.

§ 4. Zarządzenie, o którym mowa w § 3, może wydać również referendarz sądowy”.

Nie ukrywam, że zdziwiło mnie to bardzo, bo ledwo co, w ramach wielkiej reformy procedury karnej, na okoliczność której nabyłem czerwony zbiorek przepisów – kolejny do mojej biblioteczki – zreformowany przepis miał treść następującą:

„Art. 422. § 1. W terminie zawitym 7 dni od daty ogłoszenia, a w odniesieniu do wyroku wydanego na rozprawie, gdy ustawa przewiduje doręczenie wyroku, od daty jego doręczenia, strona, a w wypadku wyroku warunkowo umarzającego postępowanie, wydanego na posiedzeniu, także pokrzywdzony, mogą złożyć wniosek o sporządzenie na piśmie i doręczenie uzasadnienia wyroku. Sporządzenie uzasadnienia z urzędu nie zwalnia strony oraz pokrzywdzonego od złożenia wniosku o doręczenie uzasadnienia. Wniosek składa się na piśmie. Wniosek nie pochodzący od oskarżonego powinien wskazywać tego z oskarżonych, którego dotyczy.

§ 2. Prezes sądu odmawia przyjęcia wniosku złożonego przez osobę nieuprawnioną lub po terminie. Na zarządzenie przysługuje zażalenie.

§ 3. Zarządzenie, o którym mowa w § 2, może wydać także referendarz sądowy”.

Powodem mojego stanu był § 2 art. 422 k.p.k., zgodnie z którym w zapowiedzi apelacji należy „wskazać, czy dotyczy całości wyroku, czy też niektórych czynów, których popełnienie oskarżyciel zarzucił oskarżonemu, bądź też jedynie rozstrzygnięcia o karze i o innych konsekwen-



czynach prawnych czynu. Wniosek nie pochodzący od oskarżonego powinien również wskazywać tego z oskarżonych, którego dotyczy”.

Wszystko to burzy nabywaną przez tyle lat wiedzę prawniczą. Jednym z elementów tej wiedzy był pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy, że uzasadnienie wyroku ma umożliwić zapoznanie się przez stronę z *rozumowaniem*, jakie przywiodło sąd do określonej treści rozstrzygnięcia.

Przechodząc do rzeczy, czyli do analizy dokonanych zmian, wstępnie wyjaśnię, że tytułowa „zapowiedź apelacji karnej” to niegdysiejsze kodeksowe określenie wniosku o sporządzenie uzasadnienia wyroku w sprawie karnej i doręczenie go stronie wnioskującej. Określenie to zawierał k.p.k. z 1928 r. (art. 375 i 376) i stało się ono tak popularne w świecie prawniczym, że siłą pędu oraz ponad czterdziestoletniej tradycji używane jest do dziś przez prawników-tradycjonalistów. Nowinkarze twierdzą, że strona nie musi składać „zapowiedzi apelacji”, składa wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku, jakby były to pojęcia przeciwstawne<sup>1</sup>. Tymczasem różnica jest tylko nazwowa, a niegdysiejsza „zapowiedź apelacji” to *de lege lata* wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku.

Przez lat ponad osiemdziesiąt „zapowiedź apelacji” czy też wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku implikował sporządzenie przez sąd uzasadnienia wyroku. Kodeks stawiał tej czynności sądu określone wymogi. Uzasadnienie to mogło być jedno od jednego wyroku. Na uwagę zasługuje fakt, że jedynie k.p.k. z 1928 r.<sup>2</sup> nakładał na sąd obowiązek *dokładnego* przedstawienia w uzasadnieniu wyroku podstawy faktyczno-dowodowej oraz podstawy prawnej, natomiast począwszy od k.p.k. z 1969 r., tego wymogu już nie ma, *de lege lata* sąd zaś ma obowiązek jedynie *zwięzłego*

wskazania, jakie fakty uznał za udowodnione lub nieudowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych. Ewolucja wymogu jakości uzasadnienia od *dokładnego* do *zwięzłego* być może korzystna jest dla sądu, nieustannie narzekającego na marne uposażenie, ale stanowi zagrożenie dla praw obywatelskich, m.in. dla prawa do solidnego procesu, w której to solidności mieści się także wymóg *dokładnego* uzasadnienia wyroku, a nie jedynie *zwięzłego*. Wiążące się z zapowiedzią apelacji zagadnienie uzasadnienia wyroku wskazuje na niebezpieczną tendencję ustawodawcy – tendencję do pójścia na skróty w procedurze karnej, do niebezpiecznego dla praw obywatelskich upraszczania obowiązków sądów.

To pójście na skróty uchybia prawom obywatelskim zagwarantowanym w Konstytucji RP. Jej art. 78 przyznaje każdej ze stron procesu prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Otóż niezwykle trudno będzie stronie z tego prawa skorzystać, jeżeli uzasadnienie wyroku, które z sądu otrzyma, będzie zaledwie *zwięzłe*, a nie *dokładne*.

Okazuje się jednak, że zdanie pierwsze przepisu art. 424 § 1 k.p.k. nie jest jedynym przepisem, który stoi w opozycji do ww. normy konstytucyjnej. Przepis art. 423 k.p.k. w § 1a precyzuje możliwość dalszego ograniczenia uzasadnienia wyroku. Stanowi on, że w wypadku złożenia wniosku o uzasadnienie wyroku w części odnoszącej się do niektórych czynów, których popełnienie oskarżyciel zarzucił oskarżonemu, bądź też jedynie do rozstrzygnięcia o karze i o innych konsekwencjach prawnych czynu lub w części odnoszącej się do niektórych oskarżonych, sąd może ograniczyć zakres uzasadnienia do tych tylko części wyroku, których wniosek dotyczy<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> P. K. Sowiński, *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych*, Rzeszów 2012, s. 744.

<sup>2</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1928 r. nr 33, poz. 313.

<sup>3</sup> M. Klubińska, *Treść i znaczenie uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji w znowelizowanym postępowaniu karnym*, (w:) D. Kala, I. Zgoliński, *Reforma prawa karnego materialnego i procesowego z 2015 roku. Wybrane zagadnienia*, Wolters Kluwer Polska SA 2015.

Nie próżnuje też przepis art. 424 § 3 k.p.k., zgodnie z którym w wypadku złożenia wniosku o uzasadnienie wyroku jedynie co do rozstrzygnięcia o karze i o innych konsekwencjach prawnych czynu albo o uzasadnieniu wyroku wydanego w trybie art. 343, art. 343a lub art. 387 uzasadnienie powinno zawierać co najmniej wyjaśnienie podstawy prawnej tego wyroku oraz wskazanych rozstrzygnięć.

I tu dochodzimy do zmian, jakim poddano w „reformie reformy” samą konstrukcję *zapowiedzi apelacji, de lege lata wniosku o uzasadnienie wyroku*. Treść tej czynności procesowej strony trwała w niezmienionej postaci, pomimo zmiany nazwowej, od 1928 r., czyli każda ze stron procesowych mogła po wydaniu wyroku złożyć odpowiedni wniosek, w następstwie którego sąd sporządzał uzasadnienie wyroku (dokładne lub zwięzłe) i doręczał je stronie. Z nieznanymi mi powodów konstrukcja ta, sprawdzona ponad osiemdziesięcioma latami funkcjonowania, komuś przeszkadzała i jęto do niej dobierać się i ją modyfikować.

Już reforma procedury karnej wprowadziła niebezpieczne ograniczenia co do treści *zapowiedzi apelacji*, z którymi praktyka miewała problemy, a teoria zastrzeżenia, natomiast zmieniająca ją reforma poszła dalej, wprowadzając dalsze bardzo niebezpieczne dla praw obywatela ograniczenia. Odnoszę również wrażenie, że twórcy reformy reformy nie bardzo byli świadomi co do znaczenia pojęć zastosowanych w zreformowanym przepisie, zwłaszcza w części przyzwalającej złożenie *zapowiedzi apelacji* jedynie co do rozstrzygnięć o karze. Zapomnieli najwyraźniej o tym, czym jest sędziowski wymiar kary. Pojęcia kary użytego w omawianym przepisie nie wolno jedynie ograniczać do podstaw prawnych oraz rodzaju wymierzonej kary i jej rozmiaru, ewentualnie zastosowanej probacji. W pojęciu kary zastosowanym w przepisie art. 422 § 2 k.p.k. nie wolno pomijać całej złożoności sędziowskiego wymiaru kary. Niezbędne jest wytłuszczenie przez sąd przesłanek, którymi, mając dyskrejonalną władzę, kierował się, określając w wyroku taki, a nie inny rodzaj (przy alternatywnym zagro-

zeniu) i wymiar „ilościowy” kary. Nie można bowiem uzasadniać określonej w wyroku kary, nie uzasadniając jej wymiaru.

Sędziowski wymiar kary zastąpił szeroki katalog okoliczności łagodzących i obciążających. *De lege lata* katalog taki istnieje jeszcze w Kodeksie wykroczeń (art. 33 § 3 i 4). Uznano bowiem, że ten katalog był zbyt obszerny, a z drugiej strony nadal niewystarczający, że należałoby zastąpić go normą ogólniejszego charakteru. Taka była zawarta w art. 54 Makarewiczowskiego dzieła oraz art. 50 k.k. z 1969 r.

W pierwszym z tych kodeksów, przyznawszy sądowi szeroką dyskrejonalną władzę w zakresie wymiaru kary, zawarto jednak dość obszerny katalog okoliczności, które sąd winien uwzględnić, wymierzając karę. Były to przede wszystkim pobudki, sposób działania sprawcy, jego stosunek do pokrzywdzonego, stopień rozwoju umysłowego i charakter, dotychczasowe życie, tudzież zachowanie sprawcy po dokonaniu czynu. W k.k. z 1969 r. sędziowski wymiar kary był tym przepisem, na który „socjalistyczny charakter” tego aktu prawnego wywarł decydujący wpływ. Wprowadził on dyrektywalny system sędziowskiego wymiaru kary, a dyrektywy zawarte w art. 50 k.k. z 1969 r. miały rodowód sowiecki. Sąd, wymierzając karę, miał uwzględnić stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu, cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i wychowawcze kary w stosunku do skazanego. Dopiero w drugiej kolejności sąd miał kierować się okolicznościami powtórzonymi z k.k. z 1932 r., z tym że na ich czele znajdował się „rodzaj i rozmiar szkody”, do tej pory nieobecny. *Nota bene* analogiczne rozwiązanie wprowadzono w kodeksach karnych państw bloku sowieckiego.

Kodeks karny z 1997 r. częściowo wycofał się z systemu dyrektyw wymiaru kary, wprowadzonego pod wpływem sowieckiego prawa karnego w Kodeksie karnym z 1969 r. Podstawą i zarazem granicą wymiaru kary ma być wina sprawcy, a na dalszym planie umieszczono to, co Sowietom kazali brać pod uwagę w pierwszej kolejności, tj. konieczność uwzględniania stop-

nia społecznej szkodliwości czynu oraz celów zapobiegawczych i wychowawczych, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeb w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Nie nakazuje sądowi uwzględniać społecznego oddziaływania kary. Przepis art. 53 § 1 zezwala sądowi na działanie według swojego uznania, dyskrecyjnie, w granicach przewidzianych przez ustawę, ale nakazuje sądowi przy wymiarze kary baczyć, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Tak sformułowany przepis art. 53 § 1 zyskał rozwinięcie w § 2. Ten nakazuje sądowi, by wymierzając karę, uwzględniał w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, popełnienie przestępstwa wspólnie z nieletnim, rodzaj i stopień naruszenia ciężących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu, zwłaszcza staranie o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a także zachowanie się pokrzywdzonego.

Otóż, wracając do tematu, to wszystko jest istotne w razie sporządzania przez sąd uzasadnienia, ograniczonego przez nadawcę wniosku jedynie do kary. Sąd, pisząc takie „ograniczone” uzasadnienie, musi przedstawić stopień winy sprawcy, stopień społecznej szkodliwości czynu oraz cele zapobiegawcze i wychowawcze kary wobec sprawcy. Czym jest wina sprawcy i z czego ona wynika? Otóż wina wynika z zachowania sprawcy, ze sposobu działania... Od tego wszystkiego zależy wymiar kary i o tym wszystkim sąd musi napisać także w uzasadnieniu wyroku, także i tym ograniczonym z woli wnioskującego o jego sporządzenie i doręczenie do rozstrzygnięcia o karze. Defi-

nicję ustawową społecznej szkodliwości czynu zawiera art. 115 § 2 k.k., przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia. Również i do tych składników społecznej szkodliwości czynu musi odnieść się sąd piszący uzasadnienie choćby i co do kary.

Nie mniej istotny jest nakaz wynikający z przepisu art. 53 § 2 k.k., z którego wynika, że wymierzając karę, sąd uwzględni w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, zwłaszcza w razie popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia, popełnienie przestępstwa wspólnie z nieletnim, rodzaj i stopień naruszenia ciężących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu, a zwłaszcza staranie o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a także zachowanie się pokrzywdzonego. Do tych wszystkich składników winy oraz okoliczności podmiotowych, wiktymologicznych i „leżących” na osobie sprawcy oraz okoliczności przedmiotowych sąd musi się odnieść.

Do tego wszystkiego sąd, pisząc uzasadnienie, nawet i to „ograniczone do kary”, musi się odnieść. Kodeksowe przyzwolenie na jakiegokolwiek w tej materii ograniczenie jest nieuzasadnione i sprzeczne z normami Kodeksu karnego zawartymi w art. 53. Co z tego wynika? Ano to, że uzasadnienie wyroku ograniczone do rozstrzygnięcia o karze niewiele objętościowo, albo wcale, będzie różniło się od pełnego, nieograniczonego uzasadnienia. Różnica będzie w kompozycji uzasadnienia, to znaczy o winie sprawcy oraz innych okolicznościach czynu i cechach sprawcy sąd napisze nie w kontekście samego ustalania jego popełnienia, ale uza-

sadniając, dlaczego karę w takim, a nie innym wymiarze mu wymierzył. Do czasu „reformy reformy” sąd, pisząc pełne, nieograniczone, aczkolwiek zwięzłe uzasadnienie wyroku obszernie uzasadniał czyn, mówiąc zarówno o winie sprawcy, jak i o jego cechach lub przywarach, sposobie działania itd. Powodowało to, że pisząc o wymiarze kary, drugi raz o tych wymienionych okolicznościach już nie wspominał, bo one zostały już uprzednio wyjaśnione. Może jedynie umieszczał tam dwa-trzy zdania o swoim przekonaniu, że kara w takim a takim wymiarze odpowiadać będzie stopniu winy, społecznej szkodliwości czynu oraz spełni pokładane w niej cele zapobiegawcze i wychowawcze wobec sprawcy. Po „reformie reformy”, ograniczając uzasadnienie wyroku co do kary, napisze niemal to samo co w pełnym uzasadnieniu, lecz w nieco innej kompozycji treści. Wszak art. 424 § 2 k.p.k. zawsze nakazuje w uzasadnieniu wyroku przytoczenie okoliczności, które sąd miał na względzie przy wymiarze kary. Nietrudno zauważyć, że dyrektywa zawarta w § 3 tego artykułu pozostaje w sprzeczności z normą wynikającą z § 2.

Ponadto z praktyki zaskarżania wyroków karnych wynika, że apelacje co do kary są domeną organu oskarżycielskiego, natomiast apelacje co do całości wyroku – obrony. Wprowadzając przepis nakazujący wskazanie ograniczenia uzasadnienia co do kary, należało nałożyć taki obowiązek jedynie na organy zwykle je wnoszące, a nie przysparzać trudności obronie.

Kodeks nie rozstrzyga, co ma począć sąd w razie „kolizji wniosków o uzasadnienie wyroku”, kiedy otrzyma w sprawie dwa lub nawet więcej wniosków, przykładowo jeden co do kary, drugi co do winy, a trzeci co do winy tylko jednego z oskarżonych. Czy wówczas ma obowiązek sporządzania kilku uzasadnień, czy też jednego, doręczając wnioskującym to, o co nie wnioskowali? Przepis art. 423 § 1a kwestii tej nie rozwiązuje należycie. Co więcej – całość zagadnienia gmatwa. W wypadku złożenia

wniosku o uzasadnienie wyroku w części odnoszącej się do niektórych czynów, których popełnienie oskarżyciel zarzucił oskarżonemu, bądź też jedynie do rozstrzygnięcia o karze i o innych konsekwencjach prawnych czynu lub w części odnoszącej się do niektórych oskarżonych, sąd może ograniczyć zakres uzasadnienia do tych tylko części wyroku, których wnioski dotyczy. Po co zatem strona musi złożyć zapowiedź apelacji odpowiednio ograniczoną, skoro sąd zaledwie może, a wcale nie musi odpowiednio ograniczyć uzasadnienia wyroku? Z reguły nie ogranicza. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że ograniczenie wniosku o uzasadnienie wyroku co do kary nie uniemożliwia wniesienia apelacji co do całości wyroku, jeżeli np. mandant obrońcy zmieni zdanie po otrzymaniu uzasadnienia i zażąda wniesienia apelacji do całości wyroku, co przecież się zdarza. W razie wniesienia jej dla sądu pierwszej instancji mogą powstać niekorzystne następstwa. Sąd odwoławczy władny jest bowiem na podstawie art. 449a § 1 k.p.k. zwrócić akta sądowi pierwszej instancji w celu uzupełnienia uzasadnienia wyroku, co tylko skomplikuje ich pracę. Sąd pierwszej instancji, działając w obawie, by sąd drugiej instancji nie zwrócił akt po wniesieniu apelacji, w celu uzupełnienia uzasadnienia, a *de facto* napisania go raz jeszcze, niezależnie od ograniczenia wniosku o sporządzenie i doręczenie uzasadnienia wyroku, napisze je w tradycyjnej, nieokrojonej treści, tak jakby „reformy reformy” polskiej procedury karnej nie było.

Reasumując – dokonana w 2016 r. „reforma reformy” procedury karnej w zakresie stworzenia sądowi możliwości ograniczenia sporządzania uzasadnienia wyroku jedynie co do kary, ewentualnie co do niektórych czynów lub sprawców, była zabiegiem zbędnym, pozornie ułatwiającym pracę sędziów, w efekcie bowiem, przy rzetelnym podejściu do stosowania przepisów procedury karnej, znacznie skomplikuje pracę sądów karnych.

## Summary

*Jacek Kędzierski*

### JUSTIFICATION OF THE JUDGEMENT AND SO CALLED ANNOUNCEMENT OF APEAL – AD 2017 – AFTER THE „REFORM OF REFORM” OF THE POLISH CRIMINAL JUSTICE

The amendment of amendment to the Polish criminal justice introduced a novelty at the inter-instance stage. The party was obliged to specify when submitting the application for the preparation and delivery of the justification of the judgment, if it should concern the entirety of the sentence, or only penalties. Specification, in the foreground of the appeal, the limitations to which the justification of the judgment is to be admitted, does not affect the direction and content of the subsequent appeal. So, did this reform make sense, especially in the context of the rules of the judiciary punishment? Has it facilitated or rather complicated the work of the judge?

**KEY WORDS:** criminal proceedings, sentence and justification, so-called announcement of the appeal, i.e. an application for drawing up the written justification of the judgment and its delivery, penalty and rules for the sentence as its constituent parts

**POJĘCIA KLUCZOWE:** postępowanie karne, wyrok i jego uzasadnienie, tzw. zapowiedź apelacji, czyli wniosek o sporządzenie pisemnego uzasadnienia wyroku i jego doręczenie, kara i zasady wymiaru kary jako jej części składowe

## REJESTRACJA ROZPRAWY GŁÓWNEJ PRZEZ PRZEDSTAWICIELI ŚRODKÓW MASOWEGO PRZEKAZU (ART. 357 K.P.K.)

Jawność rozprawy głównej jest jedną z istotnych zasad procesu karnego. Znajduje ona swoje oparcie nie tylko w przepisach Kodeksu postępowania karnego, ale przede wszystkim uregulowana jest w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej zagwarantowane zostało prawo do jawnego, publicznego rozpoznania sprawy przez właściwy, niezawisły i bezstronny sąd, bez nieuzasadnionej zwłoki. Jawność rozpoznania sprawy jest więc jednym z elementów prawa do sądu<sup>1</sup>. O znaczeniu jawności postępowania sądowego świadczy fakt, że jedynie w przypadkach wskazanych w art. 45 ust. 2 Konstytucji możliwe jest jej wyłączenie. Zatem kodeksowe ograniczenia jawnego rozpoznania sprawy nie mogą wykraczać poza ramy wyznaczone normą art. 45 ust. 2 Konstytucji. Ponadto muszą one spełniać wymóg proporcjonalności, o której mowa w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej. Jawność przebiegu rozprawy głównej w ramach procesu karnego ma szczególne znaczenie i pełni różne funkcje<sup>2</sup>.

Jawność rozprawy głównej rozpatrywana jest w dwóch aspektach: jawności wewnętrznej i zewnętrznej. Jawność wewnętrzna powiązana jest z uprawnieniem stron i ich przedstawicieli procesowych do udziału w postępowaniu sądowym<sup>3</sup>. Z kolei jawność zewnętrzna odnosi się do możliwości obserwowania przebiegu rozprawy głównej przez wszystkie osoby zainteresowane rozstrzygnięciem procesu, np. publiczność czy przedstawiciele środków masowego przekazu<sup>4</sup>. Jawność zewnętrzna, z uwagi na krąg podmiotów, w stosunku do których jest odnoszona, określana jest także jako zasada publiczności<sup>5</sup>. W ramach jawności zewnętrznej rozprawy wyróżnić można jawność bezpośrednią, stanowiącą emanację zasady publiczności procesu karnego (możliwość udziału w rozprawie osób trzecich – publiczności), oraz jawność pośrednią związaną z relacjonowaniem przebiegu rozprawy przez przedstawicieli środków masowego przekazu<sup>6</sup>.

Z jawnością pośrednią związana jest kwestia rejestracji przebiegu rozprawy przez przedsta-

<sup>1</sup> M. Zimna, *Wyłączenie jawności rozprawy jako gwarancja ochrony interesów uczestników postępowania karnego*, Prok. i Pr. 2016, z. 2, s. 89.

<sup>2</sup> J. Izydorczyk, *Jawność rozprawy głównej w procesie karnym (art. 357 k.p.k.)*, „Przeгляд Sądowy” 2004, nr 2, s. 91–92; W. Jasiński, *Jawność zewnętrzna procesu karnego – uwagi na tle propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego*, (w:) W. Jasiński (red.), K. Nowicki (red.), *Jawność jako wymóg rzetelnego procesu karnego. Zagadnienia prawa polskiego i obcego*, Warszawa 2013, s. 119; M. Stanowska, *Udostępnianie dziennikarzom akt sądowych lub prokuratorskich*, „Przeгляд Sądowy” 2001, nr 10, s. 70.

<sup>3</sup> A. Pawłowska, *Jawność zewnętrzna rozprawy głównej – uwagi wybrane*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2006, Tom VIII, s. 49; B. Wójcicka, *Jawność postępowania sądowego w polskim procesie karnym*, „Acta Universitatis Lodzianensis”, Łódź 1989, s. 7.

<sup>4</sup> W. Jasiński, *Jawność zewnętrzna procesu*, s. 119; M. Kuźma, *Udział mediów w procesie karnym*, (w:) J. Skorupka (red.), *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 396.

<sup>5</sup> M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1973, s. 314; W. Jasiński, *Jawność wewnętrzna postępowania sądowego*, (w:) J. Skorupka (red.), *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 211; J. Skorupka, *Prawnomiędzynarodowe i konstytucyjne podstawy jawności procesu karnego*, (w:) J. Skorupka, *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 93–94; S. Waltoś, *Naczelné zasady procesu karnego*, Warszawa 1999, s. 132.

<sup>6</sup> R. Koper, *Jawność zewnętrzna postępowania karnego*, (w:) W. Jasiński (red.), K. Nowicki (red.), *Jawność jako wymóg rzetelnego procesu karnego. Zagadnienia prawa polskiego i obcego*, Warszawa 2013, s. 105–106.

wicieli mediów. Celem udziału w procesie karnym dziennikarzy jest nie tylko bezpośrednia obserwacja przebiegu postępowania. Istotne jest bowiem przede wszystkim przekazanie uzyskanych informacji o sprawie karnej i jej przebiegu jak najszerszemu gronu odbiorców. Obecnie źródłem informacji o sposobie funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, w tym o przebiegu procesów karnych, nie są, jak w okresie wcześniejszym, publikacje prasowe<sup>7</sup>, lecz przede wszystkim sprawozdania telewizyjne, radiowe lub w mediach elektronicznych. Do przekazania wiadomości o sprawie karnej przedstawiciele środków masowego przekazu dysponują urządzeniami technicznymi umożliwiającymi rozpowszechnianie pozyskanych danych. Ustalenie zasad współdziałania przedstawicieli środków masowego przekazu i organów postępowania karnego wymaga więc rozważenia różnych wartości i interesów<sup>8</sup>, niejednokrotnie o rozbieżnym charakterze.

Niewątpliwie możliwość udziału przedstawicieli środków masowego przekazu w rozprawie głównej stanowi element zasady jawności zewnętrznej (w jej aspekcie pośrednim). Jawność zewnętrzna rozprawy głównej, zarówno bezpośrednia, jak i pośrednia, pełni różne funkcje. Z jednej strony jawność procesu karnego należy postrzegać jako element gwarancji rzetelnego procesu karnego<sup>9</sup>. Jawne rozpozna-

nie sprawy stanowi środek zapobiegania naciśkom, które mogłyby być wywierane na uczestników postępowania, służąc tym samym także wzmocnieniu niezawisłości sędziowskiej<sup>10</sup>. Jawność rozprawy wpływa również na pracę organów procesowych, które muszą liczyć się z publiczną analizą ich działalności i decyzji<sup>11</sup>. Przyczynia się do zachowania obiektywizmu oraz ścisłego przestrzegania form procesowych<sup>12</sup>. Jawność rozprawy oddziałuje także na strony postępowania i ich przedstawicieli procesowych, kształtując ich właściwe zachowania i poziom wystąpień<sup>13</sup>. Realizuje zatem funkcje gwarancyjne. Nadto niewinnemu oskarżonemu jawność rozprawy głównej może stwarzać warunki do publicznej rehabilitacji<sup>14</sup>.

Z drugiej strony jawność postępowania ma znaczenie ogólnospołeczne. Przede wszystkim stanowi element kontroli społeczeństwa nad wymiarem sprawiedliwości, którego działalność wzbudza w ten sposób większe zaufanie<sup>15</sup>. Jawne (publiczne) rozpoznawanie spraw sądowych wyklucza sprawowanie wymiaru sprawiedliwości w tajemnicy, a więc w sposób wyłączający jakąkolwiek kontrolę społeczną<sup>16</sup>, która z kolei stanowi szczególną formę partycypacji obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości<sup>17</sup>. Jawność rozprawy głównej przyczynia się także do podnoszenia świadomości prawnej społeczeństwa i kształtowania jego kultury prawnej<sup>18</sup>.

<sup>7</sup> B. Wójcicka, *Jawność postępowania karnego*, s. 136–137.

<sup>8</sup> Tamże, s. 137–138.

<sup>9</sup> W. Jasiński, *Jawność zewnętrzna procesu*, s. 119.

<sup>10</sup> M. Brzezińska, D. Tarnowska, *Wylączenie jawności zewnętrznej rozprawy głównej*, (w:) W. Jasiński (red.), K. Nowicki (red.), *Jawność jako wymóg rzetelnego procesu karnego. Zagadnienia prawa polskiego i obcego*, Warszawa 2013, s. 207–208; J. Lzydorczyk, *Jawność rozprawy głównej*, s. 91–92.

<sup>11</sup> A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 192–193.

<sup>12</sup> M. Cieślak, *Polska procedura*, s. 314; J. Lzydorczyk, *Jawność rozprawy głównej*, s. 92.

<sup>13</sup> P. Grzegorzczak, K. Weitz, (w:) M. Safjan (red.), L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 1141; R. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. Przyjemski, R. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks*, s. 225.

<sup>14</sup> M. Cieślak, *Polska procedura*, s. 315.

<sup>15</sup> A. Murzynowski, *Istota i zasady*, s. 192.

<sup>16</sup> M. Cieślak, *Polska procedura*, s. 314; P. Grzegorzczak, K. Weitz, (w:) M. Safjan (red.), L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, s. 1141.

<sup>17</sup> R. Koper, *Jawność zewnętrzna postępowania*, s. 106.

<sup>18</sup> M. Cieślak, *Polska procedura*, s. 314; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Kraków 2001, s. 833; R. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. Przyjemski, R. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks*, s. 629.

Publiczny charakter przebiegu postępowania pełni ponadto rolę ogólnoprewencyjną. Sprzyja bowiem wskazaniu społeczeństwu nieuchronności działania prawa i kształtowaniu przekonania, że czyn sprawcy nie popłaca, krzywdy osób pokrzywdzonych zostaną zaś wyrównane<sup>19</sup>. Tym samym wzmacnia poczucie sprawiedliwości i szacunek dla prawa<sup>20</sup>. Zasada jawności zewnętrznej rozprawy głównej, w szczególności w jej aspekcie pośrednim, przyczynia się – na płaszczyźnie ogólnospołecznej – do realizacji celów ogólnoprewencyjnych, edukacyjnych i wychowawczych<sup>21</sup>. Stanowi także element kontroli społeczeństwa nad sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości.

Z publicznością (publicznym charakterem) rozprawy głównej w jej aspekcie pośrednim związana jest kwestia rejestrowania jej przebiegu przez przedstawicieli środków masowego przekazu. W celu przekazania sprawozdania z procesu karnego w programach telewizyjnych, radiowych, czy też w mediach elektronicznych (w formie nagrania z procesu) dziennikarze korzystają ze środków technicznych pozwalających na dokonanie audiowizualnego utrwalenia przebiegu rozprawy. Rejestracja przebiegu rozprawy, aczkolwiek powiązana z jawnym rozpoznaniem sprawy, uregulowana została odrębnie od zagadnienia wyłączenia jawności rozprawy. Nie może jednak budzić wątpliwości, że rejestrowanie przebiegu rozprawy może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji jawnego rozpoznania sprawy; w przypadku zaś wyłączenia jawności rozprawy głównej nie może ona podlegać rejestracji. Rejestrację przebiegu rozprawy głównej w zakresie zapisu obrazu i dźwięku przez przedstawicieli środków masowego przekazu przy użyciu urządzeń technicznych reguluje art. 357 § 1 k.p.k. Regulacja ta zmieniona została przez art. 1 pkt 4 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o zmianie

ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta<sup>22</sup> – z dniem 5 sierpnia 2016 r. Obecnie, zgodnie z art. 357 § 1 k.p.k., sąd zezwala przedstawicielom środków masowego przekazu na dokonywanie za pomocą aparatury utrwałeni obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy.

W aktualnym stanie prawnym zasadą jest więc bezwarunkowa możliwość dokonywania zapisu przebiegu rozprawy głównej przez przedstawicieli mediów, z wykorzystaniem urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk. W sytuacji gdy rozpoznanie sprawy odbywa się jawnie, nie jest możliwe odmówienie przedstawicielom środków masowego przekazu zezwolenia na dokonywanie za pomocą aparatury utrwałeni obrazu i dźwięku. Konstrukcja art. 357 § 1 k.p.k. wskazuje, że nie zostały przewidziane żadne okoliczności wyłączające udzielenie przez sąd zezwolenia na dokonywanie rejestracji przebiegu rozprawy przez przedstawicieli środków masowego przekazu. Od zasady dopuszczalności rejestracji obrazu i dźwięku z rozprawy głównej nie ma więc wyjątków, a sąd przed wydaniem postanowienia o zezwoleniu (konieczność wydania takiej decyzji procesowej wynika z art. 357 § 1 k.p.k.) nie ustala i nie bada żadnych przesłanek uzasadniających czy to wydanie zezwolenia na rejestrację, czy to odmowę takiego zezwolenia. Brzmienie przepisu art. 357 § 1 k.p.k. wskazuje zresztą, że sąd nie może odmówić przedstawicielom mediów zezwolenia na rejestrację obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy głównej.

Jedynie w wyjątkowych wypadkach, gdy należy się obawiać, że obecność przedstawicieli środków masowego przekazu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania świadka, przewodniczący może zarządzić opuszczenie

<sup>19</sup> T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1998, s. 129; A. Pawłowska, *Jawność zewnętrzna rozprawy*, s. 50.

<sup>20</sup> J. Izydorczyk, *Jawność rozprawy głównej*, s. 91.

<sup>21</sup> H. Gajewska-Krzeczowska, *Rola środków masowego przekazu w realizacji zasady jawności rozprawy głównej*, „*Studia Iuridica*” 1985, nr 13, s. 83; M. Kuźma, *Udział mediów*, s. 397.

<sup>22</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 1070.



sali rozpraw przez przedstawicieli środków masowego przekazu na czas przesłuchania danej osoby (art. 357 § 5 k.p.k.). Przepis art. 357 § 5 k.p.k. nie stanowi generalnej podstawy do odmowy zezwolenia na dokonywanie utrwalenia obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy głównej przez przedstawicieli mediów. Jego brzmienie nie wskazuje, by w okolicznościach wskazanych w jego treści (hipotezie) sąd miał wydać postanowienie o odmowie zezwolenia na rejestrację przebiegu rozprawy. W takiej sytuacji to przewodniczący może wydać zarządzenie o opuszczeniu sali rozpraw przez przedstawicieli środków masowego przekazu. Inna jest więc forma decyzji i inny podmiot ją podejmujący.

Aczkolwiek przepis art. 357 § 5 k.p.k. wyrażnie tego nie wskazuje, zasadne jest przyjęcie, że wydanie przez przewodniczącego zarządzenia o opuszczeniu przez przedstawicieli mediów sali rozprawy równoznaczne jest z czasowym zaprzestaniem rejestracji przebiegu procesu karnego. Przepis art. 357 § 5 k.p.k. ma na celu zapewnienie świadkowi optymalnych warunków do złożenia depozycji w sposób szczery i oddający wiedzę świadka co do okoliczności objętych treścią zeznań. Jeżeli zatem obecność przedstawicieli środków masowego przekazu rejestrujących przebieg rozprawy miałyby wpływać krępująco na zeznania świadka, to wpływ taki związany jest nie tylko z samym pobytym dziennikarzy i obsługi technicznej na sali rozpraw, lecz przede wszystkim ze świadomością utrwalania relacji świadka, które to nagrania zostaną następnie udostępnione szerokiej publiczności. Dlatego też, biorąc pod uwagę cel normy art. 357 § 5 k.p.k., należy uznać, że w czasie opuszczenia sali rozpraw przez przedstawicieli mediów nie odbywa się także nagrywanie przez nich przebiegu postępowania urzędziami rejestrującymi obraz i dźwięk.

Wprawdzie sprawozdania medialne z przebiegu procesów karnych spełniają, jak wskazano, różne zadania, jednak nie można tracić z pola widzenia okoliczności, że jawność zewnętrzna rozprawy głównej w wymiarze pośrednim stanowi płaszczyznę styku różnych wartości i kolizji różnych interesów. Z jednej strony występuje interes społeczeństwa, szerokiej publiczności, która powinna być informowana o istotnych społecznie wydarzeniach, wymagających ustosunkowania się przez opinię publiczną<sup>23</sup>. Powiązany z tym jest interes środków masowego przekazu, których zadaniem jest realizacja prawa obywatela do informacji<sup>24</sup>. Z drugiej strony występują interesy prywatne stron i uczestników postępowania – zarówno w aspekcie ich interesów procesowych i zmiernia do uzyskania korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia procesu, jak i w zakresie dóbr osobistych, np. czci, dobrego imienia, jak i prawa do ochrony życia prywatnego<sup>25</sup>. Medialne sprawozdania z przebiegu procesu mogą wpływać na ograniczenie prawa oskarżonego do obrony, zagrażać zasadzie domniemania niewinności czy pogarszać jego sytuację procesową<sup>26</sup>. Wreszcie nie wolno zapomnieć o interesie wymiaru sprawiedliwości, który nie ogranicza się do kształtowania – poprzez publiczne rozpoznawanie spraw – świadomości prawnej społeczeństwa i jego zaufania do wymiaru sprawiedliwości, ale przede wszystkim polega na osiągnięciu celu procesu karnego zgodnie z art. 2 k.p.k. oraz na rozstrzygnięciu sprawy karnej w sposób zgodny z prawem i sprawiedliwym<sup>27</sup>.

Zasadniczym celem procesu karnego, zgodnie z art. 2 § 1 k.p.k., jest wykrycie i pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa i zapewnienie, by osoba niewinna nie poniosła odpowiedzialności, a także by winny poniósł odpowiedzialność nie mniejszą, niż

<sup>23</sup> A. Pawłowska, *Jawność zewnętrzna rozprawy*, s. 52–53; B. Wójcicka, *Jawność postępowania sądowego*, s. 137–138.

<sup>24</sup> *Ibidem*; *ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*; *ibidem*.

<sup>26</sup> J. Izydorczyk, *Jawność rozprawy głównej*, s. 91; M. Kuźma, *Udział mediów*, s. 397–398.

<sup>27</sup> A. Pawłowska, *Jawność zewnętrzna rozprawy*, s. 52–53; B. Wójcicka, *Jawność postępowania sądowego*, s. 137–138.

powinien i nie większą od tej, na jaką zasłużył<sup>28</sup>. Dyrektywa ta jest określana jako zasada trafnej reakcji karnej i powinna być realizowana w każdej sprawie<sup>29</sup>. Nakaz pociągnięcia do odpowiedzialności karnej wyłącznie sprawcy, któremu winę udowodniono, oraz wymierzenie kary zgodnie z zasadami określonymi w Kodeksie karnym są wyrazem ustawowego celu procesu karnego w postaci osiągnięcia karnoprawnej sprawiedliwości materialnej<sup>30</sup>. Zasadę trafnej reakcji karnej ujmuje się niekiedy jako dyrektywę interpretacyjną przepisów procesowych. Przepisy karnoprosowe powinny być tak interpretowane, by orzeczenie kończące postępowanie w sprawie dotyczyło osoby, która popełniła przestępstwo i wobec której trafnie orzeczono środki przewidziane w prawie karnym<sup>31</sup>.

Z zasadą trafnej reakcji karnej powiązana jest zasada prawdy materialnej, w myśl której podstawę wszelkich rozstrzygnięć w procesie karnym powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne (art. 2 § 2 k.p.k.). Dokonanie ustaleń faktycznych zgodnych z rzeczywistością nie stanowi celu procesu karnego, jest jednak warunkiem wydania sprawiedliwego, trafnego orzeczenia. Bezsprzecznie bowiem bez prawdziwych ustaleń faktycznych nie może dojść do trafnej reakcji karnej, a więc doprowadzenia do tego, by winny poniósł odpowiedzialność taką (i tylko taką), na jaką zasłużył wedle prawa, a osoba niewinna odpowiedzialności

nie ponosiła<sup>32</sup>. Niekiedy zasada prawdy materialnej traktowana jest jako nadrzędna wobec wszystkich innych zasad procesu karnego<sup>33</sup>. Przy takim założeniu pozostałe zasady procesu karnego powinny być tak ukształtowane, by sprzyjać realizacji zasady prawdy materialnej. Zasadniczo jednak, nie negując znaczenia zasady prawdy materialnej, przyjmuje się, że nie ma ona charakteru nadrzędnego względem innych zasad, doznaje bowiem pewnych ograniczeń poprzez np. zakazy dowodowe<sup>34</sup>, zakaz *reformationis in peius*, zakaz rozstrzygania nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, immunitety procesowe.

Zasada prawdy materialnej bywa różnie definiowana. Według jednego poglądu przez zasadę prawdy materialnej rozumie się normę prawną o szczególnym charakterze, zgodnie z którą podstawa rozstrzygnięcia powinna opierać się na ustaleniach faktycznych zgodnych z rzeczywistością pozajęzykową<sup>35</sup>. W drugim ujęciu zasada prawdy materialnej określana jest jako dyrektywa nakładająca na sąd obowiązek dążenia do dokonania ustaleń faktycznych, odpowiadających rzeczywistości stanowi rzeczy w tej mierze, w jakiej jest to faktycznie i prawnie możliwe<sup>36</sup>. Akcent położony jest tu na takie ukształtowanie procedury, by dokonanie prawdziwych ustaleń faktycznych było możliwe w najwyższym stopniu. Według tego poglądu zasada prawdy materialnej przybiera kształt dyrektywy kierunkowej<sup>37</sup>, a jej

<sup>28</sup> T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1999, s. 24.

<sup>29</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 11 grudnia 1997 r., II AKa 155/97, KZS 1998, z. 4–5, poz. 86.

<sup>30</sup> J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 282.

<sup>31</sup> P. Hofmański, (w:) P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2011, s. 39.

<sup>32</sup> K. Woźniewski, *Zasada trafnej reakcji karnej – art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. po nowelizacji z dnia 27 września 2013 roku*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, Tom XXXIII, s. 425–426.

<sup>33</sup> A. Murzynowski, *Istota i zasady*, s. 109–111.

<sup>34</sup> W. Daszkiewicz, *Proces karny. Część ogólna*, t. I, Toruń 1985, s. 62–63; Z. Gostyński, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. Przyjemski, R. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom I, Warszawa 2000, s. 156–157.

<sup>35</sup> M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955, s. 114; J. Jodłowski, *Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym. Analiza w perspektywie funkcji prawa karnego*, Warszawa 2015, s. 43–44; A. Murzynowski, *Istota i zasady*, s. 108.

<sup>36</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 3, s. 10.

<sup>37</sup> J. Jodłowski, *Zasada prawdy materialnej*, s. 48.

funkcją jest stworzenie warunków, w których realne będzie poczynienie prawdziwych ustaleń faktycznych<sup>38</sup>.

Zasada prawdy materialnej obowiązuje we wszystkich stadiach procesu karnego, wszystkie organy procesowe, a każda decyzja procesowa organów procesowych na każdym etapie postępowania powinna opierać się na prawdziwych ustaleniach faktycznych<sup>39</sup>. Ustalenia faktyczne powinny odnosić się do faktu popełnienia przestępstwa, okoliczności istotnych dla winy i kary, a także do okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięć incydentalnych, np. o zawieszeniu postępowania<sup>40</sup>. Ustalenia faktyczne czynione są w toku postępowania na podstawie zgromadzonego i ocenionego materiału dowodowego. Dokonywanie prawdziwych ustaleń faktycznych determinowane jest więc przez sposób gromadzenia i oceny dowodów. W ujęciu zasady prawdy materialnej jako dyrektywy kierunkowej kryterium jej realizacji stanowi takie przeprowadzenie postępowania dowodowego, które w najpełniejszy sposób zmierza do ustaleń faktów zgodnych z rzeczywistością<sup>41</sup>. Niezależnie jednak od sposobu pojmowania zasady prawdy materialnej pozostaje ona silnie związana z gromadzeniem, przeprowadzaniem i oceną dowodów w postępowaniu karnym.

Zdawać mogłoby się, że relacjonowanie przebiegu rozprawy głównej przez przedstawicieli środków masowego przekazu nie ma związku zarówno z realizacją celu procesu karnego, jak i z powiązaną z nim dyrektywą opierania rozstrzygnięć na prawdziwych ustaleniach faktycznych. Jednakże w niektórych sytuacjach obecność przedstawicieli mediów może mieć wpływ na przebieg postępowania dowodowego. Obecność dziennikarzy i związana z tym świadomość uczestników postę-

powania, że ich zachowanie i wypowiedzi są rejestrowane, a następnie mogą zostać podane do wiadomości licznego kręgu odbiorców, mogą oddziaływać deprymująco. Również rozmieszczony na sali rozpraw sprzęt techniczny (np. mikrofony), oświetlenie czy szmer pracujących kamer powodować może obniżenie koncentracji zarówno organów procesowych, jak i pozostałych uczestników postępowania. Wszystkie powyższe czynniki wywoływać mogą sztuczność i teatralność w zachowaniu stron i uczestników postępowania, nadmierną powściągliwość lub ekspresyjność w relacjach, brak szczerości<sup>42</sup>.

Potencjalny wpływ obecności przedstawicieli mediów na przebieg postępowania dowodowego dostrzegł ustawodawca, przewidując w art. 357 § 5 k.p.k. możliwość zarządzenia przez przewodniczącego opuszczenia sali rozpraw przez przedstawicieli środków masowego przekazu na czas przesłuchania określonego świadka, jeżeli ich obecność mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania świadka. Zatem ustawodawca zdawał sobie sprawę z tego, że obecność przedstawicieli środków masowego przekazu wywierać może wpływ na przebieg postępowania dowodowego. Pomimo tego jednak wprowadzona została zasada bezwarunkowej możliwości rejestracji przebiegu rozprawy głównej przez przedstawicieli mediów. Powstaje więc pytanie, czy bezwzględna możliwość rejestrowania obrazu i dźwięku w toku rozprawy głównej przez przedstawicieli środków masowego przekazu nie może w niektórych sytuacjach stać w kolizji z dążeniem do realizacji zasady prawdy materialnej, a w konsekwencji – z realizacją celu procesu karnego.

Wprawdzie jawność zewnętrzna pośrednia może stanowić element gwarancji rzetelnego

<sup>38</sup> S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 219.

<sup>39</sup> K. Woźniewski, *Zasada trafnej reakcji*, s. 427–428.

<sup>40</sup> R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Kraków 2002, s. 91; K. Woźniewski, *Zasada trafnej reakcji*, s. 428.

<sup>41</sup> J. Jodłowski, *Zasada prawdy materialnej*, s. 48–49.

<sup>42</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, s. 712; M. Kuźma, *Udział mediów*, s. 400; A. Pawłowska, *Jawność zewnętrzna rozprawy*, s. 53.

procesu karnego, jednakże mogą zdarzyć się przypadki, w których rejestrowanie przebiegu rozprawy głównej przez przedstawicieli mediów nie będzie sprzyjać wyświetleniu prawdziwych okoliczności faktycznych w sprawie. Możliwość zarządzenia opuszczenia przez przedstawicieli środków masowego przekazu sali rozpraw przewidziana została tylko w jednej sytuacji: gdy ich obecność mogłaby wpływać krępująco na zeznania świadka. Zatem jedynie w odniesieniu do tego, konkretnie wymienionego rodzaju źródła dowodowego przewidziana została podstawa do zarządzenia opuszczenia sali przez przedstawicieli mediów. Jest to ujęcie bardzo wąskie. Przepis art. 357 § 5 k.p.k. nie dotyczy innych, poza świadkiem, osobowych źródeł dowodowych. W przypadku składania ustnej opinii przez biegłego, co przewidziane jest w art. 200 § 1 k.p.k., nie jest możliwe zarządzenie opuszczenia sali rozpraw przez przedstawicieli mediów, nawet jeżeli ich obecność wpływa negatywnie na biegłego.

Z jednej strony uzasadnienia nieobjęcia regulacją art. 357 § 5 k.p.k. biegłych należy upatrywać w tym, że biegły nie jest osobiście związany ze sprawą, nie relacjonuje on co do faktów mających znaczenie dla ustalenia odpowiedzialności karnej oskarżonego, lecz dokonuje ich oceny przez pryzmat swojej wiedzy fachowej. Rozpoznawana sprawa nie wywołuje więc u biegłego emocji związanych np. z odtworzeniem przebiegu zdarzenia. Z drugiej strony brak osobistego związku biegłego ze zdarzeniem nie oznacza, że obecność przedstawicieli mediów nie może wpłynąć na niego krępująco. Może wszak się zdarzyć, że biegły rzadkiej specjalności, przybrany do sprawy (tzw. biegły *ad hoc* – art. 195 k.p.k.), występujący pierwszy raz na sali sądowej będzie skrępowany, obecność zaś przedstawicieli mediów skrępowanie to będzie pogłębiać. Biegły może mieć wówczas problemy z koncentracją, aparatura rejestrująca (kamery, mikrofony) może go rozpraszać, co niekorzystnie może wpłynąć na przebieg czynności, a w efekcie – na środek dowodowy, służący wszak poczynieniu prawdziwych ustaleń faktycznych. Jednakże pomi-

mo skrępowania biegłego obecnością przedstawicieli mediów i sprzętu rejestrującego nie jest możliwe zarządzenie opuszczenia przez nich sali rozpraw.

Wątpliwości wywołuje możliwość stosowania dyspozycji art. 357 § 5 k.p.k. w sytuacji konfrontacji świadka i oskarżonego. Zgodnie bowiem z art. 172 k.p.k. w celu wyjaśnienia sprzeczności można konfrontować osoby przesłuchiwane. Zatem w przypadku, gdy sprzeczności występują w wyjaśnieniach oskarżonego i zeznaniach świadka, osoby te mogą zostać skonfrontowane. Jeżeli więc obecność przedstawicieli mediów wpływa krępująco na świadka, możliwe byłoby zarządzenie opuszczenia przez nich sali rozpraw. Jednakże w ramach tej samej czynności wyjaśnienia także składa oskarżony, w odniesieniu zaś do tego źródła dowodowego nie ma podstaw do stosowania art. 357 § 5 k.p.k. Wprawdzie przepis art. 357 § 5 k.p.k. dotyczy sytuacji konkretnie określonej, ma charakter wyjątkowy, a więc nie powinien być wykładany rozszerzająco, jednakże zasadne wydaje się przyjęcie, że może on mieć zastosowanie przy konfrontacji oskarżonego i świadka. Skoro jego celem jest zapewnienie świadkowi warunków sprzyjających pełnej, szczerzej i spontanicznej relacji, również w sytuacji konfrontacji takie warunki powinny być stworzone. Takie rozumienie zakresu stosowania art. 357 § 5 k.p.k. uwzględnia *ratio legis* tego przepisu i pozwala również na możliwe pełne dążenie do ustalenia rzeczywistych okoliczności faktycznych.

Opuszczenie sali rozpraw przez przedstawicieli mediów nie może nastąpić w przypadku, gdy ich obecność może oddziaływać krępująco na wyjaśnienia oskarżonego. To źródło dowodowe nie wchodzi w zakres hipotezy art. 357 § 5 k.p.k. Zatem niezależnie od krępującego wpływu, jaki może mieć obecność dziennikarzy na sali rozpraw na wyjaśnienia oskarżonego, nie ma podstaw do zarządzenia opuszczenia przez nich sali. Również w przypadku, gdy oskarżony oświadczy, że nie będzie składał wyjaśnień w obecności przedstawicieli środków masowego przekazu i w razie nie-

opuszczenia przez nich sali rozpraw odmówi składania wyjaśnień, przepis art. 357 § 5 k.p.k. nie zawiera podstawy do zarządzenia opuszczenia sali rozpraw przez dziennikarzy. Wówczas rejestracja przebiegu rozprawy skutkować będzie niemożnością pozyskania środka dowodowego w postaci wyjaśnień oskarżonego. Zbiór dowodów w sprawie zostanie zatem zubożony. Taka zaś sytuacja nie przyczynia się do opierania ustaleń faktycznych na pełnym materiale dowodowym, a w konsekwencji – do zagwarantowania, że odpowiadają one rzeczywistości stanowi rzeczy.

W takim przypadku wyraźna jest kolizja pomiędzy prawem społeczeństwa do informacji o przebiegu postępowania karnego, którego elementem jest możliwość rejestrowania przez przedstawicieli mediów przebiegu rozprawy, a dążeniem do zebrania pełnego materiału dowodowego, co gwarantuje czynienie prawdziwych ustaleń faktycznych w sprawie. Najbardziej widoczne jest to w sytuacji, gdy wyjaśnienia oskarżonego stanowią jedyny osobowy środek dowodowy (nie było innych osób będących świadkami zdarzenia). Wówczas brak możliwości odmowy zezwolenia na rejestrowanie przebiegu rozprawy przez przedstawicieli środków masowego przekazu wyłączy pozyskanie jedynego pierwotnego osobowego środka dowodowego, czego następstwem będzie zmniejszenie zakresu zgromadzonego materiału dowodowego, co w konsekwencji rzutować może na ograniczenie realizacji zasady prawdy materialnej. Wyjaśnienia oskarżonego, będącego wyłącznym osobowym środkiem dowodowym, podlegają – rzecz jasna – ocenie i nie muszą okazać się wiarygodne, jednakże aprioryczne wyłączenie ich ze zbioru dowodów oznacza ograniczenie dążenia do ustalenia okoliczności faktycznych na podstawie wszystkich możliwych do uzyskania dowodów. Im pełniejszy zaś materiał dowodowy, tym większa możliwość ustalenia prawdziwych okoliczności faktycznych, a tym samym – realizacji zasady prawdy materialnej.

W sytuacji odmowy składania przez oskarżonego wyjaśnień z uwagi na ich utrwalenie przez przedstawicieli mediów dochodzi więc

do kolizji wartości, a unormowanie art. 357 § 1 k.p.k. w obecnym kształcie daje prymat zasadzie jawności zewnętrznej pośredniej. Zasada prawdy materialnej, której realizacja determinowana jest przez sposób gromadzenia i oceny dowodów, nie jest elementem mającym jakikolwiek wpływ na decyzję o rejestrowaniu przebiegu rozprawy przez przedstawicieli środków masowego przekazu. Dopuszczalność rejestracji obrazu i dźwięku z rozprawy głównej przez przedstawicieli środków masowego przekazu jest zasadą, od której nie przewidziano wyjątków. Sposób regulacji art. 357 § 5 k.p.k. nie wskazuje bowiem na wprowadzenie ograniczenia bezwzględnej dopuszczalności rejestrowania przez przedstawicieli mediów przebiegu rozprawy głównej. W przepisie tym nie ma bowiem mowy o wyłączeniu dopuszczalności rejestracji lub o odmowie zezwolenia na dokonywanie rejestrowania przebiegu rozprawy; możliwe jest jedynie zarządzenie przez przewodniczącego czasowego opuszczenia sali rozpraw przez przedstawicieli mediów. Zatem względ na dążenie do ustalenia prawdziwych okoliczności sprawy, zgodnie z zasadą prawdy materialnej, nie może stanowić podstawy do wyłączenia dopuszczalności rejestrowania przebiegu rozprawy przez przedstawicieli mediów. Przepis art. 357 § 1 k.p.k. w obecnym kształcie zapewnia pełną realizację zasady jawności zewnętrznej pośredniej, nawet jeżeli miałyby się to odbywać z ograniczeniem zasady prawdy materialnej.

W poprzednim stanie prawnym przepis art. 357 § 1 k.p.k. przewidywał przesłankę pozytywną udzielenia zezwolenia na rejestrowanie przebiegu rozprawy głównej za pomocą aparatury audiowizualnej (uzasadniony interes społeczny), jak i okoliczności uzasadniające odmowę takiego zezwolenia – ważny interes uczestnika postępowania oraz utrudnianie prowadzenia rozprawy przez czynności utrwalające obraz i dźwięk. Pojęcie utrudniania prowadzenia rozprawy zawierało w sobie zarówno kwestie techniczne, jak i utrudnienia związane z koncentracją organów procesowych i innych uczestników postępowania na

badaniu okoliczności sprawy<sup>43</sup>. Zatem w przypadku negatywnego wpływu obecności przedstawicieli mediów na przebieg postępowania dowodowego możliwe było wyłączenie dopuszczalności rejestracji przebiegu rozprawy głównej. Ocena taka mogła następować apriorycznie, jak i w trakcie rozprawy – w przypadku stwierdzenia, że rejestrowanie przebiegu rozprawy głównej niekorzystnie wpływa na przebieg czynności.

Obecna regulacja dotycząca dopuszczalności rejestrowania przebiegu rozprawy przez przedstawicieli środków masowego przekazu statuuje bezwzględną zasadę możliwości takiej rejestracji. Wprawdzie sąd wydaje postanowienie, zezwalając na dokonywanie rejestrowania przebiegu rozprawy głównej, jednakże – z uwagi na brak jakichkolwiek przesłanek warunkujących treść decyzji procesowej – może mieć ono tylko jednorodzącą treść. Nawet w przypadku, gdy obecność przedstawicieli mediów i aparatury rejestrującej ma niekorzystny wpływ na przebieg postępowania dowodowego, nie ma możliwości odmowy zezwolenia na rejestrację przebiegu rozprawy. Możliwe jest jedynie zarządzenie

przez przewodniczącego czasowego opuszczenia sali rozpraw przez przedstawicieli mediów, i to tylko wówczas, gdy ich obecność może wpływać krępująco na zeznania świadka. Takie ujęcie wydaje się zbyt wąskie, mogą bowiem występować sytuacje dotyczące innych niż świadek osobowych źródeł dowodowych, kiedy to rejestrowanie przebiegu rozprawy może niekorzystnie wpływać na przebieg postępowania dowodowego. Całkowity brak możliwości odmowy zezwolenia na rejestrowanie przebiegu rozprawy głównej prowadzić może niekiedy do kolizji zasady jawności zewnętrznej pośredniej procesu karnego z zasadą prawdy materialnej. Przyznanie w takiej sytuacji całkowitego prymatu zasadzie jawności nie może być oceniane korzystnie z punktu widzenia celu procesu karnego i nie spełnia wymogu proporcjonalności. Zasadne więc wydaje się rozszerzenie katalogu okoliczności uzasadniających zarządzenie opuszczenia sali rozprawy przez przedstawicieli środków masowego przekazu lub też wprowadzenie wyjątku od zasady określonej w art. 357 § 1 k.p.k. – z uwagi na konieczność realizacji zasady prawdy materialnej.

<sup>43</sup> J. Izydorczyk, *Jawność rozprawy głównej*, s. 94; M. Kuźma, *Udział mediów*, s. 400; R. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. Przyjemski, R. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks*, s. 228.

## Summary

*Sebastian Brzozowski*

### **THE RECORDING OF THE COURSE OF THE MAIN HEARING IN A CRIMINAL PROCEDURE BY THE REPRESENTATIVES OF MASS MEDIA (ARTICLE 357 OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE)**

The subject of the article are the issues concerning the recording of the course of the main hearing in a criminal procedure by the representatives of mass media – after the change of the Article 357 of the Code of Criminal Procedure. Presently it is unconditionally permitted for the representatives of mass media to record the course of the main hearing. Only in exceptional case, when the presence of the representatives of mass media could have an unfavourable influence on the testimony of the witness, the presiding judge may order them to leave the room. Any other cases of the unfavourable influence of the presence of the representatives of mass media up on the evidential proceedings cannot be the ground of leaving the room by them. In case of the conflict between the principle of open main hearing and endeavor to obtain the full possible evidence,

priority is given to the principle of main hearing openness. It may lead however to the limitation of the principle of the material truth.

**KEY WORDS:** criminal proceedings, open main hearing, recording of the course of main hearing, representatives of mass media, evidential proceedings

**POJĘCIA KLUCZOWE:** postępowanie karne, jawność rozprawy, rejestrowanie przebiegu rozprawy, przedstawiciele środków masowego przekazu, postępowanie dowodowe

## (NIE)KONSTYTUCYJNOŚĆ OBLIGATORYJNEGO PRZEKAZANIA SPRAWY PROKURATOROWI W CELU UZUPEŁNIENIA ŚLEDZTWA LUB DOCHODZENIA

### 1. WPROWADZENIE

Celem niniejszego artykułu jest analiza konstytucyjności oraz ewentualne dokonanie prokonstytucyjnej wykładni art. 5 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta<sup>1</sup>. Przepis ten wprowadził obligatoryjne przekazanie sprawy prokuratorowi na jego wniosek w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia. W toku nowelizacji wyłączono zastosowanie art. 344a § 3 k.p.k. Tym samym zażalenie na postanowienie o przekazaniu miało być niedopuszczalne.

W tle poniższych rozważań konieczne jest zaznaczenie, że wprowadzenie tego przepisu jest jednym z kilku ostatnich działań legislatora istotnie zaburzających zasadę równości stron, dając prokuratorowi (oskarżycielowi publicznemu) uprawnienia często większe niż sądowni. Tym samym zwiększa się uprawnienia procesowe prokuratora kosztem oskarżonego, jednocześnie umniejszając rolę sądu. Po pierwsze, chodzi o art. 360 § 2 k.p.k., który ogranicza swobodę wyłączania jawności rozprawy, warunkując ją brakiem sprzeciwu prokuratora, który jest wiążący dla sądu. Kontrola prokuratora nad jawnością jest więc totalna. Druga strona takich uprawnień nie posiada. W ten sposób doszło do uprzywilejowania strony,

która w interesie publicznym może widzieć jawność rozprawy. Ta ostatnia może jednak naruszać prawo do prywatności także oskarżonego, który pozostaje pod ochroną zasady domniemania niewinności. Po drugie, art. 168a k.p.k. wprowadza jako zasadę dopuszczalność w toku procesu dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego<sup>2</sup>. Po trzecie, art. 523 § 1a k.p.k. pozwala Ministrowi Sprawiedliwości – Prokuratorowi Generalnemu na wniesienie kasacji w sprawach o zbrodnie wyłącznie z powodu niewspółmierności kary. Takiego uprawnienia nie ma np. Rzecznik Praw Obywatelskich. W praktyce taka kasacja jest wykorzystywana faktycznie tylko na niekorzyść oskarżonego. Sama w sobie burzy system kasacji, która jest modelowo kasacją od prawa. Tymczasem wprowadzono kasację od faktów, a więc *de facto* trzecią instancję<sup>3</sup>.

Wprowadzenie instytucji obligatoryjnego przekazania sprawy prokuratorowi na jego wniosek wpisuje się w powyższe działania.

### 2. TREŚĆ PRZEPISU WRAZ Z JEGO WYKŁADNIĄ

Z dniem 5 sierpnia 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, usta-

<sup>1</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 1070.

<sup>2</sup> Szerzej: S. Brzozowski, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w kontekście art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, nr 1–2, s. 52–59; por. D. Gruszecka, *W kwestii interpretacji znowelizowanego przepisu art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, nr 1–2, s. 60–77.

<sup>3</sup> Por. P. Kardas, *Model postępowania kasacyjnego w świetle najnowszych zmian w polskiej procedurze karnej*, (w:) *Verba Volent, Scripta Manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzczak, R. Olszewski, Warszawa 2017, s. 144–161.



wy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (dalej „ustawa nowelizująca”).

Stosownie do art. 5 ustawy nowelizującej w brzmieniu obowiązującym od 5 sierpnia do 30 listopada 2016 r.: „Jeżeli w sprawach, w których przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy skierowano do sądu akt oskarżenia, wniosek o wydanie wyroku skazującego, wniosek o warunkowe umorzenie postępowania lub wniosek o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego, ujawniły się istotne okoliczności, konieczność poszukiwania dowodów lub zachodzi konieczność przeprowadzenia innych czynności mających na celu wyjaśnienie okoliczności sprawy, sąd na wniosek prokuratora przekazuje mu sprawę w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia. Przepis art. 344a § 3 ustawy, o której mowa w art. 1, stosuje się”.

W uzasadnieniu poselskiego projektu ustawy (druk sejmowy nr 451) wskazano, że: „Wskutek wejścia w życie ustawy w prowadzonych postępowaniach karnych na etapie rozpoznania sprawy przez sąd może pojawić się konieczność zmiany podmiotowej i przedmiotowej oskarżenia. Dotyczyć to może zarówno postępowań wszczętych przed 1 lipca 2015 r., po tej dacie i po 15 kwietnia 2016 r., a więc postępowań toczących się według różnych reguł postępowania w zakresie dowodów. W wyniku częściowego uchylecia tajemnicy lekarskiej lub interwencji organizacji społecznych może dojść do pojawienia się nowych okoliczności, konieczności poszukiwania nowych dowodów lub choćby uzasadnionego podejrzenia, że zebrany materiał dowodowy zawiera znaczne braki, które wymagają uzupełnienia w postępowaniu przygotowawczym. Jeśli braki te mają charakter ograniczony ich uzupełnienie może nastąpić w trakcie rozprawy. Jeśli na-

tomiast mają one znacznie szerszy charakter brak jest obecnie przepisów pozwalających na ich skuteczne uzupełnienie bez nadmiernego przedłużania postępowania sądowego. Z tego względu w projekcie zaproponowany został przepis o charakterze incydentalnym pozwalający na zwrot do postępowania przygotowawczego każdej sprawy, w której oskarżyciel publiczny nabral wątpliwości, co do jej prawidłowości merytorycznej. Zwrot sprawy w przypadku wystąpienia z wnioskiem ma charakter obligatoryjny, choć ograniczony jest negatywnymi konsekwencjami w postaci ryzyka, że po upływie terminu o którym mowa w ust. 2 wniosek zostanie uznany za cofnięcie aktu oskarżenia”<sup>4</sup>.

W myśl art. 4 ustawy nowelizującej: „Do postępowań wszczętych i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą”.

Ustawą z dnia 30 listopada 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw<sup>5</sup> (dalej: ustawa z 30 listopada 2016 r.) dokonano zmiany powyższego przepisu. Stosownie do art. 10 ustawy z 30 listopada 2016 r. art. 5 ust. 1 ustawy nowelizującej otrzymał następujące brzmienie: „Jeżeli w sprawach, w których przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy skierowano do sądu akt oskarżenia, wniosek o wydanie wyroku skazującego, wniosek o warunkowe umorzenie postępowania lub wniosek o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego, ujawniły się istotne okoliczności, konieczność poszukiwania dowodów lub zachodzi konieczność przeprowadzenia innych czynności mających na celu wyjaśnienie okoliczności sprawy, sąd na wniosek prokuratora złożony przed wydaniem wyroku przekazuje mu sprawę w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia. Przepisu art. 344a

<sup>4</sup> Uzasadnienie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk nr 451), s. 13–14, dostępny na stronie: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=451> (ostatni dostęp: 11 grudnia 2017 r.).

<sup>5</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 2103,

§ 3 ustawy, o której mowa w art. 1, nie stosuje się”. Powyższy przepis wszedł w życie z dniem 1 grudnia 2016 r.<sup>6</sup>

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z 30 listopada 2016 r.: „Do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepis art. 5 ustawy zmienianej w art. 10, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą”. W myśl ustępu 2 wskazanego przepisu: „Zażalenie wniesione zgodnie z art. 5 ust. 1 zdanie drugie ustawy zmienianej w art. 10, w brzmieniu dotychczasowym, i nierozpoznane do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy sąd odwoławczy pozostawia bez rozpoznania, a jeżeli nie zostało jeszcze przyjęte – prezes sądu pierwszej instancji odmawia jego przyjęcia. Przepisów art. 429 § 2 oraz art. 430 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1749 i 1948) nie stosuje się”.

W myśl nowej regulacji wnioski prokuratora o przekazanie mu sprawy w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia ma być dla sądu wiążący, a jednocześnie strony postępowania nie mogą zaskarżyć tej decyzji. Jest tak z uwagi na fakt, że art. 344a § 3 k.p.k. nie znajdzie tu zastosowania. W konsekwencji postanowienia sądu w tym zakresie nie są zaskarżalne.

Instytucja zwrotu sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia postępowania przygotowawczego funkcjonowała w polskim prawie do 30 czerwca 2015 r. (art. 345 k.p.k.). Przepis ten został uchylony 1 lipca 2015 r., z dniem wejścia w życie zmiany wynikającej z ustawy z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247 z późn. zm.). Aktualnie (od 15 kwietnia 2016 r.) obowiązujący art. 344a k.p.k. jest literalnym odwzorowaniem dawnego art. 345 k.p.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji w 2015 r.

<sup>6</sup> Zgodnie z art. 16 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r.

<sup>7</sup> Zob. Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (ogólna charakterystyka)*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12, s. 102.

<sup>8</sup> Wyroki TK z: 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK 1998, nr 4, poz. 50; 2 kwietnia 2001 r., SK 10/00, OTK 2001, nr 3, poz. 52; 18 lipca 2012 r., K 14/12, OTK-A 2012, nr 7, poz. 82; 22 października 2013 r., SK 14/11, OTK-A 2013, nr 7, poz. 101.

<sup>9</sup> Por. wyrok TK z 24 lipca 2006 r., SK 8/06.

### 3. STANDARDY KONSTYTUCYJNE

Zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP wynika w związku z tym konstytucyjne prawo dostępu do sądu.

Jako komponent prawa do sądu wskazuje się prawo do odpowiedniego (a zatem sprawiedliwego) ukształtowania postępowania sądowego. Podkreślony został więc procesowy wymiar prawa do sądu<sup>7</sup>. Nie spełnia standardu konstytucyjnego samo umożliwienie osobie zwrócenia się ze sprawą do sądu. By temu sprostać, postępowanie powinno być jawne, sprawiedliwe i sprawne, a sąd powinien być organem niezależnym, bezstronnym i niezawisłym<sup>8</sup>. Brak którejkolwiek z tych cech niweczy prawo do sądu. Celem odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej nie może być ograniczanie dostępu do sądu. Przeciwnie, chodzi o takie uporządkowanie postępowania sądowego, by każdy mógł zrealizować swoje prawo dostępu do sądu, mając możliwość procesowego przewidzenia sposobu postępowania sądu<sup>9</sup>. Zaznaczyć należy również, że swoboda ustawodawcy kształtowania odpowiednich procedur nie oznacza dopuszczalności wprowadzania rozwiązań arbitralnych.

Przy ocenie regulacji art. 5 ustawy nowelizującej znaczenie ma również podstawa normatywna zasady sprawiedliwości społecznej wyrażona w art. 2 Konstytucji RP. Stosownie do jego treści „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Do pojęcia sprawiedliwości Konstytucja RP nawiązuje jeszcze w art. 45 ust. 1, art. 175 ust. 1 i art. 177. Nawiązanie to łączy zasadę

sprawiedliwości z prawem do sądu i jego instytucjonalnymi gwarancjami.

Zasada sprawiedliwości proceduralnej ma uniwersalny charakter, dotyczy wszystkich etapów i rodzajów postępowania<sup>10</sup>. Sprawiedliwość proceduralna jest odzwierciedleniem nakazu takiego ukształtowania rozwiązań procesowych, aby zagwarantować należyte i sprawiedliwe rozpoznanie sprawy, z poszanowaniem uprawnień stron i uczestników postępowania, które powinny być traktowane w sposób podmiotowy. Sprawiedliwość proceduralna obejmuje wymagania, które pod względem przedmiotowym mieszczą się w obrębie modelu sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez sąd, postrzeganego jako rzetelne postępowanie *sensu stricto* (prawo do wysłuchania, prawo do informowania o motywach rozstrzygnięcia, przewidywalność postępowania).

W orzecznictwie wskazuje się trzy takie gwarancje: po pierwsze, prawo do wysłuchania; po drugie, prawo do uzasadnienia lub prawo do informowania; po trzecie, zapewnienie przewidywalności postępowania<sup>11</sup>. Jako czwartą gwarancję wskazuje się konieczność zapewnienia „równości broni”<sup>12</sup>. Przez równość broni należy rozumieć tutaj zakres uprawnień procesowych (równouprawnienie<sup>13</sup>), a nie pozycję, jaką strony zajmują w procesie karnym. Oskarżony nigdy bowiem nie będzie mieć w procesie pozycji równej siłą oskarżycielowi, który posiada cały aparat ścigania i reprezentuje pań-

stwo<sup>14</sup>. Dochodzą do tego różnice w umiejętnościach profesjonalnego prowadzenia sporu.

Równość broni jest koniecznym elementem zasady kontradiktoryjności<sup>15</sup>. O kontradiktoryjności mówimy tam, „gdzie sąd, który ma rozstrzygać spór pomiędzy stronami, ma pozycję niezależną od stron i nie angażuje się po żadnej stronie tego sporu. W przeciwnym razie traci on przymiot bezstronności stanowiący jeden z fundamentów procesu opartego na zasadzie kontradiktoryjności”<sup>16</sup>. Proces kontradiktoryjny pozwala na zachowanie sprawiedliwych reguł gry, sprzyjając realizacji prawa do rzetelnego procesu sądowego. Chodzi o to, by strony mogły podjąć walkę o korzystne dla siebie rozstrzygnięcie. Gwarancją takiego stanu rzeczy jest umożliwienie stronom aktywnego udziału w postępowaniu i ograniczenie możliwości dysponowania przedmiotem procesu<sup>17</sup>. Zdaniem S. Śliwińskiego „proces skargowy to proces stron, to walka oskarżyciela i oskarżonego, stojących w charakterze równouprawnionych (w zasadzie) stron przed sędzią. Proces skargowy to trójpodmiotowy twór prawny (oskarżyciel, oskarżony i sędzia) (...) Proces skargowy polega na rozdzieleniu funkcji, na podziale pracy, na wyodrębnieniu ról w procesie i przydzieleniu różnych zadań różnym osobom, polega na oddzieleniu oskarżenia, obrony i orzekania”<sup>18</sup>. Zasada kontradiktoryjności bywa również definiowana jako dyrektywa prowadzenia procesu karnego w formie sporu

<sup>10</sup> Zob. wyroki Trybunału z 30 maja 2007 r., SK 68/06, OTK ZU 2007, nr 6/A, poz. 53 oraz z 20 maja 2008 r., P 18/07, OTK ZU 2008, nr 4/A, poz. 61 i powołane tam orzecznictwo.

<sup>11</sup> Zob. wyroki TK z: 31 marca 2005 r., SK 26/02, OTK-A 2005, nr 3, poz. 29; 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK-A 2006, nr 1, poz. 2; 2 października 2006 r., SK 34/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 118; 20 listopada 2007 r., SK 57/05, OTK-A 2007, nr 10, poz. 125; 26 lutego 2008 r., SK 89/06, OTK-A 2008, nr 1, poz. 7; 12 stycznia 2010 r., SK 2/09, OTK-A 2010, nr 1, poz. 1; 18 października 2011 r., SK 39/09, OTK-A 2011, nr 8, poz. 84; 8 kwietnia 2014 r., SK 22/11, OTK-A 2014, nr 4, poz. 37.

<sup>12</sup> Zob. wyroki TK z: 12 marca 2002 r., P 9/01, OTK-A 2002, nr 2, poz. 14; 6 grudnia 2004 r., SK 29/04, OTK-A 2004, nr 11, poz. 114; 15 kwietnia 2009 r., SK 28/08, OTK-A 2009, nr 4, poz. 48; 12 stycznia 2010 r., SK 2/09, OTK-A 2010, nr 1, poz. 1; 20 października 2010 r., P 37/09, OTK-A 2010, nr 8, poz. 79.

<sup>13</sup> A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 172.

<sup>14</sup> P. Hofmański, (w:) P. Wiliński, *Zasady procesu karnego, cz. 1, System Prawa Karnego Procesowego*, tom III, Warszawa 2014, s. 643.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 644.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 645.

<sup>18</sup> S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym*, Warszawa 1948, s. 97–98.

równouprawnionych stron przed bezstronnym sądem<sup>19</sup>.

Ustawodawca nie ma niczym nieograniczonej swobody przy kształtowaniu uprawnień stron postępowania. Nie może wprowadzać rozwiązań arbitralnych, które w sposób nieproporcjonalny ograniczałyby prawa procesowe strony wykonywane w celu realizacji zasady rzetelnego procesu sądowego. Ustawodawca powinien mieć na względzie ogólne cele postępowania oraz sprawność postępowania, wyważywszy kolidujące interesy. Należy dbać o to, by w imię zwiększenia efektywności postępowania, jego szybkości, nie doszło do wypaczenia pozycji stron. Tym samym bowiem dojdzie do zachwiania równowagi stron procesowych, co doprowadzi do naruszenia zasady sprawiedliwości proceduralnej, co może skutkować arbitralnym rozstrzygnięciem. Ostatecznie doszłoby do naruszenia gwarancji konstytucyjnych związanych z prawem do sądu<sup>20</sup>.

#### 4. STANDARDY STRASBURSKIE

Nie bez znaczenia przy ocenie regulacji jest art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>21</sup> (dalej: EKPC) oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz). Zgodnie ze wskazanym przepisem: „Každy 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 wytoczo-

nej przeciwko niemu sprawie karnej. Postępowanie przed sądem jest jawne, jednak prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości”.

Próbie definicji równości broni podjął Trybunał w wyroku w sprawie *Dombo Beheer B.V.*<sup>22</sup> ETPCz wielokrotnie powtarzał, że zasada kontradyktoryjności oraz zasada równości broni są ściśle z sobą powiązane i stanowią podstawowe komponenty koncepcji „rzetelnego procesu” w rozumieniu art. 6 EKPC. Wymagają zachowania „sprawiedliwego wyważenia” między stronami: każda strona musi mieć zagwarantowaną możliwość zaprezentowania swojej sprawy w warunkach, które nie postawią jej w niekorzystnej sytuacji w stosunku do swojego przeciwnika procesowego<sup>23</sup>.

Trybunał zauważył jednak, że powyższe prawa nie mają charakteru absolutnego. Państwa dysponują w tym zakresie pewnym marginesem oceny. Do Trybunału należy ostateczna ocena, czy wymagania Konwencji zostały spełnione<sup>24</sup>.

Można wskazać poszczególne elementy kontradyktoryjności odnoszone do udziału stron w postępowaniu, prowadzenia postępowania dowodowego i innych jej aspektów. Do katalogu praw szczegółowych składających się

<sup>19</sup> A. Murzynowski, *Istota*, s. 171; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 123.

<sup>20</sup> Zob. wyrok TK z 28 lipca 2004 r., P 2/04, OTK-A 2004, nr 7, poz. 72.

<sup>21</sup> Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284.

<sup>22</sup> Wyrok ETPCz z 27 marca 1993 r. w sprawie nr 14448/88, *Dombo Beheer B.V. v. Holandia*, § 33.

<sup>23</sup> Wyrok ETPCz z 23 maja 2016 r. w sprawie nr 17502/07, *Avotiņš v. Lotwa* (Wielka Izba), § 119, Hudoc; wyrok ETPCz z 19 września 2017 r. w sprawie nr 35289/11, *Regner v. Czechy*, § 146.

<sup>24</sup> Wyrok ETPCz z 10 lipca 1998 r. w sprawie nr 20390/92, *Tinnelly & Sons Ltd i inni oraz McElduff i inni v. Zjednoczone Królestwo*, § 72, Hudoc; wyrok ETPCz z 12 lipca 2001 r. w sprawie nr 42527/98, *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Niemcy* (Wielka Izba), § 44, Hudoc; oraz wyrok ETPCz z 19 marca 2002 r. w sprawie nr 24265/94, *Devenney v. Zjednoczone Królestwo*, § 23.

na prawo do rzetelnego postępowania należą w szczególności: 1) zasada równości broni, 2) prawo wglądu do akt, 3) prawo do wysłuchania, 4) prawo do uzasadnienia orzeczenia, 5) prawo do uczestnictwa w procesie, 6) prawo do kontradiktoryjnego postępowania dowodowego, 7) zasada *res iudicata*<sup>25</sup>.

Zachowanie równowagi między uprawnieniami i obowiązkami stron (zasada równości broni) przesądza o tym, czy proces karny można uznać za rzetelny w rozumieniu art. 6 EKPC. Przed wniesieniem aktu oskarżenia do sądu, to jest w toku postępowania przygotowawczego, nie ma procesowej równowagi między stronami, z uwagi na fakt, że to organ je prowadzący jest gospodarzem postępowania, a następnie najczęściej występuje w charakterze oskarżyciela. Wniesienie oskarżenia zmienia tę sytuację. Sąd jest gospodarzem postępowania, a między stronami, tj. między oskarżycielem a oskarżonym, powinna istnieć względna równowaga procesowa. Oczywiście nie sposób tu mówić o pełnej równowadze, jaka ma miejsce w postępowaniu cywilnym, gdyż na oskarżycielu ciąży obowiązek dowiedzenia winy, a na oskarżonym prawo wyboru określonej strategii obrony (aktywna bądź pasywna).

O ile przy zasadzie zakazu dyskryminacji chodzi o zapewnienie równego traktowania jednostkom znajdującym się w takiej samej sytuacji, o tyle w przypadku równości broni rzecz dotyczy podmiotów znajdujących się w procesowych pozycjach przeciwstawnych wobec siebie<sup>26</sup>.

Mowa tu również o innych sytuacjach podpadania pod zasadę równości broni, w ramach równego traktowania stron przez sąd. Dla przykładu, naruszenie zasady równości broni ma miejsce wówczas, gdy w naradzie sądu poprze-

dzającej wydanie wyroku uczestniczy oskarżyciel. Takie procedowanie narusza nie tylko równość broni, ale także wymóg bezstronności sądu, przynajmniej w subiektywnej ocenie oskarżonego, który w naradzie uczestniczyć nie może<sup>27</sup>. Za niezgodną z zasadą równości broni uznana też została praktyka francuskiego sądu kasacyjnego polegająca na doręczaniu przedstawicielowi prokuratury projektu orzeczenia przygotowanego przez sprawozdawcę, podczas gdy projektu tego nie doręczano obronie<sup>28</sup>.

## 5. ANALIZA KONSTYTUCYJNOŚCI ART. 5 USTAWY NOWELIZUJĄCEJ

Problem konstytucyjny, jaki pojawia się na tle tego przepisu, dotyczy tego, czy respektowane jest przez ustawodawcę prawo do sądu, które gwarantuje rzetelne i sprawiedliwe postępowanie sądowe, w którym zachowana jest równość stron procesowych oraz władcza pozycja sądu jako gospodarza procesu karnego po wniesieniu aktu oskarżenia. Równocześnie, czy aktualne rozwiązanie narusza zasadę równości broni stron postępowania karnego, czyniąc z prokuratora podmiot decyzyjny postępowania przed sądem, którego wniosków sąd nie może nie uwzględnić.

Sama literalna wykładnia przepisu art. 5 ustawy nowelizującej skutkuje konstatacją niezgodności omawianego przepisu z art. 45 ust. 1 i art. 2 Konstytucji RP, a także z art. 6 ust. 1 EKPC.

W istocie powyższe rozwiązanie stanowią naruszenie konstytucyjnego prawa do sądu, które gwarantuje rzetelne i sprawiedliwe postępowanie sądowe, w którym zachowana jest

<sup>25</sup> A. Wróbel, *Komentarz do art. 6 Konwencji*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Zob. wyrok ETPCz z 30 października 1991 r. w sprawie nr 12005/86, *Borgers v. Belgia*, § 24 i n.; wyroki ETPCz z 20 lutego 1996 r.: w sprawie nr 15764/89, *Lobo Machado v. Portugalia*, § 32 i n.; w sprawie nr 19075/91, *Vermeulen v. Belgia*, § 34; z 8 lipca 2003 r. w sprawach nr 38410/97 i 40373/98, *Fontaine i Bertin v. Francja*, § 64 i n.

<sup>28</sup> Zob. wyroki ETPCz z 31 marca 1998 r. w sprawach nr 21/1997/805/1008 i 22/1997/806/1009 *Reinhardt i Slimane-Kaid v. Francja*, § 105.

równość stron procesowych oraz władcza pozycja sądu jako gospodarza procesu karnego po wniesieniu aktu oskarżenia. Równocześnie naruszają zasadę równości broni stron postępowania karnego, czyniąc z prokuratora podmiot decyzyjny postępowania przed sądem, którego wniosków sąd nie może nie uwzględnić. Pozostawienie do dyspozycji prokuratora decyzji co do zwrotu skutkuje naruszeniem konstytucyjnego prawa dostępu do sądu oraz narusza zasadę równości broni.

Takie ukształtowanie przepisu sprawia, że o losach postępowania decyduje prokurator, a więc organ inny niż sąd. Nie ma bowiem żadnych ograniczeń swobody decyzji prokuratora. Przepis bynajmniej o nich nie wspomina. Wskazane w przepisie ograniczenia są zbyt nieprecyzyjne, by mogły być uznane za obiektywne. W konsekwencji dopuszczalność składania wniosku przez prokuratora jest niczym niekontrolowana i pozwala na całkowitą dowolność jego działań. Jednocześnie złożenie wniosku obliguje sąd do jego uwzględnienia, co oznacza, że to prokurator, a nie sąd w tym wypadku, staje się gospodarzem procesu.

Trybunał Konstytucyjny uznał za niekonstytucyjną podobną próbę ograniczenia uprawnień sądu w postępowaniu zmierzającym do uchylecia immunitetu sędziemu, któremu prokurator zamierzał postawić zarzut popełnienia przestępstwa<sup>29</sup>. Trybunał uznał możliwość arbitralnego wyłączenia jawności tych materiałów postępowania przygotowawczego, które uzasadniają wniosek prokuratora o tymczasowe aresztowanie, za niezgodną z art. 2 oraz art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Jak wynika z uzasadnienia TK, przyjęta w kontrolowanym przepisie konstrukcja zmieniła postępowanie sądowe w postępowanie inkwizycyjne. Prokuratorowi wyznaczono bowiem rolę wiodącą w stosunku do kompetencji sądu, bez możliwości odwołania się od decyzji prokuratora przez poddanego procedurze uchylecia immunitetu, lecz także bez jakiegokolwiek swobody decyzyjnej sądu dyscyplinarnego. To

ograniczało zarówno sam sąd dyscyplinarny, jak i obronę osoby, która ma być pozbawiona immunitetu.

Bezwzględne związanie sądu wnioskiem prokuratora powoduje, że sąd jest jedynie podmiotem legitymizującym decyzję prokuratora, co nie pozwala sprostać idei niezależności sądu jako władzy. Sąd stałby się jedynie wykonawcą decyzji prokuratora, co kłóci się z gwarancyjną rolą sądu (art. 45 Konstytucji) i co nawet może być kwestionowane z punktu widzenia zasady, że władza sądownicza jest władzą oddzieloną od innych władz (art. 10 Konstytucji).

Następuje tu bowiem ograniczenie władztwa sądu, który przestaje być gospodarzem postępowania na podstawie decyzji prokuratora. Gwarancje konstytucyjne zawarte w art. 45 Konstytucji towarzyszą postępowaniu karnemu, gdyż toczy się ono przed organem niezależnym, którego nie mogą wiązać działania orzecznicze innych władz. Niezależnie od tego, że postępowanie to ma na celu usunięcie braków związanych z przygotowaniem aktu oskarżenia w czasie obowiązywania kontradiktoryjnego modelu postępowania, postępowanie karne powinno spełniać standardy konstytucyjne i strasburskie rzetelnego postępowania sądowego. Powyższe wymaga zachowania właściwej pozycji sądu wobec prokuratora. Sąd nie może być wykonawcą woli prokuratury i musi pozostać organem bezstronnym i niezależnym, a co za tym idzie – decyzyjnym.

Skutkiem władczej pozycji prokuratora wobec sądu w zakresie zobligowania sądu do uwzględnienia w każdym wypadku jego wniosku może być możliwość sterowania postępowaniem pomiędzy jego etapem przygotowawczym a sądowym. W konsekwencji powyższe rozwiązanie narusza prawo do sądu gwarantowane w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Brak jakichkolwiek ograniczeń w możliwości ponawiania wniosku w tym samym postępowaniu godzi w nakaz rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki. Ponieważ nie ma

<sup>29</sup> Wyrok TK z 28 listopada 2007 r., K 39/07.

w istocie limitu czasowego postępowania przygotowawczego, oskarżony nie byłby w stanie oczyścić się z zarzutów, zwłaszcza że prokurator mógłby zonglować sprawą między etapem przygotowawczym a sądowym. Nie bez znaczenia jest tu również ten element prawa do sądu, który poręcza prawo do sprawiedliwego postępowania rządzącego się równością stron procesowych, przy zachowaniu władczych uprawnień sądu jako gospodarza procesu karnego po wniesieniu aktu oskarżenia<sup>30</sup>.

Prokurator uzyskuje w ten sposób dużo większe uprawnienia od oskarżonego. Taka procedura może budzić poważne wątpliwości nie tylko co do równości broni, ale także co do bezstronności sądu, związanego arbitralną decyzją prokuratora, która nie podlega żadnej kontroli sądu. W literalnym rozumieniu art. 5 ustawy nowelizującej sąd nie ma możliwości oceny zasadności wniosku prokuratora. W ten sposób ograniczona zostaje sądowa ocena, czy wniosek został dostatecznie uzasadniony i czy rzeczywiście sprawa powinna zostać przekazana prokuratorowi w celu jej uzupełnienia. Problemem w tej sytuacji jest stosunek sąd-prokuratura z punktu widzenia art. 10 Konstytucji. Przyjęte w kontrolowanych normach rozwiązanie jest ekscesywne i nieproporcjonalne. Związanie sądu wnioskiem prokuratora jest niezgodne z modelem postępowania sądowego. W tym ostatnim to sąd, biorąc pod uwagę konstytucyjny model podziału władz, jest arbitrem również w stosunku do prokuratora, jeśli występuje on w postępowaniu sądowym. Powyższe rozwiązanie jest zatem sprzeczne z art. 10 Konstytucji.

Odnosząc się do kwestii prawa dostępu do sądu wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji, należy zauważyć, że ponieważ komponentem prawa do sądu jest prawo do odpowiedniego (sprawiedliwego) ukształtowania postępowania sądowego, to odpowiednio ukształtowana procedura sądowa nie może ograniczać dostę-

pu do sądu, dając możliwość przewidzenia – od strony proceduralnej – tego, w jaki sposób toczyć się będzie postępowanie. Tymczasem art. 5 ustawy nowelizującej powyższą możliwość przewidzenia, w jaki sposób toczyć się będzie postępowanie sądowe, istotnie ogranicza z uwagi na okoliczność, że los postępowania zdany będzie na arbitralną decyzję prokuratora, który w każdej chwili może złożyć wniosek obligujący sąd do przekazania mu sprawy w celu uzupełnienia postępowania przygotowawczego.

Powierzenie prokuratorowi roli *de facto* gospodarza w postępowaniu sądowym poprzez przyznanie mu możliwości arbitralnego i nieograniczonego składania wniosku o zwrot sprawy w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia stanowi istotne naruszenie pozycji stron postępowania karnego, a tym samym naruszenie zasady równości broni, co narusza prawo oskarżonego do sądu wyrażone w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a także w art. 6 EKPC.

Naruszeniem zasady równości broni jest w tej sytuacji również pozbawienie oskarżonego możliwości zaskarżenia postanowienia sądu uwzględniającego wniosek prokuratora o zwrot sprawy. Podkreślić należy, że sytuacje, w których w sprawach karnych konieczne jest zapewnienie oskarżonemu „aktywnego” dostępu do sądu, wiążą się z korzystaniem ze środków odwoławczych, zarówno instancyjnych, jak i pozainstancyjnych<sup>31</sup>. Tymczasem postanowienie sądu uwzględniające wniosek prokuratora, wiążący w każdej sytuacji dla sądu, jest niezaskarżalne. Narusza to ewidentnie prawo dostępu do sądu oskarżonego, który powinien mieć prawo kontroli zasadności oraz legalności decyzji sądu, zwłaszcza że pociąga ona za sobą istotne skutki procesowe. Zważyć należy, że w postępowaniu odwoławczym uwzględnienie arbitralnego wniosku prokuratora ma się wiązać z uchynieniem wyroku sądu pierwszej instancji, nawet jeśli był uniewinniający. Mimo tak donio-

<sup>30</sup> Zob. W. Hermeliński, *W sądzie będzie rządził prokurator*, „Rzeczpospolita”, 15 października 2016 r.

<sup>31</sup> Co do tych ostatnich zob. wyrok ETPCz z 29 lipca 2004 r. w sprawie nr 77562/01, *San Leonard Band Club v. Malta*, § 40 i n. oraz wyrok ETPCz z 8 kwietnia 2003 r. w sprawie nr 42277/98, *Jussy v. Francja*, § 18.

słych skutków procesowych, jak „skasowanie” wyroku sądu pierwszej instancji, oskarżonemu nie pozwolono na skontrolowanie zasadności ani legalności tego typu orzeczenia poprzez odebranie mu możliwości zaskarżenia przedmiotowej decyzji sądu. Powyższe rozwiązanie stanowi również w konsekwencji pozbawienie skarżącego prawa do sądu.

Przedstawione argumenty uzasadniają zarzut, że art. 5 ust. 1 ustawy nowelizującej jest niezgodny z art. 45 ust. 1, art. 2 i art. 10 Konstytucji RP, a także z art. 6 ust. 1 EKPC.

## 6. PROPOZYCJA PROKONSTYTUCYJNEJ WYKŁADNI ART. 5 USTAWY NOWELIZUJĄCEJ

Przedstawione powyżej uwagi w dostateczny sposób uzasadniają tezę, że ustawa nie może zamykać drogi sądowej w przypadku przekazania sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia. Nie może bowiem odbierać środka zaskarżenia na postanowienie mające wpływ na dalsze losy postępowania.

Obowiązkiem sądu jest poszukiwanie wykładni zgodnej z Konstytucją RP. Wiąże się to z interpretacyjnym aspektem domniemania konstytucyjności, ale również z wynikającą z art. 8 Konstytucji RP zasadą bezpośredniego jej stosowania. To ostatnie polega w szczególności na „przenoszeniu aksjologii konstytucyjnej na płaszczyznę regulacji ustawowych w procesie wykładni”<sup>32</sup>.

Biorąc pod uwagę domniemanie konstytucyjności aktów prawnych, w procesie wykładni zachodzi konieczność uwzględnienia treści

Konstytucji w oparciu o zasadę wykładni prokonstytucyjnej. Celem jest znalezienie takiego znaczenia normy, które nie tylko nie narusza Konstytucji, ale najpełniej odzwierciedla zasady konstytucyjne<sup>33</sup>. Chodzi więc nie tylko o ratowanie regulacji budzących wątpliwości prawne, ale przede wszystkim o respektowanie zasad pełnej i słusznej legislacji państwa prawa. Równocześnie nie można przedwcześnie stwierdzać niekonstytucyjności określonego przepisu, jeżeli jest możliwa jego wykładnia w zgodzie z Konstytucją. W pierwszej kolejności należy więc poszukiwać możliwości wykładni zgodnej<sup>34</sup>. Z podobnego założenia wychodzi również Trybunał Konstytucyjny, wskazując, że „u podstaw stosowania takiej wykładni prawa przez Trybunał znajduje się konieczność gwarantowania nadrzędności Konstytucji oraz zachowania powściągliwości przez TK, który posługując się taką techniką może uniknąć skutku derogacyjnego, czyli dalej idącej ingerencji w system prawny. Technika ta sprzyja więc właściwej realizacji przepisów konstytucyjnych”<sup>35</sup>. „Nie w każdym przypadku nieprecyzyjne brzmienie lub niejednoznaczna treść przepisu uzasadniają wyeliminowanie go z obrotu prawnego w wyniku orzeczenia TK. Do wyjątków należą sytuacje, gdy dany przepis jest w takim stopniu wadliwy, że w żaden sposób, posługując się różnymi metodami wykładni, nie można go interpretować w sposób racjonalny i zgodny z Konstytucją (...) Jeśli zaś są możliwe różne sposoby interpretacji przepisu, należy dokonać wykładni w zgodzie z Konstytucją. Priorytet ma bowiem stosowanie prawa prowadzące do zachowania domniemania zgodności z Konstytucją i – w efekcie – stabilizacji systemu prawnego”<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Palestra” 2016, nr 4, s. 19; M. Gutowski, P. Kardas, *Domniemanie konstytucyjności a kompetencje sądów*, „Palestra” 2016, nr 5, s. 54–56; P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, Kraków 2003, s. 327 i n.

<sup>33</sup> M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola*, s. 20; por. również: A. Bator, A. Kozak, *Wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją*, (w:) S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005, s. 43 i n.; L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, s. 168–169; K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, s. 237.

<sup>34</sup> P. Tuleja, *Stosowanie*, s. 213.

<sup>35</sup> Wyrok pełnego składu TK z 15 stycznia 2009 r., K 45/07, OTK-A 2009, nr 1, poz. 3.

<sup>36</sup> Wyrok TK z 9 czerwca 2015 r., SK 47/13, OTK-A 2015, nr 6, poz. 81.



Odnosząc powyższe rozważania do przedmiotu niniejszego artykułu, należy wskazać, że gdyby przyjąć, iż na postanowienie o przekazanie sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia nie przysługuje zażalenie, mielibyśmy sytuację, w której to prokurator staje się *de facto* gospodarzem procesu, co nieuchronnie naruszyłoby zasadę równości stron, i tak już nadszarpniętą z uwagi na samą specyfikę postępowania karnego.

Wydaje się, że uratować sytuację może wykładnia celowościowa w zgodzie z wymienionymi już standardami konstytucyjnymi. Z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP wynika, że przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej.

W mojej ocenie możliwa jest taka wykładnia tego przepisu, która zapewni jego zgodność z Konstytucją RP. Artykuł 5 ustawy nowelizującej w sposób wyraźny wyłącza bowiem jedynie stosowanie art. 344a § 3 k.p.k., a więc

w zakresie dotyczącym możliwości złożenia zażalenia. Można więc zasadnie twierdzić, że ustawodawca nie wyłączył stosowania art. 344a § 1 i 2 k.p.k. W tym specyficznym rozwiązaniu, wymienionym w art. 5 ustawy nowelizującej, jedyne zgodne z Konstytucją rozumienie roli sądu pozwala na konstatację, iż to sąd wciąż będzie decydować o zwrocie sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia, z tym że czyni to na wniosek prokuratora. Sąd może jednak odmówić takiego zwrotu, jeżeli nie zostały spełnione pozostałe ustawowe przesłanki wymienione w art. 344a § 1 i 2 k.p.k. Prokuratorowi zaś, jako wnioskodawcy, w tej sytuacji na postanowienie o odmowie zwrotu sprawy zażalenie przysługiwać nie będzie. Wyłączenie § 3 dotyczyłoby bowiem tylko i wyłącznie prokuratora. Tylko taka wykładnia omawianego przepisu da się pogodzić z art. 45 ust. 1, art. 2 i art. 10 Konstytucji RP, a także z art. 6 EKPC.

## Summary

*Marcin Mrowicki*

### (UN)CONSTITUTIONALITY OF MANDATORY TRANSMISSION OF A CASE TO THE PROSECUTOR IN ORDER TO COMPLETE THE INVESTIGATION

The study is devoted to the analysis of the constitutionality of the mandatory transmission of a case to the prosecutor in order to complete investigation. Recent amendments of the Polish Code of Criminal Procedure enabled a prosecutor to file a motion for transmission of a case to him in order to complete the investigation. According to the statutory regulations the motion is binding for the court that has the obligation to grant it and transmit the case to the prosecutor. Furthermore, the legislator did not provide any interlocutory appeal against the court's decision granting the prosecutor's motion. In this context it is necessary, firstly, to analyze the constitutionality of the statutory provisions taking into account the adversarial hearing and the equality of arms principles, and secondly, if the regulations failed the constitutionality test, to find their proconstitutional interpretation.

**KEY WORDS:** principle of adversarial hearing, equality of arms, mandatory transmission of a case to the prosecutor in order to complete investigation, procedural position of the prosecutor, right to an effective remedy

**POJĘCIA KLUCZOWE:** zasada kontrydiktoryjności, zasada równości broni, obligatoryjne przekazanie sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia, pozycja procesowa prokuratora, prawo do skutecznego środka odwoławczego

## ODSTĄPIENIE OD OBOWIĄZKU ZAWIADOMIENIA PROKURATORA O PRZESTĘPSTWIE – ANALIZA NOWEGO UPRAWNIENIA SZEFA AGENCJI BEZPIECZEŃSTWA WEWNĘTRZNEGO

### 1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Ustawą z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych<sup>1</sup> (dalej: ustawa antyterrorystyczna) wprowadzono do polskiego porządku prawnego nową instytucję pozwalającą na pozyskanie do współpracy osób działających na rzecz innego państwa lub organizacji<sup>2</sup>. Zgodnie z art. 38 pkt 3 ustawy antyterrorystycznej oraz art. 45 pkt 4 do ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu<sup>3</sup> (dalej: ustawa o ABW) dodano przepis art. 22b, zaś do ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego<sup>4</sup> (dalej: ustawa o SKW) dodano przepis art. 27a, w których to uregulowana została przedmiotowa instytucja. Wprowadzona instytucja dotyczy jedynie Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Służby Kontrwywiadu Wojskowego, tak więc tylko dwie z polskich służb specjalnych, obie odpowiedzialne za kontrwywiad<sup>5</sup>, otrzymały nowe uprawnienia. Uprawnień przewidzianych w nowej instytucji nie otrzymała żadna inna służba czy formacja, poza tymi dwiema wskazanymi.

Przedmiotem niniejszych rozważań jest analiza nowej instytucji, znalezienie podobieństw i różnic między już istniejącymi rozwiązaniami a wprowadzonymi na mocy ustawy antyterrorystycznej oraz próba znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy polski ustawodawca zdecydował się *de iure* unormować instytucję przewerbowania.

### 2. INSTYTUCJA PRZEWERBOWANIA – ROZWAŻANIA NA TLE DOTYCHCZASOWEGO STANU PRAWNEGO

Termin „przewerbowanie” nie był i nie jest pojęciem języka prawnego oraz prawniczego. Jest to zwrot bliższy naukom o bezpieczeństwie, zajmującym się działalnością wszelkiego rodzaju formacji policyjnych, w tym służb specjalnych. Jako przewerbowanie rozumieć należy sytuację, w której osoba działająca na rzecz innego państwa lub w ramach organizacji mającej charakter przestępczy postanawia w ramach takiej działalności podjąć współpracę ze służbami bezpieczeństwa innego państwa odpowia-

<sup>1</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 904 ze zm.

<sup>2</sup> Zob. Uzasadnienie projektu ustawy o działaniach antyterrorystycznych, s. 24, dostępnego na stronach Rządowego Centrum Legislacji (dostęp: 6 czerwca 2017 r.).

<sup>3</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1897 ze zm.

<sup>4</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1318 ze zm.

<sup>5</sup> Zaliczenie ABW do służby kontrwywiadu wynika z analizy jej ustawowych zadań określonych w art. 5 ustawy o ABW, jak również z wnioskania *a contrario* z tytułu ustawy, ustawodawca bowiem nie określił jej *expressis verbis* jako służby kontrwywiadowczej, jak to uczynił w przypadku SKW, M. Białuński, *Udział prokuratury w działalności służb specjalnych – uwagi de lege lata*, (w:) *Służby wywiadowcze jako element polskiej polityki bezpieczeństwa. Historia i współczesność*, red. M. Górka, Toruń: Adam Marszałek 2016, s. 164.

dającymi za zapobieganie lub ściganie takiej działalności. Taka współpraca podjęta może zostać z różnych motywów, z których tylko przykładowo wymienić można zainteresowanie materialne czy chęć uniknięcia odpowiedzialności karnej<sup>6</sup>.

J. Larecki za przewerbowanie (często zwane także odwróceniem) uważa „proces obejmujący różnego rodzaju działania zmierzający do przeciągnięcia na swoją stronę agenta lub pracownika kadrowego wrogiej służby specjalnej, który pozornie nadal dla niej pracuje”<sup>7</sup>.

Przewerbowany, będąc nadal w obcej służbie lub organizacji, faktycznie zaczyna pracować na rzecz służby, która dokonała przewerbowania. W trakcie swojej działalności w szczególności prowadzi on działania dezinformacyjne oraz rozpracowuje własną służbę<sup>8</sup>.

Proces przewerbowania odbywa się więc jedynie w obrębie samych służb, bez ingerencji podmiotów zewnętrznych (tj. prokuratury). Proces ten ma jednak swoje konsekwencje prawne, *de iure* prowadzi bowiem do wyłączenia karalności osoby przewerbowanej. Służby w tym zakresie do tej pory działały *de facto contra legem*, w każdym bowiem przypadku zdobycia informacji o popełnionym przestępstwie miały ustawowy obowiązek wszczęcia postępowania albo zawiadomienia właściwego organu. Do dotychczasowego działania służb niemożliwe było zastosowanie jakiegokolwiek karnomaterialnej czy karnoprosesowej instytucji wyłączenia odpowiedzialności karnej. W każdej bowiem takiej instytucji dotychczas znanej systemowi prawnemu decyzję o ewentualnym włączeniu odpowiedzialności karnej podejmował sąd lub prokurator. Decyzja taka podejmowana była więc poza gestią władztwa służb specjalnych.

### 3. ZASTOSOWANIE INSTYTUCJI ODSTĄPIENIA OD ZAWIADOMIENIA PROKURATORA O PRZESTĘPSTWIE

Z racji tożsamości instytucji wprowadzonej do porządku prawnego omówiona ona zostanie na gruncie ustawy o ABW.

Ustawodawca w art. 22b ust. 1 ustawy o ABW wskazuje, że przesłanką zastosowania przedmiotowej instytucji jest uzyskanie przez ABW podczas realizacji zadań, o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy o ABW, informacji lub materiałów, które wskazują na popełnienie przestępstwa szpiegostwa albo uprawdopodobniają działalność zmierzającą do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym.

*Lege non distinguente* informacje lub materiały uzyskane przez ABW podczas realizacji zadań mogą pochodzić zarówno z podejmowanych przez nią czynności operacyjno-rozpoznawczych, jak i dochodzeniowo-śledczych. Potwierdza to także treść art. 21 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW, który wskazuje, że w granicach zadań z art. 5 ust. 1 funkcjonariusze ABW wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze i dochodzeniowo-śledcze w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw oraz ścigania ich sprawców.

Ustawodawca wskazuje, że ABW dysponować musi informacjami lub materiałami. W mojej ocenie informacja charakteryzuje się w przedmiotowej sytuacji mniejszym walorem prawdopodobieństwa zaistnienia określonego zdarzenia niż materiał. Rozważyć można także wersję, że w przypadku materiałów powinniśmy mieć do czynienia z przedmiotem w postaci nośnika fizycznego (dokument, zapis obrazu lub dźwięku). Posługiwanie się przez ustawodawcę sformułowaniem „informacje i materiały” nakazuje zastanowić się, co w przypadku, gdy ABW dysponuje dowodami (w znaczeniu

<sup>6</sup> W tej kwestii szerzej zob. T. Hanausek, *Kryminalistyka: zarys wykładu*, Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business 2009, s. 72–73 oraz K. Horosiewicz, *Współpraca policjantów z osobowymi źródłami informacji*, Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business 2015, s. 106–124.

<sup>7</sup> J. Larecki, *Wielki leksykon służb specjalnych świata, organizacje wywiadu, kontrwywiadu i policji politycznych świata, terminologia profesjonalna i żargon operacyjny*, Warszawa: Książka i Wiedza 2007, s. 529.

<sup>8</sup> Tamże.

procesowym) dotyczącymi sytuacji wskazanych w art. 22b ust. 1 ustawy o ABW. W moim przekonaniu w takiej sytuacji nie można zastosować omawianej instytucji. Wynika to, po pierwsze, z faktu, że ustawodawca nie posługuje się *explicite* sformułowaniem „dowód”. Po drugie, z uwagi na obowiązującą w polskim postępowaniu karnym zasadę legalizmu określonej w art. 10 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego<sup>9</sup>, która w powiązaniu z uprawnieniami ABW unormowanymi w art. 312 pkt 1 k.p.k. nakazuje ABW wszczęć i przeprowadzić postępowanie przygotowawcze. Potwierdza to brzmienie art. 22a ust. 3 ustawy o ABW (odpowiednio art. 27 ust. 3 ustawy o SKW), który normuje, że w przypadku gdy informacje i materiały uzyskane przez ABW wskazują na uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego albo potwierdzają jego popełnienie, Szef ABW przedstawia je właściwemu prokuratorowi w celu podjęcia decyzji w zakresie ich dalszego procesowego wykorzystania. Wysznuwając argument z samej kolejności przepisów (*a rubrica*), wskazać należy, że zawiadomienie o przestępstwie właściwego prokuratora jest zasadą, natomiast instytucja z art. 22b ma charakter szczególny (wyjątkowy). Z uwagi na to, że wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco (*exceptiones non sunt extendendae*), stwierdzić należy, iż zasadą jest ponoszenie odpowiedzialności karnej w przypadku popełnienia przestępstwa, ewentualne jej nieponoszenie ma zaś charakter wyjątkowy.

Posiadane przez ABW materiały wskazywać muszą na popełnienie przestępstwa szpiegostwa lub uprawdopodobnić działalność zmierzającą do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym. W tym pierwszym

przypadku mamy do czynienia z przestępstwem określonym w art. 130 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny<sup>10</sup>. Jako że ustawodawca wskazuje to przestępstwo *expressis verbis*, nie można w tym przypadku stosować wykładni rozszerzającej i stosować tego przepisu do innych przestępstw, nawet rodzajowo podobnych do przestępstwa szpiegostwa. Ponadto ustawodawca precyzuje, że chodzi tu o popełnienie tego przestępstwa, a więc o stałą formę dokonania przestępstwa<sup>11</sup>.

W drugim przypadku ustawodawca odnosi się do działalności zmierzającej do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Przestępstwo o charakterze terrorystycznym swoje ujęcie normatywne znajduje w art. 115 § 20 Kodeksu karnego. W doktrynie prawa karnego na gruncie niniejszego przepisu wskazuje się, że przestępstwem takim może być wyłącznie przestępstwo popełnione w którymś z trzech celów, wskazanych enumeratywnie w tym przepisie<sup>12</sup>, jest to tzw. kryterium subiektywne. Kryterium obiektywne stanowi okoliczność, że dany czyn musi być zagrożony karą pozbawienia wolności o górnej granicy wynoszącej co najmniej 5 lat<sup>13</sup>, oznacza to *de facto*, iż przestępstwem o charakterze terrorystycznym może być prawie każda zbrodnia i każdy poważniejszy występ<sup>14</sup>.

Ustawodawca w art. 22b ust. 1 pkt 2 normuje, że dana osoba ma dopiero zmierzać do popełnienia takiego przestępstwa. Oznacza to, że przepis ten znajdzie zastosowanie do formy stałej przygotowania oraz usiłowania. Ponadto odmiennie niż w przypadku przestępstwa szpiegostwa ustawodawca wprowadza kryterium uprawdopodobnienia takiej działalności. Termin „uprawdopodobnienie” występuje na gruncie nauki prawa karnego

<sup>9</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1749 ze zm.

<sup>10</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1137 ze zm.

<sup>11</sup> M. Rogalski, (w:) B. Opaliński, M. Rogalski, P. Szustakiewicz, *Ustawa o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2017, s. 73.

<sup>12</sup> P. Daniluk, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. A. Stefański, Warszawa: C. H. Beck 2015, s. 715.

<sup>13</sup> Tamże.

<sup>14</sup> J. Majewski, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, pod red. A. Zolla, Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business 2007, s. 1245.

procesowego. W jego doktrynie wskazuje się, że uprawdopodobnienie wystąpienia danego faktu lub okoliczności oznacza jedynie wysoki stopień prawdopodobieństwa wystąpienia określonego faktu lub okoliczności, nie stwarza jednak obiektywnej przekonywalności<sup>15</sup>. Kryterium uprawdopodobnienia, które mają spełniać posiadane przez ABW informacje lub materiały, wskazuje na bardzo niską, w mojej ocenie, konieczność prawdopodobieństwa zmierzania do popełnienia danego czynu.

Kolejną przesłanką pozwalającą na skorzystanie z omawianej instytucji są uzasadnione względy bezpieczeństwa państwa. Przesłanka ta jest bardzo niekonkretna i co do zasady ocenana. Ustawodawca nie precyzuje, o bezpieczeństwo państwa w jakim aspekcie chodzi, *lege non distinguente* należy więc uznać, że chodzi o bezpieczeństwo państwa zarówno w aspekcie ekonomicznym, militarnym, konstytucyjnym czy teleinformatycznym (co do zasady będzie to więc katalog otwarty).

Odstąpienie od obowiązku zawiadomienia właściwego prokuratora dotyczy zarówno uzasadnionego podejrzenia popełnienia tego przestępstwa, jak również osoby, która według uzyskanych przez ABW informacji lub materiałów może być jego sprawcą. W tym miejscu podkreślić należy, że ustawodawca wykazuje się pewną niekonsekwencją terminologiczną, w obrębie jednego przepisu (a dokładniej nawet jednego ustępu) posługuje się on bowiem zwrotami: wskazującymi na popełnienie przestępstwa, uprawdopodobniającymi jego popełnienie, a także uzasadnionym podejrzeniem jego popełnienia.

Podmiotem stosującym przedmiotową instytucję jest Szef ABW. Przepis stanowi, że Szef ABW może podjąć taką decyzję, co oznacza, iż instytucja ta ma charakter fakultatywny i co do

zasady zależy od uznania Szefa ABW, oczywiście o ile zostaną spełnione wskazane w ustawie przesłanki. Decyzję w przedmiocie odstąpienia od zawiadomienia właściwego prokuratora o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia tego przestępstwa, jak również osoby, która według uzyskanych przez ABW informacji lub materiałów może być jego sprawcą, Szef ABW podejmuje po uzyskaniu opinii Prokuratora Generalnego oraz ministra – członka Rady Ministrów właściwego do spraw koordynowania działalności służb specjalnych, o ile został on powołany. W obecnym stanie prawnym urząd Prokuratora Generalnego sprawuje minister sprawiedliwości (art. 1 § 3 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze<sup>16</sup>). Oznacza to, że Szef ABW decyzję podejmuje po konsultacji z podmiotami politycznymi. Wskazać jednak należy, że opinia wydana zarówno przez Prokuratora Generalnego, jak i ministra koordynatora nie ma dla Szefa ABW charakteru wiążącego<sup>17</sup>.

Kolejne przesłanki, których spełnienie jest wymagane, by zastosować omawianą regulację, ustawodawca stawia wobec osoby, względem której ma ona być zastosowana. I tak sprawca przestępstwa szpiegostwa albo podejrzewany o przestępstwa o charakterze terrorystycznym świadomie i dobrowolnie zobowiązany jest do ujawnienia wszelkich okoliczności popełnionego czynu lub prowadzonej działalności oraz do podjęcia tajnej współpracy z ABW<sup>18</sup>. Ujawnienie wszelkich okoliczności popełnionego czynu lub prowadzonej działalności oznacza w mojej ocenie ujawnienie wszelkich znanych tej osobie okoliczności jej działalności, a także innych osób, o których osoba taka ma wiedzę, że współdziałały w popełnieniu takiego czynu lub w tej działalności. Oznacza to podejście subiektywne, które powinno być oceniane w momencie, gdy taka osoba okoliczności te

<sup>15</sup> K. Dudka, H. Paluszkiwicz, *Postępowanie karne*, Warszawa: Wolters Kluwer 2015, s. 217.

<sup>16</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 177 ze zm.

<sup>17</sup> Tak też M. Rogalski, (w:) B. Opaliński, M. Rogalski, P. Szustakiewicz, *Ustawa*, s. 73.

<sup>18</sup> Posłużenie się przez ustawodawcę określeniem „tajna współpraca” potwierdza wyrażony wcześniej przeze mnie pogląd, że w przypadku osób podejmujących współpracę ze służbami specjalnymi lub innymi podmiotami powinniśmy używać terminu „tajny współpracownik”, M. Białuński, *Fundusz operacyjny Policji – wybrane zagadnienia teoretyczne i dogmatyczne*, „Przegląd Policyjny” 2016, nr 3 (123), s. 184.

ujawnia<sup>19</sup>. Ujawnienie tych informacji, wobec niezawiadomienia prokuratora, następuje wobec funkcjonariuszy ABW (niekoniecznie w osobie samego Szefa agencji). Zobowiązanie zaś do podjęcia tajnej współpracy jest to deklaracja na przyszłość (w odróżnieniu od ujawnienia stosownych okoliczności, które to taka osoba ma ujawnić, by skorzystać z dobrodziejstwa omawianej instytucji), że osoba taka będzie w ramach takiej współpracy przekazywać ABW informacje wchodzące w zakres zainteresowań (zadań) tej służby, choć niewykluczone także, iż w ramach takiej współpracy będzie ona na rzecz ABW wykonywać pewne czynności. Obie te przesłanki wystąpić muszą kumulatywnie. Ustawodawca stawia wymóg, by sprawca lub podejrzewany swoje zobowiązanie wyraził w sposób świadomy i dobrowolny<sup>20</sup>. Oznacza to, że służby nie mogą stosować co do niego żadnej presji, podstępu czy groźby, by podjął on takie zobowiązanie. Nie oznacza to jednak, że służby nie mogą takiej osobie oferować możliwości, jakie daje owa regulacja. Zauważyć należy, że to właśnie z inicjatywy samych służb regulacja ta znajdzie częstsze zastosowanie niż z inicjatywy samych sprawców czy podejrzewanych.

Ustawodawca wprowadza także negatywne przesłanki w stosunku do osoby, wobec zajęcia których Szef ABW nie może skorzystać z przedmiotowej regulacji, a więc zobowiązany jest on do zawiadomienia właściwego prokuratora o podejrzeniu popełnienia danego przestępstwa oraz o osobie jego sprawcy. Przesłanki te wskazane zostały w ust. 5 art. 22b ustawy o ABW i wystarczy, by spełniona została tylko jedna z nich, by wykluczyć możliwość zastosowania przedmiotowej regulacji. Pierwszą z nich jest sytuacja, gdy sprawca przestępstwa szpiegostwa lub podejrzewany o przestępstwo

o charakterze terrorystycznym popełnił umyślne przestępstwo przeciwko życiu albo inne przestępstwo umyślne, którego skutkiem jest śmierć albo ciężki uszczerbek na zdrowiu.

Przestępstwa przeciwko życiu unormowane są zasadniczo w rozdziale XIX Kodeksu karnego. Podnieść jednak należy, że nie we wszystkich uregulowanych tam przestępstwach przedmiotem ochrony jest życie, jak wskazuje bowiem sam tytuł rozdziału XIX Kodeksu karnego, przedmiotem ochrony z tego rozdziału jest także zdrowie. Nie ulega wątpliwości, że życie jako przedmiot ochrony regulowane jest także poza rozdziałem XIX Kodeksu karnego<sup>21</sup>. Ustawodawca stawia wymóg, by sprawca działał umyślnie (chodzi więc zarówno o zamiar bezpośredni, jak i ewentualny), a *contrario* popełnienie nieumyślnego przestępstwa przeciwko życiu albo innego przestępstwa, którego skutkiem jest śmierć albo ciężki uszczerbek na zdrowiu, pozwala na skorzystanie z dobrodziejstw opisywanej instytucji. Ustawodawca postanowił także, iż nie może skorzystać z dobrodziejstwa instytucji osoba, która popełniła inne przestępstwo umyślne, którego skutkiem jest śmierć albo ciężki uszczerbek na zdrowiu. Ciężki uszczerbek na zdrowiu to uszczerbek określony w art. 156 § 1 Kodeksu karnego. Z instytucji skorzystać może jednak osoba, która popełniła czyn z art. 156 § 2 Kodeksu karnego, gdyż uregulowane zostało tam działanie nieumyślne sprawcy.

Drugą przesłanką wykluczającą skorzystanie z omawianej instytucji jest współdziałanie w popełnieniu przestępstwa określonego w art. 22b ust. 5 pkt 1 ustawy o ABW, tj. współdziałanie w popełnieniu umyślnego przestępstwa przeciwko życiu albo innego przestępstwa umyślnego, którego skutkiem jest śmierć albo ciężki uszczerbek na zdrowiu bądź też usiłowania ich popełnienia<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Taki pogląd przyjmowany jest na gruncie zbliżonych instytucji, a mianowicie świadka koronnego i „małego” świadka koronnego, zob. M. Gabriel-Węglowski, *Ustawa o świadku koronnym. Komentarz. Zarys instytucji w Europie*, Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business 2011, s. 81.

<sup>20</sup> Tak też M. Rogalski, (w:) B. Opaliński, M. Rogalski, P. Szustakiewicz, *Ustawa*, s. 73.

<sup>21</sup> Dla przykładu art. 134 Kodeksu karnego, M. Budyn-Kulik, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Mozgawy, Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business 2014, s. 352.

<sup>22</sup> Na gruncie nauki prawa karnego przez pojęcie współdziałających rozumie się współsprawców, sprawców kie-

Trzecią negatywną przesłanką jest nakłanianie przez taką osobę innej osoby do popełnienia czynu zabronionego określonego w art. 22b ust. 5 pkt 1 ustawy o ABW. Tak uregulowana przesłanka stanowi podobieństwo do uregulowania zawartego w art. 24 k.k., co oznacza, że wyłączeni z możliwości skorzystania z omawianej instytucji zostali tzw. prowokatorzy.

Regulacja zawarta w art. 22b ustawy o ABW dotycząca pozytywnych przesłanek skorzystania z uregulowanej tam instytucji, jak również przewidująca przesłanki negatywne niepozwalające na takie skorzystanie, przypomina w swojej formie uregulowania zawarte w art. 3 i 4 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym<sup>23</sup>.

W przypadku gdy sprawca przestępstwa szpiegostwa lub podejrzewany o przestępstwa o charakterze terrorystycznym, mimo podjęcia tajnej współpracy z ABW, prowadzi nadal działalność na szkodę Rzeczypospolitej Polskiej niezgodnie z warunkami tej współpracy albo popełnił jedno z przestępstw, o których mowa w art. 22b ust. 5 ustawy o ABW, lub współdziałał w popełnieniu takiego przestępstwa albo nakłaniał do jego popełnienia, Szef ABW powiadamia o tym właściwego prokuratora. Powyższa regulacja statuuje dwie przesłanki, których wystąpienie zobowiązuje Szefa ABW do powiadomienia właściwego prokuratora. Pierwszą z nich, a drugą w kolejności wymienioną w przepisie, jest popełnienie jednego z przestępstw, o których mowa w art. 22b ust. 5 ustawy o ABW, lub współdziałanie w popełnieniu takiego przestępstwa albo nakłanianie do jego popełnienia. Z uwagi na to, że ust. 5 art. 22b został już poddany analizie, nie ma potrzeby jego ponownego przytoczenia w tym miejscu.

Drugą przesłanką, a pierwszą w kolejności, jest prowadzenie działalności na szkodę RP pomimo podjęcia współpracy i niezgodnie z jej warunkami przez sprawcę przestępstwa szpiegostwa lub podejrzewanego o przestępstwa o charakterze terrorystycznym.

Przesłanka ta składa się z dwóch innych, które muszą wystąpić kumulatywnie, tj. prowadzenie działalności na szkodę RP pomimo podjęcia współpracy oraz niezgodnie z warunkami podjętej współpracy.

Przepis ten doprecyzowuje niejako treść art. 22b ust. 2 pkt 2 ustawy o ABW, wskazując, że strony, tj. z jednej strony ABW, z drugiej zaś sprawca czynu lub podejrzewany, ustalają warunki tajnej współpracy sprawcy lub podejrzewanego z ABW. Warunki te powinny w zasadzie być ustalone wspólnie, jednak z uwagi na fakt, że to sprawca lub podejrzewany będzie stroną bardziej zainteresowaną, by uniknąć odpowiedzialności, stawia to ABW w lepszej pozycji i może powodować, iż będzie ona narzucać warunki takiej współpracy.

Działalność na szkodę RP jest kryterium bardzo ocennym i subiektywnym. Podnieść więc należy, że szkoda nie musi mieć wymiaru majątkowego i mierzalnego (choć oczywiście może, np. działalność na szkodę interesów podatkowych RP). Szkodą taką może być ujawnienie informacji o charakterze niejawnym czy godzenie w konstytucyjny porządek państwa.

Wątpliwości nasuwają się w przypadku zaistnienia którejkolwiek z wymienionych wyżej przesłanek, gdyż Szef ABW został zobligowany do poinformowania o zaistnieniu takiej przesłanki. Nie nasuwa zastrzeżeń poinformowanie prokuratora o popełnieniu jednego z przestępstw, o których mowa w art. 22b ust. 5 ustawy o ABW, lub współdziałaniu w popełnieniu takiego przestępstwa albo nakłanianiu do jego popełnienia. Natomiast poinformowanie prokuratora o działalności na szkodę RP, która była niezgodna z warunkami współpracy z ABW, może nasuwać wątpliwości, nie każda bowiem taka działalność musi być jednocześnie czynem zabronionym. Ponadto Szef ABW został zobligowany do poinformowania prokuratora jedynie o którejś z tych dwóch przesłanek z art. 22b ust. 6 ustawy o ABW, o czym świadczy użyty

rownicznych, sprawców polecających, pomocników oraz podżegaczy, zob. Z. Cwiakalski, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, pod red. A. Zolla, Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business 2007, s. 762.

<sup>23</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1197 ze zm.

przez ustawodawcę zwrot „o tym”. Szef ABW nie informuje więc prokuratora o „czynach” sprawcy lub podejrzanego określonych w art. 22b ust. 1 ustawy o ABW. Rozwiązanie to wydaje się być niezbyt trafne. Wskazać bowiem należy, że dla przykładu sprawca przestępstwa szpiegostwa, po podjęciu współpracy z ABW, prowadzi nadal działalność na szkodę RP, która jednak nie zawiera znamion czynu zabronionego. Szef ABW zobligowany jest zawiadomić o tym prokuratora, sam sprawca zaś, po pierwsze, nie ponosi odpowiedzialności za działalność na szkodę RP (bo ponieść jej nie może) oraz po drugie, ma niejako „darowane” popełnione przez siebie przestępstwo, za które została wobec niego zastosowana omawiana instytucja. *De lege ferenda* zasadne wydaje się takie zredagowanie przepisu art. 22b ust. 6 ustawy o ABW, by w przypadku wystąpienia wskazanych tam przesłanek Szef ABW zobowiązany był do poinformowania o nich właściwego prokuratora, jak również poinformowania o pierwotnym czynie, który stanowił przesłankę zastosowania wobec danej osoby omawianej instytucji.

Szef ABW zobowiązany jest również do powiadomienia właściwego prokuratora, w przypadku gdy zostanie ujawnione, że sprawca przestępstwa szpiegostwa lub podejrzany o przestępstwa o charakterze terrorystycznym, który podjął tajną współpracę z ABW, świadomie nie ujawnił wszelkich okoliczności czynu lub działalności, o których mowa w art. 22b ust. 1 ustawy o ABW. Po pierwsze, ustawodawca wskazuje konieczność ujawnienia, że sprawca lub podejrzany świadomie nie ujawnił wszelkich okoliczności czynu lub działalności. *Lege non distinguente* ujawnienie takie może nastąpić na podstawie własnych informacji czy materiałów zebranych przez ABW, jak też np. wynikać z dowodów zebranych w postępowaniu karnym. Ustawodawca wskazuje, że sprawca lub podejrzany miał świadomie nie ujawnić wszelkich okoliczności czynu lub działalności. Potwierdza to moje wcześniejsze wnioski, że ma to być ujawnienie wszelkich znanych tej osobie okoliczności jej

działalności, a także innych osób, o których osoba taka ma wiedzę, iż współdziałały w popełnieniu takiego czynu lub w tej działalności. Ocena taka powinna być dokonywana na moment ujawniania przez taką osobę informacji, a nie dokonywana *ex post*, już w momencie gdy służby dysponują szerszą wiedzą na temat danego czynu lub działalności.

Problematyczne staje się natomiast to, że ustawodawca nie wskazuje *explicite*, o czym Szef ABW ma obowiązek poinformować właściwego prokuratora. Biorąc pod uwagę treść wcześniejszego ustępu i poczynione na tym gruncie rozważania, należy wskazać, że Szef ABW ma obowiązek poinformować prokuratora jedynie o fakcie, iż sprawca lub podejrzany świadomie nie ujawnił wszelkich okoliczności czynu lub działalności.

Na decyzję Szefa ABW w zakresie powiadomienia właściwego prokuratora określona w ust. 6 i 7 art. 22b ustawy o ABW nie przysługuje żaden środek odwoławczy.

#### 4. ŚRODKI OCHRONNE STOSOWANE WOBEC OSOBY, WZGLĘDEM KTÓREJ ODDSTĄPIONO OD POWIADOMIENIA PROKURATORA O PRZESTĘPSTWIE

Prócz dobrodziejstwa, jakim jest odstąpienie od powiadomienia właściwego prokuratora, sprawca przestępstwa lub podejrzany o jego popełnienie może liczyć na dodatkowe środki w ramach podjętej z ABW współpracy. Ustawodawca wyróżnia w tym względzie środki ochronne oraz środki pomocy.

Przesłanką zastosowania środków ochronnych jest zagrożenie dla życia lub zdrowia sprawcy lub podejrzanego, jak też osób przez nich wskazanych (liczba mnoga wskazuje, że może być to kilka, a nawet kilkanaście osób, gdyż ustawodawca nie limituje górnej granicy w tym zakresie). Posiłkując się pomocniczo poglądami wyrażonymi na gruncie ustawy o świadku koronnym, wskazać należy, że zagrożenie to musi być realne, a nie opierać się wyłącznie na subiektywnych odczuciach danej



osoby<sup>24</sup>. Ustawodawca nie wskazuje natomiast katalogu środków ochronnych, nawet przykładowego. Oznacza to, że Szef ABW środki takie powinien kształtować we własnym zakresie, bacząc, by odpowiadały one *in concreto* sytuacji osób, wobec których są one stosowane. Możliwe, w mojej ocenie, wydaje się pomocnicze skorzystanie w tym zakresie ze środków, z jakich może skorzystać świadek koronny.

Środkiem pomocy jest m.in. pomoc finansowa, stosowana jednak przez Szefa ABW w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Ustawodawca wskazuje, że w tym przypadku stosuje się odpowiednio art. 36 ustawy o ABW. Oznacza to, że taka pomoc finansowa wypłacana jest z funduszu operacyjnego ABW. Przedmiotowy przepis ustawodawca nakazuje stosować odpowiednio. Oznacza to m.in., że nie można ujawnić danych o osobie, która w zamian za odstąpienie od zawiadomienia prokuratora podjęła tajną współpracę z ABW, również ta osoba nie może ujawnić faktu współpracy z ABW ani okoliczności takiej współpracy.

Ponadto osoba, która podjęła tajną współpracę z ABW, ma prawo do posługiwania się tzw. dokumentami legalizacyjnymi, tj. dokumentami, które uniemożliwiają ustalenie jej danych identyfikujących oraz środków, którymi posługuje się przy wykonywaniu zadań (art. 22b ust. 8 ustawy o ABW w zw. z art. 35 ust. 3 w zw. z art. 35 ust. 2 ustawy o ABW).

Szef ABW obligatoryjnie cofa ochronę lub pomoc w przypadku umyślnego naruszania przez osobę objętą ochroną lub pomocą zasad lub zaleceń w zakresie tej ochrony lub pomocy. Ochrona lub pomoc może więc być cofnięta zarówno co do osoby sprawcy lub podejrzanego, osób przez niego wskazanych, jak też łącznie tych wszystkich osób, w zależności od tego, która z nich umyślnie narusza zasady lub zalecenia ochrony lub pomocy.

Obligatoryjnie cofnięcie ochrony lub pomocy następuje też w przypadku wystąpienia jednej z okoliczności uregulowanych w ust. 5–7 art. 22b ustawy o ABW.

W razie cofnięcia ochrony lub pomocy wskazanej wyżej osoba, wobec której cofnięto taką ochronę lub pomoc (a więc sprawca, podejrzewany lub osoby przez nich wskazane), jest obowiązana do zwrotu równowartości świadczeń (co skutkuje tym, że osoba taka zwraca ABW tyle, ile otrzymała w ramach współpracy) otrzymanych w ramach pomocy, a także zwrotu dokumentów legalizacyjnych, o ile zostały one jej wydane.

## 5. PODSUMOWANIE

Ustawą antyterrorystyczną polski ustawodawca *de iure* zdecydował się na unormowanie instytucji przewerbowania. Instytucja ta wyłącza ściganie karne (co w konsekwencji powoduje wyłączenie odpowiedzialności karnej – oznaczać to w praktyce musi, że na podstawie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 22b ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy o ABW nie będzie wszczęte postępowanie karne) w stosunku do osób wskazanych w art. 22b ustawy o ABW.

Instytucja ta jest egzemplifikacją zasady oportunistycznej, obowiązującej, choć wyjątkowo, w polskim procesie karnym. Za M. Cieślakiem wskazać można, że instytucja ta przybiera postać oportunistyki właściwego, co oznacza, iż charakteryzuje się odstąpieniem od ścigania przestępstwa z uwagi na interes społeczny (w omawianym przypadku bezpieczeństwo państwa), bez względu na stopień ciężkości przestępstwa<sup>25</sup>. Podnieść jednak należy, że zasada ta w omawianej instytucji aktywizować się będzie na etapie przedprocesowym (z uwagi właśnie na niezawiadamianie prokuratora). Ponadto decyzję w zakresie zastosowania tej

<sup>24</sup> B. Kurzępa, (w:) *Ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, pod red. A. Ważnego, Warszawa: LexisNexis Polska 2013, s. 139.

<sup>25</sup> M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1984, s. 292.

instytucji podejmować będzie Szef ABW (działający też jako centralny organ administracji rządowej), jedynie po zasięgnięciu opinii Prokuratora Generalnego (która ma tylko walor doradczy), a więc bez udziału czynnika sądowego czy prokuratorskiego (w znaczeniu, w którym miałyby on decydować o zastosowaniu tej instytucji).

Zastosowanie przedmiotowej instytucji ustawodawca uzależnił od spełnienia przesłanek pozytywnych i niezastnienia przesłanek negatywnych. Przesłanki te odnoszą się zarówno do przedmiotu przestępstwa lub działalności, jak i do osoby sprawcy lub podejrzewanego.

Przesłanka pozytywna odnosząca się do przedmiotu przestępstwa określona została w art. 22b ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW. Przesłanka pozytywna odnosząca się do osoby sprawcy lub podejrzewanego została uregulowana w art. 22b ust. 2 ustawy o ABW, przesłanka negatywna zaś, która wyłącza zastosowanie

przedmiotowej instytucji – w art. 22b ust. 5 ustawy o ABW.

Wprowadzoną do systemu prawa nową instytucję odstąpienia od obowiązku zawiadomienia prokuratora o podejrzeniu przestępstwa ocenić należy co do zasady pozytywnie. Pomimo pozytywnej oceny zasadne zdaje się wprowadzenie do niej kilku modyfikacji wskazanych wyżej. Należy stwierdzić, że ustawodawca słusznie uregulował w końcu instytucję przewerbowania. Dotychczas, pomimo braku regulacji prawnych w tym zakresie, instytucja ta była niewątpliwie stosowana przez służby, gdyż stanowi ona jeden z podstawowych środków pracy operacyjnej. Obecnie dzięki wprowadzonym przepisom służby będą działać na podstawie aktu rangi ustawowej, nie zaś – co było praktyką do tej pory – na podstawie aktów wewnętrznych obowiązujących w danej służbie. Takie działanie ustawodawcy, polegające na uregulowaniu tej instytucji w ustawie, w pełni realizuje konstytucyjną zasadę państwa prawa.

## Summary

*Maciej Białuński*

### **WAVING THE OBLIGATION OF INFORMING THE PROSECUTOR ABOUT A CRIME – ANALYSIS OF A NEW PERMISSION OF THE CHIEF OF INTERNAL SECURITY AGENCY**

This article consider about new competence of Head of National Security Agency, who can do not notify the prosecutor about the committed crime. Head of National Security Agency take that decision guided national security. Person to which this institution was applied doesn't bear criminal liability.

**KEY WORDS:** secret services, criminal procedure, national security, internal security, espionage

**POJĘCIA KLUCZOWE:** ABW, SKW, służby specjalne, przewerbowanie, wyłączenie ścigania karnego

## WYGAŚNIĘCIE DECYZJI PREZESA UKE ZASTĘPUJĄCEJ UMOWĘ STRON W POSTĘPOWANIU ODWOŁAWCZYM PRZED SĄDEM CYWILNYM

### 1. UWAGI WSTĘPNE

Działalność przedsiębiorców telekomunikacyjnych przejawia się w wielu aspektach. Jednym z nich jest podejmowanie współpracy międzyoperatorской w zakresie dostępu telekomunikacyjnego<sup>1</sup>. Warunki dostępu telekomunikacyjnego i związanej z tym współpracy przedsiębiorcy ustalają w umowach o dostępie telekomunikacyjnym<sup>2</sup>. Celem umów jest ustalenie zasad współpracy gospodarczej, a w szczególności wzajemnych rozliczeń. Na gruncie ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne<sup>3</sup> (Pt.) współpraca ta doznaje jednak pewnych ograniczeń na skutek regulacyjnej roli Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE). W przypadku bowiem kiedy przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie mogą osiągnąć porozumienia w drodze negocjacji, Prezes UKE, z urzędu lub na wniosek zainteresowanego przedsiębiorcy, przy zachowaniu wymagań szczegółowo określonych w Pt., może w drodze decyzji administracyjnej uregulować kwestie sporne i określić warunki współpracy międzyoperatorской (art. 28 ust. 1 Pt.).

Decyzja administracyjna Prezesa UKE zastępuje wówczas umowę w zakresie objętym

decyzją (art. 28 ust. 4 Pt.). Dochodzi więc do sytuacji, w której akt administracyjny wywołuje skutki cywilnoprawne poprzez doprowadzenie do ukształtowania wzajemnych praw i obowiązków przedsiębiorców jak w umowie cywilnoprawnej. Skutek prawny w następstwie wydania decyzji jest więc taki sam, jakby została zawarta umowa pomiędzy przedsiębiorcami<sup>4</sup>. Jednakże uregulowania Pt. przewidują również mechanizm odwrotny. Zgodnie bowiem z art. 28 ust. 5 Pt. w przypadku zawarcia przez zainteresowane strony umowy o dostępie telekomunikacyjnym decyzja administracyjna wygasa z mocy samego prawa w części objętej umową. Oznacza to, że decyzja administracyjna zostanie zastąpiona umową w takiej części, w jakiej umowa ta będzie dotyczyć postanowień objętych decyzją. Ustawa przyznaje więc pierwszeństwo określeniu warunków wzajemnej współpracy na podstawie umowy.

Przedsiębiorca, którego interesy zostały naruszone poprzez wydanie decyzji administracyjnej, na podstawie art. 206 ust. 2 pkt 5 Pt. ma możliwość zaskarżenia takiej decyzji poprzez złożenie odwołania do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK)<sup>5</sup>. Zawarcie

<sup>1</sup> Istota dostępu telekomunikacyjnego polega na umożliwieniu korzystania z zasobów, którymi dysponuje operator sieci (urządzeń, udogodnień towarzyszących i usług telekomunikacyjnych), innemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, w celu umożliwienia mu świadczenia usług telekomunikacyjnych. Szerzej zob. S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 40.

<sup>2</sup> W zależności od rodzaju prowadzonej współpracy w zakresie dostępu telekomunikacyjnego zawierane są m.in.: umowy o połączeniu sieci, umowy dotyczące przenoszalności numerów, umowy dotyczące usług sieci inteligentnych lub umowy o dywersyfikacji ruchu międzyoperatorского.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. z 2004 r. nr 171, poz. 1088 ze zm.

<sup>4</sup> Działanie Prezesa UKE stanowi zastąpienie mechanizmów rynkowych środkami administracyjnymi, powodując ograniczenie należnej każdemu przedsiębiorcy swobody działalności gospodarczej.

<sup>5</sup> W sprawach określonych w art. 206 ust. 2 Pt. przysługuje odwołanie do SOKiK. Wszystkie inne decyzje zaskarżane są w postępowaniu sądowoadministracyjnym.

umowy i w konsekwencji zastąpienie jej postanowieniami w odpowiednim zakresie postanowień decyzji administracyjnej może nastąpić w każdym czasie<sup>6</sup>. Często więc w trakcie toczącego się procesu sądowego<sup>7</sup> dochodzi do zawarcia umowy cywilnoprawnej, która zastępuje decyzję administracyjną. Tym samym w trakcie postępowania w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UKE często decyzje te wygasają na skutek zawarcia umów. Zasadniczy problem sprowadza się więc do pytania, czy z powodu wygaśnięcia decyzji Prezesa UKE z mocy prawa występują przeszkody w merytorycznym rozpoznaniu sprawy przez sąd.

## 2. WYGAŚNIĘCIE DECYZJI ROZSTRZYGAJĄCEJ SPÓR MIĘDZYOPERATORSKI

Decyzja Prezesa UKE wygasa w przypadku zawarcia przez zainteresowane strony umowy o dostępie telekomunikacyjnym. Od tego momentu decyzja nie kształtuje już sytuacji podmiotu, do którego była skierowana. Należy jednak zwrócić uwagę na to, że zazwyczaj główną przyczyną uniemożliwiająca dojście przedsiębiorcom do porozumienia w drodze negocjacji jest kwestia ustalenia wysokości wzajemnych rozliczeń. Najczęściej decyzja taka określa więc stawki za świadczone usługi, ale również nakłada obowiązek konkretnego działania na przyszłość. Tym samym decyzja taka wywierała określone skutki prawne i faktyczne, których konsekwencje mogą trwać nadal. Ten sposób eliminacji aktu administracyjnego z obrotu prawnego nie wpływa na skuteczność podjętych na jego podstawie czynności ani nie przesądza o ich legalności. Niezbędne jest więc zapewnienie przedsiębiorcy telekomunikacyj-

nemu prawa do sądu w zakresie oceny decyzji zastępującej umowę stron.

Zakres oceny decyzji Prezesa UKE uzależniony jest jednak od tego, czy decyzja administracyjna zastępująca umowę przedsiębiorców ma charakter akcesoryjny, czy samoistny<sup>8</sup>.

Decyzja zastępująca umowę przedsiębiorców telekomunikacyjnych będzie miała charakter akcesoryjny, i tym samym jedynie tymczasowy, w przypadku uregulowania wszystkich kwestii dotyczących współpracy stron w umowie międzyoperatorskiej. Zajdzie to w sytuacji, gdy strony umowy uregulują w niej nie tylko kwestie współpracy i rozliczeń obowiązujących od chwili zawarcia umowy, ale przede wszystkim kwestie dotyczące współpracy, a zwłaszcza rozliczeń, od chwili wydania i obowiązywania decyzji (niejako wstecznie). Byt prawny takiej decyzji kończy się w przypadku zawarcia umowy zastępującej w całości dotychczasową decyzję. Dodatkowo strony umowy mogą zrzec się względem siebie dochodzenia jakichkolwiek roszczeń powstałych w trakcie obowiązywania zaskarżonej decyzji. W przeciwnym wypadku decyzja taka ma charakter samoistny, ponieważ sama w sobie kształtuje obowiązki adresatów w zakresie współpracy i zasady rozliczeń. Byt prawny decyzji, a w szczególności skutki, jakie wywołuje w okresie swego często wieloletniego obowiązywania, nie kończą się w przypadku zawarcia umowy. Wystąpi to w sytuacji zawarcia umowy, która jedynie w części zastąpi decyzję administracyjną, umowy, która reguluje współpracę jedynie od chwili jej zawarcia lub w przypadku, kiedy umowa w ogóle nie zostanie zawarta.

\* \* \*

Merytoryczne rozstrzygnięcie o żądaniu odwołania służyć ma należytemu uregulowa-

<sup>6</sup> M. Rogalski, *Komentarz do art.28 ustawy – Prawo telekomunikacyjne*, (w:) M. Rogalski (red.), *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, LEX 2010.

<sup>7</sup> W postępowaniu przed SOKiK prawa strony przysługują przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu oraz Prezesowi UKE, który występuje jako pozwany. Prawa strony przysługują także zainteresowanemu, czyli przedsiębiorcy będącemu drugą stroną postępowania spornego prowadzonego przed Prezesem UKE, która nie wniosła odwołania.

<sup>8</sup> Zob. K. J. Musiał, *Skutki wygaśnięcia decyzji o zabezpieczeniu w świetle uchwały NSA z dnia 24 października 2011 r., I FPS 1/11, „Studia Finansowoprawne”, Wrocław 2011, nr 2, s. 131.*

niu wzajemnych stosunków i roszczeń między uczestnikami danej sprawy. Uznanie, że wygaśnięcie decyzji administracyjnej w toku postępowania odwoławczego uniemożliwia rozpoznanie sprawy, prowadziłyby do uznania, że prawo przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do odwołania się od takiej decyzji do sądu powszechnego jest w znacznym stopniu iluzoryczne, a rozmiar skutków funkcjonowania decyzji w obrocie uzależniony jest od czasu trwania postępowania odwoławczego.

Wygasa decyzja administracyjna rozstrzygająca o obowiązkach stron w określonym czasie nie traci żadnych aspektów decyzji administracyjnej, w tym podległości przewidzianemu trybowi weryfikacji przez sąd. Nie wymaga się bowiem, by decyzja znajdowała się w obrocie prawnym lub nadal wywierała w nim skutki. Wygasa decyzja w okresie jej obowiązywania wywoływała jednak skutki prawne, w tym skutki o charakterze majątkowym, i była podstawą działań powoda i jego kontrahentów<sup>9</sup>, wpływając na ich sytuację rynkową<sup>10</sup>. Stwarza to podstawę, by uznać, że wydanie wyroku w sprawie z odwołania od takiej decyzji nie stało się zbędne. Wyrok wydany w wyniku rozpoznania odwołania od decyzji ma zasadnicze znaczenie w zakresie możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych lub innych związanych z rozliczeniami międzyoperatorskimi. Nie zachodzi zatem sytuacja zbędności lub niedopuszczalności wyroku w rozumieniu art. 355 § 1 k.p.c.<sup>11</sup> Oczywiście jest, że w sytuacji, w której przedsiębiorca telekomunikacyjny podnosi, że decyzja administracyjna zastępująca umowę stron wyrządziła mu szkodę, konieczna jest ocena zasadności decyzji, stanowiącej podstawę działania organu. Każda inna wykładnia prowadzi do naruszenia konstytucyjnego prawa do sądu (art. 77 ust. 2 Konstytucji)

i uzyskania wyroku sądowego, merytorycznie rozstrzygającego o prawidłowości działań administracji skierowanych do przedsiębiorcy i jego majątku<sup>12</sup>.

Nie oznacza to jednak, że łącznie z zawarciem umowy zastępującej decyzję administracyjną nie mogą wystąpić przesłanki do umorzenia sądowego postępowania odwoławczego. Możliwość taka uzależniona jest od treści zawartej umowy lub umów międzyoperatorskich zastępujących decyzję administracyjną.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10 października 2013 r.<sup>13</sup>, jeżeli treść umowy wyczerpuje treść zaskarżonej decyzji, to okoliczność ta powoduje, że decyzja wygasa w całości (art. 28 ust. 5 Pt.). Jeśli zakres uregulowań z umowy i decyzji jest taki sam (pokrywają się one), to świadczy to o tym, że przedsiębiorcy, nie czekając na rozstrzygnięcie sądu, sami uregulowali zasady łączącej ich współpracy. Jeśli same strony zawieranych porozumień oświadczyły, że zastępują one decyzję Prezesa UKE, należy wówczas uchylić zaskarżony wyrok i umorzyć postępowanie w sprawie, gdyż stało się ono bezprzedmiotowe. Stanowisko to zostało potwierdzone i doprecyzowane w postanowieniu Sądu Najwyższego z 25 listopada 2014 r.<sup>14</sup> Zgodnie z nim, jeżeli z treści zawartej w sprawie umowy, której postanowienia zastępują decyzję Prezesa UKE, wynika jednoznacznie, że zainteresowane strony rzekły się wobec siebie wszelkich roszczeń dotyczących okresu, w którym treść łączącego je stosunku prawnego była normowana decyzją Prezesa UKE, to okoliczność ta uzasadnia przyjęcie założenia, że strony uzgodniły, iż we wskazanym przedziale czasowym stosunek prawny między nimi był kształtowany decyzją Prezesa UKE. W rezultacie zasady rozliczeń

<sup>9</sup> Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 30 listopada 2011 r., VI Aca 550/11, niepubl.; wyrok z 10 listopada 2010 r., VI Aca 899/10, niepubl.

<sup>10</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29 listopada 2011 r., VI Aca 553/11, LEX nr 1369428.

<sup>11</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 18 maja 2012 r., III SK 37/11, LEX nr 1211167.

<sup>12</sup> Por. K. J. Musiał, *Skutki wygaśnięcia*, s. 135.

<sup>13</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10 października 2013 r., VI Aca 575/12, LEX nr 1402993.

<sup>14</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z 25 listopada 2014 r., III SK 17/14, LEX nr 1616914.

uzgodnione między przedsiębiorcami obowiązują od daty zawarcia umowy, do tego dnia zaś obowiązywały zasady rozliczeń ustalone przez Prezesa UKE. Następstwem tego jest bezprzedmiotowość postępowania sądowego prowadzonego w zakresie rozpoznania odwołania od decyzji Prezesa UKE. Jak zaznaczył Sąd Najwyższy, odwołanie służy kwestionowaniu przed sądem zasad, według których Prezes UKE ustalił wzajemne prawa i obowiązki uczestników rynku telekomunikacyjnego, którzy w przewidzianym ustawowo terminie nie zawarli wymaganej umowy. Skoro zaś te zasady przestały być przez odwołującego negowane, czego dowodem jest zawarcie w trakcie procesu umowy o treści pokrywającej się z treścią decyzji, to ich merytoryczna analiza przez sąd staje się zbędna.

Dodatkowo z wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 grudnia 2016 r.<sup>15</sup> wynika, że w przypadku zawarcia umowy cywilnoprawnej w trakcie postępowania sądowego z odwołania od decyzji administracyjnej należy dokonać pogłębionej analizy zakresu uregulowań decyzji administracyjnej i umowy cywilnoprawnej zawartej między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Tym samym uznać należy, że dla właściwego określenia zakresu uregulowań z umowy i decyzji, określenia, czy dokumenty te faktycznie się pokrywają, czy umowa lub umowy wyczerpują treść zaskarżonej decyzji, czy regulują kwestie wsteczne, tj. związane z okresem od wydania decyzji do czasu jej wygaśnięcia, i czy są one faktycznie tożsame z uregulowaniami decyzji, konieczne jest dokonanie wykładni zawartych umów, jak się wydaje, przy uwzględnieniu reguł określonych w art. 65 § 2 k.c.

### 3. PODSUMOWANIE

Decyzja zastępująca umowę stron jest przejawem władztwa administracyjnego, które jest nakierowane wprost na prawa i obowiązki stron, a pośrednio również na majątek przedsiębiorcy<sup>16</sup>. Zasadność i legalność takich działań nie powinny wymykać się spod kontroli sądowej, tym bardziej że niewłaściwa decyzja administracyjna może uruchomić mechanizmy odszkodowawcze. Wobec powyższego uznanie, że wygaśnięcie zaskarżonej decyzji skutkuje umorzeniem postępowania, doprowadziłoby do eliminacji sądowej kontroli działalności Prezesa UKE. Wylimitowanie decyzji z obrotu prawnego poprzez jej wygaśnięcie nie czyni postępowania sądowego bezprzedmiotowym. W przypadku zawarcia umowy decyzja administracyjna wygasa *ex nunc*, a więc nie znosi wcześniejszych skutków prawnych nią wywołanych. Przedmiotem sądowego postępowania odwoławczego jest decyzja, która była w obrocie prawnym od momentu, gdy została wydana, a więc do niego weszła, do chwili jej zastąpienia kolejną decyzją lub umową stron.

Z kolei w sytuacji, gdy strony umowy zrzekną się względem siebie dochodzenia jakichkolwiek roszczeń powstałych w trakcie obowiązywania zaskarżonej decyzji, to wygaśnięcie decyzji zastępującej umowę powoduje skutek w postaci niepodlegania badaniu merytorycznemu sądu powszechnego. Może więc dojść do sytuacji, w której decyzja administracyjna wydana z naruszeniem prawa, na skutek zawarcia umowy, wymyka się spod oceny legalności działań Prezesa UKE. Tym samym nie dojdzie do merytorycznej oceny przestrzegania przepisów prawa przy działaniu organów administracji.

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 grudnia 2016 r., VI ACa 1653/15.

<sup>16</sup> K. J. Musiał, *Skutki wygaśnięcia*, s. 134.

## Summary

*Lukasz Dawid Dąbrowski*

### **EXPIRATION OF AN ADMINISTRATIVE DECISION OF THE PRESIDENT OF THE OFFICE OF ELECTRONIC COMMUNICATION IN APPEAL PROCEEDINGS BEFORE THE CIVIL COURT**

According to telecommunication law, the President of the OEC can, by an administrative decision, regulate the content of the interconnection agreement. The parties have the right to appeal against such a decision to the Civil Court. During the court proceedings the parties may, however, conclude an agreement which, according to the telecommunication law may result in expiration of the decision by virtue of law partially or as a whole. The paper attempts address the question whether, due to the expiration of a decision, there exist any obstacles in substantive consideration of the case.

**KEY WORDS:** telecommunication, administrative decision, interconnection agreement, discontinuation of proceedings, expiration of decision

**POJĘCIA KLUCZOWE:** telekomunikacja, decyzja administracyjna, umowa międzyoperatorska, umozwienie postępowania, wygaśnięcie decyzji

*Cezary Paweł Waldziński*

## **GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 6 KWIECZNIA 2017 R., IV CZ 140/16<sup>1</sup>**

Teza głosowanego postanowienia:

Jeżeli zakończone zostało postępowanie odwoławcze w sprawie o zniesienie współwłasności i w postanowieniu sądu rozstrzygnięto także o żądaniu obejmującym zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli, to uczestnikowi postępowania mógł przysługiwać jedynie środek zaskarżenia w postaci skargi kasacyjnej, niezależnie od tego, jaką część wspomnianego postanowienia zamierzał on zaskarżyć. Należy zatem podzielić stanowisko o niedopuszczalności apelacji (art. 370 k.p.c.). Nie można natomiast podzielić sugestii, że rozstrzygnięcie o żądaniu obejmującym zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli winno być traktowane jako orzeczenie sądu pierwszej instancji. Rozstrzygnięcie takie stanowi bowiem element ogólnego rozstrzygnięcia o przedmiocie sporu w postaci zniesienia współwłasności nieruchomości niezależnie od tego, jak ostatecznie skonstruowana została sama sentencja postanowienia sądu drugiej instancji.

Wyżej wskazane stanowisko zajął Sąd Najwyższy, rozpatrując w dniu 6 kwietnia 2017 r. na posiedzeniu niejawnym wniesione przez uczestnika postępowania zażalenie na postanowienie sądu drugiej instancji o odrzuceniu apelacji z uwagi na jej niedopuszczalność (art. 370 k.p.c.).

Przejdźcie do właściwych rozważań należałoby poprzedzić zwięzłym przedstawieniem przebiegu postępowania w niniejszej sprawie. Uczestnik postępowania w sprawie o zniesienie współwłasności nieruchomości wniósł do sądu okręgowego, jako sądu pierwszej instan-

cji, pozew o zobowiązanie córki do złożenia oświadczenia woli o zwrotnym przeniesieniu na jego rzecz udziału 1/4 części nieruchomości objętej sporem. Odwołanie to odnosiło się do darowizny nieruchomości dokonanej na rzecz córki w 2003 r. w formie aktu notarialnego, a jego przyczyną stała się, według darczyńcy, rażąca niewdzięczność obdarowanej. Sprawa o zobowiązanie do złożenia oświadczenia, zgodnie z art. 618 k.p.c., została przekazana sądowi prowadzącemu postępowanie o zniesienie współwłasności. Postępowanie o zniesienie współwłasności zostało już zakończone

<sup>1</sup> Legalis.



w pierwszej instancji i było na etapie postępowania przed sądem drugiej instancji. Pozew w sprawie o zobowiązanie został zaś złożony – do sądu okręgowego, jako sądu pierwszej instancji z uwagi na wartość przedmiotu sprawy – na dwa tygodnie przed rozpoznaniem apelacji od postanowienia sądu pierwszej instancji w sprawie o zniesienie współwłasności.

W postępowaniu apelacyjnym na rozprawie doszło zatem do rozpoznania apelacji od postanowienia sądu pierwszej instancji w przedmiocie zniesienia współwłasności oraz powództwa o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli.

Uczestnik postępowania zaskarżył apelacją rozstrzygnięcie sądu drugiej instancji dotyczące powództwa o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli i domagał się zmiany postanowienia tego sądu poprzez zobowiązanie córki do złożenia oświadczenia woli o zwrotnym przeniesieniu na jego rzecz udziału 1/4 w prawie własności darowanej nieruchomości.

Sąd Okręgowy w O. odrzucił apelację uczestnika z racji jej niedopuszczalności (art. 370 k.p.c.) i wyjaśnił, że uczestnikowi mógłby przysługiwać środek zaskarżenia w postaci skargi kasacyjnej (art. 519<sup>1</sup> § 1 k.p.c.).

W zażaleniu uczestnika postępowania kwestionowano stanowisko Sądu Okręgowego w O., wskazując naruszenie art. 370 k.p.c., art. 618 § 1 k.p.c. w zw. z art. 767 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., art. 519<sup>1</sup> § 1 k.p.c. oraz w zw. z art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji. Skarżący domagał się uchylecia zaskarżonego postanowienia.

W głosowanym postanowieniu Sąd Najwyższy wskazał, że sprawa o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli o przeniesienie na powoda własności nieruchomości (udziału we własności nieruchomości) z pewnością należy do kategorii spraw, o których wspomniano w art. 618 § 1 k.p.c. („spór o prawo własności”). Sąd prowadzący postępowanie o zniesienie współwłasności ma obowiązek ustalenia, czy między współwłaścicielami rzeczy nie toczy się już inna sprawa należąca do kategorii spraw określonych w art. 618 § 1 k.p.c., i podjęcia

w związku z tym odpowiedniej decyzji procesowej. W rozpoznawanej sprawie o zniesienie współwłasności nieruchomości pomiędzy trójkiem współwłaścicieli taka decyzja procesowa została podjęta przez Sąd Okręgowy w O. i wytoczona przez powoda sprawa o zobowiązanie uczestniczki postępowania działowego do złożenia odpowiedniego oświadczenia woli (po odwołaniu dokonanej przez powoda darowizny nieruchomości) została przekazana do rozpoznania w sprawie o zniesienie współwłasności nieruchomości. W wyniku tego przekazania sprawa o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli utraciła swą odrębność procesową i stała się elementem szerszego przedmiotu sporu w postaci zniesienia współwłasności, co powinno było znaleźć odpowiedni wyraz w sentencji rozstrzygnięcia sądu drugiej instancji. Jeżeli zatem zakończone zostało postępowanie odwoławcze w sprawie o zniesienie współwłasności i w postanowieniu Sądu Okręgowego w O. rozstrzygnięto także o żądaniu obejmującym zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli, to uczestnikowi postępowania mógł przysługiwać jedynie środek zaskarżenia w postaci skargi kasacyjnej, niezależnie od tego, jaką część wspomnianego postanowienia zamierzał on zaskarżyć. Sąd Najwyższy podzielił stanowisko Sądu Okręgowego w O. o niedopuszczalności apelacji (art. 370 k.p.c.). Nie można traktować rozstrzygnięcia sądu apelacyjnego o zobowiązaniu do złożenia oświadczenia woli jako orzeczenia sądu pierwszej instancji. Rozstrzygnięcie takie stanowi bowiem element ogólnego rozstrzygnięcia o przedmiocie sporu w postaci zniesienia współwłasności nieruchomości niezależnie od tego, jak ostatecznie skonstruowana została sama sentencja postanowienia sądu drugiej instancji.

Jednocześnie w części merytorycznej postanowienia Sąd Najwyższy – powołując się na swoje wcześniejsze orzecznictwo – wskazał, że zgłoszenie roszczeń objętych art. 618 § 1 k.p.c. dopuszczalne jest w zasadzie do daty zamknięcia rozprawy przed sądem pierwszej instancji. Zgłoszenie ich przed sądem drugiej instancji

(apelacyjnym) jest skuteczne jedynie wówczas, gdy powstały one albo stały się wymagalne w trakcie postępowania międzyinstancyjnego lub później.

Uzasadnienie Sądu Najwyższego skłania do przedstawienia uwag natury krytycznej w odniesieniu do tej jego części, która wskazuje, że w wyniku przekazania spraw, o których mowa w treści art. 618 § 1 k.p.c., do dalszego rozpoznania sądowi prowadzącemu postępowanie o zniesienie współwłasności – zgodnie z art. 618 § 2 k.p.c. – przekazane sprawy tracą swoją odrębność procesową, w dosłownym tego słowa znaczeniu. Poza tym – co także należy ocenić krytycznie – Sąd Najwyższy nie poddał ocenie rozstrzygnięcia sądu apelacyjnego o odrzuceniu apelacji przez pryzmat przepisów ustawy zasadniczej, w szczególności art. 176 ust. 1 Konstytucji, który został wskazany w treści zażalenia. W przedmiotowej sprawie zaistniał bowiem stan faktyczny, w którym ustawodawca nie przewidział możliwości poddania kontroli instancyjnej rozstrzygnięcia sądu o tzw. roszczeniach ubocznych (uzupełniających – art. 618 § 1 k.p.c.) skutecznie zgłoszonych po raz pierwszy przed sądem drugiej instancji.

Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w O. w zakresie dotyczącym żądania, obejmującym zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli – moim zdaniem – było objęte dyspozycją art. 176 ust. 1 Konstytucji. W art. 367 § 1 k.p.c. mamy zatem do czynienia z pominięciem ustawodawczym i luką w prawie, o czym niżej. W pierwszej kolejności należy jednak poczynić kilka uwag natury ogólnej na temat zasady **kompleksowego rozstrzygnięcia w postępowaniu o zniesienie współwłasności roszczeń współwłaścicieli związanych z przedmiotem współwłasności**.

Zgodnie z art. 618 § 1 k.p.c. – w postępowaniu o zniesienie współwłasności sąd rozstrzyga także spory o prawo żądania zniesienia współwłasności i o prawo własności, jak również wzajemne roszczenia współwłaścicieli z tytułu posiadania rzeczy. Zgodnie z treścią § 2 tego przepisu z chwilą wszczęcia postępowania o zniesienie współwłasności odrębne

postępowanie w sprawach wymienionych w paragrafie poprzedzającym jest niedopuszczalne. Sprawy będące w toku przekazuje się do dalszego rozpoznania sądowi prowadzącemu postępowanie o zniesienie współwłasności. Jeżeli jednak postępowanie o zniesienie współwłasności zostało wszczęte po wydaniu wyroku, przekazanie następuje tylko wówczas, gdy sąd drugiej instancji uchyli wyrok i sprawę przekaże do ponownego rozpoznania. Postępowanie w sprawach, które nie zostały przekazane, sąd umarza z chwilą zakończenia postępowania o zniesienie współwłasności. Po zapadnięciu prawomocnego postanowienia o zniesieniu współwłasności uczestnik nie może dochodzić roszczeń przewidzianych w § 1, chociażby nie były one zgłoszone w postępowaniu o zniesienie współwłasności (§ 3).

Przywołany przepis realizuje zasadę kompleksowego rozstrzygnięcia w postępowaniu o zniesienie współwłasności roszczeń współwłaścicieli związanych z przedmiotem współwłasności. Zwraca przy tym uwagę radykalizm ustawodawcy, z jakim urzeczywistnia tę zasadę, wyrażający się w zastosowaniu tu mechanizmu prekluzyjnego. Z chwilą bowiem wszczęcia postępowania o zniesienie współwłasności prowadzenie oddzielnych spraw o roszczenia wymienione w § 1 jest niedopuszczalne, a z kolei po jego zakończeniu niemożliwe jest ich dochodzenie, nawet jeżeli uczestnik nie zgłosił tych roszczeń w postępowaniu o zniesienie współwłasności. Oznacza to, że realizacja tych roszczeń jest możliwa wyłącznie w tym postępowaniu. Artykuł 618 k.p.c. jest przepisem prawa procesowego i wskazuje, jakie spory powinny być rozpoznawane w postępowaniu o zniesienie współwłasności, bez względu na podstawę prawną powstania sporu. Podstawą tą może być umowne uregulowanie przez współwłaścicieli (współspadkobierców) ich wzajemnych stosunków, a w jego braku – przepisy Kodeksu cywilnego o stosunkach między współwłaścicielami do czasu zniesienia współwłasności, a także przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu i o czynach niedozwolonych. Podstawa prawna powstania roszczenia jest tu

zatem bez znaczenia, skoro przepis procesowy wskazuje sposób jego dochodzenia<sup>2</sup>.

Zasada kompleksowego rozstrzygnięcia roszczeń współwłaścicieli związanych z przedmiotem współwłasności<sup>3</sup> wprowadza zatem:

a) konieczność skumulowania wszystkich spornych kwestii dotyczących likwidowanego stosunku współwłasności w granicach jednego postępowania;

b) ograniczenie w swobodzie wyboru przez strony momentu zgłoszenia tych roszczeń.

Wskazana wyżej zasada w żadnej mierze nie może modyfikować pojęcia „sprawa” w rozumieniu art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej. Pojęcia konstytucyjne mają – zgodnie z utrwalonym dorobkiem orzecznictwem TK – znaczenie autonomiczne. Oznacza to, że pojęć konstytucyjnych nie można sprowadzać do treści wynikających ze znaczenia, jakie analogicznym pojęciom nadają ustawy zwykłe. Wynika to z ogólnej zasady interpretacyjnej, zgodnie z którą normy konstytucyjne muszą być traktowane jako punkt odniesienia dla oceny poszczególnych pojęć ustawowych, a nie odwrotnie. Zakres danego pojęcia zawartego w ustawie zasadniczej może być zatem szerszy, a niekiedy także węższy niż zakres tożsamo brzmiącego pojęcia ustawowego<sup>4</sup>.

Tym samym fakt, że – z uwagi na treść art. 618 § 2 k.p.c. – sprawa o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli o przeniesienie na powoda udziału we własności nieruchomości została przekazana do dalszego rozpoznania sądowi prowadzącemu postępowanie o zniesienie współwłasności nie ma znaczenia dla wykładni art. 45 ust. 1 Konstytucji i art. 176

ust. 1 Konstytucji. W wyniku przekazania sprawa o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli w znacznej mierze utraciła swoją odrębność procesową, jednakże rozstrzygnięcie sądu o tym żądaniu (roszczeniu) objęte jest dyspozycją wyżej wskazanych przepisów ustawy zasadniczej.

Zgodnie z art. 176 ust. 1 ustawy zasadniczej postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się na temat tej zasady. W swoim orzecznictwie sąd konstytucyjny podkreślał, że zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego stanowi jeden z istotnych elementów wyznaczających treść prawa do sądu. Dwuinstancyjność postępowania ma na celu zapewnienie zapobiegania pomyłkom i arbitralności w pierwszej instancji<sup>5</sup>.

Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że standardem minimalnym odnoszącym się do postępowania sądowego jest dwuinstancyjność. Wszystko, co ponad ten standard wykracza, włącznie z instytucją kasacji i sposobem jej ukształtowania, jest naddatkiem, podwyższeniem standardu minimalnego. Stronie nie przysługuje zatem roszczenie wobec państwa o takie ukształtowanie obowiązujących przepisów, które zapewniłoby jej rozpoznanie każdej sprawy przez Sąd Najwyższy. Ustawodawca może zatem w ogóle nie wprowadzać takiego środka zaskarżenia. Jeżeli jednak kasacja (skarga kasacyjna) zostanie wprowadzona do systemu prawnego, musi odpowiadać standardom konstytucyjnym<sup>6</sup>.

Zakres przedmiotowy prawa do dwuinstancyjnego postępowania sądowego został wy-

<sup>2</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 11 grudnia 2013 r. (I ACa 781/13), „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Łodzi” 2015, nr 3, poz. 10.

<sup>3</sup> Wymaga podkreślenia, że zasada ta ma odpowiednie zastosowanie także do spraw o dział spadku (art. 686 k.p.c. i art. 688 k.p.c.) oraz o podział majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej między małżonkami (art. 567 § 3 k.p.c.).

<sup>4</sup> Zob. wyroki TK: z 14 marca 2000 r. (P 5/99), OTK 2000, nr 2, poz. 60; z 10 maja 2000 r. (K 21/99), OTK 2000, nr 4, poz. 109; z 7 lutego 2001 r. (K 27/00), OTK 2001, nr 2, poz. 29 oraz z 3 czerwca 2008 r. (P 4/06), Legalis.

<sup>5</sup> Zob. wyroki TK: z 10 lipca 2000 r. (SK 12/99), OTK 2000, nr 5, poz. 143 i z 31 marca 2009 r. (SK 19/08), Legalis.

<sup>6</sup> Zob. wyroki TK: z 1 lipca 2008 r. (SK 40/07), Legalis; z 30 maja 2007 r. (SK 68/06), OTK-A 2007, nr 6, poz. 53; z 10 lipca 2000 r. (SK 12/99), OTK 2000, nr 5, poz. 143; z 6 października 2004 r. (SK 23/02), OTK-A 2004, nr 9, poz. 89 oraz z 31 marca 2005 r. (SK 26/02), OTK-A 2005, nr 3, poz. 29.

znaczony przez konstytucyjne pojęcie sprawy. Konstytucyjna treść normatywna pojęcia prawnego „rozpatrzenie sprawy”, zamieszczonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji, obejmuje rozstrzygnięcie o prawach lub obowiązkach jakiegoś podmiotu na podstawie norm prawnych wynikających z obowiązujących przepisów prawnych. Istotą „rozpatrzenia sprawy” jest prawna kwalifikacja konkretnego stanu faktycznego, zawarta w wydanej normie konkretnej i indywidualnej, skierowanej do określonego podmiotu, z której to normy wynikają określone skutki prawne, tzn. konkretne uprawnienia lub obowiązki. Przyjęcie takich założeń prowadzi do wniosku, że „sprawa” w ujęciu art. 45 ust. 1 Konstytucji to określone zadanie sądu polegające na prawnej kwalifikacji konkretnego stanu faktycznego, służącej rozstrzygnięciu o prawach lub obowiązkach określonego podmiotu (adresata)<sup>7</sup>.

Nie każde zatem orzeczenie wydane w sądowym postępowaniu cywilnym musi wiązać się z wymogiem zapewnienia dwuinstancyjności postępowania. W jego trakcie rozstrzygane są bowiem kwestie służebne w stosunku do postępowania w sprawie głównej<sup>8</sup>. Zasada dwuinstancyjności nie wymaga, aby w każdej kwestii wпадkowej, niemającej charakteru odrębnej sprawy w rozumieniu Konstytucji, przysługiwał środek zaskarżenia do sądu wyższej instancji. Konieczność ustanowienia takich środków w niektórych kwestiach wпадkowych, niemających charakteru odrębnej sprawy w rozumieniu Konstytucji, może natomiast wynikać z ogólnego wymogu ukształtowania procedury sądowej zgodnie z zasadami sprawiedliwości

proceduralnej. W związku z tym ustawodawca może, a niekiedy musi przyznać prawo do zaskarżania orzeczeń, które nie rozstrzygają sprawy w rozumieniu Konstytucji, a dotyczą jedynie tzw. kwestii incydentalnych<sup>9</sup>.

Wyjaśniając znaczenie zasady dwuinstancyjności postępowania, Trybunał Konstytucyjny zwracał – z jednej strony – uwagę na dostęp do sądu drugiej instancji, a z drugiej – na odpowiednie ukształtowanie procedury przed tym sądem. W odniesieniu do apelacji Trybunał Konstytucyjny podkreślał m.in., że prawo strony do rozpatrzenia sprawy przez sąd drugiej instancji może być naruszone zarówno bezpośrednio (poprzez wyłączenie możliwości wniesienia apelacji), jak i pośrednio (poprzez ustanowienie takich formalnych warunków wniesienia apelacji, które czynność tę czyniłyby nadmiernie utrudnioną)<sup>10</sup>. Z punktu widzenia regulacji zawartych w Konstytucji środek zaskarżenia powinien być skuteczny w tym sensie, że powinien umożliwiać merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy w postępowaniu odwoławczym. Gwarancje takie zapewnia postępowanie apelacyjne, nie zaś kasacyjne. Dotyczy to w szczególności możliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego<sup>11</sup>. Apelacja powinna gwarantować ponowne, merytoryczne zbadanie sprawy. Osiągnięcie celu tego postępowania nie jest możliwe, gdy kontrola ograniczy się do prawidłowości zastosowania przepisów przez sąd pierwszej instancji<sup>12</sup>.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego zakłada w szczególności<sup>13</sup>:

<sup>7</sup> Zob. wyrok TK z 27 maja 2008 r. (SK 57/06), Legalis oraz postanowienia TK: z 19 stycznia 2017 r. (Is 172/16), Legalis i z 14 grudnia 2009 r. (SK 49/07), OTK-A 2009, nr 11, poz. 173.

<sup>8</sup> Np. postanowienie o podjęciu zawieszzonego postępowania ma charakter służebny wobec postępowania głównego i wpływa jedynie na jego przebieg. Nie nakłada natomiast żadnych obowiązków ani nie przyznaje uprawnień stronom postępowania cywilnego.

<sup>9</sup> Zob. wyroki TK: z 31 marca 2009 r. (SK 19/08), Legalis; z 12 stycznia 2010 r. (SK 2/09), Legalis; z 9 lutego 2010 r. (SK 10/09), Legalis; z 2 czerwca 2010 r. (SK 38/09), Legalis; z 8 czerwca 2016 r. (P 62/14), Legalis; z 22 października 2015 r. (SK 28/14), Legalis i z 12 stycznia 2010 r. (SK 2/09), Legalis.

<sup>10</sup> Wyrok TK z 12 marca 2002 r. (P 9/01), OTK-A 2002, nr 2, poz. 14.

<sup>11</sup> Wyrok TK z 12 czerwca 2002 r. (P 13/01), OTK-A 2002, nr 4, poz. 42.

<sup>12</sup> Wyrok TK z 13 stycznia 2004 r. (SK 10/03), OTK-A 2004, nr 1, poz. 2.

<sup>13</sup> Wyrok TK z 16 listopada 2011 r. (SK 45/09), OTK-A 2011, nr 9, poz. 97.

a) dostęp do sądu drugiej instancji, a co za tym idzie – przyznanie stronom odpowiednich środków zaskarżenia;

b) powierzenie rozpoznania sprawy w drugiej instancji – co do zasady – sądowni wyższego szczebla, a w konsekwencji nadanie środkowi zaskarżenia charakteru dewolutywnego;

c) odpowiednie ukształtowanie procedury przed sądem drugiej instancji, tak aby sąd ten mógł wszechstronnie zbadać rozpoznawaną sprawę i wydać rozstrzygnięcie merytoryczne.

Ustawodawca ma pewien zakres swobody regulacyjnej przy normowaniu postępowania przed sądem drugiej instancji, jednakże w sytuacjach objętych zakresem gwarancji określonych w art. 176 ust. 1 Konstytucji ustawa nie może całkowicie zamykać dostępu do sądu drugiej instancji ani też ustanawiać nieuzasadnionych ograniczeń, które nie odpowiadałyby wymogom określonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>14</sup>.

Dla wykładni art. 176 ust. 1 Konstytucji nie ma znaczenia treść art. 618 k.p.c., w tym wynikająca z tego przepisu zasada kompleksowego rozstrzygania w postępowaniu o zniesienie współwłasności roszczeń współwłaścicieli związanych z przedmiotem współwłasności.

Wskazać przy tym należy, że cofnięcie wniosku o zniesienie współwłasności jest dopuszczalne także w postępowaniu apelacyjnym (art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 332 § 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.). W przypadku zaś skutecznego cofnięcia w postępowaniu apelacyjnym wniosku o zniesienie współwłasności nieruchomości zachodziłaby konieczność odłączenia sprawy z powództwa uczestnika o zo-

bowiązanie do złożenia oświadczenia w celu jej rozpoznania i rozstrzygnięcia w postępowaniu procesowym oraz uchylenia zaskarżonego postanowienia i umorzenia postępowania o zniesienie współwłasności<sup>15</sup>. Wówczas sprawa o zobowiązanie do złożenia oświadczenia zyskałaby swoją odrębność procesową i byłaby rozpoznawana przed sądem okręgowym, jako sądem pierwszej instancji (z uwagi na wartość przedmiotu sporu). Strona niezadowolona z rozstrzygnięcia sądu miałaby możliwość złożenia apelacji. Takiej możliwości uczestnik postępowania w rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy sprawie nie miał, z uwagi na przekazanie sprawy o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli sądowi prowadzącemu postępowanie o zniesienie współwłasności.

W zaistniałej więc sytuacji – moim zdaniem – zasada dwuinstancyjności postępowania nie została w pełni urzeczywistniona przez ustawodawcę w postępowaniu o zniesienie współwłasności, tj. w zakresie dotyczącym tzw. roszczeń ubocznych zgłoszonych skutecznie po raz pierwszy przed sądem drugiej instancji (apelacyjnym). Brak możliwości poddania kontroli instancyjnej rozstrzygnięcia sądu drugiej instancji o wyżej wskazanych roszczeniach stanowi pominięcie ustawodawcze. Ustawodawca uregulował apelację (art. 367–391 k.p.c.), jednakże uczynił to w sposób niepełny. Pomiął bowiem fakt, że istnieje możliwość zgłoszenia przed sądem drugiej instancji (apelacyjnym) roszczeń objętych art. 618 § 1 k.p.c., tj. wówczas, kiedy powstały one albo stały się wymagalne po zamknięciu rozprawy przed sądem pierwszej instancji lub później.

<sup>14</sup> Wyrok TK z 12 września 2006 r. (SK 21/05), Legalis.

<sup>15</sup> Skutki cofnięcia pozwu na etapie postępowania apelacyjnego określa art. 386 § 3 k.p.c., zgodnie z treścią którego jeżeli zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd drugiej instancji uchyla wyrok oraz umarza postępowanie. Przepis ten, na podstawie art. 13 § 2 k.p.c., znajduje zastosowanie do odwołania w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych.

## GŁOŚA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 22 CZERWCA 2016 R., III CZP 19/16

Teza głosowanego wyroku:

**Upływ oznaczonego w umowie czasu trwania poręczenia nie wyłącza obowiązku poręczyciela zaspokojenia roszczenia, którego wierzyciel dochodzi przed sądem, jeżeli powództwo zostało wytoczone przed upływem tego terminu.**

### 1. ANALIZA STANU FAKTYCZNEGO

W głosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy stanął przed istotnym zagadnieniem skutku zamieszczenia przez strony klauzuli ograniczającej odpowiedzialność poręczyciela określonym terminem. W niniejszej sprawie stan faktyczny nie był skomplikowany. Powód zawarł ze spółką umowę pożyczki, którą zabezpieczono umową poręczenia. Strony postanowiły, że owo poręczenie będzie miało charakter terminowy, a po jego bezskutecznym upływie poręczycielowi przysługuje prawo do uchylenia się od obowiązku zaspokojenia wierzyciela. Spółka jednak w przewidzianym terminie pożyczki nie zwróciła, ogłaszając jednocześnie swą upadłość. Wierzyciel zatem, wobec braku zaspokojenia zarówno ze strony spółki, jak i poręczyciela, wytoczył do sądu powództwo o zapłatę. Choć uczynił to przed nadejściem terminu, na jaki zostało udzielone sporne poręczenie, to jednak w trakcie trwania postępowania sądo-

wego zastrzeżony termin upłynął. Powyższy fakt stał się główną podstawą zarzutów, które podnosił w niniejszej sprawie pozwany poręczyciel.

### 2. PROBLEMATYKA ZAKRESU SWOBODY KONTRAKTOWEJ STRON

Dywagacje w przedmiocie ograniczania skuteczności poręczenia terminem zawitym należy przeprowadzić dwupłaszczyznowo. Przede wszystkim należy udzielić odpowiedzi na pytanie, jaki jest zakres swobody umów oraz jak przedstawia się dopuszczalność ustanawiania terminów prekluzyjnych w tym zakresie. Obecnie zasadę swobody kontraktowej należy uznać za jedną z podstawowych wartości współczesnych systemów prawnych<sup>1</sup>. Na gruncie Kodeksu cywilnego<sup>2</sup> została przewidziana normą art. 353<sup>1</sup> k.c. Zakres jej zastosowania dla praktyki prawniczej

<sup>1</sup> Por. M. Pieck, *A Study of the Significant Aspects of German Contract Law*, „Annual Survey of International & Comparative Law”, v. 3, i. 1, s. 111.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. (tekst jedn. z 17 grudnia 2013 r., Dz.U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.).

w systemie społecznej gospodarki rynkowej jest niebagatelny. W ocenie Z. Radwańskiego i A. Olejniczaka swobodę umów można określić jako kompetencję do kształtowania przez podmioty wiążących je stosunków prawnych w drodze dwu- lub wielostronnych oświadczeń woli w ramach czynności konwencjonalnych<sup>3</sup>. Zbliżone ujęcie reprezentuje także P. Machnikowski, który zasadę tę ujmuje jako przyznaną podmiotom prawa cywilnego kompetencję do ustanawiania, zmiany i znoszenia wiążących te podmioty norm, wyznaczających stosunki prawne między tymi stronami<sup>4</sup>. Niemniej jednak, niezależnie od ujęcia – jak słusznie podkreśla w swoich orzeczeniach Sąd Najwyższy – reguła, o której mowa, nie ma charakteru absolutnego<sup>5</sup>. Wszelkie bowiem jej ograniczenia muszą wynikać z przepisów ustawy, zasad współżycia społecznego bądź natury stosunku zobowiązaniowego. Powyższe kryteria pozostają jedynymi możliwymi wyznacznikami granicy zakresu autonomii kontraktowej. W tym miejscu zasadne wydaje się ich scharakteryzowanie, jednakże dość krótkie, z uwagi na ramy glosy.

Pierwszym ograniczeniem, jakiego doznaje zasada swobody umów, jest sprzeczność treści lub celu umowy z ustawą. Doktryna słusznie uznaje, że pod pojęciem „ustawa” należy rozumieć nie tylko normy bezwzględnie wiążące, ale także semiimperatywne<sup>6</sup>. Zatem wszelkie naruszenia muszą wynikać *expressis verbis* z treści normy prawnej bądź z nieuwzględnienia przez strony minimalnego standardu, określonego przez *ius semidispositivum*. Z kolei przez granice wyznaczone zasadami współżycia społecznego należy rozumieć wszelkie reguły dotyczące uczciwości, słuszności oraz posza-

nowania interesów drugiej strony. Z uwagi na fakt, że zasady współżycia społecznego są swoistą klauzulą generalną, o sprzeczności można mówić jedynie w kontekście konkretnego stosunku prawnego<sup>7</sup>. Trudno bowiem wskazać ogólną regułę dotyczącą wykładni tegoż pojęcia. Ostatnim wskaźnikiem limitującym swobodę kontraktową jest właściwość (natura) stosunku zobowiązaniowego. Klauzula, o której stanowi art. 353<sup>1</sup> k.c., nie występowała nigdy wcześniej w polskim prawie. Stąd też dopiero od roku 1990 tworzy się linia doktrynalna i orzecznicza, próbująca dokonać wykładni tego przepisu. Linia orzecznicza przyjęta przez Sąd Najwyższy ujmuje dość liberalnie powyższe ograniczenie. Tytułem przykładu należy wskazać dopuszczenie tworzenia czynności prawnych abstrakcyjnych objętych wolą stron<sup>8</sup>, czy też dużą autonomię w zakresie kreowania potrącenia wzajemnego<sup>9</sup>. Poczynione powyższe ustalenia prowadzą do jednoznacznego wniosku, że współcześnie swobodę umów interpretuje się niezwykle szeroko.

### 3. PROBLEMATYKA DOPUSZCZALNOŚCI OGRANICZANIA PORĘCZENIA TERMINEM

Kolejna kwestia dotyczy już właściwej analizy dopuszczalności ustanawiania umownych terminów zawitych. Wskazać należy, że ogólna regulacja terminów w Kodeksie cywilnym jest niezwykle lakoniczna i odnosi się wyłącznie do wskazania sposobu ich obliczania. Artykuł 116 k.c. nakazuje w pozostałym zakresie odpowiednio stosować przepisy o warunku zawieszającym. Nie powinno zatem budzić wątpliwości,

<sup>3</sup> Por. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 126.

<sup>4</sup> Por. P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353<sup>1</sup> k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 143.

<sup>5</sup> Tak SN w wyroku z 6 listopada 2002 r., III CKN 801/00, niepubl.

<sup>6</sup> Por. K. Bącznyk, *Zasada swobody umów w prawie polskim*, „Studia Iuridica Toruniensia”, red. E. Kustra, t. 2, Toruń 2002, s. 49–50.

<sup>7</sup> Por. tamże, s. 54.

<sup>8</sup> Por. uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej z 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSN 1995, nr 10, poz. 135 oraz wyrok SN z 26 stycznia 2011 r., IV CSK 299/10, niepubl.

<sup>9</sup> Por. wyrok SN z 26 stycznia 2005 r., V CK 379/03, niepubl.

że dopuszcza się zastrzeżenie terminu w każdej czynności prawnej, chyba że sprzeciwia się temu przepis ustawy lub właściwość czynności prawnej<sup>10</sup>. Skoro wszelkie ograniczenia muszą wynikać z norm *iuris cogentis* bądź właściwości czynności prawnej, należy zbadać, czy regulacja i specyfika umowy poręczenia pozostaje w sprzeczności z przyjętą, dość szeroko, autonomią woli stron w tym zakresie.

Niewątpliwie wiele kontrowersji może wzbudzać dopuszczalność ustanawiania w trybie art. 353<sup>1</sup> k.c. umownych terminów zawitych. W klasycznej doktrynie prawa cywilnego pogląd o niedopuszczalności ustanawiania i modyfikacji przez strony terminów prekluzyjnych zyskał szerokie poparcie co do dwóch postaci prekluzji: dochodzenia roszczeń oraz realizacji praw podmiotowych przed uprawnionym organem<sup>11</sup>. Zakaz powyższy wyprowadzano z treści art. 119 k.c., który stanowi o niedopuszczalności skracania i wydłużania terminów przedawnienia przez czynność prawną. Skoro terminy prekluzyjne stanowią bardziej rygorystyczne oddziaływanie na prawa podmiotowe stron, to *a fortiori* terminy zawite nie powinny być ustanawiane ani zmieniane w jakikolwiek sposób przez strony. Jednakże B. Kordasiewicz<sup>12</sup> słusznie zauważa, że wnioskowanie *a fortiori* z art. 119 k.c. należy podać w wątpliwość. Autor wskazuje, że przeciwko klasycznemu stanowisku doktryny przemawia wiele argumentów. Najważniejszy z nich dotyczy ustawowego regulowania przedawnień jako „nieznającego żadnych wyjątków”<sup>13</sup>,

w przeciwieństwie do terminów zawitych, gdzie prawodawca *expressis verbis* dopuszcza ich modyfikację przez strony<sup>14</sup>. Zatem do krytyki zakazu dyspozytywności należy zdecydowanie się przychylić. Ponadto na gruncie niniejszej sprawy argumentem przeciwnym wobec postulatu niedyspozytywności terminów prekluzyjnych jest fakt, że ustawodawca nie wprowadza takich terminów w umowie poręczenia.

Ponadto w obecnym stanie prawnym przepisy Kodeksu cywilnego nie wprowadzają *expressis verbis* ograniczeń ustawowych co do dopuszczalności ustanowienia w umowie terminu zawitego<sup>15</sup>. Co więcej – rezultat zastosowania wykładni systemowej norm regulujących poręczenie nie wskazuje na to, aby istniała jakakolwiek szczególna właściwość sprzeciwiająca się ustanowieniu tegoż w umowie<sup>16</sup>. Na powyższą kwestię słusznie zwraca uwagę w uzasadnieniu Sąd Najwyższy, jednocześnie akcentując, że podstawę prawną dla takiej klauzuli stanowi art. 353<sup>1</sup> k.c. Jednakże należy pamiętać, że pełna autonomia stron w omawianym zakresie możliwa jest jedynie na gruncie modelowego (ustawowego) poręczenia. Jeśli więc strony ustanowią poręczenie jako abstrakcyjne, a odpowiedzialność poręczyciela jako nieograniczoną, zastrzeżenie terminu prekluzyjnego stanie się niemożliwe.

Niewątpliwie uwadze nie może umknąć także inny, dość istotny argument przemawiający za słusznością rozstrzygnięcia przyjętego przez Sąd Najwyższy. Umowa poręczenia dla

<sup>10</sup> Por. art. 89 k.c.

<sup>11</sup> Por. np. S. Wójcik, *O potrzebie i sposobie uregulowania cywilnoprawnych terminów zawitych*, (w:) *Prace cywilistyczne. Księga dla uczczenia 40-lecia pracy naukowej prof. J. Winiarza*, Warszawa 1990, s. 398–399; A. Szpunar, *Uwagi w sprawie wykładni art. 568 k.c.*, PPH 1997, nr 5, s. 6–7; M. Nesterowicz, (w:) *Kodeks cywilny z komentarzem*, red. J. Winiarz, t. I, Warszawa 1989, s. 567–572.

<sup>12</sup> Por. B. Kordasiewicz, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 678–679.

<sup>13</sup> Por. tamże, s. 678.

<sup>14</sup> Por. np. art. 66 k.c., art. 568 § 1 k.c. czy art. 598 § 2 k.c., obszernie problematykę dyspozytywności terminów prekluzyjnych omawia B. Kordasiewicz, por. B. Kordasiewicz, (w:) *System*, s. 678–681.

<sup>15</sup> Obecnie problem ten uregulowany jest wyłącznie na gruncie przepisów o poręczeniu (*dependent personal security*) w projekcie *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Por. art. IV G 1:101 i n. DCFR.

<sup>16</sup> Szerzej na temat terminowego poręczenia Z. Radwański, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 8, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011, s. 575 i wskazana tam literatura.



swej skuteczności nie wymaga bowiem jakiegokolwiek zgody dłużnika głównego. Jednakże mimo to odpowiedzialność poręczyciela powstaje już w chwili jego opóźnienia. Surowość, na której oparto to zobowiązanie, powoduje, że często w praktyce poręczyciel nie ma wpływu na działania osoby, za której dług poręczył. W konsekwencji zaległość względem wierzyciela nieustannie rośnie, dopóki ten nie zostanie zaspokojony. Dopuszczalność wprowadzenia do umowy terminu zawitego ogranicza negatywne dla poręczyciela skutki w tym sensie, że przestaje on być w gotowości do świadczenia po upływie zastrzeżonego terminu. Wobec powyższego bierność wierzyciela powoduje wyłącznie dlań ujemne skutki. Te zaś w żadnym stopniu nie oddziałują negatywnie w stosunku do zobowiązanego z tytułu poręczenia.

#### 4. SKUTEK PRAWNY TERMINOWEGO PORĘCZENIA

Sąd Najwyższy wskazuje, że zastrzeżonemu w umowie poręczenia terminowi można przypisać dwa znaczenia. Pierwszy pogląd zakłada, że strony poprzez oznaczenie terminu ograniczyły odpowiedzialność poręczyciela do określonej wysokości świadczenia, odpowiadającej stanowi zobowiązania głównego w chwili nadejścia terminu. Zatem w tym ujęciu bezskuteczny upływ terminu powoduje jedynie, że poręczyciel przestaje z tą chwilą być odpowiedzialny za wszelkie dalsze negatywne następstwa niespełnienia świadczenia przez dłużnika głównego<sup>17</sup>. Wierzyciel wciąż może jednak wytoczyć powództwo przeciwko poręczycielowi i uzyskać skuteczne zaspokojenie z jego majątku.

W ujęciu drugim ustanowienie w umowie poręczenia terminu powoduje, po jego upływie, każdorazowe wygaśnięcie odpowiedzialności. Strony bowiem, korzystając z autonomii woli na poziomie prawa zobowiązań, ustano-

wiły termin zawity. Jeśli więc wierzyciel nie wytoczy powództwa przed nadejściem umówionego terminu, to wówczas nie będzie mógł skutecznie żądać spełnienia świadczenia od poręczyciela. Za wspomnianym stanowiskiem opowiedziały się sądy obu instancji, jak również i Sąd Najwyższy.

Choć zaprezentowane rozstrzygnięcie wydaje się kontrowersyjne, to jednak należy zdecydowanie opowiedzieć się za poglądem przyjętym przez sądy orzekające w tej sprawie. Przede wszystkim o znaczeniu poszczególnych postanowień umownych decyduje wykładnia oświadczeń woli, zgodnie z dyrektywami ujętymi w art. 65 k.c. Strony w treści umowy posłużyły się sformułowaniem „ważność poręczenia”. Choć znaczenie pojęcia „ważność” na gruncie języka prawnego i prawniczego mocno odbiega od jego rozumienia na gruncie języka naturalnego, to jednak można w tej kwestii dokonać pewnej modyfikacji. Prowadzi ona do wniosku, że w istocie swej „ważność” w rozumieniu umowy to okres, po upływie którego strony przestaje wiązać poręczenie. Zatem organy orzekające słusznie uznały, że po bezskutecznym upływie terminu wierzyciel nie mógłby dochodzić swego roszczenia od poręczyciela.

Ponadto należy także mieć na uwadze postulat, że zasada autonomii woli, choć niezmiernie ważna na gruncie prawa cywilnego, nie zyskuje jednak wymiaru uniwersalnego i – jak wcześniej wspomniałem – w żaden sposób nieograniczonego. Sąd Najwyższy słusznie bowiem stwierdza, że „jakkolwiek strony z upływem terminu zawitego mogą wiązać dowolne skutki, to jednak nie powinny za pomocą dodatkowych postanowień umownych podważać podstawowego sensu gospodarczego kreowanego przez nie stosunku prawnego i przyznanych uprawnień”. W niniejszej sprawie aspekt celowościowy i ochronny przejawia się bowiem przede wszystkim w zastosowaniu przez Sąd Najwyższy analogii z art. 123 § 1 pkt 1 k.c.<sup>18</sup> do biegu umownego terminu pre-

<sup>17</sup> Wierzyciel nie może więc np. domagać się odsetek za opóźnienie powstałych po upływie terminu.

<sup>18</sup> Przepis ten stanowi o tym, jakie działania powodują przerwanie biegu terminu przedawnienia.

kluzyjnego<sup>19</sup>. Na kanwie omawianej sprawy oznacza to, że termin „wygaśnięcia poręczenia” nie upłynął z uwagi na wytoczenie przez wierzyciela powództwa o zapłatę.

## 5. PODSUMOWANIE

W świetle przeprowadzonej analizy należy zgodzić się z tezą wyroku Sądu Najwyższego, że upływ oznaczonego w umowie czasu trwania poręczenia nie wyłącza obowiązku poręczyciela zaspokojenia roszczenia, którego wierzyciel dochodzi przed sądem, jeżeli powództwo zostało wytoczone przed upływem tego terminu. Stanowisko zaprezentowane nie tylko przez Sąd Najwyższy, ale także przez sądy niższych instancji orzekające w niniejszej sprawie, czyni zadość oczekiwaniom wynikającym z ładu społecznej gospodarki rynkowej. System ten, opierający się

na dialogu, solidarności i współpracy partnerów społecznych, wymaga nie tylko akceptowania istnienia autonomii woli w relacjach między podmiotami prawa, tak przecież szeroko akcentowanej we współczesnym piśmiennictwie i orzecznictwie Sądu Najwyższego<sup>20</sup>.

Obok szeroko rozumianej swobody kształtowania treści stosunku prawnego nie należy však zapominać o bardzo istotnej zasadzie, jaką niewątpliwie jest pewność prawa. To właśnie ona gwarantuje każdej stronie stosunku prawnego ochronę praw nabytych poprzez czynność prawną. Głosowane orzeczenie wskazuje bowiem, że zasada pewności prawa współcześnie powinna odnosić się nie tylko do organów tworzących prawo, ale także do organów, które to prawo stosują, tak aby wszelkie argumenty, często sprzeczne, zostały w należyty sposób uwzględnione, przy jednoczesnym poszanowaniu autonomii woli stron.

<sup>19</sup> Możliwość stosowania w drodze analogii przepisów o przedawnieniach do terminów zawitych od dawna znajduje aprobatę w doktrynie, por. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 368–369 i wskazana tam literatura oraz orzecznictwo.

<sup>20</sup> Por. np. wyrok SN z 26 lutego 2002 r., III CKN 801/00, OSNC 2003, nr 3, poz. 41; wyrok SN z 6 listopada 2002 r., I CKN 1144/00, niepubl.; wyrok SN z 29 kwietnia 2003 r., V CKN 310/01, niepubl.

Jordan Zafirov

## GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 17 GRUDNIA 2015 R., I CSK 1043/14

Tezy głosowanego wyroku:

**Umowa opcji walutowej jest umową odpłatną. Wynagrodzenie ma tu postać premii opcyjnej i przewidziane jest dla podmiotu uprawnionego (wystawcy opcji *call* lub *put*), przy czym zapłata premii przez kupującego nie stanowi, oczywiście, warunku dojścia do skutku danej umowy opcji walutowej.**

**W ocenie Sądu Najwyższego istnieją uzasadnione podstawy do stwierdzenia, że pomiędzy stronami doszło jednak do skutecznego zawarcia wspomnianych transakcji opcji walutowych, w których przewidziano premie pieniężne wskazane w potwierdzeniach tych transakcji z 30 czerwca 2008 r.**

### WSTĘP

Głosowany wyrok wydany został w sprawie obejmującej zagadnienie umowy opcji walutowej, uprawnień stron przy kształtowaniu jej treści oraz znaczenia wzorców umownych stosowanych przez bank w relacjach z klientami dla wykładni oświadczeń woli stron, składanych przy zawieraniu konkretnej umowy opcji walutowej.

Głosa obejmuje polemikę z drugą z wyżej zaprezentowanych tez. W pierwszej tezie SN uznał, że premia jest wynagrodzeniem należnym stronie odpłatnej umowy opcji z tytułu wystawienia opcji. Pogląd ten należy zaaprobować. W doktrynie słusznie podkreśla się, że *essentialia negotii* każdego rodzaju umowy opcyjnej jest zapłata na rzecz wystawcy określonej sumy pieniężnej, tj. premii<sup>1</sup>. Dla dal-

szych rozważań bez znaczenia jest przy tym, czy zapłata premii jest warunkiem dojścia do skutku umowy opcyjnej, czy też wystarczające jest jej ustalenie przez strony transakcji. *Nota bene*, glosator podziela stanowisko SN, że umowa opcji jest umową konsensualną i do jej zawarcia wystarczające jest złożenie zgodnych oświadczeń woli stron, wyznaczających jej *essentialia negotii*. Problematyczna wydaje się jednak druga teza głoszona przez SN, akceptująca ustalenie premii opcyjnej przez jedną ze stron umowy. Należy zauważyć, że w uzasadnieniu wyroku SN przytoczył ocenę prawną sądu apelacyjnego, że „Bank został upoważniony do jednostronnego kształtowania wysokości premii opcyjnej”, co zrodziło pytanie SN:

„Czy zastrzeżenie przez Bank premii pieniężnych podanych w treści potwierdzeń

<sup>1</sup> Tak A. Chłopecki, *Opcje i transakcje terminowe. Zagadnienia prawne*, Dom Wydawniczy ABC 2001, s. 88.

transakcji opcyjnych uznać należy za skuteczne w świetle ustaleń faktycznych dokonanych przez Sądy *meriti*?”

Odpowiedź SN na to pytanie jest twierdząca. W ocenie glosatora może ona budzić uzasadnione zastrzeżenia, albowiem SN nie zbadał dostatecznie kwestii natury umowy opcji jako umowy odpłatnej w kontekście możliwości jednostronnego kształtowania wynagrodzenia za udzielane prawo opcyjne. Wydaje się bowiem – co jednak nie zostało wyraźnie wyartykułowane w komentowanym orzeczeniu – że SN zaakceptował stanowisko sądu apelacyjnego, iż bank był uprawniony do następczego (po chwili zawarcia umów opcji), jednostronnego kształtowania wysokości premii opcyjnej, i to zarówno dla opcji wystawianych przez siebie, jak i przez swoich klientów.

### STAN FAKTYCZNY

Powód był wieloletnim klientem banku, prowadzącym działalność gospodarczą niezwiązaną ze świadczeniem usług finansowych, a tym bardziej obejmującą obrót instrumentami finansowymi. Wynagrodzenie z tytułu prowadzonej działalności powód otrzymywał przede wszystkim w walucie euro. W okresie lipiec–sierpień 2008 r. powód wielokrotnie informował bank o zawartych i planowanych kontraktach w walucie euro, a we wrześniu zwrócił się do banku z prośbą o przedstawienie oferty produktów finansowych, umożliwiających zabezpieczenie wysokości wynagrodzenia powoda przed ryzykiem zmian kursów walut.

Pod koniec września doszło do spotkania między powodem i bankiem, podczas którego zaproponowano powodowi kilka alternatywnych rozwiązań, przy czym każde obejmowało strategię opcyjną. Kilka dni po spotkaniu powód zdecydował się na zawarcie z bankiem 46 umów opcyjnych (23 opcji *put* i 23 opcji *call*), składających się na „zerokosztową strategię opcyjną”. Do zawarcia umów doszło w trakcie rozmowy telefonicznej – zgodnie

z regulaminem zawierania umów opcji walutowych („Regulamin”), stanowiącym wzorzec umowny banku stosowany w relacjach z jego klientami. Regulamin wymieniał przedmiotowo istotne elementy umowy opcji, których uzgodnienia strony musiały dokonać w chwili zawarcia transakcji (tj. – zgodnie z Regulaminem – w trakcie rozmowy telefonicznej). Jednym z tych elementów była premia opcyjna. W toku rozmowy telefonicznej strony nie uzgodniły wysokości premii za poszczególne opcje wzajemnie wystawione przez powoda i bank, a jedynie to, że „premie wzajemnie się znoszą”. Ustalenia wysokości poszczególnych premii za każdą opcję wchodzącą w skład strategii opcyjnej dokonał jednostronnie bank w potwierdzeniach transakcji, przesłanych powodowi w dniu następnym po zawarciu umów opcji.

Co istotne, odmiennie aniżeli w przypadku innych spraw na tle umów opcji walutowych, w rozpatrywanej sprawie w potwierdzeniach transakcji przesłanych przez bank powodowi premie za poszczególne opcje nie wynosiły „0 zł”, lecz za wystawienie każdej opcji bank ustalił ściśle określoną wartość premii. Dodatkowo powód i bank otrzymywali różnej wartości premie za wystawienie opcji o tym samym nominale. Dla przykładu:

- powód za wystawienie pierwszej z serii opcji *call*, na kwotę 500 000 EUR, z dniem rozliczenia 2 kwietnia 2009 r., otrzymał premię w wysokości 31 227,89 PLN, natomiast
- pozwany za wystawienie pierwszej z serii opcji *put*, na kwotę 500 000 EUR, z dniem rozliczenia 2 kwietnia 2009 r., otrzymał premię w wysokości 36 573,00 PLN.

Z uwagi na gwałtowną utratę wartości PLN wobec EUR powód zobowiązany był w kolejnych miesiącach trwania strategii opcyjnej do wpłaty coraz wyższych kwot depozytu zabezpieczającego transakcje opcyjne oraz do wcześniejszego rozliczenia części opcji. Wiązało się to z obowiązkiem przekazania bankowi kilkunastu milionów złotych z tytułu „premií zamknięcia” opcji przed terminem ich rozliczenia.

## STANOWISKO SN

W glosowanym wyroku SN doszedł do przekonania, iż „istnieją uzasadnione podstawy do stwierdzenia, że pomiędzy stronami doszło jednak do skutecznego zawarcia wspomnianych transakcji opcji walutowych, w których przewidziano premie pieniężne wskazane w potwierdzeniach tych transakcji z dnia 30 czerwca 2008 r. (...) obie strony wyraziły zgodę na to, iż z poszczególnymi transakcjami opcji walutowych związana będzie odpowiednia premia pieniężna w rozumieniu § 4 ust. 1 pkt 11 «Regulaminu. Opcje walutowe». Niezależnie od tego fakt powstania roszczenia o zapłatę premii wynikał z już doręczonych powodowi wspomnianych wcześniej także innych wzorców umownych. Tenże stan faktyczny, dotyczący zachowania się powoda przed i po zawarciu transakcji opcyjnych, upoważnia do stwierdzenia, że doszło przynajmniej do akceptacji w sposób dorozumiany przez niego także wysokości premii pieniężnej umieszczonej na potwierdzeniach transakcji z dnia 30 września 2008 r.”.

## POLEMIKA

Problem występujący w rozpatrywanej przez SN sprawie jest wspólny dla wielu spraw dotyczących tzw. „zerokosztowych strategii opcyjnych”, zawieranych w Polsce w 2008 r. Owe strategie stanowiły „wiązki” umów opcji *call* (wystawionych przez klienta banku) i przeciwstawnych im opcji *put* (wystawianych przez bank). Suma premii należnych każdej ze stron z tytułu wystawienia kolejnych opcji wchodzących w skład strategii była równa, co miało stanowić o „zerokosztowości” transakcji – nie następowało bowiem żadne rozliczenie gotówkowe z tytułu wzajemnie należnych premii, lecz dochodziło do swoistego „potrącenia” wzajemnych wierzytelności z tego tytułu. We wszystkich tego typu sprawach sądy dochodziły do błędnego przekonania, że skoro łączne wartości premii klienta i banku są równe, to także równe

są świadczenia stron „strategii opcyjnych”. Jednakże pomimo tego, że suma premii należnych klientowi była równa sumie premii należnych bankowi, świadczenia obu stron „strategii opcyjnych” nie były równe. W szczególności nierówne było ryzyko wystawienia opcji *call* przez klienta i opcji *put* przez bank.

Sąd Najwyższy w badanej sprawie w ogóle nie dokonał analizy mechanizmu ustalenia premii opcyjnej, relacji między wartością premii i ryzykiem związanym z wystawieniem opcji oraz różnic w wysokości premii należnych klientowi i bankowi za – jak by się wydawało – opcje o równych nominałach. Zaaprobowanie przez SN stanowiska, że banki – nawet w stosunkach handlowych z przedsiębiorcami – mogły jednostronnie kształtować wysokość premii opcyjnych, prowadzi do nieuprawnionego zdaniem glosatora wniosku, iż kupujący sam może określać cenę za nabywane prawo, a w przypadku umów opcji – w istocie również wartość prawa, które nabywa od swojego klienta. W rozpatrywanym przypadku zawarcie umowy jest po prostu niemożliwe, albowiem w chwili zawierania umowy nie mogło dojść do złożenia zgodnego oświadczenia woli stron co do (co najmniej) dwóch jej koniecznych elementów – wartości praw z opcji udzielanych sobie nawzajem i wysokości wynagrodzenia.

Komentowana teza SN sprowadza się do uznania, że skoro przy zawarciu umowy ramowej klient banku wyraził zgodę na obowiązywanie Regulaminu i na ogólną zasadę przysługiwania premii za wystawienie opcji, to nie jest wymagane, by przy zawieraniu konkretnych umów opcji (lub strategii opcyjnych) strony wyraźnie uzgodniły konkretną premię za konkretną opcję. Sąd Najwyższy przyjął, że z tej ogólnej zgody klienta banku można wyprowadzić jego dorozumianą akceptację wysokości premii opcyjnych, ustalonych jednostronnie przez bank i zakomunikowanych klientowi już po zawarciu transakcji opcyjnych. Potwierdzenie tej woli stron SN odnajduje:

- albo w tym, że wystarczające dla „uzgodnienia” przez strony tego istotnego elementu umowy opcji jest oświadczenie pracownika banku złożone w trakcie rozmowy telefonicznej, że „premie wzajemnie się znoszą”, i oświadczenie powoda, iż akceptuje to ustalenie,
- albo też w tym, że uzgodnień tych strony dokonały w chwili zawarcia umowy ramowej i zaakceptowania przez klienta banku Regulaminu, przewidującego co do zasady obowiązek zapłaty premii z tytułu wystawienia opcji walutowej.

W każdym z tych wariantów SN przyjął, że nie jest istotna wartość premii należnej za poszczególne opcje składające się na strukturę opcyjną, lecz sam fakt, iż strony wyraziły zgodę na to, że premie za wystawienie opcji będą w ogóle naliczane. Z występującego w tej sprawie stanu faktycznego ponad wszelką wątpliwość wynika bowiem, że ani przed zawarciem umów opcji walutowych, ani w toku rozmowy telefonicznej (tj. w chwili zawierania transakcji) strony nie prowadziły rozmów na temat wartości poszczególnych premii opcyjnych.

Podobne stanowisko zajął SN w wyroku z 30 kwietnia 2015 r., sygn. II CSK 265/14, uznając, że „przedstawiciel powoda złożył m.in. «oświadczenie i zapewnienie» o wyjaśnieniu mu sposobu zawierania i rozliczania transakcji określonych w Regulaminie, o zrozumieniu zasad i trybu dokonywania takich transakcji, o podejmowaniu tych transakcji wyłącznie na podstawie własnych decyzji na własne ryzyko i odpowiedzialność na podstawie analiz i oceny zasadności i celowości zawarcia oraz wyboru transakcji, o rozważeniu ryzyka prawnego, ekonomicznego i podatkowego, a także potencjalnego ryzyka poniesienia straty”. Oświadczenia o zbliżonej treści można odnaleźć także w Regulaminie stosowanym przez bank w sprawie, w której wydano głosowany wyrok. Należy jednak rozważyć, czy takie zapewnienia klienta banku złożone przy zawieraniu umowy ramowej uchylają konieczność ustalenia konkretnych warunków zawarcia konkretnej umowy opcji (lub szeregu opcji

w ramach strategii opcyjnej), w tym w szczególności premii. Odpowiedź na to pytanie powinna być negatywna.

Klientami banków w sprawach opcyjnych byli przeważnie przedsiębiorcy. Ryzyko prawne, ekonomiczne i podatkowe jest naturalnym zjawiskiem w procesie prowadzenia działalności gospodarczej. Dla przyjęcia na siebie ryzyka zawarcia umów z wykorzystaniem instrumentów finansowych nie jest zatem konieczne oświadczenie złożone przy zawarciu umowy ramowej z bankiem – ryzyko to i tak istnieje jako nieodłączny element prowadzenia działalności gospodarczej. Trudno sobie też wyobrazić, by na podstawie tego oświadczenia można było przyjąć, że strony w chwili zawierania umowy ramowej antycypowały wszelkie możliwe transakcje walutowe zawierane w przyszłości w obrębie umowy ramowej. Tym bardziej nie sposób uznać, że na tej podstawie strony miały uzgodnić na przyszłość warunki konkretnych transakcji walutowych.

W ocenie głosującego warunkiem, by takie „blankietowe” oświadczenie o przyjęciu na siebie ryzyka przez klienta banku mogło hipotetycznie odnosić skutek w odniesieniu do przyszłych, konkretnych transakcji walutowych, było co najmniej ustalone przez strony ryzyko występującego w ramach takiej konkretnej transakcji walutowej najpóźniej w chwili jej zawarcia. Naturalnym sposobem uzgodnienia między stronami ryzyka związanego z wystawieniem każdej opcji walutowej było ustalenie premii za każdą opcję. Jest to najbardziej miarodajny, a zarazem konieczny element transakcji, który przedstawiał wartość prawa objętego opcją, wynagrodzenie z tego tytułu, a zarazem – ryzyko związane z udzieleniem drugiej stronie transakcji opcji zakupu/sprzedazy waluty po z góry określonym kursie wymiany. Im wyższe było ryzyko, że strona uprawniona z opcji będzie mogła skorzystać z przysługującego jej prawa, tym wyższa była premia; z kolei im mniejsze ryzyko, że strona uprawniona z opcji będzie mogła

z niej skorzystać, tym premia była niższa.

W rozpatrywanym przypadku takie ustalenia nie miały miejsca. W chwili zawarcia umów opcji walutowych, tj. w toku rozmowy telefonicznej w dniu 30 września 2008 r., strony nie uzgodniły wysokości premii za poszczególne opcje wzajemnie wystawione przez powoda i bank, a jedynie to, iż „premie wzajemnie się znoszą”. Podkreślenia wymaga, że zasady ukształtowania premii opcyjnej (tj. sprzężenie wartości premii z ryzykiem wystawienia opcji) nie wynikały ani z informacji przekazywanych klientom przed zawarciem transakcji walutowych, ani z postanowień Regulaminu.

Analiza strategii opcyjnej w głosowanej sprawie przez pryzmat wartości premii należnej z tytułu wystawienia poszczególnych opcji wskazuje na to, że występujące w ramach „strategii opcyjnej” ryzyko wystawienia przez klienta banku 23 opcji *call* było niewspółmiernie wyższe niż ryzyko banku w związku z wystawieniem 23 opcji *put*. Strategia ta miała trwać łącznie 23 miesiące – jedna para opcji *call* i *put* miała być realizowana co miesiąc, począwszy od kwietnia 2009 r. Istotne przy tym jest, w jaki sposób zmieniały się premie opcyjne klienta i banku w okresie „życia” strategii. Premia klienta za każdą kolejną opcję wystawioną bankowi była wyższa, premia zaś należna bankowi za każdą kolejną opcję wystawioną klientowi – mniejsza. Tym samym z każdym kolejnym miesiącem klient ponosił coraz większe ryzyko, że bank będzie uprawniony/zainteresowany do skorzystania z opcji i kupi od klienta walutę po kursie rozliczenia wskazanym w opcji; z kolei szanse na skorzystanie przez klienta z „lustrzanej” opcji wystawionej przez bank i sprzedaż waluty po tym samym kursie zmniejszały się z każdym kolejnym miesiącem.

Oczywistość związku premii z ryzykiem jasno obrazuje następujące porównanie:

- premia za wystawienie przez powoda pierwszej z serii opcji *call* na kwotę 500 000 EUR wynosiła 31 227,89 PLN, natomiast premia banku za wystawienie pierwszej z serii opcji *put* na tę samą kwotę – 36 573,00 PLN; z kolei

- premia za wystawienie przez powoda ostatniej z serii opcji *call* (z dniem wykonania ponad półtora roku później) na kwotę 250 000 EUR wynosiła 30 333,56 zł (a więc więcej niż za pierwszą opcję o dwukrotnie wyższym nominale!), natomiast premia banku za wystawienie ostatniej z serii opcji *put* – 24 039,05 PLN.

Z powyższego wynika, że strony wystawiały sobie pary opcji – jak by się wydawało – o równej wartości. Jednakże wynagrodzenie każdej ze stron z tytułu wystawienia opcji było inne. Powód otrzymywał coraz wyższe premie za opcje wystawiane przez siebie, bank zaś – coraz niższe premie. Sposób ukształtowania przez bank jednostronnie premii opcyjnych bardzo jasno pokazuje założone przez bank trendy, występujące na rynku walutowym w chwili zawierania transakcji. Były one niekorzystne dla klienta, z każdym bowiem kolejnym okresem rozliczenia zwiększało się ryzyko, że bank będzie uprawniony i zainteresowany do skorzystania z opcji wystawionych przez klienta, a zarazem wykonywanie kolejnych opcji wystawionych przez bank będzie dla klienta nieopłacalne. Konsekwencją przyjęcia przez SN (który powieilił ocenę dokonaną przez sąd apelacyjny), że w rozpatrywanej sprawie mamy do czynienia nie z wieloma pojedynczymi umowami opcji, lecz z „wiązką” umów, które składają się na strategię opcyjną, winno być zbadanie istotnych elementów takiej transakcji. Niewątpliwie trendy rynkowe zakładane przez bank (autora strategii opcyjnej) w chwili zawarcia umów opcyjnych stanowiły istotny element takiej czynności prawnej. Analiza tego zagadnienia wymagała rozważenia mechanizmów ustalenia premii za poszczególne opcje i przyczyn, dla których różniły się one tak znacznie w zależności od tego, czy wystawcą opcji był klient, czy też bank.

Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu pominął ten element transakcji, poprzestając – jak to miało miejsce we wszystkich dotychczasowych orzeczeniach dotyczących opcji walutowych – na stwierdzeniu, że strategia była „zerokosztowa”. Tymczasem wartość premii za

poszczególne opcje składające się na strategię opcyjną należy uznać za element przedmiotowo istotny tej transakcji, decydujący o podstawowym jej parametrze – ryzyka ponoszonego przez strony strategii opcyjnej w okresie jej „życia”.

Warto w tym miejscu zauważyć, że w komentowanym judykacie brak jest tezy (spotykanej w innych orzeczeniach SN – por. np. wyrok SN z 27 września 2013 r., sygn. I CSK 761/12), iż uzgodnienie, że premie wzajemnie się znoszą, mieści się w zakresie swobody kontraktowej wynikającej z art. 353<sup>1</sup> k.c. Jest to pogląd, który możliwy jest do zaakceptowania wyłącznie w tych sprawach, w których premie za poszczególne opcje w ramach strategii miały wynosić zero złotych. W rozpatrywanym przypadku premia za każdą opcję walutową została bardzo ściśle oznaczona, natomiast SN uznał, że do uzgodnienia wartości tych premii miało dojść poprzez akceptację Regulaminu przewidującego, że „z poszczególnymi transakcjami opcji walutowych związana będzie odpowiednia premia pieniężna w rozumieniu § 4 ust. 1 pkt 11 «Regulaminu. Opcje walutowe»”. To założenie legło u podstaw uznania przez SN, że jednostronne ustalenie premii opcyjnych przez bank jest wyłącznie czynnością techniczną, niemającą znaczenia dla ważności/skuteczności transakcji. Z opisanych wyżej względów trudno uznać ten pogląd za słuszny.

Abstrahując od innych aspektów braku dostatecznej informacji przekazywanych klientom przez banki w procesie zawierania umów opcyjnych na temat wysokości premii opcyjnej (SN wielokrotnie wypowiedział się w tym względzie pod kątem należytego wykonania obowiązków informacyjnych ciążyących na bankach względem ich klientów), niustalenie przez strony „strategii opcyjnych” premii za poszczególne opcje składające się na te wiązki umów należy uznać za okoliczność powodującą niedojście do skutku umowy z uwagi na niustalenie przez strony *essentialia negotii*

umowy opcji (a tym bardziej – strategii opcyjnych). Samo ustalenie, że „premie wzajemnie się znoszą”, jest niewystarczające dla uznania, iż między stronami doszło do uzgodnienia istotnych elementów konkretnej transakcji, a w szczególności wynagrodzenia za wystawienie opcji. Było ono jednostronnie ustalone przez banki dopiero w chwili obliczenia premii za każdą poszczególną opcję walutową. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że klient banku mógł skutecznie zawrzeć umowę opcji, nie znając swojego wynagrodzenia z tego tytułu.

W przypadku umów opcji walutowych problematyczne wydaje się odpowiednie stosowanie przepisów o sprzedaży, a tym samym – zakwalifikowanie premii jako wynagrodzenia za sprzedane prawo opcyjne. Przyjmuje się bowiem, że w tej umowie korzyść majątkowa nabywcy opcji polega na prawie wykonania opcji, a wystawcy opcji, na otrzymaniu premii opcji, która stanowi jego zysk tylko wówczas, gdy nabywca nie wykona opcji<sup>2</sup>. Ujęcie to nie stoi jednak na przeszkodzie uznaniu premii za element przedmiotowo istotny umowy opcji. Wręcz odwrotnie – skoro jedyny zysk wystawcy opcji to premia (i to wyłącznie w wypadku jej niewykonania przez nabywcę), to brak premii dla wystawcy oznaczałby, że nie ma on żadnego interesu ekonomicznego w zawieraniu tego typu umowy.

Należy także zauważyć, że w polskim prawie ogólnie przyjmowane jest domniemanie kauzalności czynności prawnych<sup>3</sup>. Abstrakcyjne czynności prawne należą do wyjątków i zasadniczo wynikają z wyraźnych uregulowań ustawowych (np. zobowiązanie wekslowe, przejęcie długu) lub umownych. Brak jest podstaw do uznania, że umowa opcji należy do tej grupy umów, które stanowią źródło abstrakcyjnej czynności prawnej. Żaden przepis prawa nie dokonuje bowiem takiej kwalifikacji kontraktu opcyjnego. Również postanowienia umów opcji (w tym umowy ramowej i regula-

<sup>2</sup> Tak W. Katner, *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 679, Legalis.

<sup>3</sup> Z. Radwański, *ibidem*, t. 2, s. 204.



minów) nie dają podstaw do takich wniosków. W rozpatrywanym przypadku trudno zarazem doszukać się kauzy czynności prawnej, polegającej na udzieleniu innej osobie nieodpłatnie prawa do przysporzenia majątkowego. Słusznie zresztą przyjął SN, że umowa opcji jest czynnością odpłatną, której z natury rzeczy musi towarzyszyć *causa obligandi vel acquirendi*.

Wobec powyższego za uprawniony należy uznać pogląd, że umowa opcji walutowej nie zawierająca premii za wystawienie opcji jest sprzeczna z naturą tego stosunku prawnego i – jako wykraczająca poza swobodę kontraktowania stron – jest nieważna z mocy art. 58 § 1 k.c. Względnie do zawarcia takiej umowy w ogóle nie dochodzi z uwagi na brak zgodnych oświadczeń woli stron co do *essentialia negotii* kontraktu opcyjnego w odniesieniu do premii. Przyjęcie zaś, że do takiego uzgodnienia doszło

między stronami niejako *in blanco* – już na podstawie oświadczeń woli stron złożonych przy zawieraniu umowy ramowej (obejmującej postanowienie, że co do zasady za wystawienie opcji należna jest premia) – nie uwzględnia specyfiki konkretnej strategii opcyjnej zawieranej na podstawie umowy ramowej i rażąco wykracza poza dyrektywy wykładni oświadczeń woli, wyznaczone normą wysłowioną w art. 65 k.c. W tym względzie nie sposób wskazać ustalonych zwyczajów, zasad współżycia społecznego lub innych okoliczności uzasadniających taką wykładnię oświadczeń woli stron złożonych przy zawarciu umowy ramowej, która prowadziłaby do wniosku, że celem jej stron było objęcie wszelkich konkretnych uzgodnień m.in. na temat wysokości premii w poszczególnych transakcjach opcyjnych zawieranych na podstawie umowy ramowej w przeszłości.

## GŁOSA DO WYROKU SĄDU REJONOWEGO W PIOTRKOWIE TRYBUNALSKIM Z 16 WRZEŚNIA 2016 R., II K 105/16<sup>1</sup>

Odstępując wyjątkowo od zasady poprawnego formułowania glos<sup>2</sup> zakazującej obszernego referowania stanu faktycznego, którego dotyczy komentowany wyrok, tym razem należy na wstępie przybliżyć okoliczności sprawy, w której zapadło głosowane orzeczenie.

Oskarżonemu został postawiony zarzut z art. 178a § 1 k.k. Prowadził on samochód w stanie nietrzeźwości, nie posiadając również do tego uprawnień. Powodem takiego zachowania było sformułowane przez sąsiada żądanie towarzyszenia jemu i jego koledze w wyjeździe na dyskotekę. Kiedy mężczyźni bawili się, oskarżony oczekiwał w aucie, spał. Tego dnia spożywał już wcześniej, po pracy, alkohol w postaci wódki, dodatkowo wypił piwo zostawione mu przez sąsiada. Po powrocie nietrzeźwych już mężczyźni, zdając sobie sprawę ze swojego stanu nietrzeźwości, wykonał polecenie sąsiada kierowania autem w drogę do wsi, w której mieszkali. Oskarżony nie sprzeciwił się żądaniu sformułowanemu przez sąsiada, ponieważ przewidywał, że sprzeciw doprowadzi do pobicia go.

Jego brak sprzeciwu wynikał z długoletniego terroru, jaki stosował względem niego sąsiad,

który nachodził go w domu o różnych porach dnia i nocy, w tym włamując się i niszcząc drzwi, wymuszał pieniądze, bił, szarpał, popychał, wyśmiewał, urządzał u niego libacje alkoholowe, dewastował wyposażenie. Między oskarżonym a sąsiadem wytworzyła się specyficzna relacja oparta na bezwzględnej dominacji tego ostatniego, zarówno psychicznej, jak i fizycznej. Sąsiad czerpał wyraźną satysfakcję z poniżania kolegi i czynienia z niego bezwolnego wykonawcy swoich życzeń. Próby przeciwstawienia się przez oskarżonego sąsiadowi kończyły się pobiciem bądź groźbami pobicia. Zaowocowało to zaburzeniami o typie osobowości bierno-zależnej i zaburzeniami adaptacyjnymi związanymi z dominacją oraz utrzymującymi się nieprawidłowymi relacjami z sąsiadem. Skutkowały one powtarzającymi się i nasilającymi w sytuacjach stresowych wahaniami nastroju, zaburzeniami lękowymi i zaburzeniami snu. Nieporadność życiowa i osamotnienie oraz relacje z sąsiadem ukształtowały oskarżonego jako osobę o nadmiernej uległości, pozbawioną umiejętności przyjmowania postawy stanowczej i zdecydowanej. Cechowała go silna nerwica, duże zaburzenia w funkcjonowaniu społecznym, lęk

<sup>1</sup> [www.orzeczenia.ms.gov.pl](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl)

<sup>2</sup> E. Łętowska, *Dlaczego i po co pisze się glosy, czyli dwanaście uwag dla debiutujących autorów komentarzy do orzeczeń sądowych*, „Edukacja Prawnicza” 2005, nr 10.

i utrwalone mechanizmy zależności od sąsiada. Wykazywał objawy zespołu stresu pourazowego, bał się chodzić do pracy, ale również wracać do domu.

Co najistotniejsze dla prawnokarnej oceny sprawy, biegły psycholog stwierdził, że „utrwalone mechanizmy zależności (...) i obawa przed (...) zemstą w czasie czynu były na tyle silne, że wykluczały w sposób psychologicznie uzasadniony wykonanie jakichkolwiek gestów stanowiących wyraz sprzeciwu [podkr. aut.]”. Oskarżony nie miał psychologicznie możliwości przeciwstawić się woli sąsiada i odmówić prowadzenia auta mimo stanu nietrzeźwości oraz braku uprawnień. Sąd przyjął w związku z tym działanie w warunkach przekroczenia granic stanu wyższej konieczności (art. 178a § 1 k.k. w zw. z art. 26 § 3 k.k.).

Odnosząc się do uzasadnienia głosowanego rozstrzygnięcia, przede wszystkim należy zauważyć, że trafnie sformułował sąd kształt kolizji dóbr leżącej u podstaw wymogu ich proporcjonalności. Wskazał z jednej strony bezpieczeństwo w komunikacji jako dobro poświęcone, z drugiej zaś zdrowie i życie jako dobra ratowane. Prawidłowo określił również stopień prawdopodobieństwa narażenia ich na zagrożenie. Stwierdził, że prowadzenie w stanie nietrzeźwości przez osobę nieposiadającą nigdy uprawnień i umiejętności stworzyło realne zagrożenie dla oskarżonego, jak i innych uczestników ruchu. Z drugiej jednak strony niebezpieczeństwo pobicia jawiło się jako bezpośrednie, zwłaszcza że oskarżony znał sąsiada i jego reakcje, w tym na wcześniejsze odmowy spełnienia jego żądań. Jak stwierdził sąd, większość osób postawionych nagle przed koniecznością dokonania podobnego wyboru postąpiłaby tak, jak oskarżony. Zatem wybór przezeń dokonany został zaakceptowany przez sąd.

Nie wspomina jednak sąd, z którą postacią stanu wyższej konieczności mamy do czynienia. Z uwagi na to, że bezpieczeństwo w ko-

munikacji, jako dobro chronione przez szereg norm prawa karnego, w istocie służy przede wszystkim ochronie życia i zdrowia ludzi, dobrem chronionym było zaś również życie i zdrowie, lecz skonkretyzowanej jednostki, mieliśmy do czynienia ze stanem wyższej konieczności wyłączającym winę (art. 26 § 2 k.k.). Sprawca poświęcił dobro o wartości równej dobru ratowanemu, przyjmując za sądem, że niebezpieczeństwo grożące im obu było zbliżone.

Nie można natomiast zgodzić się z sądem, gdy uznał następnie, że nie został spełniony warunek subsydiarności stanu wyższej konieczności, zatem można mówić o działaniu w warunkach przekroczenia granic stanu wyższej konieczności, lecz nie w jego granicach. Sąd stwierdził, że oskarżony mógł opuścić auto czy zadzwonić po pomoc, gdy oczekiwał na sąsiada. Pominął jednak fakt, że zarówno ucieczka, jak i wezwanie pomocy (nie wyjaśnia sąd, na czym pomoc ta miałaby polegać) nie prowadziły do rozwiązania sytuacji kolizji dóbr, ponieważ nie uchylały zagrożenia pobiciem. Jak stwierdza A. Marek, przy stanie wyższej konieczności (odmiennie niż przy obronie koniecznej) trzeba ratować się ucieczką, gdy wystarczy to do uniknięcia niebezpieczeństwa<sup>3</sup>. Celem działania sprawcy było uchYLENIE bezpośredniego niebezpieczeństwa dla zdrowia lub życia grożącego mu ze strony sąsiada, jednak je d y n y m sposobem uchYLENIA tego zagrożenia było spełnienie żądania i odwiezienie do domu. Każde inne zachowanie doprowadziłoby, jak wynikało z doświadczenia, do zastosowania względem sprawcy przemocy fizycznej – czy jeszcze tej samej nocy po powrocie sąsiada do domu, czy dnia następnego – pozostawało bez znaczenia. Odmiennie zatem, aniżeli przyjął sąd, należy uznać, że warunek subsydiarności był spełniony i oskarżony działał w granicach stanu wyższej konieczności.

Poza tym takie oczekiwanie przez sąd podjęcia ucieczki czy wezwania pomocy pozostaje w sprzeczności z przyjętą przecież przezeń opi-

<sup>3</sup> A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 8, Warszawa, C. H. Beck 2007, s. 172; podobnie M. Filar, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Warszawa, LexisNexis 2004, s. 81; A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Gdańsk, Arche 1999, s. 339.

nią psychologa, który stwierdził, że utrwalone mechanizmy zależności i obawa przed zemstą były w czasie czynu na tyle silne, że wykluczały w sposób psychologicznie uzasadniony wykonanie jakichkolwiek gestów stanowiących wyraz sprzeciwu. Telefon o pomoc czy uciezka stanowiłyby w istocie akt sprzeciwu, doprowadziłyby bowiem do niemożności spełnienia żądania sąsiada i jego zemsty. Nie można zatem zgodzić się z sądem, gdy mimo takiej opinii psychologa stwierdza następnie, że „oskarżony wyciągnie właściwe wnioski rozumiejąc, że uległość wobec osoby budzącej lęk musi mieć swoje granice”. W czasie czynu oskarżony nie był w stanie podjąć innej decyzji, wybrać innego sposobu postępowania.. Także z tego względu należało przyjąć działanie w granicach stanu wyższej konieczności.

Sąd, przyjmując działanie w warunkach przekroczenia granic stanu wyższej konieczności (art. 178a § 1 k.k. w zw. z art. 26 § 3 k.k.), odstąpił od wymierzenia kary i środków karnych, a nawet zwolnił z konieczności poniesienia kosztów postępowania. Oskarżonego jednak skazał. Jesliby odrzucić powyższą wykładnię przyjmującą działanie w granicach subsydiarności, jak uczynił sąd, pozostaje wątpliwość odnośnie do sprawiedliwości takiego rozstrzygnięcia. Należy zastanowić się, czy skonfrontowane z takim stanem faktycznym konstrukcje teoretyczne, ujęte w określone rozwiązania kodeksowe, w pełni realizują funkcję sprawiedliwościową prawa karnego.

Po pierwsze, należy wyrazić wątpliwość, czy na gruncie stanu wyższej konieczności

wyłączającego winę anormalna sytuacja motywacyjna, która leży u jego podstaw<sup>4</sup>, powinna być odnoszona jedynie do elementu proporcji między dobrem ratowanym i poświęcanym. Skoro art. 26 § 2 k.k. ujmuje odrębną instytucję stanu wyższej konieczności wyłączającego winę, a nie bezprawność, odmiennie, aniżeli powszechnie przyjmuje się w doktrynie, należy założyć, że szczególna sytuacja motywacyjna, w której działa sprawca, powinna rzutować również na ocenę realizacji wymogu subsydiarności stanu wyższej konieczności. Jak widać na przykładzie omawianej sprawy, nie da się wydzielić z psychiki jednostki tylko tego elementu, który odnosi się do oceny proporcji dóbr, i pominąć oceny innych możliwości rozwiązania sytuacji konfliktowej. Nie oznacza to, że stan wyższej konieczności wyłączający winę miałby przyjąć charakter samoistny, jak obrona konieczna, której w pełni samoistny charakter jest z kolei obecnie podważany<sup>5</sup>. Oznacza jedynie, że jeśli art. 26 § 2 k.k. odwołuje się do szczególnej, anormalnej sytuacji motywacyjnej sprawcy, to wpływa ona na ocenę całokształtu sytuacji konfliktu dóbr i każdy aspekt decyzji podejmowanej przez jednostkę, a nie jedynie relacji między dobrami. Jeśli stwierdza się niemożność wymagania zachowania zgodnego z prawem skutkującą niemożnością postawienia personalnego zarzutu winy, to niemożność zachowania zgodnego z prawem dotyczy również decyzji odnośnie do sposobu wyjścia z sytuacji konfliktowej. Zatem w omawianej sprawie należałoby przyjąć działanie w granicach stanu wyższej konieczności wyłączające

<sup>4</sup> Nie wchodząc ponownie w spór o to, czy art. 26 § 2 k.k. obejmuje tylko sytuacje wyłączenia przypisania winy, czy również sytuacje skutkujące uchynieniem karalności [W. Zontek, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz*, t. 1, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, wyd. 3, Warszawa, C. H. Beck 2015, s. 516–517]. Odrzucić należy natomiast wykładnię zaprzeczającą w ogóle związkowi tej instytucji z anormalną sytuacją motywacyjną [szerzej A. Grześkowiak, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, wyd. 2, Warszawa, C. H. Beck 2014, s. 186]. Zagadnienie to było już omawiane przy innej okazji (J. Kulesza, *Czy państwo może mordować własnych obywateli? Zestrzelenie samolotu typu renegade w świetle prawa karnego – zarys problemu*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009, nr 3, s. 5–33, zwłaszcza s. 26 i n.). Przyjęto wówczas, że art. 26 § 2 k.k. dotyczy sytuacji, w których brak jest możliwości przypisania winy, jednak sformułowany został wadliwie i zbyt szeroko.

<sup>5</sup> J. Kulesza, § 2. *Obrona konieczna*, (w:) L. K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego*, t. 4, *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L. K. Paprzycki, wyd. 2, Warszawa, C. H. Beck 2016, s. 195 i n., jednoznacznie na s. 199, wraz z dalszymi odesłaniami do innych części tego samego tekstu.

go winę albo odrzucić opinię psychologa. Nie można natomiast przyjmować jednocześnie, że utrwalone mechanizmy zależności i obawa przed zemstą wykluczały w czasie czynu w sposób psychologicznie uzasadniony wykonanie jakichkolwiek gestów stanowiących wyraz sprzeciwu i zarazem stawiać zarzut z tego, że owe gesty sprzeciwu w postaci telefonu o pomoc czy ucieczki nie zostały podjęte.

Przyjmuje się w doktrynie, że działanie w warunkach przymusu psychicznego nie wyłącza czynu, lecz otwiera możliwość oceny pod kątem działania w stanie wyższej konieczności uchylającego winę, ze względu na anormalną sytuację motywacyjną<sup>6</sup>. Również z tego względu, jeśli wskazuje się potencjalne wakowanie innego elementu przestępstwa niż czyn, ocena powinna być dokonywana całościowo, zatem – jak wspomniano powyżej – owa sytuacja motywacyjna powinna rzutować na ocenę każdego z elementów stanu wyższej konieczności. W doktrynie jedynie Ł. Pohl wyraźnie wskazuje „istotnie krepujący wolę przymus psychiczny” jako nieokreśloną w Kodeksie karnym okoliczność wyłączającą winę, dla uwzględnienia której podstawą ma być art. 1 § 3 k.k.<sup>7</sup>

W ten sposób dochodzimy do drugiej możliwości uwolnienia od odpowiedzialności w omawianej sprawie, również wymagającej zrewidowania przyjmowanych w doktrynie koncepcji, choć już w mniejszym stopniu, a do-

tyczącej samego zarzutu winy. Doktryna przyjmuje niekiedy<sup>8</sup>, że z brzmienia art. 1 § 3 k.k. nie wynika, by możliwe było uwolnienie od odpowiedzialności na podstawie innych okoliczności wykluczających przypisanie winy aniżeli przewidziane wprost w Kodeksie karnym. Zatem katalog okoliczności uniemożliwiających postawienie zarzutu winy ma być zamknięty<sup>9</sup>. Konsekwencją takiego podejścia byłaby niemożność nieprzypisania winy sprawcy w omawianym przypadku. Być może słusznie wskazuje J. Giezek, że skoro anormalna sytuacja motywacyjna leży u podstaw konkretnych rozwiązań ustawowych prowadzących do nieprzypisywalności winy, to art. 1 § 3 k.k. nie może stanowić dodatkowej klauzuli ogólnej pozwalającej uwolnić od odpowiedzialności ze względu na brak winy we wszystkich innych przypadkach<sup>10</sup>. Należałoby jednak wówczas przyjąć, że taka delegacja na rzecz konkretnych instytucji nie powinna powodować ograniczenia oceny ich elementów – anormalna sytuacja motywacyjna powinna rzutować na wszystkie elementy stanu wyższej konieczności, nie tylko proporcjonalność dóbr.

Wina stanowi personalny zarzut stawiany sprawcy, że w warunkach, w których powinien był i mógł dochować wierności prawu, nie uczynił tego. Jak słusznie zauważają K. Indecki i A. Liszewska, zarzut winy jest personalizowany zarówno podmiotowo, jak i sy-

<sup>6</sup> Por. w szczególności L. Wilk, (w:) *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa, LexisNexis 2008, s. 130; T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, wyd. 4, Warszawa, LexisNexis 2012, s. 128; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. 3, Warszawa, LexisNexis 2007, s. 344; A. Marek, *Prawo*, s. 95.

<sup>7</sup> Ł. Pohl, *Art. 1 [Warunki odpowiedzialności]*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. A. Stefański, wyd. 3, Legalis 2017, teza 80.

<sup>8</sup> Por. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa, Dom Wydawniczy ABC 2005, s. 117; tenże, *Prawo*, s. 133; L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 14, Warszawa, C. H. Beck 2008, s. 53–54; J. Lachowski, § 9. *Wina w prawie karnym*, (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa, C. H. Beck 2013, s. 662. Na ten temat również A. Wąsek, *Kodeks*, s. 36 i n.; J. Kulesza, *Wina*, (w:) *Leksykon prawa karnego – część ogólna*, red. P. Daniluk, Warszawa, C. H. Beck 2018, s. 346.

<sup>9</sup> Odmienne jednak A. Zoll, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, wyd. 4, Warszawa, C. H. Beck 2012, s. 56; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków, Wydawnictwo Zak 2010, s. 379; M. Królikowski, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, red. M. Królikowski, R. Zawlocki, wyd. 3, Warszawa, C. H. Beck 2015, s. 135; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, wyd. 3, Warszawa, Wolters Kluwer 2015, s. 278; tenże, *Art. 1*, teza 78; J. Warylewski, *Prawo*, s. 101; A. Wąsek, *Kodeks*, s. 37.

<sup>10</sup> J. Giezek, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa, Wolters Kluwer 2007, s. 34; tenże, (w:) *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, wyd. 6, Warszawa, Wolters Kluwer 2015, s. 85.

tuacyjnie, nie można zatem założyć, że ustawodawca przewidział wszystkie okoliczności uniemożliwiające postawienie zarzutu winy<sup>11</sup>. W omawianej sprawie sprawca niewątpliwie powinien był zachować się zgodnie z prawem i nie prowadzić w stanie nietrzeźwości, lecz nie mógł dochować wierności prawu, ponieważ z punktu widzenia psychologii nie był w stanie. Zachodzi pewna sprzeczność między jednoczesnym przyjęciem, że oskarżony nie miał psychologicznie możliwości przeciwstawić się woli sąsiada, a postawieniem mu zarzutu, że mógł zachować się zgodnie z prawem.

Podsumowując: wydaje się, że w głosowanej sprawie należało przyjąć działanie w granicach stanu wyższej konieczności. Natomiast w pełni poprawne dogmatycznie oraz uwzględniające ideę sprawiedliwości rozwiązanie kieruje w stronę nieprzypisywalności winy. Jeśli przyjmuje się w trakcie procesu, że oskarżony nie miał psychologicznie możliwości przeciwstawić się woli sąsiada, to należałoby konsekwentnie stwierdzić, że nie można mu postawić zarzutu winy i uwolnić od odpowiedzialności na podstawie art. 1 § 3 k.k. Nie bez racji zauważa J. Giezek, że przyjęcie pozaustawowej okoliczności wyłączającej winę w postaci anormalnej sytuacji motywacyjnej stwarza niebezpieczeństwo, że w razie niewypełnienia znamion stanu wyższej konieczności następowałoby na nią powołanie i uwalnianie od odpowiedzialności<sup>12</sup>. Należy jednak zadać pytanie, na jakiej w takim razie podstawie uwolnić od odpowiedzialności w przypadku takim, jak w głosowanej sprawie, chyba, że się konieczności uwolnienia tu od odpowiedzialności karnej nie dostrzeżga. Jeśli zarzuca L. Wilk zwolennikom dopuszczenia pozaustawowych okoliczności wyłączających winę niepodawanie konkretnych przykładów<sup>13</sup>, to

głosowany wyrok właśnie takiego przykładu dostarcza. Natomiast zaprzeczenie w takim, jak omawiany, przypadku konieczności i możliwości uwolnienia od odpowiedzialności karnej ze względu na niemożność postawienia zarzutu winy rodzić musi pytanie o podstawy rozróżnienia tej sytuacji oraz analogicznej, lecz podbudowanej upośledzeniem umysłowym, chorobą psychiczną albo innym zakłóceniem czynności psychicznych. W omawianej sprawie sprawca miał zachowaną poczytalność – ograniczoną w niewielkim stopniu, i to ze względu na stan upojenia alkoholowego. Jednak jego zdolność pokierowania swoim zachowaniem była taka sama jak w przypadkach, w których mamy do czynienia z niepoczytalnością, różna była natomiast przyczyna takiego stanu. O ile zatem uwzględni ustawodawca stan niepoczytalności powodowany jedną z przyczyn wskazanych w art. 31 ust. 1 k.k. (kryterium psychiatryczne), o tyle należałoby przyjąć, że nie uwzględnia takiego samego efektu (kryterium psychologiczne), lecz niewynikającego z choroby psychicznej, upośledzenia czy innego zakłócenia psychicznego. To z kolei musi rodzić pytanie o przyczynę takiego odmiennego traktowania, skoro efekt końcowy jest taki sam – oskarżony nie jest w stanie podjąć innej decyzji woli. Również z tego względu należy przyjąć, że art. 1 § 3 k.k. umożliwia uwzględnienie nieujętych w ustawie karnej przypadków wykluczających możliwość przypisania winy – jak w omawianej sprawie. Jak słusznie stwierdza A. Wąsek, skoro istotę winy identyfikuje się z jej zarzucalnością, to nie można z góry wykluczyć przypadków, w których o zarzucalności nie może być mowy. Przypisanie wówczas winy, jak w omawianym przypadku, jest rażąco niesprawiedliwe<sup>14</sup>. Możliwa jest przecież sytuacja, w której sprawca

<sup>11</sup> K. Indecki, A. Liszewska, *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Warszawa, Dom Wydawniczy ABC 2002, s. 165.

<sup>12</sup> J. Giezek, (w:) *Kodeks*, s. 34; tenże, (w:) *Prawo*, s. 85.

<sup>13</sup> L. Wilk, (w:) *Prawo*, s. 152, choć wydaje się skłaniać właśnie ku ich pogładowi (s. 153). Na marginesie, jeśli stwierdza A. Wąsek, że „dobrze byłoby, aby omawiana kwestia [zakresu art. 1 § 3 k.k. – przyp. aut.] znalazła odbicie nie tylko w doktrynie prawa karnego, ale też w orzecznictwie sądowym” (A. Wąsek, *Kodeks*, s. 38), to sąd w omawianej sprawie z możliwości zajęcia się tą problematyką, niestety, nie skorzystał.

<sup>14</sup> A. Wąsek, *Kodeks*, s. 37.

panuje nad realizacją założonego celu, jednak nie ma możliwości ukształtowania swojego procesu motywacyjnego zgodnie z poleceniem zawartym w normie<sup>15</sup>. I słusznie zadaje następnie A Wąsek pytanie: „czy zgodne z konstytucyjną

zasadą nienaruszalności godności człowieka (art. 30 Konstytucji) i kodeksową zasadą humanizmu (art. 3 k.k.) byłoby karanie sprawcy, który w danej sytuacji nie mógł zachować się inaczej?”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> A. Zoll, (w:) *Kodeks*, s. 55.

<sup>16</sup> A. Wąsek, *Kodeks*, s. 37.

# Najnowsze orzecznictwo

*Michał Jackowski*

## PRZEGLĄD ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO w okresie listopad 2017–luty 2018 r.

1. W okresie od listopada 2017 r. do lutego 2018 r. Trybunał Konstytucyjny wydał kilka wyroków mogących mieć istotne znaczenie dla sądowego stosowania prawa.

Szczególnie interesujący dla Adwokatury powinien być wyrok, który zapadł w dniu 19 grudnia 2017 r., w postępowaniu o sygnaturze U 1/14. W sprawie tej Rzecznik Praw Obywatelskich zakwestionował § 4 ust. 1 rozporządzenia o opłatach za czynności adwokackie z 2002 roku, w zakresie, w jakim uzależniał wysokość stawki minimalnej za czynności adwokackie od wartości przedmiotu sporu oraz wartości egzekwowanego świadczenia. Uzasadniając swoje stanowisko, Rzecznik wskazał, że wydając rozporządzenia na podstawie upoważnień ustawowych, Minister Sprawiedliwości miał określić stawki, uwzględniając rodzaj i zawilość sprawy oraz wymagany nakład pracy adwokata. Wśród tych kryteriów nie było natomiast wartości przedmiotu sporu.

Trybunał Konstytucyjny uznał ten przepis za zgodny z art. 16 ust. 3 Prawa o adwokaturze oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji RP. Stwierdził, że ustawodawca posłużył się ogólnym i pojemnym zwrotem „rodzaj i zawilość sprawy” w wytycznych do wydania rozporządzenia

o kosztach adwokackich. Wytyczne są wskazaniami, które prawodawca musi wziąć pod uwagę przy wydawaniu aktu wykonawczego, ale nie oznacza to, że nie może on wziąć pod uwagę jeszcze innych czynników, wynikających choćby z wartości konstytucyjnych czy też z innych regulacji ustawy, w której jest zawarte upoważnienie ustawowe. Trybunał stwierdził nadto, że użyte w ustawie pojęcie „rodzaj spraw” nie nawiązuje do jakiegoś jedynego kryterium, według którego następuje wyróżnianie sprawy. Ustawodawca nie zawarł żadnych wskazówek w tym zakresie i pozostawił Ministrowi Sprawiedliwości margines swobody w ich ustalaniu. Organ wykonawczy może w rozporządzeniu zastosować inne wyznaczniki niż wynikające z przedmiotu sprawy w rozumieniu materialnoprawnym. W aktach wykonawczych określających wynagrodzenie pełnomocników do określenia rodzaju spraw posłużono się następującymi kryteriami:

- 1) wartość przedmiotu sprawy, która dotyczy roszczeń pieniężnych;
- 2) przedmiotowy charakter sprawy, wynikający z przepisów prawa materialnego bądź procesowego;



3) kryterium funkcjonalne, wynikające z rozpoznawania sprawy przez określony sąd.

Mają one, według TK, charakter obiektywny, a przede wszystkim odpowiadają różnorodności spraw, w których adwokaci reprezentują swoich klientów. Z punktu widzenia techniki legislacyjnej, a także przy uwzględnieniu poszczególnych rodzajów spraw, wskazanie wartości przedmiotu sprawy jako kryterium miarkującego wysokość wynagrodzenia adwokata jest w pełni uzasadnione. Nie wykracza również poza treść delegacji ustawowej, albowiem mieści się w zakresie pojęcia „rodzaje spraw”.

2. Ważny wyrok zapadł w sprawie K 17/14. W dniu 14 grudnia 2017 r. Trybunał Konstytucyjny ocenił 22 grupy przepisów upoważniających różne służby mundurowe i specjalne do dokonywania przeszukania i kontroli osobistej. Uznał je za niezgodne z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Trybunał przypomniał swoje wcześniejsze orzecznictwo, wskazując, że skoro ograniczenia praw i wolności mogą być ustanawiane tylko w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia<sup>1</sup>. Normy ustaw powinny być tym dokładniejsze, im silniej oddziałują na sprawy podstawowe z punktu widzenia pozycji jednostki w demokratycznym państwie prawnym i im intensywniej wkraczają w sferę zagwarantowanych im praw i wolności<sup>2</sup>. W konsekwencji TK uznał, że zakwestionowane przepisy o przeszukaniu i kontroli osobistej nie spełniają standardu konstytucyjnego, a ich treść nie pozwala w sposób pewny odtworzyć istoty tych środków prawnych. Na ich podstawie

nie można w sposób pewny odtworzyć istoty przeszukania osoby i kontroli, tj. wskazać czynności faktycznych podejmowanych w ich toku. Trybunał uznał, że wątpliwości nie rozwiewają ani słownikowa definicja tych pojęć (brak albo błędne intuicyjne rozumienie przeszukania i kontroli osobistej), ani kontekst normatywny i brzmienie innych przepisów, które mają na celu je doprecyzowywać (jak art. 227 k.p.k.), ani wreszcie kontrola sądowa czynności przeszukania dokonywana *post factum*.

Trybunał stwierdził, że treść zaskarżonych przepisów ustawowych nie daje odpowiedzi na pytanie o zakres i charakter czynności faktycznych składających się na przeszukanie osoby i kontrolę osobistą. W ocenie Trybunału powołane przepisy nie stanowią *per se* dostatecznej podstawy do ustalenia zakresu uprawnień przyznanych funkcjonariuszom. Znaczenie kwestionowanych pojęć rekonstruuje się w drodze wykładni, ewentualnie na podstawie przepisów rozporządzeń. Żadna z tych metod ustalania zakresu ingerencji organów władzy publicznej w sferę prywatności i osobistej nietykalności nie odpowiada standardowi konstytucyjnemu, a więc narusza wywodzony z art. 41 ust. 1 oraz art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji wymóg szczególności ustawowego unormowania. TK wskazał, że nie chodzi mu o zobowiązanie ustawodawcy do ustanawiania legalnej definicji każdej czynności stanowiącej ograniczenie danego prawa lub wolności i rozbudowywania treści ustaw ponad konieczność. Ze względu na dynamizm stanów faktycznych, w których funkcjonariusze korzystają ze swych uprawnień, wyczerpująca regulacja kontroli osobistej okazałaby się nieefektywna, bo wiązałaby ręce uprawnionym. Nie jest też intencją Trybunału eliminowanie z języka prawnego zwrotów nieodokreślonych – koniecznego, bo chroniącego przed nadmierną kazuistyką, elementu każde-

<sup>1</sup> Wyroki TK z: 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 3; 8 lipca 2003 r., P 10/02, OTK ZU 2003, nr 6/A, poz. 62; 6 października 2009 r., SK 46/07; 15 listopada 2011 r., P 29/10, OTK ZU 2011, nr 9/A, poz. 96.

<sup>2</sup> Wyroki TK z: 17 października 2000 r., K 16/99, OTK ZU 2000, nr 7, poz. 253; 29 maja 2002 r., P 1/01, OTK ZU 2002, nr 3/A, poz. 36; 19 czerwca 2008 r., P 23/07, OTK ZU 2008, nr 5/A, poz. 82; 20 lipca 2010 r., K 17/08, OTK ZU 2010, nr 6/A, poz. 61.

go systemu prawnego. Niemniej konieczne jest ustanowienie norm legitymizujących podjęcie jasno określonych zachowań, dzięki którym zakres interwencji byłby przewidywalny dla wszystkich, którzy mogliby być jej poddani. W odniesieniu do czynności najgłębiej wkraczających w sferę intymności człowieka celowe jest natomiast rozważenie ich uzależnienia od apriorycznej kontroli sądowej.

Trybunał Konstytucyjny uznał także za niekonstytucyjne w stopniu oczywistym przepisy ustaw o BOR, SKW i SWW, które wyłączały jakąkolwiek kontrolę legalności czynności z zakresu kontroli podejmowanych przez przedstawicieli tych służb. Natomiast za częściowo zgodne z Konstytucją zostały uznane przepisy dotyczące innych służb (m.in. CBA, ABW, AW, Służby Granicznej i straży gminnych), które umożliwiają osobom poddanych kontroli osobistej wniesienie zażalenia do prokuratora. Trybunał przyjął, że rozwiązanie takie jest dopuszczalne, a pierwszym elementem modelu kontroli może być zażalenie wnoszone do prokuratora. Przepisy te naruszyły jednak ustawę zasadniczą w ten sposób, że zamykały dalszą kontrolę sądową postanowienia podejmowanego przez prokuratora. W konstytucyjnym pojęciu sprawy, wymagającej dostępu do sądu, mieszczą się bowiem zagadnienia dotyczące kontroli rozstrzygnięć prokuratorskich związanych z prawem do prywatności oraz nietykalnością osobistą.

3. W dniach 12 i 13 grudnia 2017 r. w sprawach SK 13/15 i SK 48/15 Trybunał Konstytucyjny badał konstytucyjność przepisów o podatkach i opłatach lokalnych. W pierwszej z nich uznał, że art. 1a ust. 1 pkt 3 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a tej ustawy, rozumiany w ten sposób, że wystarczającą przesłanką zakwalifikowania gruntu podlegającego opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości do kategorii gruntów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej jest prowadzenie działalności gospodarczej przez osobę fizyczną będącą jego współposiadaczem, jest niezgodny z art. 2 w związku z art. 64 ust. 1 i 2 oraz art. 84 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

W wyroku tym wyjaśnił szczegółowo, jakie przepisy są właściwe do kwestionowania regulacji daninowej, która nakłada nadmierne obowiązki. Wskazał, że:

- art. 31 ust. 3 i art. 64 ust. 3 Konstytucji mogą być adekwatnymi wzorcami kontroli regulacji prawa daninowego w dwóch wypadkach. Po pierwsze, kiedy ustawodawca pod pozorem regulacji daninowej ustanowi instrument służący celom innym niż fiskalne, w szczególności nacjonalizacyjnym czy represyjnym (np. przez nadanie podatkowi cech instytucji konfiskaty mienia). Po drugie, jeżeli regulacje daninowe normują nie sferę nakładania obowiązków daninowych, ale sferę realizacji tego obowiązku (np. w odniesieniu do zwrotu podatku, do wymogów formalnych, których spełnienie umożliwia obniżenie kwoty podatku, czy też w związku z deklaracjami majątkowymi mającymi ułatwić organom podatkowym pozyskiwanie informacji);
- to, że Konstytucja nie zawiera żadnych postanowień dotyczących wielkości nakładanych obowiązków daninowych, nie znaczy, iż w tym zakresie ustawodawcy przysługuje całkowita swoboda. Musi on bowiem respektować m.in. zasadę proporcjonalności, wywodzoną z art. 2 Konstytucji, w związku z którą możliwe jest postawienie zarzutu nadmiernego fiskalizmu, a także zasadę sprawiedliwości społecznej i równości;
- powoływanie się na ogólne zasady i wartości wyrażone w ustawie zasadniczej, w szczególności na zasadę sprawiedliwości społecznej, jedynie sporadycznie może prowadzić do uznania regulacji daninowej za niekonstytucyjną, gdyż w zakresie praw i wolności ekonomicznych swoboda ustawodawcy jest większa niż w wypadku praw i wolności osobistych czy politycznych;
- w myśl art. 217 Konstytucji ustawodawca ma obowiązek określenia podmiotu i przedmiotu opodatkowania. Oba te elementy wyznaczają cel i zakres obowiązku podatkowego. Nie jest dopuszczalne, by ustawodawca w oderwaniu od deklaro-

wanego przez siebie celu nałożenia obowiązku podatkowego określał przedmiot opodatkowania. Taka sytuacja oznaczałaby nieproporcjonalną ingerencję w ochronę prawa do własności. Obowiązek podatkowy zostałby bowiem nałożony na podmioty, które nie mieszczą się w deklarowanym celu podatkowym.

Na tej podstawie TK ocenił, czy zakwestionowane rozumienie regulacji podatkowej narusza właściwą proporcję (art. 2 Konstytucji) pomiędzy wynikającym z art. 84 Konstytucji obowiązkiem ponoszenia ciężarów publicznoprawnych a prawem jednostki do własności i jej równej ochrony (art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji) i zasadą równego nakładania obowiązków podatkowych (art. 32 ust. 1 Konstytucji). W ocenie Trybunału norma prawna, według której do zakwalifikowania gruntu podlegającego opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości do kategorii gruntów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej wystarczy prowadzenie działalności gospodarczej przez osobę fizyczną będącą jego współposiadaczem, wywołuje skutki, których nie da się pogodzić z zasadami wyrażonymi w Konstytucji. Taka wykładnia nie uwzględnia, że przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi występują w obrocie prawnym w dwojakim charakterze: jako osoby prywatne (a więc w zakresie swojego majątku osobistego) oraz jako przedsiębiorcy. Prowadzi do pobierania od podobnych, z perspektywy konstytucyjnoprawnej, gruntów – faktycznie niezwiązanych z prowadzeniem działalności gospodarczej – podatku od nieruchomości w różnej wysokości. Niezależnie od sposobu wykorzystania gruntu osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą zapłaci podatek według wyższej stawki, jeżeli tylko prowadzi działalność gospodarczą. Natomiast osoba fizyczna nieprowadząca takiej działalności zapłaci podatek według stawki niższej.

Z tego względu, zdaniem Trybunału, samo prowadzenie działalności gospodarczej przez osobę fizyczną nie jest relewantne dla opodatkowania gruntu stawką podatkową od gruntów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej.

4. W wyroku, który zapadł w sprawie SK 48/15 z 13 grudnia 2017 r., Trybunał uznał z kolei, że art. 1a ust. 1 pkt 2 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych w zakresie, w jakim umożliwia uznanie za budowlę obiektu budowlanego, który spełnia kryteria bycia budynkiem, jest niezgodny z zasadą szczególnej określoności regulacji daninowych, wywodzoną z art. 84 w związku z art. 217 w związku z art. 64 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W skardze konstytucyjnej podniesiono, że niekonstytucyjna jest taka wykładnia przepisów o podatku od nieruchomości, która dopuszczała rekwalfikację różnego rodzaju budynków jako budowli. Organy podatkowe czyniły to, by określony obiekt inaczej opodatkować, a praktyka ta była jednolicie akceptowana przez sądy administracyjne. Orzekając w takich sprawach, sądy opierały się na argumencie językowym, przyjmując, że skoro ustawodawca nie zastrzegł w definicji pojęcia budynku warunku, iż nie może on być budowlą, czyniąc jedynie zastrzeżenie w definicji pojęcia budowli, że nie może być ona budynkiem, to nie jest wykluczone, by pewne budynki uznać za budowle. Ponadto przyjmowały, że skoro niektóre budynki można uznać za budowle, to dokonując takiej rekwalfikacji, należy odwołać się do – nieprzewidzianej przez ustawodawcę – przesłanki funkcji danego obiektu, biorąc pod uwagę, przykładowo, jego przeznaczenie, wyposażenie oraz sposób i możliwość wykorzystania. Oba te argumenty TK uznał za chybione i prowadzące do rozszerzającej wykładni definicji budowli, powodujące zarazem zwiężającą wykładnię definicji budynku, a w konsekwencji w sposób niedopuszczalny ingerujące w treść definicji legalnej.

Trybunał Konstytucyjny uznał, że zgodnie z fundamentalną na gruncie prawa daninowego zasadą *in dubio pro tributario*, będącą oczywistą konsekwencją, wyrażoną w art. 84 w związku z art. 217 Konstytucji, zasady *nulum tributum sine lege*, interpretator nie może modyfikować otrzymanego jednoznacznego rezultatu wykładni językowej w oparciu o ar-

gumentację funkcjonalną, w tym celowością, jeżeli prowadziłyby to do pogorszenia sytuacji prawnej podatnika. A gdy nie uzyskał jednoznaczności poddanej wykładni regulacji daninowej, spośród możliwych rezultatów interpretacyjnych musi dokonać wyboru rezulta-

tu najbardziej korzystnego z punktu widzenia sytuacji prawnej podatnika.

W przypadku zakwestionowanych przepisów zasada ta została naruszona przez organy i sądy stosujące prawo, a regulację, która na to pozwalała, uznano za niekonstytucyjną.

## PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH CYWILNYCH

### Prawo cywilne materialne

#### Podstawa prawna zadośćuczynienia za niesłusne umieszczenie nieletniego w schronisku

Sąd Apelacyjny wystąpił z pytaniem prawnym do SN, jaka jest podstawa prawna zadośćuczynienia za niesłusne umieszczenie nieletniego w schronisku. Brak bowiem stosownej regulacji w ustawie z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich, art. 552 § 4 k.p.k. dotyczy zaś niesłusznego tymczasowego aresztowania lub zatrzymania. Niemożność zaś przyznania zadośćuczynienia osobie nieletniej godziłaby w konstytucyjną zasadę równości, gdyż nie należy różnicować pojęcia „bezprawne pozbawienie wolności” na podstawie kryterium podmiotowego. W uchwale z 11 stycznia 2018 r., III CZP 92/17, SN wskazał, że taką podstawą są przepisy Kodeksu cywilnego o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wydaniem niezgodnego z prawem prawomocnego orzeczenia, interpretowane w zgodzie z Konstytucją i Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

#### Natura stosunku prawnego a zasada swobody umów

Nieczęsto w orzecznictwie znajdujemy nawiązanie do natury stosunku prawnego, która jest jedną z przesłanek mogących ogra-

niczać zasadę swobody umów z art. 353<sup>1</sup> k.c. Trzeba przy tym przypomnieć, że jedna z naczelnych zasad prawa zobowiązań – zasada swobody umów – ma swoją podstawę w konstytucyjnej zasadzie wolności gospodarczej i może z niej wynikać nawet przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nie jest jednak nieograniczona. W omawianej sprawie uzgodniono w umowie najmu na czas oznaczony, że w razie opóźnienia najemcy z zapłatą czynszu wynajmującemu przysługuje prawo do odebrania rzeczy wynajętej do czasu uregulowania zaległości, najemca zaś nadal będzie miał obowiązek płacić pełny czynsz. Jednakże w uchwale z 11 stycznia 2018 r., III CZP 93/17, SN trafnie stwierdził, że jest to postanowienie sprzeczne z właściwością (naturą) najmu, gdyż świadczenie wynajmującego polega na oddaniu rzeczy do używania w taki sposób, aby najemca mógł realizować uprawnienie do używania rzeczy przez czas trwania najmu. Tu zaś najemca został pozbawiony tego uprawnienia. Odpadł zatem jeden z przedmiotowo istotnych elementów umowy najmu, a umowa dwustronnie zobowiązująca przekształciła się w umowę jednostronnie zobowiązującą, gdyż tylko najemca zobowiązany był w dalszym ciągu świadczyć czynsz, mimo braku możliwości korzystania z przedmiotu najmu.

### Powinności ubezpieczonego z tytułu ryzyka kradzieży pojazdu objętego AC. Wyłączenie biegłego

Niecodzienny stan faktyczny był przedmiotem sprawy zakończonej wyrokiem SN z 27 października 2017 r., IV CSK 730/16. Powód zakupił samochód we Włoszech i otrzymał dwie pary kluczyków. Samochód skradziono następnie z parkingu w Irlandii. Powód, zgłaszając szkodę zakładowi ubezpieczeń, przekazał dwie pary kluczyków, zgodnie z postanowieniami o.w.u. i złożoną podczas zawierania umowy deklaracją, że posiada dwa komplety kluczyków. W toku weryfikowania informacji biegły działający dla zakładu ubezpieczeń stwierdził, że tylko jedne kluczyki pochodzą z tego samochodu (oryginał fabryczny), druga para została zaś dorobiona z samochodu innej marki i emituje pasmo, które nie mogłoby uruchomić samochodu powoda. Powód wyjaśnił, że obie pary dostał od sprzedającego, podczas zakupu nie sprawdził, czy kluczyki zapasowe działają, i nigdy nie miał potrzeby ich używania. Sąd Najwyższy trafnie zauważył, że obowiązek wskazania liczby kluczy dotyczy tych, które ubezpieczony samochód uruchamiają, a więc nie jakichkolwiek kluczy. Klucze, które tej funkcji nie pełnią, z punktu widzenia przedmiotu i zakresu ubezpieczenia (od kradzieży) nie mają żadnego znaczenia. Wpisanie zatem przez powoda w deklaracji, że są dwa komplety kluczyków uruchamiających samochód, oznaczało, że powód, który w ogóle nie sprawdzał takiej funkcji klucza drugiego, zatem nie mając żadnej wiedzy co do tej okoliczności, świadomie wpisał w deklarację dane, o których nie wiedział. Powinność, o której mowa w art. 815 § 1 k.c. i § 46 ust. 1 o.w.u., dotyczy wskazania tego, o czym ubezpieczający wie, a udzielenie informacji o okoliczności nieznannej ubezpieczającemu stanowi naruszenie powinności ubezpieczającego. Powstała zatem kwestia sankcji za takie naruszenie. Skarżący twierdził, że dla przyjęcia zwolnienia ubezpieczyciela od od-

powiedzialności w sytuacji podania informacji niezgodnej z rzeczywistością niezbędne jest udowodnienie przez ubezpieczyciela związku przyczynowego pomiędzy okolicznością, o której ubezpieczyciela nie poinformowano, a szkodą oraz udowodnienie winy ubezpieczającego. Zgodnie jednak z art. 815 § 3 zd. 2 k.c. ubezpieczyciel jest zwolniony z odpowiedzialności za skutki okoliczności, jakie nie zostały podane do jego wiadomości, jeśli „do naruszenia paragrafów poprzedzających doszło z winy umyślnej” ubezpieczającego. Przy winie umyślnej ustawa wprowadza bowiem domniemanie istnienia związku przyczynowego pomiędzy informacją a szkodą. W ocenie zaś SN brak zainteresowania powoda działaniem kluczyków stanowi rażące niedbalstwo.

W sprawie tej podniesiono także zarzut procesowy (uznany przez SN za nietrafny) niewyłączenia biegłego, który sporządził opinię w sprawie, a przy tym incydentalnie współpracował z pozwanym, sporządzając m.in. opinię w postępowaniu likwidacyjnym. Wywody SN w tej kwestii nie przekonują. SN oparł się w szczególności na orzeczeniu z 1991 r., zgodnie z którym potrzebne jest wykazanie związku, że wynik sprawy będzie oddziaływać na prawa i obowiązki sędziego (odpowiednio: biegłego). Tymczasem nowszy nurt orzecznictwa krajowego oraz orzecznictwa ETPCz podkreśla, że dobro wymiaru sprawiedliwości wymaga usuwania wszelkich racjonalnych wątpliwości co do bezstronności (por. np. uzasadnienie wyroku TK z 20 lipca 2004 r., sygn. SK 19/2002: „usuwanie choćby pozorów braku bezstronności”, wyroki ETPCz: *Academy Trading Ltd. v. Grecja*, 30342/96 i *McGonnel v. W. Brytania*, 28488/95, *Sander v. W. Brytania*, 34129/96, *Sigurdsson v. Islandia*, 39731/98 oraz *Delcourt v. Belgia*, A 53, w którym stwierdzono: „Sądy muszą dbać o to, aby również w społecznym przekonaniu były zawisłe i bezstronne. Wymiar sprawiedliwości nie tylko należy sprawować, ale jeszcze ponadto pokazywać, że się tak właśnie czyni”).

## Prawo cywilne procesowe

### Brak zdolności procesowej w sprawie o rozwód małżonka częściowo ubezwłasnowolnionego. Zakres obowiązków kuratora

Uchwałą z 21 grudnia 2017 r., III CZP 66/17, SN przesądził o braku zdolności procesowej małżonka częściowo ubezwłasnowolnionego w sprawie o rozwód. Zwraca uwagę doskonale, głębokie uzasadnienie, będące prawdziwą perełką sztuki prawniczej. Sąd Najwyższy przeprowadził analizę zagadnienia, odwołując się zarówno do historii przed- i powojennego prawa procesowego, do nowych projektów legislacyjnych, jak również do regulacji zawartych w prawie UE (Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy nr R (99)4 z dnia 23 lutego 1999 r. w sprawie zasad dotyczących ochrony prawnej dorosłych niemogących samodzielnie prowadzić swoich spraw) i międzynarodowej Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzonej w Nowym Jorku w dniu 13 grudnia 2006 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 1169), przy czym w tym ostatnim wypadku SN dokonał interpretacji art. 12 Konwencji z uwzględnieniem jej obcojęzycznych tekstów oraz oficjalnego komentarza do tego postanowienia. Powołano też orzecznictwo TS UE i ETPCz oraz podkreślono wagę wykładni przyjaznej Konstytucji. W konsekwencji słusznie SN zasygnalizował konieczność zmian ustawowych, gdyż wykładnia obowiązujących przepisów nie jest w tym wypadku wystarczającym instrumentem.

W dalszej części uzasadnienia SN wyszedł poza zakres bezpośrednio objęty pytaniem prawnym i dodał ważne wskazówki co do obowiązków kuratora. Stwierdził mianowicie, że decyzja kuratora co do zatwierdzenia czynności dokonanych osobiście przez osobę niezdolną procesowo powinna być oparta na kryterium dobra osoby, dla której ustanowiono kuratelę. Specyfika kurateli dla osoby pełnoletniej i jej ukierunkowanie na pomoc w prowadzeniu spraw wymaga, aby dobro to było rozumiane przede wszystkim w sposób

subiektywny, akcentujący prawo osoby objętej kuratelą do decydowania o swoim życiu i kształtowania go zgodnie ze swoją wolą, w tym także co do pozostawania w związku małżeńskim. Pomoc udzielana przez kuratora powinna sprowadzać się zatem przede wszystkim do zbadania, czy osoba ta rozumie znaczenie tej czynności, potrafi ocenić jej jurydyczne skutki, czy dokonała ich oceny i zdaje sobie z nich sprawę oraz czy decyzja o wszczęciu procesu pochodzi od niej, a nie została podjęta pod wpływem osób trzecich. W razie potrzeby kurator powinien udzielić osobie, dla której został ustanowiony, niezbędnego wsparcia w tym zakresie. Jeżeli ocena tych elementów wypada pozytywnie, kurator powinien respektować decyzję o wytoczeniu powództwa, i jeżeli zostanie ona podtrzymana, podjąć działania w celu zatwierdzenia tej czynności oraz kontynuowania procesu. Sąd Najwyższy wskazał, że jeżeli w ocenie sądu rozwodowego, w świetle materiału sprawy, odmowa zatwierdzenia czynności przez kuratora budzi wątpliwości w kontekście dobra osoby objętej kuratelą (rozumianego w przedstawiony wyżej sposób), możliwe jest zwrócenie się przez sąd orzekający do sądu opiekuńczego o rozwiązanie potrzeby udzielenia kuratorowi stosownego polecenia. W uzasadnieniu wspomina się też o instrumentach przeciwdziałających bierności kuratora. Wreszcie SN przypominał, że zgodnie z art. 199 § 2 k.p.c. odrzucenie pozwu z powodu braku zdolności procesowej ubezwłasnowolnionego częściowo powoda nie może nastąpić *a limine*, lecz dopiero wówczas, gdy brak ten nie zostanie uzupełniony przez wstąpienie do procesu kuratora.

### Wynagrodzenie dla adwokata reprezentującego współuczestników formalnych

Postanowieniem z 15 grudnia 2017 r., III CZP 107/17, SN rozstrzygnął, że orzekając o kosztach procesu, sąd nie może ustalić wynagrodzenia pełnomocnika będącego adwokatem

lub radcą prawnym poniżej wysokości stawki minimalnej określonej we właściwym rozporządzeniu, nawet gdy wszyscy współuczestnicy formalni są reprezentowani przez jednego pełnomocnika, choćby w ocenie sądu łączne wynagrodzenie nie odpowiadało nakładowi pracy i czasu pełnomocnika. Rozstrzygnięcie jest trafne, tym bardziej że przepisy nie przewidują w takim wypadku analogicznego obniżenia opłat sądowych pobieranych od każdego współuczestnika.

### **Zasada stałości wartości przedmiotu zaskarżenia**

W uzasadnieniu postanowienia z 6 grudnia 2017 r., I CZ 131/17, SN przypomina, że do wartości przedmiotu sporu nie wlicza się odsetek za opóźnienie (art. 481 k.c.). Rozszerzenie przedmiotu zaskarżenia o wartość odsetek za dalszy okres opóźnienia nie może naruszać zasady stałości wartości przedmiotu zaskarżenia. Tak więc doliczenie odsetek nie jest sposobem na osiągnięcie pułapu dopuszczalności skargi kasacyjnej.

### **Strona przegrywająca proces**

Zgodnie z postanowieniem SN z 24 listopada 2017 r., III CZP 67/17, na potrzeby rozstrzygnięcia o kosztach stroną przegrywającą proces jest powód, jeżeli jego roszczenie wygasło w trakcie postępowania na skutek spełnienia świadczenia, a powód nadal popiera powództwo. W takim bowiem wypadku, zgodnie z zasadą aktualności wyrażoną w art. 316 § 1 k.p.c., sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Powód, aby otrzymać koszty, powinien wówczas cofnąć pozew, aby postępowanie zostało umorzone. W omawianej sprawie chodziło o powództwo o wyłączenie maszyn z masy upadłości, co do których powód następnie w toku procesu złożył oświadczenie jako zastawnik zastawu rejestrowego, że przejmuje je na własność (co prowadzi do takiego skutku, jakby pozwany spełnił świadczenie). Jednakże ze względu na pewną niejasność przepisów Prawa upadłościowego i naprawczego, a zwłaszcza art. 328 § 1 i art. 330, powód nie był pewny skuteczności swojego oświadczenia, dlatego nie cofnął pozwu.



# Pytania i odpowiedzi prawne

*Ewa Stawicka*

## **CZY STRONA UMOWY PRZEDWSTĘPNEJ, KTÓRA JEST WYŁĄCZNIE ODPOWIEDZIALNA ZA PRZYCYNĘ NIEDOJŚCIA DO SKUTKU UMOWY PRZYRZECZONEJ, MOŻE SKUTECZNIE SKORZYSTAĆ Z UPRAWNIENÍ PRZEWDZIANYCH W ART. 394 § 1 K.C.?**

Hipotezy i dyspozycje norm zapisanych w art. 394 Kodeksu cywilnego są na pierwszy rzut oka całkowicie jednoznaczne. Jak pokazuje praktyka, wrażenie to niekiedy uznawane jest za mylne. Wprawdzie brzmienie paragrafu trzeciego tego artykułu nie nasuwa wątpliwości: możliwość zachowania otrzymanego zadatku względnie domagania się od kontrahenta zapłaty kwoty równej podwójnemu zadatkowi – nie powstaje wtedy, kiedy niedojście do skutku umowy przyrzeczonej spowodowane zostało albo przyczynami leżącymi po obu stronach, albo też przyczyną od obu stron niezależną, przy czym ta ostatnia sytuacja nie musi wynikać li tylko z niemożliwości świadczenia. W orzecznictwie jednak pojawiła się wątpliwość dotycząca się tak interpretacji owych przyczyn, jak stwierdzenia, czy i wskutek tych działań dochodzić może do odstąpienia od umowy przedwstępnej.

Należałoby na początku jakichkolwiek rozważań nad tymi zagadnieniami zgodzić się co do jednego: tylko skutecznie dokonane odstąpienie od umowy przedwstępnej przez jedną ze stron łączy się – i to wyłącznie dla tej właśnie strony – z prawną możliwością zachowania dla siebie otrzymanego zadatku bądź domagania się zapłaty na jej rzecz zdublowanej wysokości

zadatku. Nie bez kozery bowiem porównuje się istotę funkcji dyscyplinującej, jaką ma spełniać zadatek, do mechanizmu zapisanego w art. 491. Inaczej mówiąc: niewykonanie umowy przez kontrahenta rodzi dla drugiej strony swoisty „komplet” uprawnień: do odstąpienia od umowy i do zachowania uzyskanej kwoty zadatku bądź żądania zapłaty jego podwójnej równowartości. Uprawnienie do zatrzymania w swoim majątku otrzymanych pieniędzy względnie roszczenie o „podwójną” zapłatę nie powstanie, gdy nie jest wykonywane prawnokształtujące uprawnienie polegające na odstąpieniu. Należałoby także dodać, że kontrahent uprawnionego nie może go w czynności odstąpienia „zastąpić” – jemu bowiem, skoro sam nie podporządkował się ustaleniom umowy przedwstępnej, uprawnienie do odstąpienia z mocy art. 394 § 1 k.c. nie przysługuje i zdany jest w tej mierze całkowicie na zachowania drugiej strony.

W wyroku z 20 stycznia 2016 r., oznaczonym sygnaturą V CSK 293/15, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że uprawnienia, o których tu mowa, nie powstają, jeżeli ten, kto chciałby z nich skorzystać, sam jawi się jako wyłącznie odpowiedzialny za przyczynę niedojścia do skutku umowy przyrzeczonej. Stan faktycz-

ny, na którego tle zapadło to rozstrzygnięcie, przedstawiał się – w koniecznym tu skrócie oraz pewnym uproszczeniu – następująco.

Powód będący osobą fizyczną zawarł (jako osoba fizyczna właśnie) z pozwaną spółdzielnią notarialną umowę przedwstępną, na mocy której miał od owej spółdzielni nabyć prawo własności nieruchomości. Przy umowie przedwstępnej został przezeń uiszczony zadatek, a w warunkach umowy znalazło się między innymi stwierdzenie, że w razie finansowania przedmiotu umowy ze środków pochodzących z kredytu bankowego strony dopuszczają możliwość zawarcia aneksu do ustaleń umowy przedwstępnej w zakresie kwot i terminów zapłaty oraz sposobu zabezpieczenia zapłaty ceny. Postanowiły równocześnie, że umowa sprzedaży zostanie zawarta najpóźniej do określonej daty; cena sprzedaży również została sztywno ustalona.

Powód następnie podejmował starania o pozyskanie kredytu, i to na przeważającą część umówionej ceny. Czynił to jednak nie we własnym imieniu, lecz w imieniu spółki niezaangażowanej w transakcję kupna; wsparcia żadnej z około dziesięciu instytucji finansowych, do których skierował stosowne zapytania, ostatecznie nie uzyskał, nie przedstawił zresztą potem pozwanej żadnej dokumentacji, z której wynikałyby przyczyny odmów.

Na kilka miesięcy przed zakreślonym w umowie przedwstępnej ostatecznym terminem sprzedaży powód pisemnie wezwał spółdzielnię do zwrotu zadatku, powołując się na to, że niemożliwość sfinansowania przezeń zakupu stanowi przyczynę od obu stron niezależną. Spółdzielnia zaś ze swej strony dwukrotnie wyznaczała powodowi termin stawienia się w kancelarii notarialnej – kupujący na żaden z nich się nie stawił, co zostało protokołarnie stwierdzone.

Na niewiele już tygodni przed upływem terminu określonego w umowie przedwstępnej niedoszły kupiec pisemnie zaproponował spółdzielni rozwiązanie umowy przedwstępnej ze zwrotem na jego rzecz zadatku. W tym czasie spółdzielnia miała już potencjalnego

innego kandydata na nabywcę nieruchomości i powód powołał się w korespondencji na to, że fakt ów jest mu znany. Spółdzielnia odmówiła rozwiązania umowy przedwstępnej, ponownie deklarując gotowość zawarcia umowy przyrzeczonej. Wkrótce po upływie końcowego terminu, który wiązał strony sporu, spółdzielnia przystąpiła do umowy przedwstępnej z innym nabywcą, a następnie sprzedała mu nieruchomość. W niedługi czas później niedoszły kupiec pozwał spółdzielnię, domagając się zwrotu na jego rzecz zadatku. Dwie instancje sądowe oddaliły jego żądanie, a Sąd Najwyższy rozpoznający skargę kasacyjną nie zmienił swoim rozstrzygnięciem tej sytuacji.

Ani sama teza wskazanego tu orzeczenia Sądu Najwyższego, ani też rozstrzygnięcie sprawy, na tle której ją sformułowano, nie nasuują zastrzeżeń (choć wypada zauważyć, że nie w pełni podsumowują one spór, który w tamtym akurat procesie podlegał rozstrzygnięciu). Idzie wszak o właściwe odczytanie w każdym stanie faktycznym, na czym polegało niewykonywanie umowy przedwstępnej i której ze stron ono w istocie dotyczyło. W opisanym kazusie trudno byłoby mówić o niewypełnieniu kontraktu przez pozwaną spółdzielnię, która przecież była gotowa go wykonać, i to aż do końca zakreślonej granicy czasowej; za to powód, co trafnie podniesiono w motywach wyroku oddalającego jego skargę kasacyjną, od początku trwania relacji umownej podchodził beztrąsko do realiów, nie czyniąc w swoim własnym imieniu starań o kredyt umożliwiający kupno nieruchomości, wobec czego odmowy instytucji finansowych – zapewne tym właśnie powodowane – nie były okolicznością odeń niezależną.

Odpowiedź na pytanie postawione w tytule niniejszego szkicowego opracowania jest zatem przecząca.

O wiele bardziej interesujące jest drugie zagadnienie, które nie znalazło odzwierciedlenia w wyabstrahowanej tezie, a zostało dostrzeżone w uzasadnieniu omawianego tutaj orzeczenia Sądu Najwyższego. Polega ono na wątpliwości, wedle jakich kryteriów powinno

się odbywać stwierdzenie, że strona uprawniona do zachowania dla siebie otrzymanego zadatku (bądź też „uwolniona” od obowiązku wypłaty dwukrotnej jego wysokości) wykonała uprawnienie prawnokształtujące polegające na odstąpieniu od umowy przedwstępnej bez uprzedniego wyznaczenia drugiej stronie dodatkowego terminu.

W przytoczonym wyżej stanie faktycznym strona powodowa stawiała w swej skardze kasacyjnej między innymi zarzut naruszenia art. 77 § 2 w związku z art. 60 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwana *per facta concludentia* złożyła skuteczne oświadczenie o odstąpieniu od umowy przedwstępnej; sąd drugiej instancji stwierdził bowiem, że wprawdzie powód nie oczekiwał się od pozwanej spółdzielni pisemnego, do niego wprost skierowanego oświadczenia o odstąpieniu, lecz spółdzielnia uprawnienie do odstąpienia mimo to skutecznie wykonała, wchodząc w relację umowną z innym kontrahentem. Należy w tym miejscu przypomnieć, że z mocy art. 77 § 3 k.c. do odstąpienia od umowy (w tym wypadku przedwstępnej) zawartej w formie aktu notarialnego wystarcza forma pisemna.

Zagadnienie możliwości konkludentnego złożenia oświadczenia woli wtedy, kiedy ustawa wymaga dla danej czynności formy pisemnej, bywa rozmaicie rozstrzygane w orzecznictwie. Jak przytoczono w motywach omawianego tutaj orzeczenia, Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2005 r., III CK 307/05, przyjął, że zgodnie z art. 73 i 74 k.c. niezachowanie formy przewidzianej w art. 77 k.c. nie pociąga za sobą

nieważności czynności prawnej, która została dokonana bez jej zachowania, wobec czego można skutecznie rozwiązać umowę zawartą na piśmie poprzez czynności konkludentne. W wyroku z 14 czerwca 2013 r., V CSK 330/12, stanął natomiast na stanowisku, że w przypadku zawarcia umowy w formie pisemnej jej rozwiązanie za zgodą obu stron, a także odstąpienie lub wypowiedzenie przez jedną z nich, powinno być stwierdzone pismem. Forma pisemna dla wypowiedzenia zastrzeżona jest wprawdzie dla celów dowodowych, ale nie znaczy to, że do rozwiązania stosunku prawnego może dojść poprzez czynności faktyczne.

W omawianym wyroku z 20 stycznia 2016 r., V CSK 293/15, skład orzekający nie zajął stanowiska wobec tej spornej kwestii, zauważył bowiem, że nie ma takiej potrzeby, gdyż w przedmiotowym stanie faktycznym podpisanie przez pozwaną spółdzielnię umowy przedwstępnej z innym nabywcą należy uznać za stwierdzenie pismem odstąpienia od umowy z powodem w rozumieniu art. 77 § 2 i 3 Kodeksu cywilnego.

Jak się wydaje, takie ujęcie zagadnienia pomija pytanie o to, kto jest adresatem oświadczenia woli; paradoksalnie więc już nawet zastosowanie konstrukcji odstąpienia od umowy poprzez zachowania konkludentne pozwalałoby na bardziej niezawodną ocenę, czy kontrahent (w omawianym przykładzie – powód) rzeczywiście mógł uzyskać przed wytoczeniem powództwa świadomość, że druga strona umowy przedwstępnej takiego wypowiedzenia wobec niego dokonała.

# Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

## O NIEUCHRONNOŚCI DEKOMPOZYCJI I O KSIĄŻKACH GORZKICH

Stulecie odzyskania polskiej państwowości, jak i bieżąca polityka powinny zachęcać do refleksji nad naszą najnowszą historią. Czy potrafimy wyciągnąć wnioski z tragicznych dla nas wydarzeń XX wieku? Czy uczymy się na błędach popełnianych przez przywódców? Czy znając przeszłość, możemy uniknąć przyszłych tragedii? Zachęcam do lektury powoływanej już na tych łamach *Historii politycznej Polski 1935–1945* przedwcześnie zmarłego profesora Uniwersytetu Warszawskiego – Pawła Wieczorkiewicza (wyd. Zysk i S-ka, Warszawa 2014). Autor przestrzegają, że jego książka jest gorzka. „Nie ma w niej happy endu i nie ma elementu zdrowego dydaktyzmu – tryumfu dobra nad złem – pisał. – Jest za to rejestr kolejnych błędów, niepowodzeń i porażek, które doprowadziły do tragicznego finału. Polska bowiem, wbrew radosnemu zadowoleniu naszych politycznych elit, które swą metamorfozę zaznaczają tym, że tzw. Dzień Zwycięstwa świętują 8, a nie 9 maja, poniosła w II wojnie światowej druzgocącą klęskę, na równi z Niemcami i Japonią, a większą z pewnością – niż Włochy i Rumunia. Rozpoczęta w imię jej obrony, zakończyła się rozrachunkiem dokonany na jej koszt przez mocarstwa mieniające się demokratycznymi z ludobójczym Związkiem Sowieckim. Podejmując brzemien-

ne decyzje i przeciwstawiając się Hitlerowi dla obrony swej suwerenności, a jednocześnie odrzucając propozycje „pomocy” Stalina dla zachowania terytorialnej integralności, Rzeczpospolita została pozbawiona i pierwszej, i drugiej. Wpisana w strefę wpływów Związku Socjalistycznych Republik Sowieckich i ograbiona z rdzennie polskich ziem – Lwowa z okolicami i Wileńszczyzny, co oznaczało wydarcie 600 lat jej historii, zapłaciła kolosalnymi stratami ludzkimi, a nadto, co owocowało jeszcze groźniejszymi skutkami – wyniszczeniem elit, zarówno w efekcie świadomej eksterminacyjnej polityki obu okupantów, jak i wymuszonej powojennym układem politycznym emigracji” (*Historia*, s. 11–12).

W pracy Wieczorkiewicza nie znajdujemy odpowiedzi, czy mogło być inaczej, ale łatwo odczytujemy, że oprócz wydarzeń, którym nie można było zapobiec, wiele nieszczęść było rezultatem błędów. Widzimy, jakże często brakło polskim politykom przenikliwości i wyobraźni, a nawet intelektu. Naiwni wobec zagranicznych partnerów, małostkowi wobec krajowych konkurentów, niejednokrotnie stawali się zabawkami w rękach przywódców sprawniejszych i pozbawionych skrupułów.

Z uwagi na liczne obecnie poszukiwania analogii rządów sanacyjnych ze współcze-

snymi warto zwrócić szczególną uwagę na rozważania Profesora dotyczące lat 1935–1939. Po śmierci Józefa Piłsudskiego postępowal rozpad grupy rządzącej krajem nazywany eufemistycznie dekompozycją, brakowało osobowości i autorytetów na miarę coraz poważniejszych wyzwań w polityce zewnętrznej i krajowej, a podzielona i całkowicie nieefektywna opozycja stanowiła margines politycznej rzeczywistości. Jeśli ktoś powie w tym miejscu: bo zabrakło Marszałka, On znalazłby na wszystko radę, to zachęcam do lektury pamfletu Rafała A. Ziemkiewicza pod znamienym tytułem *Złowrogi cień Marszałka* (wyd. Fabryka Słów 2017). Warto pamflet ten przeczytać, pamiętając, że nie jest to chłodna praca historyczna, ale gorąca publicystyka pióra współczesnego endeckiego entuzjasty.

„Całe rządy Piłsudskiego od maja 1926 aż do śmierci w 1935 roku – pisze Ziemkiewicz – można podsumować jako rozpisany na kolejne etapy proces tracenia złudzenia, że tak się da – proces wciągania Piłsudskiego i jego następców w totalitaryzm, jakby wleźli w trzęsawisko i byli przez nie siłą wytwarzanych przez siebie koteryjnych układów zasysani coraz głębiej. Nie ma żadnego śladu, by Marszałek miał u zarania Polski sanacyjnej jakiego wyobrażenie co do tego, jak ona właściwie powinna wyglądać, jak być zorganizowana. Pojmował rzecz płytko i życzeniowo, tak jak zawsze, gdy zajmował się sprawami innymi niż wojskowe” (*Złowrogi*, s. 401–402). I dalej: „Nie sposób zrozumieć sanacji, jeśli nie zauważymy rzeczy oczywistej – Piłsudski nie chciał rządzić, Piłsudski chciał panować. (...) Był on dyktatorem – jakżeby inaczej – moralnym. Niemal cała jego uwaga skupiała się na kwestiach personalnych” (*Złowrogi*, s. 361).

Tekst Ziemkiewicza jest gorzki, ale szczery i pisany z pasją. „Z bólem, ale trzeba to powiedzieć – wbrew najgłębszej wierze mojego pokolenia, czy przynajmniej jego buntującej się przeciwko realnemu socjalizmowi części, która chciała w utraconej II Rzeczypospolitej widzieć swoją prawdziwą Ojczyznę. Polska sanacyjna nie była antytezą PRL, ale wręcz przeciwnie –

jej prefiguracją – stwierdza Ziemkiewicz. – Jej prawdziwy obraz do dziś pozostaje zupełnie zapomniany, ale jeśli się sięgnie po źródła (...) do złudzenia przypomina rzeczywistość sportretowaną w filmach Barei. (...) Wojskowe, sztywne zarządzanie gospodarką, obfitość przepisów i urzędów kontrolujących każdą aktywność obywateli, potworne zdzierstwo podatkowe, osiem państwowych monopolii...” (*Złowrogi*, s. 416–417). Co gorsza, „narodziły się mechanizmy przyszłych rządów sitwowych, by nie rzec wprost – mafijnych, opartych na bezwzględnej solidarności piłsudczyków przeciwko wszystkim nienależącym do ich grona: rządów lekceważących wszelkie procedury i regulaminy, niszczących oficjalny ład i służbowe hierarchie, porządkujących świat po znajomości i protekcji – wszystko to, co odrodzoną Polskę doprowadziło do zagłady” (*Złowrogi*, s. 189–190).

A co zdaniem publicysty jest najgorsze? „Najgorsze jest to, że po Piłsudskim i piłsudczykach nie pozostał Polsce żaden inny wzorzec niż wzorzec piłsudczyzmu. Przechowywany troskliwie w pamięci narodu zniewolonego i pozostawionego na krawędzi biologicznej zagłady, wyidealizowany – w chwili odzyskania narzucał się nieodparcie. Wzorca republikańskiego nie było. Zdyskredytowany przed rokiem 1939 jako nieskuteczny, za sprawą trwania mitu, w którym zamach majowy przedstawiany był jako konieczność – po prostu nie miał szansy się odrodzić” (*Złowrogi*, s. 441).

Cóż, ciekawe czy w tym rocznicowym roku znajdziemy na te gorzkie rozważania odpowiedź równie gorącą i przekonywującą. Pateetyczne pokrzykiwania chyba już nie wystarczą. Nieuchronność dekompozycji współczesnego nam obozu rządowego nie pobudza aktualnej klasy politycznej do żadnej refleksji. Można odnieść wrażenie, że ani rządzący, ani opozycja nie uświadamiają sobie, jak dotkliwie będą tej dekompozycji konsekwencje i że powrót do stanu poprzedniego jest po prostu wykluczony.

Obrazu polskiej klęski udatnie dopełnia praca rosyjskiego, ale od lat zamieszkałego w Polsce, historyka Nikołaja Iwanowa pt. *Ko-*

*munizm po polsku. Historia komunizacji Polski widziana z Kremla* (Wydawnictwo Literackie 2017). Interesujące są tu zarówno szczegółowe rozważania na temat zbrodni katyńskiej, bitwy pod Lenino, powstania warszawskiego, relacji Stalin–Churchill (uwaga na anegdotę o przesłkach kawioru!) czy udziału osób pochodzenia żydowskiego w aparacie nowego państwa, jak i ukazanie wieloletnich procesów historycznych z moskiewskiej perspektywy.

Autor z jednej strony deklaruje, że chce być kontynuatorem dzieła prof. Krystyny Kersten, z drugiej zaś strony oferuje czytelnikowi nowe spojrzenie, starając się odsłonić ewolucję sowieckich intencji i planów wobec Polski od lat trzydziestych. I tak aż do katastrofalnego odwrótu przed niemiecką inwazją w 1941 roku Polska była dla Moskwy faszystowskim wrogiem, który z uwagi na historyczne rachunki powinien oddać część swego terytorium. Gra dyplomatyczna z Brytyjczykami wypromowała w 1941 Polskę do roli sojusznika i po podpisaniu układu Sikorski–Majski dała wolność tysiącom prześladowanych, którzy mieli zasilić tworzące się w Rosji polskie wojsko. Iwanow wskazuje, jak wiele było przyczyn zaniechania tworzenia stutysięcznej armii i ewakuacji większości już powstałych jednostek do Iranu (s. 90–100), jak i jakie były tego polityczne konsekwencje. Po odkryciu zbrodni katyńskiej stało się jasne, że na przywrócenie Rzeczypospolitej sprzed września 1939 roku nie ma już szans.

Stalin postanowił przenieść Polskę w inne miejsce na mapie Europy i pozwolił jej istnieć jako powolne mu państwo „nie za wielkie i nie za mocne”. Stalinowski plan sowietyzacji Polski składał się z następujących elementów:

1) stworzenie prosowieckiego polskiego wojska i ruchu partyzanckiego;

2) zjednoczenie polskiej lewicy wokół PPR i utworzenie na tej podstawie administracji państwowej;

3) rozbudowanie aparatu przemocy przy bezpośrednim udziale sowieckich służb bezpieczeństwa;

4) dezinformacja polskiej i zagranicznej opinii publicznej;

5) udzielanie pomocy nowej władzy w Polsce w odbudowie kraju i tworzeniu iluzji powszechnego dobrobytu;

6) przeniesienie terytorium Polski o kilkaset kilometrów na zachód (*Komunizm*, s. 170–171).

„W 1944 roku stało się już jasne – przypomina Iwanow – że podporządkowanie Polski Związkowi Sowieckiemu w wyniku II wojny światowej jest nieuniknione. Ważyło się jednak to, jaki będzie stopień tego podporządkowania. Zarówno w Londynie, jak i w Waszyngtonie, zastanawiano się, jak daleko Stalin będzie chciał się posunąć w sprawie jej wasalizacji. Brano też wciąż pod uwagę wariant przewidujący ocalenie w jakimś stopniu wewnętrznego życia politycznego i finlandyzacji, zachowanie w znacznym zakresie suwerenności kraju” (*Komunizm*, s. 104). Dlatego „Stalin prowadził w Jaltie rozmowy z pozycji silnego, jego armie znajdowały się już na polskiej ziemi. Natomiast Churchill i Roosevelt reprezentowali pozycję defensywną w kwestii polskiej, kierując się przekonaniem, że Stalin i tak zrobi w Polsce, co zechce, a zerwanie, lub choćby znaczne pogorszenie stosunków z sowieckim dyktatorem w decydującym momencie II wojny światowej może grozić poważnym kryzysem” (*Komunizm*, s. 216). Rząd londyński był zatem skazany na klęskę, nie ustalono jeszcze tylko jej rozmiarów. Grupa nieporadnych biurokratów, sklóconych, choć pełnych dobrych intencji, nie sprostала bezwzględny kłamcom, używającym skutecznie propagandy, socjotechniki, a przede wszystkim siły, wspieranym nadto przez potrzebujących wojennego wsparcia zachodnich sojuszników.

„Czy z perspektywy czasu możemy obwiniać tych ludzi o to, że po wojnie nie powstało polskie państwo demokratyczne? – pyta dziś profesor Iwanow. – Ale też jak niby mieli oni szukać porozumienia z niedawnym sprzymierzeńcem III Rzeszy, najeżdżcą, który w 1939 roku siłą zaanektował prawie połowę przedwojennego polskiego terytorium? Również Związek Sowiecki nie był w stanie i nie zamierzał iść na ugodę z tymi, którzy na pewno wcześniej czy później musieliby ujawnić sprawę Katynia i in-

nych zbrodni stalinowskich na Polakach. Trzeba stwierdzić, że był to impas polityczny nie do przewyciężenia, do tego niewątpliwie sprzyjający Stalinowi w jego planach sowietyzacji Polski. Po zerwaniu stosunków dyplomatycznych z polskim rządem w Londynie, a zwłaszcza po klęsce powstania warszawskiego, Stalin tylko umocnił się w swej decyzji bezwzględnego podporządkowania Polski Związkowi Sowieckiemu” (*Komunizm*, s. 217).

Krótki przegląd książek gorzkich niech dopełnia *Prześlona rewolucja. Ćwiczenie z logiki historycznej* socjologa Andrzeja Ledera, profesora na Wydziale Filozofii i Socjologii Uniwersytetu Warszawskiego (Wydawnictwo Krytyki Politycznej 2013). Z tej wielowątkowej pracy o przeprowadzonej w Polsce w latach 1939–1956 rewolucji (ale mowa w książce także o bagażu feudalizmu, o zagładzie ziemiaństwa, o industrializacji i o relacjach polsko-żydowskich) dowiadujemy się wiele o nas, Polakach i nie są to dobre wiadomości. Rewolucja „przeprowadzana rękami innych, przez polskie społeczeństwo została przeżyta jakby we śnie” (s. 34), a problemy społeczne, choć odmienne, i podobne do tych sprzed półwiecza, pozostają nierozwiązane.

„Problemem III Rzeczypospolitej – podobnie jak jej poprzedniczki – była i jest niezdolność klasy politycznej do znalezienia w obrębie społecznego imaginarij politycznego słów i symboli znaczących, które włączyłyby poczucie krzywdy we wspólnotę republiki – pisał Leder w 2013 roku. – Nieumiejętność odniesienia się do tych części społeczeństwa, które czują się skrzywdzone i jednocześnie palają resentymentalnym gniewem” (s. 36).

Bezradność elit politycznych „zawsze popychała do załatwiania sprawy łatwo – pogardą lub pochlebstwem. Istnieją bowiem dwa proste

sposoby poradzenia sobie z istnieniem skrzywdzonych i pełnych gniewu. Pierwszy polega na pogardliwym piętnowaniu takich stanów ducha jak nienawiść lub chęć odwetu” i zdaniem autora nie jest skuteczny, wręcz wzmacnia nienawiść (s. 37). „Tymczasem liberalne elity pouczały i pouczają. Sądzę, że to nie jest przypadek. Nie uzyskując bowiem żadnego realnego, pozytywnego efektu, czerpią jednak z pouczania pewne niebagatelne korzyści. Uzyskują poczucie słuszności moralnej, wyidealizowany obraz siebie. To zaś przedkłada się na konkretne korzyści polityczne, a ponadto pomaga poradzić sobie z nieprzyjemnym poczuciem bezradności. Uzyskają wreszcie często towarzyszące pouczaniu uczucie wyższości, które – doskonale rozpoznawane przez pouczanych – pogłębia w nich wściekłość. (...) Wykorzystują to zwolennicy drugiej strategii – pochlebiania nienawiści. Ci stają się rzecznikami odwetu i wściekłości. Celują w tym politycy zwani radykalnymi, tak przed wojną, jak dzisiaj przede wszystkim pravicowi, choć dawniej również radykalni komuniści. Znajdują w imaginarij społecznym takie obrazy, słowa i postaci, które mogą łatwo ucieleśniać znenawidzoną postać krzywdziciela. Budują wokół nich uniwersum, które pozwala wyrażać resentymentalne poczucie krzywdy. A następnie kierują na owe figury gniew tych, którzy czują się skrzywdzeni. Pragnienie odwetu może więc zostać wyrażone w fantazmatycznych scenariuszach zemsty, upokorzenia i pozbawienia dóbr krzywdzicieli. Nie trzeba długo rozwodzić się nad tym, jak mordercza może być ta strategia zagospodarowywania gniewu” (s. 37–38).

Skoro przewagę mają dziś wyznawcy drugiej strategii, całkiem sprawni i nieprzejednani w zagospodarowywaniu gniewu, lista książek gorzkich będzie się wydłużać.

# Recenzje i noty recenzyjne

**Zbigniew R. Kmiecik**

*Losy „wariata” i „głupka” w państwie i społeczeństwie*

**Warszawa: Wolters Kluwer 2017, ss. 455**

Książka jest oryginalnym i ambitnym przedsięwzięciem wydawniczym. Jej podstawowym celem jest historycznie ujęta prezentacja stosunku państwa i społeczeństwa do osób ujawniających zaburzenia psychiczne, zarówno te najgłębsze o charakterze i nasileniu choroby psychicznej, jak i te upośledzające możliwości adaptacyjne człowieka, wynikające z występowania różnorodnych postaci niedorozwoju umysłowego. Książka opisuje, jak na przestrzeni dziejów ludzkości kształtował się i zmieniał, w różnych obszarach kulturowych, stosunek społeczeństw do osób z zaburzeniami psychicznymi i jakie rozwiązania prawne wobec takich osób przewidywały i realizowały instytucje państwowe w różnych, historycznie biorąc, czasach, okolicznościach czy uwarunkowaniach. Już w tym miejscu warto podkreślić, że Autor obszernego bardzo opracowania (455 stron) jest profesorem prawa i procesu administracyjnego. W swoich publikacjach zajmował się od lat prawną problematyką osób zaburzonych i chorych psychicznie, ich leczeniem czy też procesami deinstytucjonalizacji opieki psychiatrycznej. Oceniana książka jest więc konsekwencją rozwijanych przez lata szczególnych zainteresowań Autora. Wiodącym wątkiem pracy jest problematyka nadużyć, niejednokrotnie bardzo drastycznych, jakich w majestacie prawa dopuszczano się i wciąż

dopuszcza się wobec osób ujawniających zaburzenia psychiczne.

We wstępie Autor zastrzeża, że książka nie jest historią psychiatrii, tj. poglądów na istotę i etiologię zaburzeń psychicznych oraz metod ich leczenia, lecz historią stosunku państwa i społeczeństwa do osób z zaburzeniami psychicznymi. Rozważając wspomniany wyżej główny wątek pracy, nie da się jednak całkiem abstrahować od stanu wiedzy medycznej dotyczącej genety (etiologii) zaburzeń psychicznych i metod ich leczenia. Zarówno wiedza, jak i terapia zaburzeń pozostawały bowiem najczęściej w prostym przyczynowym związku z reakcjami państwa i społeczeństwa na osoby chore i zaburzone. Przeróżające doświadczenia minionego stulecia, sterylizacja czy eksterminacja chorych psychicznie były bezpośrednim skutkiem konkretnych, historycznych już dziś na szczęście, poglądów i twierdzeń naukowych, które w określonej rzeczywistości motywowały państwo i społeczeństwo do drastycznych bardzo sposobów rozwiązywania kwestii dotyczących osób chorych psychicznie i niedorozwiniętych umysłowo. Trudno więc nie zauważyć, że nie można pisać o stosunku państwa, prawa i społeczeństwa do chorych psychicznie, nie uwzględniając wspomnianego, naukowego kontekstu. Już w tym miejscu trzeba dodać, że Autor powyższy kontekst



uwzględnił szeroko i dogłębnie, wykazując się ogromnymi zasobami wiedzy o historii psychiatrii, których pozazdrościć mógłby mu niejeden lekarz, specjalista psychiatra. Erudycja oraz rozległa wiedza Autora, a także umiejętność łączenia problematyki medycznej z kwestiami prawnymi, społecznymi czy kulturowymi to ważne bardzo cechy recenzowanego opracowania. Czynią one w efekcie lekturę książki pasjonującą i nad wyraz interesującą. Już w tym miejscu warto wskazać literackie walory pracy, podkreślić jasność wywodu Autora, umiejętność uzasadniania konkretnych, bardziej szczegółowych tez. Trudno też nie dostrzec, że jedną z cech narracji jest skłonność do formułowania sądów przedstawianych nieco prowokacyjnie, inicjujących czy też mających zainicjować szerszą dyskusję na aktualnie referowany temat. Taki charakter mają na przykład te zawarte na ostatnich stronach książki uwagi, które sugerują, że przymus hospitalizacji, nawet w wyjątkowych sytuacjach, jasno określonych w ustawie psychiatrycznej, nie jest rozwiązaniem satysfakcjonującym Autora. Narusza bowiem fundamentalne prawa pacjenta do decydowania o swojej wolności czy przyszłości.

Oceniając książkę, należy także uwzględnić kilka podstawowych grup problemów. I tak, po pierwsze, trudno nie dostrzec, że w ostatnich kilku dekadach zagadnienia dotyczące postępowania z osobami chorymi i zaburzonymi psychicznie są tematem wielu naukowych publikacji i dyskusji, skutkujących nowymi regulacjami prawnymi. Nie zawsze uwzględniają one w wystarczającym zakresie ich obywatelskie prawa, czy też kwestie zabezpieczenia tych podstawowych praw związanych z opieką i leczeniem psychiatrycznym, które dotyczą stosowania środków bezpośredniego przymusu wobec pacjentów, czy też przesłanek i procedur stosowanych podczas przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej. Mimo powszechnie akceptowanych i chwalonych rozwiązań i zasad zawartych w *ustawie o ochronie zdrowia psychicznego* z 1994 roku nie brak i krytycznych głosów dotyczących stanu opieki psychiatrycz-

nej w naszym kraju. Wiele wskazuje na to, że jesteśmy w przededniu głębokiej, kompleksowej reformy opieki psychiatrycznej w Polsce. Są dziś realne szanse na realizację Narodowego Programu Ochrony Zdrowia Psychicznego i każda publikacja dotycząca prawnych i społecznych aspektów traktowania osób zaburzonych psychicznie odegrać może pozytywną, edukacyjną funkcję. Taką właśnie rolę pełni recenzowana książka.

Kolejna grupa okoliczności podkreślających wartość publikacji związana jest ze stanem wiedzy i świadomości polskiego społeczeństwa dotyczącym osób ujawniających zaburzenia psychiczne. Nie jest prawdą, że nasze społeczeństwo charakteryzuje szczególnie wiedza dotycząca psychopatologii oraz wrażliwość czy tolerancja wobec osób odbiegających od normy psychicznej. W obszarze traktowania wspomnianej grupy osób wciąż jest wiele do zrobienia. Chodzi o to, aby skuteczniej przeciwdziałać napiętnowaniu czy stygmatyzacji, wykluczeniu społecznemu i strukturalnemu, zwiększaniu dystansu społecznego wobec chorych czy też ograniczaniu im dostępu do ról społecznych. Wszystkie wyżej wymienione zjawiska i procesy nie sprzyjają zdrowieniu pacjentów i ich skutecznemu zmaganiu się z chorobą, świadczą także o ich prawnej dyskryminacji. Książka Zbigniewa Kmiecika odgrywa w przezwyciężaniu powyższych niekorzystnych zjawisk zdecydowanie pozytywną rolę. Może skłonić ludzi do głębszej refleksji nad losem osób chorych psychicznie, sprzyjać przewartościowaniu poglądów i przełamaniu stereotypów, istotnie poszerzyć wiedzę na temat istoty zaburzeń psychicznych, jak i przede wszystkim służyć rozwijaniu bardziej przyjaznych i humanitarnych metod i sposobów, jakie społeczeństwo i państwo winno ujawniać wobec chorych psychicznie. Trudno przecenić tę edukacyjną wartość książki. W sposób szeroki, całościowy, a zarazem atrakcyjny pod względem formy Autor relacjonuje historię stosunku społeczeństwa i państwa do osób z zaburzeniami psychicznymi. W książce znaleźć można liczne informacje dotyczące trak-

towania chorych w prehistorii i starożytności, w czasach średniowiecza i renesansu, a także racjonalizmu i oświecenia. Imponująca jest wiedza Autora oraz sposób i zaangażowanie, jakie ujawnia, referując poszczególne okresy historyczne i zmieniające się zasady traktowania chorych. W kolejnych podrozdziałach analizuje występowanie omawianych problemów w Europie Zachodniej, Rosji i Polsce. Taka konstrukcja książki ułatwia dokonanie porównań uwzględniających odrębność i specyfikę państw i kultur. Szczególną rolę odgrywa piąty rozdział monografii poświęcony XX wiekowi i współczesności. Już w tym miejscu warto podkreślić, że refleksja nad przeszłością i stygmatyzującym czy wykluczającym aspektem czy kontekstem działalności instytucji państwa, a także całego społeczeństwa nie jest dziś pobawiona sensu, przeciwnie – prowadzić powinna do poszerzenia wiedzy o mechanizmach i procesach ważnych dla przełamania społecznych stereotypów, krzywdzących i wykluczających społecznie poglądów czy też codziennej pracy klinicznej psychiatrów, celach i wartościach, które w swojej pracy realizują, czy też o których nie powinni zapominać.

Trudno w tym miejscu oprzeć się ogólniejszej refleksji, że zarówno państwo, społeczeństwo, jak i podejmujący różne inicjatywy terapeutyczne psychiatry mogą mieć udział w złożonym i wieloaspektowym procesie społecznej stygmatyzacji czy też napiętnowania chorych psychicznie. Na historię naszej cywilizacji, w tym także psychiatrii, składają się bowiem nie tylko jej naukowe i kliniczne sukcesy, służące chorym psychicznie, lecz także wydarzenia zdecydowanie mniej chwalebne, czasami wstydlive czy nawet przerażające. Zaplanowana i legalnie zrealizowana akcja eksterminacji chorych i upośledzonych psychicznie w faszystowskich Niemczech, systemowe nadużycia psychiatrii w byłym Związku Radzieckim wobec osób przejawiających niepożądane poglądy polityczne czy też, nie tak znowu odległa, sterylizacja chorych psychicznie (np. w niektórych państwach skandynawskich) to jedynie przykłady na to, że stygmatyzacja cho-

rych może być efektem aktywnego i świadomego udziału lekarzy psychiatrów i instytucji, w ramach których realizują oni swoje zawodowe zadania. Czy można sobie wyobrazić większe piętno niż to, że uznaje się chorych psychicznie za ludzi „niegodnych życia”, właśnie z uwagi na ujawniane przez nich zaburzenia? Niejednokrotnie zdarzało się, że psychiatria zaangażowana była świadomie, instytucjonalnie i legalnie w realizowanie wspomnianych wyżej aktywności. Te problemy przedstawione zostały w recenzowanej pracy dogłębnie. Ten szeroki bardzo, poznawczy aspekt książki trudno przecenić. Jest on kolejnym argumentem uzasadniającym sensowność i zasadność jej publikacji.

Była już mowa o tym, że historyczna wiedza na temat sposobów, metod i zasad traktowania przez społeczeństwo i państwo osób z zaburzeniami psychicznymi ma trudną do przecenienia także i dziś wartość aplikacyjną i praktyczną. Zakres upodmiotowienia osób doświadczonych kryzysem psychicznym, ujawniających objawy ostrej psychozy czy też znajdujących się jedynie w remisji, to podstawowy dylemat tych, którzy podejmują różnorodne inicjatywy legislacyjne i odpowiadają za rozwój i funkcjonowanie tych instytucji, które tworzą i realizują system czy model opieki psychiatrycznej. Patrząc jeszcze szerzej – chodzi o tworzenie regulacji prawnych określających zakres praw obywatelskich pacjentów psychiatrycznych. Książka Zbigniewa Kmiecika wskazuje całą gamę pułapek i niebezpieczeństw, jakich doświadczaliśmy w ostatnim stuleciu, usiłując rozwiązać problem osób ujawniających zaburzenia psychiczne. W poszczególnych rozdziałach pracy Autor omawia różne kierunki rozwoju psychiatrii w kontekście ich wpływu na sposób traktowania praw osób chorych psychicznie, analizuje historię sterylizacji, eutanazji czy polityzacji psychiatrii. Omawia także mity i stan wiedzy naukowej w zakresie traktowania zaburzeń psychicznych jako okoliczności sprzyjających przestępczości z jednej strony i wiktyimizacji z drugiej. Tych problemów, ciekawie i z pasją referowanych przez

Autora, jest jeszcze więcej. Dotyczą one na przykład dylematów związanych z traktowaniem szpitali psychiatrycznych jako „instytucji totalnych”, deinstytucjonalizacji i reinstytucjonalizacji opieki psychiatrycznej, relacji pomiędzy kulturą a zaburzeniami psychicznymi, inflacji i generowania zaburzeń psychicznych w klasyfikacjach psychiatrycznych (na przykładzie DSM-5), a także wielu innych ciekawych bardzo problemów.

W związku z powyższym trudno nie uznać, że wydawnicza inicjatywa Pana Profesora Zbigniewa Kmiecika zasługuje na jednoznacznie pozytywną ocenę, poparcie i akceptację. Brak jest bowiem na polskim rynku wydawniczym takich opracowań, które kwestie traktowania osób ujawniających zaburzenia psychiczne, ujmowane, z jednej strony, historycznie i dynamicznie, z drugiej, z perspektywy państwa i społeczeństwa, przedstawiają tak szeroko, a zarazem całościowo i w uporządkowanej formie. Tak rozumieć należy zarówno poznawczy, jak i aplikacyjny wymiar problematyki analizowanej przez Autora.

Z pełnym przekonaniem pragnę podkreślić, że dotychczasowe polskie doniesienia i opracowania poruszające powyższą problematykę ujmują omawiane zjawiska i problemy fragmentarycznie, nie w pełni wyczerpująco. Dlatego też należy przyjąć, że omawiana monografia ma, na gruncie polskim, szczególne znaczenie. Jest wielce prawdopodobne, że zainicjuje ona także kolejną szeroką dyskusję specjalistów różnych dziedzin, prawników, psychiatrów, psychologów czy polityków, a także zwykłych obywateli, nad losem osób zaburzonych i chorych psychicznie w kontekście ich praw obywatelskich.

Problematyka podjęta w monografii odnosi się do kapitalnego i fundamentalnego problemu dotyczącego sposobów i metod, a także instytucjonalizacji, traktowania przez państwo i społeczeństwo osób ujawniających różnorodne zaburzenia psychiczne. Tematyka książki jest bardzo szeroka. Praca dotyczy zagadnień budzących szereg emocji, a nawet wątpliwości czy dylematów. Problemy poruszane przez

Autora, a zwłaszcza forma, w jakiej zostały one zredagowane, mają często charakter swoistych prowokacji intelektualnych, mających wywołać szeroką społeczną reakcję i dyskusję nad losem ludzi doświadczonych kryzysem psychicznym, chorobą czy innymi zaburzeniami psychicznymi. Tak ujęty problem, w kontekście fundamentalnych praw człowieka i obywatela, nie może nie wywołać szerszej społecznej dyskusji, w której winni wziąć udział nie tylko specjaliści od tworzenia prawa czy też leczenia psychiatrycznego, lecz wszyscy budujący społeczność obywatelską. Zagadnienia omówione czy też jedynie zasygnalizowane przez Autora są bardzo trafnie ujęte. Trudno też nie dostrzec oryginalności takiego podejścia do zagadnienia prawnego statusu osób zaburzonych psychicznie i kwestii praw, jakie takim osobom winny przysługiwać czy być gwarantowane.

Na jednoznacznie pozytywną ocenę zasługuje układ i koncepcja książki – historyczne ujęcie omawianej problematyki, umiejętne uwzględnienie kulturowego, historycznego czy też religijnego kontekstu analizowanych zagadnień. Z dość oczywistych względów bardziej szczegółowo omówione zostały te problemy, które już bezpośrednio rzutują na współczesne rozwiązania i konstrukty prawne oraz postawy społeczne. Pozytywnie ocenić też należy te fragmenty książki, w których Autor szeroko cytuje poglądy czy doświadczenia ludzi uwikłanych w różne instytucjonalne formy opieki psychiatrycznej czy objętych specyficznymi formami interwencji psychiatrycznych. Przykładem są relacje i wspomnienia osób objętych systemem środków leczniczo-zabezpieczających w Związku Radzieckim. Relacje te są ewidentnym dowodem na nadużycia psychiatrii do celów politycznych. Polegały one na przymusowym psychiatrycznym leczeniu zdrowych psychicznie, lecz nieprawomyślnych obywateli, krytycznie nastawionych do systemu społeczno-politycznego ZSRR. Podobne wrażenia robią wspomnienia osób objętych specyficzną opieką psychiatryczną w Niemieckiej Republice Demokratycznej (w sądowym szpitalu

psychiatrycznym w Waldheim). Relacje te robią na czytelniku wielkie wrażenie, skłaniając do głębszej refleksji nad tym, jak tworzyć prawo i system uniemożliwiający używanie instytucji psychiatrycznych do celów innych niż lecznicze.

Oceniając wartość i trafność podjętej inicjatywy wydawniczej, czy też jej oryginalność, trzeba zaznaczyć, że Autorowi udało się z dużym powodzeniem zrealizować zamierzone cele. Powstała bowiem praca tematycznie bardzo szeroka, która problematykę praw osób zaburzonych psychicznie ujęła w sposób całościowy, eksponujący poglądy współczesne, uwzględniła te zagadnienia, które dziś mają jedynie historyczne znaczenie.

Książka posiada bardzo istotne walory poznawcze, stanowiące inspirację do planowania i podejmowania inicjatyw ustawodawczych i organizacyjnych, ujmowanych kompleksowo. Dzięki tej monografii dojdzie też zapewne do dyskusji i wymiany poglądów pomiędzy środowiskiem psychiatrycznym z jednej strony

a prawnikami z drugiej. To dobrze, bo aktualne relacje pomiędzy wspomnianymi wyżej grupami zawodowymi nie są dobre. Rzutowały na to takie inicjatywy ustawodawcze, jak tzw. „ustawa na bestie” czy nowelizacja ustaw karnych dotycząca środków leczniczo-zabezpieczających (2015). Prace legislacyjne prowadzone były bez uwzględnienia tych argumentów i postulatów środowisk psychiatrycznych, które dotyczą niebezpieczeństwa nadużywania instytucji psychiatrycznych do celów innych niż lecznicze (np. społecznej izolacji).

Szerokie jest też grono adresatów recenzowanej pozycji wydawniczej. Z książki Profesora Zbigniewa Kmiecika korzystać będą bowiem nie tylko osoby profesjonalnie zajmujące się opieką nad chorymi psychicznie – lekarze, pielęgniarki, psychologowie, lecz także prawnicy i pracownicy społeczni, a także osoby zawodowo niezwiązane z psychiatrią czy w końcu zwykli czytelnicy interesujący się sytuacją osób chorych i zaburzonych psychicznie.

*Józef K. Gierowski*

# Kronika adwokatury

## Posiedzenia plenarne Naczelnej Rady Adwokackiej

### POSIEDZENIE PLENARNE NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ WARSZAWA, 18 LISTOPADA 2017 R.

Prezes NRA adw. Jacek Trela przedstawił relację z działalności Prezydium NRA oraz aktywności Adwokatury w ostatnim okresie.

Poinformował, że przedstawiciele Adwokatury, m.in. adw. Andrzej Zwara, adw. Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska, uczestniczą w pracach parlamentarnego zespołu ds. reformy wymiaru sprawiedliwości.

We wrześniu 2017 r. prezes NRA uczestniczył w uroczystościach jubileuszowych 100-lecia Sądu Najwyższego, a także uroczystościach zorganizowanych przez Krajową Radę Sądownictwa. Został uhonorowany medalem *Zasłużony dla Wymiaru Sprawiedliwości – Bene Merentibus Iustitiae* – po raz pierwszy to odznaczenie zostało wręczone osobie spoza środowiska sędziowskiego. Uhonorowany zaznaczył, że to odznaczenie dla całej Adwokatury – „za naszą postawę w obronie przepisów gwarantujących niezależność sądów”.

Prezes NRA z wiceprezesem NRA adw. prof. Piotrem Kardasem wzięli udział w spotkaniu pn. *Wspólnie o Konstytucji, wspólnie o samorządzie*, zorganizowanym przez Kancelarię Prezydenta RP.

25 października 2017 r. delegacja Komisji Weneckiej spotkała się z przedstawicielami Adwokatury w związku z nowelizacją przepisów o prokuraturze.

14 listopada odbyły się dwa ważne wydarzenia – w Warszawie konferencja zorganizowana przez KRS pn. *Wyzwania dla polskiego sądownictwa w 100-lecie jego odrodzenia*, a w Łodzi konferencja pn. *Samorządy dla wolności, wolność dla samorządów*.

16 listopada br. odbyła się uroczystość wręczenia Nagrody im. adw. Edwarda Wendego. Laureatem został prof. Jerzy Zajadło.

W dniach 8–9 grudnia br. odbył się Kongres Praw Obywatelskich, w którym w dwóch panelach udział wzięli sekretarz NRA adw. Rafał Dębowski.

Rzecznik Praw Obywatelskich odznaczył adw. Annę Bogucką-Skowrońską oraz adw. Jacka Taylora Odznaką Honorową RPO *Za Zasługi dla Ochrony Praw Człowieka*. Podczas uroczystości adw. Anna Bogucka-Skowrońska dziękowała również NRA za wsparcie udzielone jej w związku z przesłuchaniami po lipcowych protestach w obronie sądów.

Prezes NRA objął na rok przewodnictwo pracom Porozumienia Samorządów Zawodowych i Stowarzyszeń Prawniczych. Spotkanie Porozumienia odbyło się 27 listopada 2017 r., a poświęcone było projektom legislacyjnym dotyczącym Sądu Najwyższego i KRS.

Adwokat R. Dębowski przypomniał, że pojawiła się inicjatywa ustawodawcza w za-

kresie zmiany przepisów *Prawa o adwokaturze* dotyczących zasad zdawania egzaminu adwokackiego. Posłowie z Komisji ds. deregulacji postanowili odstąpić od zasady jednolitości egzaminu i wprowadzić zasadę, że w przypadku niezdania jednej z pięciu jego części kandydat może powtarzać egzamin tylko w tej części. Przepis nie zawiera żadnych ograniczeń czasowych. Wskazał, że dziś jedynym kryterium dostępu do zawodu jest wiedza, a obniżenie kryteriów egzaminu niczemu nie służy – dane statystyczne wskazują, że egzamin w pierwszym terminie zdaje 80% przystępujących. Druga proponowana zmiana legislacyjna polega na tym, aby egzamin adwokacki odbywał się dwa razy do roku. Taka zmiana spowoduje problemy organizacyjne oraz podwoi koszty organizacji egzaminu.

Skarbnik NRA adw. Henryk Stabla zreferował stan negocjacji dotyczących zmiany ubezpieczyciela dla adwokatów.

Prezes adw. J. Trela powitał na posiedzeniu adw. Krzysztofa Golca, reprezentującego NRA w kontaktach z Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku, gdzie w czerwcu 2018 r. zostanie otwarta wystawa *Adwokaci w służbie Ojczyźnie*, która pozostanie na ekspozycji do końca października.

Adwokat R. Dębowski powiedział, że zespół ds. obchodów 100-lecia Odrodzonej Adwokatury Polskiej rozważał charakter obchodów jubileuszowych i zdecydował, że adresatem obchodów powinno być również społeczeństwo. Nasze środowisko jest niestety postrzegane stereotypowo. Obchody zainaugurujemy spotkaniem noworocznym 12 stycznia 2018 r., a zamknie je gala na Zamku Królewskim w Warszawie 23 listopada 2018 r. Chcemy być aktywni w Internecie i social mediach – opracowujemy ciekawe materiały w krótkich formach, które będą publikowane w tych mediach. Dodał, że organizowany jest konkurs dla uczniów szkół ponadpodstawowych na esej związany z rolą adwokata. Pracom jury tego konkursu przewodniczy redaktor naczelny „Palestry” adw. Czesław Jaworski. Planowana jest konferencja dla studentów prawa. Wskazał na szczególną

rolę Ośrodka Badawczego Adwokatury – jego działalność wydawniczą w ramach serii „Biblioteka Palestry” oraz przygotowania do wystawy w Muzeum II Wojny Światowej. Ciekawą inicjatywę zaprezentowała Izba Adwokacka w Łodzi – wydanie kwartalnika „Adwokat” jako wkładki do ogólnopolskiej gazety, który mógłby być dodatkowym materiałem promocyjnym.

Prezes Centrum Mediacyjnego przy NRA adw. Katarzyna Przyłuska-Ciszewska poinformowała, że obszar działalności CM obejmuje cały kraj, a 262 mediatorów CM działa bardzo aktywnie. Centrum Mediacyjne przy NRA zajmuje się nie tylko szkoleniami, ale również promocją adwokatów mediatorów na terenie całego kraju, wskazując również rolę pełnomocnika w mediacji. CM spełnia międzynarodowe standardy, ale na rynku pojawia się wiele centrów, które ich nie spełniają. Wskazała, że trwają intensywne prace nad wprowadzeniem obligatoryjnej mediacji m.in. w sprawach rodzinnych. Jest to szansa dla adwokatów. Zaprezentowała również dane statystyczne – liczba mediacji w tym roku jest dwukrotnie większa w stosunku do poprzedniego.

Omówiono kwestie zatrudniania aplikantów adwokackich. Wskazywano m.in. na konieczność uzyskania danych z całego kraju, gdyż sytuacja w poszczególnych izbach nie jest jednolita. Zespół w składzie adw. Joanna Parafianowicz, adw. prof. Piotr Kardas i adw. Przemysław Rosati przygotował projekt uchwały w tej sprawie. Projekt został przyjęty przez Prezydium NRA i skierowany do dalszych prac.

Sprawozdanie złożyła rzecznik dyscyplinarnej Adwokatury adw. Ewa Krasowska. Poruszyła kwestię wpisów komorników na listy adwokackie, którzy nie zaprzestają wykonywania zawodu komornika, co negatywnie odbija się na statystykach pionu dyscyplinarnego. Zwróciła uwagę na praktyczne problemy, jakie niesie za sobą RODO. Podała przykłady, że adwokat po to, aby zgłosić wniosek dowodowy o przesłuchanie świadka, w świetle proponowanych rozwiązań ustawowych, będzie najpierw musiał uzyskać zgodę tego świadka na przetwarzanie

danych osobowych. Wskazała też m.in., że adwokat, wnosząc sprawę o odszkodowanie, nie będzie mógł w pozwie powołać się na wyrok karny skazujący.

Sprawozdanie z działalności Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury przedstawił prezes adw. Jacek Ziobrowski.

Skarbnik NRA adw. Henryk Stabla i adw. prof. UW Adam Redzik zreferowali temat zmiany sposobu wydawania „Palestry”. Spośród złożonych ofert Prezydium NRA do dalszych negocjacji wybrało trzy firmy. Redakcja „Palestry” zarekomendowała wybór jednej z nich, mając na względzie nie tylko koszty druku, ale również doświadczenie firmy w pracy nad składem czy redakcją tekstów.

Wiceprezes NRA adw. prof. dr hab. Piotr Kardas poinformował, że NRA dysponuje programem udostępniającym wersję elektroniczną „Palestry”, który wymaga jeszcze udoskonalenia. Dodał, że prowadzone są rozmowy dotyczące udostępniania „Palestry” w ramach prenumeraty szerszego programu informacji prawnej.

Adwokat prof. dr hab. Jacek Giezek zreferował stan prac Komisji Etyki nad całościowym przeglądem Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu, do którego samorząd zobowiązany został przez Krajowy Zjazd Adwokatury. Projekt Komisji ma być opracowany w 2018 roku.

Zastępca sekretarza NRA adw. Anisa Gnaticowska zwróciła się do dziekanów z prośbą o informowanie NRA o przypadkach zwalniania adwokatów z tajemnicy adwokackiej ze wskazaniem, jakie czynności podejmowała ORA. W dyskusji, która wywiązała się na ten temat, zwrócono uwagę, że próby zwolnienia z tajemnicy adwokackiej są coraz częstsze. Zawsze należy się starać o dopuszczenie przedstawiciela samorządu do posiedzeń sądowych w tym przedmiocie. Chodzi tu przecież o niezależność adwokacką oraz prawo do obrony.

NRA postanowiła powierzyć wykonanie sprawozdania finansowego za 2017 rok

firmie Perfectum Audit Sp. z o.o. (uchwała nr 28/2017).

Adwokat Jarosław Zdzisław Szymański poruszył sprawę nowych regulacji VAT-owskich, które dotyczą wszystkich przedsiębiorców. Od stycznia zacznie obowiązywać jednolity plik kontrolny, zatem adwokaci sami prowadzący księgowość mogą mieć problemy, aby sprostać wymogom. Problemem materialnym dla wszystkich będzie obligatoryjne prowadzenie rachunku bankowego przeznaczonego na VAT – te przepisy wejdą w życie w kwietniu 2018 roku. Obecnie VAT jest rozliczany w cyklu miesięcznym, a zacznie obowiązywać wymóg, aby VAT jako należność był tego samego dnia odprowadzany na przeznaczone konto. Pierwszą z konsekwencji jest to, że zostaniemy pozbawieni 23% miesięcznego kapitału obrotowego. Druga konsekwencja idzie dalej – w tej chwili na skutek wycieńczeń księgowych podatek 23% można pomniejszyć o kwotę wynikającą z kosztów prowadzenia kancelarii, a po zmianie przepisów podatek 23% będzie obowiązywał dla każdej wystawionej faktury. Wskazał na problem z rozliczeniami i problem uznaniowego działania urzędów skarbowych.

Adwokat R. Dębowski poinformował, że do Izb zostaną rozesłane informacje o funkcjonowaniu jednolitego pliku kontrolnego. Zwrócił także uwagę na zmiany w przepisach o ochronie danych osobowych w kontekście możliwości prowadzenia rejestru osób skazanych dyscyplinarnie.

Adwokat Stanisław Kłys podziękował adw. J. Treli i adw. A. Zwarze za udział w konferencji *Media – kultura – komunikacja*, poświęconej papieżowi Franciszkowi. Udział adwokatury w tym przedsięwzięciu został doceniony przez wiele osób, w tym gości zagranicznych. Wskazał, że tegoroczne Dni Kultury Adwokatury cieszyły się wspaniałą frekwencją, co najlepiej świadczy o sukcesie tego wydarzenia i w najlepszy sposób oddziałuje na pozytywny wizerunek Adwokatury.

Andrzej Bąkowski

## Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

### PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 9 STYCZNIA 2018 R.

Prezydium NRA delegowało prezesa NRA adw. Jacka Trelę oraz wiceprezesa NRA adw. prof. Piotra Kardasa na 46th European Presidents' Conference, która odbyła się w dniach 8–10 lutego 2018 r. w Wiedniu. Prezes J. Trela poinformował, że w czasie konferencji przedstawi informację o stanie praworządności i niezależności prawniczej w Polsce po zmianach legislacyjnych z 2017 r. Wiceprezes P. Kardas został dodatkowo delegowany na posiedzenie Standing Committee CCBE.

Prezydium NRA omówiło przygotowania do gali 100-lecia Adwokatury Polskiej, która odbędzie się 23 listopada br. na Zamku Królewskim, i zdecydowało o zleceniu wykonania części artystycznej (oprawy muzycznej) zespołowi Nahorny Trio. Zatwierdzono także kosztorys związany z obsługą techniczną i zakupem materiałów na Spotkanie Noworoczne Adwokatury, które odbyło się 12 stycznia br.

Sekretarz NRA adw. Rafał Dębowski poinformował, że adw. Adam Baworowski, zgodnie z upoważnieniem, przygotował analizę dotyczącą RODO jako materiał do dalszych prac. Ponadto Prezydium omówiło założenia

budżetowe na 2018 r. oraz delegowało adw. Rafała Dębowskiego do prac w kapitule Nagrody „Kobieta Adwokatury”.

Zastępca sekretarza NRA adw. Anisa Gnacikowska poinformowała, że biuro Rzecznika Praw Obywatelskich monitoruje problem uchylania tajemnicy adwokackiej i proponuje zorganizowanie we współpracy z NRA konferencji dotyczącej tajemnicy i zagrożeń związanych z jej uchylaniem. Dodała, że 15 stycznia br. weźmie udział w spotkaniu organizacyjnym w biurze RPO. Prezydium NRA upoważniło adw. A. Gnacikowską do podejmowania działań w ww. kwestii.

Prezydium NRA podjęło uchwałę (nr 56/2018) dotyczącą zasad kolportowania „Palestry” (zmieniającą uchwałę nr 53/2014). Pismo kolportowane będzie w wersji papierowej lub elektronicznej. Ustalono, że od stycznia 2018 r. „Palestra” w wersji papierowej dostarczana będzie wyłącznie do odbiorców wskazanych na listach zaktualizowanych przez poszczególne ORA. Omówiono sytuację wydawania „Palestry” po zmianach organizacyjnych i wdrożeniu programu oszczędności.

*Andrzej Bąkowski*



# Szpalty pamięci

## ADWOKAT EWELINA WOLAŃSKA (1931–2017)

Ewelina Wolańska (z domu Burdecka) urodziła się w dniu 22 listopada 1931 r. w Gdańsku, będącym wówczas Wolnym Miastem Gdańsk. Ojciec Pani Mecenas, Tadeusz Burdecki, wykonywał zawód adwokata w przedwojennej Gdyni, a także po wojnie. Do wybuchu II wojny światowej mieszkała z rodzicami oraz młodszą o trzy lata siostrą Gabrielą w Gdyni. Okres okupacji spędziła z rodziną



w Warszawie. Po wojnie wróciła z rodzicami i siostrą do Gdyni, gdzie kontynuowała naukę w liceum ogólnokształcącym. W latach 1952–1956 studiowała prawo na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie. W okresie od listopada 1956 do lutego 1958 r. odbyła aplikację sądową przy Sądach Wojewódzkich w Olsztynie i w Gdańsku, od marca 1958 do czerwca 1962 r. pracowała zaś na stanowisku asesora przy Sądzie Powiatowym dla powiatu gdańskiego w Gdańsku. Na mocy uchwały Rady Adwokackiej w Gdańsku podjętej w dniu 30 czerwca 1962 r. została wpisana na listę aplikantów adwokackich Wojewódzkiej Izby Adwokackiej w Gdańsku. Jako aplikant została skierowana najpierw do Zespołu Adwokackiego nr 5,

a następnie do Zespołu Adwokackiego nr 6. Patronem został adw. Stanisław Gołata, późniejszy dziekan Izby Adwokackiej w Gdańsku. W dniu 6 lipca 1963 r. zawarła związek małżeński z Włodzimierzem Wolańskim. Ślubu kościelnego w Kościele Mariackim w Gdańsku udzielił proboszcz tej świątyni ksiądz Józef Zator-Przytocki. Ze związku małżeńskiego pochodzi syn Krzysztof. W październiku

1964 r. zdała z wynikiem bardzo dobrym egzamin adwokacki i w dniu 6 listopada 1964 r. została wpisana na listę adwokatów. W dniu 1 sierpnia 1965 r. rozpoczęła praktykę adwokacką w Zespole Adwokackim nr 10 w Gdańsku. Była ostatnim kierownikiem tego zespołu. Od 1991 r. kontynuowała wykonywanie zawodu w ramach indywidualnej kancelarii adwokackiej. Była obrońcą kilku osób po rozruchach studentów oraz robotników w marcu 1968 r. oraz po wydarzeniach grudnia 1970 r. Po ogłoszeniu stanu wojennego, jako zwolennik Solidarności, uczestniczyła w pomocy, doradztwie oraz ewentualnej obronie przed sądem. W połowie lat 90. XX w. została odznaczona medalem przez ówczesnego Prezydenta Mia-

sta Gdańska Tomasza Posadzkiego. W 1998 r. została uhonorowana odznaką „Adwokatura Zasłużonym” przyznawaną przez Naczelną Radę Adwokacką. W 2014 r. została odznaczona Krzyżem Oficerskim Orderu Odrodzenia Polski. Pani Mecenas pełniła także obowiązki wykładowcy dla aplikantów adwokackich, prowadząc zajęcia z prawa rodzinnego. Z przyczyn zdrowotnych zaprzestała wykonywania zawodu z dniem 1 stycznia 2016 r.

Trójmiejscy adwokaci zachowali w pamięci bardzo życzliwy obraz Pani Mecenas. Była aplikant Eweliny Wolańskiej, adw. Małgorzata Andryszkiewicz-Zejda, tak wspomina swoją Patronkę: „była wymagającym patronem, doglądającym aplikanta, można się było od niej dużo nauczyć, była świetną cywilistką, często uczestniczyła w rozprawach sądowych i brała w nich aktywny udział. Odznaczała się wyjątkową kulturą osobistą. Zawsze uśmiechnięta, bardzo życzliwa, optymistyczna, taka była do końca życia”. „Miała wielkie serce dla ludzi” – wspomina adw. Włodzimierz Stasiak. Przez wiele lat współpracowała z Lechem Wałęsą. W czerwcu 2004 r. razem z Lechem Wałęsą uczestniczyła w pogrzebie Prezydenta USA Ronalda Reagana, napisała także książkę o współpracy z Wałęsą pt. *Przystań Lecha Wałęsy nad Motławą* – dodaje adw. Marian Głowczyński. Aplikantem Mecenas Wolańskiej był także adw. Jerzy Glanc, dziekan Pomorskiej Izby Adwokackiej w latach 2007–2013, obecnie wiceprezes Naczelnej Rady Adwokackiej. Pan Mecenas zachował w pamięci takie wspomnienia: „Dużo czasu poświęcała rozmowom z klientami, była bardzo cierpliwa w rozmowach z klientami. Uważała, że klient najwięcej podpowie, jak wygrać sprawę. Ciepło wspominała okres studiów w Krakowie. W prywatnych rozmowach dużo miejsca poświęcała swojemu ojcu, który zajmował w jej życiu bardzo ważne miejsce. Z uznaniem opowiadała o zaangażowaniu ojca w działalność Akcji Katolickiej w Gdyni. Jako Patron była prawdziwym opiekunem. Często brała udział w rozprawach sądowych, prowadziła głównie sprawy cywilne oraz rodzinne. Po ukończeniu przeze mnie aplikacji intere-

sowała się rozwojem mojej pracy zawodowej oraz w samorządzie adwokackim. Mielśmy doskonały kontakt”.

Warte uwagi są także wspomnienia męża, adw. Włodzimierza Wolańskiego, dziekana Pomorskiej Izby Adwokackiej w latach 1995–2001, dzięki którym można poznać osobę Pani Mecenas także od strony prywatnej. „Żona przepadała za spacerami w Gdańsku ul. Długie Pobrzeże wzdłuż rzeki Motława. Jej ulubione perfumy to Chanel No. 5 i No. 19. Ulubione kwiaty to herbaciane róże, zaś ulubiona biżuteria to brylanty oraz bursztyny. Uwielbiała greckie wyspy. To była wyjątkowo ciepła osoba, pełna osobistego uroku, zawsze była elegancka. Była mocno związana ze swoim ojcem. Teść znał sześć języków obcych, tj. łacinę, grekę, niemiecki, włoski, francuski oraz angielski. Teść był dumny, kiedy żona została adwokatem. W pracy zawodowej dla żony było bardzo ważne przygotowanie się do prowadzonej sprawy oraz solidność. Była bardzo sumienna. Zawód adwokata wykonywała z zaangażowaniem oraz pasją. Była sumiennym patronem, który starał się zaszcześcić w aplikancie najlepsze cechy adwokata. W latach 1999–2014 była Dyrektorem Biura Lecha Wałęsy w Gdańsku. Pracę tę wykonywała społecznie, nie pobierała z tego tytułu wynagrodzenia. Praca ta dawała małżonce dużo satysfakcji. Żona płynnie mówiła po niemiecku, co było bardzo pomocne podczas spotkań Lecha Wałęsy z zagranicznymi gośćmi. Brała udział w spotkaniach m.in. Parą Cesarską Japonii, Premier Wielkiej Brytanii Margaret Thatcher, Kanclerzem Niemiec Gerhardem Schröderem, Prezydentem Niemiec Johannesem Rau, Sekretarzem Stanu USA Madeleine Albright, a także w spotkaniach z ambasadorami oraz politykami wielu państw świata. Ponadto razem z Lechem Wałęsą uczestniczyła prawdopodobnie w ostatniej prywatnej audycji u Jana Pawła II przed jego śmiercią w 2005 r.”.

Z Mecenas Wolańską miałem przyjemność spotkać się dwukrotnie. Pierwsze spotkanie miało miejsce w sierpniu 2010 r. w Sądzie Rejonowym Gdańsk-Południe w Gdańsku, w budynku przy ul. 3 Maja 9a. Byłem wów-

czas na pierwszym roku aplikacji adwokackiej. Spotkaliśmy się na korytarzu sądowym, mieliśmy rozprawy w sąsiednich salach sądowych. Pamiętam, że odbyliśmy krótką rozmowę. Pani Mecenas spytała mnie, na którym roku aplikacji jestem, kto jest moim patronem. Opowiedziała mi adwokackie anegdoty. To, co wówczas mnie urzekło w mojej Rozmówczyni, to przede wszystkim pogoda ducha oraz promienny uśmiech na twarzy. Protokolant wywołał rozprawę sądową, w związku z czym nasza rozmowa musiała dobiec końca. Nasze drugie spotkanie miało miejsce w domu Państwa Wolańskich w Gdańsku wiosną 2017 r. Przy filiżance kawy rozmawialiśmy o życiu Pani Mecenas, o historii, o adwokaturze – tej współczesnej i tej sprzed lat. W sposób szczególny zapamiętałem pełne ciepła i miłości wspomnienia Pani Mecenas o jej ojcu oraz rodzinnym domu. Z rozmowy wydobywał się obraz z jednej strony ojca-adwokata zaangażowanego w swoją pracę, działacza społecznego, z drugiej zaś troskliwego ojca i męża. „Ojciec był bardzo pracowity” – opisywała Pani Mecenas – „dużo czytał, miał mnóstwo książek. Tata grał na skrzypcach, mama skończyła konserwatorium muzyczne w Gdańsku na pianinie. Rodzice spędzali wieczory koncertując, tata na skrzypcach, mama na pianinie”. Pani Mecenas wspominała też rodzinne niedzielne spacerunki brzegiem morza z Gdyni do Sopotu. Wiązało się to z przekroczeniem granicy pomiędzy Polską a Wolnym Miastem Gdańsk, która przebiegała pomiędzy dzisiejszymi Gdynią-Orłowem a Sopotem Kamiennym Potokiem. Wydawało się, jakby przywołane przez Panią Mecenas wspomnienia sprzed kilkudziesięciu lat dopiero co się wydarzyły. Moja Rozmówczyni miała doskonałą pamięć tak co do konkretnych wydarzeń, jak i związanych z nimi dat.

Przygotowując niniejszy artykuł, spotkałem się z mężem Pani Mecenas, dwójką jej byłych aplikantów, rozmawiałem także z adwokatami w pokoju adwokackim w Sądzie Okręgowym w Gdańsku. Zarówno z wypowiedzi moich rozmówców, jak również z własnych obserwacji, mogę jednoznacznie stwierdzić, że Ewelina

Wolańska była osobą, która zawód adwokata wykonywała z powołania oraz z pasją. Posiadała te wszystkie cechy charakteru, które powinien mieć każdy adwokat. Przede wszystkim lubiła oraz potrafiła rozmawiać z ludźmi. Odznaczała się cierpliwością w rozmowach z klientami. Cechowała ją duża kultura osobista. Była pogodnym i życzliwym człowiekiem. Często brała udział w rozprawach sądowych, podczas których aktywnie broniła interesów swoich mocodawców. Wśród jej klientów był m.in. Prezydent RP Lech Wałęsa, którego reprezentowała w sprawach cywilnych. Mecenas Wolańską można także uznać za godny naśladowania przykład patrona. Jak wspominają jej byli wychowankowie, była patronem, który doglądał aplikanta oraz od którego można się było dużo nauczyć. Okazywała sympatyczne gesty, była prawdziwym opiekunem. Interesowała się także dalszym rozwojem pracy zawodowej swoich byłych aplikantów. Mecenas Wolańska była bardzo dumna ze swojego aplikanta Jerzego Glanca, dziekana Pomorskiej Izby Adwokackiej w latach 2007–2013, obecnie wiceprezesa Naczelnej Rady Adwokackiej. Sukcesy zawodowe aplikantów są także osobistymi sukcesami patronów, ponieważ oznacza to, że dali dobry przykład swoim wychowankom oraz należycie przygotowali ich do wykonywania zawodu. Bez cienia przesady można powiedzieć, że każdy aplikant adwokacki chciałby odbywać aplikację pod skrzydłami takiego patrona. Takie cechy charakteru Pani Mecenas, jak sumiennosc oraz zaangażowanie w prowadzone sprawy ukształtowały się, a następnie wzrastały w optymalnym środowisku. Dorastając pod skrzydłami ojca-adwokata, miała możliwość przyjrzeć się z bliska pracy adwokata. Myślę, że to ojciec Pani Mecenas jako pierwszy zaszczepił w niej sumiennosc oraz zaangażowanie w wykonywaną pracę, które to cechy później starała się przekazać swoim aplikantom. Ponadto siostra Pani Mecenas wykonywała zawód notariusza, szwagier był adwokatem w Bydgoszczy, także mąż Włodzimierz był adwokatem. W związku z tym prawo oraz sprawy adwokatury towarzyszyły Pani Mecenas również w życiu prywatnym. Moi rozmówcy wskazywali, że Mecenas Wolańska miała talent

do wykonywania zawodu adwokata. Suma tych wszystkich cech, a także osób, które towarzyszyły Pani Mecenas w jej życiu, ukształtowały adwokata godnego naśladowania.

Ewelina Wolańska zmarła w dniu 21 października 2017 r. Ceremonie pogrzebowe odbyły się w dniu 26 października 2017 r. Rozpoczęła je Msza święta w Kościele Zmartwychwstańców. Pani Mecenas została pochowana w Gdańsku na cmentarzu Srebrzysko (rejon 10, kwatery I, grobowce). Udział w uroczystościach pogrzebowych wzięło wiele osób, w tym Prezydent RP Lech Wałęsa z żoną Danutą, Wiceprezes Naczelnej Rady Adwokackiej Jerzy Glanc, Dziekan Pomorskiej Izby Adwokackiej Dariusz Strzelecki, adwokaci, rodzina, przyjaciele oraz znajomi.

Wiceprezes Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Jerzy Glanc wygłosił na pogrzebie następującą mowę pożegnalną: „Już od pewnego czasu dochodziły do nas informacje, że stan zdrowia Pani Eweliny nie był najlepszy, że z tygodnia na tydzień się pogarszał i w zasadzie powinniśmy się liczyć z jej odejściem. Ale gdy to już się stało, pozostaje smutek, żal i pytanie, czy rzeczywiście to już musiało nastąpić. Bo przecież śmierć prawie zawsze się zjawia nieproszona, niezapowiedziana, zawsze jest gościem, który przychodzi nie w porę. Trudno to zrozumieć szczególnie najbliższym, którzy pozostają i chcieliby jeszcze o tak wielu sprawach z Panią Ewelina porozmawiać, a raczej jej posłuchać. Bo bardzo lubiła opowiadać, a jej długie życie dostarczało bardzo wielu interesujących tematów. Miałem szczęście być słuchaczem tych opowieści, najpierw jako jej aplikant, a potem jako osoba, którą chyba darzyła dużym zaufaniem i pewną sympatią. Pamiętam opowieści o Szkole Urszulanek w Gdyni, i opowieści z okresu studiów na Uniwersytecie Jagiellońskim, w których początkowo sporadycznie, a później coraz częściej pojawiał się jej późniejszy mąż Włodzimierz. Pamiętam opowiadania o jej ojcu, mecenasie Tadeuszu Burdeckim, jednym ze współtwórców Akcji Katolickiej w Gdyni. Z czasem w tych opowiadaniach pojawił się Krzysio,

o którego wspólnie z mężem tak się troszczyła i walczyła z przeciwnościami losu o jego zdrowie. Pani Ewelina mówiła również o ważnych dla siebie miejscach. Mówiła o Gdyni – mieście swojego dzieciństwa, mówiła, ale z mniejszym entuzjazmem, o Warszawie, która jej się kojarzyła z wojną. Mówiła o swoich fascynacjach krakowskich związanych ze studiami. Ważne wreszcie były dla niej miejsca w Gdańsku: była to ulica Szeroka i jej mieszkanie. Ważna była kawiarnia w dawnym hotelu Monopol, w której lubił bywać jej ojciec. Później takim miejscem był dom na ulicy Kmieciej, który był prawdziwym gniazdem rodzinnym. Bardzo ważnym miejscem był dla niej Sąd przy ul. Nowe Ogrody oraz Zespół Adwokacki nr 10, w których to miejscach pracowała i realizowała się zawodowo. W ostatnim dwudziestoleciu jednak niezmiernie ważnym miejscem dla niej była Zielona Brama i znajdujące się tam do czasu przeniesienia do Centrum Solidarności Biuro Lecha Wałęsy, którego była Dyrektorem. Miejsce to było dla niej szczególnie, bo chociaż Lech Wałęsa formalnie nie pełnił już funkcji Prezydenta, to nadal był odwiedzany przez najważniejszych ludzi współczesnego świata, których miała okazję spotykać również Pani Ewelina. Ale aktywność Pani Eweliny nie kończyła się na samym Biurze, bowiem również – a może przede wszystkim – reprezentowała Pana Prezydenta w wielu postępowaniach prowadzonych przeciwko ludziom, którzy nie mogli się pogodzić z tym, że historii nie można pisać na nowo, bo historia już się dokonała, a jej opisy mogą co najwyżej wpływać na jej większe lub mniejsze zafalszowanie. Ten ostatni okres jej aktywnego życia pokazuje jej chyba najważniejsze cechy charakteru: zaangażowanie, oddanie i pasję. Bardzo trudno było ją namówić na jakikolwiek kompromis, raczej ich nie akceptowała. Nie było łatwo jej z tym żyć, ale zawsze preferowała zdecydowane wybory. W swoim pięknym i długim życiu starała się dawać swoim bliskim wiele wskazówek i podpowiedzi. Szczególnie teraz, gdy jej już w naszym doczesnym życiu nie ma, te wskazówki Tobie Włodku i Krzysiu

bardzo się przydadzą. Nam wszystkim pozostaje pamięć, bo Człowiek żyje dopóty, dopóki trwa o nim pamięć”.

Jestem przekonany, że piękny życiorys Mecenas Wolańskiej, godne podziwu postawy w chwilach próby, zostaną w przyszłości upa-

miętnione zarówno przez samorząd adwokacki, jak również przez samorząd terytorialny w Gdańsku, np. poprzez nadanie jednej z ulic imienia Pani Mecenas.

Ewelina Wolańska przeżyła 85 lat. Przez 50 lat wykonywała zawód adwokata.

*Krzysztof Golec*

## ADWOKAT MAREK KOTARSKI (1956–2017)

W lutym 2017 roku zaskoczyła nas wiadomość o nagłej, tragicznej śmierci przyjaciela adw. Marka Kotarskiego. Cudownego, oddanego kolegi, wspaniałego karnisty, lubianego przez sądy adwokata, a nade wszystko znakomitego wykładowcy w ramach szkolenia aplikantów adwokackich. Był dla nas, praktyków prawa karnego, niedoścignionym wzorem wnikliwości i wytrwałości w prowadzonych przez siebie sprawach. Zawsze na bieżąco ze zmieniającymi się przepisami, skutecznie łączył głęboką wiedzę teoretyczną z ogromnym doświadczeniem praktycznym. Owocowało to sukcesami zawodowymi, zwłaszcza w obszarze tak trudnym jak wygranie kasacji przed Sądem Najwyższym, w czym niemal się wyspecjalizował. Jednocześnie Marek zawsze chętnie dzielił się swoją wiedzą i doświadczeniami nie tylko z tak lubiącymi i szanującymi Go aplikantami, ale z kolegami i z koleżankami adwokatami. Był niezastąpioną skarbnicą wiedzy, wsparciem i źródłem inspiracji dla prac Komisji Szkolenia Aplikantów Adwokackich Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie. Zawsze chętny do przyjęcia na siebie obowiązków samorządowych. Dziś Warszawski Konkurs Krasomówczy, który odbywa się w naszej Izbie co roku w marcu, nosi Jego imię.



Pozostanie na zawsze w naszej pamięci.

Adwokat Marek Kotarski urodził się 23 maja 1956 r. w Warszawie. Pochodził z rodziny inteligenckiej. Uczęszczał do XVI LO im. Narczyży Żmichowskiej w Warszawie, które ukończył w 1975 r. W latach 1975–1980 studiował na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, a w latach 1981–1983 odbył aplikację sądową przy Sądzie

Wojewódzkim w Warszawie pod patronatem SSR dla Warszawy Pragi Kazimierzy Machcewicz. We wrześniu 1983 r. złożył egzamin sędziowski, uzyskując ogólny wynik bardzo dobry. Na mocy uchwały Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie z 12 lipca 1984 r. został wpisany na listę aplikantów adwokackich Izby Adwokackiej w Warszawie. 1 października 1984 r. rozpoczął aplikację adwokacką, a w dniu 3 października 1984 r. złożył ślubowanie aplikanta adwokackiego przed dziekanem Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie adw. Maciejem Dubois. Aplikację adwokacką odbywał pod patronatem adw. Zdzisława Czeszejko-Sochackiego oraz adw. Jana Krawczyka. Jako aplikant adwokacki został przydzielony do Zespołu Adwokackiego nr 6 w Warszawie. Na przełomie listopada i grudnia 1986 r. złożył egzamin adwokacki z ogólną oceną bardzo dobrą. Przewodniczącym komisji egza-

minacyjnej adw. Marka Kotarskiego był ówczesny wicedziekan Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie adw. Czesław Jaworski. Uchwałą Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie z 18 grudnia 1986 r. adw. Marek Kotarski został wpisany na listę adwokatów Izby Adwokackiej w Warszawie, a w dniu 19 lutego 1987 r. złożył ślubowanie adwokackie przed dziekanem Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie adw. Maciejem Dubois. Zarządzeniem z 16 marca 1987 r. adw. Marek Kotarski został wpisany do rejestru Zespołu Adwokackiego nr 6 w Warszawie, gdzie wcześniej pracował jako aplikant adwokacki. Od 1 stycznia 1995 r. adw. Marek Kotarski prowadził indywidualną praktykę adwokacką w Warszawie, natomiast w latach 1997–1998 wykonywał zawód w spółce „Bracia Strzelczyk i Wspólnicy”.

Od momentu uzyskania uprawnień zawodowych adw. Marek Kotarski angażował się

w działalność samorządową, pełniąc funkcje: Członka Komisji Rewizyjnej Izby Adwokackiej w Warszawie, Zastępcy Przewodniczącego Komisji Rewizyjnej Izby Adwokackiej w Warszawie, Członka Komisji Etyki i Tajemnicy Adwokackiej przy ORA w Warszawie, Członka Komisji ds. Kontaktów ze Środowiskami Masowego Przekazu przy ORA w Warszawie, Członka Komisji Szkolenia Aplikantów Adwokackich przy ORA w Warszawie oraz Członka Komisji na egzaminach adwokackich.

Patron wielu aplikantów adwokackich, w tym: Adama Sadzińskiego, Andrzeja Zbawickiego, Rafała Domańskiego, Magdaleny Chmielewskiej, Katarzyny Marciniuk, Huberta Szcześniaka czy Marleny Rzążewskiej.

Adwokat Marek Kotarski zginął w ukończonych górach 16 lutego 2017 r. Został pochowany na cmentarzu Stare Powązki w Warszawie.

*Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska*

*W żółtych płomieniach liści brzoza dopala się słicznie  
Grudzień ucieka za grudniem, styczeń mi stuka za styczniem  
Wśród ptaków wielkie poruszenie, ci odlatują, ci zostają  
Na łące stoją jak na scenie, czy też przeżyją, czy dotrwają*

*I ja żegnałam nieraz kogo i powracałam już nie taka  
Choć na mej ręce lśniła srogo obrączka srebrna jak u ptaka  
[...]*

Zacytowana piosenka powstała w następstwie wydarzeń Marca '68. Do tekstu Agnieszki Osieckiej, którego nie zrozumiał cenzor z ulicy Mysiej, przepiękną muzykę napisał Andrzej Zieliński, a jego brat Jacek Zieliński w duecie z Łucją Prus zaśpiewali ją – oczywiście w towarzystwie muzyków z zespołu. Już wcześniej Skaldowie, zespół rockowy, który – jak Rolling Stones – do dziś koncertuje w klasycznym składzie, nagrał protest song... a miało to miejsce w przeddzień strajków studenckich 1968 r. Na pierwszej płycie zespołu z 1967 r. znalazł się bowiem utwór Andrzeja Zielińskiego do słów zmarłego w grudniu 2017 r. znakomitego krakowskiego poety Leszka Aleksandra Moczulskiego z refrenem:

*Zabrońcie padać deszczom,  
zabrońcie kwitnąć kwiatom,  
zabrońcie ludziom płakać  
w każdy niepogodny dzień.*

Jak wspominał kompozytor, utwór był sporym przebojem w końcu lat sześćdziesiątych. Czy słuchali go studenci protestujący wówczas w Polsce? Być może.

Coraz odleglejsza staje się historia lat 50. i 60. Jedne ważne wówczas wydarzenia społeczne odeszły na śmietnik historii, inne przetrwały i spotęgniały. Czasami urosły do rangi symbolu... Tak chyba jest z wydarzeniami nazywanymi w historiografii i w dyskursie publicznym MARCEM '68.

Tło owych wydarzeń było bardzo szerokie. Z jednej strony zmęczenie „gomułkowską sta-

bilizacją”, z drugiej rewolucja kulturowa w Europie Zachodniej i w USA oraz połączona z nią eksplozja muzyki rockowej (era The Beatles i The Rolling Stones), która przenikała też za żelazną kurtynę.

Uderzenie władz w środowiska młodych intelektualistów, aresztowanie i skazanie (19 marca 1965 r.) Karola Modzelewskiego i Jacka Kuronia doprowadziły do poruszenia wśród studenckiej braci. Przełomowe było jednak zdjęcie z afisza *Dziadów* Adama Mickiewicza w reżyserii Kazimierza Dejmka w Teatrze Narodowym w Warszawie; Gomułka uznał, że sztuka jest „antyradziecka”, a poza tym publiczność podczas przedstawienia miała wyrażać „antysocjalistyczne hasła”.

8 marca rozpoczął się strajk studencki na Uniwersytecie Warszawskim. Domagano się zaprzestania represji i przestrzegania peerelowskiej Konstytucji z 1952 r. – art. 71 ust. 1 stanowił wszak: *Polska Rzeczpospolita Ludowa zapewnia obywatelom wolność słowa, druku, zgromadzeń i wieców, pochodów i manifestacji*. Strajk spacyfikowali na Krakowskim Przedmieściu oraz na dziedzińcu Uniwersytetu milicja, ORMO i ściągnięty specjalnie tzw. „aktyw robotniczy”. Aresztowano 45 studentów i pracowników. Studenci protestowali też w innych ośrodkach akademickich. W Gdańsku, Gliwicach, Krakowie, Katowicach, Lublinie, Łodzi, Poznaniu, Szczecinie i Wrocławiu demonstracje brutalnie tłumila milicja.

Władze uznały, że głównymi organizatorami strajków byli studenci pochodzenia żydow-

skiego, wskazując nazwiska Blumsztajna, Szlajfera, Blajfera. Partyjna frakcja gen. Mieczysława Moczara oskarżała ich o działalność na szkodę PRL. Realizowano linię bloku sowieckiego, gdyż w następstwie wojny izraelsko-arabskiej (wojny sześciodniowej) ZSRS, jak i państwa satelickie, w tym PRL (12 czerwca 1967 r.), zerwały stosunki dyplomatyczne z Izraelem.

19 marca podczas wiecu w Sali Kongresowej Gomułka zaatakował m.in. obywateli pochodzenia żydowskiego. 25 marca zwolniono z Uniwersytetu Warszawskiego wielu wykładowców m.in. Zygmunta Baumana, Bronisława Baczkę, Marię Hirszowicz, Leszka Kołakowskiego. Usunięto też wielu studentów. W dalszej kolejności „rozprawiono się” z osobami pochodzenia żydowskiego w aparacie partyjnym i państwowym. Z PZPR wyrzucono ponad 8000 członków, bardzo wielu zwalniano z MO, SB, wojska, mediów, służby zdrowia, instytucji naukowych, oświaty.

Rozpętano antysemitkę kampanię. W jej następstwie do 1972 r. Polskę opuściło kilkanaście tysięcy osób pochodzenia żydowskiego, a wśród nich bardzo wielu naukowców i ludzi kultury, np. wybitny reżyser Aleksander Ford (twórca *Krzyżaków*) czy prof. Paweł Horoszowski – filar polskiej kryminologii. Symbolem tych wydarzeń stał się pociąg na Dworcu Gdańskim w Warszawie.

Odbierano obywatelstwo i wręczano bilet w jedną stronę... Wielu spośród „przeznaczonych do wyjazdu” pozostało, wbrew presji partii i wykreowanym nastrojom społecznym.

A jak dotknął marzec 1968 r. Adwokaturę, która znajdowała się w kagańcu ustawy o ustroju adwokatury z 1963 r.?

W związku z wydarzeniami marcowymi wzrosła inwigilacja niektórych adwokatów, np. legendy warszawskiej adwokatury adw. Witolda Bayera, przeciwko któremu założono rozpracowanie o kryptonimie „Mecenas”. Inny wybitny adwokat i uczonec prof. Marian Cieślak – w związku z zachowaniem władz wobec strajków studenckich – zrezygnował z funkcji dziekana Wydziału Prawa i Admini-

stracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Nawiasem mówiąc, w tym czasie do wyjazdu z Polski został przymuszony kolega prof. Cieślaka z wydziału, adwokat prof. Stefan Ritterman. Nie był on jedyny spośród adwokatów, którzy pod presją nagonki antysemitkiej wyjechali. Katowicki adwokat Henryk Woliński, który w okresie okupacji współtworzył Radę Pomocy Żydom „Żegota”, w okresie wydarzeń marcowych był przez władze szykanowany z powodu „odmowy uczestnictwa w kampanii propagandowej gloryfikującej pomoc udzielaną Żydom przez Polaków”.

W Łodzi na celowniku służb był adwokat Karol Głogowski. Bronił go wówczas – jak i innych, w tym studentów – adw. Andrzej Kern. We Wrocławiu odważną postawę, jako obrońcy studentów, przyjęła adwokat Aranka Ostrihansky-Kiszyna, która m.in. broniła studenta fizyki Marka Muszyńskiego, późniejszego naukowca i działacza NSZZ „Solidarność”. W Warszawie istniało grono adwokatów, którzy odważnie bronili w procesach okołomarcowych. Byli wśród nich adwokaci Witold Lis Olszewski, Andrzej Grabiński, Jan Olszewski, Tadeusz de Virion, Aniela Steinsbergowa, ale także młodszy, jak Ewa Milewska-Celińska. Spośród nich Andrzej Grabiński bronił m.in. Seweryna Blumsztajna i Jana Lityńskiego, Tadeusz de Virion m.in. Karola Modzelewskiego, Aniela Steinsbergowa m.in. warszawskich studentów. Licznymi obrońcami wślawił się Jan Olszewski, który był obrońcą m.in. Melchiora Wańkowicza (jeszcze w 1964), Jacka Kuronia i Karola Modzelewskiego (1965), Janusza Szpotańskiego, Adama Michnika i Jana Nepomucena Millera oraz studentów po wydarzeniach marcowych.

To tylko przykłady represji wobec adwokatów i postaw adwokackich, które dziś zasługują na docenienie. Większość adwokatów swoją aktywność po stronie protestujących w '68, i w ich obronie, przypłaciło zawieszeniem lub innymi represjami. Zagadnienie „adwokatura i adwokaci wobec Marca '68” czeka na dokładne opracowanie naukowe.

Adam Redzik



## TABLE OF CONTENTS

<i>Andrzej Marian Świątkowski</i> , Prof. Ph.D. habilitated, Ignatianum Academy (Kraków) Not regulated in the Labour Code special cases of automatic termination of employment relationship (abrogation) . . . . .	5
<i>Patrycja Dolniak</i> , Ph.D., judicial assessor of District Court (Katowice) Financial protection of tourist agencies' clients in case of insolvency of the entrepreneur under EU law . . . . .	12
<i>Paweł Kamiński</i> , advocate's trainee (Toruń) Execution of tax liabilities in the context of the approval of the Pauline action (Article 527 of the Civil Code) by the court brought by the public creditor. Contemplation on the legal status of the Pauline debtor in execution proceedings. . . . .	19
<i>Karolina Kędziera</i> , advocate's trainee (Łódź), <i>Małgorzata Stępień</i> , advocate's trainee (Łódź) An alternating care in the Polish family law . . . . .	26
<i>Konrad Purzycki</i> , advocate's trainee (Warszawa) Admissibility of reverse engineering in European Union law in the eyes of decision in <i>SAS Institute inc. v. World Programming Ltd. case</i> . . . . .	34
<i>Jarosław Szewczyk</i> , advocate, Ph.D. (Warszawa) Crime of market manipulation in the context of provisions of the directive on criminal sanctions for market abuse . . . . .	40
<i>Jacek Kędziński</i> , advocate (Łódź) Justification of the judgement and so called announcement of appeal – AD 2017 – After the „reform of reform” of the Polish criminal justice . . . . .	46
<i>Sebastian Brzozowski</i> , judge of Regional Court (Gdańsk) The recording of the course of the main hearing in a criminal procedure by the representatives of mass media (Article 357 of the Code of Criminal Procedure) . . . . .	52
<i>Marcin Mrowicki</i> , advocate (Łódź) (Un)constitutionality of mandatory transmission of a case to the prosecutor in order to complete the investigation . . . . .	62
<i>Maciej Białuński</i> , legal adviser (Olsztyn) Waving the obligation of informing the prosecutor about a crime – Analysis of a new permission of the Chef of Internal Security Agency . . . . .	72
<i>Łukasz Dawid Dąbrowski</i> , advocate, Ph.D., lecturer of Cardinal S. Wyszyński University (Warszawa) Expiration of an administrative decision of the President of the Office of Electronic Communication in appeal proceedings before the civil court . . . . .	81
<b>GLOSSES</b>	
<i>Cezary Paweł Waldziński</i> , Ph.D., associate professor, State Higher School of Computer Science and Business Administration (Łomża) Gloss to the decision of Supreme Court of 6 <sup>th</sup> April 2017, IV CZ 140/16 [on procedural problems with dissolution of property co-ownership] . . . . .	86
<i>Tobiasz Nowakowski</i> , student of WPiA UŁ (Łódź) Gloss to the sentence of Supreme Court of 22 <sup>nd</sup> June 2016, III CZP 19/16 [on contractual limitation period] . . . . .	92
<i>Jordan Zafirow</i> , advocate (Warszawa) Gloss to the sentence of Supreme Court of 17 <sup>th</sup> December 2015, I CSK 1043/14 [on a currency option agreement]. . . . .	97
<i>Jan Kulesza</i> , Ph.D., associate professor of University of Łódź (Łódź) Gloss to the sentence of District Court in Piotrków Trybunalski of 16 <sup>th</sup> September 2016, II K 105/16 [on the limits of the state of necessity] . . . . .	104

**RECENT CASE-LAW**

<i>Michał Jackowski</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of High School of Business (Poznań) Review of Constitutional Tribunal's case-law in the period: November 2017–February 2018.	110
<i>Monika Strus-Wołos</i> , advocate, Ph.D. (Grójec) Review of Supreme Court's case-law – Civil Chamber	115

**LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS**

<i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa) Can the party to a preliminary agreement who is exclusively responsible for the reason why the final agreement has not been concluded effectively use the rights provided for in art. 394 § 1 of the Civil Code?	119
---	-----

**LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES**

<i>Andrzej Tomaszek</i> , advocate (Warszawa) On the inevitability of decomposition and on bitter books	122
--	-----

**REVIEWS AND NOTES**

Zbigniew R. Kmiecik, <i>Losy „wariata” i „głupka” w państwie i społeczeństwie</i> (The fortunes of a “lunatic” and “fool” in the state and society)	
<i>Józef K. Gierowski</i> , Prof. Ph.D. habilitated (Kraków)	126

**THE BAR CHRONICLE**

Plenary meeting of Polish Bar Council (NRA)	131
From the meetings of Polish Bar Council's Presidium	134

**COLUMNS OF MEMORY**

Advocate Ewelina Wolańska (1931–2017) <i>Krzysztof Golec</i> , advocate (Gdańsk)	135
Advocate Marek Kotarski (1956–2017) <i>Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska</i> , advocate, deputy dean of the District Bar Council (Warszawa)	139

**MARCH '68**

<i>Adam Redzik</i> , advocate, Ph.D. habilitated, prof. University of Warsaw (Warszawa)	141
---	-----

## Informacje dla autorów

W „Palestrze” publikujemy artykuły naukowe, artykuły praktyczne, glosy, przeglądy orzecznictwa, recenzje, sprawozdania oraz teksty informacyjne. Czasopismo sprofilowane jest na szeroko ujęte prawo sądowe, czyli materialne i procesowe prawo cywilne (w tym prawo handlowe, prawo własności intelektualnej oraz prawo pracy) oraz materialne i procesowe prawo karne. Podejmowane są również zagadnienia z zakresu prawa administracyjnego, konstytucyjnego oraz międzynarodowego, a także historyczno-prawne, ale dotyczące szeroko ujętej adwokatury.

Z uwagi na liczebność nadsyłanych opracowań, ich różnorodność i niejednorodność wprowadzone zostały wymogi wobec przesyłanego materiału w zakresie objętości oraz sposobu prezentacji treści, w tym konstrukcji odsyłaczy. Artykuły naukowe nie powinny przekraczać 10 stron tekstu (1 strona = 1800 znaków). Objętość glos to 5–8 stron, recenzji 2–5 stron, a sprawozdań i tekstów informacyjnych 1–3 stron.

Teksty prosimy przysyłać drogą elektroniczną na e-mail: [redakcja@palestra.pl](mailto:redakcja@palestra.pl), ewentualnie tradycyjną drogą pocztową (ul. Świętojerska 16, 00-202 Warszawa) z wydrukiem oraz edytowalną wersją elektroniczną na płycie CD lub DVD. Do artykułów (z pominięciem glos, recenzji, sprawozdań i tekstów informacyjnych) należy dodać tytuł w języku angielskim, streszczenie w językach angielskim i polskim (do 600 znaków), pojęcia kluczowe (również w językach angielskim i polskim). Wszystkie teksty należy zaopatrzyć w krótką informację o autorze/autorach (status zawodowy i naukowy, dane adresowe, numer telefonu) oraz oświadczenie, że tekst nie został przedstawiony innej redakcji.

Prosimy o jednolite wstawianie przypisów na dole strony, według następujących zasad. Książkę cytujemy wg wzorca: Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 10, Warszawa, C.H. Beck 2009, s. 112. Gdy książka posiada wielu autorów, a jest pod redakcją jednego, wskazujemy cytowanego autora oraz stronę w redagowanej książce według wzorca: E. Wojnicka, *Autorskie prawa osobiste*, (w:) Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 13 – *Prawo autorskie*, red. J. Barta, wyd. 2, Warszawa, C.H. Beck 2007, s. 239. Artykuł w czasopiśmie proszę powoływać w sposób następujący: pierwsza litera imienia, nazwisko, tytuł kursywą, tytuł czasopisma w cudzysłowie lub jego skrót (np. KKP, PiP, PPIA), rok wydawniczy, numer zeszytu oraz strony – wszystkie elementy oddzielone przecinkiem (np. M. Filar, *Pierwsze – nie mieszać*, „Palestra” 2012, nr 7–8, s. 215–216). W przypadku kolejnego przywołania cytowanej wcześniej pozycji proszę wpisać pierwszą literę imienia, nazwisko, początek tytułu (kursywą) oraz strony (np. M. Filar, *Pierwsze*, s. 215). Gdy cytujemy tę samą pozycję, co w przypisie poprzednim proszę wpisać słowo „Tamże” oraz numer strony (Tamże, s. 216). W przypadku publikacji elektronicznych proszę podać – oprócz autora i tytułu – adres strony internetowej oraz – w nawiasie kwadratowym – datę dostępu. Dodatkowe informacje znajdują Państwo na naszej stronie internetowej ([www.palestra.pl](http://www.palestra.pl)).

Wszystkie teksty przesyłane do redakcji poddawane są recenzjom. W przypadku artykułów i glos są to recenzje wewnętrzna i zewnętrzna. Wynik recenzji wpływa na decyzję o skierowaniu tekstu do druku.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania, wynikających z opracowania redakcyjnego, zmian w tekstach przyjętych do druku. Nadesłanie tekstu z zamiarem opublikowania go w „Palestrze” jest tożsame z udzieleniem zgody na publikację w Internecie. Tekstów niezamówionych nie zwracamy.

*W numerze między innymi:*

**ANDRZEJ MARIAN ŚWIĄTKOWSKI**

Pozakodeksowe przypadki wygaśnięcia stosunku pracy

**PATRYCJA DOLNIAK**

Zakres ochrony finansowych interesów klientów biur podróży na wypadek niewypłacalności przedsiębiorcy w świetle prawa unijnego

**ŁUKASZ DAWID DĄBROWSKI**

Wygaśnięcie decyzji Prezesa UKE zastępującej umowę stron w postępowaniu odwoławczym przed sądem cywilnym

**KAROLINA KĘDZIERA, MAŁGORZATA STĘPIEN**  
Piecza naprzemienna w polskim prawie rodzinnym

**JAROSŁAW SZEWCZYK**

Przestępstwo rynkowej manipulacji w kontekście postanowień dyrektywy w sprawie sankcji karnych za nadużycia na rynku

**SEBASTIAN BRZOZOWSKI**

Rejestracja rozprawy głównej przez przedstawicieli środków masowego przekazu (art. 357 k.p.k.)