

**Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Wydział Prawa i Administracji**

Studia **P**rawnoustrojowe

53

**Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY
Jarosław Dobkowski (redaktor naczelny)
Jerzy Kasprzak, Elżbieta Zębek (zastępcy)
Justyna Krzywkowska (sekretarz)
Tomasz Majer, Agnieszka Skóra, Denis Solodov, Krystyna Ziółkowska (członkowie)

RADA NAUKOWA
Serhiy Banakh, Jaime Bonet Navarro, Janina Ciechanowicz-McLean,
Gaetano Dammacco, Burduli Irakli, Stanisław Jalszew, Mariola Lemonnier,
Dorota Lis-Staranowicz, Maria LoGiacco, Agnieszka Malarewicz-Jakubów,
Elena Safronowa, Myriam Senn, Bronisław Sitek, Bogusław Sygit,
Wiesław Pływaczewski, Renata Świrgoń-Skok, Sebastian Tafaro, Michał Turošík

REDAKTORZY TEMATYCZNI TOMU
Adam Bieranowski, Małgorzata Czuryk, Jarosław Szczechowicz, Bogumił Pahl,
Jakub Jan Zięty

RECENZENCI
Lista recenzentów zostanie zamieszczona w ostatnim numerze danego roku

REDAKCJA WYDAWNICZA
Joanna Daniluk

PROJEKT OKŁADKI
Maria Fafińska

SKŁAD I ŁAMANIE
Marian Rutkiewicz

ADRES REDAKCJI
Wydział Prawa i Administracji UWM
10-702 Olsztyn, ul. Warszawska 98
tel. 89 524 64 31, fax 89 535 15 97

Wersją pierwotną (referencyjną) kwartalnika „Studia Prawnoustrojowe”
jest wersja elektroniczna

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2021

Wydawnictwo UWM
ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn
tel. 89 523 36 61, fax 89 523 34 38
www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/
e-mail: wydawca@uwm.edu.pl

Nakład: 100 egz.; ark. wyd. 39,10; ark. druk. 33,25
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 260

Spis treści

ARTYKUŁY

Jerzy Akińcza , <i>Uwagi nad pełnomocnictwem dla zawarcia związku małżeńskiego</i>	5
Paulina Bieś-Srokosz , <i>Tendencja przenikania się prawa publicznego i prawa prywatnego na przykładzie porozumienia administracyjnego</i>	17
Katarzyna Karolina Borkowska , <i>Przesłanki odpowiedzialności podmiotu zbiorowego w prawie polskim i szwajcarskim – uwagi na tle prawnoporównawczym</i>	29
Katarzyna Ciućkowska , <i>Prawo do bycia zapomnianym a dostępność w wyszukiwarkach internetowych informacji odnoszących się do życia zawodowego osoby fizycznej</i>	55
Piotr Chrzczonowicz , <i>Publiczne propagowanie lub pochwalanie zachowań o charakterze pedofilskim. Uwagi na tle zjawiska oraz regulacji prawnej z art. 200b Kodeksu karnego</i>	65
Magda Dziembowska , <i>Przyspieszenie postępowania jako cel zmiany postępowania zażaleniowego w nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z dnia 4 lipca 2019 r.</i>	87
Andrzej Dzikowski , <i>Natura prawna zobowiązania lekarza weterynarii do dokonania badań i wydania orzeczenia o stanie zdrowia zwierzęcia w prawie niemieckim i polskim</i>	103
Anna Franusz , <i>Odpowiedzialność odszkodowawcza funkcjonariusza publicznego z tytułu szkody wyrządzonej przy wykonywaniu władzy publicznej</i>	123
Hanna Frąckowiak , <i>Załącznik do protokołu w postępowaniu cywilnym – martwa instytucja czy skuteczne narzędzie w rękach pełnomocników procesowych?</i>	139
Dariusz Gibasiewicz , <i>Zadośćuczynienie za „zmarnowany urlop” w świetle orzecznictwa sądowego</i>	157
Michał Gornowicz , <i>Uprawnienia dyrektorów wykonawczych w zakresie prowadzenia spraw i reprezentacji spółki europejskiej</i>	175
Michał Hejbudziński , <i>Reguły dochodzenia i rozliczania w postępowaniach o podział majątku wspólnego środków finansowych pochodzących z płatności bezpośrednich przyznawanych rolnikom</i>	183
Maksym Hryshchuk , <i>Кримінальне переслідування за незаконне збагачення: українське та міжнародне правове регулювання</i>	199
Joanna Jagoda , <i>Zasady zarządzania mieniem samorządowym</i>	219
Katarzyna Jakubczak-Fopke , <i>Kara łączna – kilka uwag na tle zmian normatywnych</i>	235
Wojciech Jankowski , <i>W poszukiwaniu pozamoralnych racji dla trafu prawnego</i>	253
Michał Kania , <i>Rola zamówień publicznych w tzw. zielonej transformacji</i>	271
Maja Klubińska , <i>Renata Badowiec</i> , <i>O tzw. oszustwie komorniczym kilka uwag</i>	287
Tadeusz Kocowski , Witold Małecki , <i>Etatyzacja remedium na prywatyzację</i>	303
Ewaryst Kowalczyk , <i>Koncepcja normatywna warunków zamówienia publicznego</i>	321
Paweł Lewandowski , <i>Creating a commercial company using the example of a limited liability company – about the role of an advocate</i>	335
Maciej Lubiszewski , <i>Zaległość podatkowa jako podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego</i>	351
Agnieszka Malarewicz-Jakubów , Paweł Rakowski , <i>Odpowiedzialność solidarna inwestora i wykonawcy wobec podwykonawcy</i>	363

Wiktor P. Matysiak , <i>Dodatki obowiązkowe w firmie spółki handlowej – zagadnienia wybrane</i>	375
Kazimierz J. Pawelec , <i>Opinie biegłych do spraw ruchu drogowego i techniki samochodowej oraz trudności w ich ocenie. Próba praktycznego i syntetycznego uogólnienia</i>	393
Grzegorz Suliński , <i>Aspekty procesowe sporu o wpis do rejestru akcjonariuszy</i>	411
Ewelina Szatkowska , <i>Prawne aspekty e-sportu ze szczególnych uwzględnieniem prawa autorskiego</i>	429
Adrianna Szczechowicz-Raś , <i>Prawnoprocesowe skutki potrącenia wierzytelności w postępowaniu egzekucyjnym</i>	445
Jarosław Szczechowicz , <i>Pominięcie przez sąd drugiej instancji nowych faktów i dowodów przytoczonych przez interwenienta ubocznego, wstępującego do sprawy w trakcie postępowania apelacyjnego</i>	459
Elena Valentinovna Topilskaya, Stanislav Alimovich Ialyshev , <i>Криминалого-криминалистическая характеристика организованной преступности в спорте</i>	471
Maciej Węgierski , <i>Dematerializacja akcji spółek niepublicznych – ewolucja czy rewolucja?</i>	481
Jakub Jan Zięty , <i>Rozpoznanie skargi złożonej w trybie art. 227 Kodeksu postępowania administracyjnego na działalność organów spółki komunalnej</i>	497

GLOSZY

Łukasz Karczyński , <i>Glosa do wyroku NSA z 6 czerwca 2018 r., II FSK 1525/16, dotycząca polecenia darczyńcy a podatku od spadków i darowizn</i>	507
Sylwia Łazarewicz , <i>Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6 czerwca 2018 r., III CSK 403/16, dotycząca niedopuszczenia współnika do udziału w zgromadzeniu spółki kapitałowej jako przyczyny stwierdzenia nieważności podjętych uchwał</i>	515

RECENZJE

Aneta Giedrewicz-Niewińska , <i>Krystyna Ziółkowska, Miejsce pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy wśród podstawowych obowiązków pracowniczych</i> , Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, Olsztyn 2021, ss. 267	525
--	-----

Jerzy Akińcza

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-9309-4680

j.akincza@uwm.edu.pl

Uwagi nad pełnomocnictwem dla zawarcia związku małżeńskiego

Potrzeba analizy problemu

Podjęcie rozważań nad tematyką reprezentacji, nawet w odniesieniu jedynie do pełnomocnictwa, jest zadaniem nie tylko niezwykle szerokim, ale również dotyczącym obszaru rozpoznanego zarówno w doktrynie¹, jak i orzecznictwie. Jednocześnie wydaje się, że nadal celowe byłoby podnoszenie uwag nad szczególnym zdarzeniem prawnym wynikającym z udzielonego umocowania, co dotyczy zawarcia małżeństwa *per procura*. Uwagi w przedmiotowym zakresie pozostają wciąż o tyle aktualne, że mimo stałego, odnotowywanego w ostatnich latach spadku liczby małżeństw w Polsce, instytucja małżeństwa wciąż cieszy się dużym zainteresowaniem².

Na istotę wyróżnianego problemu, stanowiąc o poprawności analizy zagadnienia, składać się winny elementy dotyczące zarówno formy pełnomocnictwa, przesłanek ważnych powodów do udzielenia takiego pełnomocnictwa, jak też zdolność do czynności prawnych nupturientów i pełnomocnika. Dodatkowo na przedmiot analizy nad zawarciem małżeństwa poprzez pełnomocnika składać się winno, także wskazanie na rolę sądu udzielającego zgody dla dokonanie tejże czynności prawnej.

Jednocześnie małżeństwo nie jest jedynie elementem porządku i rozważań prawnych, jest ono również stałym przedmiotem obserwacji na wielu innych płaszczyznach. Małżeństwo jest zjawiskiem rozpatrywanym w obszarze etyki,

¹ Wskazując chociażby na dziwiętnastowieczny dorobek nauki niemieckiej i rozważanie, co do trzech wyznaczanych wówczas koncepcji reprezentacji, z pierwotną i wciąż aktualną teorią fikcji. A. Sylwestrzak, [w:] M. Balwicka-Szczyrba, M. Glicz, A. Sylwestrzak, *Pełnomocnictwo. Komentarz*, Warszawa 2020, Lex.

² J. Stańczak, K. Stelmach, M. Urbanowicz, *Małżeństwa oraz dzietność w Polsce*, <https://www.stat.gov.pl> (data dostępu: 20.05.2020).

socjologii, psychologii, a także wielu innych jeszcze dziedzin ludzkiej myśli i działalności³.

Nie będzie nadużyciem stwierdzenie, że instytucja małżeństwa oddziałuje na każdą sferę życia ludzkiego związanego z elementem osobowym, ale też i majątkowym.

Wywodząc dalej, w pełni usprawiedliwione będzie wskazanie, że prawo zajmuje się małżeństwem w sposób szczególny, nadając mu – poprzez jego zinstytucjonalizowanie – charakter sformalizowany, łącznie z zapewnianiem mu instrumentów ochrony⁴. Jako oczywisty przyjmować należy pogląd, że wobec braku legalnej definicji pojęcia małżeństwa, ciężar jego definiowania dotyczy dorobku doktryny prawa. Przy czym jednocześnie definicję małżeństwa, mimo braku literalnego definiowania, można wywodzić w kontekście przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁵ (dalej jako k.r.o., też Kodeks). Mimo że k.r.o. nigdzie nie definiuje małżeństwa, określa jednak małżeństwo przez jego uregulowanie w obszarach zawarcia, ustania, unieważnienia, wskazując także na prawa i obowiązki małżonków, jak również stosunki między nimi⁶. Odpowiednio, wobec zwięzłego wyrażenia konstytucyjnego, małżeństwo to związek mężczyzny i kobiety⁷.

Definiowanie małżeństwa

Posługując się wybranymi definicjami doktryny, małżeństwo można określać jako uznany i uregulowany przez prawo związek kobiety i mężczyzny, sankcjonującym ich wzajemne, niepodzielne i trwałe współżycie⁸. Zwracając uwagę na element trwałości małżeństwa, jako stosunku prawnego, małżeństwo można określać jako trwały, ale nie nierozzerwalny związek mężczyzny i kobiety, powstający w sposób dokładnie uregulowany postanowieniami obowiązującego prawa i rodzący również dokładnie uregulowane przewidziane prawem skutki oraz oparty na zasadzie równouprawnienia obojga małżonków⁹.

Zawracając uwagę na element trwałości, małżeństwo można definiować jako trwały stosunek prawny łączący, zwykle dożywotnio, mężczyznę i kobietę,

³ A. Kotlarska-Michalska, *Małżeństwo jako związek, wspólnota, instytucja, podsystem i rodzaj stosunku społecznego*, „Roczniki Socjologii Rodziny” 1998, t. 10, s. 49.

⁴ W podobny sposób, w uwagach ogólnych, nad małżeństwem na płaszczyźnie prawa: J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2016, s. 180.

⁵ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 1964 r., Nr 9, poz. 59 ze zm.).

⁶ M. Stasiak, *Zawarcie małżeństwa w formie cywilnej i konkordatowej*, „Studenckie Zeszyty Naukowe UMCS” 2003, t. 6, nr 10, s. 59.

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm., sprost. Dz.U. z 2001 r., Nr 28, poz. 319, w szczególności art. 18).

⁸ B. Walaszek, *Zarys prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa 1971, s. 23.

⁹ S. Grzybowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1980, s. 35.

którzy z zachowaniem konstytutywnych przesłanek przewidzianych w przepisach k.r.o. dokonali czynności prawnej zawarcia małżeństwa i w następstwie jej dokonania stali się równouprawnionymi podmiotami kompleksu praw i obowiązków małżeńskich dla optymalnej realizacji funkcji społecznej założonej przez ich związek rodziny¹⁰.

Jeszcze inaczej małżeństwo można określać jako powstały z woli małżonków, ale w sposób sformalizowany, trwały związek mężczyzny i kobiety, będący także stosunkiem prawnym o charakterze wzajemnym, gdzie związek ten polega na maksymalnym zespoleniu małżonków w sferze ich stosunków osobistych oraz poważnym powiązaniu w sferze stosunków majątkowych, obydwoje partnerów tego związku mają przy tym równorzędną pozycję¹¹. Przedstawione definicje instytucji małżeństwa, w sposób bardziej lub mniej szczegółowy, posługują się opisem cech i celów małżeństwa określonych przepisami k.r.o.

Uwzględniając każdą z powołanych definicji, małżeństwo należy określać jako trwały, monogamiczny, formalnoprawny związek mężczyzny i kobiety oparty na zasadzie równouprawnienia stron, prawnie doniosły, zawarty w sformalizowany sposób, zgodnie z przepisami obowiązującego prawa dla celów prawem tych przewidzianych, ze skutkami w sferze osobowej, jak i majątkowej każdego z małżonków¹².

Możliwość służenia się pełnomocnikiem

Wyróżniając normatywnie przewidziane formy zawarcia małżeństwa, należy wskazać na możliwość zawarcia małżeństwa przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oraz wyznaniową formę zawarcia małżeństwa. Zarówno zawarcie małżeństwa w obydwu formach jest możliwe przy łącznym spełnieniu czterech przesłanek: różnicy płci, jednoczesnej obecności przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego lub osobą duchowną, złożenia zgodnego oświadczenia woli stron oraz sporządzenia aktu małżeństwa przez kierownika urzędu stanu cywilnego¹³.

Przywołana zasada równoczesnej obecności nupturientów w czasie ceremonii zawarcia małżeństwa nie ma charakteru bezwzględnego, objęta jest

¹⁰ J. Winiarz, [w:] J.S. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Wrocław 1985, s. 38–39.

¹¹ J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1996, s. 62.

¹² W rozwinięciu definicji prezentowanej przez: A. Zieliński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2011, s. 48.

¹³ Zwracając uwagę, że nie stanowi zawarcia małżeństwa złożenie zgodnych oświadczeń nupturientów, tylko w obecności świadków. Wymaganie to oznacza dalej, że nie ma małżeństwa, gdy asystujący przy jego zawarciu nie był upoważnionym do tego urzędnikiem (J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2005, s. 88).

bowiem wyjątkiem. Z ważnych powodów uregulowania k.r.o. umożliwiają zawarcie małżeństwa osobie, która nie może stawić się osobiście przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego. Uprawnienie to, będąc wyjątkiem od zasady, nie ma charakteru nieograniczonego ani dowolnego. Przedmiotowe zachowanie, jako element porządku prawnego, przyjmuje postać pełnomocnictwa do zawarcia małżeństwa, sama wola osoby, która chce złożyć oświadczenie o wstąpieniu w związek małżeński przez pełnomocnika nie jest wystarczająca¹⁴.

Wskazaniem reguły ogólnej k.r.o., małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni złożą przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oświadczenie, że wступują ze sobą w związek małżeński.

Wyróżnionym już odstępstwem od przywoływanej zasady, wyrażonej treścią art.1 k.r.o., jest art. 6 Kodeksu stanowiący, że z ważnych powodów sąd może zezwolić, żeby oświadczenie o wstąpieniu w związek małżeński zostało złożone przez pełnomocnika. Pełnomocnictwo takie winno być udzielone na piśmie, z podpisem urzędowo poświadczonym, i wymieniać osobę, z którą małżeństwo ma być zawarte¹⁵.

Czynność stanowienia pełnomocnika, stanowiąc odejście od zasady jednoczesnej obecności nupturientów przy zawarciu małżeństwa, jak dla każdej czynności przedstawicielstwa, nie może być stanem bezpowrotnym, mając uzasadnienie w woli mocodawcy i okolicznościach sprawy, które także mogą być zmienne¹⁶.

Za interesujący i słuszny przyjmować należy pogląd, że w przedmiotowym działaniu następuje szczególne zespolenie elementów pełnomocnika i posłańca w ujęciu prawa cywilnego. Rolą pełnomocnika jest bowiem złożenie odpowiedniego oświadczenia – w imieniu nieobecnego nupturienta – o wstąpieniu w związek małżeński. Odpowiednio posłaniec sam nie składa oświadczenia woli, ale jedynie przenosi oświadczenie woli złożone przez inną osobę. Osoba zastępująca mocodawcę przy zawarciu małżeństwa ma poza charakterem pełnomocnika także istotną cechę posłańca, to jest udział jej woli i intelektu przy wyrażaniu konsensu małżeńskiego jest minimalny, nie ma ona nadto swobody wyboru partnera¹⁷.

¹⁴ M. Domański, *Zezwolenie na zawarcie małżeństwa przez pełnomocnika*, [w:] E. Holewińska (red.), *Prawo w działaniu*, t. 7, Warszawa 2010, s. 137.

¹⁵ Niezależnie do formy urzędowej czy konkordatowej, co do osoby pełnomocnika: O. Żurawińska, *Małżeństwo konkordatowe zawarte przez pełnomocnika (uwagi na tle prawa polskiego i kodeksu prawa kanonicznego)*, „Rejent” 2012, nr 3, s. 132 i nast.

¹⁶ M. Balwicka-Szczyrba, [w:] M. Balwicka-Szczyrba, M. Glicz, A. Sylwestrzak, op. cit.

¹⁷ K. Pietrzykowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy – komentarze kodeksowe*, Warszawa 2018, s. 171.

Element zdolności do czynności prawnych a skuteczność czynności przy udziale pełnomocnika

W literaturze dość powszechnie wyrażane jest stanowisko, że pełnomocnictwa do zawarcia małżeństwa może udzielić wyłącznie osoba mająca zdolność do zawarcia małżeństwa¹⁸. Stanowisko takie wynika z przeniesienia na grunt rodzinno-prawny koncepcji, zgodnie z którą mocodawca udzielający pełnomocnictwa powinien mieć taką zdolność do czynności prawnych, jakiej wymaga czynność prawna objęta umocowaniem¹⁹. Jednocześnie zagadnienie to nie jest jasne, ponieważ ustawodawca nie posługuje się samoistnym pojęciem zdolności do zawarcia małżeństwa. Należy również jasno rozdzielić czynność prawną udzielenia pełnomocnictwa od samego zawarcia małżeństwa.

Wątpliwościom, co do wymogu pełnej zdolności do czynności prawnych pełnomocnika ustanawianego dla zawarcia małżeństwa odpowiada możliwość zawarcia małżeństwa przez osoby niemające pełnej zdolności do czynności prawnych, małoletnie (odpowiednio art. 10 k.r.o.) i ubezwłasnowolnione częściowo (odpowiednio art. 11 k.r.o.).

Wobec tego wydaje się, że można by usprawiedliwiać skuteczność pełnomocnictwa do zawarcia małżeństwa udzielonego osobie mającej ograniczoną zdolność do czynności prawnych. Nie przesądzając w tym zakresie, należy mieć jednocześnie na uwadze ewentualnie podnoszony, niezależnie od jego skuteczności, zarzut wadliwości tak zawartego małżeństwa.

Dookreślając, w obszarze realizowanego problemu w sposób w pełni usprawiedliwiony podzielać można stanowisko, zgodnie z którym dla skuteczności zamierzonej czynności zawarcia małżeństwa poprzez pełnomocnika istotna jest chwila dokonania czynności prawnej w imieniu mocodawcy, to jest – ściślej ujmując – chwila składania oświadczenia woli w imieniu mocodawcy. Nie ma zatem znaczenia status osoby umocowanej w momencie udzielania pełnomocnictwa. Możliwe jest zatem udzielenie pełnomocnictwa osobie niemającej zdolności do czynności prawnych. Istotne jest, aby uzyskała ona przynajmniej ograniczoną zdolność najpóźniej w momencie składania oświadczenia woli w imieniu mocodawcy²⁰.

Dalej, wobec wieku pełnomocnika, należy zauważyć, że mocodawca sam wybiera pełnomocnika, jeżeli więc ma on zaufanie do osoby niemającej pełnej zdolności do czynności prawnych, nie ma powodu, aby ograniczać jego pole decyzyjne w tym względzie²¹.

¹⁸ B. Walaszek, *Instytucja zawarcia małżeństwa przez pełnomocnika w polskim prawie rodzinnym oraz polskim prawie prywatnym międzynarodowym i procesowym*, [w:] W. Berutowicz i in., *Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki*, Warszawa–Wrocław 1967, także: A. Zielonacki, *Zawarcie małżeństwa*, Wrocław 1982, s. 109.

¹⁹ J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, Warszawa 1963, s. 37 i nast.

²⁰ R. Strugała, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 267.

²¹ Z. Radwański, *Prawo cywilne. Część ogólna*, wyd. ósme, Warszawa 2005, s. 322.

Budując zasadność wyrażonego stanowiska, należy przypomnieć, że pełnomocnictwo, jako czynność prawna jednostronna, stanowi oświadczenie woli złożone pełnomocnikowi, wobec którego nie występuje obowiązek składania oświadczenia woli o przyjęciu czynności dokonanej przez mocodawcę.

Wskazania co do formy i momentu czynności prawnej

W zakresie formy rozważnego pełnomocnictwa, dla skuteczności przewidywanej czynności prawnej wymagana jest szczególna forma pełnomocnictwa *ad solemnitatem*, co dotyczy nieważności czynności prawnej w braku dochowania przewidzianej formy. Przewidywana forma szczególna wymaga udzielenia pełnomocnictwa na piśmie z podpisem urzędowo poświadczonym oraz wskazania *expressis verbis* osoby, z którą mocodawca zamierza zawrzeć związek małżeński. Konsekwencją niezachowania wymaganej formy jest możliwość skutecznego zacepienia dokonanej czynności prawnej ze skutkiem unieważnienia małżeństwa²². Własnoręczność podpisu może być poświadczona przez notariusza, odpowiednio poza granicami kraju, zgodnie z przysługującym mu zakresem kompetencyjnym przez osobę konsula. Normy prawa nie wyrażają jakichkolwiek innych wymagań co do zakresu podmiotowego osoby pełnomocnika.

Niezależnie od uwag już ponoszonych, należy odnieść się do problemu skuteczności pełnomocnictwa, w związku z momentem jego udzielenia. Z przepisów samego k.r.o. nie wynika, kiedy pełnomocnictwo może czy też powinno być sporządzone. Wobec powyższego za prawidłowe uznawać należy, co wydaje się szczególnie istotne, że udzielenie pełnomocnictwa do zawarcia małżeństwa przez pełnomocnika może nastąpić zarówno po uprzednim uzyskaniu zezwolenia sądu, jak i przed jego uzyskaniem.

Uwagi w obszarze prawa prywatnego międzynarodowego

Wobec coraz większej mobilności transgranicznej i założonego celu rozważań, celowe pozostaje wskazanie sposobu wyłaniania norm prawa dla udzielenia pełnomocnictwa w zawarciu małżeństwa, poprzez realizację norm prawa prywatnego międzynarodowego²³.

²² K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. siódme, Warszawa 2020, Legalis, (data dostępu: 20.05.2020).

²³ Ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 1965 r., Nr 46, poz. 290 ze zm.); uwagi podnoszone w związku z tą ustawą zgodnie z: K. Pietrzykowski, op. cit., s. 175.

W obszarze prawa prywatnego międzynarodowego formy pełnomocnictwa do zawarcia małżeństwa następują na zasadach ogólnych dotyczących formy czynności prawnych. Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, decydujące znaczenie w przedmiotowym zakresie będzie miało prawo *lex causae*, będące prawem właściwym dla czynności prawnej. Jednocześnie wystarczającym jest zachowanie formy wymaganej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana, co wypełnia właściwość *locus regit actum*. Dalej mogącą mieć znaczenie jest właściwość, wynikająca z *lege causae* – w rozważanym wypadku jest to prawo właściwe do pełnomocnictwa, którym jest w zakresie stosunków łączących pełnomocnika z osobą obecną w czasie ceremonii małżeńskiej prawo właściwe dla formy zawarcia małżeństwa.

Dla zawarcia małżeństwa w Polsce formę pełnomocnictwa oceniać należy według przepisów prawa polskiego jako *legis locicelebrationis*, przy czym wystarczy jednak zachowanie formy wymaganej przez prawo państwa, w którym udziela się pełnomocnictwa. Jeżeli natomiast pełnomocnictwo zostało zawarte za granicą, forma pełnomocnictwa podlega właściwości obcej *legis locicelebrationis*, wystarczy jednak zachowanie formy wymaganej przez wspólne prawo ojczyste stron albo formy obowiązującej według prawa państwa, w którym pełnomocnictwo zostało udzielone

Rozważając dalej, dla zawarcia małżeństwa poza Polską, jeśli pełnomocnictwo zostało udzielone w Polsce, właściwa jest *lex causae*, czyli w tym wypadku *lex locicelebrationis*, także tutaj znajduje modyfikację, wystarczy bowiem zachowanie wymagań wspólnego prawa ojczystego stron albo prawa polskiego jako *legis loci actus*.

Dodatkowe elementy cywilnoprawne związane z posłużeniem się pełnomocnikiem

W obszarze pełnomocnictwa do zawarcia małżeństwa należy także rozważyć zakres substytucji czy też jednoczesnej reprezentacji obu stron zawieranego małżeństwa w związku z bezpośrednim zastosowaniem przepisów Kodeksu cywilnego²⁴.

W przepisach k.r.o., odnoszących się do pełnomocnictwa dla zawarcia związku małżeńskiego, nie wprowadzono zakazu udzielania dalszych pełnomocnictw. Wobec tego, należy wyrazić ostrożną przychylność dla koncepcji dopuszczającej możliwość, aby pełnomocnik umocowany do złożenia oświadczenia o zawarciu małżeństwa mógł ustanowić dla mocodawcy innych pełno-

²⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 ze zm.). Dotyczy w szczególności bezpośredniej realizacji uprawnień pełnomocnika wynikających z zastosowania art. 106 k.c. i 108 k.c.

mocników. Będzie to dotyczyć przypadków, gdy legitymacja do czynienia w tym zakresie wynika z treści udzielonego pełnomocnictwa.

Za problematyczne i wymagające szerszej analizy uznawać należy przenoszenie na grunt przepisów k.r.o. rozwiązań odnoszących się do zawarcia małżeństwa przez pełnomocnika, gdy pełnomocnik mógł być drugą stroną czynności prawnej, której dokonuje w imieniu mocodawcy lub że ten sam pełnomocnik może reprezentować obie strony. Odrębnym zagadnieniem jest ocena skutków złożenia przez prawidłowo ustanowionego pełnomocnika w imieniu mocodawcy oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński w stanie braku świadomości, pod wpływem błędu lub groźby.

Zgodnie z rozwiązaniami Kodeksu cywilnego uznać należy, że w tym wypadku istnieje podstawa do unieważnienia małżeństwa. Tym samym należy przyjąć stanowisko, że literalna interpretacja art. 15¹ § 1 i 2 k.r.o., ograniczająca zastosowanie przepisu wyłącznie do wad oświadczenia złożonego przez samego nupturienta, z pominięciem osoby pełnomocnika, byłaby co najmniej pochojna²⁵.

W wyróżnionym zakresie zasadne pozostaje przeprowadzenie osobnej analizy nad problemem, z rozróżnieniem charakteru poszczególnych wad oświadczenia, z osobnym odniesieniem się do skutku bezwzględnej nieważności i skutku nieważności względnej czy też rozważanie nad pozycją pełnomocnika małoletniego²⁶.

Przesłanka istotnego powodu

Kolejnym koniecznym elementem realizowanych rozważań jest analiza materialnoprawnej przesłanki zaistnienia ważnych powodów, uzasadniających udzielenie zezwolenia na zawarcie małżeństwa poprzez pełnomocnika.

Dla wykładni istotnego, a nieostrego wyrażenia ustawowego, właściwym pozostaje odniesienie się do treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 1970 r.²⁷ Wskazaniem sądu uważne powody nie mogą być oceniane wyłącznie z subiektywnego punktu widzenia wnioskodawcy, nupturientów, ale muszą znajdować obiektywne oparcie w aktualnych poglądach moralnych i obyczajowych, co wedle sądu dotyczy realizacji zasadach współżycia społecznego.

Sąd – nawiązując do wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej – powołując odpowiednio uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 1968 r.²⁸, wywodził, że rola zasad współżycia społecznego polega na synchro-

²⁵ Odmienne J. Ignatowicz, op. cit., s. 103.

²⁶ A. Sylwestrzak, *Małoletni pełnomocnik*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 7–8, s. 24 i nast.

²⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 1970 r., sygn. akt III CZP 27/70, OSNCP 1971/1/2.

²⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 1968 r., sygn. akt III CZP 70/60, OSNC 1968/5/77.

nizowaniu przepisów prawa z nakazami moralności i obyczajów, też na uelastycznianiu prawa i zapobieganiu stanom, do których odnosi się znana paremia *summum ius summa iniuria*. Dlatego też sąd powinien dokonać weryfikacji wniosku również pod tym kątem, w szczególności czy zezwolenie nie zmierza do zawarcia małżeństwa pozornego i wykorzystania zawarcia małżeństwa przez pełnomocnika do osiągnięcia innych celów niż założenie rodziny.

Nawiązując do wyróżnianego już treścią niniejszych rozważań elementu wzrastającej mobilności, możliwych utrudnień przy zawieraniu małżeństwa wynikających z zamieszkiwania w oddaleniu, należy wskazać, że zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą Sądu Najwyższego, realizowaną już od lat 60. XX w. i kierunku wykładni art. 6 k.r.o., sam fakt odległego zamieszkiwania czy przebywania nupturientów nie jest okolicznością wystarczającą do uwzględnienia wniosku co do posłużenia się przy zawarciu małżeństwa pełnomocnikiem²⁹.

W przypadkach czasowego przebywania jednego z nupturientów poza granicami, każdorazowo oceniać należy, czy zachodzą szczególne okoliczności przemawiające za zawarciem małżeństwa jeszcze przed powrotem drugiego nupturienta. Poglądami doktryny, okolicznościami przemawiającymi za wcześniejszym zawarciem małżeństwa, poza oczywistą przesłanką, którą będzie choroba, mogą być także: ciąża kobiety zamierzającej zawrzeć związek małżeński czy też wyjazd nupturienta na misję wojskową, co wiąże się z podwyższonym ryzykiem³⁰. Wydaje się, że akceptowanie wyjazdu na misję, jako przesłanki umożliwiającej posłużenie się pełnomocnikiem, będzie czynieniem ponad miarę, gdzie zawarcie związku przed takim wyjazdem obarcza działania silnym elementem wolicjonalnym, wydaje się zarówno celowym, jak i możliwym. Dodatkowo niekoniecznie też sama czynność zawarcia małżeństwa jest daleko bardziej utrudniona, aniżeli posłużenie się czynnością notarialną, właściwą dla uzyskania pełnomocnictwa.

Należy wskazać, że przesłanka ważnych powodów, określająca niemożność jednoczesnego stawiennictwa dla zawarcia małżeństwa, może przyjmować dwojaki kwalifikant, dotyczący podstaw faktycznych, jak i prawnych³¹. Zawarcie małżeństwa przez pełnomocnika nie może zmierzać do osiągnięcia innych celów niż założenie rodziny, co dotyczy czynności faktycznie pozornych, najczęściej prowadzących jedynie dla łatwiejszej realizacji celów ekonomicznych.

Z punktu widzenia ważnych powodów istotny jest również czas trwania przeszkód, gdzie element przemijający w żaden sposób nie powinien znajdować

²⁹ Począwszy od postanowienia Sądu Najwyższego z 3 stycznia 1969 r., sygn. akt III CRN 349/68, OSNCP 1969/12/218.

³⁰ M. Domański, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. czwarte, Warszawa 2017, Legalis (data dostępu: 20.05.2020).

³¹ Przykładowo: odmowa uzyskania wizy czy innego dokumentu umożliwiającego wyjazd za granicę lub przyjazd nupturienta kraju.

akceptacji sądu dla wniosku osadzonego w takim uzasadnianiu. Wydaje się, że jako usprawiedliwiony należy przyjmować pogląd, zgodnie z którym ważne powody dla reprezentacji poprzez pełnomocnika występują nie tylko wtedy, gdy obie strony nie będą mogły jednocześnie stawić się w żadnym urzędzie stanu cywilnego ani poza nim, lecz także wtedy, gdy konieczność bezzwłocznego zawarcia małżeństwa jest zdeterminowana innymi czynnikami, chociażby natury psychologicznej lub etycznej czy obyczajowej. W takich przypadkach może też dojść do sytuacji, gdy obie będą reprezentowane przez pełnomocników³².

Biorąc pod uwagę pewną nieodpowiedniość zastępstwa w sferze stosunków o charakterze tak wybitnie osobistym, jakim jest zawarcie małżeństwa, do zgłoszenia tego wniosku uprawniona jest wyłącznie osoba, która zamierza udzielić pełnomocnictwa. Mimo oczywistości wyrażonej uwagi i charakteru samej konstrukcji pełnomocnictwa, w dorobku orzeczniczym występowały rozstrzygnięcia dotyczące uprawnienia do wystąpienia z przedmiotowym wnioskiem przez osobę, z którą związek małżeński ma być zawarty³³.

Czynności sądu

Kontynuując rozważania nad zakresem czynności realizowanych w drodze sądowej, należy podkreślić, że poprzez swoje orzeczenie sąd udziela zezwolenia wyłącznie dla samej czynności zawarcia małżeństwa przy udziale pełnomocnika, a w zakresie kompetencyjnym sądu nie mieści się orzekanie co do udzielania pełnomocnictwa. Wydając orzeczenie, sąd wymienia w sentencji postanowienia osobę, której udzielono zezwolenia, oraz osobę, z którą zamierza ona zawrzeć związek małżeński, oraz osobę pełnomocnika. Wydawane przez sąd zezwolenie jest więc ściśle skonkretyzowane. Nie może być mowy o jakimkolwiek generalnym zezwoleniu na zawarcie małżeństwa przez pełnomocnika. Nie jest dopuszczalne dozwoleństwo blankietowe, czyli wskazanie osoby zawierającej związek małżeński bez wskazania drugiego małżonka lub pełnomocnika³⁴.

Nie zasługuje na uwzględnienie pogląd, że dopiero po uprawomocnieniu się postanowienia wnioskodawca musi sporządzić pełnomocnictwo na piśmie z podpisem urzędowo poświadczonym i w urzędzie stanu cywilnego winien złożyć obydwa dokumenty³⁵. Zgodnie z uwagami już podnoszonymi, udzielenia pełnomocnictwa dokonać można zarówno przed, jak i po przeprowadzaniu postępowania sądowego.

³² K. Pietrzykowski, op. cit., odmiennie, odrzucając przedstawione stanowisko: A. Zieliński, op. cit., s. 54.

³³ Postanowienie Sądu Najwyższego z 16 listopada 1971 r., sygn. akt III CRN 354/71, OSP 1972/9/172.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Błędna analiza przeprowadzona przez M. Malczyk, [w:] A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks Postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis (data dostępu: 20.05.2020).

Praktyczny charakter posłużenia się pełnomocnikiem przy zawarciu małżeństwa

Dokonując syntezy przemyśleń prowadzonych nad instytucją pełnomocnika dla zawarcia związku małżeńskiego, należy zbudować tezę, że mimo iż instytucja zawarcia małżeństwa poprzez pełnomocnika została wprowadzona do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego na zasadzie wyjątku, czemu odpowiada brak powszechności jej stosowania, jest ona żywym elementem porządku prawnego. Mało tego, wydaje się, że powoływana już okoliczność mobilności społeczeństwa stanowić będzie o coraz powszechniejszym posługiwaniu się pełnomocnictwem przy zawieraniu związków małżeńskich.

W tym też kształcie poczynione przemyślenia mają charakter nie tylko systematyki w obszarze myśli prawniczej, ale też wydają się obrazować, że w przypadku wydawałoby się instytucji prawa znanej i realizowanej w praktyce, jak i rozważanej w doktrynie prawa wciąż wstępują różnice interpretacyjne, związane z prawidłowym jej definiowaniem. Okoliczność ta stanowi wystarczający powód do dalszych rozważań nad zawarciem małżeństwa przy udziale pełnomocnika.

Wykaz literatury

- Domański M., *Zezwolenie na zawarcie małżeństwa przez pełnomocnika*, [w:] E. Holewińska (red.), *Prawo w działaniu*, t. 7, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2010.
- Domański M., [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. czwarte, Warszawa 2017, Legalis.
- Fabian J., *Pełnomocnictwo*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1963.
- Gromek K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. siódme, Warszawa 2020, Legalis.
- Grzybowski S., *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1980.
- Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, LexisNaxis, Warszawa 2005.
- Ignatowicz J., *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1996.
- Kotlarska-Michalska A., *Małżeństwo jako związek, wspólnota, instytucja, podsystem i rodzaj stosunku społecznego*, „Roczniki Socjologii Rodziny” 1998, t. 10.
- Malczyk M., [w:] A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020, Legalis.
- Pietrzykowski K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy – komentarze kodeksowe*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Radwański Z., *Prawo cywilne. Część ogólna*, wyd. ósme, C.H. Beck, Warszawa 2005.
- Stańczak J., Stelmach K., Urbanowicz M., *Małżeństwa oraz dzietność w Polsce*, <https://www.stat.gov.pl>.
- Stasiak M., *Zawarcie małżeństwa w formie cywilnej i konkordatowej*, „Studenckie Zeszyty Naukowe UMCS” 2003, t. 6, nr 10.

- Strugała R., [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Sylwestrzak A., [w:] M. Balwicka-Szczyrba, M. Glicz, A. Sylwestrzak, *Pełnomocnictwo. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Sylwestrzak A., *Małoletni pełnomocnik*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 7–8.
- Walaszek B., *Instytucja zawarcia małżeństwa przez pełnomocnika w polskim prawie rodzinnym oraz polskim prawie prywatnym międzynarodowym i procesowym*, [w:] W. Berutowicz i in., *Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki*, PWN, Warszawa–Wrocław 1967.
- Walaszek B., *Zarys prawa rodzinnego i opiekuńczego*, PWN, Warszawa 1971.
- Winiaż J., [w:] J.S. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1985.
- Zieliński A., *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Zielonacki A., *Zawarcie małżeństwa*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1982.
- Żurawińska O., *Małżeństwo konkordatowe zawarte przez pełnomocnika (uwagi na tle prawa polskiego i kodeksu prawa kanonicznego)*, „Rejent” 2012, nr 3.

Summary

Power of attorney for marriage comments

Keywords: civil law, marriage, attorney, legal capacity, legal presumption.

Getting married, like marriage itself, is part of the legal order, with an undeniably broad body of doctrine. The aim of this article is the conclusion of a marriage, in particular when it is concluded through an attorney-in-fact. The multitude of elements that make up the effectiveness of action, concluding a marriage through a proxy, creates an obligation not only to be diligent but above all to know the relevant regulations, which goes beyond the framework of the family and guardianship code. The above-mentioned, having not only a scientific but also a practical value, justifies taking and conducting further considerations in this regard.

Paulina Bieś-Srokosz

Uniwersytet Humanistyczno-Przyrodniczy im. Jana Długosza
w Częstochowie

ORCID: 0000-0002-7353-3460

p.bies@ujd.edu.pl

Tendencja przenikania się prawa publicznego i prawa prywatnego na przykładzie porozumienia administracyjnego

Wstęp

Dynamicznie zmieniający się katalog zadań administracji publicznej przyczynia się do nieustannej przebudowy form prawnych, z których korzysta administracja publiczna. W konsekwencji podmioty/organy administracji publicznej zaczęły stosować (w głównej mierze) formy typowe dla prawa cywilnego. Jednak trzeba zaznaczyć, że tendencja ta nie jest aktualnie niczym nadzwyczajnym, a stanowi swoisty kierunek ewolucji działań podejmowanych przez administrację publiczną. Już 1987 r. Zbigniew Kmiecik wyrażał przekonanie, że „powstanie nowych i rozwój tradycyjnych odmian czynności dwustronnych w administracji jest naturalnym kierunkiem ewolucji prawnych form działania i w niedalekiej przyszłości powstanie zapewne potrzeba skonstruowania zbiorowego pojęcia, obejmującego swym zakresem szczególne rodzaje czynności dwustronnych w administracji”¹. Oczywiście, z jednej strony można uznać taką tendencję za stan naturalny, który stanowi konsekwencję działań ustawodawcy w odniesieniu do dostosowania zmieniających się potrzeb społeczeństwa do sposobu ich realizacji. Z drugiej zaś strony można mieć jednak wątpliwości co do ustanawiania prywatnoprawnych form działania jako form dominujących w prawie publicznym, ponieważ każda z gałęzi prawa ma swój charakterystyczny katalog form działań.

¹ Z. Kmiecik, *Umowa cywilnoprawna i porozumienie administracyjne jako formy działania organów administracji w sferze zarządzania gospodarką państwową*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1988, nr 3, s. 159.

W doktrynie prawa administracyjnego istnieje wiele różnych klasyfikacji prawnych form działania, które są niejednolite i wciąż ulegają przemianom². W zależności od przyjętego kryterium klasyfikacji, najczęściej wyróżnia się podział administracji na działania faktyczne i działania prawne³. W głównej mierze wyróżnia się katalog prawnych form działania administracji ustalony przez Jerzego Starościaka⁴, czyli: stanowienie przepisów powszechnie obowiązujących, wydawanie aktów administracyjnych, zawieranie umów, zawieranie porozumień administracyjnych, prowadzenie działalności społeczno-organizatorskiej, wykonywanie czynności materialno-technicznych. Należy podkreślić, że powyższa grupa prawnych form działania występuje w stosunkach zewnętrznych administracji. W przypadku wystąpienia stosunków wewnętrznych nie będziemy mieć do czynienia z zawieraniem porozumień, ugód i umów, a stanowienie przepisów prawnych powszechnie obowiązujących i wydawanie aktów administracyjnych przybierze postać polecenia służbowego⁵.

Umowa dominuje w pewnych sferach administracji publicznej, jak np. pomocy społecznej, gospodarce komunalnej, zamówieniach publicznych czy zlecaniu zadań publicznych organizacjom pozarządowym. Zagadnienia związane z dwustronnymi formami działalności administracji publicznej nadal stanowią wyzwanie zarówno dla doktryny, jak i dla praktyków przede wszystkim dlatego, że podział na umowy cywilne, administracyjne, ugody czy porozumienia jest nieostry⁶. Tym bardziej zasadne jest dokonanie klasyfikacji na umowy cywilnoprawne i administracyjne, a to dlatego, że właśnie porozumienie administracyjne stanowi przykład dwustronnej lub wielostronnej formy prawnej, która dokonuje się przez zgodne oświadczenie woli wszystkich stron tego stosunku prawnego. Z tego względu można już mieć na samym początku wątpliwości co do charakteru prawnego takiego porozumienia, ponieważ zgodne oświadczenie woli stron jest typowe dla prawa cywilnego, a nie dla prawa administracyjnego, w którym dominuje władztwo administracyjne. Jeśli chcielibyśmy dokonać wyraźnego oddzielenia prawa publicznego od prawa prywatnego, a co za tym idzie – również wyraźnej klasyfikacji prawnych form działania, można w tym zakresie odwołać się do teorii prawa, w której zostały wypracowane podstawowe kierunki oddzielenia prawa publicznego od pra-

² Zob. podział proponowany przez: E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2002, s. 159; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2005, s. 335, 337–340; E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2006, s. 89. Por. A. Błaś, *Prawne formy działania administracji publicznej*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2000, s. 294.

³ Por. K. Ziemiński, *Formy prawne działania administracji publicznej*, [w:] J. Połuszyński (red.), *Aktualne problemy administracji i prawa administracyjnego*, Przemyśl–Rzeszów 2003, s. 161.

⁴ J. Starościak, *Prawne formy i metody działania administracji*, [w:] T. Rabska, J. Łętowski (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 3, Warszawa–Wrocław–Kraków–Gdańsk 1978, s. 45.

⁵ Zob. *ibidem*.

⁶ B. Jaworska-Dębska, *Umowy we współczesnej administracji*, [w:] J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun (red.), *Umowy w administracji*, Wrocław 2008, s. 15.

wa prywatnego. Należy do nich zaliczyć: teorię fiskusa⁷, teorię podmiotową⁸, teorię podporządkowania⁹ oraz teorię interesu¹⁰, które pozwalają określić granicę między tymi gałęziami prawa.

Wracając jednak do głównego przedmiotu badań, którym jest porozumienie administracyjne, należy podkreślić, że sam fakt określenia tej czynności mianem „porozumienia” sugerować może równorzędność wszystkich podmiotów tego stosunku prawnego oraz wskazywać na brak występowania w nim jakiegokolwiek podległości organizacyjnej¹¹. Tak definiowane porozumienie stanowi w doktrynie przedmiot sporu w odniesieniu do zasadności jego zawierania pomiędzy stronami na zasadzie dwu- lub wielostronności oraz na zasadzie względnej równorzędności stron w prawie administracyjnym¹².

Czy zatem jest w ogóle możliwe dokonanie zestawienia porozumienia administracyjnego z porozumieniem w ujęciu cywilnoprawnym? – chociażby po to, aby ukazać różnice w pojmowaniu tych dwóch prawnych form, które mimo tego że w swoich założeniach mają prowadzić do równorzędności stron, to i tak w możliwości dobrowolnego kształtowania treści stosunków prawnych nadal będzie dominować element władczości – w odniesieniu do porozumienia administracyjnego. Oczywiście, jest to możliwe, ale mając na uwadze jednocześnie charakterystyczne cechy dla prawa publicznego i prawa cywilnego.

Cywilnoprawny charakter działalności administracji publicznej

Jak już wspomniano, administracja publiczna w swoich działaniach sięga coraz częściej po prawne formy typowe dla prawa prywatnego. Doktryna prawa administracyjnego niestety aktualnie nie przedstawia w tym obszarze jednolitego stanowiska. Warto zaznaczyć, że zauważalne są jednak głosy kompromisu, które – godząc się z obecną tendencją zmian – znajdują w niej zarówno dobre, jak i złe strony. Takie stanowisko przyjmuje autorka niniejszego artykułu. Trudno jest bowiem jednoznacznie opowiedzieć się za którąś z racji, dlatego z jednej strony można przychylnie oceniać możliwości, jakie daje usta-

⁷ Przedmiotem stosunku prawnego jest majątek, który powinien służyć podmiotowi prywatnemu.

⁸ Stanowi ona o tym, że jeśli stroną stosunku jest państwo lub organ publiczny, to wtedy mamy do czynienia z prawem publicznym.

⁹ Jeżeli w stosunku prawnym wystąpi władczość – wtedy jest to prawo publiczne, a tam gdzie równość stron – prawo prywatne.

¹⁰ Jeśli w danej sprawie głównym celem jest ochrona interesu publicznego – mamy do czynienia z prawem publicznym, jeśli zaś ochrona interesu prywatnego, wtedy prawo prywatne.

¹¹ Z. Cieślak, *Porozumienie administracyjne*, Warszawa 1985, s. 200.

¹² B. Jaworski, *Równość podmiotów porozumienia administracyjnego – mit czy rzeczywistość?*, [w:] J. Korczak, P. Lisowski (red.), *Równość w prawie administracyjnym*, Warszawa 2018, s. 47.

wodawca wobec korzystania przez organy i podmioty administracji publicznej z umów o charakterze cywilnoprawnym. Z drugiej zaś strony stanowisko to może wzbudzać uzasadnione obawy i niepewności co do takich kwestii, jak ochrona interesu publicznego czy naruszenie zasady swobody umów¹³.

Działalność organów administracji publicznej nastawiona na korzystanie z form prawnych, które z założenia mają charakter partnerski i które podejmowane są z podmiotem „z zewnątrz” w większości przypadków argumentowana była prostszą procedurą i korzystniejszym aspektem ekonomicznym. Oczekiwania te były stawiane już wcześniej – było tak choćby w dziedzinie zarządzania gospodarką państwową. Tam instytucja umowy cywilnoprawnej była już stale używana w związku z reformą gospodarczą. Podejmowane były na tym obszarze różnorakie próby wdrożenia trwałych i stanowiących o nowej jakości rozwiązań. Trzeba przyznać, że nie przyniosło to w ostatecznym rozrachunku wymiernych rezultatów, a konsekwencją tego stanu był brak ujenoliceń standardów, które mogłyby mieć zastosowanie przy pracy organów administracji publicznej.

Brak jednolitości w stosowaniu prawnych form nie przeszkadza jednak podmiotom publicznym w realizowaniu zadań na różnych płaszczyznach przy pomocy różnorodnych mechanizmów prawnych. Może się zatem wydawać, że to brak stosownych uregulowań prawnych przyczynia się do największych obaw wyrażanych przez doktrynę. Brak ingerencji prawodawcy w tym obszarze prowadzi do samoistnego kształtowania się procesu ewolucyjnego tego zjawiska, w skutek stałego dostosowywania go do aktualnych potrzeb administracji publicznej¹⁴.

Z drugiej strony zaznaczyć trzeba, że znacząca ingerencja prawodawcy w kwestie kształtowania się umów o charakterze administracyjnoprawnym może przynieść także niezamierzony skutek. Usystematyzowanie nomenklatury umów w administracji publicznej może znacząco utrudniać działalność prawotwórczą z związku z tym, że ustawodawca często wprowadza chaos terminologiczny. Jako przykład należy podać właśnie porozumienie, które z jednej strony jest, co prawda, rozumiane jako dwustronna forma działania administracji publicznej. Z drugiej zaś, jak wskazuje się w prawie o szkolnictwie wyższym, to swoista umowa o charakterze cywilnoprawnym¹⁵. Zasadne zatem wydaje się, aby prawodawca w tej kwestii – o ile zdecyduje się ingerować – czynił to niezwykle ostrożnie. Jakakolwiek nierozsądna regulacja prawna może bowiem nieść za sobą niezwykle duże konsekwencje dla działalności całego zdecentralizowanego aparatu państwowego.

¹³ P. Bieś-Srokosz, *Tendencje zmian prawnych form realizacji zadań publicznych*, [w:] J. Jagielski, M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne dziś i jutro*, Warszawa 2018, s. 190.

¹⁴ A. Gorgol, *Porozumienie w sprawie powierzenia zadań Krajowej Administracji Skarbowej*, [w:] J. Jagielski, M. Wierzbowski (red.), op. cit., s. 222.

¹⁵ P. Bieś-Srokosz, op. cit., s. 190.

W ostatecznym rozrachunku umowa jako akt dobrowolny i dwustronny na drodze wzajemnych zobowiązań wydaje się być, w przekonaniu autorki artykułu, niezwykle wartościowym mechanizmem realizowania zadań także przez podmiot publiczny. Jako że tworzona jest ona u podstaw dobrowolności, wymusza jednocześnie na organie administracji publicznej o zadbanie o interes publiczny. Umowa z założenia przecież ma charakter fakultatywny. Co więcej, jak słusznie podkreśla Z. Kmiecik, wpisuje się ona w zdecentralizowany model gospodarki jako narzędzie oddziaływania organów administracji publicznej na przebieg procesów gospodarczych¹⁶. Trzeba przecież przyznać, że zmieniające się zadania ciążące na podmiocie publicznym i rozszerzanie się nieustannie tego katalogu sprawia, że pogłębia się społeczna i gospodarcza potrzeba realizowania zadań przez organy administracji publicznej przy użyciu form prawnych znanych, jak dotąd, prawu cywilnemu. Jest tak szczególnie w sytuacjach, kiedy standardowe mechanizmy prawne przypisane podmiotowi publicznemu w danej sytuacji okazują się być niewystarczające.

Słuszne zatem wydaje się być stwierdzenie reprezentowane przez Dariusza Kijowskiego, który uważa, że zakres zastosowania formy umowy przez administrację publiczną do bezpośredniego realizowania przez nią zadań jest nieporównywalnie szerszy od wyobraźalnego przez przedstawicieli klasycznej nauki prawa administracyjnego¹⁷. Umowa cywilnoprawna jest współcześnie bardzo często wykorzystywaną formą prawną zarówno przez ustawodawcę, poprzez regulacje dotyczące sposobów i trybów realizacji zadań wyznaczanych administracji publicznej, jak i przez administrację publiczną, która w niektórych sferach swoich działań posiada swobodę wyboru metod działania¹⁸. Korzystanie przez podmioty publiczne z form prawnych o charakterze niewładczym jest w zupełności naturalne i pożądane. Oczywiście, słusznie podnoszone są głosy, że niejednokrotnie regulacje te nie mogą zostać zastosowane wprost, a winny ulec stosownym modyfikacjom, tworząc tym samym formy prawne, które w doktrynie bywają nazywane hybrydowymi¹⁹. W tym przypadku zasadne jest zatem, aby mówić o rozwoju prawa administracyjnego, aniżeli

¹⁶ Z. Kmiecik, op. cit., s. 159.

¹⁷ D. Kijowski, *Umowy w administracji publicznej*, [w:] *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005, s. 288.

¹⁸ E.T. Szuber-Bednarz, R. Paczuski, *Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne czy także wspomaganie osiągania celów administracyjno-prawnych drogą stosowania w coraz szerszym zakresie umowy jako cywilnoprawnej formy działania?*, [w:] A. Doliwa, R.D. Kijowski, S. Prutis (red.), *Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne*, t. 3: *Kryzys prawa administracyjnego?*, Warszawa 2012, s. 97.

¹⁹ P. Bieś-Srokosz, *Prawne formy realizacji zadań publicznych we współczesnej administracji publicznej. Kilka uwag na temat tworzenia przez ustawodawcę hybrydowych prawnych form działania w administracji publicznej*, [w:] W. Federczyk (red.), *Stulecie polskiej administracji. Doświadczenia i perspektywy*, Warszawa 2018, s. 509–522; eadem, *Kierunek działań prawodawczych ustawodawcy w stosowaniu prywatnej i hybrydowej formy działania w administracji publicznej*, „Zeszyty Naukowe KUL” 2018, nr 4, s. 65–75.

o wypieraniu go przez konkurencyjne prawo cywilne. Pomiedzy tymi gałęziami prawa nie ma jakiegokolwiek konkurencji, jest wręcz przeciwnie – tworzą one wspólny i wzajemnie się uzupełniający sprawny system prawa²⁰.

Tendencja zmiany prawnych form działania w kierunku stosowania coraz częściej umów cywilnoprawnych (pomijając kwestie ich modyfikacji), jest tak naprawdę tworem praktyki legislacyjnej, która jest zaś reakcją na zmiany administracji publicznej i tym samym potrzeby społeczeństwa. Działalność prawodawcza ustawodawcy przyczynia się do występowania w obrocie prawnym i stosowania przez administrację publiczną umów, których nie można w pełni umieścić w klasycznym rozumieniu przez prawo cywilne. Można zatem mieć wiele wątpliwości co do tego, czy ingerencja prawodawcy nie przyczynia się do osłabienia zasad prawa cywilnego, a nawet ich pominięcia. Idąc krok dalej, można zastanowić się, czy aby nie mamy do czynienia z nienazwanym (jeszcze) działem prawa i całkowicie nową instytucją prawną?

Porozumienie administracyjne

Porozumienie nie jest nową instytucją prawną, a tylko formą zorganizowania współdziałania organów administracyjnych, wynikającą z generalnego obowiązku współdziałania ze sobą wszystkich organów państwowych, a istnienie porozumienia prowadzi do powstania obowiązku współdziałania określonych organów państwowych o określonej treści i w określonych formach, których to spraw nie rozwiązuje żaden przepis prawny²¹. Jest uważane za formę prawną, za pomocą której podmioty administracji publicznej (organy administracyjne, ale również inne jednostki organizacyjne) podejmują współdziałanie przy realizacji zadań administracji publicznej i wspólnie realizują część lub całość swoich kompetencji²². W doktrynie prawa administracyjnego dominuje pogląd, że przedmiotem porozumienia administracyjnego jest realizacja zadań administracyjnych. Jednak w realizacji tych zadań porozumienie służy jedynie pośrednio, przez określenie zasad i kierunków przyszłej współpracy. Co więcej, w drodze porozumienia może nastąpić przekazanie zadań administracyjnych, powierzenie wykonywania takich zadań, utworzenie nowej jednostki organizacyjnej, a następnie przekazanie jej lub powierzenie wykonywania zadań administracyjnych oraz wspólne wykonywanie zadań publicznych *sensu stricto*²³.

²⁰ R. Godlewski, H. Kisilowska, *Przenikanie się prawa administracyjnego i prawa cywilnego na przykładzie gospodarki nieruchomościami i prawa budowlanego*, [w:] A. Doliwa, R. Dariusz Kijowski, S. Prutis (red.), op. cit., s. 49.

²¹ J. Starościak, *Studia z teorii prawa administracyjnego*, Wrocław 1960, s. 74.

²² J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2003, s. 339.

²³ M. Grażawski, *Porozumienie administracyjne jako prawna forma działania administracji publicznej*, Bielsko-Biała 2007, s. 27.

Porozumienie administracyjne jest formą prawną, która wydaje się być zgoła odmienna od klasycznego władztwa administracji publicznej. Powszechnie w nauce przyjmuje się, że jest ono dwustronną, niewładczą prawną formą działania podmiotu publicznego, w którym ma miejsce równorzędność stron oraz brak jest w nim jakiegokolwiek podległości organizacyjnej²⁴.

Przyjęcie zupełnej dwustronności lub wielostronności porozumienia administracyjnego, a co za tym idzie – równorzędności jego stron może zostać oczywiście potraktowane jako nieodbiegające od typowej umowy cywilnoprawnej. Co istotne, należy zauważyć, że nie wyklucza to zaistnienia sytuacji, w której jakakolwiek ze stron porozumienia administracyjnego nie reprezentuje władztwa publicznego, nadając temu porozumieniu czysto cywilnoprawny charakter. Jednak zdaniem Bartłomieja Jaworskiego warto pamiętać, że w związku z przyjętą obecnie w prawie administracyjnym konstrukcją normatywną stronami porozumienia mogą zostać tylko podmioty administracji publicznej²⁵. Mogą być to zatem: państwowe albo samorządowe jednostki samorządu terytorialnego, samorządowe osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.

Biorąc pod uwagę liczbę typów porozumień administracyjnych występujących w obrocie prawnym, można wyróżnić:

- porozumienie międzygminne, które zawierane jest przez gminy i dotyczą głównie powierzenia jednej ze stron wyznaczonych zadań publicznych, którego podstawą prawną jest art. 74 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym²⁶;

- porozumienie powiatów, które zawierane jest przez powiaty realizując zadania na zasadzie powierzenia określonych zadań publicznych – w tym przypadku jako podstawę prawną wskazuje się art. 73 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 o samorządzie powiatowym²⁷;

- porozumienia o wykonywaniu zadań w zakresie administracji rządowej, które zawierane są pomiędzy organami administracji rządowej a organami samorządu terytorialnego, które leżą co prawda w kompetencji administracji rządowej, ale z pewnych przyczyn efektywniej zostaną wykonane przez samorząd terytorialny²⁸, stąd też podstawą prawną jest art. 8 ustawy o samorządzie gminnym oraz art. 5 ustawy o samorządzie powiatowym.

²⁴ A. Błaś, *Porozumienie administracyjne*, [w:] A. Błaś, M. Stahl, J. Boć, K.M. Ziemiński (red.), *Prawne formy działania administracji*, t. 5, seria: *System Prawa Administracyjnego*, Warszawa 2013, Legalis.

²⁵ B. Jaworski, op. cit., s. 49.

²⁶ Art. 74 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 713, 1378).

²⁷ Art. 73 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 920).

²⁸ B. Wojtoń-Malicka, *Porozumienie administracyjne środkiem ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Informatyki, Zarządzania i Administracji w Warszawie” 2016, t. 14, z. 4(37), s. 126.

Odwołując się natomiast do stron porozumienia, należy zaznaczyć, że mogą być jednostki samorządu terytorialnego – jako strona przyjmująca zadania – oraz jednostki samorządu terytorialnego, które te zadania zlecają²⁹. Tak zawężona grupa podmiotów, która może wchodzić w skład porozumienia administracyjnego, wyklucza możliwość stosowania tych porozumień wszędzie tam, gdzie ustawa tego nie przewiduje wprost. W tym przypadku ograniczeniem tym jest istniejący katalog podmiotów, które potencjalnie mogą do takiego porozumienia przystąpić.

Czy można zatem dokonać wyraźnego rozróżnienia pomiędzy porozumieniem administracyjnym a porozumieniem w rozumieniu prawa cywilnego? Czy bazując na tych różnicach jest możliwe dokonanie właściwej przynależności tego porozumienia do konkretnej gałęzi prawa? Otóż, dokonując analizy określonego porozumienia, można dostrzec różnice, które są na tyle charakterystyczne, że będziemy mogli przypisać je albo do umowy cywilnoprawnej, albo do porozumienia administracyjnego. Co istotne, administracyjnoprawny charakter porozumienia administracyjnego nie podlega dyskusji.

Podobieństwo porozumienia administracyjnego do umowy cywilnoprawnej ma charakter niejako „zewnętrzny”, a więc niewynikający z istoty prawnej tych dwóch form³⁰. Różnic można doszukiwać się nie tylko w podstawie prawnej, ale także w przedmiocie tych umów, przede wszystkim dlatego, że w umowie cywilnoprawnej podstawą są tutaj przepisy prawa materialnego, natomiast w porozumieniu administracyjnym normy ustrojowe. Przedmiotem umowy cywilnoprawnej są zobowiązania o charakterze towarowym, natomiast w przypadku jego administracyjnego odpowiednika mamy tutaj do czynienia z wyznaczonym przez ustawy współdziałaniem na rzecz realizacji zadania społecznie pożądanego³¹. Przedmiotem porozumienia są zatem czynności podejmowane na podstawie prawa administracyjnego, a nie zaś cywilnego. Zrąb konstrukcyjny składa się tu z kilku podstawowych elementów, które charakteryzują porozumienie administracyjne jako pisemny akt konsensualny co najmniej dwóch podmiotów wykonujących zadania administracji publicznej, podjęty w wyznaczonym przedmiocie regulowanym prawem administracyjnym i w granicach ustalonych ustawami kompetencji stron, wyznaczający warunki realizacji określonego zadania publicznego i w tym względzie podany kontroli administracyjnej organów zwierzchnich³².

Potwierdzeniem powyżej przedstawionej tezy może być wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi. Zgodnie z przywołanym orzeczeniem porozumienia, o których mowa w art. 74 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, nie są umowami prawa cywilnego, ale swoistymi forma-

²⁹ J. Boć (red.), op. cit., s. 347.

³⁰ Z. Cieślak, op. cit., s. 105.

³¹ B. Jaworski, op. cit., s. 50.

³² M. Grązawski, op. cit., s. 28.

mi publicznoprawnymi. W drodze umów cywilnych mogą być przekazywane zadania prywatnoprawne, a nie zadania publicznoprawne, których przekazanie może następować – w ramach współdziałania komunalnego – przez utworzenie związku albo zawarcie porozumienia komunalnego³³.

Wszystko to zdaje się jednoznacznie wskazywać, że porozumienie administracyjne nie może być rozpatrywane w kontekście umowy cywilnoprawnej. Konsekwencją jednak tej teorii jest analiza podmiotów takowych porozumień. Jak słusznie wskazuje B. Jaworski, sytuacja ta zmusza doktrynę do znalezienia miejsca tej formy prawnej w sferze regulacji prawa administracyjnego³⁴, co – zdaniem autorki tegoż artykułu – przesądza także o braku możliwości istnienia równorzędności tych podmiotów.

Fakt, że w administracji publicznej stosowane są umowy cywilne, których warunki, tryb kształtowania treści umów, określenie formy, wprowadzenie zasady pisemności oraz kary umowne, stanowią *lex specialis* wobec postanowień kodeksowych dotyczących umów cywilnoprawnych, nie stanowi jeszcze – według przedstawicieli doktryny prawa cywilnego – o sprzeczności z prawem cywilnym, a raczej jego nadinterpretację³⁵. Jak wskazuje Piotr Stec (co autorka w pełni uważa za słuszne), o niecywilistycznym charakterze umów, które nie mają „czystej” kodeksowej formy prawnej³⁶, nie świadczą przewidziane w ustawach prawa publicznego (administracyjnego) odrębne środki ochrony prawnej. Taki sądowy tryb postępowania należałoby traktować jako pozasądowe postępowanie cywilnoprawne, postępowania prowadzone przed wojewódzkimi sądami administracyjnymi zakwalifikować jako sprawy formalnie administracyjne, a te które dotyczą kwestii materialno-prawnych – jako sprawy cywilne³⁷. Występujące poglądy w doktrynie prawa administracyjnego na temat tego, że w przypadku gdy, umowa, która jest zawierana z udziałem władzy publicznej, których treść czy warunki jej kształtu są uregulowane w ustawie szczególnej oznacza, że mamy do czynienia z nowym typem umowy, stanowi błędne uzasadnienie. Umowa ta bowiem nie miałaby charakteru publicznoprawnego, ponieważ w świetle prawa cywilnego nadal jest umową cywilnoprawą, choć modyfikowaną przez tzw. nakładki³⁸.

³³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 27 września 1994 r., sygn. akt SA/Łd 1906/94.

³⁴ B. Jaworski, op. cit., s. 50.

³⁵ P. Stec, *Umowy w administracji*, Warszawa 2013, s. 149.

³⁶ Art. 66 i nast. w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Czyli dodatkowe warunki/przesłanki, które powinien spełnić kontrahent. Są one uregulowane w przepisach ustawy szczególnej.

Zakończenie

Analizując kwestię związaną ze zjawiskiem coraz większej obecności w działalności administracji publicznej form prawnych znanych dla prawa cywilnego, należałoby raczej mówić o przyczynach tego stanu rzeczy, aniżeli o tym, czy zjawisko to jest w ogóle pożądane. Dzieje się tak na skutek stałej ewolucji modelu działania, zadań i struktury administracyjnej. Jak słusznie wskazują Rafał Godlewski i Helena Kisilowska, „dotychczasowy model funkcjonowania administracji publicznej, który oparty jest na reglamentacji prawnej i zabezpieczeniu porządku państwowego z głównym celem, jakim było przede wszystkim zapewnienie istnienia państwa i jego sprawnego działania, w dobie globalizującego się świata i wzrostu znaczenia społeczności lokalnych w stosunku do społeczności narodowych, stał się nieadekwatny do współczesnych potrzeb, a podejmowanie przez administrację zgodne z jego duchem działań przede wszystkim w formach władczych stało się mało użyteczne i efektywne”³⁹. Regulacje prawne znane jak dotąd prawu cywilnemu wydają się być zdecydowanie bardziej elastyczne i oparte na konsensusie, co przekłada się na lepsze współdziałanie administracji z podmiotami z zewnątrz. Trzeba jednak zaznaczyć, że prawo administracyjne w tej kwestii nie może być postrzegane jako niepotrzebne. Jest jednak zupełnie odwrotnie – ma zapewnić możliwość właściwej kontroli i finansowania tych działań przy jednoczesnym dbaniu o interes ogółu, którego jest reprezentantem. Nie ma jakiegokolwiek konkurencji na linii prawo administracyjne – prawo cywilne. Stanowią one wspólnie o podstawie prawnej (do działań administracji publicznej), wzajemnie się uzupełniając, a nie rywalizując ze sobą.

Co więcej, taka działalność prawodawcza powinna już dawno ulec zmianie, przede wszystkim dla celów uporządkowania terminów i instytucji prawnych już istniejących i nowo tworzonych, wypracowania kilku sposobów zawierania czy kształtowania umów cywilnych w administracji publicznej. Nie powinno być tak – jak jest obecnie – że treść stosunków umownych regulowana jest w wielu przypadkach aktami wykonawczymi. Dlatego też warto zastanowić się nad badaniami i analizą wprowadzenia zmian bądź nowych rozwiązań prawnych do obowiązującego porządku prawnego. Jednym z takich punktów wyjścia mogłoby być wprowadzenie przez ustawodawcę do prawa cywilnego zmian dotyczących umów cywilnoprawnych zawieranych w administracji publicznej, np. zasad i trybu, tak aby nie czynić tego przepisami ustaw szczególnych. Warto także pomyśleć nad uregulowaniem kwestii odpowiedzialności ochrony interesów stron, w szczególności kontrahenta takiej umowy. Należałoby również podejść do problematyki zawieranych umów w administracji systemowo, a nie wybiórczo, skupiając się na wybranym zagadnieniu prawnym.

³⁹ R. Godlewski, H. Kisilowska, op. cit., s. 48.

Stąd też ostateczny wniosek, jaki nasuwa się autorce tekstu jest taki, że mimo znaczących podobieństw na gruncie prawa cywilnego i prawa administracyjnego, porozumienie nie może być zestawiane z umową w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Porozumienia administracyjne stanowią formę prawną, które leżą u podstaw szeroko rozumianego prawa administracyjnego.

Wykaz literatury

- Bieś-Srokosz P., *Kierunek działań prawodawczych ustawodawcy w stosowaniu prywatnej i hybrydowej formy działania w administracji publicznej*, „Zeszyty Naukowe KUL” 2018, nr 4.
- Bieś-Srokosz P., *Prawne formy realizacji zadań publicznych we współczesnej administracji publicznej. Kilka uwag na temat tworzenia przez ustawodawcę hybrydowych prawnych form działania w administracji publicznej*, [w:] W. Federczyk (red.), *Stulecie polskiej administracji. Doświadczenia i perspektywy*, Krajowa Szkoła Administracji Publicznej im. Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej L. Kaczyńskiego, Warszawa 2018.
- Bieś-Srokosz P., *Tendencje zmian prawnych form realizacji zadań publicznych*, [w:] J. Jagielski, M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne dziś i jutro*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Błaś A., *Prawne formy działania administracji publicznej*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2000.
- Boć J. (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2001.
- Cieślak Z., *Porozumienie administracyjne*, PWN, Warszawa 1985.
- Godlewski R., Kisilowska H., *Przenikanie się prawa administracyjnego i prawa cywilnego na przykładzie gospodarki nieruchomościami i prawa budowlanego*, [w:] A. Doliwa, R. Dariusz Kijowski, S. Prutis (red.), *Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne*, t. 3: *Kryzys prawa administracyjnego?*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Gorgol A., *Porozumienie w sprawie powierzenia zadań Krajowej Administracji Skarbowej*, [w:] J. Jagielski, M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne dziś i jutro*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Grażawski M., *Porozumienie administracyjne jako prawna forma działania administracji publicznej*, Wyd. Wyższej Szkoły Administracyjnej, Bielsko-Biała 2007.
- Jaworski B., *Równość podmiotów porozumienia administracyjnego – mit czy rzeczywistość?*, [w:] J. Korczak, P. Lisowski (red.), *Równość w prawie administracyjnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Kijowski D., *Umowy w administracji publicznej*, [w:] *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, TNOiK, Toruń 2005.
- Kmieciak Z., *Umowa cywilnoprawna i porozumienie administracyjne jako formy działania organów administracji w sferze zarządzania gospodarką państwową*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1988, nr 3.
- Ochendowski E., *Prawo administracyjne. Część ogólna*, TNOiK, Toruń 2002.
- Starościak J., *Prawne formy działania administracji*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1957.

- Starościak J., *Prawne formy i metody działania administracji*, [w:] T. Rabska, J. Łętowski (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 3, Ossolineum, Warszawa–Wrocław–Kraków–Gdańsk 1978.
- Starościak J., *Studia z teorii prawa administracyjnego*, Ossolineum, Wrocław 1960.
- Stec P., *Umowy w administracji*, Difin, Warszawa 2013.
- Szuber-Bednarz E.T., Paczuski R., *Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne czy także wspomaganie osiągania celów administracyjno-prawnych drogą stosowania w coraz szerszym zakresie umowy jako cywilnoprawnej formy działania?*, [w:] A. Doliwa, R. Dariusz Kijowski, S. Prutis (red.), *Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne*, t. 3: *Kryzys prawa administracyjnego?*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Ura E., *Prawo administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2006.
- Wojtoń-Malicka B., *Porozumienie administracyjne środkiem ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Informatyki, Zarządzania i Administracji w Warszawie” 2016, t. 14, z. 4(37).
- Ziemski K., *Formy prawne działania administracji publicznej*, [w:] J. Pośluszny (red.), *Aktualne problemy administracji i prawa administracyjnego*, Przemyśl–Rzeszów 2003.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2003.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Zakamycze, Kraków 2005.

Summary

The tendency of public law to permeate and private law on the example of an administrative agreement

Keywords: public law, private law, legal forms, tasks of public administration, administrative agreement, civil law contract.

The dynamically changing catalogue of public administration tasks contributes to the ineffective reconstruction of legal forms that can be used by public administration. There is a noticeable tendency for public law to permeate private law, and more precisely: administrative law with civil law. In principle, such interpenetration should not be a negative phenomenon, as it will consequently contribute to the emergence of new forms of public tasks. However, should this phenomenon be assessed positively? Well, this question will be considered in this article, on the example of an administrative agreement, which should be considered a legal form with features characteristic of both administrative and civil law. The features of the agreement within the meaning of civil law will be presented and discussed, which will be compared with the features of the agreement within the meaning of administrative law, as well as the answer will be given on whether the administrative agreement belongs to a specific branch of law.

Katarzyna Karolina Borkowska

Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście w Warszawie

ORCID: 0000-0002-4529-5805

katarzyna.karolina.borkowska@gmail.com

Przesłanki odpowiedzialności podmiotu zbiorowego w prawie polskim i szwajcarskim – uwagi na tle prawnoporównawczym

Uwagi wstępne

Jedną z fundamentalnych zasad prawa karnego jest to, że podmiotem przestępstwa może być tylko człowiek¹ – w myśl zasady *societas delinquere non potest*. Jednakże zauważalny w ostatnich latach rozwój przestępczości gospodarczej² sprawił, że penalizacja jedynie osób fizycznych za ich zachowania nie jest wystarczająca³. Celowe jawi się wprowadzenie do systemu prawa rozwiązania, które pozwoliłoby pociągnąć do odpowiedzialności również osoby prawne. Te bowiem nierzadko odnoszą realną korzyść z nadużyć działających osób fizycznych⁴. Wysiłki organizacji międzynarodowych również ukierunkowane są na skuteczne zwalczanie przestępczości finansowej i terrorystycznej – także na poziomie transgranicznym. Wyrazem tego są ich wytyczne w zakresie pociągania do odpowiedzialności koncernów, które następnie adaptowane są do krajowych systemów prawnych⁵. Obecnie instytucja odpowiedzialności osób prawnych jest powszechna zarówno w państwach systemu prawa *common law*, jak też systemu prawa kontynentalnego⁶. Podkreślenia jednak wymaga, że sposób ujęcia w ramy prawne przedmiotowego roz-

¹ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 48–49.

² P. Pawluczuk-Bućko, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych w kontekście nadchodzących zmian legislacyjnych – kilka uwag*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 52, s. 373.

³ W. Zalewski, *Odpowiedzialność podmiotu zbiorowego w prawie karnym – w poszukiwaniu racjonalności*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, t. XXXVIII, s. 391–392.

⁴ M. Kozłowska, Ł. Lasek, A. Pietryka, J. Znamierowski, *Odpowiedzialność karna podmiotów zbiorowych w Polsce – krótki przewodnik dla wszystkich zainteresowanych*, Warszawa 2021, s. 2.

⁵ Takowe wytyczne wystosowały m.in. Unia Europejska i Rada Europy – por. P. Pawluczuk-Bućko, op. cit., s. 373.

⁶ T. Weigend, *Societas delinquere non potest? A German Perspective*, „Journal of International Criminal Justice” 2008, t. 6, nr 5, s. 927–945.

wiązania może być różny. Część prawodawstw penalizuje zachowania podmiotów zbiorowych w osobnej ustawie (m.in. Polska), z kolei w innych odpowiedzialność podmiotów zbiorowych wypływa wprost z przepisów ustawy karnej⁷. Z racji tego, że instytucja kryminalnego karania podmiotów innych niż osoby fizyczne stanowi w prawie karnym wyjątek⁸, praktyczne stosowanie przepisów dotyczących tego zagadnienia nastrocza trudności, co z kolei jest przyczynkiem do dyskusji na temat ewentualnych zmian prawa.

Przedmiotem niniejszego artykułu uczyniono przepisy prawa normujące odpowiedzialność podmiotów zbiorowych w Polsce i Szwajcarii. Mając na uwadze obszerność opisywanych zagadnień, analiza opracowania została ograniczona jedynie do aspektów materialnoprawnych odpowiedzialności podmiotów zbiorowych oraz do rozważań na temat zagrożenia karą. Cel badań stanowiło ukazanie zbieżności oraz odrębności między unormowaniem polskim i szwajcarskim. Problem badawczy określono następująco – jakie są wspólne i odmienne cechy polskiej i szwajcarskiej regulacji prawnej dotyczącej odpowiedzialności podmiotów zbiorowych. W ślad za tak skonkretyzowanym problemem badawczym obrano następującą hipotezę badawczą – polska i szwajcarska regulacja prawna dotycząca odpowiedzialności podmiotów zbiorowych wykazuje zarówno podobieństwa, jak też różnice w swojej zawartości normatywnej. Aby zweryfikować przedmiotową hipotezę badawczą, posłużono się komparatystyczną metodą badań. Merytoryczna część artykułu została podzielona na trzy części: pierwsza z nich została poświęcona instytucji odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w prawie polskim, druga – w prawie szwajcarskim, w trzeciej zaś dokonano porównania obu regulacji oraz wyciągnięto wnioski. Za cezurę aktualności stanu prawnego przyjęto datę 18 sierpnia 2021 r.

Ponadto należy wskazać, że obecnie brakuje w Polsce pracy poświęconej *stricte* przepisom odnoszącym się do odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w prawie polskim i szwajcarskim. Literatura przedmiotu koncentruje się przede wszystkim wokół generalnego problemu odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w prawie polskim (w tym miejscu należy wskazać m.in. pracę Wojciecha Zalewskiego⁹ oraz Katarzyny Stokłosa¹⁰). Najnowsze opracowania komparatystyczne (m.in. artykuły autorstwa Dariusza Furdzika¹¹ i Tomasza Darkowskiego¹²) nie obejmują natomiast zakresem badań przepisów szwajcarskich.

⁷ K. Stokłosa, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych na nowych zasadach a obecne rozwiązania prawne. Wybrane zagadnienia*, „Zeszyty Prawnicze” 2019, nr 19, s. 206–207.

⁸ L. Gardocki, op. cit., s. 48–49.

⁹ W. Zalewski, op. cit., s. 389–404.

¹⁰ K. Stokłosa, op. cit., s. 205–232.

¹¹ D. Furdzik, *Analiza kar i środków karnych w ustawie z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary na tle prawnoporównawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 5, s. 88–110.

¹² T. Darkowski, *Austriacki model odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 6, s. 5–14.

Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych – model polski

W polskim systemie prawa odpowiedzialność podmiotów zbiorowych wynika z ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary¹³ (dalej jako u.o.p.z.). Przed wejściem w życie powoływanej ustawy polskie prawo karne nie знаło instytucji odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, a jej wprowadzenie budziło szereg kontrowersji¹⁴. Celem przyświecającym legislatorowi w uchwaleniu regulacji było dostosowanie polskiego ustawodawstwa do ustawodawstwa Unii Europejskiej, a konkretnie – co wynika z dokumentów przekazanych do projektu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych¹⁵ – siedmiu następujących aktów prawnych: 1) Konwencji o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych sporządzonej w Paryżu dnia 17 grudnia 1997 r.¹⁶; 2) Prawnokarnej Konwencji o korupcji sporządzonej w Strasburgu dnia 27 stycznia 1999 r.¹⁷; 3) Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości sporządzonej w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r.¹⁸; 4) Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r.¹⁹; 5) Drugiego protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26 lipca 1995 r. sporządzonego w Brukseli dnia 19 czerwca 1997 r.²⁰; 6) Wspólnego działania z dnia 24 lutego 1997 r. przyjętego przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, dotyczącego działań mających na celu zwalczanie handlu ludźmi i seksualnego wykorzystywania

¹³ Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2002 r., Nr 197, poz. 1661 z późn. zm.).

¹⁴ M. Pniewska, *Problematyka charakteru prawnego odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary w prawie polskim*, „*Studia Iuridica Toruniensia*” 2010, t. VI, s. 185–186; W. Zalewski, op. cit., s. 389–390.

¹⁵ Rządowy projekt ustawy o odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych (druk nr 706), przetłumaczone na język polski teksty przepisów Unii Europejskiej, do których ma być dostosowane prawo polskie do rządowego projektu ustawy o odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/706> (data dostępu: 18.08.2021).

¹⁶ Konwencja o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych sporządzona w Paryżu dnia 17 grudnia 1997 r. (Dz.U. z 2001 r., Nr 23, poz. 264).

¹⁷ Prawnokarna Konwencja o korupcji sporządzona w Strasburgu dnia 27 stycznia 1999 r. (Dz.U. z 2005 r., Nr 29, poz. 249).

¹⁸ Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości sporządzona w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r. (Dz.U. z 2015 r., poz. 728).

¹⁹ Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r. (Dz.U. z 2005 r., Nr 18, poz. 158).

²⁰ Drugi protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26 lipca 1995 r., sporządzony w Brukseli dnia 19 czerwca 1997 r. (Dz.U. z 2009 r., Nr 208, poz. 1603).

dzieci²¹ oraz 7) Wspólnego działania z dnia 21 grudnia 1998 r. przyjętego przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie uznawania za przestępstwa karne uczestnictwa w organizacji przestępczej w Państwach Członkowskich Unii Europejskiej²². Od momentu wejścia w życie, tj. od 28 listopada 2003 r.²³, ustawa była wielokrotnie nowelizowana, doczekując się ośmiu tekstów jednolitych.

Jak wskazano w art. 1 u.o.p.z., ustawa określa zasady odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary jako przestępstwa lub przestępstwa skarbowe oraz zasady postępowania w przedmiocie takiej odpowiedzialności. Ustawa określa więc samodzielne materialnoprawne zasady odpowiedzialności podmiotów zbiorowych oraz autonomiczne przepisy proceduralne. Mimo istniejących w tym zakresie wątpliwości przyjmuje się, że odpowiedzialność przewidziana na gruncie ustawy pozostaje w obszarze prawa karnego, nie jest to jednak odpowiedzialność karna²⁴. Jest to autonomiczny rodzaj odpowiedzialności prawnej²⁵. Takowa odrębność powoduje, że do podmiotów zbiorowych nie stosuje się przepisów części ogólnej Kodeksu karnego²⁶ (dalej jako k.k.), bowiem zgodnie z art. 116 k.k. przepisy części ogólnej k.k. stosuje się do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, chyba że ustawy te wyraźnie wyłączają ich zastosowanie²⁷. Trybunał Konstytucyjny rozstrzygnął, że „regulacje tej ustawy [u.o.p.z. – dop. K.K.B.] określają odpowiedzialność o charakterze represyjnym. Świadczą o tym przesłanki tej odpowiedzialności, a przede wszystkim represyjny cel i funkcja orzekanych wobec podmiotów zbiorowych kar (...). Nie ma wątpliwości, że ustawodawca, uchwalając ustawę o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za

²¹ Wspólne działanie z dnia 24 lutego 1997 r. przyjęte przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, dotyczące działań mających na celu zwalczanie handlu ludźmi i seksualnego wykorzystywania dzieci (Dz.U. UE L 63, 4.3.1997, s. 2–6).

²² Wspólne działanie z dnia 21 grudnia 1998 r. przyjęte przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, w sprawie uznawania za przestępstwa karne uczestnictwa w organizacji przestępczej w Państwach Członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. UE L 351, 29.12.1998, s. 1–3).

²³ Podmiot zbiorowy może więc odpowiadać tylko za te czyny, które zostały popełnione po 28 listopada 2003 r. – por. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Ale od kiedy?*, „Rzeczpospolita – Prawo co dnia” 2003, nr 8, s. 8.

²⁴ D. Habrat, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 1.

²⁵ A. Zachuta, *Specyfika odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 11, s. 147–158.

²⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

²⁷ L. Ziomek, *Materialnoprawne aspekty odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w świetle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2005, nr 2, s. 13; B. Nita, *Materialnoprawne i procesowe założenia ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, cz. II*, „Radca Prawny” 2003, nr 6, s. 36. Odmiennie: A. Studziński, D. Wasylkowski, *Stosować nie zawsze znaczy karać*, „Rzeczpospolita – Prawo co dnia” 2003, nr 11, s. 27 – zdaniem autorów ustawa „przewiduje odpowiedzialność karną lub przynajmniej quasi-karną co uzasadnia zastosowanie do niej części ogólnej k.k.”.

czyny zabronione pod groźbą kary, dążył do stworzenia odrębnej podstawy odpowiedzialności (...) i określił samodzielnie materialnoprawne zasady odpowiedzialności podmiotów zbiorowych”²⁸. Dla rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w ramach ustawy nie znajdują więc zastosowania klasyczne dla prawa karnego materialnego instytucje²⁹. Jednocześnie art. 6 u.o.p.z. wskazuje, że odpowiedzialność albo brak odpowiedzialności podmiotu zbiorowego na zasadach określonych w ustawie nie wyłącza odpowiedzialności cywilnej za wyrządzoną szkodę, odpowiedzialności administracyjnej ani indywidualnej odpowiedzialności prawnej sprawcy czynu zabronionego. Przepis ten wprowadza możliwość kumulacji postępowań prawnych – podmiot zbiorowy może jednocześnie ponieść odpowiedzialność na zasadach określonych w ustawie oraz odpowiedzialność cywilną, administracyjną, karną oraz każdą inną odpowiedzialność prawną ustawowo określoną³⁰.

Zakres podmiotowy odpowiedzialności podmiotów zbiorowych jest określony w art. 2 u.o.p.z. Zgodnie z treścią przepisu, podmiotem zbiorowym w rozumieniu ustawy jest osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków (art. 2 ust. 1 u.o.p.z.). Podmiotem zbiorowym w rozumieniu ustawy jest również spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, spółka kapitałowa w organizacji, podmiot w stanie likwidacji oraz przedsiębiorca niebędący osobą fizyczną, a także zagraniczna jednostka organizacyjna (art. 2 ust. 2 u.o.p.z.). Nazwa „podmiot zbiorowy” została więc legalnie zdefiniowana na potrzeby ustawy przez wyliczenie podmiotów stanowiących desygnat tego pojęcia. Poszczególne kategorie podmiotów nie zostały autonomicznie skonkretyzowane, w związku z czym należy odwołać się do siatki pojęciowej prawa prywatnego, w szczególności uregulowań Kodeksu cywilnego³¹ oraz Kodeksu spółek handlowych³². Odpowiedzialność mogą ponosić osoby prawne i jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, ale posiadające zdolność prawną, tj. przede wszystkim spółki osobowe (jawne, partnerskie, komandytowe, komandytowo-akcyjne) oraz spółki kapitałowe (z ograniczoną odpowiedzialnością oraz akcyjne) – także w organizacji; spółdzielnie (rolnicze, mieszkaniowe); fundacje i stowarzyszenia; partie polityczne; kościoły i związki wyznaniowe; wspólnoty mieszkaniowe; podmioty w stanie likwidacji; przedsiębiorcy niebę-

²⁸ Wyrok TK z 3 listopada 2004 r., sygn. akt K 18/03, OTK-A 2004, Nr 10, poz. 103.

²⁹ M. Filar, Z. Kwaśniewski, D. Kala, *Komentarz do ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, Toruń 2003, s. 41-42.

³⁰ D. Habrat, op. cit., art. 6.

³¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

³² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r., Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).

dający osobami fizycznymi; zagraniczne jednostki organizacyjne (np. oddziały i przedstawicielstwa). Podmiotami zbiorowymi nie są natomiast Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego i ich związki³³.

Dokonując analizy przedmiotowego zakresu odpowiedzialności, należy wskazać, że zgodnie z art. 3 u.o.p.z. podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności za czyn zabroniony, którym jest zachowanie osoby fizycznej: działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, podejmowania w jego imieniu decyzji lub wykonywania kontroli wewnętrznej albo przy przekroczeniu tego uprawnienia lub niedopełnieniu tego obowiązku (pkt 1); dopuszczonej do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osobę, o której mowa w pkt 1 (pkt 2); działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą osoby, o której mowa w pkt 1 (pkt 3); będącej przedsiębiorcą, który bezpośrednio współdziała z podmiotem zbiorowym w realizacji celu prawnie dopuszczalnego (pkt 3a) – jeżeli zachowanie to przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść, chociażby niemajątkową. Odpowiedzialność podmiotu zbiorowego powiązana jest więc z czynem zabronionym osoby fizycznej, pozostającej w zdefiniowanej ustawą relacji z podmiotem zbiorowym, tj. co do zasady działającej w jego imieniu lub interesie bądź współdziałającej z nim w ramach przydanych uprawnień bądź z ich przekroczeniem³⁴. Przez „działanie w imieniu” należy rozumieć działanie na podstawie upoważnienia ustawowego bądź umownego (m.in. pełnomocnictwo). „Działanie w interesie” stanowi natomiast dokonanie przysporzenia na rzecz podmiotu zbiorowego³⁵. Art. 3 zawiera także kolejną przesłankę odpowiedzialności podmiotu zbiorowego w postaci możliwości odniesienia przez podmiot zbiorowy korzyści majątkowej w wyniku zachowania podjętego przez osobę fizyczną – konieczne jest wykazanie, że zachowanie osoby fizycznej przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyści choćby niemajątkowe³⁶. Korzyścią niemajątkową jest korzyść, która nie jest przeliczalna na pieniądze³⁷.

Odpowiedzialność podmiotu zbiorowego jest uzależniona od odpowiedzialności karnej osoby fizycznej. Zgodnie z art. 4 u.o.p.z., podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności, jeżeli fakt popełnienia czynu zabronionego, wymienionego w art. 16, przez osobę, o której mowa w art. 3, został potwierdzony

³³ M. Kozłowska, Ł. Lasek, A. Pietryka, J. Znamierowski, op. cit., s. 3.

³⁴ D. Habrat, op. cit., art. 3.

³⁵ K. Ondrysz, *Przesłanki odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary – po nowelizacji*, „Nowa Kodyfikacja Postępowania Karnego” 2006, nr 20, s. 89–105; A. T. Majowska, *Konstrukcja odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary w aspekcie fundamentalnej zasady porządku prawnego – prawa do obrony*, „Nowa Kodyfikacja Postępowania Karnego” 2013, nr 29, s. 103–121.

³⁶ K. Stokłosa, op. cit., s. 205–232.

³⁷ H. Skwarczyński, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych jako nowy rodzaj odpowiedzialności za czyny zabronione pod groźbą kary*, „Palestra” 2004, nr 1–2, s. 84.

prawomocnym wyrokiem skazującym tę osobę, wyrokiem warunkowo umarzającym wobec niej postępowanie karne albo postępowanie w sprawie o przestępstwo skarbowe, orzeczeniem o udzielenie tej osobie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności albo orzeczeniem sądu o umorzeniu przeciwko niej postępowania z powodu okoliczności wyłączającej ukaranie sprawcy. Konstrukcja odpowiedzialności jest więc dwustopniowa – pierwszym etapem jest pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osoby fizycznej, a następnie (po spełnieniu ustawowych przesłanek) do odpowiedzialności pociągana jest osoba prawna³⁸. Odpowiedzialność podmiotu zbiorowego ma więc charakter niesamodzielny i wtórny, akcesoryjny wobec odpowiedzialności osoby fizycznej³⁹. Jak wskazał Sąd Najwyższy, „akcesoryjność odpowiedzialności podmiotu zbiorowego polega na uprzednim odwołaniu się do zachowania – czynu osoby fizycznej, zawinionego i bezprawnego. Taki czyn osoby fizycznej jest warunkiem niezbędnym odpowiedzialności podmiotu zbiorowego”⁴⁰.

Kolejna przesłanka odpowiedzialności podmiotu zbiorowego jest zawarta w art. 5 u.o.p.z. Zgodnie z treścią przepisu, podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności, jeżeli do popełnienia czynu zabronionego doszło w następstwie: co najmniej braku należytej staranności w wyborze osoby fizycznej, o której mowa w art. 3 pkt 2 lub 3, lub co najmniej braku należytego nadzoru nad tą osobą – ze strony organu lub przedstawiciela podmiotu zbiorowego (pkt 1); organizacji działalności podmiotu zbiorowego, która nie zapewniała uniknięcia popełnienia czynu zabronionego przez osobę, o której mowa w art. 3 pkt 1 lub 3a, podczas gdy mogło je zapewnić zachowanie należytej staranności, wymaganej w danych okolicznościach, przez organ lub przedstawiciela podmiotu zbiorowego (pkt 2). Przepis art. 5 u.o.p.z. odnosi się więc do „swoistego zawinienia podmiotu zbiorowego”, stanowiącego przesłankę do przypisania mu odpowiedzialności⁴¹. Jak wskazuje Beata Mik, konieczne jest „sformułowanie wobec podmiotu zbiorowego zarzutu (...) liczącego się błędu w nadzorze, w wyborze lub w organizacji”⁴². Wina w wyborze (*culpa in eligendo*) oraz wina w nadzorze (*culpa in custodiendo*) to pojęcia siatki prawa cywilnego⁴³. Wina w wyborze (art. 429 k.c.) obciąża odpowiedzialnością odszkodowawczą osobę powierzającą wykonanie czynności innej osobie⁴⁴, a „(...) przypisanie odpowiedzialności deliktowej danej osobie jest uzależnione od kumulatywnego speł-

³⁸ W. Zalewski, op. cit., s. 397.

³⁹ I. Józwiak, *Wina w organizacji jako przesłanka odpowiedzialności podmiotu zbiorowego w świetle projektowanej ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych*, „Młody Jurysta” 2019, nr 3, s. 43.

⁴⁰ Wyrok SN z 2 lutego 2009 r., sygn. akt V KK 427/08, OSNKW 2009, z. 7, poz. 57.

⁴¹ D. Habrat, op. cit., art. 5.

⁴² B. Mik, *Łyżka dziegciu con amore*, „Rzeczpospolita – Prawo co dnia” 2003, nr 11, s. 17.

⁴³ M. Pniewska, op. cit., s. 200.

⁴⁴ G. Karaszewski, *Komentarz do art. 429 k.c.*, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 429.

nienia następujących przesłanek: wystąpienia zdarzenia z którym wiąże się odpowiedzialność podmiotu zobowiązanego, zaistnienia szkody, istnienia związku przyczynowego między owym zdarzeniem a szkodą doznaną przez poszkodowanego⁴⁵. Jednocześnie w doktrynie przeważa pogląd, że z racji autonomicznego uregulowania odpowiedzialności podmiotów zbiorowych nie znajduje zastosowania przesłanka egzoneracyjna z art. 429 k.c. w postaci wyboru przez podmiot zbiorowy osoby zawodowo zajmującej się dokonywaniem określonych czynności⁴⁶. Na podstawie art. 427 k.c. odpowiedzialność za szkodę może natomiast ponieść podmiot zobowiązany do nadzoru nad samym sprawcą szkody⁴⁷. „Konstrukcja odpowiedzialności przewidzianej w art. 427 k.c. opiera się na zespole przesłanek, na który składają się: wyrządzenie szkody przez bezprawne zachowanie nadzorowanego, któremu winy przypisać nie można, istnienie związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem bezpośredniego sprawcy a szkodą, istnienie po stronie zobowiązanego powinności nadzoru, wina w nadzorze oraz związek przyczynowy pomiędzy nienależytym wykonywaniem nadzoru a szkodą⁴⁸. Ostatnią formą winy podmiotu zbiorowego jest tzw. wina organizacyjna⁴⁹. W oparciu o treść przepisów można ją zdefiniować jako „taką nieprawidłowość w organizacji działalności podmiotu zbiorowego, która ułatwiła lub umożliwiła popełnienie czynu zabronionego, chociaż inna organizacja działalności mogła zapobiec popełnieniu tego czynu”⁵⁰. Zaakcentowania wymaga, że instytucja winy organizacyjnej rodzi szereg problemów praktycznych. Po pierwsze, przypisanie winy wymaga „stworzenia hipotetycznego modelu, w którym sprawca przestępstwa zachowuje się w odpowiedni sposób, i przeprowadzenia w jego ramach testu, czy dochodzi do popełnienia przestępstwa, czy też nie”⁵¹. Z oczywistych względów opracowanie modelu pożądanego zachowania może być trudne, o ile w ogóle możliwe. Po wtóre, należy zgodzić się z Wojciechem Zalewskim, który zauważył, że „rozezwana zostaje więź jedności czasowej między zawinionym działaniem lub zaniechaniem po stronie podmiotu zbiorowego, a dokonaniem czynu zabronione-

⁴⁵ Wyrok SA w Szczecinie z 23 czerwca 2016 r., sygn. akt I ACa 402/14, Lex nr 2137073.

⁴⁶ A. Bartosiewicz, *Przesłanki odpowiedzialności podmiotu zbiorowego – aspekty praktyczne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 2, s. 38–43; B. Nita, *Model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 6, s. 16–33; B. Nita, *Materiałnoprawne i procesowe założenia ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, cz. I*, „Radca Prawny” 2003, nr 5, s. 38.

⁴⁷ A. Olejniczak, *Komentarz do art. 427 k.c.*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014, art. 427.

⁴⁸ Wyrok SN z 15 stycznia 2015 r., sygn. akt IV CSK 146/14, Lex nr 1587174.

⁴⁹ D. Mielnik, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych w aspekcie projektu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary i zmianie niektórych ustaw (UD 74) – część II*, [w:] A. Krzysztofek, K. Szewczyk, A. Borcuch (red.), *Regulacje prawne a funkcjonowanie polskiej gospodarki*, Kielce 2019, s. 174.

⁵⁰ I. Józwiak, op. cit., s. 49.

⁵¹ A. Bartosiewicz, op. cit., s. 38–43.

go przez jedną z osób określonych w art. 3 ustawy. Zarówno stworzenie stanu, który zapewniłby uniknięcie popełnienia czynu zabronionego przez osobę fizyczną, jak i dokonanie wyboru danej osoby, jak również nadzór nad nią, odnoszą się do czasu sprzed popełnienia przez tę osobę czynu zabronionego. Mamy tu do czynienia ze swoistym zawinieniem na przedpolu czynu w postaci zawinienia organizacyjnego⁵².

W art. 16 u.o.p.z. zawarty jest katalog czynów zabronionych, których uprzednie popełnienie przez osobę fizyczną stanowi podstawę do pociągnięcia do odpowiedzialności podmiotu zbiorowego. Wyliczenie odzwierciedla unormowania aktów prawa międzynarodowego. Katalog ten, był wielokrotnie nowelizowany i liczy kilkadziesiąt typów czynów zabronionych⁵³. Z racji obszerności wyliczenia nie jest celowe przytaczanie wszystkich typów czynów zabronionych stanowiących podstawę do pociągnięcia podmiotu zbiorowego do odpowiedzialności, czyniąc jednocześnie w tym miejscu odesłanie do ustawy. Należy jedynie wskazać najważniejsze kategorie przestępstw, do których należą m.in. przestępstwa: 1) przeciwko obrotowi gospodarczemu określone w k.k. lub w ustawach pozakodeksowych; 2) przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi określone w k.k. lub w ustawach pozakodeksowych; 3) łapownictwa i płatnej protekcji określone w k.k. lub w ustawach pozakodeksowych; 4) przeciwko ochronie informacji, określone w art. 267–269b k.k.; 5) przeciwko wiarygodności dokumentów, określone w art. 270–273 k.k.; 6) przeciwko mieniu, określone w art. 286 i 287 oraz w art. 291–293 k.k.; 7) przeciwko środowisku określone w k.k. lub w ustawach pozakodeksowych; 8) przeciwko konkurencji; 9) przeciwko własności intelektualnej; 10) skarbowe przeciwko obowiązkom podatkowym i rozliczeniom z tytułu dotacji lub subwencji, obowiązkom celnym oraz zasadom obrotu z zagranicą towarami i usługami.

Wobec podmiotu zbiorowego sąd orzeka karę pieniężną w wysokości od 1000 do 5 000 000 zł, nie wyższą jednak niż 3% przychodu osiągniętego w roku obrotowym, w którym popełniono czyn zabroniony będący podstawą odpowiedzialności podmiotu zbiorowego (art. 7 u.o.p.z.).

Odpowiedzialność podmiotu zbiorowego jest limitowana czasowo. Kary pieniężnej, przepadku, zakazów ani podania wyroku do publicznej wiadomości nie orzeka się wobec podmiotu zbiorowego, jeżeli od dnia wydania orzeczenia wobec osoby fizycznej upłynęło 10 lat (art. 14 u.o.p.z.). Kary pieniężnej, przepadku, zakazów ani podania wyroku do publicznej wiadomości nie wykonuje się natomiast, jeżeli od uprawomocnienia się wyroku stwierdzającego odpowiedzialność podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony pod groźbą kary upłynęło 10 lat (art. 15 u.o.p.z.).

Podsumowując, materialnoprawne przesłanki pociągnięcia do odpowiedzialności podmiotu zbiorowego w prawie polskim są następujące:

⁵² W. Zalewski, op. cit., s. 397–398.

⁵³ D. Habrat, op. cit., art. 16.

1. Zdolność podmiotu do ponoszenia odpowiedzialności ze względu na formę organizacyjną – art. 2 ust. 1 i 2 u.o.p.z.

2. Przedmiotowy zakres odpowiedzialności – związek między osobą fizyczną popełniającą czyn zabroniony a podmiotem zbiorowym, który wyraża się w działaniu osoby fizycznej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego – art. 3 pkt 1–3a u.o.p.z.

3. Prejudykat karny wobec osoby fizycznej, przy czym okres przedawnienia od momentu jego wydania wynosi 10 lat – art. 4 u.o.p.z. i art. 14 u.o.p.z.

4. Zawinienie podmiotu zbiorowego mające postać winy w wyborze, winy w nadzorze bądź winy organizacyjnej – art. 5 pkt 1 i 2 u.o.p.z.

5. Popelnienie przez osobę fizyczną czynu zabronionego zawartego w katalogu ustawowym – art. 16 u.o.p.z.

Interpretacja wyszczególnionych wyżej przesłanek pociągnięcia do odpowiedzialności podmiotu zbiorowego rodzi szereg problemów w praktycznym obrocie prawnym. Wątpliwości pojawiają się już przy zdolności podmiotu do ponoszenia odpowiedzialności ze względu na formę organizacyjną. Przykładowo, w doktrynie sporne jest, czy możliwe jest pociągnięcie do odpowiedzialności spółki cywilnej⁵⁴. Krytyce poddawane jest także odwoływanie się przez ustawę do siatki pojęć prawa prywatnego, co niekoniecznie sprawdza się w przypadku represyjnego charakteru odpowiedzialności – przepis przewidujący takową powinien być bowiem jasny i określony. Problematyczne jest przede wszystkim samo zawinienie podmiotu zbiorowego, które powinno przybrać postać cywilistycznie rozumianej winy w wyborze lub nadzorze albo winy organizacyjnej, czy też odwołanie się do kryterium „należytej staranności”⁵⁵. Wskazuje się również na brak uregulowania przypadku, gdy podmiot zbiorowy w wyniku przekształceń przestał istnieć lub nie istnieje w swojej dotychczasowej formie prawnej⁵⁶. Aktualne są także pytania co do efektywności ustawy. Zauważa się, że ustawa ma marginalne znaczenie praktyczne⁵⁷ – w 2015 r. wystosowano 15, a w 2016 r. – 25 wniosków o pociągnięcie do odpowiedzialności podmiotu zbiorowego na terenie całego kraju⁵⁸.

⁵⁴ A.T. Majowska, op. cit., s. 103–121; M. Filar, Z. Kwaśniewski, D. Kala, op. cit., s. 44–45; A. Szewczyk, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za przestępstwa skarbowe*, „Monitor Podatkowy” 2004, nr 2, s. 29–30; A. Bartosiewicz, *Spółki osobowe a odpowiedzialność podmiotów zbiorowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 9, s. 56–57; A. Antoniuk-Drożdż, *Zakres podmiotowy ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 2, s. 111 i nast.

⁵⁵ K. Stokłosa, op. cit., s. 227.

⁵⁶ J. Sobczak, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary uregulowane w Kodeksie karnym skarbowym*, [w:] D. Korczyński, P. Jóźwiak, P. Herbowski (red.), *Węzłowe zagadnienia prawa karnego skarbowego*, Warszawa 2017, s. 14.

⁵⁷ D. Furdzik, op. cit., s. 89.

⁵⁸ Podstawowa informacja o działalności sądów powszechnych – 2016 rok, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2017, s. 46.

Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych – model szwajcarski

Możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności podmiotów zbiorowych została wprowadzona do szwajcarskiego systemu prawa ustawą o finansowaniu terroryzmu z dnia 21 marca 2003 r.⁵⁹, która weszła w życie 1 października 2003 r.⁶⁰ Przed tą datą – mimo zauważalnej w doktrynie od końca lat 80. XX w. potrzeby penalizacji zachowań osób prawnych – instytucja ta nie była znana szwajcarskiemu prawu karnemu⁶¹. Jej implementacja podyktowana była m.in. wolą dostosowania prawa krajowego do prawa międzynarodowego oraz unijnego, które po przemianach politycznych w Europie w latach 90. XX wieku kierunkowano m.in. na zwalczanie przestępczości korporacyjnej⁶². Wprowadzenie regulacji stało się przedmiotem doktrynalnych kontrowersji, w dotychczasowym orzecznictwie również podkreślano okoliczność, że odpowiedzialność osób prawnych stanowi wyjątek od zasady *societas delinquere non potest*, w związku z czym osoby prawne nie są zdolne do popełnienia przestępstwa, chyba że prawo federalne lub kantonalne wyraźnie takową możliwość przewiduje⁶³. Obecnie, po upływie niemal 20 lat od wejścia w życie ustawy, w dalszym ciągu trwa doktrynalna dyskusja o ewentualnej modyfikacji modelu odpowiedzialności podmiotów zbiorowych⁶⁴.

Szwajcaria jest przykładem państwa, które nie uchwaliło samodzielnej ustawy dotyczącej odpowiedzialności podmiotów zbiorowych. Podstawą do pociągnięcia takowego do odpowiedzialności jest przepis zawarty w ustawie karnej, a konkretnie przepis art. 102 ust. 1-4 szwajcarskiego kodeksu karnego⁶⁵ (dalej jako StGB). Należy wskazać, że zawarcie uregulowania tyżącego się

⁵⁹ Federalna ustawa o zmianie kodeksu karnego i nadzorze nad ruchem pocztowym i telekomunikacyjnym [finansowanie terroryzmu] (*Bundesgesetz über die Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [Finanzierung des Terrorismus]*) z dnia 21 marca 2003 r., BBl 2003 r., poz. 2847.

⁶⁰ M. Pieth, *Anwendungsprobleme des Verbandsstrafrechts in Theorie und Praxis*, „Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht” 2015, nr 3, s. 223; S. Pflaum, *Die Erledigung von Strafverfahren gegen Unternehmen durch Wiedergutmachung Kritische Bemerkungen zum Ermessensspielraum der Behörden bei der Anwendung von Art. 53 StGB*, „Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht” 2019, nr 1, s. 118.

⁶¹ M.J. Hilf, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im schweizerischen, österreichischen und liechtensteinischen Recht*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2014, nr 126(1), s. 74; A. Światłowski, *Perspektywy ożywienia odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, [w:] I. Ramus (red.), *Obrót powszechny i gospodarczy. Problemy karnomaterialne i procesowe*, Kielce 2014, s. 45–46.

⁶² M. Pieth, op. cit., s. 224–226.

⁶³ Wyrok BG (Trybunału Federalnego – *Bundesgericht*) z 31 lipca 1979 r., BGE 105 IV 172; wyrok BG z 16 kwietnia 1971 r., BGE 97 IV 203.

⁶⁴ J. Fournier, M. Langhorst, J. van den Bosch, C. Viennet, *Sanktionierung von Unternehmen bei der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten. Deutschland, Frankreich, Niederlande, Österreich, Lozanna* 2019, s. 7.

⁶⁵ Ustawa kodeksu karny (*Strafgesetzbuch*) z dnia 21 grudnia 1937 r. (SR 311.0 z późn. zm.).

odpowiedzialności osób prawnych w ustawie karnej przesądza o tym, że owa odpowiedzialność ma charakter karny i że znajdują do niej zastosowanie ogólne przepisy k.k.⁶⁶

Przepis art. 102 StGB stanowi, że jeżeli zbrodnia lub występki (*das Verbrechen oder Vergehen*) zostało popełnione (*wird begangen*) w ramach gospodarczego działania (*in Ausübung geschäftlicher Verrichtung*) podmiotu (*Unternehmen*) podjętego w związku z celem działalności (*im Rahmen des Unternehmenszwecks*), a czynu tego nie można przypisać osobie fizycznej ze względu na niewłaściwą organizację podmiotu gospodarczego (*mangelhafte Organisation des Unternehmens*), to zbrodnia lub występki jest przypisywany podmiotowi gospodarczemu. W takim przypadku podmiot zbiorowy podlega karze grzywny w wysokości do 5 milionów franków szwajcarskich (ust. 1). Jeżeli jest to czyn zabroniony zgodnie z art. 260^{ter}67, 260^{quinquies}68, 305^{bis}69, 322^{ter}70, 322^{quinquies}71, 322^{septies}72 zdanie 1 lub 322^{octies}73, podmiot gospodarczy ponosi odpowiedzialność niezależnie od odpowiedzialności osób fizycznych, w przypadku gdy podmiotowi gospodarczemu można zarzucić, że nie podjął wszystkich niezbędnych i odpowiednich środków organizacyjnych (*alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren*), aby zapobiec takiemu czynowi zabronionemu (ust. 2). Wymierzając grzywnę sąd bierze pod uwagę w szczególności wagę czynu i wagę braków w organizacji oraz wyrządzonej szkody, jak też gospodarczą zdolność finansową przedsiębiorstwa (ust. 3). Podmiotami gospodarczymi w rozumieniu niniejszego przepisu są: a) osoby prawne prawa prywatnego (*juristische Personen des Privatrechts*); b) osoby prawne prawa publicznego z wyjątkiem terenowych osób prawnych prawa publicznego (*juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften*); c) spółki (*Gesellschaften*); d) osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą (*Einzelfirmen*) [ust. 4].

Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych na gruncie prawa szwajcarskiego może przybrać dwojaką formę. W art. 102 ust. 1 StGB ustawodawca

⁶⁶ Dlatego też w przypadku odpowiedzialności podmiotów zbiorowych mogą znaleźć zastosowanie instytucje części ogólnej StGB, m.in. zadośćuczynienie (art. 53 StGB) [M. Hilti, *Strafbarkeit des Unternehmens. Lückenhafte Regelung. Mangelhafter Vollzug. Erhebliche Transparenzdefizite*, Berno 2021, s. 16] czy odstąpienie od wymierzenia kary (art. 54 StGB) [M. A. Niggli, D. R. Gfeller, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern*, [w:] M.A. Niggli, M. Amstutz (red.), *Verantwortlichkeit im Unternehmen Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Helbing Lichtenhahn, Bazylea 2007, s. 163].

⁶⁷ Przedmiotowy przepis penalizuje uczestnictwo w organizacji o charakterze przestępczym lub terrorystycznym (*Kriminelle und terroristische Organisationen*).

⁶⁸ Przedmiotowy przepis penalizuje finansowanie terroryzmu (*Finanzierung des Terrorismus*).

⁶⁹ Przedmiotowy przepis penalizuje pranie brudnych pieniędzy (*Geldwäscherei*).

⁷⁰ Przedmiotowy przepis penalizuje łapownictwo (*Bestechen*).

⁷¹ Przedmiotowy przepis penalizuje płatną protekcję (*Vorteilsgewährung*).

⁷² Przedmiotowy przepis penalizuje łapownictwo zagranicznych funkcjonariuszy publicznych (*Bestechung fremder Amtsträger*).

⁷³ Przedmiotowy przepis penalizuje łapownictwo osób prywatnych (*Bestechung Privater*).

przewidział subsydiarną odpowiedzialność podmiotu zbiorowego (*subsidiäre Verantwortlichkeit*), natomiast odpowiedzialność wypływająca z art. 102 ust. 2 StGB ma charakter pierwotny (*primäre Verantwortlichkeit*); określana jest również mianem odpowiedzialności konkurencyjnej (*konkurrierende Verantwortlichkeit*)⁷⁴. W obu przypadkach odpowiedzialność podmiotu zbiorowego wynika z jego braków o charakterze organizacyjnym – pierwszy ustęp przepisu penalizuje sytuację, gdy działająca osoba fizyczna nie może zostać wykryta ze względu na wadliwą organizację podmiotu, drugi ustęp przepisu odnosi się natomiast do przypadków, w których wadliwa organizacja podmiotu nie zapobiega popełnieniu czynu zabronionego⁷⁵. Przestępstwo z art. 102 StGB należy do tzw. przestępstw stanu⁷⁶ (*das Zustanddelikt*), nie jest przestępstwem trwałym⁷⁷. Konstrukcja przepisu uniemożliwia pociągnięcie do odpowiedzialności na jego podstawie osoby fizycznej⁷⁸.

Przesłanki pociągnięcia podmiotu zbiorowego do odpowiedzialności subsydiarnej (art. 102 ust. 1 StGB) na gruncie ustawy szwajcarskiej są następujące – zbrodnia lub występki (*das Verbrechen oder Vergehen*) musi zostać popełniona (*begangen*) w ramach gospodarczego działania (*in Ausübung geschäftlicher Verrichtung*) podmiotu (*Unternehmen*) podjętego w związku z celem działalności (*im Rahmen des Unternehmenszwecks*), a czynu tego nie można przypisać osobie fizycznej ze względu na niewłaściwą organizację podmiotu gospodarczego (*mangelhafte Organisation des Unternehmens*).

Punktem wyjścia jest uprzedni czyn osoby fizycznej. Czyn osoby fizycznej może pozostawać zbrodnią (*Verbrechen*) bądź występkiem (*Vergehen*), zarówno z ustawy karnej, jak też z przepisów pozaustawowych⁷⁹. Zgodnie z przepisem art. 105 ust. 1 StGB⁸⁰, czyn osoby fizycznej nie może być natomiast wykroczeniem (*Übertretung*). Jednocześnie treść przepisu sugeruje, że przestępstwo musi zostać dokonane (*begangen*), co jednocześnie oznacza, że przypisanie osobie fizycznej jedynie usiłowania jego popełnienia jest niewystarczające⁸¹.

⁷⁴ D.K. Graf, *Komentarz do art. 102 StGB*, [w:] D. K. Graf (red.), *StGB. Annotierter Kommentar*, Berno 2020, s. 698–699; L. Bürge, *Repetitorium. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Kurz gefasste Darstellung mit Schemata, Übungen und Lösungen*, Zurych 2017, s. 97.

⁷⁵ D. K. Graf, op. cit., s. 699.

⁷⁶ Pojęcie „przestępstwa stanu” (przestępstwa o skutkach trwałych) obejmuje swoim zakresem te przestępstwa, które nie są przestępstwami trwałymi. Jak wskazuje K. Banasik, „w przypadku »deliktu stanu« bezprawie czynu wyczerpuje się w sprowadzeniu stanu sprzecznego z prawem, a utrzymywanie naruszenia dobra prawnego nie wypełnia znamion typu czynu zabronionego” (zob. K. Banasik, *Przestępstwa trwałe i delikty trwałe*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8, s. 96).

⁷⁷ Wyrok BG z 12 grudnia 2019 r., BGE 146 IV 68.

⁷⁸ D.K. Graf, op. cit., s. 699.

⁷⁹ M.A. Niggli, D. R. Gfeller, op. cit., s. 160.

⁸⁰ W myśl tego przepisu, w przypadku wykroczeń nie stosuje się m.in. przepisów o odpowiedzialności przedsiębiorstwa (art. 102).

⁸¹ D.K. Graf, op. cit., s. 700.

Przypisanie odpowiedzialności podmiotowi zbiorowemu wymaga popełnienia przestępstwa w ramach gospodarczego działania podmiotu (*in Ausübung geschäftlicher Verrichtung*). Takie sformułowanie przepisu ogranicza zarówno krąg sprawców pierwotnego przestępstwa, jak również jego okoliczności. Grupa sprawców jest szeroka i obejmuje nie tylko osoby kierujące podmiotem, lecz także pracowników, osoby pracujące na rzecz danego podmiotu – zarówno na podstawie umowy, jak i bez stosunku umownego, agentów, osoby luźno powiązane z danym podmiotem, np. prawników⁸² oraz osoby działające w ramach *outsourcingu*⁸³. Czyny zabronione umożliwiające albo ułatwione przez dany podmiot, ale pozostające poza jego działalnością gospodarczą (np. molestowanie seksualne podwładnych) nie stanowią opisywanego działania w ramach podmiotu⁸⁴. Pomimo istniejących kontrowersji, raczej przyjmuje się, że również działanie w ramach struktury podmiotu, ale skierowane przeciwko samemu podmiotowi nie wyczerpuje dyspozycji przepisu art. 102 StGB⁸⁵. Przepis ten nie ma bowiem na celu chronienia danego podmiotu przed jego własną dezorganizacją⁸⁶.

Przestępstwo musi również pozostawać „w ramach celu podmiotu” (*im Rahmen des Unternehmenszwecks*), tj. pozostawać w związku z jego funkcjonowaniem na rynku (celem gospodarczym). Cel działalności podmiotu należy rozumieć w sposób ekonomiczny, tj. jako osiąganie zysku⁸⁷. Art. 102 ust. 1 StGB odnosi się więc do działań niezgodnych z prawem, które są funkcjonalnie powiązane z prawnym celem istnienia danego podmiotu⁸⁸. W doktrynie wskazuje się trzy możliwości interpretacji samego „celu” przedsiębiorstwa. Pierwszy z poglądów zastrzega rozumienie tego pojęcia jedynie do działań stwarzających zagrożenia typowe dla danego przedsiębiorstwa. Według drugiego tak dalekie ograniczenie nie jest wskazane i przy wykładni należy uwzględnić te czynniki, które są typowe dla branży, w której przedsiębiorstwo się specjalizuje. Zgodnie z trzecim – najszerszym – poglądem należy mieć na uwadze wszystkie te czynniki, które są bezpośrednio i pośrednio związane

⁸² T. Hansjakob, H. Schmitt, J. Sollberger, *Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch*, Norderstedt 2004, s. 106.

⁸³ P.C. Ziegler, *Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften. Insbesondere des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung*, rozprawa doktorska, Uniwersytet w Zurychu, Zurych 2004, s. 60.

⁸⁴ M.A. Niggli, D.R. Gfeller, op. cit., s. 163.

⁸⁵ G. Heine, *Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100^{quater} f.)*, „Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht” 2003, s. 34. Z poglądem tym nie zgadzają się M.A. Niggli, D.R. Gfeller. Ich zdaniem wykładnia przepisu art. 102 StGB nie pozwala na wykluczenie *a priori* ukarania osoby prawnej za czyn osoby fizycznej skierowanej przeciwko niej samej. Zdaniem autorów w takiej sytuacji należałoby odstąpić od wymierzenia kary, ponieważ sprawca poniósł dotkliwy uszczerbek z powodu swojego czynu (art. 54 StGB) – por. M.A. Niggli, D.R. Gfeller, op. cit., s. 163.

⁸⁶ D.K. Graf, op. cit., s. 702.

⁸⁷ T. Hansjakob, H. Schmitt, J. Sollberger, *Kommentierte Textausgabe...*, s. 106.

⁸⁸ M.A. Niggli, D.R. Gfeller, *Kommentar zu art. 102 StGB*, [w:] M.A. Niggli, H. Wiprächtiger (red.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Bazylea 2007, nb. 88.

z celem firmy, a w tym przykładowo takie jak przestępstwa drogowe popełnione przez personel czy szkody wynikłe z powodu nieodpowiedniego przygotowania posiłków w stołówce zakładowej⁸⁹.

Niemожność przypisania czynu osobie fizycznej stanowi kolejną przesłankę odpowiedzialności osób prawnych. Osoba prawna podlega jednakże karze tylko wtedy, gdy przestępstwa nie można przypisać konkretnej osobie fizycznej ze względu na nieodpowiednią organizację spółki. Podmiot nie ponosi zatem odpowiedzialności za wszystkie przestępstwa popełnione w trakcie jego działalności, ale tylko za te, gdy nie można zidentyfikować odpowiedzialnej osoby fizycznej, a fakt ten wynika z nieodpowiedniej organizacji firmy⁹⁰. Przedmiotowa konstrukcja jest podyktowana tym, że w spółkach o złożonej strukturze dostęp do określonej osoby fizycznej jako sprawcy przestępstwa może być utrudniony lub wręcz niemożliwy⁹¹. Jednocześnie przestępstwo osoby fizycznej musi być stwierdzone zarówno pod kątem faktycznym, jak też prawnym⁹². Osoba prawna nie może zostać pociągnięta do odpowiedzialności, jeżeli osoba fizyczna nie może takowej ponieść z powodu śmierci, ucieczki bądź okoliczności wyłączającej winę⁹³.

Przepis art. 102 StGB nie zawiera przesłanki związku przyczynowego między przestępstwem osoby fizycznej a zachowaniem podmiotu zbiorowego – przedmiotem zarzutu pozostaje deficyt organizacyjny podmiotu zbiorowego⁹⁴. Braki o charakterze organizacyjnym muszą powodować, że niemożliwe jest przypisanie danego czynu zabronionego konkretnej osobie fizycznej⁹⁵. Takowa zależność istnieje natomiast wtedy, gdy sprawca mógłby zostać zidentyfikowany przy prawidłowej organizacji podmiotu. Przepisy prawa nie wskazują, jak przedmiotowa organizacja miałaby wyglądać, niemniej jednak jako kluczowe elementy wskazuje się takie środki, które pozwalają na ustalenie sprawców czynów zabronionych, a więc w szczególności m.in. jasny podział obowiązków i kompetencji, prowadzenie i przechowywanie stosownej dokumentacji, istnienie wewnętrznych przepisów organizacyjnych itp.⁹⁶ Obowiązki organi-

⁸⁹ M.A. Niggli, D.R. Gfeller, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, s. 164.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Broszura dotycząca nowelizacji szwajcarskiego kodeksu karnego (przepisy ogólne, przepisy wprowadzające i stosowanie przepisów) i prawa karnego wojskowego oraz ustawy federalnej o prawie karnym nieletnich z dnia 21 września 1998 r. (*Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes] und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998*), BBl 1999 II 1979, s. 2137.

⁹² Wyrok BG z 11 listopada 2016 r., BGE 142 IV 333.

⁹³ N. Schmid, *Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, [w:] W.R. von Schluep, P.R. Isler (red.), *Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser*, Zurich 1993, s. 778.

⁹⁴ Wyrok BG z 11 listopada 2016 r., BGE 142 IV 333.

⁹⁵ Broszura dotycząca nowelizacji..., s. 2143.

⁹⁶ M.A. Niggli, D.R. Gfeller, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, s. 166.

zacyjne są zależne od takich elementów jak wielkość przedsiębiorstwa, ryzyko operacyjne, normy prawne (m.in. pożądana dokumentacja) i zwyczaje⁹⁷.

Dużo dalej idącą odpowiedzialność podmiotów zbiorowych szwajcarski ustawodawca przewidział w art. 102 ust. 2 StGB. Przepis ten wprowadza instytucję konkurencyjnej (pierwotnej, kumulatywnej) odpowiedzialności osób prawnych, polegającą na tym, że po spełnieniu szczegółowo wyżej opisanych ogólnych przesłanek z art. 102 ust. 1 StGB (przestępstwo popełnione przez osobę fizyczną powiązaną z danym podmiotem, w ramach wykonywania działalności gospodarczej, w zakresie celu działalności, którego ponadto nie można przypisać osobie fizycznej ze względu na niewłaściwą organizację podmiotu), podmiot zbiorowy ponosi odpowiedzialność za wskazane przestępstwa niezależnie od odpowiedzialności karnej osoby fizycznej⁹⁸. Do katalogu przestępstw należy siedem czynów zabronionych, mianowicie: 1) uczestnictwo w organizacji o charakterze przestępczym lub terrorystycznym (*Kriminelle und terroristische Organisationen*) – art. 260^{ter} StGB; 2) finansowanie terroryzmu (*Finanzierung des Terrorismus*) – art. 260^{quinquies} StGB; 3) pranie brudnych pieniędzy (*Geldwäscherei*) – art. 305^{bis} StGB; 4) łapownictwo (*Bestechen*) – art. 322^{ter} StGB; 5) płatna protekcja (*Vorteilsgewährung*) – art. 305^{quinquies} StGB; 6) łapownictwo zagranicznych funkcjonariuszy publicznych (*Bestechung fremder Amtsträger*) – 322^{septies} StGB oraz 7) łapownictwo osób prywatnych (*Bestechung Privater*) – 322^{octies} StGB. Jak wynika z powyższego zestawienia, wysiłki ustawodawcy ukierunkowane są na zapobieganie przestępstwom w sektorze usług finansowych i korupcyjnych⁹⁹. Jednocześnie na osobie prawnej ciąży obowiązek podejmowania wszystkich niezbędnych i odpowiednich środków organizacyjnych (*alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren*), aby zapobiec takiemu czynowi zabronionemu. Osoba prawna występuje więc w roli gwaranta¹⁰⁰. Przedsiębiorstwo nie musi jednak podejmować wszystkich potencjalnie możliwych środków w celu zapobiegania przestępstwom, a jedynie takich, które są konieczne i uzasadnione¹⁰¹. Jednocześnie należy wskazać, że w przypadku art. 102 ust. 2 StGB katalog obowiązków ciążyących na danym podmiocie może być precyzowany przepisami szczególnymi (przykładowo przepisami o nadzorze nad rynkiem finansowym)¹⁰².

Ostatnią z przesłanek przypisania odpowiedzialności osobie prawnej jest zdolność danego podmiotu do ponoszenia odpowiedzialności. Szwajcarski ustawodawca w przepisie art. 102 ust. 4 StGB legalnie zdefiniował pojęcie „podmiotu gospodarczego” na potrzeby ustawy. Do takowych należą: a) osoby prawne

⁹⁷ D.K. Graf, op. cit., s. 703.

⁹⁸ Ibidem, s. 167.

⁹⁹ M.A. Niggli, D.R. Gfeller, *Kommentar zu...*, nb. 230.

¹⁰⁰ D.K. Graf, op. cit., s. 705; wyrok BG z 11 listopada 2016 r., BGE 142 IV 333.

¹⁰¹ M.A. Niggli, D.R. Gfeller, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, s. 167.

¹⁰² M. Pieth, *Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland*, „Aktuelle juristische Praxis – Pratique juridique Actuelle” 2017, nr 8, s. 1010–1011.

prawa prywatnego (*juristische Personen des Privatrechts*); b) osoby prawne prawa publicznego z wyjątkiem terenowych osób prawnych prawa publicznego (*juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften*); c) spółki (*Gesellschaften*) oraz d) osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą (*Einzelfirmen*). Katalog ten jest zamknięty¹⁰³. Wskazać należy, że ustawa – poza wskazanym wyżej wyliczeniem – nie zawiera wyjaśnienia użytych w przepisie pojęć, wobec czego w procesie interpretacji przepisu konieczne jest operowanie siatką pojęciową prawa prywatnego. Do kategorii osób prawnych prawa prywatnego należą więc spółki akcyjne (*Aktiengesellschaft*), spółki komandytowo-akcyjne (*Kommandit-Aktiengesellschaft*), spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), spółdzielnie (*Genossenschaft*), stowarzyszenia (*Verein*), fundacje (*Stiftung*) oraz osoby prawne prawa kantonowego (*juristische Personen des kantonalen Rechts*)¹⁰⁴. W przypadku spółek powiązanych wskazać należy, że co do zasady odpowiedzialność może zostać przypisana jedynie konkretnej spółce, niemniej jednak praktyka zna przypadki, gdy do odpowiedzialności pociągnięta została także spółka dominująca – za dopuszczenie do dezorganizacji w spółce zależnej. Przy ewentualnym pociąganiu do odpowiedzialności również spółki dominującej należy mieć na względzie m.in. rodzaj ryzyka (odpowiedzialności) oraz poziom wywieranego na spółkę zależną wpływu¹⁰⁵. Przypisanie odpowiedzialności spółce dominującej ma ważne znaczenie, m.in. ze względu na wysokość grożącej kary grzywny¹⁰⁶. Jako osoby prawne prawa publicznego należy rozumieć wszystkie te podmioty, które na mocy prawa powszechnie obowiązującego posiadają osobowość prawną, tj. m.in. spółki prawa publicznego, niezależne instytucje prawa publicznego (np. szpitale) czy fundacje użyteczności publicznej. *Expressis verbis* wykluczone z tej kategorii zostały władze regionalne¹⁰⁷. Do kategorii „spółek” należy natomiast kwalifikować te podmioty, które nie mieszczą się w pojęciu „osób prawnych prawa prywatnego”¹⁰⁸. Pojęcie jednoosobowej działalności gospodarczej nie wymaga eksplikacji. Zasygnalizowania wymaga jedynie możliwość podwójnego ukarania jednoosobowego przedsiębiorcy – raz jako osoba fizyczna i drugi raz na podstawie art. 102 ust. 2 StGB¹⁰⁹.

Zagrożenie karą przewidywane przez ustawę to kara grzywny w wysokości do 5 milionów franków szwajcarskich (art. 102 ust. 1 StGB). Wymierzając

¹⁰³ M. Forster, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB*, Berno 2006, s. 92.

¹⁰⁴ D.K. Graf, op. cit., s. 708.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ M.A. Niggli, D.R. Gfeller, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, s. 171. Wymierzając grzywnę sąd bierze pod uwagę m.in. gospodarczą zdolność finansową przedsiębiorstwa (art. 102 ust. 3 StGB).

¹⁰⁷ D. K. Graf, op. cit., s. 708.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem.

grzywnę, sąd bierze pod uwagę w szczególności wagę czynu i wagę braków w organizacji oraz wyrządzonej szkody, jak też gospodarczą zdolność finansową przedsiębiorstwa (art. 102 ust. 3 StGB). Wysokość sankcji jest więc uzależniona od stopnia braku organizacji, wagi czynu i wielkości szkody¹¹⁰. W praktyce sądy orzekają zarówno niskie, jak też wysokie kary grzywny¹¹¹, rozpiętość ustawowego zagrożenia kara jest w pełni wykorzystywana¹¹².

Podsumowując, materialnoprawne przesłanki pociągnięcia do odpowiedzialności podmiotu zbiorowego na gruncie prawa szwajcarskiego w typie podstawowym (art. 102 ust. 1 StGB) są następujące:

1. Czyn zabroniony stanowiący przestępstwo (zbrodnię bądź występpek) popełniony (w formie stadialnej dokonania) przez osobę fizyczną – art. 102 ust. 1 StGB.

2. Przestępstwo popełnione w ramach działalności gospodarczej podmiotu (związek osobowy i funkcjonalny) – art. 102 ust. 1 StGB.

3. Przestępstwo popełnione w ramach funkcjonowania podmiotu na rynku, tj. w realizacji jego ekonomicznego celu – art. 102 ust. 1 StGB.

4. Niemożność przypisania czynu konkretnej osobie fizycznej – art. 102 ust. 1 StGB.

5. Zawinienie podmiotu zbiorowego mające postać winy organizacyjnej – art. 102 ust. 1 StGB.

6. Zdolność podmiotu do ponoszenia odpowiedzialności – art. 102 ust. 4 StGB.

W przypadku typu kwalifikowanego (art. 102 ust. 2 StGB) podmiot gospodarczy ponosi odpowiedzialność niezależnie od odpowiedzialności osób fizycznych, pod warunkiem wyczerpania dwóch dodatkowych przesłanek:

1. Popelnienie czynu katalogowego – art. 102 ust. 2 StGB.

2. Brak zadośćuczynienia obowiązкови podejmowania wszystkich niezbędnych i odpowiednich środków organizacyjnych, aby zapobiec takiemu czynowi zabronionemu (gwarant) – art. 102 ust. 2 StGB.

Przepis przewidujący możliwość karania osób prawnych funkcjonuje w obrocie prawnym w Szwajcarii przez blisko 20 lat. W tym czasie w doktrynie prawniczej, jak też w orzecznictwie wyklarowało się kilka problemów związanych z regulacją. Pod adresem unormowania kierowane są przede wszystkim takie zarzuty, jak: niejasność przepisu, aby spełniać wymogi *nullum crimen sine lege certa* – m.in. w zakresie wykładni przesłanek „w ramach działalności” i „w zakresie celu przedsiębiorstwa”; zbyt niskie zagrożenie karą, aby uregulowanie zniechęcało do popełniania czynów zabronionych; zbyt wąski katalog czynów zawarty w art. 102 ust. 2 StGB; niewielkie znaczenie praktyczne – jak

¹¹⁰ Wyrok BG z 12 grudnia 2019 r., BGE 146 IV 68.

¹¹¹ Por. M. Hilti, op. cit., s. 11–13.

¹¹² D.K. Graf, op. cit., s. 707.

dotąd skazanych na podstawie przepisu art. 102 StGB zostało jedynie kilka osób prawnych¹¹³ oraz problemy z przypisaniem odpowiedzialności w przypadku istnienia powiązań między przedsiębiorstwami¹¹⁴. Ze względu na powyższe dostrzegalna jest potrzeba zmian prawa.

Podsumowanie

Porównując uregulowanie polskie i szwajcarskie dotyczące odpowiedzialności osób prawnych można wyciągnąć następujące wnioski.

Po pierwsze, obie regulacje prawne weszły w życie w podobnym czasie – w roku 2003. Ich uchwalenie było podyktowane potrzebą dostosowania prawa krajowego do standardów prawa międzynarodowego. Wprowadzenie do porządku prawnego instytucji odpowiedzialności podmiotów zbiorowych nie obyło się bez kontrowersji, w szczególności krytykowano przedmiotowe rozwiązanie za przełamanie zasady *societas delinquere non potest*. W przeciągu niemal dwóch dekad egzystencji odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w obu państwach zauważono liczne problemy praktyczne, co nieustannie stanowi asumpt do dyskusji na temat zasadności regulacji i jej pożądanego kształtu.

Po drugie, sam sposób wprowadzenia do systemu prawnego odpowiedzialności osób prawnych może być różny. W Polsce legislator zdecydował się na objęcie przedmiotowej materii odrębną ustawą, natomiast w Szwajcarii odpowiedzialność ta została uregulowana w jednym z przepisów części ogólnej ustawy karnej. Ma to istotne znaczenie nie tylko natury technicznej. W Polsce odpowiedzialność podmiotów zbiorowych ma charakter represyjny, nie jest to jednak odpowiedzialność o charakterze karnym. Do odpowiedzialności podmiotów zbiorowych nie mają zastosowania ogólne instytucje k.k., ponieważ ustawa reguluje odpowiedzialność osób prawnych w sposób autonomiczny. Natomiast w Szwajcarii odpowiedzialność podmiotów zbiorowych ma charakter odpowiedzialności karnej, do odpowiedzialności osób prawnych stosuje się również część ogólną ustawy karnej.

Po trzecie, polski ustawodawca przewiduje jeden rodzaj odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, mianowicie odpowiedzialność o charakterze akcesoryjnym (niesamodzielnym, wtórnym). Odpowiedzialność podmiotu zbiorowego jest uzależniona od odpowiedzialności karnej osoby fizycznej – podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności, jeżeli uprzednio do odpowiedzialności karnej została pociągnięta osoba fizyczna. Odmienne jest w prawie szwaj-

¹¹³ M. Hilti, op. cit., s. 6–7, 46–47. Wskazać należy, że przytoczenie dokładnych danych statystycznych nie jest możliwe, ponieważ oficjalne dane szwajcarskiego Urzędu Statystycznego (*Bundesamt für Statistik*) obejmują jedynie przypadki ze szczególnej części kodeksu karnego, natomiast przepis art. 102 StGB należy do części ogólnej ustawy – ibidem, s. 21.

¹¹⁴ M. Pieth, op. cit., s. 1013–1014.

carskim – ustawodawca przewidział dwa rodzaje odpowiedzialności, tj. odpowiedzialność o charakterze subsydiarnym, znajdującą zastosowanie, gdy czynu zabronionego nie można przypisać osobie fizycznej ze względu na nieprawidłowości w sposobie organizacji podmiotu oraz konkurencyjnym, tj. zachodzącą niezależnie od odpowiedzialności karnej osoby fizycznej. W przypadku, gdy przestępstwo zostało przypisane osobie fizycznej, podmiot zbiorowy nie może ponosić odpowiedzialności wtórnej, z wyjątkiem siedmiu katalogowych przestępstw. W pozostałych przypadkach to niemożność przypisania czynu sprawcy, a nie jak w systemie polskim prejudykat karny przeciwko sprawcy, otwiera drogę do pociągnięcia do odpowiedzialności osoby prawnej.

Po czwarte, w zakresie materialnoprawnych przesłanek pociągnięcia do odpowiedzialności podmiotu zbiorowego porównywane regulacje różnią się, jednakże nie w sposób dalece istotny. W polskim systemie prawa do takowych należą: 1) zdolność podmiotu do ponoszenia odpowiedzialności ze względu na formę organizacyjną; 2) przedmiotowy zakres odpowiedzialności – związek między osobą fizyczną popełniającą czyn zabroniony a podmiotem zbiorowym, który wyraża się w działaniu osoby fizycznej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego; 3) prejudykat karny wobec osoby fizycznej, przy czym okres przedawnienia od momentu jego wydania wynosi 10 lat; 4) zawinienie podmiotu zbiorowego mające postać winy w wyborze, winy w nadzorze bądź winy organizacyjnej oraz 5) popełnienie przez osobę fizyczną czynu zabronionego zawartego w katalogu ustawowym. W prawie szwajcarskim wymagane jest natomiast kumulatywne wyczerpanie następujących przesłanek: 1) popełnienie przestępstwa przez osobę fizyczną; 2) popełnienie przestępstwa w ramach działalności gospodarczej podmiotu; 3) popełnienie przestępstwa w ramach realizacji celu przedsiębiorstwa; 4) niemożność przypisania czynu konkretnej osobie fizycznej; 5) zawinienie podmiotu zbiorowego mające postać winy organizacyjnej oraz 6) zdolność podmiotu do ponoszenia odpowiedzialności ze względu na formę organizacyjną. Z porównania obu zestawień wynika, że w procesie uchwalania regulacji ustawodawca miał na względzie przede wszystkim takie czynniki, jak: 1) forma organizacyjna podmiotu (jakie kategorie osób prawnych mogą ponosić odpowiedzialność – obie ustawy posługują się w tym zakresie ustawową definicją poprzez wyliczenie); 2) uprzedni czyn osoby fizycznej (w prawie polskim – prejudykat karny, w prawie szwajcarskim – brak możliwości pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej); 3) wina podmiotu (generalnie odnosząca się do jego organizacji) oraz 4) funkcjonalny związek czynu osoby fizycznej z działalnością przedsiębiorstwa (w Polsce wyrażający się w przesłance ogólnie pojętego „działania w imieniu bądź w interesie podmiotu” oraz w ustanowieniu katalogu przestępstw, za które poniosła odpowiedzialność karną osoba fizyczna, natomiast w Szwajcarii – w konieczności działania w ramach działalności gospodarczej podmiotu i w zakresie celu przedsiębiorstwa).

Po piąte, w obu regulacjach ustawodawca posługuje się nieostrymi, ocennymi pojęciami oraz odwołuje się do terminologii spoza dziedziny prawa karnego, co sprawia liczne problemy w praktycznym obrocie prawnym.

Po szóste, ustawowa sankcja w obu państwach jest ograniczona – ze względu na specyfikę podmiotu ponoszącego odpowiedzialność – do kary grzywny. W Polsce wobec podmiotu zbiorowego sąd orzeka karę pieniężną w wysokości od 1000 do 5 000 000 zł, nie wyższą jednak niż 3% przychodu osiągniętego w roku obrotowym, w którym popełniono czyn zabroniony będący podstawą odpowiedzialności podmiotu zbiorowego, natomiast w Szwajcarii – karę w grzywny w wysokości do 5 milionów franków szwajcarskich. W Polsce wysokość grzywny jest więc limitowana podwójnie – zarówno kwotowo, jak też stosunkowo, tj. poziomem przychodu przedsiębiorstwa.

Po siódme, zarówno w Polsce, jak i w Szwajcarii, instytucja odpowiedzialności podmiotów zbiorowych ma niewielkie znaczenie praktyczne. Ilość spraw sądowych z wykorzystaniem przedmiotowej konstrukcji prawnej jest niewielka, co rodzi słuszne pytania o aktualność regulacji wobec współczesnych potrzeb polityki kryminalnej.

Powyższe wnioski przesadzają o tym, że obraną w pracy hipotezę badawczą należy zweryfikować w sposób pozytywny. Regulacja dotycząca odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w prawie polskim i w prawie szwajcarskim wykazuje zarówno podobieństwa, jak też różnice. Największe odrębności należy odnotować w samym sposobie ujęcia przedmiotowej instytucji w systemie prawa (osobna ustawa a przepis w ustawie karnej) oraz w związku między odpowiedzialnością karną osoby fizycznej a odpowiedzialnością osoby prawnej. Obie regulacje są natomiast ukierunkowane na funkcjonalny związek czynu osoby fizycznej z działalnością przedsiębiorstwa, tak, aby poza zakresem penalizacji pozostawić „prywatne” czyny osób działających w ramach danej osoby prawnej. Oba unormowania nie są pozbawione niedoskonałości, a krytyka dotyczy przede wszystkim nieprecyzyjnych sformułowań ustawowych, które stają się przyczyną problemów z wykładnią przepisu w praktyce. Zaakcentowania wymaga także stosunkowo niskie wykorzystywanie przedmiotowej instytucji w obrocie prawnym, co jednocześnie rodzi pytania o dostosowanie unormowań do potrzeb współczesnej polityki kryminalnej, w szczególności w kontekście wysiłków organizacji międzynarodowych wkładanych w walkę z przestępczością finansową i o charakterze terrorystycznym.

Wykaz literatury

- Antoniak-Drożdż A., *Zakres podmiotowy ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych*, „Prokuratura i Prawo 2007”, nr 2.
Banasik K., *Przestępstwa trwałe i delikty trwałe*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8.
Bartosiewicz A., Kubacki R., *Ale od kiedy?*, „Rzeczpospolita – Prawo co dnia” 2003, nr 8.

- Bartosiewicz A., *Spółki osobowe a odpowiedzialność podmiotów zbiorowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 9.
- Bartosiewicz A., *Przesłanki odpowiedzialności podmiotu zbiorowego – aspekty praktyczne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 2.
- Broszura dotycząca nowelizacji szwajcarskiego kodeksu karnego (przepisy ogólne, przepisy wprowadzające i stosowanie przepisów) i prawa karnego wojskowego oraz ustawy federalnej o prawie karnym nieletnich z dnia 21 września 1998 r. (*Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes] und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998*), BBl 1999 II 1979.
- Bürge L., *Repetitorium. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Kurz gefasste Darstellung mit Schemata, Übungen und Lösungen*, Orell Füssli, Zurych 2017.
- Ciszewski J., Nazaruk P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Darkowski T., *Austriacki model odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 6.
- Filar M., Kwaśniewski Z., Kala D., *Komentarz do ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, TNOiK, Toruń 2003.
- Forster M., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB*, Stämpfli, Berno 2006.
- Fournier J., Langhorst M., Bosch van den J., Viennet C., *Strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Sanktionierung von Unternehmen bei der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten. Deutschland, Frankreich, Niederlande, Österreich, Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung*, Lozanna 2019.
- Furdzik D., *Analiza kar i środków karnych w ustawie z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary na tle prawnoporównawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 5.
- Gardocki L., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Graf D.K. (red.), *StGB. Annotierter Kommentar*, Stämpfli, Berno 2020.
- Graf D.K., *Komentarz do art. 102 StGB*, [w:] D K. Graf (red.), *StGB. Annotierter Kommentar*, Stämpfli, Berno 2020.
- Habrat D., *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Hansjakob T., Schmitt H., Sollberger J., *Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch*, Books on Demand, Norderstedt 2004.
- Heine G., *Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100^{quater} f.)*, „Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht” 2003.
- Hilf M.J., *Die Strafbarkeit juristischer Personen im schweizerischen, österreichischen und liechtensteinischen Recht*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2014, nr 126(1).
- Hilti M., *Strafbarkeit des Unternehmens. Lückenhafte Regelung. Mangelhafter Vollzug. Erhebliche Transparenzdefizite*, Transparency Schweiz, Berno 2021.
- Jóźwiak I., *Wina w organizacji jako przesłanka odpowiedzialności podmiotu zbiorowego w świetle projektowanej ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych*, „Młody Jurysta” 2019, nr 3.
- Karaszewski G., *Komentarz do art. 429 k.c.*, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część ogólna*, Lex, Warszawa 2014.

- Korczyński D., Jóźwiak P., Herbowski P. (red.), *Węzłowe zagadnienia prawa karnego skarbowego*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Kozłowska M., Lasek Ł., Pietryka A., Znamierowski J., *Odpowiedzialność karna podmiotów zbiorowych w Polsce – krótki przewodnik dla wszystkich zainteresowanych*, Wardyński i Wspólnicy, Warszawa 2021.
- Krzysztofek A., Szewczyk K., Borcuch A. (red.), *Regulacje prawne a funkcjonowanie polskiej gospodarki*, Laboratorium Wiedzy Artur Borcuch, Kielce 2019.
- Majowska A.T., *Konstrukcja odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary w aspekcie fundamentalnej zasady porządku prawnego – prawa do obrony*, „Nowa Kodyfikacja Postępowania Karnego” 2013, nr 29.
- Mielnik D., *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych w aspekcie projektu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary i zmianie niektórych ustaw (UD 74) – część II*, [w:] A. Krzysztofek, K. Szewczyk, A. Borcuch (red.), *Regulacje prawne a funkcjonowanie polskiej gospodarki*, Laboratorium wiedzy Artur Borcuch, Kielce 2019.
- Mik B., *Łyżka dziegiu con amore*, „Rzeczpospolita – Prawo co dnia” 2003, nr 11.
- Niggli M.A., Amstutz M. (red.), *Verantwortlichkeit im Unternehmen Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Helbing Lichtenhahn, Bazylea 2007.
- Niggli M.A., Gfeller D. R., *Kommentar zu art. 102 StGB*, [w:] M.A. Niggli, H. Wiprächtiger (red.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Helbing Lichtenhahn, Bazylea 2007.
- Niggli M.A., Gfeller D. R., *Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern*, [w:] M.A. Niggli, M. Amstutz (red.), *Verantwortlichkeit im Unternehmen Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Helbing Lichtenhahn, Bazylea 2007.
- Niggli M.A., Wiprächtiger H. (red.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Helbing Lichtenhahn, Bazylea 2007.
- Nita B., *Materialnoprawne i procesowe założenia ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, cz. I*, „Radca Prawny” 2003, nr 5.
- Nita B., *Materialnoprawne i procesowe założenia ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, cz. II*, „Radca Prawny” 2003, nr 6.
- Nita B., *Model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 6.
- Olejniczak A., *Komentarz do art. 427 k.c.*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część ogólna*, Lex, Warszawa 2014.
- Ondrysz K., *Przesłanki odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary – po nowelizacji*, „Nowa Kodyfikacja Postępowania Karnego” 2006, nr 20.
- Pawluczuk-Bućko P., *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych w kontekście nadchodzących zmian legislacyjnych – kilka uwag*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 52.
- Pflaum S., *Die Erledigung von Strafverfahren gegen Unternehmen durch Wiedergutmachung Kritische Bemerkungen zum Ermessensspielraum der Behörden bei der Anwendung von Art. 53 StGB*, „Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht” 2019, nr 1.
- Pieth M., *Anwendungsprobleme des Verbandsstrafrechts in Theorie und Praxis*, „Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht” 2015, nr 3.
- Pieth M., *Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland*, „Aktuelle juristische Praxis – Pratique juridique Actuelle” 2017, nr 8.
- Pniewska M., *Problematyka charakteru prawnego odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary w prawie polskim*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2010, t. VI.

- Podstawowa informacja o działalności sądów powszechnych – 2016 rok, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2017.
- Ramus I. (red.), *Obrót powszechny i gospodarczy. Problemy karnomaterialne i procesowe*, Kieleckie Towarzystwo Edukacji Ekonomicznej, Kielce 2014.
- Schluep von W.R., Isler P.R. (red.), *Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser*, Schulthess, Zurich 1993.
- Schmid N., *Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, [w:] W.R. von Schluep, P.R. Isler (red.), *Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser*, Schulthess, Zurich 1993.
- Skwarczyński H., *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych jako nowy rodzaj odpowiedzialności za czyny zabronione pod groźbą kary*, „Palestra” 2004, nr 1–2.
- Sobczak J., *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary uregulowane w Kodeksie karnym skarbowym*, [w:] D. Korczyński, P. Jóźwiak, P. Herbowski (red.), *Węzłowe zagadnienia prawa karnego skarbowego*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Stokłosa K., *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych na nowych zasadach a obecne rozwiązania prawne. Wybrane zagadnienia*, „Zeszyty Prawnicze” 2019, nr 19.
- Studziński A., Wasylkowski D., *Stosować nie zawsze znaczy karać*, „Rzeczpospolita – Prawo co dnia” 2003, nr 11.
- Szewczyk A., *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za przestępstwa skarbowe*, „Monitor Podatkowy” 2004, nr 2.
- Światłowski A., *Perspektywy ożywienia odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, [w:] I. Ramus (red.), *Obrót powszechny i gospodarczy. Problemy karnomaterialne i procesowe*, Kieleckie Towarzystwo Edukacji Ekonomicznej, Kielce 2014.
- Weigend T., *Societas delinquere non potest? A German Perspective*, „Journal of International Criminal Justice” 2008, t. 6, nr 5.
- Zachuta A., *Specyfika odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 11.
- Zalewski W., *Odpowiedzialność podmiotu zbiorowego w prawie karnym – w poszukiwaniu racjonalności*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, t. XXXVIII.
- Ziegler P.C., *Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften. Insbesondere des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung*, rozprawa doktorska, Uniwersytet w Zurychu, Zurich 2004.
- Ziomek L., *Materialnoprawne aspekty odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w świetle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2005, nr 2.

Summary

The prerequisites of responsibility to the collective entity in Polish and Swiss criminal law – comparative remarks

Keywords: corporate criminal responsibility, comparative criminal law, white-collar crimes, collective entities, criminal penalty.

In recent years, there has been noted an increase in the number of financial and economic crimes. The real beneficiaries of them are often collective entities. Corporate crimes are recorded on a national and supranational level. Therefore, national and international laws need to oust the principle *societas delinquere non potest* and apply criminal liability not only to natural persons but also to legal ones. The form of regulation of corporate criminal responsibility can vary. The subject of this paper is a comparative consideration of Polish and Swiss regulations of corporate criminal responsibility. This study aimed to identify similarities and differences between regulations. The research included an analysis of the prerequisites of responsibility to the collective entities in both countries. Reference is also made to the criminal penalty. The analysis is based on views of legal dogmatics and judicial practice. The discussion is concluded with a comparison of the Polish and Swiss provisions and an indication of the similarities and differences between regulations. The main conclusion of this paper is that legal regulations of the liability of collective entities in Poland and Switzerland show common and different features. Both regulations are problematic in interpretation and rarely used in practice, which becomes the reason for postulating changes in the law. The paper was written based on Polish and foreign source materials.

Katarzyna Ciuckowska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-5034-6024

katarzyna.ciuckowska@uwm.edu.pl

Prawo do bycia zapomnianym a dostępność w wyszukiwarkach internetowych informacji odnoszących się do życia zawodowego osoby fizycznej

Wprowadzenie

Coraz większa obecność Internetu w naszym życiu rodzi ważne pytania o to, jak dostęp do jego zasobów wpływa na sferę zawodową funkcjonowania człowieka. Z jednej strony Internet jest miejscem dającym możliwość rozpowszechniania informacji o kompetencjach, doświadczeniu czy przebiegu kariery zawodowej. Z drugiej strony Internet nie wybacza błędów, gdyż treści, które się do niego dostaną, pozostają tam na zawsze, a zatem zdarzenia z nawet odległej przeszłości, które pojawiły się w Internecie, mogą wpływać na aktualną sytuację zawodową osoby¹.

Odnalezienie w „globalnym śmietniku” (czy też kopalni) interesującej nas informacji na temat konkretnej osoby fizycznej jest ułatwione za sprawą wyszukiwarek internetowych. W odpowiedzi na pytanie mające za punkt wyjścia imię i nazwisko osoby fizycznej, wyszukiwarka internetowa dostarcza usystematyzowany przegląd informacji na temat tej osoby w postaci listy wyników wyszukiwania². Daje to możliwość sporządzenia mniej lub bardziej szczegółowego profilu osoby na podstawie zasobów występujących w Internecie. Zna-

¹ W tym zakresie można posłużyć się przykładem Mario Costejy Gonzáleza, co do którego zapadł wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-131/12. Pojawiający się przy wyniku wyszukiwania (na podstawie jego imienia i nazwiska) link do ogłoszenia o licytacji jego nieruchomości wpływał po latach na realizację przez niego usług doradcy finansowego. Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 maja 2014 r. w sprawie C-131/12 *Google Spain SL i Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos i Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317.

² Ibidem, pkt 36–37.

mienne jest to, że zakres dostarczanych przez wyszukiwarki internetowe informacji pozostaje poza kontrolą samej osoby zainteresowanej. Wynika to z tego, że w ramach wyniku wyszukiwania pojawiają się odniesienia do informacji, które ta osoba sama zamieściła w Internecie, jak i te pochodzące od osób trzecich. Szczególnie w kontekście działalności zawodowej osoby fizycznej informacje te mogą pochodzić z różnych źródeł, a zatem np. od pracodawcy, podmiotów prowadzących rejestry zawodowe czy gospodarcze, prasy bądź usługobiorców.

Przekazanie osobie fizycznej kontroli nad przepływem informacji, które jej dotyczą, mają za zadanie regulowanie ochrony danych osobowych, których celem jest ochrona tzw. prywatności informacyjnej³. Prawo do prywatności może być definiowane w tym przypadku jako uprawnienie jednostki do określenia, kiedy, w jaki sposób oraz w jakim zakresie zasób informacji jej dotyczący może być udostępniany innym⁴.

W ramach regulacji z zakresu ochrony danych osobowych pojawiło się prawo do bycia zapomnianym, które nakłada na administratora danych obowiązki niezwłocznego usunięcia ze swoich zasobów danych osobowych dotyczących osoby fizycznej występującej z takim żądaniem. W świetle orzeczenia TSUE w sprawie C-131/12 prawo do bycia zapomnianym obejmuje także żądanie skierowane do operatora wyszukiwarki internetowej o usunięcie z wyników wyszukiwania, mających za punkt wyjścia imię i nazwisko tej osoby, odniesień do stron internetowych⁵. Prawo do bycia zapomnianym doznaje szeregu ograniczeń, m.in. ze względu na zabezpieczenie interesu społecznego w dostępie do pewnych informacji.

Wprawdzie sfera życia zawodowego osoby fizycznej jest to sfera życia człowieka, która nie jest objęta bezwzględnym zakazem ingerencji osób trzecich, niemniej jednak konieczność zapewnienia osobie fizycznej kontroli nad informacjami jej dotyczącymi, zapomnienia czy wybaczenia kłopotliwych faktów z przeszłości wymaga rozważenia, czy pewne informacje z życia zawodowego tej osoby powinny być dostępne do szerokiego kręgu odbiorców. Dokonanie oceny w tym zakresie nie jest proste i pomocne mogą tu okazać się dwa kryteria, mianowicie kryterium aktualności informacji i jej istotności dla potrzeb społecznych⁶.

³ Szerzej: A. Mednis, *Prawo do prywatności a interes publiczny*, Kraków 2006, s. 119.

⁴ Zob. J. Braciak, *Prawo do prywatności*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 296; M. Wild, *Ochrona prywatności w prawie cywilnym (konceptja sfer a prawo podmiotowe)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 4, s. 58.

⁵ Stanowi to przedmiot niesłabnących kontrowersji, zob. m. in E. Lee, *Recognizing Rights in Real Time: The Role of Google in the EU Right to Be Forgotten*, „U.C. Davis Law Review” 2016, nr 49, s. 1017–1095; idem, *The Right to Be Forgotten v. Free Speech*, „A Journal of Law and Policy from The Information Society. Chicago-Kent College of Law Research Paper” 2015–2016, nr 12(1), s. 85–111; H. Kranenborg, *Google and The Right to Be Forgotten (Case C-131/12, Google Spain)*, „European Data Protection Law Review” 2015, nr 1, s. 70–79.

⁶ Znajdują się one w przyjętych przez Grupę Roboczą Art. 29 Wytocznych dotyczących wykonania wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Google Spain SL i Google*

Przyczynkiem do zastanowienia się nad tym problemem jest szeroko komentowana sprawa lekarki z Holandii, która – mając orzeczenie lekarskiej komisji dyscyplinarnej dotyczące nieprawidłowej opieki pooperacyjnej nad pacjentem – zażądała od Google usunięcia linku pojawiającego się po wpisaniu jej imienia i nazwiska w wyszukiwarce, a odsyłającego do strony internetowej zawierającej nieoficjalną „czarną listę” lekarzy prowadzoną przez grupę dyskusyjną w Internecie⁷. Sąd w Amsterdamie przychylił się do żądania lekarki.

Prawo do bycia zapomnianym według RODO⁸

Zgodnie z art. 17 ust. 1 RODO, osoba, której dane dotyczą, ma prawo żądać od administratora niezwłocznego usunięcia dotyczących jej danych osobowych, a administrator ma obowiązek bez zbędnej zwłoki usunąć te dane, jeżeli zachodzi któraś z okoliczności wymienionych w tym przepisie. Konstrukcję prawa do usunięcia danych uzupełniono o gwarancję „zapomnienia”, czyli nałożenie dodatkowego obowiązku na administratora, który upublicznił dane, a polegającego na konieczności poinformowania pozostałych administratorów przetwarzających te dane o zgłoszonym żądaniu ich usunięcia (art. 17 ust. 2 RODO).

Jak wynika z art. 17 ust. 1 RODO, z prawa do usunięcia danych można skorzystać w enumeratywnie wskazanych w tym przepisie sytuacjach, a mianowicie: brak celu w jakim dane były zbierane lub w inny sposób przetwarzane (lit. a), wycofanie zgody na przetwarzanie danych (lit. b), skorzystanie z prawa sprzeciwu (lit. c), niezgodność przetwarzania z prawem (lit. d), wywiązanie się z obowiązku prawnego (lit. e) oraz usługi społeczeństwa informacyjnego (lit. f).

Wyłączenia w zakresie uprawnień wynikających z prawa do bycia zapomnianym wskazano w art. 17 ust. 3 RODO. Wobec tego – mimo sformułowanego przez osobę, której dane dotyczą, żądania usunięcia danych – usunięcie to nie nastąpi, jeżeli przetwarzanie jest niezbędne: (a) do korzystania z prawa do wolności wypowiedzi i informacji; (b) do wywiązania się z prawnego obo-

Inc. przeciwko Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) i Mario Costeja González C-131/12, przyjętych 26 listopada 2014 r., WP 225, dostępne w tłumaczeniu polskim https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=667236 (data dostępu: 5.12.2020), dalej jako Wytyczne Grupy Roboczej Art. 29.

⁷ Wyrok *Rechtbank Amsterdam* z 19 lipca 2018 r., C/13/636885/HA RK 17-301, dostępny na stronie <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2018:8606> (data dostępu: 5.12.2020).

⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 96/46/WE (Dz.U. UE L 119, s. 1–88), dalej jako RODO.

wiązku wymagającego przetwarzania na mocy prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, któremu podlega administrator, lub do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi; (c) z uwagi na względy interesu publicznego w dziedzinie zdrowia publicznego zgodnie z art. 9 ust. 2 lit. h) oraz i) i art. 9 ust. 3; (d) do celów archiwalnych w interesie publicznym, do celów naukowych lub historycznych lub do celów statystycznych zgodnie z art. 89 ust. 1, o ile prawdopodobne jest, że prawo do bycia zapomnianym uniemożliwi lub poważnie utrudni realizację celów takiego przetwarzania; (e) do ustalenia, dochodzenia lub obrony roszczeń.

W wyroku w sprawie C-131/12 TSUE przesądził, że operatorzy wyszukiwarek internetowych pozostają administratorami danych i przetwarzają dane osobowe w sytuacji, gdy w odpowiedzi na zapytanie mające za punkt wyjścia imię i nazwisko osoby fizycznej, dostarczają oni w postaci listy wyników wyszukiwania, usystematyzowany przegląd dotyczących tej osoby informacji, jakie można znaleźć w Internecie⁹. Podstawa skierowania wobec nich żądania usunięcia danych pozostaje odrębna od tej, jaka dotyczy podmiotu umieszczającego dane osobowe w Internecie¹⁰.

Prawo do bycia zapomnianym nabiera szczególnego znaczenia w odniesieniu do informacji upublicznionych, gdyż to wtedy najpełniej realizowany jest cel ochrony danych osobowych, jakim jest zagwarantowanie osobom fizycznym kontroli nad nimi. W tym miejscu dochodzi jednak do najbardziej dostrzegalnego konfliktu tego prawa z interesem społecznym, wyrażającym się w prawie do nieskrępowanego dostępu do informacji, prowadzącego wręcz do poczytywania prawa do bycia zapomnianym za cenzora Internetu¹¹. TSUE w wyroku w sprawie C-131/12 zidentyfikował kilka czynników, które mogą być pomocne w określeniu punktu równowagi między tymi przeciwstawnymi interesami. Wskazał on na charakter informacji lub jej wrażliwość, a zwłaszcza zainteresowanie użytkowników Internetu dostępem do informacji, który może mieć różne natężenie w zależności od roli odgrywanej przez osobę w życiu publicznym¹². Po wyroku w sprawie C-131/12 Grupa Robocza Art. 29 wydała wytyczne dotyczące rozpatrywania skarg przez organy ochrony danych na odmowę uwzględnienia przez operatora wyszukiwarki wniosku o realizację prawa do bycia zapomnianym¹³. Przedstawiła kryteria pozwalające ocenić wagę każdego z interesów oraz wskazać, który z nich w okolicznościach konkretnej sprawy ma charakter przeważający.

⁹ Wyrok TSUE w sprawie C-131/12, ECLI:EU:C:2014:217, pkt 36–37.

¹⁰ Ibidem, pkt 35–38.

¹¹ Zob. np. T. Lubis, *The Ruling of Google Spain Case: 'The Right to Be Forgotten' or 'The Right to Censorship'?*, (2015), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2872874> (data dostępu: 5.12.2020).

¹² Wyrok TSUE w sprawie C-131/12, ECLI:EU:C:2014:217, pkt 81.

¹³ *Wytyczne Grupy Roboczej Art. 29...*

Aktualność informacji dotyczących życia zawodowego osoby a ich usunięcie z wyników wyszukiwania

Art. 17 ust. 1 lit. a) RODO daje możliwość podmiotowi, którego dane dotyczą, żądania ich usunięcia, gdy dane osobowe nie są już niezbędne do celów, w których zostały zebrane lub w inny sposób przetwarzane. Uprawnienie to stanowi wyraz dwóch zasad przetwarzania danych: zasady celowości określonej w art. 5 ust. 1 lit. b) RODO oraz zasady ograniczenia czasu przetwarzania danych wyrażonej w art. 5 ust. 1 lit. e) RODO. Umieszczenie w Internecie informacji zawierających dane osobowe ma z reguły za zadanie ułatwienie osobom trzecim dostępu do pewnych informacji. W przypadku informacji dotyczących życia zawodowego osoby informacje mogą one zostać zamieszczone w Internecie przez pracodawcę, który posiada uzasadniony interes, by przetwarzać dane osobowe swojego pracownika, w tym udostępniać je na stronie internetowej¹⁴. Aktualność tych informacji nie daje podstaw do usunięcia ich z Internetu, w tym także z wyników wyszukiwania dostarczanych przez wyszukiwarkę internetową.

Podstawa do przetwarzania zachodzić będzie nadal, a zatem jej cel nie ustanie, także w przypadku danych osób ujawnionych w rejestrze przedsiębiorców (np. upoważnionych do reprezentowania podmiotu), nawet w razie likwidacji spółki i wykreślenia jej z rejestru. W takiej sytuacji ochrona osób trzecich wchodzących w relacje gospodarcze z tego typu podmiotami musi ustąpić prawu jednostki do ochrony jej danych osobowych – tak orzekł TSUE w wyroku z 9 marca 2017 r. wydanym w sprawie C-398/15¹⁵. Usunięcie danych osobowych z rejestru może nastąpić w sytuacjach wyjątkowych wynikających z oceny konkretnego przypadku i to po upływie odpowiednio długiego okresu od likwidacji danej spółki¹⁶.

Europejska Rada Ochrony Danych w swoich wytycznych dotyczących kryteriów prawa do bycia zapomnianym w odniesieniu do wyszukiwarek internetowych wskazała, że osoba, której dane dotyczą, może żądać usunięcia danych na podstawie art. 17 ust. 1 lit. a) RODO m.in. w sytuacji, gdy: informacje będące w posiadaniu podmiotu pochodzą z publicznego rejestru i nie są już aktualne; link do strony internetowej firmy zawiera dane kontaktowe osoby, która już tam nie pracuje; informacje musiały być publikowane w Internecie przez szereg lat, aby spełnić obowiązek prawny i pozostawały tam dłużej niż termin określony przepisami prawa¹⁷.

¹⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 19 listopada 2003 r., sygn. akt I PK 590/02, OSNP 2004/20/351.

¹⁵ Wyrok TSUE z 9 marca 2017 r. w sprawie C-398/15 z wniosku *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce* przeciwko Salvatoremu Manniemu, ECLI:EU:C:2017:197, pkt 65.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ *Guidelines 5/2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR (part 1)*, European Data Protection Board 2019, s. 7.

Istotność informacji o życiu zawodowym dla potrzeb społecznych

Zgodnie z art. 17 ust. 3 lit. a) RODO, mimo sformułowanego przez osobę, której dane dotyczą, żądania usunięcia danych, usunięcie to nie nastąpi, jeżeli przetwarzanie jest niezbędne do korzystania z prawa wolności wypowiedzi i informacji. Chodzi tu o określenie, czy informacja zawarta w wynikach wyszukiwania jest istotna w odniesieniu do interesu społeczeństwa wyrażającego się w dostępie do informacji¹⁸. Upublicznienie pewnych informacji ma służyć ochronie konkretnego, uzasadnionego interesu społecznego, który nie może być utożsamiany tylko z potrzebą zaspokojenia ciekawości określonego kręgu osób¹⁹.

Potrzeby społeczne będą usprawiedliwiać informacje odnoszące się do aktualnego życia zawodowego osoby. Mogą to być także informacje dotyczące przeszłych spraw zawodowych, jednak w takiej sytuacji należy wziąć pod uwagę charakter pracy czy też rolę publiczną, jaką pełni dana osoba. Firma Google w swoim raporcie przejrzystości *Żądania usunięcia treści zgodnie z europejskim prawem dotyczącym prywatności*²⁰ podaje przykład żądania otrzymanego od włoskiego urzędu ochrony danych dotyczącego usunięcia odniesień do stron internetowych z 2014 i 2015 r., które zawierały informacje na temat oskarżeń wobec poprzedniej firmy osoby fizycznej o niewypłacanie wynagrodzenia swoim pracownikom i podjęcie procedur związanych z ogłoszeniem bankructwa. Google odmówił usunięcia linków do wskazanych stron internetowych ze względu na to, że osoba założyła nową firmę w tej samej branży, a informacje dotyczą jej życia zawodowego.

Informacje sprawiające wrażenie sprawdzonego faktu, które w rzeczywistości okazują się być nieprawdziwe²¹, a także te niekompletne, nieistotne lub dostarczające nadmiernych informacji, nie wypełniają kryterium społecznej istotności i w przypadku zgłoszenia żądania zajądnie podstawa ich usunięcia.

Uzasadnione z punktu widzenia potrzeb społecznych będą wypowiedzi odnoszące się do opinii, gdyż nawet przykre czy nieprzyjemne opinie mogą realizować prawo dostępu do informacji. Krytyka działalności zawodowej innych osób nie może jednak przybierać postaci ataku personalnego, a używanie określeń obraźliwych, pomawiających albo też zniesławiających przekraczać będzie ramy dozwolonej, chronionej przez prawo krytyki²². Ocena pod kątem

¹⁸ Ibidem, s. 21.

¹⁹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 11 października 2001 r., sygn. akt II CKN 559/99 (*Legalis* 52671).

²⁰ Raport znajduje się na stronie https://transparencyreport.google.com/euprivacy/overview?privacy_requests=country::year:2018;decision::p:6&lu=privacy_requests (data dostępu: 5.12.2020), dalej jako Raport Przejrzystości Google.

²¹ *Guidelines 5/2019 on the criteria...*, s. 21–23.

²² Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 września 2019 r., sygn. akt V ACa 1612/17, *Legalis* nr 2249459.

istotności informacji dla potrzeb społecznych wymaga jednak w tym przypadku dokonania wnikliwego rozważenia okoliczności konkretnej sprawy. Zatem, gdy opisywane zdarzenia dotyczą sytuacji z niedawnej przeszłości, z większą dozą prawdopodobieństwa można uznać, że realizują one potrzebę uzyskania społecznej informacji. Także charakter realizowanej działalności zawodowej będzie determinował czas, przez jaki pewne kwestie winny pozostawać w sferze publicznej. W przypadku osób publicznych czy też wykonujących zawody zaufania publicznego uzasadnione może być dłuższe funkcjonowanie w przestrzeni publicznej krytycznych ocen lub prawdziwych informacji stawiających taką osobę w niekorzystnym świetle.

Przykłady z orzecznictwa sądowego

W wspomnianej sprawie lekarki, która jako chirurg dopuściła się zaniedbań w pooperacyjnej opiece lekarskiej nad pacjentem, sąd w Amsterdamie uznał, że charakter orzeczonej przez komisję dyscyplinarną kary może uzasadniać usunięcie odniesień do stron internetowych opisujących i opiniujących zachowanie lekarki. W sprawie z 2018 r. dotyczącej holenderskiej chirurg sąd w Amsterdamie orzekł, że Google powinien usunąć link do nieoficjalnej „czarnej listy” lekarzy prowadzonej przez grupę dyskusyjną w Internecie. Chirurg została początkowo zawieszona w wykonywaniu zawodu przez komisję dyscyplinarną, a w wyniku wniesionego środka odwoławczego karę tę zmieniono na warunkowe zawieszenie²³. Mimo wydanego orzeczenia, po wpisaniu imienia i nazwiska lekarki w wyszukiwarce Google, pierwsze wyniki zawierały link do nieoficjalnej „czarnej listy” lekarzy²⁴. Na tej stronie internetowej widniała tylko informacja dotycząca pierwotnego zawieszenia, bez dodatkowej informacji, że lekarce w wyniku odwołania zmieniono karę na warunkowe zawieszenie i może ona wykonywać zawód²⁵. Lekarka zażądała od operatora wyszukiwarki Google usunięcia odniesienia do tego linku. Google odmówił, powołując się na fakt, że lekarka jest w okresie próbnym, a informacja zawarta na stronie pozostaje istotna z punktu widzenia ogółu społeczeństwa. Pogląd ten podzielił holenderski urząd danych osobowych²⁶.

²³ D. Boffey, *Dutch surgeon wins landmark „right to be forgotten” case*, <https://www.theguardian.com/technology/2019/jan/21/dutch-surgeon-wins-landmark-right-to-be-forgotten-case-google>, 21 stycznia 2019 r. (data dostępu: 6.12.2020).

²⁴ R. English, *Doctor’s right to be forgotten*, <https://ukhumanrightsblog.com/2019/01/27/doctors-right-to-be-forgotten/>, 27 stycznia 2019 r. (data dostępu: 6.12.2020).

²⁵ M. Adkins, *Dutch Court grants „right to be forgotten” to doctor formally reprimanded for medical negligence*, <https://www.collascrill.com/news-updates/articles/dutch-court-grants-right-to-be-forgotten-to-doctor-formally-reprimanded-for-medical-negligence/> (data dostępu: 6.12.2020).

²⁶ Ibidem.

Przed sądem w Amsterdamie chirurg powołała się na fakt, że komisja dyscyplinarna nie uznała za konieczne zawieszenie jej na stałe i zamknięcie gabinetu, a zatem jest mało prawdopodobne, aby potencjalni pacjenci – „społeczeństwo” – byli narażeni na szczególne ryzyko, gdyby uczestniczyli w jej praktyce²⁷. Sąd w Amsterdamie podzielił ten argument i wskazał, że pejoratywna nazwa „czarna lista” wskazuje, jakoby lekarka nie była zdolna do leczenia ludzi, a nie zostało to potwierdzone ustaleniami komisji dyscyplinarnej²⁸. Sąd w Amsterdamie, uzasadniając orzeczenie, wskazał także, że chirurg nie jest zainteresowana tym, aby za każdym razem, gdy ktoś wpisuje jej imię i nazwisko w wyszukiwarce Google, prawie natychmiast pojawiała się wzmianka o „czarnej liście” lekarzy, na której widnieje jej nazwisko. Efekt jest wręcz odwrotny – informacja ta przy nazwisku nadaje jej większą wagę niż zainteresowanie opinii publicznej do poszukiwania tego typu „czarnej listy”²⁹.

Na pozór inny punkt widzenia przyjął polski Sąd Najwyższy w wyroku z 13 grudnia 2018 r. w sprawie I CSK 690/17. Sprawa ta dotyczyła żądania skierowanego przez pewnego przedsiębiorcę względem spółki Google o usunięcie odnośnika do fragmentu materiału prasowego³⁰. Problem polegał na tym, że jako wynik wyszukiwania po imieniu i nazwisku tej osoby pojawiał się link do pewnego artykułu prasowego wraz ze skróconym opisem tego artykułu. Z treści skróconego opisu można było wyciągnąć mylny wniosek, że powód jest przestępcą, gdy tymczasem to on przeciwstawił się w 2002 r. działaniom przestępczej grupy wymuszającej haracze. Przy czym po wejściu w treść dostępnego bezpłatnie fragmentu artykułu wynikało już jednoznacznie, że powód nie był przestępcą, lecz ofiarą zorganizowanej grupy przestępczej wymuszającej haracze.

Sąd Najwyższy uznał, że „przeciętnego odbiorcy”, który poszukuje w sieci informacji na zadany temat i do którego adresowane są wyniki wyszukiwania dostarczane przez wyszukiwarke internetową nie można postrzegać jako osoby spędzającej ograniczony czas na wyszukiwaniu, pozostającej na efekcie „pierwszego wrażenia”, dokonującej niepogłębionych racjonalnie ocen, czy wyciągającej pochopne wnioski na podstawie niezidentyfikowanych przesłanek³¹. Stąd też mylne opisy zawarte przy odniesieniach do stron internetowych pojawiające się jako wynik wyszukiwania po imieniu i nazwisku osoby nie muszą wiązać się z koniecznością ich usunięcia.

²⁷ R. English, op. cit.

²⁸ D. Boffey, op. cit. Należy dostrzec, że chociaż przedmiotem sporu sądu w Amsterdamie nie była ocena legalności tzw. czarnej listy, bo nie tego dotyczyło żądanie, to jednak sąd zwrócił uwagę na wątpliwość co do jej legalności, wskazując na brak jej reprezentatywności, a ujęcie w niej jedynie dość przypadkowej liczby lekarzy względem, których zastosowano środki dyscyplinarne. Zob. szerzej R. English, op. cit.

²⁹ D. Boffey, op. cit.

³⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 13 grudnia 2018 r., sygn. akt I CSK 690/17, Legalis nr 1855909.

³¹ Ibidem.

Zastrzec jednak należy, że wyrok nie odnosił się do realizacji roszczeń na podstawie regulacji dotyczących ochrony danych osobowych, a w oparciu o roszczenia cywilnoprawne dotyczące naruszenia dóbr osobistych (art. 23 i 24 k.c.). Sąd Najwyższy oceniał – zgodnie z żądaniem powoda – kwestię naruszenia czci w aspekcie wewnętrznym i zewnętrznym, przy czym wyraził on pogląd, że takie działanie operatora wyszukiwarki internetowej może stwarzać zagrożenie dla prywatności, czy nawet prowadzić do jej naruszenia. Wynika to z tego, że informacje te stały się wiedzą ogólnodostępną oraz dostępną stale, a osoba, której te informacje dotyczą, po jakimś czasie może nie chcieć, by odwoływano się do nich i je przypomniano, nawet gdy wcześniej nie miała nic przeciwko publicznemu dostępowi³².

Podsumowanie

Po orzeczeniu TSUE w sprawie C-131/12 i późniejszym wyraźnym wyartykułowaniu prawa do bycia zapomnianym w art. 17 RODO, coraz częściej podnoszone są głosy dotyczące potrzeby zdefiniowania precyzyjnych kryteriów uzasadniających usunięcie odniesień do niektórych informacji z wyników wyszukiwania wyszukiwarek. Co charakterystyczne, operatorom wyszukiwarek internetowych pozostawiono szeroką swobodę podejmowania decyzji w przedmiocie usunięcia linków. Owe kryteria aktualnie są wypracowywane, należy bowiem mieć na uwadze, że utrudnienie dostępu do pewnych informacji może mieć wpływ na prawa i wolności osób trzecich oraz społeczeństwa.

Informacje odnoszące się do życia zawodowego osoby fizycznej nie są objęte bezwzględnym zakazem publicznego ujawniania, niemniej jednak ich dostępność w Internecie może w pewnych sytuacjach negatywnie wpływać na prywatną sferę funkcjonowania człowieka. Skoro dochodzi do ingerencji w sferę prywatności, warto rozważyć, czy istnieje społeczna potrzeba, żeby informacje w tym zakresie były dostępne przez nieokreślony czas, szczególnie jako pojawiający się przy imieniu i nazwisku osoby wynik wyszukiwania dostarczany przez wyszukiwarki internetowej. Nieaktualność informacji dotyczących życia zawodowego osoby czy też ich nieistotność względem społecznej potrzeby do informacji będzie wskazywał na możliwość usunięcia z wyszukiwarki internetowej odniesień do takich linków.

Wykaz literatury

Adkins M., *Dutch Court grants „right to be forgotten” to doctor formally reprimanded for medical negligence*, <https://www.collascrill.com/news-updates/articles/dutch->

³² Ibidem.

- court-grants-right-to-be-forgotten-to-doctor-formally-reprimanded-for-medical-negligence/.
- Boffey D., *Dutch surgeon wins landmark „right to be forgotten” case*, <https://www.theguardian.com/technology/2019/jan/21/dutch-surgeon-wins-landmark-right-to-be-forgotten-case-google>.
- Braciak J., *Prawo do prywatności*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, C.H. Beck, Warszawa 2002.
- English R., *Doctor’s right to be forgotten*, <https://ukhumanrightsblog.com/2019/01/27/doctors-right-to-be-forgotten/>.
- Kranenborg H., *Google and The Right to Be Forgotten (Case C-131/12, Google Spain)*, „European Data Protection Law Review” 2015, nr 1.
- Lee E., *Recognizing Rights in Real Time: The Role of Google in the EU Right to Be Forgotten*, „U.C. Davis Law Review” 2016, nr 49.
- Lee E., *The Right to Be Forgotten v. Free Speech*, „A Journal of Law and Policy from The Information Society. Chicago-Kent College of Law Research Paper” 2015–2016, nr 12(1).
- Lubis T., *The Ruling of Google Spain Case: ‘The Right to Be Forgotten’ or ‘The Right to Censorship’?* (2015), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2872874>.
- Mendis A., *Prawo do prywatności a interes publiczny*, Wolters Kluwer, Kraków 2006.
- Wild M., *Ochrona prywatności w prawie cywilnym (koncepcja sfer a prawo podmiotowe)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 4.

Summary

The right to be forgotten versus availability information relating to professional life of natural person in internet search engines

Keywords: the right to be forgotten, the right to privacy, search engines, information about working life.

Article deals with the issue of removing references to the professional life of a natural person from search engines results, what relates to the right to be forgotten and obligations of search engine operators resulting from this right. In the situation of removing information from the Internet there occurs the most noticeable conflict between the right to be forgotten and the social right to unfettered access to information. The article aims to present criteria that may help consider which interest (individual or social) is to prevail.

Piotr Chrzczonowicz

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

ORCID: 0000-0002-2962-6328

pch@umk.pl

Publiczne propagowanie lub pochwalanie zachowań o charakterze pedofilskim. Uwagi na tle zjawiska oraz regulacji prawnej z art. 200b Kodeksu karnego

Wprowadzenie

Nowelizacją z dnia 5 listopada 2009 r.¹ wprowadzono do Kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. m.in. nowy typ przestępstwa, polegający na publicznym propagowaniu lub pochwalaniu zachowań o charakterze pedofilskim. Przestępstwo to ujęte zostało w dodanym do rozdziału XXV k.k. *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* art. 200b. Wspomniana nowela weszła w życie z dniem 8 czerwca 2010 r.

Regulacja prawna, o której mowa, obowiązuje już ponad dekadę. Analiza powszechnie dostępnych policyjnych danych statystycznych ukazuje, że przypadki ujawnionej przestępczości, kwalifikowane na podstawie art. 200b k.k., nie są liczne², a zatem ostrożnie można rzec – mając na względzie niewiadomą, jaką stanowi ciemna liczba tego typu przestępstw – że zagrożenie tą przestępczością nie jest w istocie realną bolączką społeczną.

Opracowanie ma na celu ukazanie politycznokryminalnej motywacji stworzenia wspomnianego unormowania, jego omówienie i krytyczną ocenę, jak również zaproponowanie kierunków modyfikacji w obrębie prawa karnego *de lege ferenda* służących poprawie jego jakości.

¹ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy Kodeks postępowania karnego, ustawy Kodeks karny wykonawczy, ustawy Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1589); zob. art. 1 pkt 25.

² Policyjne dane statystyczne za lata 2010–2020 pokazują, że w tym okresie łącznie wszczętych zostało 66 postępowań karnych o czyny z art. 200b k.k. Zob. *Statystyka – kodeks karny: propagowanie pedofilii (art. 200b)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-6/64006,Propagowanie-pedofilii-art-200b.html> (data dostępu: 7.07.2021).

Pedofilia a seksualne wykorzystanie dziecka – charakterystyka pojęć

Pojęcie „pedofilia” nie jest pojęciem języka prawnego, z którym moglibyśmy spotkać się podczas lektury Kodeksu karnego (co innego, gdy chodzi o zbiorczą kategorię onomastyczną „zachowania o charakterze pedofilskim”, występującą właśnie w treści formuły opisu przestępstwa z art. 200b k.k.). W obowiązujących unormowaniach prawnych (poza zakresem regulacyjnym Kodeksu karnego) odnajdujemy jednak pojęcia „przestępstwo pedofilii” bądź „przestępstwa pedofilii” i w tym sensie pedofilia – traktowana jako przejaw negatywnej dewiacji o wyraźnym, wysokim potencjale zagrożenia dla określonych dóbr prawnie chronionych – przeniknęła na grunt języka prawnego³. Jest to pojęcie języka specjalistycznego, używanego m.in. w medycynie (zwłaszcza psychiatrii), które nadto zrobiło swoistą „karierę” jako pojęcie języka komunikatów medialnych i języka potocznego, w tym języka „ulicy”. Spotyka się je dość powszechnie w języku prawniczym, tj. języku praktyków.

Pedofilia – według oficjalnie obowiązującej w Polsce Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych (ICD-10), opracowanej przez Światową Organizację Zdrowia, umiejscowiona wśród zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania – to zaburzenie preferencji seksualnej osoby dorosłej w stosunku do dziecka, definiowane jako „kontakty seksualne osoby dorosłej z dziećmi, najczęściej w wieku przed pokwitaniem lub pokwitania”⁴. Ten sposób ujęcia pedofilii uzupełniony został komentarzem, że niektórzy cierpiący na to zaburzenie preferują kontakty z dziewczynkami, inni z chłopcami, albo są zainteresowani jedną i drugą płcią⁵.

³ Zob. ustawa z dnia 30 sierpnia 2019 r. o Państwowej Komisji do spraw wyjaśniania przypadków czynności skierowanych przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wobec małoletniego poniżej lat 15 (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2219). Pojęcia „przestępstwo pedofilii” oraz „przestępstwa pedofilii” występują w przepisach tej ustawy niejednokrotnie. Przestępstwo pedofilii ma – w świetle przyjętego w ustawie rozwiązania – swoje ustalone znaczenie. Jest to każdy przypadek przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wobec małoletniego poniżej lat 15 (zob. art. 2 pkt 3 ustawy). Wypada dodać, że w ustawie tej pojawiają się także pojęcia „czyn o charakterze pedofilskim” i „czyny o charakterze pedofilskim”. Sama komisja, o której mowa w ustawie, często nawet nazywana jest oficjalnie – nie tylko w środkach masowego przekazu i w dyskusjach dotyczących zagadnień, którymi się zajmuje – „Państwową Komisją do spraw Pedofilii”. Zob. np. informacja znajdująca się na rządowej stronie internetowej: <https://www.gov.pl/web/pkdp/kontakt2>.

⁴ Zob. *Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych*, Rewizja dziesiąta (ICD-10), t. I, 2008, World Health Organization, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, s. 242 (pozycja oznaczona kodem F. 65.4), <https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/icd10/pdf/ICD10TomI.pdf> (data dostępu: 12.07.2021). Należy nadmienić, że 18 czerwca 2018 r. Światowa Organizacja Zdrowia opublikowała na swojej stronie internetowej nową wersję Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych (ICD-11). Po jej zatwierdzeniu państwa członkowskie WHO będą składać sprawozdania przy zastosowaniu ICD-11 1 stycznia 2022 r. W dokumencie tym zamiast pedofilii pojawiło się określenie „zaburzenie pedofilne” (ang. *pedophilic disorder*), opatrzone kodem 6D32. Szerzej: <https://icd.who.int/en>.

⁵ Por. ibidem.

Sama „preferencja seksualna” oznacza względnie trwałe wzorce reagowania seksualnego i kierowania zachowań seksualnych ku określonym stymulatorom. Preferencje seksualne odzwierciedlają się w treściach fantazji seksualnych, w historii zachowań seksualnych, w ocenach seksualnej atrakcyjności oraz w nasileniu odpowiedzi fizjologicznej organizmu na różne osoby, sytuacje i formy realizacji seksualnej⁶. Są one istotnym punktem odniesienia dla analiz normatywnego funkcjonowania człowieka pod względem seksualnym, a także przedmiotem analiz funkcjonowania patologicznego, które przejawia się m.in. w zachowaniach dewiacyjnych i nielegalnych⁷. W przypadku pedofilii, preferencja seksualna ukierunkowuje zachowanie poprzez reagowanie podnieceniem na bodźce, które wchodzi w skład zespołu cech najbardziej pożądanego przez daną osobę obiektu seksualnego, którym jest dziecko (w wieku przedpokwitaniowym lub we wczesnym okresie pokwitania)⁸. Wiek przedpokwitaniowy dziecka to kryterium odnoszące się do wieku rozwojowego, a nie do wieku kalendarzowego. W tym ujęciu zwraca się uwagę na określony poziom rozwoju psychofizycznego (psychobiologicznego) człowieka, który nie zawsze jest zbieżny czy „pokrywa się” z wiekiem kalendarzowym (tzn. niekiedy go wyprzedza, a innym razem jest spóźniony w stosunku do niego)⁹. Uściślając: dla pedofila obiektem seksualnego pożądania i podniecenia (inaczej – stymulatorem potrzeby seksualnej) jest nie tyle dziecko, co dziecko w określonym wieku, którego nie postrzega się tu wyłącznie w znaczeniu kalendarzowym, lecz przez pryzmat atrybutów budowy somatycznej. Granicą zainteresowania seksualnego pedofila jest najczęściej pojawienie się u dziecka trzeciorzędowych cech płciowych (a zwłaszcza owłosienia łonowego)¹⁰. U pedofila podniecenie wzbudza więc dzieci do czasu osiągnięcia przez nie znamion dojrzewania i tu przebiega granica – jak ujmuje się to nieco trywialnie i dowcipnie, przy całej powadze problemu – między pedofilami a „amatorami starego wina i młodych dziewczek”¹¹.

Z medyczną definicją pedofilii koresponduje popularna definicja obecna na gruncie kryminologii, która – z uwagi na ograniczone ramy niniejszego opracowania – zostanie przedstawiona jedynie ogólnie, z wyeksponowaniem istoty fenomenu dewiacyjnego. W kryminologii pedofilię postrzega się jako dewiację seksualną (inaczej parafilię – zaburzenie preferencji seksualnej, perwersję), stanowiącą przejaw przemocy seksualnej, która ukierunkowana jest

⁶ Por. M. Zielona-Jenek, *Preferencje seksualne i związane z nimi zaburzenia: w stronę rozszerzonego modelu opisu*, „Psychiatria Polska” 2018, vol. 52, nr 6, s. 1064.

⁷ Ibidem.

⁸ Por. P. Marcinek, A. Kapala, *Pedofilia w opiniowaniu sądowo-seksuologicznym*, „Seksuologia Polska” 2012, nr 10(2), s. 77.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem. Por. także K. Pospiszyl, *Przestępstwa seksualne. Geneza, postacie, resocjalizacja oraz zabezpieczenia przed powrotnością*, Warszawa 2005, s. 54.

¹¹ Zob. K. Pospiszyl, op. cit., s. 54.

na pewne kategorie osób małoletnich – małe dzieci i adolescentów, tj. na osoby niedojrzałe płciowo¹².

W semantycznym sąsiedztwie pedofilii plasuje się pojęcie „wykorzystanie seksualne dziecka”. Według Światowej Organizacji Zdrowia (która ogólnie wykorzystanie dziecka postrzega jako problem dobrostanu publicznego wywołujący bezpośrednie i długotrwałe konsekwencje zdrowotne) oznacza ono zaangażowanie dziecka w aktywność seksualną (której dane dziecko nie jest w stanie w pełni zrozumieć i udzielić na nią świadomej zgody), naruszającą prawo i obyczaje danego społeczeństwa. Z wykorzystywaniem seksualnym mamy do czynienia wówczas, gdy występuje ono w konfiguracji dziecko – dorosły lub dziecko – inne dziecko, jeśli osoby te, ze względu na wiek bądź stopień rozwoju, pozostają w stosunku opieki, zależności czy władzy. Aktywność taka może obejmować: nakłanianie lub zmuszanie dziecka do udziału w jakichkolwiek prawnie zabronionych czynnościach seksualnych, wykorzystywanie dziecka do prostytucji lub w innych nielegalnych praktykach seksualnych oraz wykorzystywanie dziecka do produkcji przedstawień i materiałów pornograficznych¹³. Zakresy definicji pedofilii oraz wykorzystania seksualnego dziecka – mając wprawdzie wspólny obszar desygnatów – różnią się, przy czym denotacja pojęcia „wykorzystanie seksualne dziecka” jest szersza od denotacji pojęcia „pedofilia”.

Z punktu widzenia prawa karnego – dla określenia całokształtu przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, opisanych w rozdziale XXV k.k., które godzą w konkretne dobra dzieci (a przez to zarazem w dobro ogólnospołeczne, bo przecież wartością ogólnospołeczną jest bezpieczeństwo seksualne dzieci, ich prawidłowy rozwój psychofizyczny, ich wolność od różnych form eksploatacji seksualnej oraz obyczajność rozumiana jako akceptowane społecznie wzorce i formy życia seksualnego) – adekwatne, jak się wydaje, byłoby stosowanie pojęcia „przestępstwa polegające na wykorzystaniu seksualnym dziecka” i unikanie generalizacji oraz daleko idącego skrótu myślowego, jakie wyraża spotykane pojęcie „przestępstwa pedofilskie” („przestępstwa pedofilskie” można zaś uważać za specyficzną subkategorię „przestępstw polegających na wykorzystaniu seksualnym dziecka”).

W dyskursie naukowym, mając na względzie realia obowiązujących regulacji prawnych, niekiedy zauważa się, że jeśli kreacja prawniczej definicji pedofilii miałyby opierać się na wzorcach zachowań opisanych w art. 200 § 1 k.k.,

¹² Por. np. A. Coluccia, E. Calvanese, *Pedofilia. Un approccio multiprospettico*, Presentazione di Marco Gaetani, Criminologia FrancoAngeli, 1^a edizione, Milano 2007, s. 9, s. 33–35. Por. także J. Carlos Romi, L. García Samartino, *Algunas reflexiones sobre la pedofilia y el abuso sexual de menores*, „Cuadernos de Medicina Forense” 2004, Año 3 – N° 2, s. 93–94.

¹³ Zob. *Report on the Consultation on Child Abuse Prevention*, WHO, Geneva, 29–31 March 1999, World Health Organization, Social Change and Mental Health, Violence and Injury Prevention, WHO/HSC/PVI/99.1, 1999, s. 15–16, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/65900> (data dostępu: 8.07.2021).

to należy zastrzec, że przyjęta wówczas konstrukcja definicyjna byłby wysoce swoista¹⁴. Przepis ten za przestępstwa uznaje obcowanie płciowe z małoletnim poniżej 15 roku życia, dopuszczanie się wobec takiego małoletniego innej czynności seksualnej lub doprowadzenie takiej osoby do poddania się czynnościom seksualnym albo do ich wykonania. Przy założeniu, że w populacji małoletnich poniżej 15 roku życia (w tym zwłaszcza bliżej tej granicy wieku) większość to osoby niedojrzałe płciowo (a zatem atrakcyjne dla pedofila z racji tej jego preferencji seksualnej), należy przyjąć, że określenie powyższych zachowań jako „przestępstw pedofilskich” jawi się jako adekwatne. Natomiast nie wydaje się adekwatne wówczas, gdy np. osoba małoletnia, która nie przekroczyła 15 roku życia (zbliżająca się do tej granicy) jest dojrzała pod względem biologicznym (somatycznym), tj. „nie wygląda na dziecko”, a nadto u sprawcy nie diagnozuje się zaburzenia jego preferencji seksualnej w omawianym zakresie (innymi słowy – sprawcę seksualnie stymuluje młoda osoba, która – choć obiektywnie jest dzieckiem poniżej 15 roku życia – jest dojrzała pod względem płciowym, tzn. ma ukształtowane trzeciorzędowe cechy płciowe). Zdarza się, że przestępstwo seksualne popełnione na szkodę małoletniego poniżej 15 roku życia, nie będąc rezultatem zaburzeń w sferze preferencji seksualnej sprawcy, stanowi np. zachowanie uwarunkowane oddziaływaniem alkoholu lub innych środków odurzających bądź zachowanie uwarunkowane brakiem internalizacji norm moralnych i prawnych¹⁵.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że błędem jest określanie każdego sprawcy nadużyć seksualnych wobec małoletnich poniżej 15 lat jako pedofila. Wyniki różnych badań dotyczących problematyki nadużyć seksualnych wobec dzieci (tak krajowych, jak i zagranicznych) – przywoływanych i omawianych w literaturze – pokazują, że wśród sprawców tego typu przestępstw większości nie stanowią osoby z zaburzeniami preferencji seksualnych w postaci pedofilii¹⁶. Z wynikami tymi harmonizują opinie praktyków prowadzących terapie sprawców przestępstw seksualnych¹⁷.

Mimo to, w dyskursie społecznym (w tym politycznym i, niestety, prawniczym również), gdzie używa się pojęcia „przestępstwa pedofilskie”, obecne są tendencje do nazywania ich sprawców po prostu „pedofilami”, a więc do nie-

¹⁴ Por. M. Bocheński, *Ile pedofilii w „pedofilach”? Wybrane problemy wykorzystywania seksualnego małoletnich w Polsce – perspektywa kryminologiczna*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria – Badania – Praktyka” 2015, vol. 14, nr 3, s. 104.

¹⁵ Por. K. Burdziak, P. Banaszak, *Sprawcy przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności osoby małoletniej – analiza kryminologiczna*, Warszawa 2017, s. 94, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Burdziak-K.-Banaszak-P._Sprawcy-przest%C4%99pstw-p.-w.-woln.-seks.-i-obyczajno%C5%9Bci-os.-ma%C5%82oletniej.pdf (data dostępu: 10.07.2021).

¹⁶ Por. np. M. Bocheński, op. cit., s. 105.

¹⁷ Zob. W. Głowacki, *Dr Daniel Cysarz: Najczęściej to nie pedofile molestują seksualnie dzieci* (wywiad), „Polska Times” z 30 września 2018 r., <https://polskatimes.pl/dr-daniel-cysarz-najczesciej-to-nie-pedofile-molestuja-seksualnie-dzieci/ar/c6-13532652> (data dostępu: 8.07.2021).

właściwego posługiwania się terminem profesjonalnym języka medycznego, który nadto ulega pewnej deformacji semantycznej i staje się nośnikiem pejoratywnych emocji i towarzyszących im ocen. Tak zmodyfikowane pojęcie, nacechowane ujemnie, staje się komponentem języka wykorzystywanego jako narzędzie stygmatyzacji wszelkich osób wchodzących w kontakty seksualne z małoletnimi, którzy są w wieku poniżej granicy ustalonej w prawie dla tolerowania przez społeczeństwo takich kontaktów. Powyższe tendencje racjonalizuje się, wskazując na doniosłość problemu, jakim dla współczesnego społeczeństwa jest seksualne wykorzystywanie małoletnich. „Wszystkie dzieci nasze są”, więc zapewnienie bezpieczeństwa dzieci w sferze seksualnej i ich ogólnego dobrostanu psychofizycznego jest ważną powinnością świata odpowiedzialnych dorosłych, w którym potępia się i zdecydowanie przeciwstawia się zachowaniom seksualnie wiktyimizującym dzieci oraz niosącym ryzyko takiej wiktyimizacji. Figura pedofila – z perspektywy tej powinności – personifikuje społeczne zło, jakim są seksualne nadużycia wobec dziecka, więc jest atrakcyjna retorycznie. Kulturowo spełnia rolę „diabła ludowego”, który stanowi symbol i nośnik określonego zagrożenia w społeczeństwie, na nim skupia się społeczna niechęć i inne negatywne uczucia; on jest źródłem strachu i stymulatorem lęku, odpowiada za szerzenie się w społeczeństwie pewnej hysterii i paniki moralnej¹⁸.

Zjawisko „pozytywnej pedofilii” jako problem społeczny wymagający reakcji karnoprawnej

Wprowadzenie do Kodeksu karnego przestępstwa polegającego na publicznym propagowaniu lub pochwalaniu zachowań pedofilskich podyktowane było wolą podjęcia zdecydowanej reakcji prawnej wobec zjawiska promowania pedofilii, w szczególności tzw. pozytywnej pedofilii, tj. polegającego na promowaniu aprobatywnych postaw wobec pedofilii oraz pochwalaniu tworzenia i istnienia związków między osobami starszymi (dorosłymi) a dziećmi, mających podtekst erotyczny, seksualny. Oficjalna retoryka „pozytywnej pedofilii” ukazuje możliwości kreowania relacji między dorosłymi a dziećmi, gdzie starszy partner obdarza dziecko, które jest wolną istotą i mu ufa, ciepłymi uczuciami, a także zapewnia mu właściwą emocjonalną edukację oraz zaspokajanie potrzeb psychicznych i fizycznych¹⁹. Współcześnie wyodrębnia się w społec-

¹⁸ Interesujące rozważania w odniesieniu do tej problematyki w krajowym piśmiennictwie prezentuje np. J. Gierszewski, *Wpływ paniki moralnej na postrzeganie bezpieczeństwa publicznego*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje” 2016, nr 21, s. 128–136.

¹⁹ Por. K. Beckett, *Culture and the Politics of Signification: The Case of Child Sexual Abuse*, „Social Problems” 1996, vol. 43, no. 1, s. 61; *Oświadczenie posła na Sejm RP Arkadego Fiedlera*, V kadencja, 25 posiedzenie, 1 dzień (20.09.2006), <http://orka2.sejm.gov.pl/Debata5.nsf/main/326757CA>

czeństwie środowiska (subkultury), w ramach których funkcjonują osoby o określonych upodobaniach seksualnych, zainteresowane nawiązywaniem bliskich, intymnych relacji z dziećmi. W stosunku do takich osób używane są rozmaite określenia: *childloverzy* (ang. *childlovers*), *boyloverzy* (ang. *boylovers*), *girlloverzy* (ang. *girllovers*) lub *lolifani* (ang. *lolifans*), a także *teenloverzy* (ang. *teenlovers*). Grupy takich osób nierzadko przybierają bardziej sformalizowane struktury organizacyjne (np. stowarzyszeń)²⁰. Poglądy i zachowania osób należących do poszczególnych grup – wyrażające ich pociąg erotyczny do dzieci i sugerujące normalność tak ukierunkowanego libido – a także sposób, w jaki się je demonstruje i usprawiedliwia, są, jak się wydaje, rezultatem procesu racjonalizowania i „nobiletowania” dewiacyjnych inklinacji pedofilskich lub formą manipulowania opinią publiczną, bowiem służą one przekonaniu społeczeństwa, że możliwe jest nawiązanie intymnych relacji z dziećmi bez elementu seksu prowadzącego do wykorzystywania dziecka, a więc do jego skrzywdzenia. Środowiska „sympatyków” dzieci, których członkowie upowszechniają swoje kontrowersyjne poglądy i lansują pewien styl budowania relacji z dziećmi, nazywanej eufemistycznie „przyjaźnią”, wykorzystując jako narzędzia dla swojej ekspresji i ekspansji nowoczesne technologie, umożliwiające ich przekazowi osiągnięcie szerokiego, nawet globalnego wydźwięku, konstytuują fenomen społeczny, którego treścią jest negatywistyczny stosunek do konwencjonalnych wartości w odniesieniu do relacji dorosły – dziecko²¹. Pojawienie się i forsowanie w przestrzeni społecznej w odniesieniu do dewiacji seksualnej, jaką jest pedofilia, konstruktu pojęciowego „pozytywna pedofilia” stało się narzędziem sugestii (służącej przełamywaniu istniejących konwencji społecznych), że w opozycji do niej znajduje się „zła pedofilia”, a zatem, że w systemie wartościowania, aksjologicznej oceny pedofilii możliwe jest wyróżnienie jej dwu

(data dostępu: 9.07.2021); G. Zawadka, *Nie istnieje coś takiego jak dobra pedofilia* (rozmowa z Izabelą Jarugą-Nowacką), „Rzeczpospolita”, z 18.12.2008 r., <https://www.rp.pl/arttykul/235911-Nie-istnieje-cos-takiego-jak-dobra-pedofilia.html> (data dostępu: 9.07.2021); M. Grzebałkowska, *Misiaczek mówi, że jest dobrym pedofilem. Dla niego związek z dzieckiem to przyjaźń i miłość. Seks jest na końcu*, „Wysokie Obcasy” z 20.06.2020 r., <https://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/7,163229,3305860.html> (data dostępu: 9.07.2021).

²⁰ Przykładem takiej organizacji jest działająca w USA już od ponad 40 lat stowarzyszenie NAMBLA (North American Man/Boy Association), mające swoje główne ośrodki aktywności w Nowym Jorku oraz w San Francisco.

²¹ W piśmiennictwie zwraca się uwagę, że rozwój Internetu i komunikacji za pośrednictwem urządzeń komputerowych ułatwił rozwój szerokiego spektrum dewiacyjnych zachowań seksualnych, a wraz z nimi dewiacyjnych subkultur, które zachowania takie aprobuje. Niewątpliwie Internet umożliwia także kreowanie subkultury pedofilskiej, której wartości zachęcają do emocjonalnych i, w niektórych przypadkach, seksualnych związków z chłopcami i dziewczętami w środowisku wirtualnym i rzeczywistym – por. np. Th. J. Holt, K.R. Blevins, N. Burkert, *Considering the Pedophile Subculture Online*, „Sexual Abuse” 2010, vol. 22, no. 1, s. 3–24; K.F. Durkin, *Misuse of the Internet by Pedophiles. Implications for Law Enforcement and Probation Practice* [w:] R.M. Holmes, S.T. Holmes (red.), *Current Perspectives on Sex Crimes*, Thousand Oaks–London–New Delhi 2002, s. 165.

oblicz – pozytywnego („normalnego”, nieszkodliwego dla dziecka) oraz negatywnego (patologicznego, destrukcyjnego dla dziecka), z których to pierwsze zasługuje na społeczną inkulturację i tolerancję. Z sugestii tej wynikać miałyby zaś wnioski o istnieniu dwóch ekstremalnie różniących się od siebie sylwetek pedofilii, tj. bezuczuciowego degenerata w pełni instrumentalnie traktującego dziecko – jego ofiarę (tzw. pedofila psychopatycznego) oraz czulego, empatycznego i miłego wobec dziecka „wujaszka”, który swoje kontakty z dzieckiem traktuje jako przypieczętowanie „związku dusz” (tzw. pedofila neurotycznego czy nerwicowego)²². Dychotomiczne rozwarstwienie pedofilii i przeciwstawienie sobie jej dwóch wyżej wskazanych wymiarów nie może być jednak uznane za poprawne²³.

Omawiany fenomen stał się wyraźnie widoczny w Polsce około połowy pierwszej dekady lat XXI wieku. Nagłośniany był on przez pewne organizacje społeczne zajmujące się ochroną dzieci przed ich seksualnym wykorzystaniem jako wysoce szkodliwy i „wymykający się” ocenom karnoprawnym na podstawie ówczesnie obowiązujących przepisów. Organizacjom tym udało się skupić uwagę środków masowego przekazu i polityków na potencjalnych zagrożeniach, jakie dla społeczeństwa wynikają z aktywności „pozytywnych pedofilów”, pozostającej poza kontrolą prawa, a przez to i odpowiednich instytucji państwowych, ośmielonych, by aktywność tę rozwijać. W konsekwencji pojawiły się postulaty kryminalizacji charakterystycznych w obrębie zjawiska „pozytywnej pedofilii” i jednoznacznie potępianych zachowań, uzasadniane potrzebą zwiększenia i wzmocnienia poziomu ochrony dzieci przed wiktylizacją seksualną.

Pierwotna inicjatywa ustawodawcza w tym zakresie, pochodząca z kręgów poselskich, przewidywała dodanie do Kodeksu karnego nowej jednostki redakcyjnej – art. 200a w brzmieniu: „Kto publicznie prezentuje treści propagujące, pochwalające lub nakłaniające do czynności określonych w art. 200 podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”²⁴. Ów postulat nowelizacji Kodeksu karnego i zaproponowany sposób kryminalizacji niepożądanych zachowań – w trakcie prac w toku procesu legislacyjnego Sejmu RP VI kadencji – związany został z innymi pomysłami i projektami nowelizacyjnymi w odniesieniu do sfery tzw. przestępstw seksualnych na szkodę małoletnich poniżej 15 roku życia i szerzej nawet z innymi projektami zmian w ustawodawstwie karnym (tj. w Kodeksie karnym, Kodeksie postępowania karnego, Kodeksie karnym wykonawczym oraz Kodeksie karnym skarbowym), a także w innych ustawach. W trakcie tych prac zaproponowano wprowadzenie do Kodeksu karnego art. 200a w innym brzmieniu, bo też określającego inny

²² Por. K. Pospiszyl, op. cit., s. 74.

²³ Zob. ibidem, s. 74–76.

²⁴ Zob. poselski projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, druk sejmowy nr 1289 z dnia 10 września 2009 r., s. 1, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/1289> (data dostępu: 8.07.2021).

czyn (choć mogący również należeć do zjawiska „pozytywnej pedofilii”), tj. czyn polegający – generalnie rzecz ujmując – na „uwodzeniu” małoletniego, które następuje z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej (ang. *child grooming*). Natomiast samo promowanie „pozytywnej pedofilii”, określone normatywnie jako publiczne propagowanie lub pochwalanie zachowania o charakterze pedofilskim, znalazło się finalnie w osobnej jednostce redakcyjnej art. 200b k.k.

Analiza regulacji zawartej w art. 200b k.k.²⁵ i ocena przyjętego rozwiązania

Każda analiza dogmatycznoprawna określonego przestępstwa odbywa się według ustalonego schematu „komentarzowego”, zakładającego zwrócenie uwagi na jego podmiot, stronę podmiotową, stronę przedmiotową oraz przedmiot. Analiza taka zakłada również wskazanie na pewne problemy, które mogą pojawić się w związku ze stosowaniem wyżej wymienionego przepisu w praktyce organów dochodzeniowo-śledczych i wymiaru sprawiedliwości. Obejmuje ponadto odniesienie się do kwestii zagrożenia karnego, przewidzianego za to przestępstwo.

Podmiotem przestępstwa (występku) z art. 200b k.k. może być każdy człowiek zdalny do ponoszenia odpowiedzialności karnej z punktu widzenia jej przesłanek opisanych w kodeksie karnym (podstawowymi tu wymaganiami jest osiągnięcie przez sprawcę odpowiedniego wieku, tj. ukończenie przezeń 17 lat oraz jego poczytalność). Jest to zatem przestępstwo powszechne²⁶. Choć płeć i preferencje seksualne sprawcy nie mają jakiegokolwiek znaczenia dla ponoszenia przezeń odpowiedzialności karnej z tego przepisu, w istocie należy przyjąć, że zasadniczo sprawcami czynów tam opisanych mogą być osoby o preferencji seksualnej ukierunkowanej na niedojrzałych płciowo małoletnich. Stroną podmiotową przestępstwa polega na umyślności. Można je popełnić jedynie w zamiarze bezpośrednim, bowiem znamiona strony przedmiotowej, określające czynność sprawczą („propaguje”, „pochwala”), kodują w sobie intencjonalność odpowiadających im zachowań (sprawca, który „propaguje” lub „pochwala” musi działać ze świadomością i wolą co najmniej potencjalności oddziaływania na psychikę innych ludzi i w ten sposób angażowania ich intelektualnie lub emocjonalnie w swój przekaz). Od strony przedmiotowej przestępstwo polega na publicznym propagowaniu lub pochwalaniu zachowań o charakterze pedofilskim. W znaczeniu słownikowym przymiotnik „publiczny” to m.in. „działający się w miejscu dostępnym dla wszystkich”, „odbywający się

²⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444 z późn. zm.).

²⁶ Por. np. V. Konarska-Wrzosek, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 925.

wobec świadków”, „widoczny”, „jawny”²⁷. Na gruncie prawa karnego funkcjonuje pogląd, w myśl którego, aby dane zachowanie można było uznać za odbywające się publicznie, musi być ono realizowane w takim miejscu, w takich okolicznościach lub w taki sposób, że może je zaobserwować lub odebrać bliżej nieoznaczony (liczebnie i rodzajowo) krąg osób bądź oznaczona, lecz większa liczba osób²⁸. Znamię „publicznie” występuje wiele razy w typizacjach kodeksowych. W doktrynie i judykaturze brakuje jednak pełnej zgodności co do wyżej zaprezentowanego zakresu tego znamienia. Wątpliwość wywołuje kwestia wyznaczenia liczbowego minimum osób, niezbędnego dla uznania zachowania danego podmiotu za odbywające się (realizowane) „publicznie”. Podkreśla się nawet, że jakiekolwiek próby uczynienia tego z góry skazane są na porażkę; żaden dokonany w takim wypadku wybór, określający publiczny charakter zachowania jakąś cyfrą czy liczbą osób, nie będzie bowiem wolny od zarzutu dowolności²⁹. Obserwowaną (zwłaszcza w praktyce) tendencją w dziedzinie wykładni znamienia „publicznie” jest akcentowanie, iż jego realizacja następuje w przypadku kierowania danego działania do bliżej nieokreślonego kręgu osób³⁰. Nadto przyjmuje się, że działanie, którego odbiorcami są osoby z podmiotowo zamkniętego kręgu (np. uczestniczące w tzw. biletowanej imprezie), nie jest działaniem odbywającym się „publicznie”³¹.

Propagowanie lub pochwalanie zachowań o charakterze pedofilskim, z wykorzystaniem tzw. tradycyjnych kanałów przesyłowych i komunikacyjnych (np. radio, telewizja, prasa, foldery czy plakaty informacyjne) lub nowoczesnych technologii umożliwiających rozpowszechnianie określonych treści i ich odbiór przez większą liczbę osób (sieć Internet), niewątpliwie jest działaniem, które ma charakter publiczny. Działanie z wykorzystaniem wskazanych wyżej środków będzie publiczne nie tylko wówczas, gdy będzie realizowane „na żywo”, ale także i wówczas, gdy będzie polegało na emisji wcześniej przygotowanych nagrań określonych przekazów z intencją ich rozpowszechnienia. Dla porządku należy dodać, że takie zachowanie, jak np. wystąpienie na ulicy czy placu przed większą liczbą osób i kierowanie do tych osób określonych wypowiedzi czy prezentacji, również ma cechy zachowania realizowanego publicznie. *In concreto* dane działanie uznamy za publiczne, jeśli potencjał takiego jego oddziaływania jest rzeczywisty, a nie czysto hipotetyczny (np. w danym miej-

²⁷ Zob. E. Sobol (red.), *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, s. 813.

²⁸ Por. np. L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. czternaste, Warszawa 2008, s. 301; V. Konarska-Wrzošek, op. cit., s. 925.

²⁹ Por. P. Bachmat, *Przestępstwa z art. 256 i 257 k.k. – analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, Warszawa 2005, s. 9, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/P-Bachmat-Przest-z-art-256-i-257-2005.pdf> (data dostępu: 12.07.2021).

³⁰ Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27 września 2018 r., sygn. akt II AKa 155/18, Lex nr 2583360.

³¹ Por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z 5 marca 2015 r., sygn. akt III KK 274/14, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2016, Nr 10, poz. 100, s. 1418.

scu znajduje się większa liczba osób, które realnie, obiektywnie mogą stać się odbiorcami danych treści i jest to okoliczność uświadomiona przez tego, który działa w określony sposób). Nie będzie zatem działaniem publicznym działanie w odniesieniu do osób, które nie były w stanie usłyszeć lub zrozumieć wypowiedzianych słów (np. w odniesieniu do osób nieznających języka przekazu, głuchoniemych bądź głuchych), a także działanie polegające na wypowiedzianiu słów szeptem lub w miejscu niedostępnym dla innych osób³².

Czynność sprawczą na gruncie art. 200b k.k. określają dwa alternatywnie ujęte znamiona czasownikowe – „propaguje lub pochwała”. W znaczeniu słownikowym czasownik „propagować” oznacza „szerzyć, upowszechniać idee, hasła, myśli; zjednywać kogoś dla jakiejś idei, akcji”³³. Jako znamień czynu zabronionego, pojęcie to powinno być rozumiane jako każde zachowanie, które polega na rozpowszechnianiu określonych treści (idei, haseł, poglądów) z zamiarem zwrócenia na nie uwagi i przekonania do nich (do ich słuszności, wiarygodności, zasadności) odbiorców, tj. z intencją uzyskania dla nich pozytywnego nastawienia, zrozumienia, poparcia³⁴. Propagowanie może być kierowane zarówno do osób, które są już przekonane co do słuszności danych treści, podzielają określone poglądy (w takim wypadku propagowanie utwierdza je w tych poglądach), jak i do osób, które sprawca (sprawcy) chcą dopiero przekonać do głoszonych przez siebie zapatrywań, zjednać je sobie³⁵. Podmiot propagujący ma pozytywny stosunek do tego, co jest propagowane. Istotą propagowania jest zwrócenie się do jakiejś zbiorowości, a nie do pojedynczej osoby. Z kolei czasownik „pochwalać” – według definicji językowej – to „uznawać za słuszne, dobre, właściwe; aprobować”³⁶. Słowo „pochwała” oznacza wyrażanie o kimś lub o czymś (a mając na uwadze treść przepisu art. 200b k.k. – o tzw. zachowaniach o charakterze pedofilskim) pozytywnej opinii, akceptacji, wypowiedzianie się z uznaniem, w superlatywach. By dana ekspresja była pochwalaniem czegoś lub kogoś, wymaga pewnego aksjologicznie dodatniego nastawienia czy zaangażowania danej osoby w odniesieniu do jej przedmiotu, co nie może być interpretowane w oderwaniu od kontekstu, w którym została ona dokonana. Pochwalanie jest aprobatywną oceną wyrażaną w odniesieniu do danej osoby, grupy osób, zachowania (zachowań), poglądu (poglądów), idei, ideologii, zjawiska (zjawisk) czy stanu rzeczy; gloryfikowaniem czegoś lub kogoś. Może polegać ono na podkreślaniu zalet, atutów danych zachowań i ko-

³² Por. R.A. Stefański, *Przestępstwo publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa* (art. 255 k.k.), „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 1, s. 14.

³³ Zob. E. Sobol, op. cit., s. 755.

³⁴ Por. np. V. Konarska-Wrzošek, op. cit., s. 924; M. Kalitowski, *Rozdział XXXII. Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. piąte, Warszawa 2016, s. 1445.

³⁵ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 7 marca 2013 r., sygn. akt II AKa 398/12, Legalis nr 1025695.

³⁶ Zob. E. Sobol, op. cit., s. 677.

rzyści z nich wypływających³⁷. Powyższe rozważania pozwalają stwierdzić, że do pewnego stopnia pojęcia „propagowanie” i „pochwalanie” mogą być traktowane jako bliskoznaczne. W konkretnych sytuacjach możliwe jest ich łączne zrealizowanie (np. publiczne wystąpienie określonej osoby w danym miejscu i czasie może spełniać zarówno cechy propagowania, jak i pochwalania).

Znamię strony przedmiotowej, jakim jest zwrot „zachowania o charakterze pedofilskim”, już *prima facie* wydaje się nietransparentne i nieostre. Ustawodawca – co jest nie tylko postulatem teoretycznym, ale i oczekiwaniem praktyki – powinien dbać o klarowność i precyzję znaczeniową pojęć, których używa w procesie prawotwórczym, w tym konstruuując przepis karnoprawny. Przepis prawa karnego – określający odpowiedzialność karną za dany czyn zabroniony – powinien być tak sformułowany, aby treść zakazu w nim przedstawionego była dla jego adresata zrozumiała. Znamię „zachowania o charakterze pedofilskim” jest ocenne, co oznacza, że może być ono rozumiane w różny sposób. Właściwy jego zakres znaczeniowy (a co się z tym wiąże – zakres kryminalizacji całego przepisu) w istocie trudno jest wytyczyć, nawet jeśli kompetentnie sięga się do różnych metod wykładni stosowanych w odniesieniu do regulacji karnoprawnych. Użycie określenia „charakter pedofilski”, które nie występuje w żadnym innym przepisie Kodeksu karnego, sugeruje, że ustawodawca zrezygnował z precyzyjnego określenia zbioru zachowań, w związku z którymi może zaktualizować się odpowiedzialność karna za czyn stypizowany w art. 200b k.k. (co należy uznać za niewłaściwe z punktu widzenia wiary w paradygmat racjonalnego ustawodawcy i za osłabiające – w tym względzie – gwarancyjną funkcję prawa karnego). Gdyby wykładnię tego znamienia oprzeć wyłącznie na znaczeniu medycznym pedofilii, byłoby to, jak się wydaje, kontrproduktywne z punktu widzenia efektywności stosowania prawa karnego w tym zakresie (wówczas bowiem publiczne propagowanie lub pochwalanie zachowań, które od strony medycznej nie mieściłyby się w sferze zjawiska pedofilii, a byłyby zachowaniami związanymi z seksualnym wykorzystaniem młodszych dzieci, nie stanowiłyby przestępstwa). W piśmiennictwie spotykamy stanowisko, że zachowania o charakterze pedofilskim w sensie karnoprawnym to nie wyłącznie zachowania, których dopuszczają się pedofile (a zatem osoby z zaburzeniami preferencji seksualnych opisywanymi w języku medycznym jako pedofilia), ale także zachowania osób o nieodbiegających od normy preferencjach seksualnych, które podejmują określoną aktywność seksualną wobec dzieci, traktując je jako zastępczy obiekt rozładowania seksualnego napięcia, zaspokojenia seksualnej potrzeby³⁸. Za „zachowania o charakterze

³⁷ Por. V. Konarska-Wrzosek, op. cit., s. 924.

³⁸ Por. np. ibidem, s. 924–925; A. Opar, *Prawnokarne i kryminalistyczne środki zwalczania zjawiska cyberpedofilii w świetle regulacji zawartych w kodeksie karnym na przykładzie przestępstwa groomingu*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2016, Seria Prawnicza, Prawo 19, z. 94, s. 147.

pedofilskim” uznać należy wszelkie zachowania seksualne, obejmujące obcowanie płciowe oraz inne czynności seksualne (a zatem różne odmiany stosunków seksualnych, masturbację i tzw. pieszczoty seksualne), podejmowane w odniesieniu do małoletnich, którzy nie osiągnęli dojrzałości seksualnej. W doktrynie prawa karnego podkreśla się, że takimi małoletnimi w Polsce są osoby, które nie ukończyły 15 roku życia³⁹. Wskazana granica wieku dojrzałości seksualnej jest oczywiście konsekwencją istniejącej już tradycyjnie w polskim ustawodawstwie karnym konwencji, która legła u podłoża konstrukcji pewnych regulacji zakazujących podejmowania szerokiej gamy zachowań seksualnych angażujących małoletnich (przy czym symptomatyczny tu, choć nie jedyny, jest zakaz wyrażony w treści art. 200 § 1 k.k.). Przyjmuje się bowiem, że jakiegokolwiek relacje natury seksualnej z osobami, które nie ukończyły 15 roku życia, stanowią w istocie relacje seksualne z osobami niedojrzałymi seksualnie – jeśli nawet nie w sensie fizycznym, to przynajmniej w sensie psychicznym (dojrzałość seksualna ma zarówno swój aspekt fizyczny, jak i psychiczny, a człowiek nie zawsze osiąga stan dojrzałości w obu tych sferach jednocześnie czy w bliskim sąsiedztwie temporalnym). Stąd w prawniczym ujęciu zachowaniem o charakterze pedofilskim może być zachowanie seksualne osoby o nieodbiegającej od normy preferencji seksualnej, podjęte w stosunku do dojrzałego seksualnie od strony fizycznej małoletniego, który jednak nie ukończył 15 lat i którego psychika w sferze percepcji i ekspresji jego własnej seksualności – co przyjmuje się za cechę przyjętego wieku metrykalnego – nie jest jeszcze na tyle ukształtowana, że można by było mówić o psychoseksualnej dojrzałości takiego małoletniego. Innymi słowy prawnicze podejście zakłada, że każdy czyn seksualny, angażujący małoletniego poniżej 15 roku życia, będzie „zachowaniem o charakterze pedofilskim” w rozumieniu art. 200b k.k. Takie podejście harmonizuje z przyjętą legalną definicją „przestępstwa pedofilii”, zawartą w art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 18 listopada 2020 r. o Państwowej Komisji do spraw wyjaśniania przypadków czynności skierowanych przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wobec małoletniego poniżej lat 15 (o czym w niniejszym opracowaniu była mowa już wcześniej). Definicję tę (choć niewiązącą na gruncie prawa karnego) można potraktować jako wskazówkę interpretacyjną dla pojęć, którymi posłużył się ustawodawca w opisie typu przestępstwa w kodeksie karnym. Zaproponowana wykładnia znamienia „zachowania o charakterze pedofilskim” – bazująca na powyższym argumentie – prowadzi do rezultatu umożliwiającego utrzymanie spójności znaczeń analogicznych pojęć prawnych w ramach systemu prawa.

Można spotkać się z zapatrywaniem, że rozważając, czym są zachowania o charakterze pedofilskim, należy także mieć na uwadze, poza wcześniej już wskazanymi obcowaniem płciowym i innymi czynnościami seksualnymi, tak-

³⁹ Zob. np. V. Konarska-Wrzošek, op. cit., s. 924; Ł. Rosiak, *Propagowanie lub pochwalanie zachowań o charakterze pedofilskim*, „Zeszyty Prawnicze” 2020, t. 20, nr 1, s. 106–107.

że takie, które łączą się z procederem pornografii lub prostytucji dziecięcej⁴⁰. Precyzyjne ustalenie zbioru zachowań pedofilskich może być dość skomplikowane. Wydaje się, że akceptacja dla powyżej przywołanego poglądu i doprecyzowanie znamienia „zachowania o charakterze pedofilskim” w powyższy sposób – aby nie prowadziło to do nadmiernego rozszerzenia ram odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 200b k.k., którego istnienie i tak już stanowi przejaw kryminalizacji przedpola samych zachowań pedofilskich (dodajmy przy okazji – poszerzanego jeszcze z racji karalności formy stadialnej usiłowania czynu zabronionego) – wymagałyby zastrzeżenia, że te inne czyny z obszaru wykorzystania seksualnego małoletnich, aby być uznane za „pedofilskie”, musiałyby również dotyczyć małoletnich poniżej 15 roku życia. Nie wypełniałoby znamion czynu zabronionego z art. 200b k.k. np. zachowanie polegające na publicznym propagowaniu tworzenia amatorskich produkcji pornograficznych z udziałem 16-letnich aktorów czy publiczne pochwalanie zachowań polegających na obcowaniu płciowym z 17-letnimi osobami w zamian za udzielanie im np. korzyści majątkowych, co nie oznacza, że tego typu zachowania nie wyczerpywałyby znamion innych czynów zabronionych (opisanych odpowiednio w art. 255 § 1 i 3 Kodeksu karnego, ewentualnie w art. 52a pkt 1 i 3 Kodeksu wykroczeń).

Przestępstwo z art. 200b k.k. jest występkiem bezskutkowym (formalnym). Jego dokonanie (zrealizowanie zespołu ustawowych znamion typu) następuje z chwilą podjęcia jakiejkolwiek aktywności stanowiącej publiczne propagowanie lub pochwalanie określonych w przepisie zachowań⁴¹.

Występek ten stanowi przykład tzw. przestępstwa bez ofiar. Przestępstwa takie nie stanowią zamachu na dobra skonkretyzowanych podmiotów (które można uznać za pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 Kodeksu postępowania karnego), lecz atak na generalnie i abstrakcyjnie rozumiany standard obyczajności⁴². Indywidualnym przedmiotem ochrony przepisu art. 200b k.k. jest obyczajność⁴³, którą należy rozumieć jako dobro ogólnospołeczne, będące zbiorem pewnych istotnych zasad społeczno-kulturowych rządzących zachowaniami seksualnymi w aktualnej formacji społecznej⁴⁴. Zasady te zabraniają podejmowania seksualnych kontaktów z określonymi małoletnimi, traktując je jako nadużycia seksualne, a zatem wymagające potępienia przejawy patologii indywidualnej i społecznej. Tak postrzeganą obyczajność uznać należy za bliższy indywidualny przedmiot ochrony karnoprawnej przewidzianej

⁴⁰ Por. S. Hypś, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. szóste, Warszawa 2019, s. 1073.

⁴¹ Por. np. V. Konarska-Wrzošek, op. cit., s. 925.

⁴² Por. M. Filar, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. pierwsze, Warszawa 2008, s. 815.

⁴³ Por. np. ibidem, s. 924.

⁴⁴ Por. ibidem, s. 815.

w art. 200b k.k. Indywidualnym dalszym przedmiotem ochrony tego przepisu jest porządek publiczny, stanowiący system norm prawnych i pozaprawnych, których przestrzeganie warunkuje harmonijne i bezpieczne współzycie ludzi w ramach organizacji państwowej⁴⁵. Obyczajność w wyżej przedstawionym znaczeniu jest składnikiem systemu norm stanowiących wyznacznik ładu społecznego. Należy jednak przyjąć, że omawiane przestępstwo godzi także w inne niż mieszczące się w obrębie obyczajności normy kreujące porządek publiczny (zabezpiecza społeczeństwo przez potencjalnymi zachowaniami zakłócającymi spójność choćby jego części i płynne funkcjonowanie struktur państwowych, będącymi reakcją w postaci gniewu i wzburzenia, które wynikają z niechęci lub nienawiści, a demonstrowane są w sytuacji rosnącego w społeczeństwie poczucia zagrożenia w związku z rozprzestrzenianiem się, promowaniem i popularyzowaniem potępianych treści).

Przestępstwo to jest czynem ściganym z oskarżenia publicznego, z urzędu. Zagrożone jest ono alternatywnie karami grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. W związku z jego popełnieniem, w konkretnych sytuacjach możliwe jest orzeczenie wobec sprawcy odpowiednich środków karnych (np. zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej, zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi czy podania wyroku do publicznej wiadomości w określony sposób). Sąd może uznać za celowe – w istniejących okolicznościach danego przestępstwa – orzeczenie wobec sprawcy pozbawienia lub ograniczenia praw rodzicielskich (wówczas zawiadamia o tym właściwy sąd rodzinny). Nie jest wykluczona – w razie skazania za przestępstwo z art. 200b k.k. na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania (jeśli popełnione ono zostało w związku z zaburzeniem osobowości sprawcy o takim charakterze lub nasileniu, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźby jej użycia) – możliwość orzeczenia wobec sprawcy pewnych środków zabezpieczających (elektronicznej kontroli miejsca pobytu czy terapii). Wypada dodać, że jeśli sprawca przestępstwa z art. 200b k.k. zostałby skazany za któryś z opisanych tam czynów na bezwzględną karę pozbawienia wolności, to skazanie takie podlega zatarciu na zasadach ogólnych (nie ma w tym względzie zastosowania art. 106a k.k., bo czyn ten nie prowadzi do pokrzywdzenia określonego małoletniego poniżej 15 roku życia w rozumieniu karnoprocesowym).

W piśmiennictwie wskazuje się, że możliwy jest rzeczywisty (kumulatywny) zbieg przepisu art. 200b k.k. z każdym z przepisów art. 255 k.k. (tj. jego § 1, § 2 oraz § 3)⁴⁶. Niekiedy wyrażany jest pogląd o możliwości wystąpienia,

⁴⁵ Por. np. A. Osierda, *Prawne aspekty pojęcia bezpieczeństwa publicznego i porządku publicznego*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2014, t. XXIII, s. 92.

⁴⁶ Zob. szerzej M. Ratajczak, *Czynności pedofilne – ujęcie prawne i kryminologiczne*, „*Prokuratura i Prawo*” 2014, nr 2, s. 58–59. Por. np. V. Konarska-Wrzošek, op. cit., s. 925–926.

w pewnym zakresie, zbiegu rzeczywistego przepisu art. 200b k.k. z art. 255 § 1 k.k. lub z art. 255 § 3 k.k.⁴⁷ Wydaje się jednak, że pewne stany faktyczne polegające na publicznym propagowaniu lub pochwalanu zachowań pedofilskich mogą być kwalifikowane wyłącznie na podstawie art. 200b k.k., który będzie wówczas stanowił *lex specialis* wobec adekwatnych przepisów art. 255 k.k. (będących w takim przypadku *leges generales*). Przykładowo: publiczne pochwalenie obcowania płciowego z 12-letnim dzieckiem – będące przestępstwem stypizowanym w art. 200 § 1 k.k. – uznać należy za przestępstwo, gdzie samodzielną podstawą kwalifikacji prawnej będzie art. 200b k.k. (zastosowanie tego przepisu, jako przepisu szczególnego, wyłączy zastosowanie art. 255 § 3 k.k., który będzie tu przepisem ogólnym). Dodać też należy, że ów szczególny przepis w swej podstawowej sankcji przewiduje surowsze zagrożenie karne niż to, które przewidziane zostało w przepisie ogólnym.

Wprowadzenie do Kodeksu karnego art. 200b, jak można sądzić, stało się wyrazem pewnej troski ustawodawcy o dobrostan małoletnich w określonym wieku i o utrzymanie preferowanej obyczajności społecznej w sferze zachowań seksualnych, związanej z brakiem tolerowania promowania postaw pedofilskich. Źródłem zaś tej troski było przekonanie o braku istnienia wystarczającego poziomu ochrony prawnej dla wyeksponowanych wartości, który wyrażałby się w istnieniu dodatkowych i efektywnych instrumentów karnoprawnej reakcji umożliwiających swoiste „tłumienie zła w zarodku”, czyli tamowanie zagrożeń polegających na pewnym ekspansjonizmie pedofilskich treści, których występowanie już w przestrzeni społecznej identyfikowano. Przepis mający przeciwdziałać publicznemu propagowaniu lub pochwalanu zachowań określonych w nim jako pedofilskie w swej finalnej postaci (jako obowiązujące prawo) nie jest, niestety, udany pod względem techniczno-legislacyjnym. Nie odpowiada określoności ustawowego typu przestępstwa i ta jego wada powinna być wyeliminowana poprzez odpowiednie działanie nowelizacyjne. Należy postulować dwa możliwe kierunki takiego działania – albo wprowadzenie do Kodeksu karnego kategorii definicyjnej „zachowania o charakterze pedofilskim” (taka definicja legalna mogłaby się znaleźć w rozdziale XIV k.k., zawierającym objaśnienie wyrażeń ustawowych), albo zmodyfikowanie opisu typu czynu zabronionego z art. 200b k.k., poprzez zastąpienie formuły „zachowania o charakterze pedofilskim” formułą wskazującą, że chodzi o zachowania odpowiadające charakterystyce czynów przeciwko wolności seksualnej i obyczajności ujętych w określonych przepisach k.k., zapewniających już ochronę małoletnich przed określonym ich wykorzystaniem seksualnym. W przypadku modyfikacji opisu czynu zabronionego z art. 200b k.k. w powyżej postulowany sposób ustawodawca mógłby dookreślić przy zbiorczym zestawieniu stosownych przepisów charakteryzujących zachowania zabronione, że chodzi o tego typu zachowania,

⁴⁷ Por. np. S. Hypś, op. cit., s. 1074; Ł. Rosiak, op. cit., s. 111.

gdy dotyczą one małoletniego poniżej 15 roku życia, albo w ogóle zrezygnować z takiego dookreślenia. W tym drugim przypadku, wobec braku już kontrowersyjnego pojęcia „zachowania o charakterze pedofilskim”, mielibyśmy wówczas klarowny przekaz ustawodawcy, że zabronione byłoby publiczne propagowanie lub pochwalanie np. obcowania płciowego z małoletnim poniżej 15 roku życia (art. 200 § 1 k.k.), uwodzenia małoletniego poniżej 15 roku życia przez Internet (art. 200a § 1 k.k.) lub prezentowania treści pornograficznych przedstawiających np. przetworzony wizerunek dziecka bez oznaczonej granicy wieku w ramach małoletniości (art. 202 § 4b k.k.).

Samą ideę karalności czynów, o których mowa w art. 200b k.k., trudno jest kwestionować, choćby z uwagi na pewną „presję” na ustawodawcę krajowego, jaką wywierają kierunki działań politycznych i przyjmowane rozwiązania prawne dotyczące ochrony dzieci przed nadużyciami seksualnymi w prawie międzynarodowym publicznym i unijnym. Można by jednak zwrócić uwagę na to, że niekoniecznie powyższą ideę powinno realizować swoiste, do pewnego stopnia kazuistyczne i odrębne rozwiązanie karnoprawne. „Wciskanie” takich regulacji do Kodeksu karnego i opatrywanie ich numerkami z kolejnymi literami alfabetu szkodzić może czasami spójności normatywnej, którą kreowały dotychczas istniejące rozwiązania. Ich obecność może być postrzegana jako pewien nieuzasadniony rzeczową potrzebą nadmiar legislacyjny, wówczas gdy wcześniej istniejące przepisy, bardziej ogólnie sformułowane, w związku z przyjętym kierunkiem realizacji politycznokryminalnych potrzeb w odniesieniu do określonego niepożądanego zjawiska, mogłyby stanowić skuteczne narzędzie ochrony ważnych społecznie dóbr prawnych⁴⁸.

Podsumowanie

Przepis Kodeksu karnego statuujący przestępstwo polegające na publicznym propagowaniu lub pochwalaniu zachowań o charakterze pedofilskim obowiązuje już ponad dekadę. Jego wprowadzenie do systemu prawa uzasadniano m.in. potrzebą ochrony społeczeństwa przed rozprzestrzenianiem się niepożądanego fenomenu promowania tzw. pozytywnej pedofilii. Dziesięcioletnia praktyka stosowania tego przepisu, którą ilustrują policyjne dane statystyczne za lata 2010–2020, pozwala na konkluzję, że ujawnione przestępstwa tego typu nie są liczne, a zatem ostrożnie można rzec, że zagrożenie tą przestępczością nie stanowi w istocie realnej bolączki społecznej (a przynajmniej trudno to zdiagnozować, jeśli nie jest znana tzw. ciemna liczba takich przestępstw, której przybliżone szacunki – gdyby liczba ta była badana przy wykorzystaniu

⁴⁸ Por. np. M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. piąte..., s. 1252–1253.

właściwych tu metod i technik badań kryminologicznych – mogłyby pozwolić na sformułowanie zgola odmiennej konstatacji). Szczegółowa analiza przepisu art. 200b k.k. pozwala na ukazanie jego niedoskonałości techniczno-legislacyjnej. Nie jest on zredagowany z wystarczającą precyzją – jego znamię „zachowania o charakterze pedofilskim” nie jest klarowne, nie cechuje się należytą ostrością i wywołuje trudności wykładnicze (nie jest łatwe ustalenie zakresu odniesień dla tego znamienia). Z tymi trudnościami można oczywiście jakoś sobie radzić, ale spore ułatwienie dla interpretacji tego przepisu – zgodnej z wolą ustawodawcy – przyniosłyby, jak się wydaje, stosowne modyfikacje w sferze regulacji karnoprawnej. Należy zatem *de lege ferenda* postulować nowelizację czy to treści art. 200b k.k., czy to polegającą na dodaniu do Kodeksu karnego przepisu zawierającego definicję legalną „zachowań o charakterze pedofilskim”. Niekwestionując idei kryminalizacji czynu wyrażonej w treści art. 200b k.k., można by przy okazji zastanowić się nad tym, czy w istocie idea powyższa powinna „inkarnować się” w osobnym, specjalnym rozwiązaniu prawnym. Być może pewne, wcześniej istniejące i bardziej ogólnie zredagowane regulacje prawne, dałyby się wykorzystać jako środki pozwalające na efektywną realizację tej idei, a to z kolei podawałoby w wątpliwość rację bytu takiego dodatkowego instrumentu prawnego, który spełnia analogiczną funkcję ochronną w stosunku do danej wartości społecznej co inne unormowania pojemniej formułujące zakres kryminalizacji zachowań niepożądanych.

Piśmiennictwo omawiające kryminologiczne i karnoprawne aspekty przestępstwa stypizowanego w art. 200b k.k. nie rozważa każdego z problemów poruszanych w niniejszym opracowaniu w sposób, który uprawniałby do przyjęcia, że o przestępstwie tym „wszystko już powiedziano i napisano”. Uwagi podniesione w niniejszej pracy pokazują, że istniejąca regulacja prawna pozostaje źródłem pewnych nierozstrzygniętych dotąd przekonująco dylematów, istotnych dla praktyki jej właściwego stosowania.

Wykaz literatury

- Bachmat P., *Przestępstwa z art. 256 i 257 k.k. – analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2005, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/P-Bachmat-Przest-z-art-256-i-257-2005.pdf>.
- Beckett K., *Culture and the Politics of Signification: The Case of Child Sexual Abuse*, „Social Problems” 1996, vol. 43, no. 1.
- Berent M., Filar M., *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. piąte, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Bocheński M., *Ile pedofilii w „pedofilach”? Wybrane problemy wykorzystywania seksualnego małoletnich w Polsce – perspektywa kryminologiczna*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria – Badania – Praktyka” 2015, vol. 14, nr 3.

- Burdziak K., Banaszak P., *Sprawcy przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności osoby małoletniej – analiza kryminologiczna*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2017, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Burdziak-K.-Banaszak-P._Sprawcy-przest%C4%99pstw-p.-woln.-seks.-i-obyczajno%C5%9Bci-os.-ma%C5%82oletniej.pdf.
- Coluccia A., Calvanese E., *Pedofilia. Un approccio multiprospettico*, Presentazione di Marco Gaetani, Criminologia FrancoAngeli, 1^a edizione, Milano 2007.
- Carlos Romi J., García Samartino L., *Algunas reflexiones sobre la pedofilia y el abuso sexual de menores*, „Cuadernos de Medicina Forense” 2004, Año 3 – N° 2.
- Durkin F., *Misuse of the Internet by Pedophiles. Implications for Law Enforcement and Probation Practice*, [w:] R.M. Holmes, S.T. Holmes (red.), *Current Perspectives on Sex Crimes*, Sage Publications, Thousand Oaks–London–New Delhi 2002.
- Filar M., *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. pierwsze, LexisNexis, Warszawa 2008.
- Gardocki L., *Prawo karne*, wyd. czternaste, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Gierszewski J., *Wpływ paniki moralnej na postrzeganie bezpieczeństwa publicznego*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje” 2016, nr 21.
- Głowacki W., *Dr Daniel Cysarz: Najczęściej to nie pedofile molestują seksualnie dzieci* (wywiad), „Polska Times” z 30 września 2018 r., <https://polskatimes.pl/dr-daniel-cysarz-najczesciej-to-nie-pedofile-molestuja-seksualnie-dzieci/ar/c6-13532652>.
- Grzebalkowska M., *Misiaczek mówi, że jest dobrym pedofilem. Dla niego związek z dzieckiem to przyjaźń i miłość. Seks jest na końcu*, „Wysokie Obcasy” z 20.06.2020 r., <https://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/7,163229,3305860.html>.
- Holt Th. J., Blevins K.R., Burkert N., *Considering the Pedophile Subculture Online*, „Sexual Abuse” 2010, vol. 22, no. 1.
- Hypś S., *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. szóste, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Kalitowski M., *Rozdział XXXII. Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. piąte, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Konarska-Wrzošek V., *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Marcinek P., Kapala A., *Pedofilia w opiniowaniu sądowo-seksuologicznym*, „Seksuologia Polska” 2012, nr 10(2).
- Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych*, Rewizja dziesiąta (ICD-10), t. I, 2008, World Health Organization, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, <https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/licd10/pdf/ICD-10TomI.pdf>.
- Opar A., *Prawnokarne i kryminalistyczne środki zwalczania zjawiska cyberpedofilii w świetle regulacji zawartych w kodeksie karnym na przykładzie przestępstwa groomingu*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2016, Seria Prawnicza, Prawo 19, z. 94.
- Osierda A., *Prawne aspekty pojęcia bezpieczeństwa publicznego i porządku publicznego*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, t. XXIII.
- Oświadczenie posła na Sejm RP Arkadego Fiedlera*, V kadencja, 25 posiedzenie, 1 dzień (20.09.2006), <http://orka2.sejm.gov.pl/Debate5.nsf/main/326757CA>.

- Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny (druk sejmowy nr 1289 z dnia 10 września 2009 r.), <https://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/1289>.
- Pospiszył K., *Przestępstwa seksualne. Geneza, postacie, resocjalizacja oraz zabezpieczenia przed powrotnością*, Wyd. APS i Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2005.
- Ratajczak M., *Czynności pedofilne – ujęcie prawne i kryminologiczne*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 2.
- Report on the Consultation on Child Abuse Prevention*, WHO, Geneva, 29–31 March 1999, World Health Organization, Social Change and Mental Health, Violence and Injury Prevention, WHO/HSC/PVI/99.1, 1999, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/65900>.
- Rosiak Ł., *Propagowanie lub pochwalanie zachowań o charakterze pedofilskim*, „Zeszyty Prawnicze” 2020, t. 20, nr 1.
- Sobol E. (red.), *Nowy słownik języka polskiego*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2003.
- Statystyka – kodeks karny: propagowanie pedofilii (art. 200b)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-6/64006,Propagowanie-pedofilii-art-200b.html>.
- Stefański R.A., *Przestępstwo publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa (art. 255 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 1.
- Zawadka G., *Nie istnieje coś takiego jak dobra pedofilia* (rozmowa z Izabelą Jarugą-Nowacką), „Rzeczpospolita” z 18.12.2008 r., <https://www.rp.pl/artykul/235911-Nie-istnieje-cos-takiego-jak-dobra-pedofilia-.html>.
- Zielona-Jenek M., *Preferencje seksualne i związane z nimi zaburzenia: w stronę rozszerzonego modelu opisu*, „Psychiatria Polska” 2018, vol. 52, nr 6.

Summary

Public propagation or approval of pedophilic behaviour. Comments concerning the phenomenon and legal regulation of the Article 200b of the Penal Code

Keywords: criminal law, public propagation of paedophilia, public approving of paedophilia, pedophilic offences, pedophilic behaviour, sexual offences, sexual freedom and morality, ‘positive paedophilia’, criminal law and paedophilia phenomenon.

In the Polish Penal Code of 6 June 1997, for over 10 years there has been existing a provision defining the offence of public propagation or approving of pedophilic behaviour (it is contained in Article 200b). Its introduction into the legal system was motivated, *inter alia*, by the need to protect society against the spread of the undesirable phenomenon of promoting the so-called positive paedophilia. The practice of the application of this provision (which is illustrated by police statistical data for the years 2010–2020) allows the conclusion that disclosed crimes of this type are rare, so it can be cautiously said that the threat of this crime is not a real social problem. The study aims to show the political and criminal motivation for the creation of the above-mentioned regulation, to discuss and critically evaluate it as well as to propose *de lege fe-*

renda modification directions within criminal law aimed at improving its quality. A detailed analysis of the provision of Article 200b of the Penal Code allows us to show its imperfections from the technical and legislative points of view. It wasn't drafted with sufficient precision – the element of offence description 'pedophilic behaviour' is not clear, it is not exact enough and it causes interpretation difficulties. It is therefore necessary to propose proper amending of the current wording of Article 200b of the Penal Code or adding a new provision to the Penal Code containing a legal definition of 'pedophilic behaviour'. The comments presented in the study show, that the current legal regulation is a source of some dilemmas still unsolved in a convincing way, important for the practice of its proper application.

Magda Dziembowska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-4370-5356

magda.dziembowska@uwm.edu.pl

Przyspieszenie postępowania jako cel zmiany postępowania zażaleniowego w nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z dnia 4 lipca 2019 r.

Wprowadzenie

Ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1469) wprowadzono kompleksową reformę postępowania w sprawach cywilnych. Ustawodawca dokonał szeregu zmian przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (dalej jako k.p.c.). Zostały one ujęte w ramach następujących grup: przygotowanie sprawy do rozpoznania, przeciwdziałanie nadużyciu prawa procesowego, dowody, uzasadnienie wyroków i postępowania odwoławcze, postępowanie w sprawach gospodarczych, inne postępowania odrębne, ogólne usprawnienia postępowania, koszty sądowe oraz przepisy wprowadzającego i przejściowe. Zamierzeniem nowelizacji było przede wszystkim doprowadzenie do efektywnego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości poprzez przyspieszenie i usprawnienie postępowania cywilnego. Wprowadzono liczne zmiany w toku postępowań odwoławczych. W istotny sposób zmodyfikowano kształt dotychczasowego modelu postępowania zażaleniowego.

Celem publikacji jest ukazanie wprowadzonych zmian w zakresie rozpatrywania kwestii incydentalnych w toku postępowania zażaleniowego. W pracy podjęta została próba ukazania ich charakteru oraz pełnionej roli w całokształcie procesu cywilnego. Autorka proponuje nowe rozwiązania konstrukcyjne. Przeprowadza analizę dokonanej reformy. Wyraża ocenę nowych regulacji prawnych oraz ich skutków i wpływu na przyspieszenie i usprawnienie postępowania cywilnego.

Postępowanie zażalenkowe – uwagi ogólne

Ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1469) wprowadzona została nowa konstrukcja postępowania zażalenkowego. Warto zaznaczyć, że na przestrzeni lat była ona zasadniczo niezmienna. Wypracowana przez lata terminologia czy kształt postępowania zażalenkowego ma oparcie nie tylko w doktrynie, ale również w judykaturze. Tym samym, funkcjonująca niezmiennie przez lata nazwa „zażalenie” określa środek zaskarżenia umożliwiający kontrolę orzeczeń sądowych w kwestiach incydentalnych, nierozstrzygujących o istocie sprawy rozpoznawanej w postępowaniu jurysdykcyjnym¹. Niezmiennie postępowanie zażalenkowe nie decyduje o kwestiach merytorycznych, a jedynie koncentruje się na zagadnieniach formalnych. Zażalenie przysługuje na określone rodzaje postanowień sądu i zarządzeń przewodniczącego². Wprawdzie w obecnym porządku prawnym sama instytucja nie ma jednolitego charakteru, gdyż funkcjonują nowe modele rozstrzygnięć, jednak zażalenie wciąż stanowi zwykły środek zaskarżenia przysługujący od orzeczeń wydanych w toku instancji.

Skład sądu rozpoznającego zażalenie

Istnienie bądź nieistnienie określonych przesłanek procesowych warunkuje prawidłowość dokonania czynności procesowej. W postępowaniu zażalenkowym aktualność zachowują ogólne przesłanki procesowe na równi z przesłankami znamionowymi dla danych środków zaskarżenia. Wprowadzoną nowelizacją z 2019 r. nie dokonano zmian w zakresie formy zażalenia. Niezmiennie zażalenie wnosi się poza rozprawą do sądu. Tym samym wymagana jest forma pisemna (forma pisma procesowego)³. Po nowelizacji zażalenie rozpoznawane jest przez właściwe sądy na posiedzeniu niejawnym w składzie trzech sędziów. Wątpliwości praktyczne budzić może wymóg zebrania składu trzech sędziów celem rozpoznania zażalenia poziomego. Taka konieczność niewątpliwie stanowi znaczne obciążenie sądów, gdyż duża liczba wnoszonych zażaleń wymaga czasu umożliwiającego przygotowanie się sędziów do posie-

¹ M. Romańska, *Zażalenie jako środek zaskarżenia – ogólna charakterystyka w stanie prawnym przed wejściem w życie nowelizacji z 4.07.2019 r.*, [w:] T. Zembrzusi (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. 1 i 2, 2020, Lex.

² H. Pietrzykowski, *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Warszawa 2010, s. 407.

³ Warto zauważyć, że odstępstwo w tym zakresie wskazuje przepis art. 466 k.p.c. Zażalenie, jako jeden ze środków odwoławczych, może być zgłoszone ustnie do protokołu przez pracownika lub ubezpieczonego, jeżeli nie występuje w ich imieniu profesjonalny pełnomocnik.

dzenia. Rozpoznawanie zażaleń w składzie trzyosobowym często okazać może się niemożliwe do zrealizowania. Szczególną uwagę trzeba zwrócić na mniejsze sądy, w których mała liczba sędziów cywilistów może prowadzić do pozbawienia możliwości sprawnego orzekania w przedmiocie zażaleń⁴. Tym samym istnieje uzasadniona obawa co do efektywności funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości.

Termin do wniesienia zażalenia

W obecnie obowiązującym porządku prawnym przesłanką konieczną wniesienia środka zaskarżenia jest wymóg uprzedniego złożenia wniosku o sporządzenie uzasadnienia orzeczenia. W postanowieniu z dnia 22 lipca 2020 r. Sąd Apelacyjny w Krakowie podkreślił, że strona procesowa nie ma prawa wniesienia zażalenia, jeżeli niełoży uprzednio wniosku o sporządzenie uzasadnienia postanowienia⁵. Prawo do wniesienia zażalenia aktualizuje się dopiero wraz ze złożeniem wniosku o sporządzenie uzasadnienia i doręczenie odpisu postanowienia wraz z uzasadnieniem. Poza pewnymi wyjątkami⁶, w odniesieniu do postanowień wprawdzie zaskarżalnych według przepisów k.p.c. (ale nieuzasadnionych), nie ma możliwości wniesienia zażalenia⁷. W obecnym porządku prawnym wnioski o doręczenie uzasadnienia wniesione po 21 sierpnia 2019 r. podlegają opłacie⁸. Tym samym przywrócenie opłaty sądowej przyczyniło się do zniesienia możliwości wniesienia środka zaskarżenia bez uprzedniego złożenia wniosku o uzasadnienie orzeczenia. Warto zauważyć, że brak uzasadnienia uniemożliwia dokonanie rzetelnej kontroli instancyjnej. Sporządzenie pisemnego uzasadnienia orzeczenia jest obligatoryjnym wymogiem wniesienia środka zaskarżenia. Nie dotyczy to przypadków, w których sporządzenie uzasadnienia orzeczenia nie jest możliwe. Okoliczności te nie zostały jednak sprecyzowane przez ustawodawcę. W judykaturze wskazuje się, że może mieć to miejsce w przypadku wystąpienia czynników leżących po stronie samego sędziego (jego śmierć, długotrwała choroba, przejście w stan

⁴ A. Góra-Błaszczkowska, *Środki zaskarżenia w procesie cywilnym po 7.11.2019 r.*, [w:] M. Białecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska (red.), *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową*, Warszawa 2021, s. 205.

⁵ Postanowienie Sądu Apelacyjnego z 22 lipca 2020 r., sygn. akt I AGz 108/20, Lex nr 3043202.

⁶ Wyjątki dotyczą sytuacji, w których sąd odstępuje od sporządzenia uzasadnienia postanowienia w myśl art. 357 § 6 k.p.c. albo przypadków, w których nie jest możliwe sporządzenie uzasadnienia zgodnie z art. 331 § 4 w zw. z art. 361 k.p.c.

⁷ Postanowienie Sądu Okręgowego w Suwałkach z 19 lutego 2020 r., sygn. akt I Cz 56/20, Lex nr 2797464.

⁸ Art. 15 ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., 1469). Obecnie opłata od wniosku o doręczenie orzeczenia lub zarządzenia z uzasadnieniem wynosi 100 zł (patrz. art. 25b ustawy z dnia 25 lipca 2008 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 755).

spoczynku). Istnieje zatem ryzyko nadużywania powyższej luki prawnej. Tym samym każde prawnie dopuszczalne odstępstwo umożliwiające pozostawienie orzeczenia bez jego pisemnego uzasadnienia skutkuje tym, że skarżący, wnosząc środek zaskarżenia, nie poznaje motywów rozstrzygnięcia⁹. Rozwiązanie to budzi powszechne kontrowersje.

Skutki wprowadzonej regulacji mogą być dotkliwe, w szczególności w stanie obecnie panującej epidemii. Rezygnacja z prawa do zaskarżenia postanowień wcale nie musi wynikać z woli obywateli lecz z potrzeby nienaruszalności rezerw finansowych. Wprawdzie celem ustawodawcy było ograniczenie liczby sporządzanych uzasadnień, jednak niewykluczone, że wprowadzona opłata sądowa może stanowić barierę ekonomiczną ograniczającą prawo do sądu¹⁰. Warto zauważyć, że również Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał karygodność wprowadzania regulacji uniemożliwiających stronie dochodzenie swoich praw¹¹. Niemniej jednak warto odnotować, że w uzasadnieniu rządowego projektu wprowadzonych zmian wskazano, iż dane statystyczne wykazują tendencję spadkową liczby wnoszonych środków zaskarżenia po uzyskaniu uzasadnienia orzeczenia. Podkreślono, że w ponad 70% spraw strona nie zdecydowała się na wniesienie apelacji pomimo tego, że uprzednio złożyła wnioski o uzasadnienie orzeczenia. Tym samym praca sędziów w tym zakresie była zbędna¹². W piśmie Ministerstwa Sprawiedliwości z 19 listopada 2020 r.¹³ Podsekretarz Stanu zapewniła jednak, że sygnalizowane problemy poddane

⁹ Opinia Ośrodka Badań Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych o projekcie ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (z dnia 14 grudnia 2018 r.), s. 25.

¹⁰ Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich wyrażone w piśmie z 16 kwietnia 2020 r., skierowanym do Ministra Sprawiedliwości z prośbą o rozważenie zasadności podjęcia kroków legislacyjnych, mających na celu wyeliminowanie opłaty stałej w kwocie 100 zł od wniosku o doręczenie orzeczenia albo zarządzenia z uzasadnieniem, ewentualnie o jej przedmiotowe ograniczenie (IV.510.8.2020.AFK/MC).

¹¹ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 września 2006 r., SK 21/05, Lex nr 208363: „Trybunał Konstytucyjny zwracał również uwagę, że dla realizacji konstytucyjnego prawa do sądu istotne znaczenie ma regulacja kosztów postępowania sądowego. Konstytucja nie zakazuje wprowadzenia zasady odpłatności postępowania sądowego, wyklucza jednak ustanawianie barier ekonomicznych w postaci nadmiernych kosztów postępowania. Zbyt wysokie koszty postępowania sądowego stanowią istotne ograniczenie dostępu do sądu i mogą uniemożliwiać jednostce dochodzenie praw na drodze sądowej” oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 września 2004 r., sygn. akt P 4/04, Lex nr 122364: „Funkcje fiskalne polegają na uzyskaniu częściowego przynajmniej zwrotu kosztów funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. W wypadkach skrajnych realizacja tej funkcji może przerodzić się w nadmierny fiskalizm, stanowiący zagrożenie prawa do sądu. Funkcje służebne wobec wymiaru sprawiedliwości przejawiają się przede wszystkim wpływem kosztów na zachowania stron w trakcie procesu”.

¹² M. Krakowiak, *Postanowienia sądu w sprawach cywilnych po nowelizacji z 4.07.2019 r.*, [w:] M. Białecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska (red.), op. cit., s. 266.

¹³ Pismo Ministerstwa Sprawiedliwości z 19 listopada 2020 r., stanowiące odpowiedź na pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z 16 kwietnia 2020 r., dotyczące ostatniej nowelizacji ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2020 r., poz. 755), DLPC-V.053.5.2020 dot. IV.510.8.2020.AFK/MC.

zostaną wnikliwej analizie, a stosowne prace legislacyjne zostaną wszczęte w przypadku gdy wyniki studiów i analiz potwierdzą taką potrzebę. Jednocześnie podkreślono, że instytucja zwolnienia od kosztów sądowych zapewnia gwarancję prawa strony do sądu.

W związku z wprowadzoną zmianą dotyczącą zasad uzasadniania postanowień, termin tygodniowy na wniesienie zażalenia liczony jest co do zasady od dnia¹⁴ doręczenia postanowienia z uzasadnieniem. Jednakże należy zauważyć, że od powyższej zasady, przepisy przewidują wyjątek. Termin tygodniowy na wniesienie zażalenia wyjątkowo należy liczyć od dnia ogłoszenia postanowienia albo od dnia jego doręczenia, gdy podlegało ono doręczeniu¹⁵. Odnosi się to do sytuacji, w której istnieje możliwość odstąpienia od sporządzenia uzasadnienia wydanego w sprawie postanowienia, co następuje w oparciu o ocenę sądu dokonaną wskutek rozważenia wszelkich okoliczności dotyczących sprawy¹⁶. Mając na uwadze treść art. 357 § 6 k.p.c., zaniechanie w tym zakresie może mieć miejsce jedynie w przypadku, gdy sąd w całości uwzględni wskazany w piśmie procesowym wniosek strony, a ponadto uzna przytoczone na jego poparcie argumenty za słuszne.

¹⁴ Orzecznictwo Sądu Najwyższego nie jest jednolite w zakresie uznania skuteczności złożenia wniosku o doręczenie uzasadnienia postanowienia w dniu jego ogłoszenia, ale przed jego faktycznym ogłoszeniem. Należy podzielić pogląd M. Rzewuskiego (zob. M. Rzewuski, *Termin ermin a quo do złożenia wniosku o sporządzenie i doręczenie uzasadnienia wyroku. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2017 r., III CZP 18/17*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2019, nr 1, s. 45–53) wskazujący, że przy liczeniu terminu procesowego dla złożenia wniosku o sporządzenie uzasadnienia orzeczenia bez znaczenia pozostaje godzina ogłoszenia orzeczenia. Argumentacja autora wydaje się słuszna. Zasadne jest przyjęcie, że ustawodawca świadomie zawarł w treści przepisu art. 328 § 1 k.p.c. sformułowanie „od dnia”. Tym samym słuszny wydaje się pogląd, że w kwestii liczenia terminu na sporządzenie uzasadnienia orzeczenia uwzględnia się początek dnia, w którym dokonano publikacji orzeczenia. Zapatrywanie te podzielił również Europejski Trybunał Praw Człowieka (zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 13 grudnia 2018 r., 21497/14, Lex nr 2597619). Mimo że dotyczy on procedury karnej, to jest on aktualny również na gruncie procedury cywilnej. Ponadto, zgodnie z odesłaniem do zasad obliczeń terminów do regulacji zawartej w Kodeksie cywilnym, art. 112 k.c. wskazuje, że bieg terminu tygodniowego rozpoczyna się z dniem nazwy dnia, w której czynność została dokonana. Jednakże zauważyć należy, że orzecznictwo w tej kwestii jest niejednolite. Niejednokrotnie bowiem Sąd Najwyższy uznawał wniosek o doręczenie orzeczenia wraz z uzasadnieniem za przedwczesny, a tym samym za nieskuteczny w przypadku złożenia go przed ogłoszeniem sentencji orzeczenia, chociażby złożony on był w dniu ogłoszenia sentencji orzeczenia, ale przed faktycznym jego ogłoszeniem (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 13 czerwca 2013 r., sygn. akt V CZ 21/13, Lex nr 1371735). Słusznie zatem zauważono w doktrynie, że takie stanowisko nie dotyczy wykładni prawa a bezsprzecznie zmierza do jego tworzenia – za: K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, *Zażalenie w postępowaniu cywilnym. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2020, s. 82, 83.

¹⁵ Termin do złożenia zażalenia biegnie od dnia doręczenia tego pisma w przypadku, gdy zostanie ono doręczone później niż samo postanowienie.

¹⁶ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 12 października 2020 r., sygn. akt V CO 145/20, Lex nr 3070716.

Przyspieszenie postępowania a niedostatki modelu postępowania zażaleniowego sprzed nowelizacji

Zasadniczym celem nowelizacji dokonanej w 2019 r. było doprowadzenie do skrócenia czasu oczekiwania przez stronę na uzyskanie rozstrzygnięcia orzeczenia. Wśród głównych przeszkód uniemożliwiających prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości wskazywano m.in. przewlekłość postępowań oraz obstrukcję procesową w postaci składania zażaleń kaskadowych¹⁷. Nie ulega wątpliwości, że czynnik czasu jest istotny z punktu widzenia postępowania odwoławczego. Upływ czasu mnoży trudności w dokonywaniu ustaleń faktycznych danej sprawy, rzutując tym samym na obniżenie efektywności funkcjonowania sądów¹⁸. Należy podkreślić, że zagwarantowane konstytucyjnie prawo do sądu obejmuje prawo do wydania orzeczenia bez uzasadnionej zwłoki.

Zażalenia kaskadowe (nadużycie praw procesowych)

Doświadczenia praktyki wykazały, że strony postępowania nadużywały swoich uprawnień procesowych w odniesieniu do instytucji zażalenia poprzez wnoszenie nieuzasadnionych wniosków, mających jedynie na celu przedłużenie postępowania¹⁹. Dotychczasowy system środków nie umożliwiał skutecznego przeciwdziałania tego rodzaju zachowaniom. Wprowadzono zatem nowe rozwiązanie – zażalenie niedopuszczalne, które zasadniczo ma przyczynić się do zaprzestania wykorzystywania instytucji zażalenia celem spowodowania zwłoki w postępowaniu. Wprowadzony mechanizm jest przejawem konkretyzacji ogólnej zasady uregulowanej w art. 4¹ k.p.c., wyrażającej zakaz nadużywania prawa procesowego. Dotychczas instytucja nadużycia prawa procesowego nie miała swojej procesowej regulacji. Jej istota przejawia się w podejmowaniu czynności procesowych przez strony bądź uczestników postępowania, wprowadzanie w granicach i na podstawie prawa, lecz niezgodnie z intencjami ustawodawcy, a więc sprzecznie z celem, dla którego dane czynności zostały unormowane²⁰.

¹⁷ Opinia Ośrodka Badań Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 3137), załączona w piśmie Krajowej Izby Radców Prawnych z dnia 18 stycznia 2019 r., (L.dz.10/OBSiL/2019), s. 4.

¹⁸ T. Zembrzusi, *Zażalenie po nowelizacji, czyli o standardzie środka zaskarżenia*, „Palestra” 2019, nr 11–12, s. 242–262.

¹⁹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3137/2019, s. 86.

²⁰ Istota nadużycia prawa procesowego wypracowana na podstawie definicji doktrynalnych, zob. M. Białecki, *Organizacja postępowania jako próba realizacji postulatu szybkości postępowania cywilnego a nadużycie prawa procesowego przez strony i uczestników postępowania*, [w:] M. Białecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska (red.), op. cit., s. 33–36.

Zważywszy na zasadę legalizmu procesowego, konstrukcja nadużycia prawa procesowego stanowi również element prawa umożliwiający odciążenie sądu w podejmowaniu działań w sytuacji wnoszenia zażaleń jedynie dla zwłoki w postępowaniu²¹.

Zażalenia poziome

Obecny kształt postępowania zażaleniowego opiera się na instytucji zażaleń poziomych. Wprawdzie instytucja ta funkcjonuje w Kodeksie postępowania cywilnego od 2011 r.²², jednak obowiązywała dotychczas w stosunku do postępowań odnoszących się do sądu drugiej instancji. Wprowadzona nowelizacja zasadniczo rozszerzyła zakres jej stosowania, umożliwiając rozpoznanie wnoszonych zażaleń na orzeczenia sądu pierwszej instancji przez sąd tej samej instancji, ale w innym składzie orzeczniczym. Według twórców nowelizacji zmarginalizowanie klasycznego zażalenia, służy rozdzieleniu kompetencji sądu pierwszej i drugiej instancji. W konsekwencji zaprzestanie przekazywania akt sprawy sądom wyższej instancji miało spowodować zwiększenie szybkości postępowania. W regule, jaką stało się postępowanie poziome, upatruje się również wiele innych korzyści, takich jak: redukcja trudności organizacyjnych, obniżenie kosztów postępowania czy skupienie sądów drugiej instancji na merytorycznej kontroli rozstrzygnięć²³. Wydaje się, że nowe założenia konstrukcyjne postępowania zażaleniowego zasadniczo przyczyniają się do realizacji celów stawianych przez twórców nowelizacji. Obecny model postępowania zażaleniowego zakłada (w szerokim zakresie) rozpatrywanie zażaleń przez sąd tej samej instancji, który wydał zaskarżone orzeczenie. Tym samym ustawodawca zasadniczo odszedł od dewolutywności postępowania, a rangę zasady uzyskały zażalenia poziome.

Wprowadzoną nowelizacją dodano art. 394§1^a k.p.c., zawierający wykaz orzeczeń sądu pierwszej instancji zaskarżalnych zażaleniem do innego składu tegoż sądu. Warto zauważyć, że obejmuje on głównie postanowienia wyeliminowane z dotychczasowego katalogu zażaleń dewolutywnych, a więc tych, które w poprzednim stanie prawnym kierowane były do sądu drugiej instancji. Obecnie w tych przypadkach zażalenie służy jedynie do innego składu sądu pierwszej instancji. Również w odniesieniu do postępowania przed sądem dru-

²¹ T. Zembrzusi, op. cit., s. 242–262.

²² Art. 394² § 1 k.p.c., wprowadzający do systemu prawnego instytucję zażaleń poziomych, został dodany na mocy art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 138, poz. 806), a następnie zmodyfikowany przez art. 1 pkt 40 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 233, poz. 1381) oraz art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 lutego 2014 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. poz. 435).

²³ Uzasadnienie rządowego projektu..., s. 88.

giej instancji zmianie uległ katalog rozstrzygnięć sądu odwoławczego. Został on skonkretyzowany i jednocześnie poszerzony o rozpatrywanie zażaleń przez inny skład sądu drugiej instancji wnoszonych na postanowienia tego sądu dotyczących odrzucenia apelacji oraz odmowy ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Można powątpiewać, czy takie rozwiązanie nie zmieniło dewolutywnego charakteru środka odwoławczego²⁴.

Przekształcenie katalogu zażaleń podyktowane było zamiarem wyszczególnienia kwestii incydentalnych, nieobligujących sądów drugiej instancji do przeprowadzania kontroli instancyjnej²⁵. Wprawdzie klasyczne zażalenie utraciło swoją nadrzędną pozycję, to jednak pewne rodzaje wnoszonych zażaleń wciąż cechują się dewolutywnością. Tym samym zmianie nie uległo postępowanie w przypadku postanowień wydawanych przez sąd pierwszej instancji a kończących postępowanie w sprawie lub przerywających bieg postępowania. W dalszym ciągu zażalenia wnoszone na te postanowienia wiążą się z przeniesieniem sprawy do sądu wyższej instancji. Uwidacznia to wyraźne rozgraniczenie kompetencji sądów. Orzeczenia sądów pierwszej instancji, charakteryzujące się znaczną doniosłością, a więc decydujące o bycie lub toku sprawy, wymagają wzmożonej kontroli. Z tego względu powierzono je sądom drugiej instancji. Tym samym sądy wyższej instancji zwolnione zostały z obowiązku rozstrzygania kwestii spraw mniejszej rangi. Takie przekształcenie umożliwia skoncentrowanie sądów drugiej instancji nad sprawowaniem merytorycznej kontroli wyników postępowań sądowych²⁶.

Słusznie wskazuje Agnieszka Góra-Błaszczkowska na problem dotyczący zachowania jednolitości orzecznictwa w kwestii zażaleń poziomych. Istnienie wielu sądów rejonowych, którym w dużej mierze powierzono rozpatrywanie zażaleń spowoduje, że każdy z nich wypracuje własny pogląd dotyczący metody wyrokowania. Trzeba zgodzić się, że w dłuższej perspektywie brak dewolutywności zażaleń doprowadzi do wielu rozbieżności w judykaturze²⁷.

Warto odnotować również, że mimo iż zasada poziomego rozpoznawania zażaleń doznaje istotnych wyłomów, to jednak kierowanie zażaleń do sądu, który wydał zaskarżone orzeczenie, budzi wątpliwości. Niewątpliwie, strony postępowania mogą mieć poczucie, że taki mechanizm sprzyja pozbawieniu gwarancji bezstronności sędziów. Bezsprzecznie sędzia orzekający w sprawie powinien być wolny od wszelkich nacisków z zewnątrz oraz wpływów wynika-

²⁴ Opinia Ośrodka Badań Studiów i Legislacji..., s. 27.

²⁵ T. Wiśniewski, *Komentarz do art. 394¹ k.p.c.*, [w:] D. Dończyk, J. Iwulski, G. Jędrejek, I. Koper, G. Misiurek, M. Orecki, P. Pogonowski, S. Sołtysik, D. Zawistowski, T. Zembrzusi, T. Wiśniewski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2: Artykuły 367–505(39), Warszawa 2021; por. M. Romańska, [w:] T. Zembrzusi (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. 1, Warszawa 2020, s. 897 i in.

²⁶ Uzasadnienie rządowego projektu..., s. 87.

²⁷ A. Góra-Błaszczkowska, op. cit., s. 205.

jących z jego osobistych interesów. Nie powinien być zainteresowany wydaniem orzeczenia na korzyść jednej ze stron. Niezależność sędziego od stron oraz ich równe traktowanie stanowi o jego bezstronności²⁸. Już podczas prac sejmowych zwracano uwagę na możliwość występowania potencjalnie stosunków koleżeńskich między sędziami tego samego sądu. Tym samym istnieje uzasadniona obawa, że zapadające rozstrzygnięcia będą stronnicze²⁹. Warto zwrócić uwagę na wyniki badań przeprowadzone przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury, odnoszące się do pożądanego profilu sędziego³⁰, które podkreślają, że to postawa samych sędziów wpływa istotnie na decyzję obywateli o skierowaniu sprawy na drogę sądową. Ponadto 40% respondentów opowiedziało się za cechą bezstronności jako tą, której oczekuje się od sędziego. Należy zatem zgodzić się, że uprzywilejowanie jednej ze stron rodzi uzasadnione ryzyko przegrania sprawy oraz kwestionuje zasadność funkcjonowania sądów. Warto *de lege ferenda* – przy określaniu kierunku kolejnych zmian dokonywanych w procedurze – uwzględnić wnioski płynące z badań w zakresie oceny wymiaru sprawiedliwości. Skuteczna gwarancja bezstronności sędziego zwiększa zaufanie do rzetelnego procedowania.

Uwagi *de lege ferenda*

Zakres postanowień oraz zarządzeń przewodniczącego, na które przewidziana została kontrola w postaci zażaleń poziomych, budzi istotne wątpliwości. Można zauważyć, że pewne kategorie spraw zostały pominięte w katalogu rozstrzygnięć obecnie funkcjonującego modelu postępowania zażaleniowego. Ustawodawca za zbędną uznał dotychczasową regulację umożliwiającą zaskarżenie zarządzenia o wymiarze opłaty. Właśnie uznanie jej za zbędną rodzi uzasadnione kontrowersje. Ponadto zaskarżalność postanowienia w przedmiocie wynagrodzenia biegłego, o którym orzeka po raz pierwszy sąd drugiej instancji, również nie została przewidziana w katalogu zażaleń o charakterze dwolutowym. Brak powyższych regulacji stanowi lukę w prawie i wymaga zasadniczych rozważań.

²⁸ S. Kotas-Turoboyska, *Zasada bezstronności sędziego w procesie cywilnym*, [w:] M. Białecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska (red.), op. cit., Warszawa 2021, s. 232.

²⁹ Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, Ocena skutków regulacji zawartej w rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3137), z dnia 23 stycznia 2019 r., s. 10.

³⁰ M. Jałoszewski, *Sędzia idealny. Omówienie wyników badań przeprowadzonych na zlecenie KSSiP*, „Na Wokandzie. Kwartalnik Informacyjny Ministerstwa Sprawiedliwości” 2012, nr 1(11), s. 17–18.

Wyeliminowanie zarządzenia o wymiarze opłaty z katalogu orzeczeń zaskarżalnych zażaleniem

Warto zwrócić uwagę, że w obecnym modelu postępowania zażaleniowego brak jest możliwości zaskarżalności niektórych orzeczeń, mających istotne znaczenie dla toku postępowania.

Twórcy nowelizacji wyeliminowali z katalogu orzeczeń zaskarżalnych sądu pierwszej instancji zarządzenia o wymiarze opłaty. Zdawać by się mogło, że uniemożliwienie ich zaskarżania jest słuszne. W uzasadnieniu wprowadzonych zmian wskazano, że bieg postępowania nie jest bezpośrednio zależny od czynności polegającej na ustaleniu wysokości opłaty. Efektem nieuiszczenia opłaty jest zwrot lub odrzucenie pisma, od którego opłata została naliczona, a sankcja ta podlega zaskarżeniu³¹. Tym samym zanegowano potrzebę istnienia osobnej regulacji umożliwiającej zakwestionowanie wysokości opłaty. Zmiana ta budzić jednak może istotne wątpliwości. Po pierwsze, przyczynia się do zachwiania dotychczasowej ochrony praw podmiotowych. Zagwarantowane przez Konstytucję prawo do sądu, tak w odniesieniu do jego dostępu, jak również w stosunku do zapewnionej sprawiedliwości proceduralnej, zostało ograniczone³². Po drugie, nie można wykluczyć, że sąd, dokonując oceny słuszności zwrotu bądź odrzucenia pisma, skoncentruje się na badaniu innych przesłanek niż te, które badałby ustalając prawidłowy wymiar opłaty. Ponadto wydaje się, że strona, której zależy na nadaniu pismu dalszego biegu, uiszcza opłatę, której wysokość kwestionuje z obawy o niepodzielenie przez sąd jej zastrzeżeń dotyczących wymiaru opłaty, co w konsekwencji skutkowałoby odrzuceniem całego środka zaskarżenia³³. Wydaje się, że *de lege ferenda* należałoby rozważyć ponowne wprowadzenie zarządzenia w przedmiocie wymiaru opłaty jako osobnego orzeczenia zaskarżalnego zażaleniem³⁴. Warto zauważyć, że wątpliwości w tym zakresie przejawiają również sądy orzekające. Wskazuje na to przedstawienie do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu przez Sąd Okręgowy w Opolu³⁵ zagadnienia dopuszczalności zażalenia na zarządzenie przewodniczącego w przedmiocie wymiaru opłaty³⁶. Wyrażono w nim wątpliwości inter-

³¹ Uzasadnienie rządowego projektu..., s. 86.

³² Zob. art. 45 ust. 1 w zw. z art. 77 ust. 2 Konstytucji oraz art. 45 ust. 1 w zw. z art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji.

³³ Szerzej na temat zaskarżalności orzeczeń i zarządzeń dotyczących kosztów procesu i kosztów sądowych zob. M. Manowska, *Komentarz do art. 394 k.p.c.*, [w:] A. Adamczuk, P. Prus, M. Radwan, M. Sieńko, E. Stefańska, M. Manowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–477(16)*, wyd. czwarte, Warszawa 2021.

³⁴ Szerzej zob. pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z 7 stycznia 2021 r., IV.511.351.2020. KP, s. 11–14.

³⁵ Postanowienie Sądu Okręgowego w Opolu z 1 grudnia 2020 r., sygn. akt II Cz 453/20.

³⁶ „Czy w stanie prawnym wprowadzonym od dnia 7 listopada 2019 r. ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1469 ze zm.) przysługuje zażalenie na zarządzenie przewodniczącego, którego

pretacyjne związane z wykładnią obecnie brzmiącego art. 394 § 1 pkt 6 k.p.c. a obowiązującą sprzed nowelizacji treścią art. 394 § 1 pkt 9 k.p.c. Warto zasignalizować, że w doktrynie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym wykładnia art. 394 § 1 pkt 6 k.p.c. ujmuje „koszty sądowe” w szerokim znaczeniu. Obejmują one końcowe rozliczenie kosztów sądowych, jak również obowiązek ich uiszczenia przy wszczęciu postępowania oraz w jego toku³⁷. Niemniej jednak powyższe rozważania warto będzie podnieść w przyszłości, jak tylko Sąd Najwyższy dokona rozstrzygnięcia w tym zakresie.

Orzeczenia zaskarżalne zażaleniem poziomym, a postanowienie w przedmiocie wynagrodzenia biegłego

Nowelizacja postępowania zażaleniowego objęła wprowadzenie nowej regulacji zażeń poziomych przez dodanie przepisu art. 394^{1a} k.p.c. Enumeratywnie wyszczególniono w nim postanowienia sądu pierwszej instancji, które w przypadku zaskarżenia ich zażaleniem rozpatrywane będą przez inny skład tego sądu. Warto zauważyć, że w większości odnosi się on do postanowień objętych (do czasu nowelizacji) klasycznym zażaleniem³⁸. Orzeczenia te nie kończą postępowania w sprawie i nie hamują ich rozpoznania. Z tego względu twórcy nowelizacji uznali, że nie ma potrzeby utrzymania w stosunku do nich kontroli instancyjnej sądu drugiej instancji. Zgodzić się trzeba, iż niewątpliwie rozwiązanie to przyczynia się do sprawniejszego przebiegu postępowania³⁹. Jednakże nie wszystkie postanowienia zaskarżalne niedewolutywnym zażaleniem mają ściśle charakter procesowy. Przepis art. 394^{1a} § 1 pkt 9 gwarantuje osobom pełniącym rolę biegłych wynagrodzenie za dokonane czynności. W przypadku gdy rozstrzygnięcie w tym zakresie podejmuje sąd pierwszej instancji, to biegły ma możliwość zaskarżenia go zażaleniem poziomym. Nie budzi wątpliwości, że jednym z zasadniczych uprawnień biegłego jest uzyskanie przez niego wynagrodzenia z tytułu sporządzonej opinii. Wprawdzie jest ono jego prawem majątkowym, jednak przepisy o charakterze publicznoprawnym stanowią jego źródło⁴⁰. Prawo do wynagrodzenia za udział w czynnościach sądowych oraz za sporządzenie opinii stanowią interes majątkowy biegłego.

przedmiotem jest wezwanie strony do uiszczenia opłaty (wymiar opłaty) bądź zaliczki na poczet wydatków, na przykład na wynagrodzenie dla kuratora dla nieznanego z miejsca pobytu (art. 394 § 1 pkt 6 k.p.c.), a w przypadku pozytywnej odpowiedzi na powyższe pytanie, który sąd jest właściwy do rozpoznania tego zażenia, czy sąd pierwszej instancji w innym składzie (art. 394^{1a} § 1 k.p.c.), czy sąd drugiej instancji?” – sygn. akt. III CZP 108/20.

³⁷ Zob. uwagi poczynione przez M. Manowską, op. cit.

³⁸ M. Kuchnio, *Komentarz do art. 394^{1a} k.p.c.*, [w:] O.M. Piaskowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz aktualizowany*, 2020, Lex.

³⁹ M. Romańska, [w:] T. Zembrzusi (red.), op. cit., s. 897 i in.

⁴⁰ Patrz art. 64 w zw. z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Umożliwienie poddania kontroli rozstrzygnięcia w przedmiocie wynagrodzenia biegłego jest nie tylko słuszne ale i niezbędne. Zastrzeżenie budzi zatem brak adekwatnej regulacji w katalogu postanowień zaskarżalnych a wydanych po raz pierwszy przez sąd odwoławczy. Skoro na postanowienie w tym przedmiocie sądu pierwszej instancji służy zażalenie to nie ma uzasadnienia dla jego braku w postępowaniu przed sądem drugiej instancji⁴¹. Z tego względu zasadne byłoby *de lege ferenda* dodanie do katalogu zażaleń poziomych sądu drugiej instancji również postanowienia dotyczącego wynagrodzenia biegłego.

Wnioski końcowe

Model postępowania odwoławczego został gruntownie zmieniony kompleksową reformą procedury cywilnej wprowadzoną w 2019 r. Nowe regulacje wpłynęły zasadniczo na kształt postępowania zażaleniowego. Dokonano modyfikacji w katalogu postanowień zaskarżalnych zażaleniem. W tym zakresie właściwość funkcjonalna sądów pierwszej i drugiej instancji uległa zmianie. Nie ulega wątpliwości, że odpowiednie określenie granicy i kształtu każdego z systemów środków zaskarżenia jest niezmiernie ważne dla praktyki sądowej. Mimo że obecny model postępowania zażaleniowego obowiązuje już prawie dwa lata, to jednak w praktyce wciąż wywołuje liczne kontrowersje. Na gruncie dokonanych zmian na uwagę zasługują mechanizmy, które były wyczekiwane, aczkolwiek nie sposób ominąć tych kontrowersyjnych i wzbudzających wątpliwości.

Nacisk ustawodawcy na efektywność postępowania jest słuszny. Nie budzi wątpliwości, że należy dążyć do zagwarantowania, aby przebieg rozpoznawania spraw cywilnych następował bez ich zbędnego przedłużania. Zatem twórcy nowelizacji słusznie wprowadzili nowe założenia konstrukcyjne, które zasadniczo przyczyniają się do realizacji postawionych celów.

Naprzeciw potrzebom praktyki wychodzi wprowadzenie nowej regulacji dotyczącej zażaleń niedopuszczalnych. Eliminuje ona możliwość nadużycia czynności procesowej przez stronę postępowania. Czynności sądu w tym zakresie zostały ograniczone do pozostawienia w aktach sprawy zażaleń kaskadowych. Niewątpliwie przyczynia się to do przyśpieszenia postępowania.

Wydaje się, że twórcy nowelizacji słusznie również dokonali rozszerzenia zakresu stosowania zażalenia poziomego⁴². Niewątpliwie pozioma zaskarżalność sprzyja przyśpieszeniu postępowania. Nie ma potrzeby przekazywania akt sprawy sądowi wyższej instancji, co zasadniczo usprawnia postępowanie. Zażalenie poziome stało się regułą, eliminującą tym samym pozycję dotych-

⁴¹ Szerzej zob. pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z 7 stycznia..., s. 8–11.

⁴² A. Góra-Błaszczkowska, op. cit., s. 203.

czasowego klasycznego zażalenia. Mimo zalet wprowadzonych regulacji, nie sposób nie odnotować również ich niedostatków. Wymagania odnoszące się do zażalenia poziomego wciąż bazują na konstrukcji zażalenia zwykłego, odsyłając do odpowiedniego stosowania tych przepisów. Ponadto wydaje się, że przy pozbawieniu zażalenia w licznych przypadkach cechy dewolutywności nie uwzględniono zalet dewolucji. Istnieje wątpliwość, czy zachowane zostaną gwarancje zapadania prawidłowych rozstrzygnięć. Można przypuszczać, że rozpatrywanie zażeń przez organ wyższej instancji zapewniłoby większą realizację prawa do sądu. Słusznie zauważa Tadeusz Zembruski, że jednolita wykładnia i praktyka orzecznicza jest następstwem dewolutywności postępowania⁴³. Na aprobatę zasługuje również stanowisko A. Góry-Błaszczkowskiej, wskazujące że w kwestii zażeń poziomych nastąpić w efekcie może zupełny brak jednolitości orzecznictwa. Ponadto obawę budzi również zebranie składu orzeczniczego. Według A. Góry-Błaszczkowskiej jest to zadanie trudne, aczkolwiek nie jest niemożliwe⁴⁴.

Warto zauważyć, że pewne kategorie spraw zostały pominięte w katalogu rozstrzygnięć obecnie funkcjonującego modelu postępowania zażaleniowego. *De lege ferenda* należałoby rozważyć ponowne wprowadzenie zarządzenia w przedmiocie wymiaru opłaty jako osobnego orzeczenia zaskarżalnego zażaleniem. Ponadto zastanowienia wymagałaby również możliwość dodania do katalogu zażeń poziomych sądu drugiej instancji postanowienia dotyczącego wynagrodzenia biegłego⁴⁵. Proponowane zmiany są istotne z punktu widzenia prawa strony do sądu, do rzetelnego procesu, stanowiąc jednocześnie gwarancję zapewnienia ochrony praw podmiotowych.

Obserwacja praktyki pozwoli dokonać oceny, czy wprowadzony nowy model postępowania zażaleniowego znacząco usprawni przebieg postępowania oraz czy nie napotka kolejnych wątpliwości zasługujących na przeanalizowanie przy dokonywaniu kolejnych zmian w procedurze cywilnej.

Wykaz literatury

- Białecki M., *Organizacja postępowania jako próba realizacji postulatów szybkości postępowania cywilnego a nadużycie prawa procesowego przez strony i uczestników postępowania*, [w:] M. Białecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska (red.), *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Flaga-Gieruszyńska K., Zieliński A., *Zażalenie w postępowaniu cywilnym. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism procesowych*, C.H. Beck, Warszawa 2020.

⁴³ Podobnie T. Zembruski, op. cit., s. 242–262.

⁴⁴ A. Góra-Błaszczkowska, op. cit., s. 205.

⁴⁵ Szerzej zob. pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 7 stycznia..., s. 11–13.

- Góra-Błaszczkowska A., *Środki zaskarżenia w procesie cywilnym po 7.11.2019 r.*, [w:] M. Bialecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska (red.), *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Jałoszewski M., *Sędzia idealny. Omówienie wyników badań przeprowadzonych na zlecenie KSSiP, „Na Wokandzie. Kwartalnik Informacyjny Ministerstwa Sprawiedliwości”* 2012, nr 1(11).
- Kotas-Turoboyska S., *Zasada bezstronności sędziego w procesie cywilnym*, [w:] M. Bialecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska (red.), *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Kuchnio M., *Komentarz do art. 394^{1a} k.p.c.*, [w:] O.M. Piaskowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz aktualizowany*, 2020, Lex.
- Krakowiak M., *Postanowienia sądu w sprawach cywilnych po nowelizacji z 4.07.2019 r.*, [w:] M. Bialecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska (red.), *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Manowska M., *Komentarz do art. 394 k.p.c.*, [w:] A. Adamczuk, P. Pruś, M. Radwan, M. Sieńko, E. Stefańska, M. Manowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: Art. 1–477(16), wyd. czwarte, Warszawa 2021, Lex.
- Pietrzykowski H., *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Romańska M., [w:] T. Zembrzusi (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. 1, Warszawa 2020, Lex.
- Romańska M., *Zażalenie jako środek zaskarżenia – ogólna charakterystyka w stanie prawnym przed wejściem w życie nowelizacji z 4.07.2019 r.*, [w:] T. Zembrzusi (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. 1 i 2, 2020, Lex.
- Rzewuski M., *Termin ermin a quo do złożenia wniosku o sporządzenie i doręczenie uzasadnienia wyroku. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2017 r., III CZP 18/17, „Orzecznictwo Sądów Polskich”* 2019, nr 1.
- Wiśniewski T., *Komentarz do art. 394¹ kp.c.*, [w:] D. Dończyk, J. Iwulski, G. Jędrejek, I. Koper, G. Misiurek, M. Orecki, P. Pogonowski, S. Sołtysik, D. Zawistowski, T. Zembrzusi, T. Wiśniewski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2: *Artykuły 367–505(39)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Zembrzusi T., *Zażalenie po nowelizacji, czyli o standardzie środka zaskarżenia*, „Palestra” 2019, nr 11–12.

Summary

Acceleration of the complaint procedure in the amendment to the Code of Civil Procedure of July 4, 2019

Keywords: law, organization of proceedings, abuse of procedural law, the postulate of speedy proceedings, interlocutory appeal, amendment.

The author analyzes the provisions of the complaint procedure introduced to the Civil Procedure Code by the Act of July 4, 2019. The publication aims to present the introduced changes, their nature and the role they play in the overall civil process. The Author proposes new construction solutions e.g. the possibility of appealing against the decision of the second-instance court on the expert's remuneration. Moreover, the Author approves the introduced institution of inadmissible complaints and the extension of the use of horizontal complaints.

Andrzej Dzikowski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-3223-7542

andrzej.dzikowski@uwm.edu.pl

Natura prawna zobowiązania lekarza weterynarii do dokonania badań i wydania orzeczenia o stanie zdrowia zwierzęcia w prawie niemieckim i polskim

Wstęp

Natura zobowiązania lekarza weterynarii¹ do dokonania badania i wydania orzeczenia o stanie zdrowia zwierzęcia nie jest łatwa do ostatecznego określenia. Nie została ona w sposób niewątpliwy rozstrzygnięta w piśmiennictwie weterynaryjnym, w doktrynie prawniczej, ani w orzecznictwie.

Przedmiotem rozważań podjętych w niniejszej pracy jest zobowiązanie lekarza weterynarii, cechujące się złożonym, wielopłaszczyznowym aspektem, obejmujące szeroką gamę stanów faktycznych². Zobowiązanie takie wynikać

¹ Podmiotem wykonującym badanie może być poszczególny lekarz weterynarii, zakład leczniczy dla zwierząt, jednostka naukowo-badawcza itp. Lekarz weterynarii bądź zakład leczniczy mogą występować także w roli podmiotu świadczącego usługi diagnostyczno-gwarancyjne na rzecz uprawnionego z tytułu gwarancji, na podstawie umowy ze sprzedawcą, hodowcą zwierzęcia bądź innym podmiotem (gwarantem). Część obowiązków związanych z należytyym wykonaniem badanego zobowiązania – zwłaszcza z zakresu etyki zawodowej – ciąży tylko na osobie fizycznej posiadającej prawo wykonywania zawodu lekarza weterynarii, inne zaś mają szerszy zakres i dotyczyć mogą także osób prawnych i tzw. ułomnych osób prawnych jako form organizacyjnych zakładów leczniczych dla zwierząt.

² Szczególnym przypadkiem (najbardziej zbliżonym do analizowanego) i posiadającym, w ocenie autora, taką samą naturę prawną jak badane zobowiązanie jest wykonanie przez lekarza weterynarii nekropsji i sporządzenie protokołu z jej przebiegu zawierającego orzeczenie o bezpośredniej przyczynie zgonu zwierzęcia. Także i tego typu badanie pośmiertne może mieć charakter prywatny, jak i procesowy (opinii biegłego *sensu stricto*), a także administracyjny. Por. I. Babińska, I. Soltyszewski, J. Karaźniewicz, J. Szarek, M.Z. Felsmann, A. Dzikowski, *Veterinary necropsy in the light of ethics and law*, „Medycyna Weterynaryjna” 2019, nr 75.11, s. 654. Ponadto nekropsja może stanowić element badania zwierzęcia w związku ze sprzedażą – w ramach realizacji rękojmi, np. gdy zwierzę padło wskutek wady fizycznej.

może z umowy zawartej z zamawiającym (np. sprzedawcą³ zwierzęcia bądź kupującym je – w powiązaniu ze sprzedażą i rękojmią, a także z właścicielem

³ W prawie polskim, na mocy art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 122, 1123; dalej jako u.o.z.), ma miejsce ustawowa dereifikacja zwierząt, czyli ich normatywne wyłączenie z zakresu definicji rzeczy – A. Dzikowski, *Przypadki znęcania się nad zwierzętami i reakcji na nie a etyka zawodowa lekarzy weterynarii – wątpliwości etyczno-prawne*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 47, s. 36; K. Osajda (red.), *Komentarze prawa prywatnego. Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 381–382. Wzorem dla polskiej klauzuli dereifikacyjnej jest § 90a *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGBl. 2002, I, S. 42, 2909; 2003, I, S. 738; 2019, I, S. 2911; 2020, I, S. 2187; dalej: BGB) wprowadzony na mocy *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht* z dnia 20 sierpnia 1990 r. (BGBl. 1990, I, S. 1762), zob. K. Wengersky, Graf von, *Das Viehgewährschaftsrecht im Wandel der Zeit – Geschichtliche Entwicklung, geltendes Recht, Reformbestrebungen*, Kolonia–Krefeld 1988, s. 131–132; F.J.F. Adamczuk, *Pferdekaufrecht. Rechtsgeschichte des Pferdekaufs, geltendes Recht, Perspektiven*, Hanower 2008, s. 87; G. Bardeleben, von, *Rechtliche Besonderheiten des Pferdekaufs unter besonderer Berücksichtigung der tierärztlichen Kaufuntersuchung*, Hildesheim 2013, s. 41, 138. Podobna klauzula obecna jest także w art. 641a ust. 1 szwajcarskiego kodeksu zobowiązań (Code des obligations = Obligationenrecht = Diritto delle obbligazioni, Loi fédérale complétant le Code civil suisse [Livre cinquième: Droit des obligations] du 30 mars 1911 = Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] vom 30. März 1911 = Legge federale di complemento del Codice civile svizzero [Libro quinto: Diritto delle obbligazioni] del 30 marzo 1911; RO = AS = RU 27, 317 z dnia 30 marca 1911 r., ze zm.; dalej jako OR), zob. C. Fink, *Auklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker)*, St. Gallen 2008, s. 208–209. Przedmiotami umowy sprzedaży, co do zasady, mogą być jedynie rzeczy – art. 45, 140 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1740), dalej jako k.c.; K. Osajda (red.), op. cit., s. 377–392; K. Wengersky, op. cit., s. 131–132 – o ile przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Na mocy art. 1 ust. 2 u.o.z., § 90a zd. 3 BGB czy art. 641a ust. 2 OR przepisy dotyczące rzeczy należy stosować do zwierząt po odpowiedniej modyfikacji. Można jednak podnosić, do czego przychyła się autor, że konieczność odpowiedniego stosowania przepisów wynika nie tylko z obecności konkretnych przepisów ustawowych, lecz – przede wszystkim – z przesłanek niezależnych od bieżącej regulacji normatywnej, to jest ze specyfiki zwierząt jako organizmów żywych – R. Strasser, *Zur Reform des Viehgewährschaftsrechtes*, Fryburg Bryzgowijski 1980, s. 135–137; A. Dzikowski, op. cit., s. 36, 38; M. Kulik, M. Mozgawa, *Zbieg przepisu art. 35 ustawy o ochronie zwierząt z przepisami typizującymi uszkodzenie rzeczy*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 6, s. 7; M. Nazar, *Normatywna dereifikacja zwierząt – aspekty cywilnoprawne*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawna ochrona zwierząt*, Lublin 2002, s. 130–131; K. Wengersky, op. cit., s. 131–132. W związku z powyższym należy stwierdzić, że zwierzęta – jako nie-rzeczy – nie są przedmiotami własności (art. 140 k.c.) i innych praw rzeczowych ani przedmiotami sprzedaży *sensu stricto* – A. Dzikowski, op. cit., s. 35–41; K. Osajda (red.), op. cit., s. 381; M. Goettel, *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, Warszawa 2013, passim; contra: C. Fink, op. cit., s. 209, lecz przedmiotami uprawnień podobnych do właścicielskich oraz przedmiotami umowy wzajemnej, analogicznej do umowy sprzedaży, zobowiązująco-rozporządzającej co do odpłatnego przeniesienia prawa do zwierzęcia, podobnego do prawa własności – A. Dzikowski, op. cit., s. 38, przyp. 14; M. Goettel, op. cit., s. 49–51, 60–65, 81–101, 111–129, 132. Dla zachowania klarowności wywodów autor posługuje się jednakowoż skrótowymi określeniami własność i sprzedaż (w sensie metaforyczno-abrewiacyjnym, a nie dogmatycznym). Ponadto należy zaznaczyć, że w literaturze niemieckojęzycznej i krajowej obecne są głosy, że klauzule dereifikacyjne to sformułowania o charakterze emocjonalno-deklaratywnym, pozbawione treści normatywnej (*sic!*), zob. *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*, Monachium 2020, ad § 90a; G. Bardeleben, op. cit., s. 41; R. Weber, *Sachenrecht I. Bewegliche Sachen*, Baden-Baden 2010, s. 36; C. Fink, op. cit., s. 209; M. Nazar, op. cit., s. 149; M. Goettel, op. cit., s. 43–45, przyp. 66; A. Dzikowski, op. cit., s. 39, przyp. 16.

zwierzęcia, niezależnie od sprzedaży)⁴, z decyzji administracyjnej czy z postanowienia organu procesowego. Kanwą niniejszych rozważań będzie pierwsza z wymienionych podstaw, przy czym należy pamiętać, że zamawiającym może być wiele podmiotów, co wpływa na zróżnicowanie interesów stron umowy⁵. Większość poczynionych spostrzeżeń znajduje odpowiednie zastosowanie także w przypadku badania wynikającego z postanowień organów władzy publicznej, w tym organów procesowych.

Szeroko pojęte zagadnienia odpowiedzialności lekarza weterynarii za wadliwość jego orzeczenia, zróżnicowane w zależności od podstawy prawnej podjęcia przez niego działania i szczegółów stanu faktycznego⁶, zostaną poruszo-

⁴ Najbardziej typowym przykładem badania lekarsko-weterynaryjnego niesłużącego zdiagnozowaniu stanu zdrowia zwierzęcia i podjęciu terapii jest badanie w związku ze sprzedażą (*Kaufuntersuchung*). W literaturze niemieckojęzycznej wyróżnia się wiele rodzajów badań, m.in. *kleine i große Kaufuntersuchung, Verkaufsuntersuchung, Ankaufsuntersuchung, Gewähr(schaft, leistung)suntersuchung, Sachmängeluntersuchung, Tiermängeluntersuchung, kleiner i größer TÜV* itp. Por. F. Reichert, *Tierarzt und Pferdekauf*, Gießen 1994, s. 15–17; L. Neumann, *Das Pferdekaufrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung*, Berlin 2005, s. 33–40; B.M. Riedel, *Pferde im Verbrauchsgüterkauf. Sachmängel und Beweislastumkehr nach § 476 BGB*, Akwizgran 2007, s. 154–157, 160; F.J.F. Adamczuk, op. cit., s. 43; B. Wolkowski, *Die rechtliche Behandlung der Kaufuntersuchung beim Pferdekauf*, Hamburg 2010, s. 23–28; J. Althaus, H.J. Genn, O. Harps-Hansen, S. Warnebler, *Die Kaufuntersuchung des Pferdes. Medizinischer und juristischer Leitfaden*, Hanower 2011, s. 15; S. Malchow, *Negative Beschaffenheitsvereinbarungen beim Kauf unter besonderer Berücksichtigung des Gebrauchtwagen- und Pferdekaufs*, Frankfurt nad Menem 2009, s. 64–65, 67–68, 73–78; G. Bardeleben, op. cit., s. 172–179, 183–184, 187–188; S. Eichelberg, *Kaufuntersuchungen beim Pferdekauf*, Hamburg 2018, s. 42–45; P. Rosbach, Ch. Weiß, K. Meyer, Ch. Hillebrand, *Pferderecht. Ein Handbuch für Pferdekäufer (...) und Tierärzte*, Monachium 2018, s. 129 nast.; B. Salis, von, (red.), *Ankaufsuntersuchung beim Pferd*, Jena–Stuttgart 1996, s. 14 nast. Autor dystansuje się od wspomnianych typologii jako tromtadrackich i pozbawionych większego praktycznego znaczenia, por. S. Eichelberg, op. cit., s. 9, 44. Badanie ma na celu przede wszystkim określenie stanu zdrowia zwierzęcia stanowiącego przedmiot umowy sprzedaży i jego zgodności z ustaleniami stron oraz zdatności do zamierzonego użytku (M. Sommer, *Der Pferdekauf*, Monastyr 2000, s. 89), określenie, czy występuje wada fizyczna, kiedy ona powstała i czy jest istotna. Ten cel naczelnym jest również istotny na etapie przedkontraktowym, jak i w razie przeprowadzania badań po ujawnieniu się wady. Im więcej wad zostanie wykrytych, tym niższy poziom ryzyka kontraktowego i inwestycyjnego dla obojgu stron umowy sprzedaży (całkowite wyeliminowanie tego ryzyka nie jest możliwe), zob. Ch. Kessler, *Der Kauf gebrauchten Waren nach dem Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2001, nr 34, s. 70–71; B.M. Riedel, op. cit., 158–159; F.J.F. Adamczuk, op. cit., s. 43–45, 112; B. Wolkowski, op. cit., s. 313, 331–355; S. Malchow, op. cit., s. 66, 79, 114–115; L. Neumann, op. cit., s. 35; J. Althaus i in., op. cit., s. 9. Pełnić może także wiele innych funkcji – w zależności od zamawiającego, momentu dokonywania badania i innych czynników, zob. B. Wolkowski, op. cit., s. 27–28, 55, 193, 313–355; J. Althaus i in., op. cit., s. 9; S. Malchow, op. cit., s. 66, 79; S. Eichelberg, op. cit., s. 48–49; G. Bardeleben, op. cit., s. 171, 184–185; U. Korth, *Minderung beim Kauf*, Tybinga 2010, s. 9, 13, 15.

⁵ S. Eichelberg, op. cit., s. 45–46, 48–49; B. Salis (red.), op. cit., s. 33 nast.

⁶ Odpowiedzialność lekarza weterynarii nie powstaje w przypadku niedostarczenia przez kontrahenta materiału (w ocenie autora – *sensu largissimo*) koniecznego do sporządzenia orzeczenia, względnie dostarczenia materiału nienadającego się do osiągnięcia tego celu, np. w przypadkach nieudostępnienia zwierzęcia do badań, niewydania albo wydania fałszywej, błędnej

ne jedynie w stopniu, w jakim wpływają one bezpośrednio na zakres niniejszych rozważań, a zwłaszcza zasadności zaakceptowania modelu natury prawnej przedmiotu badań.

W ocenie autora odróżnić należy, na potrzeby analizy i interpretacji przedmiotowego zobowiązania, podstawowe pojęcia, takie jak: badanie lekarsko-weterynaryjne, orzeczenie lekarsko-weterynaryjne i opinia lekarsko-weterynaryjna.

Pod pojęciem *badania* należy rozumieć dokonywanie przez lekarza weterynarii sprawdzenia stanu zdrowia zwierzęcia przy pomocy przynajmniej pełnego badania klinicznego, a także badań dodatkowych, takich jak badania parametrów krwi czy badania z zakresu diagnostyki obrazowej (np. RTG, MRI). W zakres badań wchodzi analiza i interpretacja w oparciu o aktualną wiedzę i sztukę lekarsko-weterynaryjną nie tylko aktualnych wyników badań, lecz także historii choroby i wcześniejszych wyników badań danego zwierzęcia.

Orzeczenie jest to całościowa diagnoza stanu zdrowia zwierzęcia (m.in. jego stopnia rozwoju, przebytych chorób, obecnych wad itp.) na podstawie przeprowadzonych badań. Dotyczy ona jedynie *status praesens* zwierzęcia w momencie dokonywania badań i wydawania orzeczenia⁷.

Zdaniem autora pojęcie *opinii* dotyczyć powinno jedynie końcowego sposobu ujęcia poczynionych spostrzeżeń i wniosków dotyczących stanu zdrowia zwierzęcia, a zatem sposobu zawarcia i przedstawienia orzeczenia oraz przesłanek, które do niego doprowadziły. Opinia jest, co do zasady, sporządzana w formie pisemnej (zaświadczenia), może jednak przybrać formę dowolną. W przypadku działania lekarza weterynarii na podstawie umowy ma charakter prywatnej opinii biegłego w szerokim ujęciu faktycznym i funkcjonalnym, a nie w wąskim znaczeniu procesowym, jak ma to miejsce w przypadku działania na podstawie decyzji lub postanowienia organu władzy publicznej.

Podstawą odpowiedzialności lekarza weterynarii są jego liczne obowiązki wynikające z wielu różnych podstaw⁸, które wzajemnie się przeplatają i zazębiają⁹. Należy zaznaczyć, że możliwe jest w przedmiotowym zakresie pomoc-

bądź niepełnej dokumentacji weterynaryjnej zwierzęcia, zatajenia istotnych faktów itp. Por. art. 638 § 1 zd. 2 k.c.

⁷ M. Sommer, op. cit., s. 69; B. Dauner-Lieb, Th. Heidel, G. Ring (red.), *Nomos Kommentar. BGB. Schuldrecht II.1*, Baden-Baden 2012, s. 1978–1980.

⁸ Takich jak: ogólnoludzkie oraz religijne normy etyczne; podleganie całokształtowi danego systemu prawa; bycie uczestnikiem obrotu cywilnoprawnego i handlowego, przedsiębiorcą, pracodawcą albo pracownikiem, stroną danej umowy; pełnienie w sposób procesowy bądź faktyczny obowiązków biegłego; bycie lekarzem weterynarii i członkiem samorządu zawodowego w ramach uregulowanego zawodu zaufania publicznego. Jedynie łączne rozpatrywanie tych sfer pozwala na uzyskanie rzeczywistego obrazu obowiązków spoczywających na danym lekarzu weterynarii.

⁹ Wskazać należy najbardziej typowe z obowiązków: po pierwsze, obowiązki o charakterze ogólnym, takie jak zgodność wszelkich działań z prawem, etyką i deontologią zawodową, w tym dobrymi obyczajami, dobrą wiarą i zasadami współżycia społecznego – art. 5, 56, 58, 65, 353¹ k.c.;

art. 4 ustawy z dnia 21 grudnia 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych, t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1479, z 2018 r., poz. 1669, z 2019 r., poz. 577, dalej jako u.z.l.w.; przysięga, art. 1–2, 4, 5 ust. 1–2 Kodeksu etyki lekarza weterynarii (uchwała nr 3/2008/VII Nadzwyczajnego VII Krajowego Zjazdu Lekarzy Weterynarii w sprawie uchwalenia Kodeksu etyki lekarza weterynarii, dalej jako k.e.l.w.); A. Dzikowski, op. cit., s. 45 oraz ze sztuką lekarsko-weterynaryjną (przysięga i art. 1–2, 5 ust. 1 k.e.l.w.). Działanie *lege artis* zawiera w sobie obowiązek postępowania w zgodzie z aktualną wiedzą medyczną – przysięga, art. 5 ust. 1, 6, 22 ust. 2 i 4 k.e.l.w.; F.J.F. Adamczuk, op. cit., s. 114–115, 118; E. Deutsch, A. Spickhoff, *Medizinrecht* (...), Berlin–Heidelberg 2014, s. 14–15 oraz konieczność nieustannego samokształcenia. Na każdym lekarzu weterynarii ciąży obowiązek dochowania należytej, szczególnej, ponadprzeciętnej staranności – art. 4 u.z.l.w.; art. 1–6 k.e.l.w.; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 2012 r., sygn. akt III CZP 84/12, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2013, nr 7–8; L. Neuhaus, *Ursachen für Schadenersatzansprüche gegenüber Tierärzten nach Kaufuntersuchungen beim Pferd – Eine Untersuchung von 189 Schadensfällen aus den Jahren 1978–2005*, Berlin 2007, s. 66; R. Werres, *Aufklärungspflichten in Schuldverhältnissen und deren Grenzen* (...), Kolonia 1985, 139, 142; F. Reichert, op. cit., s. 18; C. Fink, op. cit., s. 85 i nast., 207–228; A. Dzikowski, op. cit., s. 45, 49, ze względu na bycie przedstawicielem zawodu zaufania publicznego, konieczność przestrzegania norm etyki zawodowej – art. 10 ust. 1 pkt 2, 37 pkt 1, 45 u.z.l.w.; Sąd Najwyższy, sygn. akt III CZP 84/12, op. cit.; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z marca 2001 r., sygn. akt I ACa 124/01, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 10; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 16 stycznia 2014 r., sygn. akt I ACa 1148/12, Lex nr 1451700; J.Z. Szymański, *Samorządność zawodów zaufania publicznego w społeczeństwie obywatelskim*, [w:] *Samorząd zawodowy w demokratycznym państwie prawa*, Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Praw Człowieka, Praworządności i Petycji we współpracy z Mazowieckim Forum Samorządów Zawodów Zaufania Publicznego, 12 listopada 2013 r., Warszawa 2014, s. 21–26, 160–165; P. Rosbach i in., op. cit., s. 134; A. Dzikowski, op. cit., s. 45, 49; B. Wolkowski, op. cit., s. 244–245. Obiektywny, jednostkowy wzorzec staranności danego lekarza weterynarii jest dodatkowo podniesiony w stosunku do wzorca powszechnego (staranności przeciętnej) i wzorca ogólnego specyficznego zawodowo (staranności szczególnej, ponadprzeciętnej) poprzez: aktywną działalność w ramach samorządu zawodowego (art. 11 ust. 3 k.e.l.w.); pełnienie funkcji w prawodawstwie i administracji publicznej różnych szczebli, w szkolnictwie wyższym, w działalności społecznej, politycznej itp.; posiadanie przez danego lekarza weterynarii specjalnej wiedzy, zdolności, umiejętności, kwalifikacji czy wykształcenia – E. Schulze, *Die zivilrechtliche Haftung des Tierarztes*, Berlin 1991, s. 15; Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, nr 7–8, s. 21; M. Sommer, op. cit., s. 85; B. Wolkowski, op. cit., s. 244–245; P. Rosbach i in., op. cit., s. 134; K. Osajda (red.), op. cit., IIIa, s. 91, 93; prowadzenie działalności gospodarczej jako profesjonalisty – art. 355 § 2 k.c. w obecnym brzmieniu; Z. Banaszczyk, P. Granecki, op. cit., s. 12–29; Sośniak M., *Cywilnoprawna ocena staranności zawodowej*, „Nowe Prawo” 1980, nr 2, s. 5, 23 i nast.; K. Osajda (red.), op. cit., IIIa, s. 79–96. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że próg odpowiedzialności lekarza weterynarii jest bardzo niski i obniża się wraz z jego osobistym rozwojem – por. P. Rosbach i in., op. cit., s. 134, 146. Drugą grupę obowiązków stanowią wymogi dotyczące w sposób konkretny różnych typów aktywności zawodowej lekarzy weterynarii. Zaliczyć można do nich konkretyzację kryteriów należytej staranności przejawiającą się w posiadaniu wiedzy, umiejętności, kompetencji oraz instrumentarium adekwatnych do przedsiębranego zakresu badań zwierzęcia (art. 22 ust. 1–2, 29 ust. 2, 39 k.e.l.w.) oraz konieczność dopełnienia obowiązków informacyjnych, dokumentacyjnych i informacyjno-wyjaśniających (art. 28 ustawy z dnia 18 grudnia 2003 r. o zakładach leczniczych dla zwierząt, t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 24, dalej jako u.z.l.z.; art. 28–29 k.e.l.w.; L. Neuhaus, op. cit., s. 66; R. Werres, op. cit., s. 139, 142 i nast.; C. Fink, op. cit., s. 85 i nast., 207–228). Obowiązki informacyjne i konieczność uzyskania świadomej, swobodnej zgody na zabiegi (*informed consent*) uznawane są za uboczne świadczenia w ramach analizowanego zobowiązania lekarza weterynarii. Mogą być wywiedzione z reguł prawa medycznego (zob. art. 25 u.z.l.z.; art. 19 k.e.l.w.; G. Bardeleben, op. cit., s. 3–4, 210–216; B. Wolkowski, op. cit., s. 50–51, 129–142, 186–187, 189–192, 196–197; S. Eichelberg, op. cit., s. 57, 81; por. L. Neuhaus, op. cit., s. 66; C. Fink, op. cit., s. 85–191, 207–227;

nicze odpowiednie stosowanie osiągnięć medycyny człowieka i klasycznego prawa medycznego¹⁰.

Uzasadnienie komparatystyczne

Prawo polskie w wielu zakresach w przeciągu ostatniego stulecia wykazywało – i wykazuje nadal – daleko posuniętą zależność od prawa niemieckiego. W ocenie autora uzasadnione jest więc porównywanie, a także łączne rozpatrywanie i wyciąganie jednolitych wniosków na temat instytucji obecnych w obu narodowych systemach prawa cywilnego.

Związki i zależności nie dotyczyły analizowanej problematyki w sposób bezpośredni, bowiem ani prawo niemieckie, ani polskie nie przewidują odrębnej, stosowanej wprost regulacji normatywnej jakiegokolwiek zobowiązania

I. Babińska i in., op. cit., s. 654 oraz z odpowiednio zastosowanych przepisów dotyczących przedkontraktowych obowiązków sprzedawcy – por. B. Salis (red.), op. cit., s. 129 i nast.). Niezwykle istotne dla przedmiotowego zobowiązania są obowiązki dokumentacyjne lekarza weterynarii (G. Bardeleben, op. cit., s. 3–4, 210–216; B. Wolkowski, op. cit., s. 50–51, 129–142; S. Eichelberg, 55–57). Są one odmienne i mają odmienną wagę w stosunku do obowiązków dotyczących prowadzenia dokumentacji medycznej czynności diagnostycznych i terapeutycznych (G. Bardeleben, op. cit., s. 216; B. Wolkowski, op. cit., s. 200). Mogą być wywiedzione tak z norm prawa zobowiązań, jak i z ogólnych zasad sztuki lekarsko-weterynaryjnej (art. 28 u.z.l.z.; art. 29 k.e.l.w.; G. Bardeleben, op. cit., s. 228; S. Eichelberg, op. cit., s. 56; J. Althaus i in., op. cit., s. 18–19; E. Deutsch, A. Spickhoff, op. cit., s. 497, 520, 575–614). Zauważalny jest integralny związek konieczności należytego prowadzenia i przechowywania dokumentacji z nakazem zachowania tajemnicy lekarskiej (art. 28 ust. 3 u.z.l.z.). Zaliczają się do głównych obowiązków obligacyjnych (art. 28 ust. 3–4 u.z.l.z.; G. Bardeleben, op. cit., s. 3–4, 210–216; B. Wolkowski, op. cit., s. 50–51, 129–142; *contra*: S. Eichelberg, op. cit., s. 81), a ich najważniejszym składnikiem, jak i kluczowym elementem świadczenia jest opinia lekarsko-weterynaryjna (B. Wolkowski, op. cit., s. 50–51, 53, 129–142; G. Bardeleben, op. cit., s. 3–4, 210–216; S. Eichelberg, op. cit., s. 55–57; J. Althaus i in., op. cit., s. 16–17). Rozszerzenie powyższych klasycznych grup wymogów stanowią uboczne obowiązki o charakterze mieszanym, określane w literaturze niemieckojęzycznej jako *Aufklärungspflichten* (informacyjno-dokumentacyjne, informacyjno-wyjaśniające, eksplanacyjne). Zob. B. Wolkowski, op. cit., s. 135–138, 181–198; J. Althaus i in., op. cit., s. 18–19; R. Werres, op. cit., s. 139, 142 i nast.; S. Eichelberg, op. cit., s. 57; L. Neuhaus, op. cit., s. 66; E. Deutsch, A. Spickhoff, op. cit., s. 261–338, 367–368, 435, 497, 520 i nast.; C. Fink, op. cit., s. 85–191, 213–228; B. Salis (red.), op. cit., s. 59 nast. Dotyczą one udzielenia zamawiającemu pogłębionych, a jednocześnie prostych i zrozumiałych dla laików, informacji i wyjaśnień dotyczących rezultatów badań, ich znaczenia, relewantności (G. Bardeleben, op. cit., s. 210, 227–228; S. Eichelberg, op. cit., s. 57–58; P. Rosbach i in., op. cit., s. 138; B. Wolkowski, op. cit., s. 135, 141, 138, 181, 188; C. Fink, op. cit., s. 223 i nast.), a zdaniem niektórych, lecz nie autora niniejszej pracy, również przedstawienia prognozy co do rozwoju i pogłębiania się wykrytych patologii i wad – *pro*: J. Althaus i in., op. cit., s. 18; B. Salis (red.), op. cit., s. 45; *contra*: G. Bardeleben, op. cit., s. 3; S. Eichelberg, op. cit., s. 77.

¹⁰ E. Deutsch, A. Spickhoff, op. cit., s. 366; C. Fink, op. cit., s. 13 nast. Należy jednak pamiętać, że ekonomiczna wartość zwierzęcia stanowi czynnik decydujący o wielu aspektach dotyczących przedmiotowych badań lekarsko-weterynaryjnych, np. decyzja o tym, czy w ogóle je przeprowadzać, jaki ma być ich zakres, a także wymiar odszkodowania i odpowiedzialności za błędy w sztuce itp. Zob. C. Fink, op. cit., s. 13, 207–208, 318.

lekarzy weterynarii, w tym żadnej nazwanej umowy do dokonania badań lekarsko-weterynaryjnych i wydania orzeczenia o stanie zdrowia zwierzęcia. Należy jednakowoż zauważyć, że prawo polskie w znacznym stopniu przejmowało rozwiązania prawa niemieckiego dotyczące zagadnień ściśle powiązanych z przedmiotem niniejszej analizy, takich jak rękojmia za wady fizyczne zwierząt (w tym definicja wady fizycznej i odpowiedzialność sprzedawcy) oraz odpowiedzialność wykonawcy za wadliwość dzieła (bazująca na odpowiednim stosowaniu przepisów o rękojmi).

W kodeksie cywilnym niemieckim z 1896 r. przyjęto dualistyczny system rękojmi za wady zwierząt, utrzymany w tradycji germańskiej dla wybranych wad głównych wybranych gatunków zwierząt gospodarskich¹¹ oraz podążający za wzorcami romanistycznymi – dla wszelkich pozostałych przedmiotów sprzedaży, w tym pozostałych gatunków zwierząt¹². Regulacja szczególna, anachroniczna i błędna już w chwili swego powstania pod koniec XIX w.¹³ obowiązywała bez zmian aż do 2002 r.¹⁴ Prawo cywilne niemieckie jest syste-

¹¹ Regulacja kodeksowa w §§ 481–492 BGB w pierw. brzm. i pozakodeksowa – Verordnung, betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel z dnia 27 marca 1899 r. (RGBl. 1899, Nr. 13, S. 219–220). Zob. K. Wengersky, op. cit., s. 1, 81; M. Sommer, op. cit., s. 25.

¹² §§ 459–467, 469–480 BGB w pierwotnym brzmieniu.

¹³ W analizach przedkładanych przez niemieckie środowiska naukowe prawnicze i weterynaryjne wielokrotnie wykazywano anachroniczność, niezgodność z wiedzą lekarsko-weterynaryjną, wadliwość aksjologiczną, niesprawiedliwość, nieuzasadnione różnicowanie sytuacji prawnej i faworyzowanie określonych grup przez badane normy prawne, niepraktyczność i niewygodę w stosowaniu, utratę jakichkolwiek *rationes legis* i inne generalne i szczegółowe ułomności. Zob. m.in. K. Wengersky, op. cit., s. 2–5, 125–215, 222–236; M. Sommer, op. cit., s. 2, 25, 33, 97–104; L. Neumann, op. cit., s. 53–54, 60–64; B.M. Riedel, op. cit., s. 9–10, 16–35, 45–71, 78–79, 87–142; F.J.F. Adamczuk, op. cit., s. 29–37, 178; R. Strasser, op. cit., s. 58–102; G. Bardeleben, op. cit., s. 1, 25–32; S. Eichelberg, op. cit., s. 18–19; N. Burke, *Einschränkungen der ädilischen Rechtsbehelfe beim Kauf von der Rezeption bis zur Gegenwart*, Monastyr 1967, s. 65 nast.; H. Stölzle, [w:] M. Graminger (red.), *Viehkauf (Viehgewährschaft)*, Berlin–Lipsk 1935, s. 131–142, 545; M. Reuter, K. Sauer, *Die Gewährleistung bei Viehveräußerungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 1900, s. 67; F. Lerche, *Viehgewährschaftsrecht (Viehkauf)*, Berlin 1955, s. 58–77; L. Schmidt, *Die Vertragsaufhebung durch den Warenkäufer (...)*, Baden-Baden 2003, s. 171–179, 185–210 i in. Wysłane były postulaty *de lege ferenda*, dotyczące całościowych lub częściowych nowelizacji (m.in. R. Strasser, op. cit., s. 180–198; M. Sommer, op. cit., s. 109–126; K. Wengersky, op. cit., s. 153–163, 182–218; F. Lerche, op. cit., s. 274–294; S. Blaich, *Pferdekauf – ein Reformvorschlag*, Konstancja 1995, s. 148 nast.; N. Burke, op. cit., s. 77–85).

¹⁴ Próby dokonania nowelizacji podejmowane w latach 1937, 1959, 1967, 1971, 1974, 1978 i 1981 nie przyniosły rezultatu – zob. K. Wengersky, op. cit., s. 3–4, 170–181, 222–236; F.J.F. Adamczuk, op. cit., s. 33–34, 180–181; R. Strasser, op. cit., s. 103–109; G. Bardeleben, op. cit., s. 26–27; S. Eichelberg, op. cit., s. 14. Na ironię może zakrawać fakt, że katalog wad głównych (celowo zawarty w akcie wykonawczym, a nie w BGB, by można go było poddać łatwej i szybkiej nowelizacji, zob. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich II (...)*, Berlin–Aalen 1899–1979, s. 249; K. Wengersky, op. cit., s. 4–5, 83, przyp. 3; F. Lerche, op. cit., s. 70; B.M. Riedel, op. cit., s. 31; S. Eichelberg, op. cit., s. 11; należy przy tym zwrócić uwagę na – w ocenie autora – szkodliwe i nieuprawnione mitologizowanie roli kodeksu tak w Niemczech, jak i w Polsce) nie doczekał się jakiegokolwiek aktualizacji przez ponad stulecie. Zmianę przyniosła dopiero całościowa reforma niemieckiego prawa zobowiązań – *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* z dnia 26 listopada 2001 r. (BGBl. 2001, I, S. 3138). O ile przed

mem najbardziej reprezentatywnym, jeśli chodzi o błędność założeń i ułomność realizacji przepisów opartych o tzw. niemiecki model rękojmi za wady główne zwierząt.

Rozwiązania niemieckie zostały przejęte w przedwojennym polskim prawie zobowiązań. Ogólne romanistyczne reguły rękojmi za wady fizyczne¹⁵ dotyczyły wszelkich rodzajów rzeczy, w tym wszelkich gatunków zwierząt: zwierząt z gatunków nieuregulowanych odrębnie – wprost i całkowicie, natomiast zwierząt z gatunków objętych przez normy *legis specialis*¹⁶ – jedynie w zakresie nieuregulowanym odrębnie. Dualistyczne różnicowanie sytuacji prawnej kupujących zwierzęta utrzymane zostało również w kodeksie cywilnym z 1964 r. i jego akcie wykonawczym¹⁷.

Daleko posunięta zależność dependencja prawa polskiego w stosunku do prawa niemieckiego w badanym zakresie ujawniła się po raz kolejny w przypadku ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta¹⁸, która –

2002 r. podstawową funkcją badań zwierząt była redukcja ryzyka kontraktowego i ograniczenie odpowiedzialności sprzedawcy (zob. L. Neumann, op. cit., s. 35; Ch. Kessler, op. cit., s. 70–71; S. Malchow, op. cit., s. 66), o tyle po modernizacji prawa zobowiązań i przyjęciu nowej definicji wady (§ 434 BGB), badanie stanowi jedną z determinant treści zobowiązania sprzedawcy, który winien świadczyć zwierzę niewadliwe i zgodne z umową. Wzrosło znaczenie analizowanych badań (S. Malchow, op. cit., s. 66; G. Bardeleben, op. cit., s. 3–4, 171–172, 179). Do treści umowy może być włączane tak końcowa opinia, jak i protokół czy wyniki poszczególnych aktualnych badań (np. zdjęcia RTG). Zob. G. Bardeleben, op. cit., s. 51–52, 54, 171, 179, 182–187; S. Malchow, op. cit., s. 62–81; L. Neumann, op. cit., s. 35; Ch. Kessler, op. cit., s. 70–71; B.M. Riedel, op. cit., s. 158–159; F.J.F. Adamczuk, op. cit., s. 43–45, 112; B. Wolkowski, op. cit., s. 313, 331–355.

¹⁵ Art. 306–310 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. z 1933 r., Nr 82, poz. 598, dalej jako k.z.).

¹⁶ Art. 320–336 k.z.; rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Reform Rolnych z dnia 25 czerwca 1934 r. wydane w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości o wadach głównych i terminach ich ujawnienia u zwierząt domowych (Dz.U. z 1934 r., Nr 57, poz. 505); J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Przepisy wprowadzające – wyciągi z motywów ustawodawczych – ustawy dodatkowe*, Kraków 1936, s. 858–866; F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948, s. 316; A.M. Falkowska, *Odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy*, Warszawa 2010, s. 122–187; T. Mieszczyński, J. Szarek, I. Babińska, M. Gesek, *Kształtowanie się rękojmi za wady fizyczne koni w Polsce przed i po drugiej wojnie światowej*, [w:] M.Z. Felsmann, J. Szarek, M. Felsmann (red.), *Dawna medycyna i weterynaria*, Chełmno 2007, s. 377–386; J. Lipińska, J. Szarek, D. Przeździecka, *Wady fizyczne koni w świetle polskich aktów prawnych z początku, przełomu i końca XX wieku*, „Medycyna Weterynaryjna” 2004, nr 60(6), s. 570–572. Należy zauważyć, że wskazane rozporządzenie z 1934 r. nie było autonomicznym aktem normatywnym, lecz stanowiło jedynie – nieścisłe, mierne i niefachowe – tłumaczenie cesarsko-niemieckiego rozporządzenia z 1899 r. Tak zastosowana terminologia, jak i definicje wad głównych oraz okresy na ich wykrycie nie były adekwatne do ówczesnej (ani tym bardziej współczesnej) naukowej wiedzy lekarsko-weterynaryjnej.

¹⁷ *Leges speciales* stanowiły art. 570–572 k.c. w pierwotnym brzmieniu oraz rozporządzenie Ministra Rolnictwa z dnia 7 października 1966 r. w sprawie odpowiedzialności sprzedawców za wady główne niektórych gatunków zwierząt (Dz.U. z 1966 r., Nr 43, poz. 257), przy czym zakres przedmiotowy został znacznie zawężony w porównaniu do macierzystych niemieckich i polskich rozporządzeń. Regulacja ta obowiązywała w Polsce do 2014 r.

¹⁸ Tj. Dz.U. z 2020 r., poz. 287; F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność sprzedawcy*, Warszawa 2018, s. 50, 53, 99; M. Jagielska, *Wpływ prawa europejskiego na krajowe prawo prywatne na*

w oparciu o niemieckie pozytywne i negatywne doświadczenia – zerwała z dotychczasowym germanistycznym modelem regulacji odpowiedzialności z tytułu wad fizycznych zwierząt oraz wprowadziła w polskim prawie cywilnym nową definicję wady jako niezgodności z umową i elementy tzw. jednolitej koncepcji naruszenia zobowiązania¹⁹.

Tak długa obecność w porządkach prawnych niemieckim i polskim błędnych, opartych na fałszywych przesłankach, nieuzasadnionych aksjologicznie, nienaukowych, wadliwie sformułowanych, nieefektywnych i niekorzystnych dla kupujących, nienowelizowanych przepisów, stanowi wymowny dowód braku racjonalności ustawodawcy, braku adekwatności norm prawnych do aktualnej, rzetelnej wiedzy naukowej i braku ich dostosowania do potrzeb obrotu gospodarczego i życia społecznego. W przeciwieństwie do niemieckiej doktryny prawniczej i lekarsko-weterynaryjnej²⁰, polscy autorzy nie zdobyli się na konstruktywną krytykę wskazanych rozwiązań normatywnych.

Efektem takiego stanu rzeczy było spontaniczne wykształcenie się w praktyce obrotu zwierzętami autonomicznych, alternatywnych metod zabezpieczania interesów stron sprzedaży zwierząt. Jednym z takich paradoksalnych²¹ ekwiwalentów był rozwój systemu badań lekarsko-weterynaryjnych związanych ze sprzedażą (*Kaufuntersuchungen*)²².

Nie tylko względy historycznoprawne czy dotyczące legislacji prawnopórnawczej przemawiają na korzyść badania i porównywania prawa polskiego z prawem niemieckim. Niemcy to obszar najbardziej zaawansowanego roz-

przykładzie prawa konsumenckiego, [w:] A. Wudarski (red.), *Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, Warszawa 2016, s. 162; D. Karcewska, M. Namysłowska, T. Skoczny (red.), *Ustawa o prawach konsumenta*, Warszawa 2015, s. 17 i nast.

¹⁹ Art. 556, 556¹ k.c.

²⁰ Niezależnie od tego, że w Niemczech, tak zachodnich, jak i zjednoczonych, krytyka ta nie zaowocowała wejściem w życie nowelizacji aż do początków XXI w., pod wpływem grup nacisku czy zwykłej beczynności polityków i przyzwyczajenia.

²¹ Paradoksalnych, gdyż całkowicie odmiennych od założeń, które przyświecały twórcom BGB. Jedną z przyczyn przyjmowania w aktach normatywnych z przełomu XIX i XX w. tzw. *deutschrechtliches Prinzip* co do rękojmi za wady fizyczne zwierząt była chęć uniezależnienia procesu stosowania prawa od wpływu medycyny weterynaryjnej, w tym zwłaszcza chęć uniezależnienia orzeczeń sądów od opiniowania przez biegłych z zakresu nauk weterynaryjnych. Uznawano, że obecność biegłego w postępowaniu skutkuje brakiem pewności prawnej i jest niesprawiedliwe (*Motive...*, s. 250–251; G. Bardeleben, op. cit., s. 18–19, 22). Zakładano, że tzw. model niemiecki – w przeciwieństwie do tzw. modelu rzymskiego, edylskiego – jest niezależny od badań lekarsko-weterynaryjnych (G. Bardeleben, op. cit., s. 21). Praktyka obaliła w sposób niezbity te mylne założenia. To właśnie tzw. system niemiecki, jako nieoparty na aktualnej i rzetelnej wiedzy naukowej lekarsko-weterynaryjnej, wymuszał na uczestnikach obrotu zamawianie i przeprowadzanie licznych badań dotyczących stanu zdrowia sprzedawanych zwierząt; prowadził do zastąpienia wadliwych przepisów ustawowych przez indywidualne *leges vendundi* oparte o czynności lekarsko-weterynaryjne.

²² S. Eichelberg, op. cit., s. 13–14; S. Malchow, op. cit., s. 65. Poza tym uciekano się do umownego wyłączenia rękojmi na zasadach szczególnych i do umownego rozszerzania rękojmi – zob. M. Sommer, op. cit., s. 123.

woju badań lekarsko-weterynaryjnych związanych ze sprzedażą: tak na płaszczyźnie praktycznej, jak i teoretycznej, zarówno w obrębie nauki i praktyki prawniczej, jak i lekarsko-weterynaryjnej²³. Biorąc pod uwagę powyższe czynniki, w ocenie autora, należy stwierdzić, że dorobek i doświadczenia niemieckie są w badanym zakresie modelowe i wzorcowe dla całokształtu przedmiotowej problematyki w znaczeniu globalnym.

Natura prawna zobowiązania lekarza weterynarii

Możliwa jest trojaka klasyfikacja przedmiotowego zobowiązania jako:

- zobowiązania starannego działania,
- zobowiązania rezultatu,
- zobowiązania o charakterze mieszanym. Dla prawidłowego określenia jego charakteru konieczne jest rozważenie, który z wymienionych modeli stosunku obligacyjnego jest modelem najbardziej adekwatnym, a więc najlepiej oddającym cechy i obowiązki w nim zawarte.

Pierwszy z zaproponowanych modeli – zobowiązanie starannego działania – bywa przyjmowany na wzór modelu typowego dla większości czynności lekarsko-weterynaryjnych dotyczących diagnostyki i terapii. Taka kwalifikacja jest przyjmowana przez zdecydowaną mniejszość badaczy niemieckich²⁴.

Ujęcie takie jest oparte częściowo na analogii, a częściowo ma swe źródło w dominującej pozycji czynności diagnostyczno-leczniczych w pracy klinicznej lekarza weterynarii. Zobowiązania to zwykle się określać w praktyce – choć nie do końca poprawnie – jako tzw. *umowy o świadczenie usług lekarsko-weterynaryjnych*²⁵. Powstają one na mocy umów nienazwanych, podobnych do

²³ Upowszechnieniem się praktyki zamawiania przez strony umowy sprzedaży badań wykształciły się i zostały skonkretyzowane zostały reguły postępowania lekarzy weterynarii ich dokonujących. Powstały standardy powinnego postępowania lekarza weterynarii: w ujęciu prawniczym, czysto obligacyjnym, dotyczące dolożenia należytej staranności i należytego wykonania zobowiązania, jak i w ujęciu lekarsko-weterynaryjnym – a więc dobrej praktyki lekarskiej, wzorcowych metod badawczych, zgodności ze sztuką lekarsko-weterynaryjną. Zob. L. Neumann, op. cit., s. 38; G. Bardeleben, op. cit., s. 3. Wytyczne i wzorce opracowywane przez związki hodowców, lekarzy weterynarii czy samorządy zawodowe wpływają na konkretyzację norm prawa cywilnego ukształtowanie standardów postępowania i należytego wykonania zobowiązania.

²⁴ Za: K. Bemann, *Osteochondrose und Kaufuntersuchung aus juristischer Sicht*, „Recht der Landwirtschaft” 2006, nr 1, s. 85–86. Przeciw kwalifikacji analizowanego zobowiązania jako *Dienstvertrag*: S. Eichelberg, op. cit., s. 51–53; B. Wolkowski, op. cit., s. 49; G. Bardeleben, op. cit., s. 180; C. Fink, op. cit., s. 12–15.

²⁵ W ocenie autora niepoprawne jest powszechnie stosowane określenie *umowa o świadczenie usług lekarsko-weterynaryjnych* bez dalszych uszczegółowień i dodatków. Nie jest to nazwa adekwatna, po pierwsze, do szerokiego pojęcia tych usług na podstawie art. 2 ust. 1 u.z.l.z. oraz, po wtóre, równie szerokiego pojęcia wykonywania zawodu lekarza weterynarii na podstawie art. 1 ust. 1 u.z.l.w. Niemniej jednak oba wymienione przepisy wskazują wprost, że badanie zwierząt i wydawanie orzeczeń o ich stanie zdrowia stanowi przejaw wykonywania zawodu lekarza weterynarii

zlecenia. Przyjęcie takiej kwalifikacji w prawie polskim oznaczałoby konieczność odpowiedniego²⁶ stosowania art. 734 i nast. k.c.

W ocenie autora nie powinno ulegać wątpliwości, że natura prawna analizowanego zobowiązania jest odmienna od natury prawnej stosunku dotyczącego świadczenia usług z zakresu diagnostyki i terapii weterynaryjnej (*Behandlungsvertrag*). Kluczowymi różnicami są: odmienność celów, dla jakich umowy tych dwóch rodzajów bywają zawierane, a także odmienność możliwości ich osiągnięcia przez lekarza weterynarii²⁷. Przyjęcie takiej kwalifikacji negatywnie wpływa na zakres uprawnień zamawiającego badanie w przypadku nienależytego wywiązania się przez lekarza weterynarii ze swoich obowiązków, tak *stricte* umownych, jak i spoczywających na nim *ex lege*²⁸.

Wykrywanie i leczenie zwierzęcia prowadzone jest w celu, który najogólniej i najbardziej lapidarnie można określić jako zapewnienie temu zwierzęciu zdrowia²⁹. Istotne jest dołożenie przez lekarza weterynarii³⁰ należytej sta-

i jednocześnie usługę lekarsko-weterynaryjną – art. 1 ust. 1 pkt 1, 2, 4 u.z.l.w.; art. 2 ust. 1 pkt 1–2, 4, 7, 9 u.z.l.z. Konieczne jest uszczegóławianie, jakiego konkretnie typu, względnie zakresu, usług dotyczy dana umowa. Na marginesie należy zaznaczyć, że w ocenie autora zawarcie w wymienionych przepisach katalogów otwartych należy uznać za nieprawidłową praktykę legislacyjną.

²⁶ Jak stanowi art. 734 k.c., zlecenie dotyczy jedynie dokonania czynności prawnej, a nie czynności faktycznych. Na mocy art. 750 k.c., przepisy je regulujące należy stosować w sposób odpowiedni do stosunków prawnych w materii różnego rodzaju usług, polegających na świadczeniu różnorodnych czynności faktycznych – zob. K. Osajda (red.), op. cit., IIIb, s. 757 i nast.; M. Sośniak, *Umowy o świadczenie usług z art. 750 kodeksu cywilnego*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 5, s. 65 i nast.; B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, „Studia Cywilistyczne” 1971, nr 18, s. 14 i nast.; L. Ogieć, *Pojęcie usługi i umów o świadczenie usług w ujęciu kodeksu cywilnego*, „Studia Iuridica Silesiana” 1979, nr 5, s. 138 i nast.; I. Babińska i in., op. cit., s. 654. Większość przepisów może zostać zastosowana wprost, bez konieczności ich jakiegokolwiek modyfikacji – zob. K. Osajda (red.), op. cit., IIIb, s. 765. Co do niektórych natomiast przepisów nie ma w ogóle możliwości ich zastosowania, np. art. 746 k.c. – zob. K. Osajda (red.), op. cit., IIIb, s. 749–754, 765.

²⁷ Por. G. Bardeleben, op. cit., s. 179–180; S. Eichelberg, op. cit., s. 49–50.

²⁸ Konsekwencją uznania, że badane zobowiązanie ma w całości charakter starannego działania, jest stwierdzenie, że lekarz weterynarii ponosi wyłącznie odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych. Stanowisko takie ignoruje, w ocenie autora, jedno z kluczowych elementów składających się na należyte wykonanie analizowanego zobowiązania, takie jak sporządzenie protokołu czy opinii. Koncentruje się ono jedynie na jednym etapie wykonywania zobowiązania, dotyczącym samego przeprowadzenia badań. Podporządkowuje przedmiot niniejszej analizy koncepcji dostosowanej do zaledwie części aktywności zawodowej lekarzy weterynarii, wskutek czego zapewnia niższy poziom ochrony zamawiającego w porównaniu do wynikającego z przyjęcia koncepcji drugiej bądź trzeciej.

²⁹ G. Bardeleben, op. cit., s. 179–180; P. Rosbach i in., op. cit., s. 151–166; R. Lägell, H. Doenecke, H. Jakob, Th. Oppermann, F. Schönberg, *Der Tierarzt im Recht (...)*, Stuttgart 1938, s. 40–42; E. Deutsch, A. Spickhoff, op. cit., s. 73–118; C. Fink, op. cit., s. 6–10, 12–15.

³⁰ Należy przy tym pamiętać, że odpowiedzialność przyjmującego zlecenie obejmuje nie tylko jego własne działania lub zaniechania, lecz także – jeżeli powierzył wykonanie zlecenia bądź jego części zastępcy – *culpa in eligendo* oraz solidarnie za działania lub zaniechania tego zastępcy (o ile za nie odpowiada; art. 738 § 2 zd. 2 k.c.). Świadczenie usług może być powierzone zastępcy, pomocnikowi czy podwykonawcy, np. innemu lekarzowi weterynarii, jedynie w przypadkach, gdy wynika to: z umowy, z różnego rodzaju okoliczności wymuszających substytucję lub z przyjętego

ranności w dążeniu do osiągnięcia tego celu – a nie samo jego osiągnięcie, które z przyczyn obiektywnych nie zawsze jest możliwe³¹. W ramach tego modelu obligacyjnego niezwykle istotny jest obowiązek uzyskania przez lekarza weterynarii świadomej i swobodnej zgody osoby uprawnionej do władania zwierzęciem jak właściciel na podjęcie i przeprowadzenie czynności (tzw. *informed consent*)³².

Czynności diagnostyczne (tak w ramach czynności przedterapeutycznych, jak i w ramach wydania orzeczenia o stanie zdrowia zwierzęcia) winny być wykonane poprawnie, zgodnie ze sztuką i aktualną wiedzą lekarsko-weterynaryjną. Problematiczne mogą być przypadki, w których uzyskane wyniki nie są jednoznaczne albo wykonanie danych badań nie jest możliwe, np. ze względu na konieczność ich przeprowadzenia w narkozie zagrażającej życiu zwierzęcia, ze względu na brak zgody osoby uprawnionej, ze względu na niedostępności aparatury itp. Wydanie orzeczenia o stanie zdrowia zwierzęcia w danym momencie i w świetle dokonanych badań oraz ujęcie go w formie opinii jest zawsze możliwe, nawet jeżeli wskazane są dalsze badania czy też jeżeli orzeczenie to nie jest całkowicie pewne, zupełne i wyłączne.

Drugim z możliwych sposobów klasyfikacji badanego stosunku prawnego³³ jest uznanie go za rodzaj zobowiązania rezultatu. Jest to najczęstszy pogląd wyrażany w doktrynie niemieckiej, w której przyjmuje się, że umowa stanowiąca podstawę badanego zobowiązania to *Werkvertrag*³⁴. Na gruncie prawa

zwyczaju – art. 738 § 1 k.c.; K. Osajda (red.), op. cit., IIIb, s. 739–740. Należy zauważyć, że – w opinii autora – pomiędzy wszystkimi lekarzami weterynarii istnieje taki powszechny, ustalony zwyczaj wzajemnej pomocy i wewnątrzcorporacyjnej koleżeńskości, który znajduje swoją podbudowę w zasadach deontologicznych, takich jak art. 34, 39 ust. 3–4, 41 ust. 2, 43 k.e.l.w. Jak stanowi art. 738 § 1 zd. 2 k.c., jeżeli zleceniobiorca dopełnił aktu staranności w postaci zawiadomienia zleceniodawcy, to jego odpowiedzialność jest ograniczona do winy w wyborze, przy czym uznać należy, że wybranie jako zastępcy innego lekarza weterynarii jest w każdym przypadku dokonaniem prawidłowego wyboru. Co więcej, lekarz weterynarii nie ma prawa wybrać zastępcy niebędącego również lekarzem weterynarii, a jakkolwiek zastępca nim niebędący nie może podejmować czynności lekarsko-weterynaryjnych pod groźbą kary (art. 30 u.z.l.z.). Należy uznać, że zastępca winien posiadać co najmniej takie kompetencje i umiejętności jak przyjmujący zlecenie.

³¹ Zobowiązanie terapeutyczne lekarza weterynarii nie jest – i nie może być – zobowiązaniem do *wyleczenia* zwierzęcia, lecz do jego *leczenia*. Lekarz weterynarii zobowiązuje się dolożyć należytej staranności, skorzystać z aktualnej wiedzy lekarsko-weterynaryjnej i działać zgodnie ze sztuką lekarsko-weterynaryjną w celu zapewnienia zwierzęciu zdrowia. Jakikolwiek zobowiązanie się do *wyleczenia* zwierzęcia stanowi, w ocenie autora, zobowiązanie do świadczenia uprzednio, zupełnie i trwale niemożliwego, a zatem nie wywiera jakichkolwiek skutków prawnych i jest z mocy prawa nieważne (art. 387 k.c.).

³² Art. 25 u.z.l.z.; art. 19 k.e.l.w.; S. Eichelberg, op. cit., s. 57; L. Neuhaus, op. cit., s. 66; R. Werres, op. cit., s. 139, 142 i nast.; B. Wolkowski, op. cit., s. 181, 186–187, 189–192, 196–197; E. Deutsch, A. Spickhoff, op. cit., s. 261–338, 367–368; C. Fink, op. cit., s. 85–191, 207–227.

³³ Możliwa jest zaliczenie do tego typu także szeregu innych zobowiązań podejmowanych w praktyce lekarsko-weterynaryjnej, takich jak: wydanie paszportu, wykonanie szczepień ochronnych i wydanie zaświadczenia o zaszczepieniu itp.

³⁴ §§ 631 i nast. BGB; S. Eichelberg, op. cit., s. 51–53; B. Wolkowski, op. cit., s. 49; G. Bardeleben, op. cit., s. 180; C. Fink, op. cit., s. 12–15.

polskiego należałoby uznać, że jest to umowa o dzieło³⁵, względnie umowa nienazwana, podobna do umowy o dzieło.

Poza możliwościami osiągnięcia³⁶ celu, należy rozważyć, co *w istocie* jest celem tego zobowiązania, czym jest owo dzieło. W literaturze niemieckojęzycznej (niemieckiej i szwajcarskiej) przyjmuje się, że jest to zobowiązanie do wykonania oznaczonego dzieła w postaci sporządzenia i wydania *opinii* lekarsko-weterynaryjnej, czyli dokumentu o cechach prywatnej opinii biegłego³⁷. W doktrynie i orzecznictwie³⁸ uznaje się, że to wydanie wolnej od wad³⁹ opinii jest celem i szczytem całego badania zwierzęcia i stanowi główne świadczenie⁴⁰ lekarza weterynarii. Pomija się przy tym aspekty dotyczące procesu powstawania dzieła, w tym zwłaszcza badań klinicznych i dodatkowych stanowiących postawę do postawienia orzeczenia⁴¹.

³⁵ Art. 627 i nast. k.c.; por. S. Wójcik, *Odgraniczenie umowy o dzieło od umowy o pracę i umowy zlecenia*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze” 1963, nr 10, s. 194 i nast.; G. Domański, *Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania a odpowiedzialność kontraktowa w prawie francuskim*, „Studia Cywilistyczne” 1972, nr 20, s. 200 i nast.; K. Osajda (red.), op. cit., IIIb, s. 309.

³⁶ Zob. G. Bardeleben, op. cit., s. 179–180; S. Eichelberg, op. cit., s. 49–50. Odmienny jest charakter świadczeń wynikających ze zobowiązań starannego działania i wynikających ze zobowiązań rezultatu, różna jest także odpowiedzialność odszkodowawcza kontraktowa w tych dwóch typach, co oczywiście nie znaczy, że w zobowiązaniach rezultatu prawnie istotny jest tylko rezultat, a wykonawca dzieła nie ma obowiązku działania z należytą starannością.

³⁷ Niewątpliwie jest to przedmiot samoistny, niezależny od osoby wykonawcy.

³⁸ Zob. orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (*Bundesgerichtshof*), „Neue Juristische Wochenschrift” 1983, s. 2078; J. Denecke, G. Kuhn, E. Pritsch, G. Wilde (red.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes* II.1 (...), Berlin 1959, s. 616–656; J.D. Harke, *Besonderer Schuldrecht*, Berlin–Heidelberg 2011, s. 69–132; J. Schmidt-Räntsch, J. Maifeld, A. Meier-Göring, M. Röcken, *Das neue Schuldrecht. Einführung – Texte – Materialien. BGB, EGBGB, UKlaG, BGB-InfoV*, Kolonia 2001–2002, s. 34; J. Oechsler, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, Tybinga 2017, s. 805–881; W. Fikentscher, A. Heinemann, *Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil*, Berlin–Boston 2017, s. 723–743; E. Schulze, op. cit., s. 11; M. Sommer, op. cit., s. 85; F. Reichert, op. cit., s. 18; L. Neumann, op. cit., s. 41; F.J.F. Adamczuk, op. cit., s. 109–114; B. Wolkowski, op. cit., s. 47–51; J. Althaus i in., op. cit., s. 10–11; G. Bardeleben, op. cit., s. 179–181; S. Eichelberg, op. cit., s. 49–55; P. Rosbach i in., op. cit., s. 128; E. Deutsch, A. Spickhoff, op. cit., s. 366–367; C. Fink, op. cit., s. 12–15, 212; B. Salis (red.), op. cit., s. 29, 39 i nast.

³⁹ Por. §§ 640 ust. 1 zd. 1, 644 ust. 1 zd. 1 BGB.

⁴⁰ §§ 631 ust. 1 nr 1, 633 ust. 1 BGB; B. Wolkowski, op. cit., s. 53; J. Althaus i in., op. cit., s. 16–17; G. Bardeleben, op. cit., s. 3–4, 210–216; S. Eichelberg, op. cit., s. 55–57.

⁴¹ Powstawanie dzieła jest procesem, por. K. Osajda (red.), op. cit., IIIb, s. 305. W ramach tego procesu lekarz weterynarii powinien przeprowadzić wszystkie czynności konieczne do wydania orzeczenia o stanie zdrowia zwierzęcia (m.in. zebrać wywiad; przeanalizować historię choroby, historię szczepień zwierzęcia; zbadać zwierzę klinicznie; zlecić, względnie wykonać, a następnie ocenić i zinterpretować wyniki badań dodatkowych; przeprowadzić kwerendę aktualnej literatury weterynaryjnej itd.; a następnie sporządzić opinię utrwalającą orzeczenie lekarsko-weterynaryjne, stosowne do uzyskanych rezultatów, wynikające ze znalezisk i je odzwierciedlające). Dopuszczalne jest korzystanie przez lekarza weterynarii z pomocy, świadczenia usług i pracy oraz podwykonawstwa ze strony osób trzecich. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za podwykonawców i pomocników tak jak za własne działania i zaniechania – art. 474 k.c.; K. Osajda (red.), op. cit., IIIb, s. 305.

Natomiast w ocenie autora celem badanego zobowiązania jest wydanie *orzeczenia*, a nie *opinii*⁴². Efektem zamierzonym przez strony i celem analizowanego zobowiązania nie jest uzyskanie dzieła w postaci opinii – lecz uzyskanie orzeczenia.

Świadczenie lekarza weterynarii nie ogranicza się do wydania dokumentu – opinii jako nośnika orzeczenia – i jego cech, takich jak poprawność od strony zewnętrznej i formalnej, a więc powierzczowna zgodność umową, lecz obejmuje całokształt obowiązków lekarza weterynarii⁴³. *Essentialium* tego świadczenia jest postawienie przez lekarza weterynarii orzeczenia o stanie zdrowia zwierzęcia, które jest zgodne z prawdą, z aktualną wiedzą i ze sztuką lekarsko-weterynaryjną, zgodne z umową, poprawne merytorycznie i formalnie, wolne od błędów i wad. Na lekarzu weterynarii w każdym przypadku ciąży obowiązek świadczenia niewadliwego i zgodnego z umową⁴⁴.

Ta pozornie nieznaczna różnica niesie za sobą następstwa w postaci dywersyfikacji odpowiedzialności za wady efektu badanego zobowiązania, która

Wymóg osobistego działania może wynikać nie tylko z postanowienia stron, lecz także z natury zobowiązania bądź jego elementu, do wykonania których wymagane jest nie tylko posiadanie odpowiedniej wiedzy weterynaryjnej, lecz także posiadanie legalnych uprawnień do wykonywania czynności lekarsko-weterynaryjnych (wymóg zgodności z prawem i działania *lege artis*), odpowiednich kwalifikacji, aparatury itp. (art. 356 § 1, 625 k.c.; art. 4–6, 12 ust. 1, 22, 26, 39 k.e.l.w.; art. 30 u.z.l.z.). Tak zlecenie, jak i dzieło są ściśle związane z osobą przyjmującego zamówienie, zależą one bowiem od jego osobistych przymiotów, wiedzy specjalistycznej i uprawnień, w związku z czym umowa rozwiązuje się *ex lege* w razie śmierci lekarza weterynarii bądź jego niezdolności do pracy (*sensu largo*: niezdolność fizyczna, psychiczna, np. wskutek choroby; prawna, np. utrata uprawnień; stany te mogą, ale nie muszą, być ze sobą powiązane) – art. 645, 748 k.c.; art. 5–6a, 18 ust. 1, 46 ust. 1 pkt 3–4 u.z.l.w. Jak to już zaznaczono w odniesieniu do zlecenia, w przypadku substytucji konieczne jest wykonanie dzieła przez osobę uprawnioną i kompetentną – innego lekarza weterynarii, o kompetencjach i umiejętnościach co najmniej takich samych jak pierwotny wykonawca. W przypadku innych osób, takich jak pracownicy laboratoryjni wykonujący badania dodatkowe, konieczna jest ich fachowość.

⁴² Prawidłowe wykonanie zobowiązania rezultatu wymaga osiągnięcia oznaczonego skutku – zob. K. Osajda (red.), op. cit., IIIb, s. 296–297 – zamierzonego efektu przyszłego, czyli dzieła. Kwestia materialnego charakteru dzieła wywołuje liczne kontrowersje w doktrynie prawniczej. Autor nie podejmuje się jej rozstrzygania w sposób generalny, nie twierdzi także, że *orzeczenie* lekarsko-weterynaryjne, niebędące wszak przedmiotem materialnym, stanowi *dzieło*.

⁴³ Obowiązki te dotyczą orzeczenia i orzekania, w tym dopełnienia obowiązków informacyjnych różnych typów (w tym: przedkontraktowych, dotyczących uzyskania zgody czy informacyjno-wyjaśniających), przeprowadzenia badań klinicznych i dodatkowych, dokonania intelektualnego podsumowania, wykładni i oceny ich wyników, wydania diagnozy. Dotyczą także sporządzenia opinii jako nośnika pozwalającego na utrwalenie tak przebiegu, jak i rezultatów badań oraz końcowego orzeczenia (forma, sposób, czas, miejsce i termin wydania, dopełnienie obowiązków dokumentacyjnych, w tym z zakresu tajemnicy lekarskiej czy ochrony informacji, przechowywania dokumentacji itp.). Dotyczą – we wszystkich aspektach – dołożenia należytej staranności, zgodności wszelkich działań z normami prawa, ze sztuką lekarsko-weterynaryjną, z zasadami etyki i deontologii zawodowej, dochowania dobrej wiary kontraktowej i zgodności z umową.

⁴⁴ S. Schinkler, *Die Sachmängelrechte im Kauf- und Werkvertragsrecht im Falle mangelhafter Drittleistung*, „Archiv für die civilistische Praxis” 2007, nr 207, s. 399–424; G. Bardeleben, op. cit., s. 190; por. §§ 433 ust. 1 zd. 2, 633 ust. 1 BGB.

– tak w prawie niemieckim, jak i w polskim – co do dzieła opiera się na odpowiednim stosowaniu przepisów o rękojmi za wady fizyczne⁴⁵.

Mając na uwadze powyższe, autor optuje za trzecią z możliwości klasyfikacji natury prawnej – uznaniem badanego zobowiązania za zestaw różnego rodzaju świadczeń wynikających z umowy mieszanej⁴⁶.

Prima facie, zgodnie z tym ujęciem, w ramach zobowiązania wyróżnić można następujące elementy, możliwe do określenia:

– co do przeprowadzania badań klinicznych i dodatkowych zwierząt – jako zobowiązanie starannego działania⁴⁷;

– co do wydania orzeczenia, sporządzenia (zazwyczaj pisemnej) opinii – jako zobowiązanie rezultatu⁴⁸.

W ocenie autora wnioski takie stanowić mogą jedynie powierzchowne dotknięcie problemu, jeżeli nie zostaną poparte następującym stwierdzeniem: skorzystanie przez zamawiającego badanie z uprawnień i roszczeń analogicz-

⁴⁵ Przyjęcie koncepcji drugiej (charakter zobowiązania rezultatu w oparciu o *Werkvertrag*, umowę o dzieło) albo trzeciej (mieszanej) implikuje stwierdzenie, że lekarz weterynarii odpowiada zgodnie z analogicznymi przepisami art. 638 k.c. oraz § 634 BGB; zob. J.D. Harke, op. cit., s. 88–98; W. Fikentscher, A. Heinemann, op. cit., s. 729–735; J. Oechsler, op. cit., s. 811 nast.; B. Salis (red.), op. cit., s. 19 nast.; W. Ernst, *Germany's New Rules of Breach of Contract and their European Background*, „Seminarios complutenses de derecho romano” 2004, nr 16, s. 83–112; K. Osajda (red.), op. cit., IIb, s. 351–352, 355; G. Domański, *Istota roszczeń za wady dzieła w kodeksie cywilnym (istota rękojmi za wady dzieła)*, „Nowe Prawo” 1967, nr 9, s. 1131 nast.; G. Domański, *Koncepcja...*, op. cit., passim. Poza odpowiedzialnością na zasadach ogólnych ponosi on odpowiedzialność za dzieło analogiczną do odpowiedzialności rękojmiowej sprzedawcy za wady fizyczne przedmiotu sprzedaży. Pamiętać należy przy tym o różnicach między prawem niemieckim a polskim, m.in. w kwestii sekwencyjności uprawnień rękojmiowych. Rozwiązanie takie zapewnia zamawiającemu możliwość skorzystania z uprawnień kształtujących analogicznych do rękojmiowych oraz odpowiedzialności odszkodowawczej kontraktowej analogicznej do odpowiedzialności odszkodowawczej kontraktowej zależnej od rękojmi. Wykonanie zobowiązania przez lekarza weterynarii jest oceniane przez pryzmat nowej, szerokiej definicji wady fizycznej jako jakiegokolwiek niezgodności z umową. Na kanwie tych dwóch koncepcji odmienne jest jednak spojrzenie na zakres i treść świadczenia podlegającego takiej ocenie i jej konsekwencjom w zakresie odpowiedzialności. Zgodnie z koncepcją drugą, dominującą w środowisku niemieckim i szwajcarskim, odpowiedzialność taka nie dotyczy w sposób jednolity całokształtu działań lekarza weterynarii, lecz jedynie jego opinii (jej sporządzenia i jej brzmienia jako dokumentu), zob. orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, op. cit., s. 2078; J. Denecke i in. (red.), op. cit., s. 616–656; E. Schulze, op. cit., s. 11; M. Sommer, op. cit., s. 85; F. Reichert, op. cit., s. 18; L. Neumann, op. cit., s. 41; F.J.F. Adamczuk, op. cit., s. 109–114; B. Wolkowski, op. cit., s. 47–51; J. Althaus i in., op. cit., s. 10–11; J. Schmidt-Räntsch i in., op. cit., s. 34; J.D. Harke, op. cit., s. 69–132; W. Fikentscher, A. Heinemann, op. cit., s. 723–743; G. Bardeleben, op. cit., s. 179–181; S. Eichelberg, op. cit., s. 50–52; C. Fink, op. cit., s. 212. Takie wąskie ujęcie problemu jest ograniczone tylko do końcowego etapu świadczenia lekarza weterynarii. Tylko w tym aspekcie wymagana jest zgodność świadczenia z umową. W ocenie autora jest to koncepcja błędna, którą należy odrzucić ze względu na to, że nie uwzględnia ona całego *spectrum* nowej definicji wady fizycznej jako niezgodności z umową, lecz jedynie pewien jej wycinek. Całościowa ocena świadczenia przez pryzmat nowej definicji wady możliwa jest zgodnie z koncepcją trzecią, reprezentowaną przez autora.

⁴⁶ K. Osajda (red.), op. cit., IIb, s. 317.

⁴⁷ W oparciu o odpowiednie stosowanie przepisów art. 750 i nast. k.c.

⁴⁸ W oparciu o odpowiednie stosowanie przepisów art. 627 i nast. k.c.

nych do rękojmijnych jest możliwe w stosunku do całości zobowiązania lekarza weterynarii, z zastrzeżeniem, że co do elementu drugiego w sposób bezpośredni, a co elementu pierwszego – pośredni, jako czynnika formatywnego orzeczenia i opinii⁴⁹.

Jedynie taka kwalifikacja pozwala, zdaniem autora, na holistyczne ujęcie przedmiotu badań, gdyż uwzględnia całokształt przedmiotowego świadczenia, całokształt nowej definicji wady⁵⁰ oraz wykładnię celowościową. Jest ona dopasowana do granicznego charakteru obowiązków w ramach analizowanego stosunku obligacyjnego oraz uwzględnia charakter świadczenia jako wydania orzeczenia, a nie opinii – dokumentu. Według autora właśnie ten model jest nie tylko najbardziej prawdopodobny, lecz także najbardziej poprawny. Pozwala on na niebudzące wątpliwości zastosowanie do podejmowanych w ramach orzekania czynności diagnostycznych dorobku prawa medycznego *sensu largo* i prawa weterynaryjnego. Dotyczy to zwłaszcza: wymogu dochowania należytej staranności, problematyki tzw. *informed consent* oraz wymogu zgodności wszystkich działań lekarzy weterynarii z obowiązującymi normami prawnymi i z aktualną wiedzą lekarsko-weterynaryjną⁵¹. Z drugiej strony w ramach tego modelu możliwe jest zaliczenie opinii (a w ocenie autora również orzeczenia) jako dzieła do przedmiotów świadczeń podlegających odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady⁵² i – ewentualnie – odpowiedzialności gwarancyjnej. Takie ujęcie zapewnia skuteczną, najszerszą ochronę zamawiającego⁵³.

⁴⁹ Z punktu widzenia zamawiającego, zainteresowanego szybkim i efektywnym skorzystaniem z przysługujących mu uprawnień i roszczeń, nie ma znaczenia rozróżnienie pośredniości ich dostępności bądź jej braku; istotna jest dla natomiast sama możliwość ich realizacji.

⁵⁰ Por. J. Althaus i in., op. cit., s. 21.

⁵¹ I. Babińska i in., op. cit., s. 654; S. Eichelberg, op. cit., s. 57; L. Neuhaus, op. cit., s. 66; R. Werres, op. cit., s. 139, 142 i nast.; B. Wolkowski, op. cit., s. 133, 181, 186–187, 189–192, 196–197; E. Deutsch, A. Spickhoff, op. cit., s. 261–338, 367–368; C. Fink, op. cit., s. 85–191, 207–227.

⁵² Jest to konstytutywna cecha dzieła, odmienna w stosunku do zlecenia, zgodnie z art. 638 k.c. w obecnym brzmieniu; por. K. Osajda (red.), op. cit., IIIb, s. 296, 298, 302–303, 309–310, 350–357, 760. Przesłanką pozwalającą na uznanie danego zobowiązania za dzieło (zobowiązanie rezultatu), w razie wątpliwości co do jego charakteru, a więc w przypadkach granicznych, jest pozytywne przejście testu podatności świadczenia na istnienie wad fizycznych – wyrok Sądu Najwyższego z 3 listopada 2000 r., sygn. akt IV CKN 152/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2001, nr 4. Pozytywny wynik testu dla opinii lekarsko-weterynaryjnej jest niewątpliwy. W ocenie autora również orzeczenie tę przesłankę spełnia.

⁵³ Lekarz weterynarii występuje w analizowanym rodzaju umów jako profesjonalista (J. Althaus i in., op. cit., s. 12) i przedsiębiorca, w związku z czym jeżeli zamawiający zbadanie zwierzęcia wydanie orzeczenia (odpowiednik *kupującego*) będzie konsumentem, odpowiednie zastosowanie znaleźć mogą nie tylko ogólne przepisy o rękojmi, lecz także przepisy specyficzne dla sprzedaży konsumenckiej. Jeżeli zamawiający jest przedsiębiorcą, odpowiednie zastosowanie znaleźć mogą przepisy stanowiące o stosunkach profesjonalnych.

Zakończenie

Możliwe jest przyjęcie różnorodnej dogmatycznoprawnej kwalifikacji zobowiązania lekarza weterynarii polegającego na zbadaniu zwierzęcia, wydaniu orzeczenia o jego stanie zdrowia – w tym wadliwości – oraz sporządzeniu opinii lekarsko-weterynaryjnej. Różne spojrzenia na problem analizy koncentrują się na różnych jego aspektach, mają też zróżnicowane konsekwencje w sferze ewentualnego ponoszenia odpowiedzialności przez lekarza weterynarii za nienależyte i nieprawidłowe wykonanie jego zobowiązania, tak w świetle prawa polskiego, jak i niemieckiego. W ocenie autora wyłącznie całościowe, wielopłaszczyznowe spojrzenie na części składowe świadczenia lekarza weterynarii i jego obowiązki o różnej etiologii pozwala na właściwe ocenienie charakteru badanego zobowiązania. Jedynie przyjęcie mieszanej natury prawnej przedmiotu badań pozwala na zastosowanie optymalnie dostosowanych do niej norm prawnych, w tym norm z zakresu *quasi-rękojmijnego* i odpowiedzialności kontraktowej, czego następstwem jest obniżenie progu odpowiedzialności lekarza weterynarii i wzmocnienie ochrony jego kontrahenta.

Podziękowania

Autor dziękuje Pani mgr inż. Krystynie Dublan z Katedry Patofizjologii, Weterynarii Sądowej i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie za okazaną pomoc i wsparcie.

Wykaz literatury

- Adamczuk F.J.F., *Pferdekaufrecht. Rechtsgeschichte des Pferdekaufs, geltendes Recht, Perspektiven*, Hanower 2008.
- Althaus J., Genn H.J., Harps-Hansen O., Warnebler S., *Die Kaufuntersuchung des Pferdes. Medizinischer und juristischer Leitfaden*, Hanower 2011.
- Babińska I., Sołtyszewski I., Karaźniewicz J., Szarek J., Felsmann M.Z., Dzikowski A., *Veterinary necropsy in the light of ethics and law*, „Medycyna Weterynaryjna” 2019, nr 75(11).
- Banaszczyk Z., Granecki P., *O istotce należytej staranności*, „Palestra” 2002, nr 7–8.
- Bardeleben G., von, *Rechtliche Besonderheiten des Pferdekaufs unter besonderer Berücksichtigung der tierärztlichen Kaufuntersuchung*, Hildesheim 2013.
- Bemmann K., *Osteochondrose und Kaufuntersuchung aus juristischer Sicht*, „Recht der Landwirtschaft” 2006, nr 1.
- Burke N., *Einschränkungen der ädilischen Rechtsbehelfe beim Kauf von der Rezeption bis zur Gegenwart*, Monastyr 1967.
- Dauner-Lieb B., Heidel Th., Ring G. (red.), *Nomos Kommentar. BGB. Schuldrecht II.I*, Baden-Baden 2012.

- Denecke J., Kuhn G., Pritsch E., Wilde G. (red.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes* II.I (...), Berlin 1959.
- Deutsch E., Spickhoff A., *Medizinrecht* (...), Berlin–Heidelberg 2014.
- Domański G., *Istota roszczeń za wady dzieła w kodeksie cywilnym (istota rękojmi za wady dzieła)*, „Nowe Prawo” 1967, nr 9.
- Domański G., *Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania a odpowiedzialność kontraktowa w prawie francuskim*, „Studia Cywilistyczne” 1972, nr 20.
- Dzikowski A., *Przypadki znęcania się nad zwierzętami i reakcji na nie a etyka zawodowa lekarzy weterynarii – wątpliwości etyczno-prawne*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 47.
- Eichelberg S., *Kaufuntersuchungen beim Pferdekauf*, Hamburg 2018.
- Ernst W., *Germany's New Rules of Breach of Contract and their European Background*, „Seminarios complutenses de derecho romano” 2004, nr 16.
- Falkowska A.M., *Odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy*, Warszawa 2010.
- Fikentscher W., Heinemann A., *Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil*, Berlin–Boston 2017.
- Fink C., *Auklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker)*, St. Gallen 2008.
- Gawlik B., *Pojęcie umowy nienazwanej*, „Studia Cywilistyczne” 1971, nr 18.
- Goettel M., *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, Warszawa 2013.
- Harke J.D., *Besonderer Schuldrecht*, Berlin–Heidelberg 2011.
- Jagielska M., *Wpływ prawa europejskiego na krajowe prawo prywatne na przykładzie prawa konsumenckiego*, [w:] A. Wudarski (red.), *Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, Warszawa 2016.
- Karczevska D., Namysłowska M., Skoczny T. (red.), *Ustawa o prawach konsumenta*, Warszawa 2015.
- Kessler Ch., *Der Kauf gebrauchten Waren nach dem Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2001, nr 34.
- Korth U., *Minderung beim Kauf*, Tybinga 2010.
- Korzonek J., Rosenblüth I., *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Przepisy wprowadzające – wyciągi z motywów ustawodawczych – ustawy dodatkowe*, Kraków 1936.
- Kulik M., Mozgawa M., *Zbieg przepisu art. 35 ustawy o ochronie zwierząt z przepisami typizującymi uszkodzenie rzeczy*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 6.
- Lägel R., Doenecke H., Jakob H., Oppermann Th., Schönberg F., *Der Tierarzt im Recht* (...), Stuttgart 1938.
- Lerche F., *Viehgewährschaftsrecht (Viehkauf)*, Berlin 1955.
- Lipińska J., Szarek J., Przeździecka D., *Wady fizyczne koni w świetle polskich aktów prawnych z początku, przełomu i końca XX wieku*, „Medycyna Weterynaryjna” 2004, nr 60(6).
- Malchow S., *Negative Beschaffenheitsvereinbarungen beim Kauf unter besonderer Berücksichtigung des Gebrauchtwagen- und Pferdekaufs*, Frankfurt nad Menem 2009.
- Mieszczyński T., Szarek J., Babińska I., Gesek M., *Kształtowanie się rękojmi za wady fizyczne koni w Polsce przed i po drugiej wojnie światowej*, [w:] M.Z. Felsmann, J. Szarek, M. Felsmann (red.), *Dawna medycyna i weterynaria*, Chełmno 2007.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich II* (...), Berlin–Aalen 1899–1979.

- Nazar M., *Normatywna dereifikacja zwierząt – aspekty cywilnoprawne*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawna ochrona zwierząt*, Lublin 2002.
- Neuhaus L., *Ursachen für Schadenersatzansprüche gegenüber Tierärzten nach Kaufuntersuchungen beim Pferd – Eine Untersuchung von 189 Schadensfällen aus den Jahren 1978–2005*, Berlin 2007.
- Neumann L., *Das Pferdekaufrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung*, Berlin 2005.
- Ogiegło L., *Pojęcie usługi i umów o świadczenie usług w ujęciu kodeksu cywilnego*, „Studia Iuridica Silesiana” 1979, nr 5.
- Oechsler J., *Vertragliche Schuldverhältnisse*, Tybinga 2017.
- Osajda K. (red.), *Komentarze prawa prywatnego. Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch*, Monachium 2020.
- Reichert F., *Tierarzt und Pferdekauf*, Gießen 1994.
- Riedel B.M., *Pferde im Verbrauchsgüterkauf. Sachmängel und Beweislastumkehr nach § 476 BGB*, Akwizgran 2007.
- Rosbach P., Weiß Ch., Meyer K., Hillebrand Ch., *Pferderecht. Ein Handbuch für Pferdeköufer (...) und Tierärzte*, Monachium 2018.
- Salis, von B. (red.), *Ankaufsuntersuchung beim Pferd*, Jena–Stuttgart 1996.
- Schinkler S., *Die Sachmängelrechte im Kauf- und Werkvertragsrecht im Falle mangelhafter Drittleistung*, „Archiv für die civilistische Praxis” 2007, nr 207.
- Schmidt L., *Die Vertragsaufhebung durch den Warenkäufer (...)*, Baden-Baden 2003.
- Schmidt-Räntsch J., Maifeld J., Meier-Göring A., Röcken M., *Das neue Schuldrecht. Einführung – Texte – Materialien. BGB, EGBGB, UKlaG, BGB-InfoV*, Kolonia 2001–2002.
- Schulze E., *Die zivilrechtliche Haftung des Tierarztes*, Berlin 1991.
- Sommer M., *Der Pferdekauf*, Monastyr 2000.
- Sośniak M., *Cywilnoprawna ocena staranności zawodowej*, „Nowe Prawo” 1980, nr 2.
- Sośniak M., *Umowy o świadczenie usług z art. 750 kodeksu cywilnego*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 5.
- Stölzle H., [w:] M. Graminger (red.), *Viehkauf (Viehgewährschaft)*, Berlin–Lipsk 1935.
- Strasser R., *Zur Reform des Viehgewährschaftsrechtes*, Fryburg Bryzgowijski 1980.
- Szymański J.Z., *Samorządność zawodów zaufania publicznego w społeczeństwie obywatelskim*, [w:] *Samorząd zawodowy w demokratycznym państwie prawa*, Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Praw Człowieka, Praworządności i Petycji we współpracy z Mazowieckim Forum Samorządów Zawodów Zaufania Publicznego, 12 listopada 2013 r., Warszawa 2014.
- Weber R., *Sachenrecht I. Bewegliche Sachen*, Baden-Baden 2010.
- Wengersky K., Graf von, *Das Viehgewährschaftsrecht im Wandel der Zeit – Geschichtliche Entwicklung, geltendes Recht, Reformbestrebungen*, Kolonia–Krefeld 1988.
- Werres R., *Aufklärungspflichten in Schuldverhältnissen und deren Grenzen (...)*, Kolonia 1985.
- Wolkowski B., *Die rechtliche Behandlung der Kaufuntersuchung beim Pferdekauf*, Hamburg 2010.
- Wójcik S., *Odgraniczenie umowy o dzieło od umowy o pracę i umowy zlecenia*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze” 1963, nr 10.
- Zoll F., *Rękojmia. Odpowiedzialność sprzedawcy*, Warszawa 2018.
- Zoll F., *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948.

Summary

Legal Nature of the Veterinary Surgeon's Obligation to Conduct Tests and Issue a Report on Animal Health (German and Polish Law)

Keywords: civil law, veterinary medicine, warranty, obligation.

The professional practice of a veterinary surgeon covers various areas of interest, one of which is issuing decisions (medical reports) on animal health based on performed tests and examinations. Elements of the veterinarian's obligation are complex and multifaceted. The study aims to define the nature of this obligation unambiguously. There are three possible ways of classification: as an obligation to act diligently, as an obligation of result, and as a mixed obligation. Adoption of each of these models implies different liability regimes for a potential breach of contract. According to the author's opinion, it is correct to define the obligation in question as a mixed one. Only the third of the analyzed models take into account the complexity of the research subject and allows for a broad scope of responsibility.

Anna Franusz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-7464-7830

anna.franusz@uwm.edu.pl

Odpowiedzialność odszkodowawcza funkcjonariusza publicznego z tytułu szkody wyrządzonej przy wykonywaniu władzy publicznej

Odpowiedzialność państwa za szkodę wyrządzoną przez jego organy

Zarys koncepcji odpowiedzialności państwa za niezgodne z prawem działanie jego organów wykształcił się dopiero w XIX w. we Francji, głównie za sprawą francuskiego Sądu Kasacyjnego, który zniósł immunitet państwa, jako podmiotu odpowiedzialnego za szkodę¹. Do tego momentu również funkcjonariuszy państwowych, będących – w zakresie swoich kompetencji – przedłużeniem władzy monarszej (w myśl zasady *rex non potest peccare*) nie można było pociągnąć do odpowiedzialności odszkodowawczej, choć w prawie rzymskim możliwe było wystąpienie przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu ze skargą w związku z przyjęciem przez niego korzyści majątkowych (łac. *concussio*) przy wykonywaniu władzy². Prawo rzymskie miało zresztą spory wkład w rozwój podstaw omawianej koncepcji, gdyż przyczyniło się do rozróżnie-

¹ Por. E. Bagińska, [w:] E. Bagińska, J. Parchomiuk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza w administracji*, seria: System Prawa Administracyjnego, t. 12, Warszawa 2010, s. 5 i nast. oraz przywołana tam literatura; E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 1–6.

² W okresie republiki odpowiedzialność funkcjonariusza publicznego za przyjęcie korzyści majątkowej opierała się początkowo na koncepcji bezpodstawnego wzbogacenia, następnie zaś roszczeń z tego tytułu dochodzono w ramach odpowiedzialności deliktowej. Dopiero w okresie pryncypatu *concussio* zaczęto postrzegać jako przestępstwo. Tak: B. Sitek, *Ewolucja odpowiedzialności za sprzedajność (concussio) w prawie rzymskim*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 21, s. 47–53.

nia – kluczowych z punktu widzenia prowadzonych rozważań – form działania organów państwa na władcze i niewładcze³. W okresie republiki rzymskiej, *fiscus*, będący odpowiednikiem dzisiejszego Skarbu Państwa, mógł być pozywany przez jednostki w trybie prywatnoprawnym, lecz jedynie w zakresie czynności o charakterze niewładczym. W ślad za Francją przyjęły podobne rozwiązania inne kraje, w tym niemieckojęzyczne, gdyż niemiecki kodeks cywilny z 1896 r. (niem. *Bürgerliches Gesetzbuch*) przewidywał w art. 839, że funkcjonariusz publiczny, który z umyślnie lub w efekcie zaniedbania ciężącego na nim obowiązku wywołał szkodę wobec osoby trzeciej, musiał tę szkodę zrekompensować.

Rozwojowi interesującego nas założenia towarzyszyły także spory przedstawicieli europejskiej myśli prawniczej o naturę prawną odpowiedzialności odszkodowawczej państwa. Upatrywano jej bowiem tak w przepisach prawa publicznego, jak i prywatnego⁴. W Polsce ostatecznie za dominującą uznano teorię opowiadającą się za cywilnoprawnym (prywatnoprawnym) charakterem omawianej odpowiedzialności⁵, czego efektem było uchwalenie najpierw ustawy z dnia 15 listopada 1956 r. o odpowiedzialności Państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszów państwowych (usankcjonowano w niej cywilnoprawną naturę interesującej nas odpowiedzialności)⁶, następnie zaś przepisów art. 417–417² Kodeksu cywilnego⁷ (dalej jako k.c.), regulujących odpowiedzialność odszkodowawczą władzy publicznej.

Regulacja kodeksowa wprowadziła mechanizm odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariusza państwowego przy wykonywaniu powierzonej mu czynności (art. 417 § 1 k.c.) oraz wskazała, kogo należy rozumieć pod pojęciem funkcjonariusza państwowego⁸. Ponadto przepis art. 418 § 1 i 2 k.c. przewidywał niekonstytucyjne, jak się miało potem okazać, rozwiązanie, że warunkiem odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę

³ Por. E. Bagińska, [w:] E. Bagińska, J. Parchomiuk, op. cit., s. 5 i n.

⁴ Ibidem, s. 10–11.

⁵ Ibidem.

⁶ Dz.U. z 1956 r., Nr 54, poz. 243. Ustawa ta przewidywała w uchylonym art. 1 (wraz z uchwaleniem k.c. w 1964 r.), że „Państwo odpowiada za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariusza państwowego przy wykonywaniu powierzonej mu czynności”. O cywilnoprawnej naturze odpowiedzialności państwa za szkody funkcjonariuszy przesądzał art. 2 tejże ustawy (także uchylony), w świetle którego „do odpowiedzialności Państwa stosuje się przepisy prawa cywilnego”.

⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny; w pierwotnym brzmieniu Dz.U. z 1965 r., Nr 16, poz. 93, aktualne brzmienie: t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1740, t. j. ze zm.

⁸ Zgodnie z art. 417 § 2 k.c. w poprzednim brzmieniu (przepis ten został zmieniony ustawą z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004 r., Nr 162, poz. 1692), pod pojęciem funkcjonariuszy państwowych należało rozumieć pracowników organów władzy, administracji lub gospodarki państwowej. Za funkcjonariuszy państwowych uważało się również osoby działające na zlecenie tych organów, osoby powołane z wyboru, sędziów i prokuratorów oraz żołnierzy sił zbrojnych.

wyrządzoną przez funkcjonariusza państwowego na skutek wydania orzeczenia lub zarządzenia było wszczęcie wobec funkcjonariusza postępowania karnego lub dyscyplinarnego, a wina sprawcy szkody musiała zostać stwierdzona wyrokiem karnym lub orzeczeniem dyscyplinarnym albo uznana przez organ przełożony nad sprawcą szkody, chyba że wszczęciu albo prowadzeniu postępowania karnego lub dyscyplinarnego stała na przeszkodzie okoliczność wyłączająca ściganie.

Przyczynę do zasadniczych zmian w powyższych przepisach stanowił przede wszystkim wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 grudnia 2001 r.⁹, w którym uznano, że 418 k.c. jest niezgodny z art. 77 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹⁰. Przepis art. 77 ust. 1 ustawy zasadniczej przyznaje każdemu prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej i rozwiązanie to musi być uwzględnione na poziomie regulacji ustawowej. Tymczasem art. 418 k.c. znacząco zawęził odpowiedzialność uregulowaną w art. 417 k.c., uzależniając przyznanie odszkodowania od państwa od kwalifikowanej bezprawności i winy funkcjonariusza (tzw. wina podwójnie kwalifikowana¹¹). W konsekwencji ewentualne pociągnięcie Skarbu Państwa do odpowiedzialności musiało zostać poprzedzone *sui generis* przedsądem, na uruchomienie którego, poszkodowany obywatel nie miał żadnego wpływu. Dlatego też według Trybunału Konstytucyjnego, „zestawienie przesłanek odpowiedzialności Skarbu Państwa przyjętych w art. 418 k.c., odwołujących się do konstrukcji winy podwójnie kwalifikowanej z rozwiązaniem zawartym w art. 77 ust. 1 Konstytucji, wskazuje na wyraźną niezgodność, która może być usunięta jedynie poprzez eliminację zaskarżonego przepisu z systemu prawnego”¹².

Judykat Trybunału Konstytucyjnego przyczynił się nie tylko do utraty mocy przez art. 418 k.c., lecz przede wszystkim do kluczowej nowelizacji¹³ przepisów k.c. w zakresie interesującej nas tematyki – po pierwsze, przepisowi art. 417 k.c. nadano zupełnie nowe brzmienie, wprowadzając odpowiedzialność Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej osoby prawnej wykonującej tę władzę z mocy prawa za szkodę wyrządzoną nie przez funkcjonariusza państwowego¹⁴, lecz przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie wspomnianych podmiotów przy

⁹ SK 18/00, OTK z 2001 r., Nr 8, poz. 25.

¹⁰ Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

¹¹ *Supra* note 7.

¹² *Ibidem*.

¹³ Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004 r., Nr 162, poz. 1692).

¹⁴ Omawianą nowelizacją zlikwidowano uregulowany w art. 417 § 2 k.c. katalog osób, do których odnosi się pojęcie funkcjonariusza państwowego.

wykonywaniu władzy publicznej. Nowela uchyliła także przepisy art. 419¹⁵–420² k.c.¹⁶

Jednocześnie wprowadzono nowe normy, tj. art. 417¹ k.c., który objął przedmiotem regulacji reguły odpowiedzialności władzy publicznej za szkodę wyrządzoną wskutek podejmowania i zaniechania dokonywania czynności konwencyonalnych o charakterze władczym, takich jak akt normatywny, orzeczenie, decyzja¹⁷, przy czym warunkiem pociągnięcia do odpowiedzialności było uprzednie prawomocne¹⁸ ustalenie we właściwym postępowaniu (w ramach wyjaśnienia zagadnienia prejudycjalnego) niezgodności z prawem decyzji lub orzeczenia oraz sprzeczności z prawem zaniechania ich wydania¹⁹. Ponadto, zgodnie z art. 417¹ § 2 k.c., odpowiedzialność odszkodowawcza państwa obejmuje także wypadki, gdy prawomocne orzeczenie lub ostateczna decyzja zostały wydane na podstawie aktu normatywnego niezgodnego z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą. Odpowiedzialność

¹⁵ Zgodnie z art. 419 k.c., „w wypadku gdy Skarb Państwa nie ponosi według przepisów niniejszego tytułu odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariusza państwowego przy wykonywaniu powierzzonej mu czynności, poszkodowany może żądać całkowitego lub częściowego naprawienia szkody przez Skarb Państwa, jeżeli doznał uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia albo utracił żywiciela, a z okoliczności, zwłaszcza ze względu na niezdolność poszkodowanego do pracy albo ze względu na jego ciężkie położenie materialne, wynika, że wymagają tego zasady współżycia społecznego”.

¹⁶ Art. 420¹ k.c., dodany ustawą z dnia 23 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny (Dz.U. z 1996 r., Nr 114, poz. 542), kilkakrotnie nowelizowany (np. w 1999 r. i w 2002 r.) przed jego ostatecznym uchyleniem stanowił m.in., że „jeżeli szkoda została wyrządzona przez funkcjonariusza jednostki samorządu terytorialnego przy wykonywaniu powierzonej mu czynności, odpowiedzialność za szkodę ponosi ta jednostka samorządu terytorialnego, w której imieniu czynność była wykonywana” (§ 1). Ponadto, zgodnie z art. 420¹ § 2 k.c., „funkcjonariuszami jednostek samorządu terytorialnego w rozumieniu niniejszego tytułu są pracownicy samorządowi, radni, wójtowie (burmistrzowie, prezydenci miast), członkowie zarządów powiatów i województw, a także inne osoby, do których stosuje się przepisy o pracownikach samorządowych. Za funkcjonariuszy jednostek samorządu terytorialnego uważa się także osoby działające na zlecenie organów jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków”. Z kolei art. 420² k.c. (także wprowadzony do kodeksu nowelą z 1996 r. oraz znówelizowany w 1999 r.) przewidywał, że „jeżeli jednak szkoda została wyrządzona przez funkcjonariusza samorządu terytorialnego przy wykonywaniu zadań z zakresu administracji rządowej zleconych na mocy przepisów ustawy albo powierzonych, odpowiedzialność za szkodę ponoszą Skarb Państwa i jednostka samorządu terytorialnego solidarnie”.

¹⁷ A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014, Lex, art. 417¹.

¹⁸ Część autorów opowiada się za możliwością ponoszenia odpowiedzialności przez Skarb Państwa także w odniesieniu do orzeczeń nieprawomocnych, które podlegają natychmiastowemu wykonaniu w drodze egzekucji (tak: M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Warszawa 2009, s. 67; por. także: L. Staniszevska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa za szkody wyrządzone wydaniem prawomocnego orzeczenia sądowego – ocena nowelizacji*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 7, s. 362).

¹⁹ Szerzej na temat genezy odpowiedzialności władzy państwowej za szkodę powstałą w związku z wydawaniem prawomocnych aktów decyzyjnych: J. Frąckowiak, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone wydaniem prawomocnego orzeczenia lub ostatecznej decyzji*, „Actas Universitatis Wratislaviensis (Prawo)” 2009, nr 3161, s. 99–108.

władzy publicznej za szkodę aktualna jest także wtedy, gdy szkoda została wyrządzona przez niewydanie orzeczenia lub decyzji, gdy obowiązek ich wydania przewiduje przepis prawa (art. 417¹ § 3 k.c.) oraz przez niewydanie aktu normatywnego, którego obowiązek wydania przewiduje przepis prawa, przy czym niezgodność z prawem zaniechania w postaci niewydania aktu normatywnego stwierdza sąd rozpoznający sprawę o naprawienie szkody (art. 417¹ § 4 k.c.).

Omawiana nowelizacja uwzględniła także sytuację, gdy szkoda została wyrządzona w związku z wykonywaniem władzy publicznej, którym to działaniom nie można przypisać cechy bezprawności, tj. władza wykonywana była zgodnie z prawem, lecz spowodowała ona szkodę na osobie. Wówczas poszkodowany może żądać całkowitego lub częściowego jej naprawienia oraz zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę, gdy okoliczności, a zwłaszcza niezdolność poszkodowanego do pracy lub jego ciężkie położenie materialne, wskazują, że wymagają tego względy słuszności (art. 417² k.c.).

Odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych – *ratio legis* regulacji

Problem zbyt częstych naruszeń prawa przez funkcjonariuszy publicznych przy wykonywaniu władzy publicznej został dostrzeżony przez ustawodawcę nie tylko z punktu widzenia potrzeby zagwarantowania możliwości „zadośćuczynienia” podmiotom, które poniosły szkodę wskutek wadliwego działania aparatu państwowego²⁰. Oczywiście względy aksjologiczne, które przemawia-

²⁰ Na marginesie niniejszych rozważań warto zauważyć, że w systemie prawa można spotkać się z konstrukcjami, które prowadzą do zaspokojenia roszczenia poszkodowanego nie tyle w drodze realizacji świadczenia majątkowego ze środków publicznych (budżetowych), co poprzez zniesienie powinności wykonania przez niego obowiązku publicznoprawnego o charakterze pieniężnym. Klasycznym przykładem instytucji wykorzystującej tego rodzaju mechanizm jest potrącenie (kompensata) unormowana w art. 64 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2020 r., poz. 1325 z późn. zm.), w myśl którego zobowiązania podatkowe oraz zaległości podatkowe wraz z odsetkami za zwłokę w podatkach stanowiących dochód budżetu państwa podlegają, na wniosek podatnika, potrąceniu z wzajemnej, bezspornej i wymagalnej wierzytelności podatnika wobec Skarbu Państwa z tytułu m.in. prawomocnego wyroku sądowego wydanego na podstawie art. 417 lub art. 417² k.c. oraz prawomocnej ugody sądowej zawartej w związku z zaistnieniem okoliczności przewidzianych w art. 417 lub art. 417² k.c. Zatem istota prezentowanego rozwiązania polega na tym, że zobowiązane względem siebie podmioty nie spełniają świadczeń, zaś rozliczeniu może podlegać jedynie różnica w kwotach zobowiązań (por. L. Etel, [w:] R. Dowgier, G. Liszewski, B. Pahl, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, W. Stachurski, K. Teszner, L. Etel, *Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex, art. 64). Podkreślenia wymaga także okoliczność, że jakkolwiek powyższa konstrukcja przywodzi na myśl potrącenie w prawie cywilnym (art. 498 i nast. k.c.), to stanowi ona instytucję autonomiczną instytucję prawa podatkowego, zatem w odniesieniu do niej nie stosuje się pośilkowo przepisów k.c. (por. A. Huchla, [w:] H. Dzwonkowski, C. Kosikowski, A. Huchla, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. trzecie, Warszawa 2003, art. 64).

ły za przyjęciem omówionej wyżej regulacji, w żaden sposób nie zmieniają faktu, że liczba odszkodowań zasądzonych przez sądy od Skarbu Państwa w oparciu o omówione wyżej przepisy każdego roku stanowi dość istotne uszczuplenie budżetowe. Z tego też powodu legislator, wzorem rozwiązań przyjętych przykładowo w Niemczech²¹, uchwalił mechanizm dopuszczający wytoczenie przez prokuratora, na zasadzie regresu²², powództwa o zapłatę przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu, który dopuścił się rażącego naruszenia prawa. Reżim ten został objęty przedmiotem regulacji ustawy z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa²³ (dalej jako u.o.m.f.p.).

W uzasadnieniu projektu ustawy trafnie podkreślono, że konsekwencje wadliwego wykonywania władzy publicznej przez funkcjonariuszy publicznych dość często wykraczają poza interes majątkowy poszkodowanego podmiotu. W efekcie dochodzi bowiem do bankructw przedsiębiorców i utraty miejsc pracy przez pracowników, a zatem mowa tu o długofalowych i wieloaspektowych skutkach omawianego zjawiska²⁴. Nie bez znaczenia jest też naruszenie zasady zaufania obywateli do państwa. Truizmem jest przecież stwierdzenie, że ucierpienie autorytetu państwa nie służy nikomu, gdyż państwo, którego autorytet zaczyna być kwestionowany, przestaje spełniać swoją rolę. Tymczasem poczucie swoistej „bezkarności” urzędników państwowych, których odpowiedzialność własnym majątkiem za popełniane błędy była w praktyce fikcją, petryfikowało to zjawisko. Dlatego też celem wspomnianej ustawy jest zapobieżenie wadliwemu funkcjonowaniu aparatu państwowego poprzez „sprawne i nieuchronne obciążanie urzędników, przynajmniej w ograniczonym zakresie, materialnymi skutkami ich działań niezgodnych z prawem”²⁵. Założeniem projektodawców było stworzenie procedury, która niejako zaktywizuje Skarb Państwa i jednostki samorządu terytorialnego (dalej jako j.s.t.) do pociągania urzędników do odpowiedzialności za – co istotne – zawinione i rażące błędy, zaś centralną postacią tego postępowania jest prokurator, który wytacza przeciwko takiemu urzędnikowi powództwo o odszkodowanie przed sądem powszechnym.

²¹ Np. zgodnie z § 839 pkt 1 niem. BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) z 1896 r., jeżeli urzędnik służby cywilnej umyślnie lub w wyniku zaniedbania naruszy ciężący na nim obowiązek służbowy wobec osoby trzeciej, musi zrekompensować osobie trzeciej powstałą szkodę. Jeżeli funkcjonariusz jest winny jedynie zaniedbania, można go dochodzić tylko wtedy, gdy poszkodowany nie jest w stanie uzyskać odszkodowania w inny sposób. Szerzej na ten temat: P. Dzienis, *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 98 i nast.; J. Szczepaniak, *Odpowiedzialność odszkodowawcza jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2001, s. 35 i nast.; A. Szpunar, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy*, Warszawa 1985, s. 49–51; J.J. Skoczylas, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez władzę publiczną*, Warszawa 2005, s. 345 i nast.;

²² Tak: SO w Rzeszowie w wyroku z 12 lutego 2019 r., sygn. akt V Ca 537/18, Lex nr 2628302.

²³ T.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1169.

²⁴ Uzasadnienie projektu ustawy, druk sejmowy nr 1407 z 7 października 2008 r., Sejm RP VI Kadencji, s. 9.

²⁵ Ibidem.

Autorzy projektu dość optymistycznie podeszli do przewidywanych skutków społecznych, gospodarczych i finansowych. Stwierdzili oni bowiem, że na uchwaleniu projektu zyska przede wszystkim budżet państwa i j.s.t., gdyż oczekiwana liczba przypadków rażącego uchybienia prawu przez urzędników znacząco spadnie. W ich ocenie zauważalnie wzrośnie także poziom zaufania obywateli do organów administracji publicznej, „a w konsekwencji także szacunek wobec instytucji państwowych w ogóle, jak również wobec praworządności”. Co ciekawe, wedle projektodawców „istotnym pozytywnym zmianom ulegną warunki prowadzenia działalności gospodarczej, co skutkować będzie rozwojem przedsiębiorczości²⁶”, choć z trudem upatrywać można relacji między wejściem w życie ustawy a „warunkami prowadzenia działalności gospodarczej”. To dość niefortunne określenie miało, jak się wydaje, na celu wykazanie oczywistego związku między zmniejszeniem niezgodnych z prawem decyzji urzędniczych a skalą bankructw spowodowanych podejmowaniem tychże decyzji.

Pojęcie funkcjonariusza publicznego oraz przesłanki jego odpowiedzialności majątkowej w świetle u.o.m.f.p.

Analizowana ustawa kreuje specyficzny stosunek zobowiązaniowy między funkcjonariuszem publicznym, czyli dłużnikiem, a Skarbem Państwa (j.s.t.), któremu przypada rola wierzyciela. W oparciu o tę relację, dłużnik jest zobowiązany do naprawienia szkody wierzycielowi, sama zaś szkoda, choć nie musi pod względem rozmiaru, o czym będzie mowa dalej, odpowiadać szkodzie, jaką Skarb Państwa (j.s.t.) naprawił obywatelowi na podstawie art. 417 i nast. k.c., pozostaje z nią (szkodą pierwotną) w bezpośrednim związku przyczynowym.

Pozostając zatem w obrębie tematyki odnoszącej się do elementów podmiotowych wspomnianego stosunku zobowiązaniowego, kwestią niewątpliwie kluczową jest pojęcie funkcjonariusza publicznego. Otóż w świetle art. 2 ust. 1 pkt 1 u.o.m.f.p. definicja legalna funkcjonariusza publicznego obejmuje „osobę działającą w charakterze organu administracji publicznej lub z jego upoważnienia albo jako członek kolegialnego organu administracji publicznej lub osobę wykonującą w urzędzie organu administracji publicznej pracę w ramach stosunku pracy, stosunku służbowego lub umowy cywilnoprawnej, biorącą udział w prowadzeniu sprawy rozstrzyganej w drodze decyzji lub postanowienia przez taki organ”. Przepis ten zawiera zatem autonomiczną regulację pojęcia „funkcjonariusz publiczny”, niezależną od doktrynalnych ujęć tego pojęcia na gruncie doktryn prawa administracyjnego materialnego oraz przede wszystkim niezależnie od regulacji art. 115 § 13 k.k.²⁷ Zacytowany

²⁶ Ibidem, s. 13.

²⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444).

przepis dość szeroko wytycza granice podmiotowe interesującego nas pojęcia, wykraczając poza klasyczny stosunek służbowy, który *prima facie* uzasadnia nadanie danej osobie status funkcjonariusza publicznego. Kluczowe jest to, aby osoba wykonująca swoje zadania – w oparciu o szereg stosunków prawnych, łączących ją z aparatem władzy (np. z tytułu mianowania, powołania, umowy o pracę, umowy zlecenia) – uczestniczyła w prowadzeniu rozstrzyganej sprawy. Ustalenie jej udziału w postępowaniu zwieńczonym wydaniem wadliwego aktu decyzyjnego, który przyczynił się do powstania szkody, jest – o czym będzie mowa w dalszej części nieniejszego artykułu – warunkiem przypisania winy (umyślnej lub nieumyślnej) tej osobie, co z kolei umożliwia pociągnięcie jej do odpowiedzialności w trybie u.o.m.f.p. Co istotne, art. 3 u.o.m.f.p. zakłada wyłączenie zbiegu odpowiedzialności majątkowej funkcjonariusza wobec podmiotu odpowiedzialnego za szkodę wyrządzoną tym samym działaniem lub zaniechaniem uregulowanej odrębnymi przepisami. Część przedstawicieli doktryny powątpiewa w sens tej regulacji, uznając ją za zbędną, bowiem naprawienie szkody przez funkcjonariusza w ramach innej podstawy prawnej, niż uregulowana analizowaną ustawą, sprawia, że roszczenie poszkodowanego wygasa²⁸. Niemniej jednak przyjmuje się, że sens tego unormowania wyraża się w wyraźnym nadaniu przez ustawodawcę prymatu temu trybowi naprawienia szkody przez funkcjonariusza, co oznacza, że ma on charakter nadrzędny i winien być stosowany w pierwszej kolejności²⁹. Wskazuje na to choćby sankcja, którą można nałożyć na kierownika podmiotu odpowiedzialnego w związku z niezainicjowaniem przedmiotowej procedury (art. 10 u.o.m.f.p.).

Zgodnie z przepisami interesującej nad ustawy, Skarb Państwa (j.s.t.), którego kosztem odbyło się niezgodne z prawem działanie funkcjonariusza publicznego, działa przez tzw. podmiot odpowiedzialny, rozumiany jako podmiot, który zgodnie z art. 417 k.c. ponosi odpowiedzialność majątkową za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej (art. 2 ust. 1 pkt 2 u.o.m.f.p.). Chodzi zatem o podmiot, który – jako *statio fisci* Skarbu Państwa – wypłacił odszkodowanie poszkodowanemu.

Koncepcja odpowiedzialności majątkowej³⁰ funkcjonariusza w trybie u.o.m.f.p. nie została oparta o wynikające z k.c. ogólne zasady odpowiedzialności odszkodowawczej (choć w istocie wszystkie jej elementy, tj. powstanie szkody, przypisanie winy sprawcy szkody, istnienie związku przyczynowego między powstaniem szkody a działaniem sprawcy szkody są w pełni aktualne),

²⁸ S. Płażek, *Szczególna odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych według ustawy o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*, „Finanse Komunalne” 2011, nr 10, s. 7 i nast.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Jest to odpowiedzialność o charakterze cywilnoprawnym. Por. B. Rakoczy, *Ustawa o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa. Komentarz*, Warszawa 2012, art. 1, Lex oraz wskazana tam literatura (w odniesieniu do koncepcji doktrynalnych odpowiedzialności cywilnej).

lecz została uregulowane odrębnie w art. 5 oraz art. 6 u.o.m.f.p. Co istotne, przesłanki te mają charakter kumulatywny³¹.

Otóż po pierwsze, warunkiem wytoczenia powództwa przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu jest powstanie szkody po stronie Skarbu Państwa (j.s.t.), która zgodnie z art. 5 u.o.m.f.p. powstaje wtedy, gdy na mocy prawomocnego orzeczenia sądu lub na mocy ugody zostało wypłacone przez podmiot odpowiedzialny odszkodowanie za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej z rażącym naruszeniem prawa. O szkodzie możemy zatem mówić dopiero wtedy, gdy obowiązek wypłaty odszkodowania został stwierdzony orzeczeniem sądowym (w praktyce będzie to wyrok sądu, bowiem dla spraw o zapłatę przewidziany jest, co do zasady, tryb procesu) lub ugodą.

Odnosząc się do ugody, warto zwrócić uwagę na to, że ustawodawca nie wymaga, aby była to ugoda sądowa, wskazując tym samym, że do ustalenia odpowiedzialności odszkodowawczej przez organ nie musi dojść w toku przewodu sądowego. Wystarczy zatem podpisanie ugody materialnoprawnej w rozumieniu art. 917 k.c. Wydaje się jednak, że omawiane rozwiązanie nie znajduje raczej zastosowania w praktyce i nawet w sytuacji, która pozwala uznać odpowiedzialność Skarbu Państwa (j.s.t.) w trybie art. 417 k.c. za oczywistą, w obawie przed konsekwencjami naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Nie ulega wątpliwości, że stosowne organy preferują dysponowanie prawomocnym tytułem egzekucyjnym stwierdzającym w sposób niebudzący wątpliwości ich obowiązek odszkodowawczy.

Kolejnym kluczowym elementem stosunku zobowiązaniowego, obejmującego odpowiedzialność odszkodowawczą, jest wina sprawcy szkody za jej powstanie. Ta przesłanka jest także aktualna w odniesieniu do odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych, gdyż świetle art. 5 pkt 2 u.o.m.f.p. ich działanie lub zaniechanie, w efekcie którego doszło do naruszenia prawa, musi być przez zawinione; w dodatku naruszenie prawa należy zakwalifikować jako rażące³². Jak wynika z analizy dorobku judykatury, *nota bene* niezwykle

³¹ Zgodnie z art. 5 *in principium* u.o.f.m.p., „funkcjonariusz publiczny ponosi odpowiedzialność majątkową w razie łącznego zaistnienia następujących przesłanek (...)”.

³² Zgodnie z wyrokiem NSA z 20 października 2006 r., sygn. akt II FSK 113/06, pod pojęciem „rażący” rozumie się: „łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny, bardzo duży. Takie znaczenie pojęcia »rażące naruszenie prawa« powoduje, że stwierdzenie nieważności decyzji z tej przyczyny może nastąpić w wypadku zastosowania w kwestionowanym rozstrzygnięciu normy prawnej, której znaczenie można ustalić w sposób niewątpliwy, bezsporny. Nie może być zatem podstawą do takiego działania norma prawna, co do której treści istnieją istotne rozbieżności w orzecznictwie sądowym”. Co więcej, zdaniem NSA (wyrok z 31 stycznia 2006 r., sygn. akt I OSK 883/05) „rażące naruszenie prawa» stanowi kwalifikowaną formę »naruszenia prawa«. Utożsamianie tego pojęcia z każdym »naruszeniem prawa« nie jest słuszne. Naruszenie przepisów postępowania lub prawa materialnego, mające istotny wpływ na wynik sprawy, nie może być podstawą stwierdzenia nieważności decyzji ostatecznej w postępowaniu prowadzonym w trybie nadzoru, jeżeli nie nosi cech rażącego naruszenia prawa”. Por. A. Bielska-Brodziak, *Odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa. Komentarz*, 2011, Lex, art. 1 oraz przywołane tam liczne orzecznictwo.

skromnego, biorąc pod uwagę dziesięcioletni okres obowiązywania analizowanej ustawy, wskazywane w pozwach uchybienie funkcjonariuszy związane jest przede wszystkim z doprowadzeniem do przewlekłości postępowania³³, wskutek czego wyrządzona została szkoda.

Jeśli zaś chodzi o związek między działaniem sprawy szkody (w postaci naruszenia prawa przez funkcjonariusza przy wykonywaniu władzy publicznej) a powstaniem szkody, to stosownie do art. 6 u.o.f.m.p., naruszenie prawa musi być stwierdzone w następujący sposób: 1) przez wydanie ostatecznej decyzji stwierdzającej nieważność decyzji lub postanowienia (na podstawie art. 156 § 1 pkt 2 lub art. 156 § 1 pkt 2 w związku z art. 126 k.p.a.³⁴); 2) przez wydanie ostatecznej decyzji stwierdzającej nieważność decyzji lub postanowienia (na podstawie art. 247 § 1 pkt 2 albo pkt 3 lub art. 247 § 1 pkt 2 albo pkt 3, w związku z art. 219 o.p.); 3) przez stwierdzenie braku podstawy prawnej lub rażącego naruszenia prawa na podstawie art. 54 § 3 u.p.s.a.³⁵); 4) przez wydanie prawomocnego wyroku na podstawie art. 145 § 1 pkt 2 u.p.s.a. w związku z art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.); 5) przez wydanie prawomocnego wyroku na podstawie art. 145 § 1 pkt 2 u.p.s.a. w związku z art. 247 § 1 pkt 2 albo 3 o.p.); 6) przez stwierdzenie rażącego naruszenia prawa na podstawie art. 37 § 2 k.p.a.); 7) stwierdzenie rażącego naruszenia prawa na podstawie art. 141 § 2 o.p.); 8) przez prawomocne stwierdzenie rażącego naruszenia prawa na podstawie art. 149 lub art. 154 § 2 u.p.s.a.; 9) przez prawomocne stwierdzenie rażącego naruszenia prawa na podstawie art. 477¹⁴ § 3 k.p.c.); 10) przez prawomocne stwierdzenie braku podstawy prawnej lub rażącego naruszenia prawa na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c.; 11) przez ostateczne stwierdzenie braku podstawy prawnej lub rażącego naruszenia prawa na podstawie art. 81 ust. 3 u.o.k.k.³⁶

³³ Np. w wyroku z 12 lutego 2019 r. (sygn. akt V Ca 537/18) SO w Rzeszowie, oddalając apelację, utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji oddalający powództwo prokuratora (reprezentującego Skarb Państwa), w którym prokurator domagał się pociągnięcia do odpowiedzialności w trybie analizowanej ustawy funkcjonariuszki Policji z uwagi na stwierdzoną przewlekłość w prowadzonym przez nią śledztwie. Sąd drugiej instancji, podobnie jak sąd pierwszej instancji, nie dopatrzył się jednak winy w działaniu policjantki, stwierdzając że „fakt wydania orzeczenia stwierdzającego przewlekłość postępowania nie przesądza automatycznie o winie sędziego, nawet nieumyślnej (...)”. Sąd powołał się tu, na zasadzie analogii, na wyrok SN z 28 lutego 2014 r., sygn. akt SNO 43/13. Należy zgodzić się z zapatrywaniem judykatury, że to przede wszystkim państwo zobowiązane jest do zorganizowania urzędów sposób umożliwiający normalne, prawidłowe wykonywanie obowiązków przez funkcjonariuszy publicznych.

³⁴ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 735).

³⁵ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2325 ze zm.).

³⁶ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 275).

Postępowanie w sprawie o odszkodowanie przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu

Postępowanie przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu, którego działanie z przyczyn opasanych wyżej naraziło Skarb Państwa (j.s.t.) na szkodę, składa się z jednego bądź dwóch etapów. Pierwszą fazę ustawodawca określa mianem postępowania wyjaśniającego. W oparciu o art. 7 ust. 1 u.o.f.m.p. kierownik podmiotu odpowiedzialnego, który wypłacił odszkodowanie, albo kierownik jednostki organizacyjnej podmiotu odpowiedzialnego, która wypłaciła odszkodowanie, składa do prokuratora okręgowego – właściwego ze względu na siedzibę podmiotu odpowiedzialnego – wniosek o przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego. Niezłożenie przedmiotowego wniosku obwarowane jest sankcją w postaci nałożenia grzywny, kary ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3, chyba że zaniechanie miało charakter nieumyślny, wówczas sprawca (kierownik podmiotu odpowiedzialnego) podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności (art. 10 ust. 1 i 2 u.o.m.f.p.).

Do omawianego wniosku należy załączyć: dowód wypłaty odszkodowania (np. potwierdzenie przelewu), stanowiące podstawę tej wypłaty orzeczenie lub ugodę oraz rozstrzygnięcie stwierdzające rażące naruszenie prawa (rzecz jasna ze stwierdzoną prawomocnością) oraz uwierzytelnione kopie posiadanych akt postępowania sądowego lub administracyjnego, w którym zostało wydane to rozstrzygnięcie (art. 7 ust. 2 u.o.f.m.p.).

Jak wskazano, podmiotem, który przeprowadzi postępowanie wyjaśniające jest prokurator, bowiem to on posiada legitymację procesową do wytoczenia intersującego nas powództwa przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu. Celem tegoż postępowania jest ustalenie, czy zostały spełnione przesłanki uzasadniające pozwanie funkcjonariusza o zapłatę w związku ze szkodą wyrządzoną przez niego przy wykonywaniu władzy publicznej z rażącym naruszeniem prawa (art. 7 ust. 3 u.o.f.m.p.).

Postępowanie wyjaśniające toczy się z zastosowaniem *mutatis mutandis* art. 69 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze³⁷. Przepis ten uprawnia prokuratora do żądania (w trybie k.p.a.) nadesłania lub przedstawienia akt oraz dokumentów i pisemnych wyjaśnień, przesłuchiwanie świadków i zasięgania opinii biegłych, a także umożliwia mu przeprowadzenie oględzin, jeśli wymaga tego ochrona praworządności.

Stwierdzenie przez prokuratora, że nie ma podstaw pociągnięcia funkcjonariusza publicznego do odpowiedzialności odszkodowawczej uzasadnia odmowę podjęcia tej czynności (art. 7 ust. 5 u.o.f.m.p.). Należy przyjąć, że nieuzasadniona odmowa prokuratora nie zamyka poszkodowanemu (Skarbowi

³⁷ T.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 66 ze zm.

Państwa lub j.s.t.) prawa do dochodzenia odszkodowania przeciwko funkcjonariuszowi na zasadach ogólnych.

W wypadku stwierdzenia, że istnieją podstawy do wytoczenia powództwa przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu, prokurator ma obowiązek wezwać go na piśmie do dobrowolnego spełnienia świadczenia (wezwanie do zapłaty), w terminie nie krótszym jednak niż 7 dni od dnia otrzymania wezwania (art. 7 ust. 4 u.o.f.m.p.).

W kontekście obowiązku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego należy odnieść się do regulacji art. 8 ust. 2 u.o.f.m.p., w myśl której do złożenia wniosku na podstawie art. 194 lub art. 195 k.p.c. nie jest konieczne prowadzenie postępowania wyjaśniającego w odniesieniu do osoby wskazanej we wniosku. Usytuowanie przepisu (w grupie norm prawnych regulujących postępowanie sądowe) oraz wykładnia systemowa³⁸ wydają się wskazywać na to, że przepis ten odnosi się do sytuacji, gdy dopiero w toku procesu okazuje się, że pozwany funkcjonariusz bądź nie posiada legitymacji procesowej (to inny funkcjonariusz jest sprawcą szkody), bądź że mamy do czynienia z legitymacją procesową o charakterze łącznym (do szkody przyczynił się przykładowo także inni funkcjonariusze). Wówczas, zgodnie z założeniem ustawodawcy, do skutecznego złożenia przez prokuratora lub pozwanego funkcjonariusza (na podstawie art. 194 i 195 k.p.c.) wniosku o wezwanie przez sąd do udziału w postępowaniu – w charakterze pozwanych – innej osoby lub osób, np. funkcjonariusza rzeczywiście winnego powstania szkody (tzw. dopozwanie), nie jest wymagane przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego.

W zakresie wysokości żadanego roszczenia nie ulega wątpliwości, że prokurator (podobnie zresztą jak sąd właściwy do rozpoznania tej sprawy) związany jest granicami żądania, określonymi w art. 9 ust. 1 u.o.f.m.p. Stosownie bowiem do tego przepisu wysokość odszkodowania (niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z winą umyśłą, czy nieumyślną funkcjonariusza) nie może przewyższać kwoty dwunastokrotności miesięcznego wynagrodzenia przysługującego funkcjonariuszowi publicznemu³⁹. Wyznaczona tym samym granica roszczenia z jednej strony stanowi ochronę funkcjonariusza publicznego, jako że jego odpowiedzialność jest ograniczona i może nie pokrywać się ze szkodą

³⁸ Nie podobna zakładać, że mimo stwierdzenia jeszcze na etapie postępowania wyjaśniającego np. braku legitymacji procesowej biernej funkcjonariusza publicznego, prokurator wytacza przeciwko niemu powództwo.

³⁹ Zgodnie z art. 9 ust. 6 u.o.f.m.p., „wynagrodzenie przysługujące funkcjonariuszowi publicznemu, o którym mowa w ust. 1, określa się na dzień działania lub na koniec okresu zaniechania, które spowodowało rażące naruszenie prawa. W przypadku gdy zgodnie ze zdaniem poprzedzającym wynagrodzenie może być określone w różnej wysokości, przyjmuje się wysokość najwyższą. Jeżeli ustalenie wynagrodzenia według zasad określonych w zdaniach poprzedzających nie jest możliwe, wynagrodzenie przysługujące funkcjonariuszowi publicznemu określa się na dzień stwierdzenia rażącego naruszenia prawa, o którym mowa w art. 5 pkt 3, a jeżeli w tym dniu osobie odpowiedzialnej nie przysługuje już wynagrodzenie jako funkcjonariuszowi publicznemu, wynagrodzenie określa się na ostatni dzień, w którym jej ono przysługiwało”.

faktycznie wyrządzoną, przyjmującą przykładowo dużo większe rozmiary. Z drugiej jednak strony odszkodowanie w wysokości dwunastokrotności miesięcznego wynagrodzenia znacząco przekracza granice odpowiedzialności funkcjonariusza, jako pracownika w oparciu o art. 119 k.p.⁴⁰, zgodnie z którym odszkodowanie ustala się w wysokości wyrządzonej szkody, jednak nie może ono przewyższać kwoty trzymiesięcznego wynagrodzenia przysługującego pracownikowi w dniu jej wyrządzenia.

Ustawodawca przewidział także sytuację współzawinienia funkcjonariuszy publicznych – wówczas ponoszą oni odpowiedzialność stosownie do przyczynienia się do rażącego naruszenia prawa i stopnia winy. Jeżeli nie jest możliwe ustalenie stopnia winy i przyczynienia się poszczególnych funkcjonariuszy publicznych do rażącego naruszenia prawa, odpowiadają oni w częściach równych i każdy do dwunastokrotności miesięcznego wynagrodzenia (art. 9 ust. 2 u.o.f.p.). Jeśli zaś kilku funkcjonariuszy publicznych dopuściło się działania lub zaniechania z winy umyślnej, odpowiadają oni solidarnie (art. 9 ust. 5 u.o.f.p.).

Po bezskutecznym upływie tego terminu, postępowanie wkracza w drugą fazę, w której prokurator wnosi przeciwko funkcjonariuszowi pozew do sądu powszechnego. Powództwo prokuratorskie w omawianej kategorii spraw należy zaliczyć do tzw. powództwa na rzecz oznaczonej osoby (art. 55 k.p.c.). W odróżnieniu od tzw. samodzielnego powództwa prokuratorskiego (art. 57 k.p.c.) cechuje je formalny (publicznoprawny)⁴¹ charakter legitymacji procesowej prokuratora, która ma swoje źródło jedynie w przepisach analizowanej ustawy. Rzeczywistą stroną procesu (w znaczeniu materialnym) jest bowiem podmiot stosunku prawnego, którego dotyczyć będzie proces, a zatem Skarb Państwa (j.s.t.). Władcze rozstrzygnięcie sądu nie wywołuje przecież skutku prawnego w sferze prywatnoprawnej prokuratora, który działa tu jedynie jako rzecznik interesu publicznego.

Specyfika tego postępowania, wyrażająca się w formalnej naturze legitymacji prokuratora, wpływa zasadniczo na dopuszczalność dokonywania przez niego czynności dyspozycyjnych (dyspozytywnych)⁴². Wprawdzie szczegółowe omówienie tej dość złożonej materii wykracza poza ramy niniejszego opracowania, warto jednak zasygnalizować, że stosownie do art. 56 § 2 k.p.c. prokurator nie może samodzielnie rozporządzać przedmiotem sporu. Oznacza to – w odniesieniu do takich czynności, jak zawarcie ugody oraz zrzeczenie się roszczenia – że prokurator nie pozostaje autonomiczny i ma obowiązek współdziałać z tzw. rzeczywistą stroną procesu. Jeśli Skarb Państwa (j.s.t.), repre-

⁴⁰ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1320 ze zm.).

⁴¹ Por. postanowienie SN z 3 grudnia 2014 r., sygn. akt IV CSK 365/14, Lex nr 1566730.

⁴² Szerzej na ten temat: A. Franasz, *Dokonywanie czynności dyspozytywnych o charakterze materialnym w procesie z powództwa prokuratora na rzecz oznaczonej osoby*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 9, s. 109–130.

zentowany przez właściwy organy podmiotu odpowiedzialnego, nie wyrazi zgody na jedną ze wymienionych czynności, samodzielne dokonanie jej przez prokuratora jest niedopuszczalne.

Poza omówionymi osobliwościami, interesujący nas proces jako „klasyczna” sprawa cywilna toczy się, jak stanowi art. 8 ust. 1 u.o.f.p., według przepisów k.p.c. Właściwość rzeczową sądu wyznacza wartość przedmiotu sporu, stąd jeśli wysokość roszczenia nie przekracza 75 000 zł, sprawę rozpoznaje sąd rejonowy, jeśli zaś będzie ona wyższa niż powołana kwota – właściwy będzie sąd okręgowy (art. 16 § 1 oraz art. 17 pkt 4 k.p.c.). Odnośnie zaś do właściwości miejscowej sądu, zgodnie z art. 27 § 1 w zw. z art. 35 w zw. z art. 31 § 1 k.p.c., sprawę rozstrzygnie sąd, w którego okręgu pozwany ma miejsce zamieszkania, bądź w pewnych wypadkach⁴³ sąd, w którego okręgu nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę (powództwo o roszczenie z czynu niedozwolonego). Postępowanie dowodowe toczy się według przepisów k.p.c. o dowodach (art. 227–315 k.p.c.), zaś wyrok, biorąc pod uwagę specyfikę legitymacji procesowej prokuratora, ma powagę rzeczy osądzonej pomiędzy stroną, na rzecz której prokurator wytoczył powództwo, czyli Skarbem Państwa lub j.s.t. a stroną przeciwną (art. 58 k.p.c.).

Uwagi końcowe

W konkluzji warto podkreślić, że istotną wadą ustawy wydaje się być ograniczenie odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za szkodę jedynie do wykonywania władzy publicznej w postaci udziału w prowadzeniu sprawy rozstrzyganej w drodze decyzji lub postanowienia organu administracji publicznej (art. 2 ust. 1 u.o.m.f.p.). Tymczasem, jak trafnie wskazuje się w literaturze przedmiotu, władzę publiczną wykonuje się także poprzez wydawanie aktów normatywnych lub podejmowanie przez funkcjonariuszy czynności o charakterze materialno-technicznym⁴⁴. Aktywność funkcjonariuszy publicznych w tej sferze, choć potencjalnie może wywołać istotną szkodę, z niezrozumiałych przyczyn została pominięta przez ustawodawcę. Stąd postuluje się zmianę w tym zakresie, przez objęcie przesłankami odpowiedzialności interesujących nas podmiotów wszelkie – niezgodne z prawem – działania będące emanacją władzy publicznej.

⁴³ W doktrynie przyjmuje się, że charakter prawny odpowiedzialności uregulowanej przedmiotową ustawą jest mieszany, tj. funkcjonariusze publiczni – w rozumieniu osób działających w charakterze organu administracji publicznej lub z jego upoważnienia, członków kolegiального organu administracji publicznej – ponoszą odpowiedzialność deliktową; pozostałe osoby (tj. wykonujące w urzędzie organu administracji publicznej pracę w ramach stosunku pracy, stosunku służbowego lub umowy cywilnoprawnej), biorące udział w prowadzeniu sprawy rozstrzyganej w drodze decyzji lub postanowienia przez taki organ – umowną. Tak: B. Rakoczy, op. cit.

⁴⁴ A. Bielska-Brodziak, op. cit.

Wykaz literatury

- Bagińska E., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Bagińska E., [w:] E. Bagińska, J. Parchomiuk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza w administracji*, seria: System Prawa Administracyjnego, t. 12, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Bielska-Brodziak A., *Odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa. Komentarz*, 2011, Lex.
- Dzienis P., *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Etel L., [w:] R. Dowgier, G. Liszewski, B. Pahl, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, W. Stachurski, K. Teszner, L. Etel, *Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Franusz A., *Dokonywanie czynności dyspozytywnych o charakterze materialnym w procesie z powództwa prokuratora na rzecz oznaczonej osoby*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 9.
- Frąckowiak J., *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone wydaniem prawomocnego orzeczenia lub ostatecznej decyzji*, „Actas Universitatis Wratislaviensis (Prawo)” 2009, nr 3161.
- Huchla A., [w:] H. Dzwonkowski, C. Kosikowski, A. Huchla, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. trzecie, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2003.
- Olejniczak A., [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014, Lex.
- Plaźek S., *Szczególna odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych według ustawy o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*, „Finanse Komunalne” 2011, nr 10.
- Rakoczy B., *Ustawa o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Safjan M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, LexisNexis, Warszawa 2009.
- Skoczyła J.J., *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez władzę publiczną*, LexisNexis, Warszawa 2005.
- Sitek B., *Ewolucja odpowiedzialności za sprzedajność (concessio) w prawie rzymskim*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 21.
- Staniszewska L., *Odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa za szkody wyrządzone wydaniem prawomocnego orzeczenia sądowego – ocena nowelizacji*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 7.
- Szczepaniak J., *Odpowiedzialność odszkodowawcza jednostek samorządu terytorialnego*, LexisNexis, Warszawa 2001.
- Szpunar A., *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1985.

Summary

The liability of public officials for damage caused by the unlawful exercise of power

Keywords: civil law, public official, public prosecutor, liability for damage, the State Treasury, unlawful exercising of the public authority.

This article is dedicated to the issue of the liability of public officials, who grossly violated the law when exercising the power (public authority), which results in damage redressed by one's demand by the State Treasury or municipal entities. The abovementioned liability is the subject matter of the Law of 20 January the 20th, 2011 on the liability of public officials for a severe breach of the law. The aim of the legislation was to protect the public budgets, after all, The State Treasury or an entity of local government which – under law exercises public authority – are liable for the damage inflicted by an illegal act or omission committed while exercising the public authority. The law seems to enhance awareness of public officials, because – mindful of inevitable liability – they should be more concerned about lawfully exercising their power.

The paper presents the origins of liability of public officials in the Polish legal system and includes procedural matters regarding the lawsuit initiated by public prosecutors against public officials for the benefit of the State Treasury or municipal entities.

Hanna Frąckowiak

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-0571-8372

hanna.frackowiak@uwm.edu.pl

Załącznik do protokołu w postępowaniu cywilnym – martwa instytucja czy skuteczne narzędzie w rękach pełnomocników procesowych?

Uwagi wstępne

Jeszcze do niedawna za prawdziwe uznać należało stwierdzenie Zygmunta Fenichela, wyrażone w okresie obowiązywania Kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r., który – odnosząc się do dzielnicy małopolskiej¹ – stwierdził, że „sądy rzadko żądają załączników, a również adwokaci niechętnie się nimi posługują. Sądy uważają, że obowiązkiem ich jest zająć się treścią i formą protokołu, pełnomocnicy zaś sami niechętnie składają załączniki, gdyż uważają, że mogłoby to oznaczać votum nieufności dla sędziego”².

Praktyka pokazuje, że obecnie załączniki do protokołu składane są coraz częściej, a w poważniejszych, skomplikowanych i wielowątkowych procesach stają się może nie regułą, ale na pewno znajdują szerokie zastosowanie. Już Jerzy Jodłowski, komentując taki stan rzeczy na terenach byłego zaboru rosyjskiego, stwierdził, że „dzieje się to niewątpliwie dlatego, że forma załączników do protokołu posiada cały szereg cech dodatnich tak dla stron, jak i dla sądu”³.

Niewątpliwie we współczesnym procesie cywilnym, pomimo jego ustności, aktualna jest zasada *verba volant, scripta manent* oraz *quod non est in actis*,

¹ Zupełnie inaczej uprawnienie do składania załącznika do protokołu realizowane było na terenie byłego zaboru rosyjskiego. J. Jodłowski podaje, że na tym terenie załączniki znajdowały „szerokie i chętne zastosowanie” – J. Jodłowski, *Załącznik do protokołu według kodeksu postępowania cywilnego*, „Polski Proces Cywilny” 1936, nr 14–15, s. 432.

² Z. Fenichel, *Protokół sądowy według kodeksu postępowania cywilnego (dokończenie)*, „Polski Proces Cywilny” 1935, nr 20–21, s. 660.

³ J. Jodłowski, op. cit., s. 433.

non est in mundo, a skoro tak, to w interesie samych stron leży, aby wszystkie ich wnioski, oświadczenia, wywody i argumentacje utrwalone były na piśmie⁴.

Niejednokrotnie zdarzało się jednak, że treść protokołu pisemnego nie odzwierciedlała rzeczywistego przebiegu rozprawy, treść zeznań świadków odnotowywana była skrótowo, spontaniczność i emocje wyrażane w wypowiedzi uniemożliwiały wierne spisanie wypowiedzianych słów, a czas przeznaczony na rozprawę również nie sprzyja możliwości dokładnego odtworzenia jej przebiegu. W związku z powyższym, podczas spisywania protokołu przewodniczący często zmuszony był przerywać wypowiedź przesłuchiwanego lub ją modyfikować, a nawet skracać w celu dokonania zapisu. Mimo istnienia mechanizmów zabezpieczających wiarygodność spisanego protokołu zawartych w przepisie art. 160 Kodeksu postępowania cywilnego⁵ (dalej jako k.p.c.) a dotyczących możliwości sprostowania lub uzupełnienia protokołu, ustawodawca widział jednak potrzebę dostosowania tej formy utrwalania przebiegu rozprawy do postępującej informatyzacji postępowania.

Wynikiem tego było wprowadzenie ustawą z dnia 29 kwietnia 2010 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego⁶ formy protokołu elektronicznego, sporządzanego za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk.

W uzasadnieniu projektu ww. ustawy wskazano, że właściwe utrwalenie czynności procesowej jest niezbędne do jej należytego udokumentowania w aktach sprawy oraz do oceny prawidłowości przeprowadzonego postępowania, zwłaszcza w ramach postępowania odwoławczego lub wywołanego wskutek wniesienia skargi o wznowienie postępowania⁷.

Z założeń noweli z 2010 r. wynika, że przewodniczący ma być zwolniony z konieczności dyktowania protokolantowi treści protokołu, co w zamyśle jej autorów zapewnić miało mu pełną percepcję oraz przyczynić się do skrócenia czasu trwania posiedzenia⁸.

W związku z powyższym większość problemów związanych z niedokładnością protokołu pisemnego powinna stracić na aktualności, niemniej jednak art. 157 § 1¹ k.p.c. stanowi, że jeżeli ze względów technicznych utrwalenie przebiegu posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk nie jest możliwe, protokół jest sporządzany wyłącznie pisemnie, pod kierunkiem przewodniczącego, zgodnie z art. 158 § 2 k.p.c.

Praktyka jednak pokazuje, że protokoły pisemne nadal są sporządzane, przewodniczący w większości przypadków dyktują treść protokołu protokolant-

⁴ Ibidem.

⁵ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1575.

⁶ Dz.U. z 2010 r., Nr 108, poz. 684.

⁷ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 29 kwietnia 2010 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego, druk sejmowy nr 2870.

⁸ Ibidem.

towi, zeznający świadkowie i strony zmuszani są do dostosowania się swą wypowiedzią do tempa pracy protokolanta, w wyniku czego założenie skrócenia czasu trwania posiedzenia nie zostało do końca osiągnięte.

Z uwagi na fakt, że z posiedzenia sporządza się protokół elektroniczny, a jednocześnie pod kierunkiem przewodniczącego protokolant spisuje jego przebieg, to mimo wszystko protokołem w rozumieniu przepisów Kodeksu jest zapis dźwięku lub obrazu i dźwięku, a tym samym możliwość jego sprostowania w trybie nie jest możliwa (art. 160 § 2 k.p.c.).

Niejednokrotnie też strony nie są w stanie, z uwagi na ograniczenia czasowe i organizacyjne posiedzenia, przedstawić swoich wywodów, oświadczeń i wniosków w sposób wyczerpujący, podpierając się stosowymi argumentami zawartymi w literaturze i orzecznictwie. Stąd instytucja procesowa, jaką jest załącznik do protokołu, acz „drobna i mniej ważna” – jak określa ją J. Jodłowski – może stać się w wielu przypadkach cenną pomocą tak dla stron, jak i dla samego sądu⁹.

Przepis art. 161 k.p.c. stanowi bowiem, że w toku posiedzenia wnioski, oświadczenia, uzupełnienia i sprostowania wniosków i oświadczeń można zamieścić w załączniku do protokołu. Jeżeli stronę zastępuje adwokat, radca prawny, rzecznik patentowy lub Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej, przewodniczący może zażądać złożenia takiego załącznika w wyznaczonym terminie.

Podmioty uprawnione do złożenia załącznika

Treść przepisu art. 161 k.p.c. nie wskazuje bezpośrednio podmiotów uprawnionych do złożenia załącznika do protokołu, stanowiąc bezosobowo, że „w toku posiedzenia (...) można zamieścić w załączniku do protokołu”. Dopiero zdanie drugie art. 161 k.p.c. wskazuje na strony jako te podmioty, które uprawnione są do skorzystania z tej instytucji. Niemniej jednak zarówno doktryna, jak i orzecznictwo, kierując się wykładnią celowościową i historyczną, zgodne są co do tego, że podmiotowe prawo do złożenia załącznika przysługuje nie tylko stronom postępowania rozumianym *sensu stricto*, ale wszystkim osobom biorącym udział w postępowaniu, które zajmują pozycję analogiczną do pozycji strony¹⁰. Tak więc prawo to przysługuje również uczestnikom postępowania

⁹ J. Jodłowski, op. cit., s. 433

¹⁰ Ibidem, s. 434; E. Stefańska, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: Art. 1–477(16), 2021, Lex, komentarz do art. 161 k.p.c., nb. 2, 3; J. Gudowski, M. Jędrzejewska, [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Postępowanie rozpoznawcze*, 2016, Lex, komentarz do art. 161 k.p.c., nb. 2; I. Gromska-Szuster, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1: *Artykuły 1–366*, Warszawa 2013, s. 540.

nieprocesowego, uczestnikom postępowania egzekucyjnego¹¹, interwenientowi ubocznemu, prokuratorowi, Rzecznikowi Praw Obywatelskich, Rzecznikowi Praw Dziecka, organizacjom pozarządowym, inspektorowi pracy, rzecznikowi praw konsumentów, pełnomocnikom, przedstawicielom ustawowym, kuratorom ustanowionym w trybie art. 69 k.p.c., czy syndykowi¹².

Funkcja i zakres przedmiotowy załącznika

Strony i inni uczestnicy postępowania mają prawo do swobodnej wypowiedzi podczas rozprawy. Wypowiedzi te, zawierające wnioski, twierdzenia, oświadczenia, uzupełnienia i sprostowania wniosków oraz uzupełnienia i sprostowania oświadczeń, muszą znaleźć się w protokole. Mogą jednak zostać przez stronę ubrane w formę pisemną w postaci załącznika do protokołu, złożonego na podstawie uprawnienia zawartego w art. 161 k.p.c.¹³

Treścią załącznika do protokołu mogą być tylko enuncjacje pochodzące od samej strony, nie zaś inne momenty z przebiegu posiedzenia. Oznacza to, że w załączniku nie można zamieszczać oświadczeń i wniosków strony przeciwnej, świadków czy biegłych¹⁴. Nie mogą się w nim znaleźć również uzupełnienia wniosków czy oświadczeń wskazanych wyżej podmiotów, jednakże strona może się co do tych wniosków lub oświadczeń swobodnie wypowiedzieć¹⁵.

Andrzej Zieliński twierdzi, że skoro ustawodawca nie sprecyzował pojęcia oświadczeń i wniosków, to przyjąć należy, że treścią załącznika do protokołu mogą być każde wnioski i oświadczenia, jeśli tylko ustawa nie przewiduje dla nich określonej formy procesowej¹⁶.

Skoro tak, to nie ma formalnych przeszkód, by załącznik do protokołu zawierał opozycję przeciwko wstąpieniu do sprawy interwenienta ubocznego (art. 78 k.p.c.), spis kosztów, oświadczenie o rozszerzeniu lub zmianie żądania

¹¹ Komornik zobowiązany jest zamieścić w załączniku do sporządzonego protokołu składane przez strony i uczestników postępowania egzekucyjnego wnioski i oświadczenia oraz uzupełnienia wniosków i oświadczeń, dotyczących dokonywanych czynności lub ich treści. W razie zastępstwa realizowanego przez osoby, o których mowa w art. 161 zd. 2 k.p.c., komornik może zażądać złożenia takiego załącznika w wyznaczonym terminie (art. 161 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.). Tak: W. Tomalak, *Status ustrojowy i procesowy komornika sądowego*, Warszawa 2014, s. 292.

¹² Tak: A. Zieliński, *Załącznik do protokołu posiedzenia sądu – art. 161 KPC*, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 3, s. 28; E. Rudkowska-Ząbczyk, [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, 2021, Legalis, komentarz do art. 161 k.p.c., nb. 3

¹³ M.G. Plebanek, *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012, s. 385.

¹⁴ Tak: J. Jodłowski, op. cit., s. 436, A. Zieliński, op. cit., s. 33, por. wyrok SO w Olsztynie z 30 maja 2018 r., sygn. akt IX Ca 32/18, Lex nr 2506639, wyrok SA w Łodzi z 30 października 2013 r., sygn. akt I ACa 527/13, Lex nr 1391950,

¹⁵ Por. J. Gudowski, M. Jędrzejewska, op. cit., nb. 2.

¹⁶ A. Zieliński, op. cit., s. 33, tak również: J. Jodłowski, op. cit., s. 437.

pozwu, zgłaszane w obecności pozwanego (art. 193 § 3 k.p.c.) oraz wszystkie te wnioski i oświadczenia, jakie zgłaszać można na posiedzeniu sądowym, a dla jakich ustawa nie przewiduje specjalnej formy (np. art. 210 k.p.c., 212 k.p.c.)¹⁷.

Odwolując się do powszechnie przyjmowanej w orzecznictwie i piśmiennictwie wykładni przepisu art. 161 k.p.c. i roli załącznika do protokołu, należy zwrócić uwagę, że przepis ten stanowi wprost o możliwości zamieszczenia w załączniku „uzupełnienia”. Nie powinno ulegać wątpliwości, że pod tym określeniem kryje się przewidziane w art. 205¹² § 2 k.p.c. prawo strony do przytaczania aż do zamknięcia rozprawy twierdzeń i dowodów na uzasadnienie swoich wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej¹⁸. Trzeba jednak pamiętać, że załącznik do protokołu nie ma znaczenia autonomicznego; jego rola jest pomocniczą w stosunku do obowiązującej zasady ustności rozprawy. Nie może więc zawierać treści samodzielnych, lecz powinien ograniczać się do zreferowania i streszczenia bądź rozwinięcia i doprecyzowania ustnych wywodów i wniosków przedstawionych uprzednio na rozprawie¹⁹.

W ramach załącznika do protokołu nie można więc podnosić zastrzeżeń, które w trakcie rozprawy w ogóle nie zostały zgłoszone²⁰. Załącznik jest bowiem częścią protokołu posiedzenia i ma na celu uzupełnienie jego treści o bardziej precyzyjne i pełniejsze przedstawienie wniosków (wywodów, konkluzji) oraz oświadczeń (twierdzeń i wypowiedzi) strony składającej załącznik. Jego treść musi mieć związek z wypowiedziami autora załącznika złożonymi na posiedzeniu, którego dotyczy²¹.

Obecnie bezsporna pozostaje również możliwość zamieszczania w załączniku do protokołu wywodów prawnych²². Mając na uwadze treść przepisu art. 210 k.p.c. oraz *ratio legis* przepisu art. 161 k.p.c.²³, uznać należy, że brak jest jakichkolwiek podstaw do ograniczania stronie podmiotowego prawa do

¹⁷ J. Jodłowski, op.cit. s. 437.

¹⁸ Wyrok SO w Olsztynie z 30 listopada 2016 r., sygn. akt IX Ca 693/16, Lex nr 2171507.

¹⁹ Wyrok SN z 13 listopada 2003 r., sygn. akt I CK 229/02, Biul. SN 2004/4/9, wyrok SA w Białymstoku z 16 lipca 2018 r., sygn. akt I Aga 91/18, Lex nr 2564330, wyrok SO w Olsztynie z 30 maja 2018 r., sygn. akt IX Ca 32/18, Lex nr 2506639.

²⁰ Wyrok SA w Warszawie z 9 lutego 2017 r., sygn. akt I ACa 2285/15, Lex nr 2348592.

²¹ Wyrok SA w Łodzi z 30 października 2013 r., sygn. akt I ACa 527/13, Lex nr 1391950, wyrok SA w Szczecinie z 29 września 2014 r., sygn. akt I ACa 476/14, Lex nr 1587348, wyrok SR w Gdyni z 16 października 2017 r., sygn. akt VI GC 2095/16, Lex nr 2380458.

²² Por. Z. Fenichel, op. cit., s. 659.

²³ Załącznik do protokołu „dopuszczony został przez ustawodawcę niewątpliwie po to, by, wobec niemożliwości osiągnięcia w praktyce idealnej dokładności protokołu, dać stronom możliwość utrwalenia na piśmie maximum z tego, co miało miejsce w rzeczywistości i co przez strony ustnie na posiedzeniu wypowiedziane zostało. Jeśli więc wywody prawne składane być mogą przez strony przed sądem w drodze ustnych oświadczeń, a załącznik do protokołu ma być, tak jak i protokół sądowy, pisemnym śladem tych momentów, jakich dostarczyła ustna rozprawa, to tem samem wywody prawne mogą być treścią załącznika” – J. Jodłowski, op. cit., s. 438.

obrony swoich interesów poprzez wyodrębnienie z dopuszczalnej treści załącznika do protokołu wywodów prawnych²⁴.

Podsumowując przedstawione powyżej stanowisko oraz orzeczenia Sądu Najwyższego i sądów powszechnych oraz mając na uwadze praktyczny wymiar przepisu art. 161 k.p.c. i funkcje, jakie przepis ten ma pełnić, należy stwierdzić, że załącznik do protokołu może w szczególności zawierać pełniejsze wywody prawne przedstawione na posiedzeniu, poparte stanowiskiem doktryny i judykatury, doprecyzowanie tez dowodowych i wniosków, jakie zostały złożone na posiedzeniu oraz odniesienie się do twierdzeń i wywodów innych uczestników postępowania, którego załącznik dotyczy²⁵.

Istotny jest jednak fakt, że załącznik zawiera treści pozbawione charakteru dowodu w rozumieniu art. 227 k.p.c.²⁶ Przez oświadczenia strony rozumieć więc należy tylko oświadczenia składane przez nią w charakterze podmiotu procesu, a nie w charakterze dowodowym. Treść zeznań strony złożonych w trybie art. 299 k.p.c. nie może być zamieszczana przez nią w oddzielnym załączniku i dołączana do protokołu²⁷.

Do czasu wejścia w życie noweli Kodeksu postępowania cywilnego z 2010 r., wprowadzającej protokół elektroniczny, doktryna stała na stanowisku, że w treści załącznika do protokołu może się również znaleźć wnioszek o sprostowanie lub uzupełnienie protokołu²⁸. W świetle jednak definitywnego brzmienia przepisu art. 160 § 2 k.p.c. pogląd ten jest aktualny jedynie w sytuacji, gdy z przyczyn technicznych utrwalenie przebiegu posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk nie jest możliwe, a protokół sporządzany jest wyłącznie pisemnie (art. 157 § 1¹ k.p.c.) lub w razie przerwania zapisu bądź zapisu nieczytelnego.

Forma załącznika

Jak twierdzi A. Zieliński, forma załącznika do protokołu zależna jest wyłącznie od strony go sporządzającej²⁹. Jednak należy założyć, że mówiąc o dowolności formy, autor miał na myśli wymogi formalne, albowiem przyjął,

²⁴ Tak również: A. Zieliński, op. cit., s. 34–35.

²⁵ Por. I. Gromska-Szuster, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), op. cit., s. 540.

²⁶ A. Zieliński, [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 328.

²⁷ Wypowiedzi składane podczas przesłuchania stron nie są więc oświadczeniami w rozumieniu przepisu art. 161 k.p.c., w związku z powyższym w załączniku do protokołu nie można uzupełniać lub prostować zeznań złożonych w trakcie przeprowadzonego dowodu z przesłuchania stron. Por. J. Jodłowski, op. cit. s. 437; E. Stefańska, [w:] M. Manowska (red.), op. cit., komentarz do art. 161 k.p.c. nb. 2; J. Gudowski, M. Jędrzejewska, [w:] T. Ereciński (red.), op. cit., nb. 2.

²⁸ Tak: A. Zieliński, *Załącznik do protokołu...*, s. 35; J. Jodłowski, op. cit., s. 439.

²⁹ A. Zieliński, *Załącznik do protokołu...*, s. 30

jak większość przedstawicieli doktryny³⁰, że jego uzewnętrznioną formą będzie pismo. Mając na uwadze fakt, że poczynając od 1 lipca 2010 r. protokół sporządzany jest w formie audio lub audiowizualnej, rozważenia wymaga, czy załącznik do protokołu, który stanowić ma jego uzupełnienie, jego immanentną część, nie miałby przybrać formy elektronicznej? Jakkolwiek taka forma załącznika do protokołu stoi w sprzeczności z dotychczasowym jego postrzeganiem jako utrwalonych na piśmie wniosków i oświadczeń, to jednak z punktu widzenia przepisów dotyczących protokołu rozprawy oraz braku ograniczeń co do formy załącznika w samych przepisach art. 161 k.p.c. wydaje się być dopuszczalna. W opozycji do powyższego stać może jednak konieczność podpisania załącznika do protokołu, o czym w dalszej części opracowania.

Powracając jednak do dotychczas obowiązującej, klasycznej i znajdującej praktyczny wymiar pisemnej formy załącznika, uznać należy, iż w doktrynie panuje jednolity pogląd, że mimo swej pisemności, załącznik do protokołu nie jest pismem procesowym (w tym pismem przygotowawczym)³¹. Załącznik do protokołu nie może zastępować funkcji pism procesowych, których celem jest uzewnętrznienie wniosków i oświadczeń składanych poza rozprawą. Załączniki nie mogą również zastępować pism przygotowawczych, a tym samym służyć omijaniu rygorów wynikających z kontroli sądu (przewodniczącego) nad możliwością, przedmiotem i terminem ich składania (por. art. 127 w zw. z art. 205³ k.p.c.)³².

Mimo że załącznik nie musi przyjmować sformalizowanej formy, o której mowa w art. 126 k.p.c., to zasadnym wydaje się jego zatytułowanie. Brak bowiem jednoznacznego określenia złożonego pisma, jako załącznika do protokołu, może wywołać uzasadnione wątpliwości sądu co do dopuszczalności złożenia pisma procesowego wbrew dyspozycji art. 205³ § 2 zd. 2 w zw. z art. 205³ § 5 k.p.c. lub wezwanie strony do uzupełnienia pisma w trybie art. 130 k.p.c. pod rygorem jego zwrotu. Jeśli załącznik składany jest poza posiedze-

³⁰ J. Gudowski, M. Jędrzejewska, [w:] T. Ereciński (red.), op. cit., nb. 2; E. Stefańska, [w:] M. Manowska (red.), op. cit., komentarz do art. 161 k.p.c. nb. 2; J. Parafianowicz, [w:] O. Piaskowska (red.) *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz aktualizowany*, 2020 Lex, komentarz do art. 161 k.p.c. nb. 1 i 2; K. Markiewicz, [w:] T. Szancilo (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–505*³⁹, 2019, Legalis, komentarz do art. 161 k.p.c., nb. 1, tak również: SN w wyroku z 17 maja 2012 r., sygn. akt I PK 179/11, Lex nr 1219491.

³¹ E. Stefańska, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–505*³⁷, Warszawa 2011, s. 322; R. Kułski, [w:] A. Marciniak, K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–366*, Warszawa 2016, s. 639; M. Jędrzejewska (aktualizacja J. Gudowski), [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016, s. 882; M. Sorysz, [w:] A. Góra-Błaszczkowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–729*, Warszawa 2013, s. 447; J. Bodio, [w:] A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1: *Komentarz do art. 1–729*, Warszawa 2017, s. 292; K. Kołakowski, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1–366*, t. 1, Warszawa 2010, s. 816; M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1: *Komentarz do artykułów 1–505*¹⁴, Warszawa 2007, s. 296.

³² M. Jędrzejewska (aktualizacja J. Gudowski), [w:] T. Ereciński (red.), op.cit., s. 882.

niem, powinien również zawierać sygnaturę akt oraz wskazywać, o jaki konkretnie protokół posiedzenia chodzi.

Nie ma natomiast zgody co do obowiązku podpisania załącznika do protokołu. A. Zieliński, wskazując jednocześnie, że Leon Peiper³³, J. Jodłowski³⁴ oraz Maria Jędrzejewska³⁵ zdecydowanie opowiedzieli się za obowiązkiem podpisania załącznika przez jego autora³⁶, rozróżnia dwie sytuacje, które związane są z czasem składania takiego załącznika³⁷: 1) jeżeli załącznik do protokołu jest składany przez stronę na posiedzeniu, to jego podpisanie nie jest konieczne, bo nie zajdzie wątpliwość co do jego autorstwa, 2) jeśli zaś uprawniony składa załącznik do protokołu poza posiedzeniem, wtedy winien go podpisać³⁸.

Przyjęcie konieczności podpisania załącznika może budzić wątpliwości co do możliwości zastosowania elektronicznej jego formy. Jeśli bowiem podpis rozumieć ściśle, to brak możliwości jego złożenia na takim załączniku wyklucza elektroniczną jego formę. Jeśli zaś przyjąć, że podpis ma na celu tylko możliwość zidentyfikowania autora załącznika, to strona, poprzez chociażby podanie swoich danych osobowych na nagraniu, mogłaby być łatwo zidentyfikowana. Zdaniem autorki niniejszego opracowania ostatecznie z przedstawionych rozwiązań w zestawieniu z brakiem uregulowań co do samej formy załącznika do protokołu uznać należy za trafne.

Sąd Najwyższy w wyroku z 17 maja 2012 r. stwierdził również, że mimo pisemnej formy, załącznik do protokołu nie jest pismem procesowym, a więc nie musi spełniać wymagań określonych w art. 126 i 128 k.p.c. Nie jest więc konieczne składanie jego odpisów. Z poglądem dotyczącym braku obowiązku składania odpisów zgadzają się w zasadzie wszyscy komentatorzy³⁹. Jeżeli jednak załącznik do protokołu składa adwokat, to ze Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej) wynika, że winien to zrobić wraz z odpisem dla strony przeciwnej⁴⁰. Analogicznie zagadnienie to regulował § 47 Kodeksu etyki radcy prawnego⁴¹, który stanowił, że radca prawny obowiązany jest przestrzegać lojalności i koleżeństwa wobec wszystkich członków samorządu. W razie gdy radca prawny zamierza złożyć na rozprawie pismo procesowe, powinien to uczynić, o ile jest to możliwe, na początku rozprawy, a jego

³³ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego (część pierwsza)*, t. 1, Kraków 1934, s. 414.

³⁴ J. Jodłowski, op. cit. s. 443.

³⁵ M. Jędrzejewska, *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, Warszawa 1989, s. 264.

³⁶ Tak: E. Stefańska, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego...*, 2011, s. 322; R. Kulski, op. cit., s. 639; M. Jędrzejewska (aktualizacja J. Gudowski), [w:] T. Ereciński (red.), op. cit., s. 882; M. Sorysz, op. cit., s. 447; J. Bodio, op. cit., s. 292; K. Kołakowski, op. cit., s. 816; M. Uliasz, op. cit., s. 296.

³⁷ A. Zieliński, *Załącznik do protokołu...*, s. 31.

³⁸ Ibidem, s. 31–32; por. również: A. Zieliński (red.), op. cit., s. 328.

³⁹ J. Parafianowicz, op. cit., nb. 2; K. Markiewicz, op. cit., nb. 2.

⁴⁰ A. Zieliński, *Załącznik do protokołu...*, s. 31; tak również: J. Parafianowicz, op. cit., nb. 3.

⁴¹ Uchwała nr 45 /VI/2004 Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 31 marca 2004 r.

odpis doręczyć jak najwcześniej przeciwnikowi w procesie, zaś w przypadku składania załącznika do protokołu, dołączyć również odpis dla strony przeciwnej. Obecna treść Kodeksu etyki radcy prawnego nie obliguje członków samorządu do składania odpisu załącznika do protokołu również dla strony przeciwnej⁴². Można jednak przyjąć, że obowiązek ten mieści się w szerokim pojęciu koleżeństwa, o którym mowa w art. 50 Kodeksu etyki radcy prawnego.

Kontrola treści załącznika

Jakkolwiek wszyscy przedstawiciele doktryny zgadzają się z tym, że załącznik do protokołu nie może zawierać treści wykraczających poza ramy oświadczeń i wniosków złożonych na posiedzeniu, którego dotyczy, to co do konsekwencji zawarcia w załączniku elementów, które nie odpowiadają ustawowym przesłankom zawartym w art. 161 k.p.c., już zgodności nie ma.

Słusznie zauważa J. Jodłowski, że gdyby sąd uwzględnił zamieszczone w załączniku wnioski i oświadczenia, które nie znalazły swojego odzwierciedlenia w uprzednim posiedzeniu, naruszyłby zarówno zasadę ustności postępowania, jak i zasadę równości stron. Skoro załącznik może być składany bez odpisów dla strony przeciwnej, to taki stan rzeczy godziłby w jej interes. Strona przeciwna, nie słysząc na rozprawie i nie znając w ogóle wniosków i oświadczeń zawartych w załączniku do protokołu, a nie przytoczonych na posiedzeniu, byłaby pozbawiona możliwości wypowiedzenia się co do nich i podjęcia ewentualnie skutecznej obrony. Uwzględniając treść załącznika do protokołu sprzeczną z rzeczywistym przebiegiem rozprawy, sąd naruszyłby również zasadę bezpośredniości postępowania⁴³.

W takim przypadku, zdaniem J. Jodłowskiego, przewodniczący powinien nie tylko pominąć i nie uwzględnić treści załącznika wykraczającej poza ramy rozprawy, lecz również wyraźnie stwierdzić, że niezgodność taka zachodzi. Przewodniczący powinien zwrócić się do strony o zmianę treści załącznika, a w razie niezastosowania się do tego odnotować w protokole fakt złożenia załącznika z nadmienieniem, że jego część nie odpowiada przebiegowi rozprawy i treści składanych na niej przez stronę wniosków i oświadczeń, a w razie dalej idących niezgodności, powinien odmówić przyjęcia⁴⁴ takiego załącznika i zwrócić go stronie⁴⁵.

⁴² Załącznik do uchwały nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 22 listopada 2014 r. Kodeks etyki radcy prawnego.

⁴³ J. Jodłowski, op. cit., s. 440.

⁴⁴ Tak: E. Stefańska, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego...*, 2011, komentarz do art. 161 k.p.c., nb. 2.

⁴⁵ J. Jodłowski, op. cit., s. 440 i nast.; tak również: J. Gudowski, M. Jędrzejewska, [w:] T. Ereciński (red.), op. cit., nb. 3; I. Gromska-Szuster, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), op. cit., nb. 7; M. Sorysz, op. cit., s. 446.

A. Zieliński zaś uznaje, że złożenie załącznika do protokołu należy do wyłącznych atrybutów dyspozytywnych strony i nie może podlegać ingerencji sądu. W związku z powyższym ani sąd, ani przewodniczący nie są uprawnieni do zwrotu stronie załącznika do protokołu, nie znajdzie tu bowiem zastosowania przepis art. 130 k.p.c. W takiej sytuacji przewodniczący powinien dokonać stwierdzenia, czy treść załącznika odpowiada rzeczywistemu przebiegowi posiedzenia, a jeśli nie, to winien to odnotować. Zgodnie z przepisem art. 158 § 3 k.p.c., protokół sporządzony pisemnie podpisują przewodniczący i protokolant. Wszelkie zaś sprostowania i uzupełnienia treści protokołu sporządzonego pisemnie należy omówić w końcowej części protokołu przed jego podpisaniem albo w osobnej uwadze podpisanej przez protokolanta i przewodniczącego posiedzenia (§ 173 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2019 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych⁴⁶)⁴⁷. W związku z powyższym, w razie niepoprawienia formy załącznika do protokołu przez stronę, przewodniczący ma obowiązek taki załącznik przyjąć, czyniąc jednak stosowną notatkę dotyczącą rozbieżności, na podstawie wskazanych wyżej przepisów. Na uwagę zasługuje jednak fakt, że uprawnienie do sporządzenia stosownej notatki przez przewodniczącego możliwe jest jedynie w razie sporządzania protokołu w formie pisemnej. Protokół elektroniczny tej procedurze bowiem nie podlega.

Ewa Stefańska twierdzi, że jeżeli załącznik nie spełnia wymaganych kryteriów, przewodniczący jest uprawniony do odmowy jego przyjęcia⁴⁸.

Irena Gromska-Szuster, opowiadając się za uprawnieniem przewodniczącego do odmowy przyjęcia załącznika do protokołu, jeśli ten nie odpowiada rzeczywistemu przebiegowi posiedzenia, i zwrócenia go stronie, stwierdza, że wniosek taki oparty jest na brzmieniu przepisu art. 207 § 7 k.p.c. dotyczącego zwrotu pisma przygotowawczego przez przewodniczącego⁴⁹. Na uwagę zasługuje fakt, że art. 207 k.p.c. z dniem 7 listopada 2019 r. został uchylony⁵⁰, a regulacje dotyczące pism przygotowawczych znalazły się w przepisie art. 205³ k.p.c., którego § 5 dotyczy zwrotu przez przewodniczącego pisma przygotowawczego złożonego bez zarządzenia. Jednakże poglądy dominujące w piśmiennictwie, których oparcie stanowiła wykładnia uchylonego przepisu art. 207 § 7 k.p.c. można uznać za aktualne, pomimo nieco odmiennego brzmienia nowej regulacji. Niemniej jednak, bez względu na powyższe, wniosek o zwrocie załącznika do protokołu, który treścią swą wykracza poza ustalone i opisane powyżej ramy, uznać należy za nietrafny.

⁴⁶ Dz.U. z 2019 r., poz. 1141.

⁴⁷ A. Zieliński, *Załącznik do protokołu...*, s. 37.

⁴⁸ E. Stefańska, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego...*, 2011, s. 322.

⁴⁹ I. Gromska-Szuster, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), op. cit., s. 541.

⁵⁰ Ustawa z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1469).

Skoro istnieje w doktrynie zgodność co do tego, że załącznik do protokołu nie jest pismem procesowym, nie może zastępować i być traktowany jako pismo przygotowawcze, nie dotyczą go wymogi i rygory pism procesowych, to nie do końca zrozumiałe jest posilkowanie się wykładnią przepisu art. 205³ § 5 k.p.c. (dawn. 207 § 7 k.p.c.) przy omawianiu skutków jego kontroli przez przewodniczącego. Ani przewodniczący, ani żaden inny podmiot nie ma bowiem prawa ingerowania w treść protokołu rozprawy, załącznik zaś ten protokół jedynie dopełnia, nie zmieniając przy tym zasad ogólnych dotyczących samego protokołu. Wobec powyższego stosowanie do załącznika, który swą treścią wykracza poza przebieg rozprawy, przepisów dotyczących pism procesowych nie znajduje uzasadnienia prawnego.

Hipotetycznie można jednak przyjąć, że skoro załącznik do protokołu zawiera wnioski i oświadczenia, których strona w ogóle na rozprawie nie złożyła, nie jest załącznikiem, a pismem procesowym. W takim wypadku jednak pismo to musiałoby spełniać wymogi formalne, o których mowa w art. 126 k.p.c. oraz odpowiednią liczbę odpisów dla strony przeciwnej. Niespełnienie powyższych wymagań musiałoby być uzupełnione w trybie przepisu art. 130 k.p.c. pod rygorem zwrotu. Złożenie zaś takiego pisma w trakcie toczącego się postępowania mogłoby być objęte dyspozycją przepisu art. 205³ § 5 k.p.c. W takim jednak wypadku nie ma mowy o załączniku, a o piśmie procesowym ze wszystkimi tego konsekwencjami.

Traktowanie pisma, które w części wykracza poza dozwolone przepisami Kodeksu ramy załącznika do protokołu jako pisma procesowego, mogłoby być uznane za nadużycie. W takiej sytuacji, po sprawdzeniu przez przewodniczącego treści złożonego załącznika i stwierdzeniu, że treścią swą wykracza poza rozprawę, której dotyczy, przewodniczący winien uczynić stosowną adnotację, o której mowa w Regulaminie urzędowania i pominąć część, która nie odpowiada zasadom sporządzania załącznika. Dzięki temu z jednej strony bezpodstawne będą obawy o obchodzenie przez strony zasad prekluzji, z drugiej – zarzut traktowania złożonego pisma wbrew jego przeznaczeniu i intencjom strony.

Można by jeszcze ewentualnie rozważyć dopuszczalność zwrotu załącznika do protokołu w części wykraczającej poza jego ramy, przyjmując fikcję, że w tym zakresie stanowi on pismo przygotowawcze złożone bez wcześniejszego zarządzenia przewodniczącego. Przyjęcie takiej konstrukcji pisma strony, które przewodniczący w części traktować będzie jako załącznik do protokołu, w części zaś jako pismo procesowe podlegające zwrotowi, komplikuje procedurę, wprowadza chaos i nieczytelność reguł postępowania.

Sąd Okręgowy w Olsztynie, oceniając złożony w sprawie załącznik do protokołu, zdaje się potwierdzać stanowisko autorki, bowiem stwierdza, że skoro pozwany w toku rozprawy nie podnosił zarzutów, które wyartykułował w załączniku do rozprawy, na skutek czego nie można ich uznać za przedsta-

wione w toku przewodu sądowego, to uznał je za prawnie nieefektywne, a jako takie podlegały pominięciu jako niezgłoszone przez stronę w sposób skuteczny⁵¹.

Termin na złożenie załącznika

Treść przepisu art. 161 k.p.c. wskazuje jednoznacznie, że złożenie załącznika powinno nastąpić „w toku posiedzenia”⁵². W związku z powyższym większość przedstawicieli nauki przyjmuje, że jeśli strona składa załącznik do protokołu z własnej inicjatywy, winna to zrobić na tym posiedzeniu, na którym jest obecna i którego załącznik ten ma dotyczyć, bądź bezpośrednio po nim⁵³. E. Stefańska dopuszcza również możliwość złożenia przez stronę wniosku o wyznaczenie jej dłuższego terminu na złożenie załącznika⁵⁴.

A. Zieliński uznaje jednak, że przyjęcie takiego stanowiska w dużej mierze uniemożliwiałoby stronie, przez wzgląd na przyczyny techniczne, złożenie załącznika do protokołu. Słusznie bowiem zauważa, że w trakcie posiedzenia strona oraz jej pełnomocnik muszą brać w nim czynny udział. Jednoczesne więc sporządzanie załącznika do protokołu, by złożyć go w toku posiedzenia, wydaje się być niemożliwe.

Marcin Uliasz przyjmuje, że załącznik do protokołu może być złożony na rozprawie jednocześnie ze złożeniem ustnego oświadczenia lub wniosku. Może być również złożony po zakończeniu rozprawy, nie później jednak niż na kolejnym posiedzeniu⁵⁵.

Skoro w załączniku do protokołu strona może uzupełnić swoje wnioski i oświadczenia złożone na posiedzeniu, a te mogą być wynikiem spontanicznych reakcji na wnioski i oświadczenia strony przeciwnej, to trudno wcześniej przewidzieć dokładną treść swoich przyszłych wypowiedzi, które strona miałaby uzupełnić, zreferować czy streścić w przygotowanym zawczasu załączniku do protokołu. Trudno również wymagać od stron, jak słusznie zauważa A. Zieliński, by podczas posiedzenia, zamiast w nim czynnie uczestniczyć, spisywały treść załącznika tylko po to, by złożyć go w toku posiedzenia i tym samym sprostać literalnemu brzmieniu przepisu art. 161 k.p.c. Autorka niniejszego opracowania podziela zaprezentowany powyżej pogląd. Takie podejście do terminu złożenia załącznika do protokołu odpowiada jego celowi oraz ma swe źródło w praktyce procesowej.

⁵¹ Wyr. SO w Olsztynie z 30 listopada 2016 r., sygn. akt IX Ca 693/16, Lex nr 2171507.

⁵² Zob. J. Jodłowski, op. cit., s. 444.

⁵³ Tak: J. Bodio, op. cit., s. 292; E. Stefańska, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego...*, 2011, s. 322; R. Kułski, op. cit., s. 640; M. Jędrzejewska (aktualizacja J. Gudowski), [w:] T. Ereciński (red.), op. cit., s. 883; I. Gromska-Szuster, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), op. cit., s. 540; K. Kołakowski, op. cit., s. 816.

⁵⁴ E. Stefańska, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego...*, 2011, s. 322.

⁵⁵ M. Uliasz, op. cit., s. 296.

J. Jodłowski, idąc jeszcze dalej w swych rozważaniach, stwierdza, że skoro załącznik do protokołu nie ma znaczenia samoistnego i – będąc jedynie utrwaleniem na piśmie ustnych oświadczeń i wniosków stron – nie ma formalnego wpływu na orzeczenie sądowe, to jego złożenie nastąpić może i po ogłoszeniu wyroku. Załącznik składany jest nie tylko dla użytku sądu danej instancji, lecz także, a może nawet bardziej po to, by w dalszych instancjach istniał pisemny ślad ustnych oświadczeń i wniosków stron⁵⁶.

Niemniej jednak w świetle jednoznacznego brzmienia art. 161 k.p.c. argumenty te tracą na znaczeniu, a przyjęcie terminów analogicznych do tych zawartych w przepisie dotyczącym uzupełnienia lub sprostowania protokołu wydaje się być niedopuszczalne.

Z orzeczeń sądów powszechnych wynika, że załącznik do protokołu może zostać złożony w toku rozprawy, a po jej zamknięciu – wyłącznie w wypadku zobowiązania przez przewodniczącego do złożenia takiego załącznika⁵⁷. Załącznik złożony po zamknięciu rozprawy złożony jest więc wbrew dyspozycji przepisu art. 161 k.p.c.⁵⁸ i traktowany może być jako pismo procesowe strony ze wszystkimi skutkami związanymi z jego złożeniem bez wcześniejszego zarządzenia przewodniczącego, o którym mowa w przepisie art. 205³ § 1 k.p.c.

Na wniosek strony przewodniczący określa termin na złożenie załącznika, który jako termin sądowy może zostać skrócony bądź przedłużony (art. 166 k.p.c.)⁵⁹. Załącznik nie może być złożony później niż na następnym posiedzeniu, a jeżeli chodzi o załącznik do protokołu z ostatniego posiedzenia w danej instancji – do chwili wydania orzeczenia. Załącznik złożony po wyznaczonym terminie sąd pomija⁶⁰.

Przewodniczący może również zobowiązać profesjonalnych pełnomocników do złożenia takiego załącznika w wyznaczonym terminie, w tym do przedstawienia w załączniku do protokołu także stanowiska w kwestiach prawnych. Niezłożenie załącznika nie skutuje jakimikolwiek sankcjami, poza pominięciem sposobności wykorzystania jego przeznaczenia i dopuszczeniem ewentualnie niezrozumienia w pełni rzeczywistego stanowiska strony⁶¹.

M. Jędrzejewska wyraziła przekonanie, że przewodniczący może zobowiązać stronę do złożenia załącznika również wtedy, gdy sama jest adwokatem, radcą prawnym⁶². Autorka niniejszego opracowania nie zgadza się jednak z tym poglądem, uznając go za zbyt daleko idącą interpretację przepisu art. 161 zd. 2 k.p.c.

⁵⁶ J. Jodłowski, op. cit., s. 445–446.

⁵⁷ Wyrok SR w Gdyni z 16 października 2017 r., sygn. akt VI GC 2095/16.

⁵⁸ Postanowienie SO w Białymstoku z 20 września 2017 r., sygn. akt II Ca 871/17.

⁵⁹ E. Stefańska, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego...*, 2011, s. 322.

⁶⁰ A. Zieliński (red.), op. cit., s. 328; J. Bodio, op. cit., s. 292; R. Kulski, op. cit., s. 640; M. Jędrzejewska (aktualizacja J. Gudowski), [w:] T. Ereciński (red.), op. cit., s. 883.

⁶¹ K. Kołakowski, op. cit., s. 816; Z. Fenichel, op. cit., s. 660; J. Jodłowski, op. cit., s. 446.

⁶² M. Jędrzejewska (aktualizacja J. Gudowski), [w:] T. Ereciński (red.), op. cit., s. 883; inaczej: A. Zieliński, *Załącznik do protokołu...*, s. 39.

Oplata od załącznika

Załącznik do protokołu sam w sobie nie podlega opłacie – art. 3 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Mogą jednak powstać wątpliwości, co do tego, jak traktować załącznik, w którym zawarte są wnioski podlegające opłacie. Franciszek Rusek i Witaliusz Kuryłowicz twierdzą, że w takiej sytuacji co prawda sam załącznik nie podlega opłacie, ale wnioski w nim zawarte należy opłacić. Jeśli wniosek o np. zmianę lub rozszerzenie powództwa został zgłoszony przez stronę ustnie na rozprawie, a następnie doprecyzowany czy powtórzony w złożonym przez tę stronę załączniku do protokołu, to taki wniosek winien być przez stronę opłacony⁶³.

Przyjmując takie rozumienie opłaty sądowej od załącznika, za uzasadniony uznać należy również pogląd A. Zielińskiego, zgodnie z którym załącznik do protokołu bez względu na zawarte w nim treści nie podlega opłatom sądowym⁶⁴. Załącznik bowiem opłacie nie podlega, natomiast wnioski w nim zawarte strona musi opłacić zgodnie z przepisem art. 7 ust. 2 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁶⁵.

Zakończenie

Skoro załącznik do protokołu stanowi uzupełnienie protokołu posiedzenia, precyzuje i uściśla wnioski i oświadczenia strony składane podczas rozprawy, zawiera pełniejsze wywody prawne na uzasadnienie wniosków składanych przez stronę, podsumowuje i skrótowo przedstawia przebieg posiedzenia, to stanowi nie tylko doskonale narzędzie dla stron i pełnomocników, ale powinien mieć również doniosłe znaczenie dla samego sądu. Treść załącznika musi mieć związek z wypowiedziami autora załącznika złożonymi na posiedzeniu, którego ten załącznik dotyczy⁶⁶. Sam załącznik zaś, jako surogat protokołu, powinien być jasno, krótko i zwięźle ujęty⁶⁷.

Autorka nie widzi również przeszkód, by załącznik sporządzony był w formie tożsamej do protokołu elektronicznego, przy czym w takim wypadku strona go sporządzająca musi zapewnić możliwość jej identyfikacji przez sąd.

Zdaniem autorki, z uwagi na pomocniczy charakter i znaczenie załącznika do protokołu, strona powinna mieć również możliwość złożenia załącznika

⁶³ F. Rusek, W. Kuryłowicz, *Koszty sądowe Komentarz*, Warszawa 1976, s. 123; K. Gonera, *Komentarz do ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych*, Warszawa 2006, s. 86; I. Gromska-Szuster, [w:] H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), op. cit., s. 540.

⁶⁴ A. Zieliński (red.), op. cit., s. 329.

⁶⁵ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 755.

⁶⁶ R. Kulski, op. cit., s. 639.

⁶⁷ Z. Fenichel, op. cit., s. 660.

aż do zamknięcia rozprawy, co w świetle obowiązujących przepisów wymagałoby wprowadzenia odpowiedniej zmiany do art. 161 k.p.c.

Niemniej jednak praktyka pokazuje, że załączniki do protokołu składane są coraz częściej, szczególnie przez profesjonalnych pełnomocników, stanowiąc przysłowiową „kropkę nad i” zgłoszonych podczas rozprawy wniosków i oświadczeń. Strony oraz ich pełnomocnicy składają załączniki na różnych etapach toczących się spraw, w postępowaniach zaś wielowątkowych, długotrwałych i skomplikowanych, nie tylko pod względem prawnym, ale i faktycznym, stają się cennym materiałem, służącym jako pomoc chociażby w formułowaniu uzasadnienia wydanego rozstrzygnięcia.

Instytucja załącznika do protokołu nie powinna być więc postrzegana jako możliwe źródło nadużyć ze strony niesumiennej uczestników postępowania⁶⁸, czemu zaradzić mogą powyżej opisane procedury związane z możliwością składania i kontroli załącznika do protokołu, jako skuteczne narzędzie procesowe i pomoc dla sądu orzekającego.

Wykaz literatury

- Bodio J., [w:] A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1: *Komentarz do art. 1–729*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Fenichel Z., *Protokół sądowy według kodeksu postępowania cywilnego (dokończenie)*, „Polski Proces Cywilny” 1935, nr 20–21.
- Gonera K., *Komentarz do ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych*, LexisNexis, Warszawa 2006.
- Gromska-Szuster I., [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1: *Artykuły 1–366*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Gudowski J., Jędrzejewska M., [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Postępowanie rozpoznawcze*, 2016, Lex.
- Jędrzejewska M. (aktualizacja J. Gudowski), [w:] T. Ereciński (red.) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Postępowanie rozpoznawcze*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Jędrzejewska M., *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, Warszawa 1989.
- Jodłowski J., *Załącznik do protokołu według kodeksu postępowania cywilnego*, „Polski Proces Cywilny” 1936, nr 14–15.
- Kołąkowski K., [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1–366*, t. 1, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Kulski R., [w:] A. Marciniak, K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–366*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Markiewicz K., [w:] T. Szancilo (red.), *Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz*, t. 1: *Art. 1–505*³⁹, 2019, Legalis.
- Parafianowicz J., [w:] O. Piaskowska (red.) *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz aktualizowany*, 2020, Lex.

⁶⁸ Por. J. Jodłowski, op. cit., s. 433.

- Peiper L., *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego (część pierwsza)*, t. 1, Wyd. Leon Frommer, Kraków 1934.
- Plebanek M.G., *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Rudkowska-Ząbczyk E., [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, 2021, Legalis.
- Rusek F., Kuryłowicz W., *Koszty sądowe. Komentarz*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1976.
- Sorysz M., [w:] A. Góra-Błaszczkowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–729*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- E. Stefańska E., [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–477(16)*, 2021, Lex.
- Stefańska E., [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–505³⁷*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Tomalak W., *Status ustrojowy i procesowy komornika sądowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Uliasz M., *Kodeks postępowania cywilnego, t. 1: Komentarz do artykułów 1–505¹⁴*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Zieliński A., [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Zieliński A., *Załącznik do protokołu posiedzenia sądu – art. 161 KPC*, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 3.

Summary

Annexe to the protocol in civil proceedings – a dead institution or an effective tool in the hands of legal representatives?

Keywords: civil proceedings, protocol, annexe, meeting, electronic protocol, fee for the attachment, a copy of the annexe to the protocol.

Practice shows that nowadays in civil proceedings, annexes to the protocol are submitted more and more often, and in more serious, complicated and multi-threaded lawsuits they may not be the rule, but they are certainly widely used. Due to the amendment to the Code of Civil Procedure, including the introduction of an electronic protocol and the conclusions of the submission of preparatory letters, there are more and more questions and doubts related to the annexe to the protocol, therefore this institution deserves attention to consider, at least briefly, the doubts that may arise in connection with its application.

The analysis of the provisions, judicature and views of the doctrine leads to the statement that despite the legislator's lack of interest in the provision of rt. 161 of the Code of Civil Procedure concerning the annexe to the protocol,

the amendments to the Code of Civil Procedure were not indifferent to this institution. The author tries to show that the electronic form of the annexe has also become formally admissible, that, contrary to the views of the majority of science representatives, the chairman of the adjudicating panel does not have the right to return the annexe to the party and that the deadline for its submission should be different than what is indicated in Art. 161 of the Code of Civil Procedure, which will make the annexe an even more effective procedural tool.

Dariusz Gibasiewicz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-7715-6917

dariusz.gibasiewicz@uwm.edu.pl

Zadośćuczynienie za „zmarnowany urlop” w świetle orzecznictwa sądowego

Wprowadzenie

Tematyka „zmarnowanego urlopu” i roszczeń z nim związanych była wielokrotnie poruszana zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze¹. Kwestia ta staje się coraz bardziej istotna dla polskich konsumentów ze względu na coraz wyższy poziom dochodów społeczeństwa i wolumenu nabywanych usług i imprez turystycznych. Wypoczynek staje się też coraz istotniejszym elementem decydującym o dobrostanie psychofizycznym człowieka, tym bardziej istotne staje się prawo do wypoczynku oraz ochrona tego prawa i dobór instrumentów i narzędzi prawnych służących temu celowi. Brak pełnego prawa do wypoczynku oraz brak realizacji świadczeń przewidzianych w umowie o organizację imprezy turystycznej wiąże się z dużym rozczarowaniem, związanym z nagłym i niespodziewanym brakiem możliwości czerpania przyjemności z niezakłóconego odpoczynku. Dodatkowo „zmarnowany urlop” powoduje brak możliwości zebrania sił przed okresem wytężonej pracy oraz złość, że wskutek zaniedbań organizatora imprezy lub podmiotów, za których działania on odpowiada, kon-

¹ Zob. m.in. M. Nestorowicz, *Umowa o podróż*, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, seria: *System Prawa Prywatnego*, t. 7, wyd. trzecie, Warszawa 2011, s. 936; M. Wałachowska, *Odszkodowanie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o podróż i zadośćuczynienie za „zmarnowany urlop”*, [w:] M. Nestorowicz (red.), *Odpowiedzialność biur podróży a ochrona klientów w prawie polskim i Unii Europejskiej*, Toruń 2013, s. 65–86; A. Maciąg, *Wycena zadośćuczynienia i odszkodowania za zmarnowany urlop w opinii turystów polskich i niemieckich w świetle wyników badań własnych*, „*Ekonomiczne Problemy Turystyki*” 2016, nr 2(34), s. 321–329; A. Rudnik, *Zadośćuczynienie pieniężne za zmarnowany urlop w prawie niemieckim*, „*Przegląd Sądowy*” 2012, nr 5, s. 104–118; M. Nestorowicz, *Odpowiedzialność cywilna biura podróży za „zmarnowany urlop” w prawie polskim i porównawczym (na tle uchwały Sądu Najwyższego z 19 listopada 2010 r.)*, „*Przegląd Sądowy*” 2011, nr 5, s. 5–15; A. Chambellan, *Odpowiedzialność deliktowa biura podróży w prawie niemieckim*, „*Przegląd Sądowy*” 2012, nr 10, s. 99–111.

sument pozbawiony zostaje możliwości odbycia – z reguły długo planowanego urlopu wypoczynkowego – we właściwych warunkach. Szkoda polega zatem w dużej mierze na zawiedzionych nadziejach co do spodziewanych, przyjemnych przeżyć, na utracie możliwości zrelaksowania się w czasie urlopu, będącego stosunkowo krótką przerwą w aktywności zawodowej, a także na konieczności zajmowania się zamiast tego sprawami niezwiązanymi z wypoczynkiem, a wynikającymi z konieczności reklamowania warunków pobytu².

W niniejszym artykule zostanie poruszona jedynie kwestia zadośćuczynienia za krzywdę związaną ze „zmarnowanym urlopem”, a ze względu na ramy publikacji zostaną pominięte wszelkie kwestie związane z roszczeniami odszkodowawczymi. W pracy znajdują się głównie odniesienia do regulacji ustawy o usługach turystycznych³, na podstawie których były wydawane prezentowane orzeczenia. Jednocześnie zostaną wskazane także przepisy ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych⁴, która obowiązuje od 1 lipca 2018 r. Wszystkie rozważania zaprezentowane w niniejszym artykule są aktualne, także na gruncie nowej ustawy ze względu na podobieństwo zawartych w tych aktach prawnych regulacji.

Zagadnienie „zmarnowanego urlopu” jawi się jako bardzo interesująca kwestia zarówno z praktycznego, jak i prawnego punktu widzenia. Na gruncie analizowanej kwestii zarysował się spór o to, czy „zmarnowany urlop” daje możliwość żądania zadośćuczynienia z tytułu naruszenia dobra osobistego i czy można konstruować pojęcie dobra osobistego w postaci prawa do niezakłóconego odpoczynku⁵. Ostatecznie przyjęty pogląd przez sądy stanowi, że

² Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie z 14 marca 2016 r., sygn. akt I C 370/15, Lex. Zobacz także *Marshall & (and) Dixon v. KLM*, „International Travel Law Journal” 2002, nr 2, s. 63–68. Na temat odpowiedzialności biur podróży za „zmarnowany urlop” zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna biur podróży w prawie francuskim*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 2, s. 34–46.

³ Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1553 z późn. zm.), dalej jako u.u.t. Ustawa ta dokonywała w zakresie swojej regulacji wdrożenia dyrektywy Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. (90/314/EWG) w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek. Dyrektywa ta została uchylona dyrektywą, o której mowa w przypisie nr 4.

⁴ Ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 2361 z późn. zm.). Ustawa w zakresie swojej regulacji wdrożyła dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniającą rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylającą dyrektywę Rady 90/314/EWG (Dz. Urz. UE L 326 z 11 grudnia 2015 r., s. 1).

⁵ Przeciwno takiemu stanowisku opowiedziano się m.in. w następujących rozstrzygnięciach: wyrok Sądu Najwyższego z 24 marca 2011 r., sygn. akt I CSK 372/10, Lex nr 818791; wyrok Sądu Najwyższego z 7 grudnia 2011 r., sygn. akt II CSK 160/11, Lex nr 1112726; uchwała Sądu Najwyższego z 19 listopada 2010 r., sygn. akt III CZP 79/10, Lex nr 612168; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 września 2009 r., sygn. akt VI ACa 201/09, Lex nr 1164707. Jednakże w orzecznictwie aprobatę znajdowało także zapatrywanie, zgodnie z którym jeżeli warunki imprezy turystycznej, w szczególności zakwaterowania, są tego rodzaju, że uczestnicy wycieczki narażeni

„zmarnowany urlop” nie może być rozpatrywany jako naruszenie dóbr osobistych uczestnika imprezy turystycznej⁶. Taka sytuacja mogłaby nastąpić wyjątkowo w sytuacji, w której nienależyte wykonanie umowy prowadziłoby do naruszenia „typowych” dóbr osobistych uczestników imprezy turystycznej, takich jako życie, zdrowie lub godność. Konieczne jest także wskazanie, że w prawie polskim brak jest ogólnej i odnoszącej się do każdej sytuacji zasady, że każdy przejaw cierpienia podlega zadośćuczynieniu, jeśli nawet współwystępująca z nim szkoda majątkowa podlega naprawieniu⁷. Tym samym konieczne jest uznanie, iż sama okoliczność, że określona osoba doznała nawet bardzo poważnej krzywdy, nie jest zatem wystarczająca dla przyznania zadośćuczynienia, jeśli nie doszło do naruszenia jej dóbr osobistych lub nie zaistniała inna, szczególna podstawa; jest przy tym jasne, że sama krzywda nie jest jeszcze dowodem, że doszło do naruszenia dobra osobistego – istnieje bowiem całe spektrum interesów niemajątkowych (zarówno chronionych, jak i niechro-

są na utratę życia, zdrowia lub też warunki te urągają ludzkiej godności, to mogą oni żądać od organizatora turystyki zadośćuczynienia za naruszenie ich dóbr osobistych, na zasadach ogólnych (zob. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29 kwietnia 2013 r., sygn. akt VI ACa 1357/12, Lex nr 1372486).

⁶ Zob. na ten temat M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne ex contractu i przy zbiegu z odpowiedzialnością ex delicto*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 1, s. 20–31. Zob. na ten temat również K. Grzybczyk, *Ocena prawna spoilerowania*, [w:] I. Matusiak, K. Szczepanowska-Kozłowska, Ł. Żelechowski (red.), *Opus auctorem laudat. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Monice Czajkowskiej-Dąbrowskiej*, Warszawa 2019. Autorka stwierdza: „(...) Sądy orzekały w sprawach zmarnowanego urlopu czy utraconej przyjemności z wycieczki i przy ocenie naruszenia brały pod uwagę stopień zawinienia organizatora turystyki oraz dyskomfort pokrzywdzonego wynikający ze stresu i konieczności zajmowania się czymś innym, niż wypoczynek. Należy jednak zwrócić uwagę, że choć sądy przyznają zadośćuczynienie za krzywdę (a więc uszczerbek niemajątkowy) w takich przypadkach, to jednak podstawą jest przepis szczególnie nakładający odpowiedzialność na organizatora turystyki. Natomiast w polskiej judykaturze przeważa pogląd, że prawo do udanego urlopu nie jest objęte art. 23 i 24 k.c., gdyż nie jest dobrem osobistym, wartością indywidualizującą określona osobę (podmiot prawa). Wydaje się zatem, że wszelkie prawo do przyjemności, której źródło jest niejako »zewnętrzne«, nie może być uważane za dobro osobiste w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Dotyczy to nie tylko przyjemności wynikającej z zaskoczenia i zakończenia filmu/serialu/przedstawienia/książki, ale także przyjemności z jedzenia (gdyby było niesmaczne), kosmetyku (gdyby uczulał i nie odmładzał), fitnessu (gdyby jednak nie udało się schudnąć)”. Zob. na ten temat także J. May, *Pursuit of non-pecuniary loss and pecuniary damage compensation for spoiled holiday*, „Review of European And Comparative” 2020, nr 1, s. 1.

⁷ Zob. na ten temat M. Łolik, *Więź emocjonalna między osobami najbliższymi jako dobro osobiste. Głos o uchwały SN z dnia 27 marca 2018 r., III CZP 60/17*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 9, s. 110–122. Autor ten stwierdza „(...) Nie każdej wartości, której ochrona jest społecznie pożądana, powinien automatycznie przysługiwać przymiot dobra osobistego – gdyż bez pogłębionej analizy może to prowadzić do wielu niebezpieczeństw. Nie da się chociażby uznać, że niezakłócone życie – pozbawione stresu i negatywnych przeżyć powinno być chronione i dodatkowo jego ochrona powinna być skuteczna *erga omnes*. Nie można bowiem zadeklarować prawa do szczęścia i miłości. Poza tym współcześnie istnieje ogromna liczba współzależności ekonomicznych czy też społecznych, która powoduje, że każdy podmiot byłby uwikłany w niezliczoną ilość potencjalnych roszczeń odszkodowawczych. Na życie codzienne składa się ogromna ilość ryzyk, które w przypadku poszerzenia zakresu odpowiedzialności powodowałyby odpowiedzialność podmiotów, nieponoszących obecnie takiej odpowiedzialności (...)”.

nionych prawem), które nie mają postaci dóbr osobistych⁸. Powyższe stanowisko nie prowadzi jednak do uznania, że za „zmarnowany urlop” poszkodowanemu nie przysługuje zadośćuczynienie, co zostanie szczegółowo wyjaśnione poniżej.

Typowe przyczyny „zmarnowanego urlopu”

Mimo stosunkowo obszernie zaprezentowanego zagadnienia „zmarnowanego urlopu” w literaturze, jest ono jednak na tyle interesujące – ze względu na mnogość oraz różnorodność zaistniałych stosunkowo często stanów faktycznych stających się podstawą sporów klientów z biurami podróży – że warto poświęcać mu nadal uwagę. Na wstępie warto przyjrzeć się podstawom faktycznym wysuwanych przez klientów biur podróży roszczeń, bowiem one stają się także podstawami faktycznymi roszczeń przeciwko organizatorom wypoczynku, a następnie podstawami ustaleń faktycznych dokonywanych przez sądy orzekające w sprawach dotyczących „zmarnowanego urlopu”. Najczęściej w literaturze przedmiotu brak satysfakcji klientów z urlopu jest odnoszony przede wszystkim do niezapewnienia właściwych warunków na miejscu pobytu, w którym umowa miała być wykonana. Dotyczy to głównie niższego standardu pobytu niż określony w umowie, niezapewnienia świadczeń, które zostały uzgodnione przez strony, bądź też poważnych mankamentów świadczeń wykonanych. Najczęściej reklamacje konsumentów odnoszą się do panującej wilgoci, zagrzybionych powierzchni, nieprzyjemnych zapachów z różnych źródeł, zbyt małej powierzchni przydzielonych pomieszczeń, braku wystarczająco częstej zmiany pościeli lub ręczników, niewystarczającej częstotliwości sprzątania pokoju, zbyt niskiego poziomu wyżywienia lub uboższego wyboru w tym zakresie (braku lokalnych potraw), braku zachowania podstawowych warunków higienicznych przy serwowaniu potraw, nieuprzejmej, opryskliwej i mało pomocnej obsługi hotelu lub restauracji, występowania robactwa, wadliwego działania telewizji lub braku wystarczającego wyboru kanałów, braku możliwości korzystania z sejfów, uszkodzeń mebli lub innych elementów wyposażenia pokoju oraz łazienki, braku wanny lub kabiny prysznicowej, niewystarczającego ciśnienia wody. Szereg reklamacji konsumentów związanych jest także z położeniem miejsca zakwaterowania, a także udogodnieniami znajdującymi się w jego okolicy. Organizatorzy imprez turystycznych wielokrotnie wskazują, że hotel znajduje się tuż przy plaży lub w kilkusetmetrowej odległości od plaży. Po czym okazuje się, że ta odległość jest wskazywana w linii prostej, natomiast obiektywna odległość, którą należy pokonać

⁸ Zob. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 22 października 2019 r., sygn. akt I NSNZP 2/19, Lex nr 2729318.

(np. ze względu na znajdujące się przeszkody infrastrukturalne), jest kilkakrotnie dłuższa. Dla turystów również sama jakość plaży i infrastruktura nadbrzeża są czynnikami, które decydują o wyborze określonej imprezy turystycznej. Bardzo często konsumenci zwracają uwagę na przykład, czy plaża wyróżniona została specjalnym oznaczeniem niebieskiej flagi, a co za tym idzie – winna być plażą czystą, o dużych walorach turystycznych. W rzeczywistości jednak okazuje się, że plaża jest zamknięta lub prowadzone są na niej prace budowlane, co uniemożliwia korzystanie z plaży. Niewątpliwie są to niedogodności, które wskazują na więcej niż znaczny stopień zawinienia ze strony organizatora wyjazdu, bowiem najczęściej posiada on wiedzę, że na plaży są lub będą prowadzone prace budowlane lub modernizacyjne, jednak nie ujawnia tej wiedzy potencjalnym nabywcom usługi. Konsument w takim wypadku nie może korzystać z kąpieli w morzu oraz z plaży, co bardzo często jest podstawowym kryterium wyboru hotelu oraz destynacji. Mankament taki jest bardzo dokuczliwy zwłaszcza wtedy, gdy wybór imprezy turystycznej następuje na przykład w okresie zimowym, a turysta udaje się w tropikalne rejony oddalone od miejsca zamieszkania o kilkanaście godzin lotu. Z kolei gdy nawet istnieje możliwość korzystania z plaży, to hałas dochodzący z maszyn pracujących na plaży może być niemożliwy do zniesienia lub występować z takim natężeniem, że odbiera całkowicie przyjemność z wypoczynku lub kąpieli.

Opis miejscowości, w której ma być zakwaterowany turysta, również stosunkowo często jest niezgodny z rzeczywistością. Zamiast cichej i spokojnej miejscowości, turysta trafia do miejscowości pełnej barów i dyskotek, a dodatkowo hotel znajduje się przy ruchliwej ulicy. Oczywiście mają miejsce też sytuacje przeciwne, w których zamiast licznych barów i restauracji, które – zgodnie z opisem – miały znajdować się nieopodal hotelu, jest on położony w odległości kilku kilometrów od jakiejkolwiek miejscowości.

Dość często w hotelach występuje zjawisko „overbookingu”, tzn. hotel ma mniejszą liczbę miejsc zakwaterowania gości niż liczba wykupionych miejsc pobytowych. W takiej sytuacji organizator próbuje znaleźć jakieś rozwiązanie zaistniałej sytuacji, np. przez lokowanie gości we wspólnych pomieszczeniach, co pozostaje w całkowitej sprzeczności z warunkami umownymi. Jednocześnie osoby zarządzające hotelem dają turystom nadzieję, że jest to rozwiązanie tymczasowe i że następnego dnia sytuacja ulegnie zmianie, co z reguły nie następuje, bowiem poszczególne turnusy pobytowe są rezerwowane na kilka lub kilkanaście dni. W takiej sytuacji konsumenci są zmuszeni przeznaczyć swój wolny czas, który mieli spędzać na wypoczynku, na kwestie organizacyjne i wyjaśnianie sytuacji; dodatkowo konsumenci są ograniczeni w korzystaniu z wycieczek fakultatywnych, bojąc się opuścić hotel, aby być gotowym do zmiany pokoju hotelowego (nieuczestniczenie w wycieczkach fakultatywnych ma niewątpliwie wpływ na atrakcyjność wyjazdu). Ponadto turyści ludzeni obietnicą zmiany pokoju z reguły przez pierwsze dni w ogóle nie rozpakowują

walizek, co ma ułatwić im zmianę miejsca. Ponadto czas, który mieli poświęcić na relaks, poświęcają na próbę wyjaśnienia sytuacji i jej rozwiązania, co jednak ostatecznie nie następuje. Turyści praktycznie nie ruszają się z miejsca, czekając na kolejne decyzje organizatora wyjazdu. Konieczne jest także podkreślenie, że „zmarnowany urlop” w sposób immanentny łączy się z zawiedzionymi nadziejami na przyjemne spędzenie czasu wolnego⁹.

Nietypowe przyczyny „zmarnowanego urlopu”

Jednakże bardzo często zdarzają się sytuacje wykraczające poza wskazany zakres typowych przyczyn „zmarnowanego urlopu” wskazywanych przez turystów.

Takim przykładem może być brak możliwości skorzystania z usługi turystycznej, czego powodem jest działanie lub zaniechanie organizatora wycieczki jeszcze przed rozpoczęciem imprezy turystycznej. Wspomniana sytuacja może wystąpić wtedy, kiedy uczestnik usługi turystycznej nie jest wpuszczany na pokład samolotu ze względu na brak wystarczająco długiego terminu ważności paszportu, o którym to obowiązku nie został konsument poinformowany. Brak takiej informacji jest działaniem niezgodnym z treścią art. 13 ust. 1 pkt 1 ustawy o usługach turystycznych (aktualnie art. 40 ust. 1 pkt 7 ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych), zgodnie z którym organizator turystyki jest obowiązany podać klientowi, przed zawarciem umowy ogólne informacje o obowiązujących przepisach paszportowych. Organizator wycieczki nienależyście wykonuje umowę o świadczenie usług turystycznych w przypadku, gdy nie informuje konsumentów o obowiązujących przepisach paszportowych lub gdy agent turystyczny, za którego działania i zaniechania organizator wycieczki ponosi odpowiedzialność, wprowadza klientów w błąd w przedmiocie obowiązujących przepisów paszportowych. Niejednokrotnie w takich wypadkach organizatorzy wypoczynku, chcąc wyłączyć swoją odpowiedzialność, powołują się na warunki imprez turystycznych, które ich zdaniem stają się częścią treści umowy zawartej między stronami. Konieczne jest jednak zwrócenie uwagi, że bardzo często klienci nie są zapoznawani z tymi warunkami i nie są one konsumentom doręczane, a zatem nie mogą stać się treścią części umowy. W takim wypadku nie należy wymagać także od konsumentów wyższych wymogów staranności, które nakazywałyby np. zasięgnięcia stosownych informacji w Ministerstwie Spraw Zagranicznych. Organizator imprez turystycznych nie może bowiem przerzucać na uczestników

⁹ W orzecznictwie zwraca się uwagę, że termin „zmarnowany urlop” jest w istocie skrótem semantycznym, oddającym zwięźle istotę szkody polegającej na utracie oczekiwanych w związku z zawarciem umowy przyjemnych przeżyć wiązanych z podróżą, urlopem, wypoczynkiem – zob. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 9 sierpnia 2018 r., sygn. akt XV Ca 297/18, Lex nr 2666358.

tego typu imprez obowiązku nałożonego na niego przepisami prawa. Również zawarcie tego typu informacji w katalogu imprez turystycznych danego biura podróży nie jest wystarczające, bowiem żaden przepis prawa nie nakłada na konsumenta konieczności czytania kilkusetstronicowych katalogów. Ponadto nie są one elementem treści stosunku prawnego istniejącego między stronami. Dodatkowo informacja zawarta w katalogu nie spełnia wymogu rzetelnego poinformowania konsumenta o obowiązujących przepisach paszportowych.

Inny przykładem „zmarnowanego urlopu”, który nie jest spowodowany bezpośrednimi przesłankami związanymi z samą jakością zakwaterowania lub wyżywienia, jest brak dostarczenia bagażu turysty do miejsca wypoczynku. Na skutek tego konsument pozbawiony zostaje niezbędnych rzeczy osobistych na cały pobyt lub na jego określonej części – w przypadku dostarczenia bagażu w trakcie trwania wypoczynku. Wówczas turysta sam musi organizować sobie nie tylko przybory toaletowe, ale także odzież, bieliznę czy stroje kąpielowe. W pokojach hotelowych bowiem nie zawsze znajdują się wszystkie przybory i urządzenia toaletowe, które są niezbędne do zachowania pełnych standardów higieny osobistej. Co więcej, organizator wypoczynku w takim wypadku nie stara się nawet zapewnić niezbędnych kosmetyków i odzieży, co niewątpliwie stanowiło naruszenie art. 11a ust. 2 ustawy o usługach turystycznych oraz nie informuje turysty kiedy otrzyma on bagaż. To konsument z reguły inicjuje zapytania w tym zakresie, ponosząc także koszty rozmów telefonicznych oraz marnuje swój czas, który miał przeznaczyć na wypoczynek. Dodatkowo turysta zmuszony jest poświęcić swój czas na poszukiwanie ubrań, kosmetyków oraz innych rzeczy zamiast w tym czasie wypoczywać na plaży i korzystać z atrakcji hotelu. Bardzo często w takim wypadku uczestnik imprezy turystycznej nie może korzystać z niektórych możliwości przewidzianych w ramach wyjazdu, jak np. nie może korzystać z restauracji *à la carte*, gdyż nie posiada odpowiedniego stroju, podczas, gdy inni uczestnicy imprezy turystycznej mogą z niej korzystać. Jest to w szczególności kłopotliwe, gdy konsumenci udają się w podróż w grupie, bowiem taka sytuacja powoduje całkowicie nieuzasadniony faktyczny podział grupy, bowiem jedna lub kilka osób ze względu na ograniczenia w stroju nie może korzystać z określonych atrakcji, z których mogą korzystać pozostali uczestnicy. W takim wypadku konsument może czuć się upokorzony i pozbawiony atrakcji, za skorzystanie z których uścił stosowne wynagrodzenie.

Wspomniany przypadek niewątpliwie powoduje stres, który ujawnia się podczas długo wyczekiwanego wypoczynku. Sytuacja ta dodatkowo komplikuje się, gdy w zagubionym bagażu znajdowały się także rzeczy należące do dziecka, któremu niezwykle trudno jest wytłumaczyć zaistniałą sytuację i niejednokrotnie uspokoić je. Brak bagażu może także oznaczać brak możliwości uwiecznienia pobytu ze względu na zagubienie m.in. aparatu fotograficznego, który został w tym celu zakupiony.

Inny przypadek skomplikowanej sytuacji może polegać na tym, że wraz z bagażem nie dowieziono stosownego sprzętu sportowego, podczas gdy uczestnik wyjazdu planował uprawianie określonego sportu, np. tenisa lub narciarstwa. Problemem jest również zagubienie wraz z bagażem lekarstw lub choćby okularów lub soczewek kontaktowych, co może być okolicznością niezwykle uciążliwą, bowiem w przypadku miejscowości turystycznych ich zakup może być znacznie utrudniony. Nie można dodatkowo wymagać od uczestnika imprezy turystycznej, aby czynił on rozległe poszukiwania w celu nabycia tych produktów.

W konsekwencji za trafne należy uznać stwierdzenie, że nienależyte wykonanie zobowiązania polegające na braku zapewnienia osobom korzystającym ze zorganizowanego wypoczynku dowozu ich bagażu nosi cechy „zmarnowanego urlopu”, a więc szkody niemajątkowej w postaci dyskomfortu psychicznego¹⁰. Tym samym utrata bagażu i znajdujących się w nim rzeczy, które miały służyć należytemu wypoczynkowi i relaksowi, uzasadnia przyjęcie, że pobyt wakacyjny nie wiązał się z komfortem psychicznym, jakiego można oczekiwać w sytuacji właściwego wykonania umowy przez organizatora wypoczynku¹¹. Należy przy tym zaznaczyć, że bez względu na to, czy na elementy umowy o wycieczkę dotyczące przewozu jej uczestników spojrzymy przez pryzmat przepisów umowy przewozu, czy też przepisów umowy o dzieło, należy dojść do jednoznacznego wniosku¹², że w sytuacji gdy podróżny swój bagaż umieści bez możliwości spełniania nad nim stałego nadzoru (w miejscu wskazanym przez przewoźnika), wówczas po stronie tegoż przewoźnika powstanie obowiązek sprawowania nad nim pieczy w zakresie odpowiadającym na ogół obowiązkom przechowawcy w umowie przechowania¹³.

Podstawy prawne dochodzenia zadośćuczynienia w związku ze „zmarnowanym urlopem”

Uwagi wstępne

Należy zauważyć, że przy dokonywaniu oceny, czy nastąpiło zdarzenie, z którym ustawa wiąże odpowiedzialność odszkodowawczą, kluczowy pozostaje wybór reżimu odpowiedzialności.

¹⁰ Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 6 lipca 2016 r., sygn. akt III CA 406/16, Lex nr 2259353.

¹¹ Ibidem.

¹² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 11 kwietnia 1991 r., sygn. akt I ACr 47/91, Lex nr 5454.

¹³ Ibidem.

Zgodnie z art. 11a ust. 1 i 2 ustawy o usługach turystycznych, organizator turystyki odpowiadał za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług turystycznych, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie było spowodowane wyłącznie:

- 1) działaniem lub zaniechaniem klienta,
- 2) działaniem lub zaniechaniem osób trzecich, nieuczestniczących w wykonywaniu usług przewidzianych w umowie, jeżeli tych działań lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć,
- 3) albo siłą wyższą¹⁴.

Wyłączenie odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, w przypadkach wymienionych w ust. 1, nie zwalniało organizatora turystyki od obowiązku udzielenia w czasie trwania imprezy turystycznej pomocy poszkodowanemu klientowi.

Przepis ten stanowił samodzielną podstawę odpowiedzialności umownej, zakorzenioną w regulacji prawa unijnego, a przepisy Kodeksu cywilnego miały zastosowanie do odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego umowy o podróż tylko w zakresie nieuregulowanym ustawą o usługach turystycznych (art. 11 u.u.t.). Odpowiedzialność organizatora turystyki za nienależyte wykonanie zobowiązania opierała się na zasadzie ryzyka, z której mógł się on zwolnić jedynie za pomocą wykazania jednej z trzech powyżej opisanych przesłanek egzoneracyjnych, a nie jak w art. 471 k.c.¹⁵, kiedy dłużnik zwalniał się poprzez wykazanie, że nie ponosi winy za nienależyte wykonanie zobowiązania.

Przy tym zgodnie z art. 474 k.c. zakresem odpowiedzialności organizatora turystyki na zasadzie ryzyka objęte były także działania i zaniechania osób, z pomocą których organizator zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza, czyli m.in. za osoby świadczące usługi hotelarskie¹⁶. Oznacza to, że organizator nie mógł się uwolnić się od odpo-

¹⁴ W aktualnym stanie prawnym roszczenia przysługujące podróżnemu zostały uregulowane w art. 50 ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych. Zgodnie z nim podróżnemu przysługuje obniżka ceny za każdy okres, w trakcie którego stwierdzono niezgodność, chyba że została ona spowodowana wyłącznym działaniem lub zaniechaniem podróżnego. Podróżnemu przysługuje także odszkodowanie lub zadośćuczynienie za poniesione szkody lub krzywdy, których doznał w wyniku niezgodności. Organizator turystyki niezwłocznie wypłaca odszkodowanie lub zadośćuczynienie. Podróżnemu nie przysługuje odszkodowanie lub zadośćuczynienie za niezgodność w przypadku, gdy organizator turystyki udowodni, że:

- 1) winę za niezgodność ponosi podróżny,
- 2) winę za niezgodność ponosi osoba trzecia, niezwiązana z wykonywaniem usług turystycznych objętych umową o udział w imprezie turystycznej, a niezgodności nie dało się przewidzieć lub uniknąć,
- 3) niezgodność została spowodowana nieuniknionymi i nadzwyczajnymi okolicznościami.

¹⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 z późn. zm.), dalej jako k.c.

¹⁶ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z 25 lutego 1986 r., sygn. akt III CZP 2/86, Lex nr 3217 oraz uchwała z 19 stycznia 1989 r., sygn. akt III CZP 112/88, Lex nr 2709573.

wiedzialności wykazując, że powierzył wykonanie określonej usługi profesjonalistcie, co ma miejsce w przypadku reżimu odpowiedzialności deliktowej (zob. art. 429 k.c.)¹⁷. Potwierdza to oparcie odpowiedzialności organizatora imprezy turystycznej na zasadzie ryzyka.

Uregulowana w ustawie o usługach turystycznych odpowiedzialność kontraktowa organizatora turystyki – odmiennie także niż w przypadku zasad ogólnych reżimu tej odpowiedzialności – dawała podstawę do domagania się naprawienia szkody niemajątkowej, czyli zadośćuczynienia. Rozszerzenie zakresu naprawienia szkody powstałej w wyniku nienależytego wykonania umowy stanowi efekt implementacji art. 5 dyrektywy Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. nr 90/314 w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (Dz. Urz. WE L 158 z 23 czerwca 1990 r., s. 59) i w związku z tym art. 11a u.u.t. powinien być wykładany w sposób zgodny z postanowieniami dyrektywy. Nie budzi zaś wątpliwości, że pojęcie szkody na gruncie dyrektywy jest traktowane w sposób szeroki, obejmując wszelkie uszczerbki tak majątkowe, jak i niemajątkowe, co potwierdziło zarówno orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 12 marca 2002 r. w sprawie C-168/00, jak i uchwała Sądu Najwyższego z 19 listopada 2010 r. w sprawie III CZP 79/10, o których mowa poniżej.

Powyższe wnioski pozostają nadal aktualne na gruncie obowiązującej od dnia 1 lipca 2018 r. ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych.

Zgodnie z art. 48 ust. 1 tej ustawy organizator turystyki ponosi odpowiedzialność za wykonanie usług turystycznych objętych umową o udział w imprezie turystycznej, bez względu na to, czy usługi te mają być wykonane przez organizatora turystyki, czy przez innych dostawców usług turystycznych. Natomiast w art. 50 opisano normatywnie roszczenia przysługujące podróżnemu. Podróżnemu przysługuje obniżka ceny za każdy okres, w trakcie którego stwierdzono niezgodność, chyba że została ona spowodowana wyłącznym działaniem lub zaniechaniem podróżnego. Podróżnemu przysługuje odszkodowanie lub zadośćuczynienie za poniesione szkody lub krzywdy, których doznał w wyniku niezgodności. Organizator turystyki niezwłocznie wypłaca odszkodowanie lub zadośćuczynienie. Podróżnemu nie przysługuje natomiast odszkodowanie lub zadośćuczynienie za niezgodność, w przypadku gdy organizator turystyki udowodni, że:

- 1) winę za niezgodność ponosi podróżny,
- 2) winę za niezgodność ponosi osoba trzecia, niezwiązana z wykonywaniem usług turystycznych objętych umową o udział w imprezie turystycznej, a niezgodności nie dało się przewidzieć lub uniknąć,

¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 30 maja 2014 r., sygn. akt I ACa 455/14, Lex nr 1682917.

3) niezgodność została spowodowana nieuniknionymi i nadzwyczajnymi okolicznościami.

Kamienie milowe orzecznictwa dotyczącego „zmarnowanego urlopu”

Przełomowym orzeczeniem w sprawie „zmarnowanego urlopu” na gruncie prawa wspólnotowego (obecnie unijnego) było orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z 12 marca 2002 r. w sprawie C-168/00. Trybunał odpowiedział w nim na pytanie prejudycjalne sądu w Linzu (Austria) dotyczące tego, czy artykuł 5 dyrektywy Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. (90/314/EWG) w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek¹⁸ należy interpretować w ten sposób, że przyznaje konsumentom prawo do zadośćuczynienia za krzywdę wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków wynikających z umowy o podróż. Zostało ono zadane w stanie faktycznym sprawy, w którym małoletni uczestnik wycieczki zatrul się salmonellą. Zatrucie było związane z żywnością oferowaną podczas wakacji. Choroba objawiała się wysoką gorączką, trudnościami w krążeniu, biegunką, wymiotami i lękiem. Rodzice musieli się opiekować dzieckiem do końca wakacji. Wielu innych gości podczas wakacji również zachorowało na tę samą chorobę i wykazywało te same objawy.

Trybunał w swoim rozstrzygnięciu uznał, że art. 5 dyrektywy 90/314 w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek należy interpretować jako przyznający co do zasady konsumentom prawo do zadośćuczynienia za szkodę niematerialną wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania usług stanowiących zorganizowane wakacje¹⁹.

Na gruncie prawa polskiego orzeczeniem przecinającym wszelkie wątpliwości i spory dotyczące możliwości zasądzenia zadośćuczynienia za „zmarnowany urlop” była uchwała Sądu Najwyższego z 19 listopada 2010 r.²⁰, która

¹⁸ Dyrektywa Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. (90/314/EWG) w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (Dz. Urz. 1990, L 158, s. 59).

¹⁹ Zob. na ten temat M. Adamczak-Retecka, *Zakres pojęcia „szkoda” w prawie wspólnotowym*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2005, nr 1–2, s. 243–250. Autorka wskazuje, że „(...) orzeczenie Trybunału wydane w sprawie Leitner rozwiewa wątpliwości co do ewentualnej możliwości zastosowania definicji przyjętej w jednej z dyrektyw dla wyjaśnienia znaczenia określonego pojęcia w innej dyrektywie. Interpretacja pojęcia »szkoda« przyjęta przez Trybunał jest niewątpliwie korzystna dla konsumentów zawierających umowę o podróż. (...) Orzeczenie to może zatem wywrzeć wpływ na dalsze kształtowanie się relacji pomiędzy organizatorami podróży a przykładowo właścicielami hoteli”.

²⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z 19 listopada 2010 r., sygn. akt III CZP 79/10, Lex nr 612168. Zob. także K. Kryła, *Zmarnowany urlop. Glosa do uchwały z dnia 19 listopada 2010 r. (III CZP 79/10)*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 9, s. 137–145; J. Gospodarek, *Cywilne prawo – ochrona dóbr osobistych – odpowiedzialność organizatora turystyki za tzw. zmarnowany urlop. Glosa do uchwały*

jednocześnie wpłynęła na ujednolicenie orzecznictwa sądowego w tym zakresie. Sąd stwierdził w niej, że art. 11a ustawy o działalności turystycznej jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 471 k.c., przy czym art. 11a ustawy o usługach turystycznych stanowi odpowiednik art. 5 ust. 1 i 2 dyrektywy 90/314. Orzeczeniem interpretującym powyższy przepis dyrektywy był w ocenie Sądu Najwyższego wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie Simone Leitner²¹, w którym Trybunał uznał, że brak specyfikacji w art. 5 dyrektywy 90/314 rodzajów uszczerbków podlegających kompensacji – jako zabieg celowy – stwarza podstawy do szerokiej interpretacji pojęcia szkody, czemu sprzyja także pozanormatywne znaczenie umowy o imprezę turystyczną; turystyka jako sektor przekrojowy i związany z wieloma dziedzinami działalności gospodarczej jest obiektem szczególnej dbałości o wzrost konkurencyjności i upraszczanie istniejącego prawodawstwa europejskiego. Poza tym podstawowym bodźcem pobudzającym konsumenta do korzystania z imprezy turystycznej jest osiągnięcie korzyści niematerialnej (przyjemności wypoczynku, spokoju, relaksu, poczucia komfortu itp.); nieuzyskanie jej na skutek zaniedbań organizatora, a więc utrata przyjemności (zmarnowanie urlopu) jest często jedynym uszczerbkiem poniesionym przez konsumenta.

Wobec powyższego, zdaniem Sądu Najwyższego, pojęciem szkody należy obejmować także uszczerbek niemajątkowy w postaci utraty przyjemności wypoczynku, zaś konsument ma prawo do uzyskania odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy poniesiony na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

W sprawie tej powstało także bardzo ciekawe zagadnienie prawne, na które również należy zwrócić uwagę. Dotyczyło ono możliwości zasądzenia

SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2012, nr 1, s. 2; M. Łolik, Odpowiedzialność organizatora turystyki za zmarnowany urlop. Glosa do uchwały SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 9, s. 45–47, M. Domańska, A. Hauser, R. Talaga, Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 9, s. 59–64.

²¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) z 12 marca 2002 r. w sprawie C-168/00 Simone Leitner przeciwko TUI Deutschland GmbH & Co. KG, ECLI:EU:C:2002:163. Zob. także wydaną w tej sprawie opinię Rzecznika Generalnego Tizzano z 20 września 2001 r., ECLI:EU:C:2001:476. Zob. również na ten temat: S. Łazarewicz, *Odpowiedzialność za „zmarnowany urlop” w świetle ustawy o usługach turystycznych, prawa Unii Europejskiej oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Prawnoustrojowe” 2012, nr 17, s. 46–48. Autorka wskazuje, że „(...) orzeczenie w sprawie Leitner potwierdza znaczenie doktryny *effet utile*. Odgrywa ona szczególną rolę zwłaszcza w odniesieniu do usług turystycznych, gdzie niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy powoduje nie tylko szkody majątkowe, ale także niemajątkowe. Obniżenie ceny imprezy turystycznej często nie rekompensuje uszczerbku w dobrach konsumenta, jakim jest wypoczynek, relaks, komfort psychiczny itp. Zdarza się, że turysta w wyniku nienależytego wykonania umowy ponosi uszczerbek wyłącznie niematerialny. Prawo do odszkodowania będzie zatem skuteczne tylko wtedy, gdy obejmie także szkodę niemajątkową, jaką jest utrata przyjemności. Inna interpretacja stawiałaby pod znakiem zapytania cel dyrektywy, a samo odszkodowanie pozbawiała znaczenia praktycznego”.

zadośćuczynienia za nienależyte wykonanie umowy. Zatem roszczenie o naprawienie krzywdy miałoby wynikać z reżimu *ex contractu*, a nie *ex delicto*. Sąd Najwyższy dokonał w tym zakresie interpretacji pozwalającej na wywieńczenie takiego roszczenia w ramach odpowiedzialności kontraktowej w odniesieniu do „zmarowanego urlopu”, powołując się m.in. na powyżej wskazany wyrok Trybunału Sprawiedliwości. Dodatkowo jego zdaniem wyklądania art. 11a ustawy o usługach turystycznych, dopuszczająca zasądzenie zadośćuczynienia z tytułu odpowiedzialności kontraktowej, odpowiada także współczesnym tendencjom rozwoju prawa cywilnego. Przykładowo: prawo wierzyciela do wynagrodzenia szkody niemajątkowej wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przewiduje art. 9:501 ust. 2 zasad europejskiego prawa umów – PECL. Zgodnie z tym przepisem odszkodowanie należy się za szkody niemajątkowe oraz szkody przyszłe, których wystąpienie można, rozsądnie rzecz biorąc, uznać za prawdopodobne. Podkreśla się, że odszkodowaniu mogą podlegać – wywołane niewykonaniem umowy – ujemne doznania psychiczne związane z cierpieniem, bólem lub zakłóceniem spokoju psychicznego; w tych ujemnych doznaniach mieszczą się przykrości spowodowane „zmarowaniem urlopu”. Zdaniem Sądu Najwyższego podobne unormowania można znaleźć w zasadach międzynarodowych umów handlowych UNIDROIT. Zgodnie z art. 7.4.2 wierzyciel ma prawo do pełnego naprawienia szkody z tytułu niewykonania zobowiązania; szkoda obejmuje zarówno poniesione straty, jak i utracony zysk, biorąc pod uwagę jakąkolwiek korzyść finansową wierzyciela spowodowaną uniknięciem kosztów albo strat; może mieć również charakter niemajątkowy i obejmować na przykład cierpienia fizyczne oraz psychiczne. Sąd Najwyższy podkreślił także, że w tym samym kierunku postępują prace Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego; w ramach naprawienia szkody niemajątkowej *ex contractu* przewiduje się możliwość domagania się przez wierzyciela naprawienia szkody niemajątkowej wynikłej z naruszenia zobowiązania, gdy jest to usprawiedliwione właściwością zobowiązania zmierzającego do zaspokojenia niemajątkowego interesu wierzyciela. Ponadto w *Zielonej księdze* przedstawiającej „optymalną wizję” Kodeksu cywilnego znajduje się postulat wprowadzenia zadośćuczynienia za krzywdę z tytułu odpowiedzialności kontraktowej przy przyjęciu kwalifikowanej postaci winy jako przesłanki tej odpowiedzialności.

Należy zatem uznać, że art. 11a ustawy o usługach turystycznych stanowił autonomiczną i szczególną podstawę odpowiedzialności za wyrządzoną krzywdę związaną z niewykonaniem lub należytym wykonaniem umowy o świadczenie usług turystycznych. Taka optyka nie może jednak stanowić argumentu za zmianą zasady, że w polskim prawie cywilnym dochodzenie zadośćuczynienia nie jest możliwe przy zastosowaniu reżimu kontraktowego, chyba że przepis szczególny stanowi odmiennie. Oczywiście nie można jednocześnie wykluczyć, że w określonych sytuacjach może dojść do zbiegu odpowie-

działności kontraktowej i deliktowej, np. w razie wystąpienia szkody na osobie doznanej przez uczestnika wycieczki na skutek niezapewnienia bezpieczeństwa przez biuro podróży. W takim wypadku odpowiedzialność biura podróży jest kontraktowa (art. 11a ust. 1 ustawy o usługach turystycznych) przy zbiegu z odpowiedzialnością deliktową (art. 415 i nast. k.c. w zw. z art. 443 k.c.)²².

Podsumowując tę część rozważań, należy postawić aktualną w świetle orzecznictwa sądowego tezę, że naprawienia szkody niemajątkowej (zadośćuczynienia za krzywdę) można żądać tylko w wypadkach przewidzianych przez ustawę, a więc *de lege lata* w ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej (por. art. 445 i art. 448 k.c.) oraz – na podstawie wyraźnego przepisu ustawowego, którym na gruncie omawianego zagadnienia jest art. 50 ust. 2 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych – jako zadośćuczynienia za zmarnowany urlop.

„Zmarnowany urlop” a naruszenie dóbr osobistych

Z judykatury wynika, że „zmarnowany urlop” nie stanowi naruszenia dóbr osobistych. Wynika to m.in. z powołanej powyżej uchwały Sądu Najwyższego. Nie można jednak wykluczyć, że w niektórych sytuacjach działanie (zaniechanie) organizatora turystyki, prowadzące do „zmarnowania urlopu”, będzie jednocześnie naruszeniem jakiegoś dobra osobistego, w szczególności zdrowia albo nietykalności lub wolności osobistej. Jednak nie uzasadnia to generalnego stanowiska, że prawo do spokojnego wypoczynku (urlopu) jest dobrem osobistym mieszczącym się w otwartym katalogu tych dóbr zawartym w art. 23 k.c.²³ Z drugiej strony nie zwalnia to sądu z obowiązku rozważenia, czy w okolicznościach faktycznych sprawy naruszono jedno z dóbr osobistych podlegających ochronie na podstawie art. 23 k.c. i czy wskazany sposób usunięcia tego naruszenia jest adekwatny do sposobu jego naruszenia²⁴.

Przy rozstrzygnięciu zasadności roszczeń wywodzonych z art. 24 k.c. przede wszystkim należy zatem dokonać oceny, czy doszło do naruszenia konkretnie-

²² Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 6 maja 2015 r., sygn. akt I ACa 245/15, Lex nr 1734685. Zob. również M. Nestorowicz, *Odpowiedzialność biura podróży za śmierć uczestnika wycieczki. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 6.05.2015 r., I ACa 245/15*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 2, s. 107–115. Autor wskazuje, że organizator wycieczki jest zobowiązany do naprawienia szkody majątkowej, jak również niemajątkowej, zadośćuczynienia pieniężnego za zmarnowany urlop i utratę przyjemności wycieczki. Nie uchyla to odpowiedzialności deliktowej biura podróży w razie szkody wyrządzonej uczestnikom wycieczek czynem niedozwolonym, przeważnie szkody na osobie. Następuje wówczas zbieg odpowiedzialności kontraktowej z deliktową (art. 443 k.c.). Odpowiedzialność deliktowa może być czasem korzystniejsza, np. za względu na dłuższe terminy przedawnienia. W razie śmierci uczestnika wycieczki roszczenia deliktowe mają osoby bliskie, pośrednio poszkodowane (art. 446 k.c.).

²³ Wyrok Sądu Najwyższego z 24 marca 2011 r., sygn. akt I CSK 372/10, Lex nr 927833.

²⁴ Ibidem.

go dobra osobistego, uwzględniając nie tylko sferę indywidualnych przeżyć poszkodowanego, ale biorąc pod uwagę przeciętną reakcję człowieka. Opierając się na obiektywnych kryteriach sąd powinien ustalić, czy skutek działania sprawcy została naruszona sfera uczuciowa danej osoby związana z jej określonym dobrem osobistym.

Kodeks cywilny nie zawiera definicji dobra osobistego, a art. 23 k.c. zawiera jedynie przykładowe wyliczenie dóbr osobistych podlegających ochronie prawnej na podstawie art. 24 k.c. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że dobra osobiste są prawami niemajątkowymi, ściśle związanymi z osobą fizyczną, niezbywalnymi i skutecznymi w stosunku do wszystkich innych osób.

Nie można jednak wykluczyć, że „zmarnowany urlop” będzie pociągał za sobą także naruszenie dóbr osobistych, takich jak zdrowie lub godność. To ostatnie związane z prawem człowieka do poszanowania godności, wyrażającej się w poczuciu własnej wartości i oczekiwaniu szacunku ze strony innych ludzi, dotyczy wszystkich aspektów życia osobistego człowieka. Zaoferowane faktyczne warunki uczestnikowi imprezy turystycznej mogą nie tylko nie odpowiadać standardowi wynikającemu z zawartej umowy, ale mogą być też niegodne. Godność osobista to m.in. oczekiwanie szacunku ze strony innych ludzi, a tym samym oczekiwanie na zapewnienie odpowiednich, godziwych warunków wypoczynku, a więc warunków zapewniających spokój i umożliwiających swobodne i pełne korzystanie z oferowanych świadczeń, a także na odpowiednie reagowanie na zgłoszone nieprawidłowości. W konsekwencji zapewnienie warunków pobytu w sposób znaczący odbiegających od obowiązujących standardów i pozorne uwzględnienie zgłaszanych zastrzeżeń przez zaoferowanie warunków jeszcze gorszych może naruszać dobro osobiste w postaci godności osobistej²⁵. W takim wypadku dopuszczalne będzie zatem skorzystanie z roszczeń przewidzianych przez ustawodawcę w przypadku naruszenia dóbr osobistych.

Podsumowanie

Zagadnienie „zmarnowanego urlopu” i roszczeń o zadośćuczynienie z tego tytułu będą coraz bardziej zyskiwać na znaczeniu ze względu na zwiększenie aktywności turystów i coraz większą liczbę zawieranych umów o świadczenie

²⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29 kwietnia 2013 r., sygn. akt VI ACa 1357/12, Lex nr 1372486. Zob. M. Nestorowicz, *Odpowiedzialność biura podróży. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29.04.2013 r. (VI ACa 1357/12)*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 10, s.13–145. Autor opisuje w swojej glosie m.in. bardzo ciekawą sprawę angielską *Crossley v. Thompson Holiday Ltd (North Shields County Court, 18 January 2001)*, „International Travel Law Journal” 2001, s. 71 i nast.

usług turystycznych. Konieczne jest także podkreślenie, że z każdym rokiem rośnie znajomość prawa w tym zakresie wśród osób zawierających umowę o podróż. Przyczyny „zmarnowanego urlopu” mogą być bardzo różne; w niniejszej pracy zostały one podzielone na typowe (występujące stosunkowo często) oraz nietypowe (występujące zdecydowanie rzadziej). Niezależnie jednak od przyczyn „zmarnowania urlopu” polskie sądy mają dziś dosyć jasne wytyczne jurydyczne, jak rozstrzygać tego typu sprawy. Te wskazówki płyną nie tylko z przepisów prawa, ale także z dotychczasowego orzecnictwa zarówno sądów polskich, jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Został także praktycznie i funkcjonalnie rozwiązany problem możliwości zasądzenia zadośćuczynienia za krzywdę w przypadku niewykonania lub ненаależytego wykonania umowy, której przedmiotem są usługi turystyczne (w nowym stanie prawnym kwestia ta już nie budzi jakichkolwiek wątpliwości ze względu na treść przepisów ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych). Obszernie w orzecnictwie została również wyjaśniona kwestia prawa do wypoczynku jako dobra osobistego. Wszystko to sprzyja pewności obrotu, jak również prowadzi do wzmocnienia pozycji konsumentów wobec organizatorów usług turystycznych.

Wykaz literatury

- Adamczak-Retecka M., *Zakres pojęcia „szkoda” w prawie wspólnotowym*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecnictwa” 2005, nr 1–2.
- Chambellan A., *Odpowiedzialność deliktowa biura podróży w prawie niemieckim*, „Przegląd Sądowy” 2012 nr 10.
- Domańska M., Hauser A., Talaga R., *Orzecnictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 9.
- Gospodarek J., *Cywilne prawo – ochrona dóbr osobistych – odpowiedzialność organizatora turystyki za tzw. zmarnowany urlop. Glosa do uchwały SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10*, „Orzecnictwo Sądów Polskich” 2012, nr 1.
- Grzybczyk K., *Ocena prawna spoilerowania*, [w:] I. Matusiak, K. Szczepanowska-Kozłowska, Ł. Żelechowski (red.), *Opus auctorem laudat. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Monice Czajkowskiej-Dąbrowskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Kryła K., *Zmarnowany urlop. Glosa do uchwały z dnia 19 listopada 2010 r. (III CZP 79/10)*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 10.
- Łazarewicz S., *Odpowiedzialność za „zmarnowany urlop” w świetle ustawy o usługach turystycznych, prawa Unii Europejskiej oraz orzecnictwa Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Prawnoustrojowe” 2012, nr 17.
- Łolik M., *Odpowiedzialność organizatora turystyki za zmarnowany urlop. Glosa do uchwały SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 9.
- Łolik M., *Więź emocjonalna między osobami najbliższymi jako dobro osobiste. Glosa do uchwały SN z dnia 27 marca 2018 r., III CZP 60/17*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 9.

- Maciąg A., *Wycena zadośćuczynienia i odszkodowania za zmarowany urlop w opinii turystów polskich i niemieckich w świetle wyników badań własnych*, „Ekonomiczne Problemy Turystyki” 2016, nr 2(34).
- Marshall & (and) Dixon v. KLM, „International Travel Law Journal” 2002, nr 2.
- May J., *Pursuit of non-pecuniary loss and pecuniary damage compensation for spoiled holiday*, „Review of European and Comparative Law” 2020, nr 1.
- Nesterowicz M., *Zadośćuczynienie pieniężne ex contractu i przy zbiegu z odpowiedzialnością ex delicto*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 1.
- Nesterowicz M., *Odpowiedzialność cywilna biur podróży w prawie francuskim*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 2.
- Nesterowicz M., *Odpowiedzialność cywilna biura podróży za „zmarowany urlop” w prawie polskim i porównawczym (na tle uchwały Sądu Najwyższego z 19 listopada 2010 r.)*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 5.
- Nesterowicz M., *Umowa o podróż*, [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, seria: *System Prawa Prywatnego*, t. 7, wyd. trzecie, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Nesterowicz M., *Odpowiedzialność biura podróży. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29.04.2013 r. (VI ACa 1357/12)*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 10.
- Nesterowicz M., *Odpowiedzialność biura podróży za śmierć uczestnika wycieczki. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 6.05.2015 r., I ACa 245/15*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 2.
- Rudnik A., *Zadośćuczynienie pieniężne za zmarowany urlop w prawie niemieckim*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 5.
- Wałachowska M., *Odszkodowanie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o podróż i zadośćuczynienie za „zmarowany urlop”*, [w:] M. Nesterowicz (red.), *Odpowiedzialność biur podróży a ochrona klientów w prawie polskim i Unii Europejskiej*, Wyższa Szkoła Bankowa, Toruń 2013.

Summary

Compensation for non-material damage for “the wasted holidays” in the light of courts’ jurisprudence

Keywords: law, package travel, compensation for non-material damage, failure to perform or the improper performance of the contract, enjoyment of a holiday, liability.

This article concerns the compensation for non-material damage for “the wasted holidays” in the light of the courts’ jurisprudence. The article aims to present and analyze the concept of “the wasted holidays” and the legal consequences of its occurrence. This analysis is conducted based on legal regulations and judicial decisions. The issue of “the wasted holidays” and claims for compensation for non-material damage will become more and more important due to the increased activity of tourists and the growing number of tourist

contracts concluded. It is also necessary to stress that each year the knowledge of the law in this respect among persons concluding travel contracts is also growing. The reasons for “the wasted holidays” can be very different; in this paper, they are divided into typical (relatively frequent) and untypical (much less frequent). However, regardless of the reasons for “the wasted holidays”, Polish courts today have quite clear and precise guidelines on how to resolve such cases.

Michał Gornowicz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-1391-0623

michal.gornowicz@uwm.edu.pl

Uprawnienia dyrektorów wykonawczych w zakresie prowadzenia spraw i reprezentacji spółki europejskiej*

Podstawa prawna działalności dyrektorów wykonawczych wynika z art. 43 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej, stanowiącym że organ administracyjny prowadzi sprawy SE. Państwo członkowskie może przewidzieć, że jeden lub wielu przedstawicieli prowadzi bieżące sprawy związane z zarządzaniem na własną odpowiedzialność. Treść unijnego rozporządzenia nie definiuje pojęcia bieżących spraw. O zakwalifikowaniu danej sprawy jako „bieżącej” decyduje w szczególności jej znaczenie w relacji do rozmiarów spółki europejskiej. Powinno być zatem oceniane w sposób indywidualny¹.

Wyrazem implementacji aktu prawa unijnego do polskiego ustawodawstwa jest uchwalenie ustawy o spółce europejskiej, która wprowadziła nowy dla ówczesnego porządku prawnego monistyczny model zarządzania spółką europejską², polegający na funkcjonowaniu organu menadżerskiego – rady administrującej. Skupiają się w niej kompetencje zarządczo-nadzorcze. Specyfika

* Artykuł napisany pod kierunkiem naukowym dr. hab. Jakuba Ziętego, prof. UWM.

¹ W myśl dorobku doktryny brytyjskiej oraz niemieckiej „sprawy bieżące” należy interpretować jako sprawy życia codziennego, występujące z dużą częstotliwością, mogące być załatwione rutynowo. Znajdują one zastosowanie wówczas, gdy finansowe, ekonomiczne, ale także organizacyjne i społeczne znaczenie dokonywanych czynności będzie relatywnie niewielkie (K. Kohutek, *Rada administrująca w spółce europejskiej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 10, s. 47). Z kolei przedstawiciele polskiej doktryny przez prowadzenie spraw spółki rozumieją „proces polegający na wydawaniu decyzji, podejmowaniu uchwał, opinii, organizowanie działalności przedsiębiorcy oraz, w pewnych sytuacjach, osobistej realizacji czynności wykonawczych w ten sposób, aby były one zgodne z przedmiotem działania danego podmiotu, w celu realizacji jego zadań i osiągnięcia jak najlepszych wyników gospodarczych (M. Dumkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 963; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2018.)

² Na potrzeby artykułu pojęcie monistycznego modelu zarządzania spółką europejską określa nie jest również jako jednopoziomowe.

wskazanego wyżej systemu zarządzania przewiduje fakultatywność delegowania prowadzenia spraw spółki na rzecz dyrektora lub dyrektorów wykonawczych³.

W świetle art. 30 ust. 1 ustawy o spółce europejskiej⁴, rada administrująca może powierzyć prowadzenie spraw SE dyrektorowi wykonawczemu albo dyrektorom wykonawczym (delegacja kompetencji), chyba że ustawa lub statut stanowi inaczej. Komentowany przepis ma fakultatywny charakter. Z regulacji nie wynika wprost czy delegacja kompetencji może zostać ustanowiona na rzecz jednego, kilku wybranych lub wszystkich dyrektorów wykonawczych. Członkowie organu nieobjęci delegacją przyjmują wówczas status dyrektorów niewykonawczych odpowiedzialnych za nadzór i kontrolę nad działalnością dyrektorów wykonawczych⁵.

W porównaniu do ustawy o spółce europejskiej, komentowana kwestia została precyzyjniej uregulowana w przepisach wprowadzonych do polskiego porządku prawnego 1 lipca 2021 r. o prostej spółce akcyjnej. Zgodnie z art. 300⁷⁶ § 1 k.s.h., delegacja może zostać ustanowiona na jednego albo niektórych dyrektorów spółki. Zasada ta stanowi zatem wyjątek od kolegialnego charakteru funkcjonowania organu⁶.

Pomimo fakultatywności komentowanego rozwiązania prawnego, jego wykorzystanie leży w interesie spółki europejskiej. Usystematyzowanie obowiązków członków rady administrującej usprawnia jej funkcjonowanie. Z chwilą ukonstytuowania się organu każdy spośród nich posiada te same uprawnienia w zakresie wykonywania czynności zarządczo-nadzorczych, co w praktyce może powodować określone spory kompetencyjne pomiędzy nimi. Konsekwencją prawną wykorzystania delegowania kompetencji jest wyodrębnienie w ramach jednopoziomowego systemu funkcjonowania spółki europejskiej osób sprawujących zarząd i nadzór, ponieważ przyjmuje się, że osoby, które nie zostały objęte delegacją, uzyskują status dyrektorów nie wykonawczych spółki odpowiedzialnych za sprawowanie w niej nadzoru⁷.

³ E. Wójtowicz, *Prawo polskie wobec monistycznego systemu zarządzania w spółkach akcyjnych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2004, t. LXIV, s. 306.

⁴ Ustawa z dnia 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej (Dz.U. z 2005, nr 62, poz. 551 ze zm.).

⁵ Na marginesie należy zwrócić uwagę, że polski ustawodawca rozszerzył zakres delegowanych dyrektorom kompetencji, nie ograniczając ich wyłącznie do prowadzenia bieżących spraw spółki, czego wyrazem jest art. 43 ust. 1 ustawy o spółce europejskiej. Zgodnie z jego brzmieniem, uprawnienie dyrektorów wykonawczych niebędących członkami rady administrującej do reprezentowania spółki obejmuje wszystkie czynności sądowe i pozasądowe związane z zakresem powierzonych im do prowadzenia spraw. Uprawnienie te ma zatem ograniczony ustawowo charakter (M. Hejbudzi, *Struktura i kompetencje organu administrującego spółki europejskiej opartej na systemie monistycznym*, „Studia Prawnicze” 2004, nr 4, s. 97–98).

⁶ G. Kozieł, *Prosta spółka akcyjna. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 346.

⁷ Ibidem, s. 347.

W treści literatury przedmiotu zakres przedmiotowy delegacji dyrektorów budzi wątpliwości. Arkadiusz Wowerka twierdzi, że delegacja kompetencji nie może dotyczyć spraw związanych z reprezentacją spółki⁸. Literalne brzmienie art. 30 ust. 1 ustawy o spółce europejskiej potwierdza prawdziwość wyrażonego twierdzenia, jednakże treść postanowień statutowych spółki europejskiej może przewidywać rozszerzenie zakresu kompetencji powierzonych w delegacji o czynności związane z reprezentowaniem spółki. Kolejnym potencjalnym rozwiązaniem prawnym, umożliwiającym rozszerzenie kompetencji dyrektorów wykonawczych o reprezentację, jest udzielenie im przez radę administrującą pełnomocnictwa. Ewentualne rozszerzenie uprawnień dyrektorów wykonawczych wynikających z postanowień statutowych spółki lub pełnomocnictwa powoduje dualny charakter ich funkcjonowania bazujący na przepisach oraz wskazanych wyżej dokumentach⁹.

Przez reprezentację spółki przedstawiciele piśmiennictwa prawniczego rozumieją sferę funkcjonowania na zewnątrz, a także relacji z osobami trzecimi. Uprawnienia te dotyczą wszystkich czynności prawnych dokonywanych przez spółkę w obrocie cywilnoprawnym, jak i reprezentowanie spółki europejskiej jako osoby prawnej przed organami administracyjnymi czy też sądami¹⁰.

Podkreślenia wymaga jednak fakt, że podejmowane przez dyrektorów wykonawczych czynności w spółce nie mogą wchodzić w sferę nadzoru i kontroli nad spółką. Dyrektorom wykonawczym sprawującym jednocześnie nadzór nad podejmowanymi przez siebie działaniami mógłby zostać przypisany zarzut o brak obiektywizmu i rzetelności prowadzonych działań.

Prowadząc przedmiotowe rozważania, należy wywieść, że zakres przyznanych dyrektorom wykonawczym kompetencji uwarunkowany jest wolą rady administrującej. Organ zachowuje pełną swobodę w zakresie ewentualnego ustanowienia delegacji. Nie ma on obowiązku skorzystania z niego, a z drugiej strony organ może podjąć uchwałę, na mocy której deleguje na rzecz dyrektorów wykonawczych prowadzenie spraw spółki oraz przykładowo wykorzystując postanowienia statutowe powierzy mu reprezentowanie spółki europejskiej. Wystąpienie komentowanej okoliczności spowoduje w konsekwencji, że dyrektorom wykonawczym zostanie powierzony maksymalny zakres kompetencji¹¹.

⁸ A. Wowerka, [w:] S. Pawłowski, J. Stelina, A. Wowerka, M. Zieleniecki, *Ustawa o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej z komentarzem*, Gdańsk 2008, s. 59.

⁹ W analizowanym kontekście polski ustawodawca wykazuje brak konsekwencji. Z jednej strony ogranicza on uprawnienia dyrektorów na mocy ustawy o spółce europejskiej do prowadzenia spraw spółki i reprezentacji, a z drugiej strony – na gruncie przepisów o prostej spółce akcyjnej – dopuszcza możliwość reprezentowania spółki, czego wyrazem jest art. 300 (60) § 2 k.s.h. przewidującego funkcjonowanie dyrektorów niewykonawczych odpowiedzialnych za nadzór.

¹⁰ M. Dumkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 963–964.

¹¹ Ustawodawca, wprowadzając powyższy wymóg, podkreśla doniosłość prawną dokonywanej czynności. Nie doprecyzowano jednak, jaką większością miałaby zostać powzięta przedmiotowa uchwała. Skoro legislator nie przewiduje kwalifikowanej większości niniejszej uchwały, należy stwierdzić, że powinna być one podjęta bezwzględną większością głosów.

Stanowisko dyrektora wykonawczego może objąć każda osoba fizyczna przy spełnieniu wymogów przewidzianych w art. 18 k.s.h. Ich liczba musi być ograniczona postanowieniami statutowymi lub uchwałą rady administrującej. Dyrektorzy mogą być w każdym czasie odwołani, a ustanowiona na ich rzecz delegacja cofnięta. Rada administrująca może wydawać dyrektorom wykonawczym wiążące polecenia dotyczące prowadzenia spraw SE. Walne zgromadzenie nie może wydawać dyrektorom wykonawczym wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw SE. Ustanowienie delegacji nie uszczupla kompetencji rady¹².

Kolejnym czynnikiem ograniczającym uprawnienia dyrektorów wykonawczych jest art. 31 ust. 1 i 2 ustawy o spółce europejskiej, przewidujący wyłączność określonych kompetencji rady administrującej, co w praktyce oznacza, że kompetencje objęte jego treścią nie mogą stanowić przedmiotu delegacji na rzeczy dyrektorów wykonawczych ani komitetów rady administrującej. Wskazane w treści powyższej regulacji uprawnienia dotyczą prowadzenia spraw spółki¹³.

Dokonując analizy pozycji prawnej dyrektorów w spółce europejskiej, należy wysnąć wniosek, że polski ustawodawca wprowadza szereg rozwiązań, mogących ograniczać ich samodzielność w spółce. Ich działalność ma zatem służebny wobec rady charakter funkcjonowania¹⁴.

Treść ustawy o spółce europejskiej nie określa *expressis verbis* charakteru prawnego dyrektorów, jednakże z treści uzasadnienia projektu przedmiotowego aktu prawnego wynika, że dyrektor wykonawczy będzie „swoistym przedstawicielem spółki w ramach monistycznego ładu korporacyjnego”, co tym samym oddziela jego pozycję prawną od członka organu osoby prawnej czy też jej pełnomocnika¹⁵.

Regulacje prawa europejskiego dotyczące dyrektorów wykonawczych odwołują się nie tylko do jego uprawnień, ale również charakteru prawnego jego funkcjonowania. Ustawodawca unijny w art. 43 ust. 1 rozporządzenia określa ich wprost mianem przedstawicieli spółki. W polskim piśmiennictwie praw-

¹² M. Podleś, L. Siwik, *Reprezentacja spółki europejskiej przez dyrektorów wykonawczych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2019, nr 9, s. 42. Może dojść zatem do stanu faktycznego, w którym te same uprawnienie będzie przysługiwać jednocześnie dwóm podmiotom w spółce europejskiej. Powstaje zatem pytanie, który z nich – rada administrująca czy dyrektorzy wykonawczy są władni do realizacji tychże kompetencji. Istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że wprowadzone rozwiązanie może rodzić chaos prawny polegający na możliwości wystąpienia w spółce sporów kompetencyjnych o charakterze pozytywnym.

¹³ S. Pawłowski i in., *Ustawa o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej*, Gdańsk 2008, s. 61.

¹⁴ Odwołanie członka organu będącego jednocześnie dyrektorem wykonawczym będzie skutkowało odwołaniem go z funkcji dyrektora, chyba że uchwała przewidywałaby inaczej, co wynika wprost z art. 41 ust. 2 ustawy o spółce europejskiej.

¹⁵ Uzasadnienie do projektu ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej, http://orka.sejm.gov.pl/proc4.nsf/projekty3314_p.htm, s. 16 (data dostępu: 6.08.2020).

niczym konstrukcję dyrektora wykonawczego porównuje się do organu¹⁶, członek organu¹⁷, przedstawiciela ustawowego, pełnomocnika, prokurenta czy też szczególnego rodzaju funkcjonariusza korporacyjnego¹⁸.

Mimo że dyrektorzy wykonawczy nie mają statusu organu, charakter ich funkcjonowania jest zbliżony do członka zarządu dualistycznego systemu. Wskazuje na to ich podobny zakres kompetencji związany z możliwością zarówno prowadzenia spraw spółki obejmującego realizację stosunków wewnętrznych, jak i reprezentację spółki związaną z wykonywaniem czynności w stosunkach zewnętrznych¹⁹.

Specyfika funkcjonowania spółek europejskich wymusza uwzględnienie przy reprezentacji łącznej nie tylko członków rady oraz prokurentów, ale również dyrektorów wykonawczych niebędących członkami organu. Wariantów ukształtowania sposobu reprezentacji jest wiele, ponieważ zarówno ustawa, jak i rozporządzenie nie wprowadzają w tym zakresie ograniczeń. Lidia Siwik i Marcin Podleś wskazują, że jednym z przykładów reprezentacji może być współdziałanie kilku osób o różnych funkcjach, a mianowicie członka rady administrującej będącym dyrektorem wykonawczym, członka rady niebędącego dyrektorem wykonawczym, dyrektora wykonawczego niebędącego członkiem rady, dyrektora posiadającego prawo reprezentowania spółki europejskiej, prokurenta czy też pełnomocnika. Wskazana sytuacja może zatem rodzić dezorientację wśród pozostałych uczestników obrotu gospodarczego²⁰.

Z uwagi na to, że ustawa o spółce europejskiej nie reguluje szczegółowo zasad reprezentacji spółki, należy odnieść się do art. 373 § 1 k.s.h. określającego sposób reprezentacji spółki. Decydujące dla sygnalizowanej kwestii jest zapis postanowień statutowych spółki określający zasady reprezentacji. W przypadku „milczenia” statutu w przedmiotowej kwestii, co do zasady zastosowanie znajduje reprezentacja łączna – przez dwóch dyrektorów wykonawczych lub jednego dyrektora wykonawczego i prokurenta²¹.

Wskazane rozwiązanie zostało przewidziane przez ustawodawcę w treści nowelizacji ustawy k.s.h. wprowadzającej jedną ze spółek kapitałowych o prostej spółce akcyjnej. Polski legislator powinien zatem podejmować odpowiednie działania zmierzające do ujednolicenia systemu prawnego poprzez uregulowanie instytucji dyrektora w sposób do siebie zbliżony zarówno w ustawie o spółce europejskiej, jak i k.s.h.

¹⁶ A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 571.

¹⁷ J.P. Naworski, [w:] R. Potrzebszcz, T. Siemiątkowski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2011, art. 211 k.s.h., teza 14.

¹⁸ K. Oplustil, *Spółka europejska i europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych. Akty prawne z omówieniem*, Warszawa 2005, s. 58.

¹⁹ A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 363–365.

²⁰ M. Podleś, L. Siwik, op. cit., s. 43.

²¹ A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 417–418.

Zaprezentowane rozważania skłaniają do wysunięcia postulatów *de lege ferenda* pozwalających usprawnić funkcjonowanie dyrektorów w spółce europejskiej o monistycznym modelu zarządzania. W ocenie autora godne rozważenia byłoby ustawowe poszerzenie przedmiotu delegowanych na rzecz dyrektorów wykonawczych kompetencji o reprezentowanie spółki. Wprowadzenie zaproponowanych rozwiązań legislacyjnych nie zaburzałoby sytuacji wewnętrznej spółki, doprowadzając do usprawnienia jego funkcjonowania. Pominiecie możliwości powierzenia kompetencji związanych z reprezentacją dyrektorom wykonawczym spółki europejskiej może prowadzić do niepotrzebnych komplikacji wewnątrz spółki związanych z koniecznością dokonania zmian treści postanowień statutowych oraz konieczności udzielenia ewentualnego pełnomocnictwa.

Reasumując prowadzone rozważania, należy wskazać, że uprawnienia dyrektorów wykonawczych w spółce europejskiej mogą obejmować prowadzenie spraw spółki oraz reprezentowanie jej na zewnątrz (np. jeżeli taka możliwość zostanie przewidziana na mocy postanowień statutowych spółki europejskiej). Nie ulega jednak wątpliwości, że zakres ustanowionej delegacji nie może obejmować nadzoru czy też kontroli w spółce. Kompetencje te powinny zostać przydzielone dyrektorom niezarządzającym, co zapewnia obiektywizm towarzyszący podejmowanym przez nich działaniom.

Wykaz literatury

- Dumkiewicz M., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Hejbudzki M., *Struktura i kompetencje organu administrującego spółki europejskiej opartej na systemie monistycznym*, „Studia Prawnicze” 2004, nr 4.
- Kidyba A., *Prawo handlowe*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Kidyba A., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Kohutek K., *Rada administrująca w spółce europejskiej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 10.
- Kozieł G., *Prosta spółka akcyjna. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Naworski J.P., [w:] R. Potrzeszcz, T. Siemiątkowski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 2, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Opalski A., *Europejskie prawo spółek*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Oplustil K., *Spółka europejska i europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych. Akty prawne z omówieniem*, Wyd. Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005.
- Pawłowski S., Stelina J., Wowerka A., Zieleniecki M., *Ustawa o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej wraz z komentarzem*, Komisja Krajowa NSZZ „Solidarność”, Gdańsk 2008.
- Podleś M., Siwik L., *Reprezentacja spółki europejskiej przez dyrektorów wykonawczych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2019, nr 9.
- Wójtowicz E., *Prawo polskie wobec monistycznego systemu zarządzania w spółkach akcyjnych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2004, t. LXIV.

Summary

Powers of executive directors in managing the affairs and representing the European company

Keywords: commercial law, executive director, monistic model of managing a European company.

The article aims to systematize the concepts related to determining the position and legal nature of executive directors in the monistic model of managing a European company, as well as the scope of powers granted to them by the legislator. It is also necessary to consider whether the governing board has the power to extend the competencies of non-delegated directors. In addition to analyzing the literature on the subject, it will be helpful to answer the above-mentioned issues to consider whether, and if so, which provisions regulating the activities of directors in a simple joint-stock company to enter into force on July 1, 2021, could be applied under the European Company Act. The analysis also requires an assessment of the legal status of non-executive directors in a European company that control the activities of executive directors. The implementation of the aforementioned goals will allow for *de lege ferenda* postulates, allowing to improve the functioning of executive directors in European companies with a monistic management model. The legal considerations made allowed for the conclusion that despite the lack of legal regulations regarding the possibility of extending the scope of the powers delegated to executive directors, no premises are precluding the exercise of this possibility. This solution may be introduced under the content of the statutory provisions of a European company or a power of attorney because no provision of Polish legislation excludes *expressis verbis* this possibility. *De lege ferenda*, the Polish legislator is faced with tasks related to the unification of the legal position of executive directors under the Act on the European Company and the Commercial Companies Code. with regard to the provisions on a simple joint-stock company.

Michał Hejbudski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-0616-3938

mhejbudski@uwm.edu.pl

Reguły dochodzenia i rozliczania w postępowaniach o podział majątku wspólnego środków finansowych pochodzących z płatności bezpośrednich przyznawanych rolnikom

Wprowadzenie

W Polsce rolnictwo jest ważnym sektorem gospodarki narodowej¹, stanowi podstawowe źródło utrzymania znacznej części społeczeństwa, zaś obszary wykorzystywane do produkcji rolnej zajmują blisko połowę powierzchni kraju². Katalog instrumentów prawnych wsparcia sektora rolnego uległ istotnym zmianom z dniem 1 maja 2004 r., gdy Polska przystąpiła do Unii Europejskiej. Integralną częścią systemu prawnego UE są regulacje dotyczące realizacji założeń Wspólnej polityki rolnej (dalej jako WPR)³. Jednym z instrumentów

¹ Teza ta jest efektem wielokierunkowego spojrzenia na sektor rolny w Polsce m.in. poprzez pryzmat udziału w tworzeniu PKB, udziału w produkcji globalnej gospodarki narodowej, sfery tworzącej miejsca pracy, udziału zasobów rolnictwa w zasobach kapitałowych kraju, udziału nakładów inwestycyjnych w rolnictwie w całości nakładów w gospodarce narodowej. Szerzej zob. A. Mrówczyńska-Kamińska, *Znaczenie rolnictwa w gospodarce narodowej w Polsce, analiza makroekonomiczna i regionalna*, „Problemy Rolnictwa Światowego” 2008, nr 5, s. 97–98.

² W 2019 r. ponad 1,4 mln gospodarstw rolnych użytkowało 14,7 mln ha i utrzymywało 10,0 mln sztuk dużych zwierząt gospodarskich. W strukturze gospodarstw rolnych ponad połowę (53,5%) stanowiły gospodarstwa najmniejsze, tj. do 5 ha użytków rolnych. Odsetek gospodarstw największych, o powierzchni 50 ha i większej, wynosił zaledwie 2,4%. Średnia powierzchnia użytków rolnych w gospodarstwie utrzymuje się od kilku lat na poziomie ok. 10 ha (w 2019 r. wyniosła 10,4 ha), podaje za: Główny Urząd Statystyczny, *Rolnictwo w 2019 roku*, Warszawa 2020, s. 3 i 15, https://stat.gov.pl/download/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5507/3/16/1/rolnictwo_w_2019_14082020.pdf (data dostępu: 23.03.2021).

³ Zob. art. 38–44 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Celami wspólnej polityki rolnej są: a) zwiększenie wydajności rolnictwa przez wspieranie postępu technicznego, racjonalny rozwój produkcji rolnej, jak również optymalne wykorzystanie czynników produkcji, zwłaszcza siły roboczej; b) zapewnienie w ten sposób odpowiedniego poziomu życia ludności wiejskiej,

wsparcia celów WPR są płatności bezpośrednie, nazywane powszechnie dopłatami unijnymi, które stanowią zbiorcze określenie płatności przyznawanych bezpośrednio rolnikom⁴ w ramach systemów wsparcia wymienionych w załączniku I unijnego rozporządzenia nr 1307/2013⁵. Płatności bezpośrednie obejmują zwłaszcza jednolitą płatność obszarową, płatność za zazielenienie, płatność dla młodych rolników, płatność dodatkową, płatność związaną do powierzchni upraw, płatność związaną do zwierząt i płatność dla małych gospodarstw⁶. W grupie płatności bezpośrednich można wyodrębnić węższą kategorię, którą stanowią płatności obszarowe, do których zaliczana jest jednolita płatność obszarowa, płatność za zazielenienie, płatność dla młodych rolników, płatność dodatkowa i płatności związane do powierzchni upraw⁷. Początkowo celem płatności bezpośrednich było rekompensowanie rolnikom spadku ich dochodów spowodowanego znaczną obniżką cen gwarantowanych, stąd ich początkowa nazwa „płatności kompensacyjne”. W wyniku kolejnych reform WPR płatności bezpośrednie stały się ważnym instrumentem tej polityki odpowiedzialnym m.in. za wsparcie i stabilizację dochodów rolniczych, utrzymanie użytków rolnych w dobrej kulturze rolnej zgodnej z ochroną środowiska, rekompensowanie kosztów związanych z wypełnianiem wymogów wspólnotowych w odniesieniu do jakości i sposobów produkcji związanych z realizacją pozaprodukcyjnych dóbr publicznych, zapewnienie równych warunków konkurencji w ramach jednolitego rynku rolno-żywnościowego, a także instrumentem pomocnym w realizacji nowych wyzwań związanych z ochro-

zwłaszcza przez podniesienie indywidualnego dochodu osób pracujących w rolnictwie; c) stabilizacja rynków; d) zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw; e) zapewnienie rozsądnych cen w dostawach dla konsumentów. Szerzej zob. A. Stelmachowski, [w:] P. Czechowski, M. Korzycka-Iwanow, S. Prutis, A. Stelmachowski, *Polskie prawo rolne na tle ustawodawstwa Unii Europejskiej*, Warszawa 1994, s. 66–72; A. Jurewicz, [w:] A. Stelmachowski (red.), *Prawo rolne*, Warszawa 2003, s. 57 i nast.; B. Jeżyńska, [w:] B. Jeżyńska, A. Oleszko, *Prawo rolne i żywnościowe. Zarys wykładu*, Kraków 2003, s. 248–249; A. Jurciewicz, B. Włodarczyk, [w:] P. Czechowski (red.), *Prawo rolne*, Warszawa 2019, s. 83 i nast.

⁴ Na temat pojęcia rolnika zob. m.in. R. Budzinowski, *Status prawny rolnika jako przedsiębiorcy (zagadnienia wybrane)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 3, s. 111–120; M. Pietraszewski, *Czy rolnik indywidualny jest przedsiębiorcą w świetle kodeksu cywilnego?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 4, s. 48–53; J.P. Naworski, *Status prawny rolnika indywidualnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012, nr 10, s. 11–19; J. Bieluk, *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego*, Warszawa 2016, s. 227–244.

⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1307/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające przepisy dotyczące płatności bezpośrednich dla rolników na podstawie systemów wsparcia w ramach wspólnej polityki rolnej oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 637/2008 i rozporządzenie Rady (WE) nr 73/2009 (Dz. Urz. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r., s. 608 ze zm.).

⁶ Są to płatności bezpośrednie w rozumieniu art. 1 lit. a rozporządzenia nr 1307/2013. Zob. też art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lutego 2015 r. o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1341 i 2320).

⁷ Art. 8 ustawy z dnia 5 lutego 2015 r. o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1341 i 2320).

ną zasobów naturalnych, zmianami klimatycznymi, gospodarką wodną, różnorodnością biologiczną oraz energią odnawialną⁸. Normatywne podstawy funkcjonowania systemu dopłat bezpośrednich zawarte są zarówno w regulacjach na płaszczyźnie unijnej⁹, jak też krajowej¹⁰.

Wybór tematu badawczego uzasadnia konstatacja, że w rezultacie przedstawionego obowiązującego stanu prawnego płatności bezpośrednie stały się stosunkowo częstym przedmiotem rozstrzygnięć wydawanych przez sądy powszechne. Celem podjętych rozważań naukowych jest ustalenie i przedstawienie wypracowanych reguł dochodzenia i rozliczania w postępowaniach o podział

⁸ Postanowienie SO w Sieradzu z 17 października 2018 r., sygn. akt I Ca 378/18, Lex nr 2584435.

⁹ Zob. m.in. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r., s. 320); rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1304/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie Europejskiego Funduszu Społecznego i uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1081/2006 (Dz. U. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r., s. 470); rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1305/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich przez Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) i uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1698/2005 (Dz.U. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r., s. 487); rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1306/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie finansowania wspólnej polityki rolnej, zarządzania nią i monitorowania jej oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 352/78, (WE) nr 165/94, (WE) nr 2799/98, (WE) nr 814/2000, (WE) nr 1290/2005 i (WE) nr 485/2008 (Dz.U. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r., s. 549); rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1307/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające przepisy dotyczące płatności bezpośrednich dla rolników na podstawie systemów wsparcia w ramach wspólnej polityki rolnej oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 637/2008 i rozporządzenie Rady (WE) nr 73/2009 (Dz.U. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r., s. 608); rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólną organizację rynków produktów rolnych oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 922/72, (EWG) nr 234/79, (WE) nr 1037/2001 i (WE) nr 1234/2007 (Dz.U. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r., s. 671); rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2017/2393 z dnia 13 grudnia 2017 r. zmieniające rozporządzenia (UE) nr 1305/2013 w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich przez Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW), (UE) nr 1306/2013 w sprawie finansowania wspólnej polityki rolnej, zarządzania nią i monitorowania, (UE) nr 1307/2013 ustanawiające przepisy dotyczące płatności bezpośrednich dla rolników na podstawie systemów wsparcia w ramach wspólnej polityki rolnej, (UE) nr 1308/2013 ustanawiające wspólną organizację rynków produktów rolnych oraz (UE) nr 652/2014 ustanawiające przepisy w zakresie zarządzania wydatkami odnoszącymi się do łańcucha żywnościowego, zdrowia zwierząt i dobrostanu zwierząt oraz dotyczącymi zdrowia roślin i materiału przeznaczanego do reprodukcji roślin (Dz. U. UE L 350 z dnia 29 grudnia 2017 r., s. 15).

¹⁰ Zob. w szczególności ustawę z dnia 5 lutego 2015 r. o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1341 i 2320), która zastąpiła ustawę z dnia 26 stycznia 2007 r. o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego (Dz.U. z 2012 r., poz. 1164 i 1529, Dz.U. z 2013 r., poz. 311 oraz Dz.U. z 2014 r., poz. 240).

majątku wspólnego dotyczących gospodarstw rolnych¹¹ środków finansowych pochodzących z płatności bezpośrednich przyznawanych rolnikom. Badania zostały oparte na analizie judykatury, co stanowiło konsekwencję przyjętego założenia, że praktyka wymiaru sprawiedliwości w tym względzie stanowi najodpowiedniejsze i jednocześnie najbardziej miarodajne pole badawcze. Z uwagi na obszerność i wielowątkowość poruszanej materii zakres rozważań został ograniczony do jednego z tzw. postępowań działowych rozpoznawanych w postępowaniu nieprocesowym, a mianowicie do postępowania o podział majątku wspólnego. Decyzja w tym przedmiocie podyktowana jest znaczeniem społecznym, ocenianym zwłaszcza z perspektywy samych zainteresowanych, spraw o podział majątku wspólnego pomiędzy byłymi małżonkami. Powszechność i liczba tego rodzaju spraw, w których przedmiotem podziału są gospodarstwa rolne, powoduje, że reguły rządzące podziałem dopłat bezpośrednich nabierają szczególnej doniosłości. Dla przejrzystości wywodu rozważania zostały podzielone na dwie zasadnicze części, z których pierwsza dotyczy zagadnień związanych z rozliczeniem dopłat bezpośrednich pobranych przez jednego z małżonków w trakcie trwania ustawowej wspólności majątkowej, natomiast druga część poświęcona została analizie tych kwestii w okresie od ustania wspólności ustawowej do chwili podziału majątku¹².

¹¹ Na potrzeby rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu przyjęte zostało znaczenie gospodarstwa rolnego w rozumieniu teorii reistycznej, która w największym uproszczeniu sprowadza się do ujęcia nieruchomości rolnej jako koniecznego i głównego składnika gospodarstwa rolnego, a nawet wystarczającego do przyjęcia, że mamy do czynienia z gospodarstwem rolnym. Szerzej zob. S. Rakowski, *Pojęcie gospodarstwa rolnego w świetle przepisów prawa cywilnego*, „Nowe Prawo” 1971, nr 11, s. 1656; M. Ptaszyk, *Nowe zasady obrotu nieruchomościami rolnymi inter vivos*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 7, s. 52; K. Czerwińska-Korał, *Pojęcie gospodarstwa rolnego w kodeksie cywilnym – zagadnienia wybrane*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2013, r. XIII, s. 383; orzeczenie SN z 4 lutego 1967 r., sygn. akt I CO 24/58, OSNCK 1960, nr 4, poz. 98; uchwała SN z 4 lutego 1967 r., sygn. akt III CZP 110/66, postanowienie SN z 24 marca 2004 r., sygn. akt I CK 448/03, Lex nr 749988.

¹² Przyjęty podział zagadnień nie wykracza poza zakres rozważań wyznaczonych granicami określonymi w tytule opracowania. Mianowicie, jeżeli chodzi o tzw. dopłaty unijne uzyskane w okresie od ustania wspólności ustawowej do chwili podziału majątku, to, jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w postanowieniach z 14 grudnia 2011 r., sygn. akt I CSK 138/11 (OSNC 2012, nr 7–8, poz. 89) i z 9 grudnia 2014 r., sygn. akt III CSK 351/13 (niepubl.), przed wszczęciem postępowania działowego roszczenia tego rodzaju rozpoznawane są w postępowaniu procesowym, a do postępowania działowego, w wypadku czasowego zbiegu, przekazane zostały w imię kompleksowości załatwiania spraw i eliminowania zbędnych postępowań sądowych. Oznacza to, że pożytki z majątku wspólnego za okres po ustaniu wspólności majątkowej nie wchodziły w skład majątku wspólnego, lecz stanowią przedmiot odrębnego rozliczenia, dokonywanego kompleksowo w ramach postępowania działowego na podstawie art. 567 § 3 k.p.c. w zw. z art. 686 k.p.c. (zob. postanowienie SN z 29 grudnia 2016 r., sygn. akt II CSK 82/15, Lex nr 2010218; postanowienie SN z 17 listopada 2011 r., sygn. akt IV CSK 93/11, Legalis nr 464205).

Płatności bezpośrednie przyznane w trakcie trwania wspólności ustawowej

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 31 § 1 k.r.o.¹³ z chwilą zawarcia małżeństwa powstaje między małżonkami z mocy ustawy wspólność majątkowa (wspólność ustawowa) obejmująca przedmioty majątkowe nabyte w czasie jej trwania przez oboje małżonków lub przez jednego z nich (majątek wspólny). Do wyjątków należą zatem te sytuacje, w których małżonkowie dokonali wyboru innego małżeńskiego ustroju majątkowego, jak też gdy przyjęli ustrój ustawowej wspólności majątkowej, ale z mocy szczególnych regulacji przedmioty majątkowe nabyte w trakcie jego trwania należą do majątku osobistego każdego z małżonków¹⁴.

Na tle przytoczonych unormowań należy przyjąć, że polski model ustawowej wspólności majątkowej pozwala na sformułowanie wniosku, że środki finansowe pochodzące z płatności bezpośrednich do produkcji rolnej przyznane w czasie trwania wspólności ustawowej małżeńskiej stanowią dochód powstały z gospodarstwa rolnego. Brak jest jakichkolwiek aksjologicznych podstaw do szczególnego traktowania dochodu z majątku wspólnego lub powstałego na majątku osobistym w zakresie otrzymanych płatności w ramach systemów wsparcia bezpośredniego, ale wypracowanego w czasie trwania wspólności ustawowej poprzez pracę w gospodarstwie rolnym. Trzeba też zauważyć, że przepisy ww. ustawy z dnia 5 lutego 2015 r. o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego, jak również poprzedzającej ją ustawy z dnia 26 stycznia 2007 r. nie wyłączają dopłat bezpośrednich od obowiązku rozliczenia się z byłym małżonkiem. W konsekwencji środki te podlegają rozliczeniu przy podziale majątku, ponieważ stanowią dochód z gospodarstwa rolnego i to nie tylko w sytuacji, gdy gospodarstwo rolne należy do majątku wspólnego małżonków, ale także wówczas, gdy stanowi ono majątek osobisty jednego z nich, co wynika z ogólnej zasady, że do majątku wspólnego należą dochody z majątku osobistego każdego z małżonków (art. 31 § 1 pkt 2 k.r.o.)¹⁵.

Dla pełnego obrazu zagadnienia należy dodać, że środki pieniężne pochodzące z płatności bezpośrednich za okres przed ustaniem wspólności ustawowej małżeńskiej co do zasady nie podlegają rozliczeniu, ponieważ są traktowane jako dochody z majątku wspólnego i przeznaczone na zaspokojenie potrzeb rodziny¹⁶. Nawet niefrasobliwe spożytkowanie tych środków przez małżonka, który je uzyskał, np. na chybioną inwestycję rolną, która nie przyniosła ocze-

¹³ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1359), dalej jako k.r.o.

¹⁴ Chodzi tu zwłaszcza o katalog zawarty w art. 33 k.r.o.

¹⁵ Postanowienie SO w Olsztynie z 6 lipca 2018 r., sygn. akt IX Ca 100/18, Lex nr 2533305; postanowienie SO w Olsztynie z 28 grudnia 2018 r., sygn. akt IX Ca 778/18, Lex nr 2610419.

¹⁶ Postanowienie SO w Sieradzu z 17 października 2018 r., sygn. akt I Ca 378/18, Lex nr 2584435.

kiwanych zysków albo nawet spowodowała straty, nie uzasadnia ich rozliczenia przy podziale majątku wspólnego. Zgodnie bowiem z utrwaloną linią orzecniczą nawet ewentualne szkody wyrządzone w majątku wspólnym z winy nieumyślnej nie mają wpływu na rozliczenia w postępowaniu o podział majątku wspólnego¹⁷. Rozliczenia takie mogą nastąpić wyjątkowo na podstawie art. 415 k.c., jeżeli jeden z małżonków wyrządził szkodę w majątku wspólnym umyślnie, zwłaszcza gdy zatrzymał dla siebie pieniądze wchodzące w skład majątku wspólnego. Poszkodowanemu należy się odszkodowanie w wysokości połowy wartości tych środków. Oznacza to, że jeżeli jeden z małżonków w trakcie trwania wspólności majątkowej uzyskał dopłaty i nie rozliczył się z nich, to powinien to uczynić w ramach dokonywanego podziału majątku stosownie do udziału wynoszącego zasadniczo połowę, co wynika z treści art. 43 § 1 k.r.o. *Onus probandi* w zakresie wykorzystania środków otrzymanych z tytułu płatności bezpośrednich spoczywa na tym z małżonków, który twierdzi, że drugi małżonek pobrał pieniądze z dopłat i przeniósł je do swojego majątku osobistego. Sam fakt możliwych trudności dowodowych nie uzasadnia przerzucenia ciężaru dowodu na stronę przeciwną. Inaczej byłoby, gdyby zostało wykazane, że w dacie ustania wspólności ustawowej bądź na krótko przed jej ustaniem małżonek ten dysponował znacznymi środkami pochodzącymi z majątku wspólnego, których wydatkowania na potrzeby rodziny bądź swoje usprawiedliwione własne potrzeby, nie potrafiłby wykazać. Wówczas zasady doświadczenia życiowego przemawiałyby za tym, że zużył lub ukrył te środki ze szkodą dla majątku wspólnego i powinien z tych środków rozliczyć się w sprawie o podział majątku wspólnego¹⁸. Z reguły ocena właściwego wykorzystania środków z dopłat będzie się opierała na dowodzie z dokumentu w postaci zaświadczenia Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej jako ARiMR). Z uwagi na obowiązek sądu ustalenia z urzędu składu i wartości majątku wspólnego (art. 567 § 3 k.p.c. w zw. z art. 684 k.p.c.), a także poczynienia przez stronę ewentualnych nakładów i wydatków z majątku wspólnego na majątek osobisty, taki dowód najczęściej będzie przeprowadzony z inicjatywy sądu orzekającego. W razie stwierdzenia przez ARMiR prawidłowego rozliczenia się małżonka, który otrzymał środki z tytułu płatności bezpośrednich, ciężar dowodu będzie spoczywał na drugim z małżonków. W przeciwnym razie nie będzie podstaw do uwzględnienia tego rodzaju żądania tylko wówczas, gdy środki te zostaną wydane przez małżonka, który dostał dopłaty, na zaspokojenie potrzeb rodziny lub własnych usprawiedliwionych

¹⁷ Uchwała SN z 19 maja 1989 r., sygn. akt III CZP 52/89, OSNCP 1990, nr 4–5, poz. 60; uchwała SN z 27 października 1967 r., sygn. akt III CZP 73/67, OSNP 1968, nr 7, poz. 116.

¹⁸ Postanowienie SO w Sieradzu z 17 października 2018 r., sygn. akt I Ca 378/18, Lex nr 2584435; postanowienie SO w Olsztynie z 28 września 2017 r., sygn. akt IX Ca 241/17, Lex nr 2375766; postanowienie SO w Lublinie z 2 listopada 2017 r., sygn. akt II Ca 410/17, Lex nr 2413451.

potrzeb. Jednak wówczas ciężar dowodu tej okoliczności spoczywa na stronie, która pieniądze zużyła¹⁹.

Jako osobliwą, aczkolwiek nie odosobnioną, należy traktować sytuację, w której małżonkowie przenoszą posiadanie gospodarstwa rolnego na inny podmiot, chociażby na podstawie umowy dzierżawy, ale pobierają pieniądze z tytułu płatności obszarowych. Jest to sytuacja sprzeczna z obowiązującymi normami prawnymi, bowiem płatności obszarowe przyznawane są tym rolnikom, którzy faktycznie użytkują posiadane nieruchomości²⁰. Podstawę normatywną stanowi art. 8 ust. 1 pkt 3 ww. ustawy z 5 lutego 2015 r. o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego, zgodnie z którym płatności obszarowe przyznawane są do powierzchni działki rolnej będącej w posiadaniu rolnika w dniu 31 maja roku, w którym został złożony wniosek o przyznanie tych płatności. Zatem w opisanym stanie faktycznym uzyskiwane środki pieniężne nie są spożytkowane na potrzeby związane z prowadzeniem produkcji rolniczej, lecz stanowią swoistą formę dochodu tylko z tytułu formalnego posiadania nieruchomości rolnych, chociaż dopłaty te w swoim założeniu miały służyć pokrywaniu wydatków związanych z prowadzeniem gospodarstwa rolnego, czyli powinni je otrzymać rzeczywiści posiadacze, a nie małżonkowie. Niemniej jednak należy przyjąć, że ani przepisy ustawy z dnia 5 lutego 2015 r. o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego, ani poprzedzającej ją ustawy z dnia 26 stycznia 2007 r. nie wyłączają dopłat bezpośrednich od obowiązku rozliczenia się ze współwłaścicielem, i to także wówczas, gdy powinny przysługiwać jedynie faktycznym posiadaczom wykorzystującym je rolniczo. Zasadniczo zatem nie może budzić wątpliwości, że skoro jeden z małżonków pobrał z wyłączeniem drugiego małżonka dopłaty bezpośrednie do gruntów rolnych objętych wspólnością ustawową, to powinien rozliczyć się z nich w postępowaniu o podział majątku wspólnego²¹.

Płatności bezpośrednie przyznane po ustaniu wspólności ustawowej, a przed podziałem majątku

Na przedpolu rozważań należy zauważyć, że środki finansowe z tytułu płatności bezpośrednich uzyskane przez jednego z małżonków po ustaniu wspólności ustawowej nie są objęte podziałem, jeżeli gospodarstwo rolne wchodziło do jego majątku osobistego. Środki z tytułu tzw. dopłat unijnych nie będą

¹⁹ Postanowienie SN z 19 czerwca 2009 r., sygn. akt V CSK 485/08, Lex nr 537040.

²⁰ Wyrok WSA w Gdańsku z 9 stycznia 2014 r., sygn. akt I SA/GD 1255/13, Lex nr 1419543.

²¹ Należy tu przywołać rozstrzygnięcie zawarte w postanowieniu SO w Olsztynie z 16 stycznia 2020 r., sygn. akt IX Ca 1086/19, Lex nr 2784336, aczkolwiek warto nadmienić, że w stanie faktycznym sprawy chodziło o rozliczenia wynikające z tytułu działu spadku, a nie podziału majątku wspólnego.

rozliczane w postępowaniu o podział majątku wspólnego także wówczas, gdy po ustaniu wspólności majątkowej jeden z małżonków za wyraźną lub domniemaną zgodą drugiego małżonka wydzierżawił wspólne gospodarstwo rolne osobie trzeciej, która uzyskuje te dopłaty. W takim przypadku przedmiotem podziału będzie czynsz dzierżawny. Wywód w tej części należy uzupełnić o sytuację, w której po ustaniu wspólności majątkowej małżonkowie podzielią się *quoad usum* gruntami wspólnego gospodarstwa rolnego. Tym samym każde z nich jest uprawnione do korzystania z odpowiedniej części gruntów i pobierania związanych z tym korzyści, również w postaci dopłat. W takim przypadku należy przyjąć, że umowa *quoad usum* stron zmienia wynikający z art. 207 k.c. sposób podziału pożytków i innych przychodów oraz ciężarów i wydatków, a wszelkie korzyści oraz ciężary przypadają temu, kto posiada dane grunty²². W rezultacie sąd orzekający nie będzie w postępowaniu o podział majątku rozliczał tzw. dopłat unijnych.

W konsekwencji powyżej poczynionych uwag należy przyjąć, że zagadnienie, czy dopłaty unijne pobrane przez jednego z małżonków po ustaniu wspólności ustawowej stanowią pożytek z rzeczy w rozumieniu przepisów k.c. i czy powinny być uwzględniane przy ustaleniu wysokości dochodów podlegających rozliczeniu w postępowaniu sądowym, dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy istnieje wspólne gospodarstwo podlegające podziałowi. Na tym tle w judykaturze doszło do polaryzacji stanowisk.

W świetle pierwszego stanowiska²³, obecnie odosobnionego, dopłaty unijne nie podlegają rozliczeniu w postępowaniu o podział majątku, ponieważ płatności bezpośrednie nie mogą być traktowane jako pożytek w rozumieniu art. 53 § 2 k.c. Zgodnie z tym przepisem pożytkami cywilnymi są dochody, które rzecz przynosi na podstawie stosunku prawnego. Takim stosunkiem prawnym może być np. prawo własności, które niewątpliwie w udziale wynoszącym ½ przysługuje małżonkowi w odniesieniu do obszarów objętych płatnościami. Jednakże zarówno na gruncie obecnie obowiązującej ustawy z dnia 5 lutego 2015 r. o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego, jak i poprzednio obowiązujących ustaw z dnia 26 stycznia 2007 r. o płatnościach w ramach wsparcia bezpośredniego i z dnia 18 grudnia 2003 r. o płatnościach

²² Wyrok SN z 16 września 2015 r., sygn. akt III CSK 446/14, Lex nr 1816593; postanowienie SO w Lublinie z 2 listopada 2017 r., sygn. akt II Ca 410/17, Lex nr 2413451.

²³ Postanowienie SO w Białymstoku z 15 listopada 2010 r., sygn. akt II Ca 731/10, Legalis nr 526629; postanowienie SO w Ostrołęce z 9 maja 2013 r., sygn. akt I Ca 190/13, Lex nr 1846185; postanowienie SR w Ciechanowie z 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt I Ns 243/14, Lex nr 2363698; postanowienie SR w Radzynie Podlaskim z 25 stycznia 2017 r., sygn. akt I Ns 255/12 (niepubl. treść zawarta w uzasadnieniu postanowienia SO w Lublinie z 2 listopada 2017 r., sygn. akt II Ca 410/17, Lex nr 2413451); postanowienie SR w Piszcu z 14 grudnia 2016 r., sygn. akt I Ns 31/15, Lex nr 2335856; wyrok NSA z 29 listopada 2011 r., sygn. akt II GSK 1177/10, Lex nr 1151564; wyrok NSA z 7 marca 2012 r., sygn. akt II GSK 87/11, Lex nr 1137971; postanowienie SN z 15 kwietnia 2011 r., sygn. akt II CSK 430/10, Lex nr 846560.

bezpośrednich do gruntów rolnych i oddzielnej płatności z tytułu cukru, prawo do płatności zostało uzależnione od posiadania gruntów rolnych, nie zaś od ich własności, przy spełnieniu dodatkowych określonych w ustawie warunków, w szczególności: utrzymywania gruntów w dobrej kulturze rolnej, zachowania wymogów ochrony środowiska i właściwej normy obszarowej. Z uregulowań powyższych ustaw wynika, że przyznanie tzw. dopłat unijnych zostało powiązane z osobą producenta rolnego i ukierunkowane na konkretny cel w oderwaniu od stosunku prawnego tego producenta do nieruchomości, brak jest zatem argumentów przemawiających za wnioskiem o potrzebie podzielenia się przez uprawnionego do płatności z inną osobą, która takich uprawnień nie ma. Dlatego nie sposób uznać je za przychód podlegający rozliczeniu w sprawie o podział majątku wspólnego, jeżeli ubiegający się o to rozliczenie małżonek nie wykaże, że uzyskałby taki sam przychód, gdyby uprzednio wystąpił o płatności. Skoro dopłaty unijne są elementem WPR krajów UE, to ich celem jest przede wszystkim dotowanie niektórych działów produkcji rolnej po to, aby taka działalność była opłacalna. Służą one wyrównywaniu możliwości produkcyjnych przez dotowanie tych rolników, którzy gospodarują w trudniejszych warunkach. Podkreślenia wymaga, że świadczenia w postaci tzw. dopłat unijnych mają charakter administracyjnoprawny, a nie cywilnoprawny, a intencją ustawodawcy, który zezwolił współwłaścicielom przy znoszeniu współwłasności na rozliczanie pożytków i przychodów (art. 207 k.c.), było rozliczanie pożytków i przychodów wynikających ze stosunków regulowanych przepisami prawa cywilnego.

Drugie stanowisko, które opiera się na założeniu przeciwnym, dominuje i zasługuje na aprobatę. Zgodnie z tym poglądem przepisy ustawy z dnia 5 lutego 2015 r. o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego (podobnie jak poprzednio obowiązującej ustawy z 2007 r. o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego) wskazują jedynie warunki, od spełnienia których uzależnione jest przysługiwanie rolnikowi, posiadającemu grunty rolne, płatności bezpośrednich, nie odnoszą się natomiast do kwestii składu i wartości majątku wspólnego małżonków lub ich majątków osobistych, jak też do kwestii podziału majątku wspólnego po ustaniu łączącego ich ustroju majątkowej wspólności ustawowej. W rezultacie byli małżonkowie muszą podzielić się dopłatami unijnymi do gospodarstwa rolnego, otrzymanymi już po rozwodzie, a przed podziałem majątku. Za materialnoprawną podstawę rozliczenia kwot pobranych z tytułu płatności bezpośrednich przez jednego z małżonków po ustaniu wspólności majątkowej należy przyjąć art. 207 k.c., w świetle którego pożytki i inne przychody z rzeczy wspólnej przypadają współwłaścicielom w stosunku do wielkości udziałów i w takim samym stosunku współwłaściciele ponoszą wydatki i ciężary związane z rzeczą wspólną. Okoliczność, że współwłaściciel rzeczy nie posiada jej ani nie realizuje w drodze roszczenia swojego uprawnienia do współposiadania rzeczy lub posiadania

wyodrębnionej części rzeczy, nie stanowi przeszkody do domagania się przez tego współwłaściciela partycypowania, proporcjonalnie do przysługującego mu udziału, w dochodach z rzeczy, jeżeli przynosi ona dochody²⁴.

Powyższe uwagi nie oznaczają automatycznego dokonania przez sąd orzekający z urzędu zabiegu matematycznego polegającego na prostym podzieleniu kwot uzyskanych z tytułu płatności bezpośrednich. W świetle dominującego stanowiska wyrażonego w judykaturze, o tym, w jakiej części te dopłaty przypadną byłym małżonkom, zawsze decyduje sąd²⁵. W konsekwencji sposób rozliczenia tzw. dopłat unijnych wymaga przeanalizowania co najmniej trzech kwestii.

Po pierwsze, należy wskazać, że przepisy art. 684 k.p.c. w zw. z art. 567 § 3 k.p.c. nakładają na sąd obowiązek działania z urzędu wyłącznie w odniesieniu do ustalenia i podziału składników majątku wspólnego pomiędzy byłymi małżonkami. Natomiast w okresie między ustaniem wspólności a dokonaniem podziału majątku wspólnego podstawę dokonania rozliczeń stanowią art. 567 § 1 k.p.c. w zw. z art. 686 k.p.c., zgodnie z którymi sąd w postępowaniu działowym dokonuje rozliczeń z tytułu posiadania przedmiotów należących do majątku objętego wspólnością, pobranych pożytków i innych przychodów, a także poczynionych na ten majątek nakładów i spłaconych długów²⁶. Przepis art. 618 § 1 k.p.c. stanowi podstawę prawną do zażądania rozliczenia w postępowaniu działowym tzw. dopłat unijnych, rozumianych jako pożytki, które przyniosło wspólne prawo do gospodarstwa rolnego²⁷. Stosownie do przytoczonej normy, 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. Rozstrzygając spór o prawo żądania zniesienia współwłasności lub o prawo własności, sąd może wydać w tym przedmiocie postanowienie wstępne. Zgłoszenie roszczeń, o których stanowi art. 618 § 1 k.p.c., dopuszczalne jest do daty zamknięcia rozprawy przed sądem pierwszej instancji. Zgłoszenie ich przed sądem drugiej instancji jest zaś skuteczne, gdy powstały albo stały się wymagalne w trakcie postępowania międzyinstancyjnego i później²⁸. Aktywność w postępowaniu sądowym małżonka, który domaga się rozliczenia tzw. dopłat unijnych po ustaniu wspólności majątkowej nie może ograniczać się wyłącznie do ogólnego sformułowania takiego żądania, albowiem będzie ono niewystarczające i może spowodować ujemne konsekwencje w postaci przegrania sprawy. Zgłaszając roszczenie, o którym mowa w art. 618 § 1 k.p.c., małżonek powinien

²⁴ Postanowienie SN z 21 września 2006 r., sygn. akt I CSK 128/06, Lex nr 395221; postanowienie SN z 17 listopada 2011 r., sygn. akt IV CSK 93/11, Lex nr 1102266.

²⁵ Postanowienie SN z 13 grudnia 2013 r., sygn. akt III CZP 86/13, Lex nr 1102266.

²⁶ Postanowienie SN z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt II CSK 390/08, Lex nr 490512.

²⁷ Postanowienie SN z 29 stycznia 2015 r., sygn. akt II CSK 82/15, Lex 201018.

²⁸ Postanowienie SN z 7 marca 2018 r., sygn. akt I CSK 670/17, Lex 2479507.

zatem zadbać o to, aby było ono sformułowane w sposób odpowiadający żądaniu pozwu o zasądzenie określonej należności, dlatego powinno zawierać precyzyjne oznaczenie wysokości pożytków oraz podstawę faktyczną żądania. Same tylko pisma procesowe, w których małżonek odnosi się do wysokości dopłat bezpośrednich i pobranych pożytków, nie mogą być uznane za pisma zawierające wnioski, które warunkują rozpoznanie roszczeń wymienionych w art. 618 § 1 k.p.c. Jeżeli złożone przez byłego małżonka pisma zawierały tylko wnioski dowodowe, zmierzające do ustalenia faktów, to po przeprowadzeniu dowodów powinien wystąpić z pisemnym żądaniem zasądzenia zwrotu równowartości pożytków, określając je kwotowo. Do pisma procesowego zawierającego zgłoszenie tego rodzaju roszczenia w sposób ogólny ma zastosowanie art. 130 k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c., stąd też w rachubę wchodzi zwrot wniosku w razie nieusunięcia w terminie jego braku formalnego²⁹. Natomiast gdy małżonek w ogóle nie złoży wniosku o zasądzenie kwoty, to brak takiego wniosku sprawia, że nie zachodzą podstawy do zastosowania art. 130 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., albowiem przepis ten przewiduje wezwanie do uzupełnienia braków formalnych pisma, które zostało złożone. Co więcej, za niewystarczające należy uznać sformułowane w sposób ogólny stanowisko małżonka do protokołu podczas rozprawy, ponieważ wówczas art. 130 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § k.p.c. nie znajdzie zastosowania, a to z tej przyczyny, że przywołany przepis odnosi się do wniosków składanych w formie pisemnej. W takim przypadku, gdy małżonek nie jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, należy się spodziewać, że sąd udzieli mu stosownego pouczenia po myśli art. 212 § 2 k.p.c. Jeżeli jednak małżonek jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, to trzeba przyjąć, że sąd nie jest upoważniony do narzucania formy procedowania ani do instruowania, w jaki sposób czynność powinna być dokonana, aby odnieść zamierzony efekt³⁰.

Po drugie, trzeba mieć na względzie, że poprawne sformułowanie przez małżonka żądania zasądzenia odpowiedniej kwoty z tytułu tzw. dopłat unijnych uzyskanych przez drugiego małżonka po ustaniu wspólności majątkowej nie jest wystarczające. Mianowicie sam fakt rozpoznania tych roszczeń w postępowaniu nieprocesowym nie uzasadnia stosowania do reguł rządzących rozstrzyganiem tych roszczeń zasad odmiennych od tych, jakie rządzą rozstrzyganiem takich roszczeń w procesie³¹. Skoro do roszczeń, o których mowa w art. 618 § 1 k.p.c., stosuje się zasady ogólne procesu, to na małżonku domagającym się rozliczeń spoczywa ciężar wykazania zasadności zgłoszonego żą-

²⁹ Postanowienie SN z 19 lipca 2012 r., sygn. akt V CSK 49/11, Lex nr 1119572, zob. też postanowienie SN z 14 grudnia 2011 r., sygn. akt I CSK 138/11, OSNC 2012, nr 7–8, poz. 89 i postanowienie SN z 9 grudnia 2014 r., sygn. akt III CSK 351/13, Lex nr 1646385.

³⁰ Postanowienie SO w Olsztynie z 21 listopada 2019 r., sygn. akt IX Ca 942/19, Lex nr 2764041.

³¹ Postanowienie SN z 1 grudnia 2011 r., sygn. akt I CSK 78/11, Lex nr 1129066; postanowienie SO w Olsztynie z 16 stycznia 2020 r., sygn. akt IX Ca 1086/19, Lex nr 2784336.

dania co do wysokości, zgodnie z ogólną regułą dowodową zawartą w art. 6 k.c. Sprostanie ciężarowi dowodu nabiera szczególnie ważnego znaczenia wówczas, gdy drugi z małżonków otrzymywał dopłaty unijne zarówno do gospodarstwa rolnego obejmującego nieruchomości wspólne, jak też nieruchomości stanowiące jego wyłączną własność. W takim przypadku ograniczenie się przez małżonka dochodzącego roszczeń do zgłoszenia rozliczenia dopłat za czas od ustania wspólności ustawowej do dnia podziału majątku bez udowodnienia, w jakiej części przysługują one od gruntów stanowiących majątek wspólny, może spowodować dla niego ujemne konsekwencje. Mianowicie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy może okazać się wystarczający do rozliczenia jedynie pieniędzy uzyskanych z tytułu jednolitych płatności obszarowych. Wtedy bowiem stosunek powierzchni nieruchomości wspólnych do nieruchomości będących własnością drugiego małżonka, pobierającego wskazane płatności obszarowe, będzie najczęściej możliwy do wyliczenia, a co za tym idzie, będzie można przeliczyć kwoty przypadające na nieruchomości wspólne. Jednak już w stosunku do innych rodzajów płatności bezpośrednich opisana metoda może okazać się niewystarczająca.

Po trzecie, mimo że co do zasady środki uzyskane z tytułu płatności bezpośrednich powinny podlegać rozliczeniu przy podziale majątku wspólnego, jednak nie oznacza to konieczności ich podziału po połowie. Z tego względu szerszej analizy wymaga sposób rozliczenia pieniędzy uzyskanych przez jednego z małżonków z tytułu płatności bezpośrednich po ustaniu wspólności majątkowej. W judykaturze wypracowano kilka zasadniczych metod rozliczania środków pieniężnych uzyskanych z tzw. dopłat unijnych, gdy są one związane z prowadzeniem wspólnego gospodarstwa rolnego.

Pierwsza metoda polega na uwzględnianiu tzw. dopłat unijnych przy ustalaniu dochodowości gospodarstwa rolnego i rozliczeniu małżonków z dochodu, bowiem dopłaty stanowią tylko jeden z przychodów gospodarstwa rolnego, a nie można tracić z pola widzenia wydatków ponoszonych na prowadzenie gospodarstwa rolnego³². W konsekwencji niezbędny jest dowód z opinii biegłego sądowego, który powinien ustalić szacunkowe dochody z gospodarstwa rolnego stron wyliczone z uwzględnieniem udziału dopłat unijnych w kosztach prowadzenia gospodarstwa rolnego. Taka teza dowodowa została sformułowana przez Sąd Rejonowy w sprawie opisanej w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z 17 listopada 2011 r., IV CSK 93/11. Co istotne, Sąd Okręgowy, działający jako instancja odwoławcza, przyjął dochód z gospodarstwa rolnego bez uwzględnienia wysokości tzw. dopłat unijnych, zmieniając tym samym postanowienie Sądu Rejonowego. Stanowisko Sądu Okręgowego było jednak wynikiem prezentowanego wyżej poglądu, że tzw. dopłaty unijne po ustaniu wspólności ustawowej przysługiwały wyłącznie temu z małżonków,

³² Postanowienie SO w Lublinie z 2 listopada 2017 r., sygn. akt II Ca 410/17, Lex nr 2413451.

który był posiadaczem gospodarstwa rolnego. Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną od tego orzeczenia, ale, jak wynika z treści uzasadnienia, stało się tak nie dlatego, że podzielił stanowisko Sądu Okręgowego, lecz z uwagi na zasadę zakazu reformationis in peius (art. 384 k.p.c. w zw. z art. 398²¹ k.p.c.).

Druga metoda sprowadza się do określenia dochodów ze wspólnego gospodarstwa z pominięciem tzw. dopłat unijnych, które z założenia wyrównują koszty produkcji rolnej i stanowią dodatkowy dochód gospodarstwa. W rezultacie środki finansowe uzyskane z płatności bezpośrednich nie są uwzględniane przy wyliczaniu dochodów z gospodarstwa rolnego, ale podlegają rozliczeniu przy podziale majątku. Oznacza to, że przedmiotem podziału są oddzielnie dochody z gospodarstwa rolnego i oddzielnie tzw. dopłaty unijne³³.

Trzecia metoda polega na podziale wyłącznie kwot uzyskanych z płatności bezpośrednich, bez uwzględniania dochodu z gospodarstwa wspólnego. Znajdzie ona zastosowanie wówczas, gdy po ustaniu wspólności ustawowej gospodarstwo zostało wdzierżawione lub oddane do korzystania osobie trzeciej na podstawie innej umowy obligacyjnej, zaś jeden z małżonków pobiera środki z tzw. dopłat unijnych³⁴. W tej sytuacji otrzymane pieniądze nie są wykorzystane na potrzeby związane z prowadzeniem produkcji rolniczej, ale stanowią swoistą formę dochodu tylko z tytułu formalnego posiadania nieruchomości rolnych, chociaż dopłaty te w swoim założeniu mają służyć pokrywaniu wydatków związanych z prowadzeniem gospodarstwa rolnego, czyli *de facto* powinni je otrzymać dzierżawcy, a nie jeden małżonków³⁵. Przydatność tej metody da się zaobserwować także w sytuacji, gdy małżonek, który pobrał tzw. dopłaty unijne, będzie w postępowaniu sądowym zachowywał postawę bierną. Jeżeli zatem nie złoży wniosku o rozliczenie ciężarów poniesionych na utrzymanie wspólnego gospodarstwa, to zastosowanie tej metody będzie uzasadnione³⁶. Trzeba też wskazać na wariant tej metody stosowany wtedy, gdy tzw. dopłaty unijne (dotyczy to zwłaszcza jednolitej płatności obszarowej) będą przyznane jednemu z małżonków zarówno na nieruchomości wspólne, jak też na nieruchomości stanowiące jego wyłączną własność. Wówczas w pierwszej kolejności należy ustalić tzw. nośnik wartości dopłaty. Jest to iloraz przyznanej kwoty i łącznej ilości hektarów, na które została ona przyznana, tj. zarówno stanowiących

³³ Postanowienie SO w Łodzi z 21 marca 2014 r., sygn. akt III Ca 1046/13, Lex nr 2128015.

³⁴ Postanowienie SO w Olsztynie z 6 lipca 2018 r., sygn. akt IX Ca 100/18, Lex nr 2533305. Warty uwagi jest stan faktyczny, w którym przedstawiona metoda znalazła zastosowanie, a mianowicie zgodnie z umową dzierżawy, jaką wnioskodawca zawarł ze spadkodawcą, dopłaty obszarowe miały być pobierane w całości przez spadkodawcę, a skoro tak, to sąd orzekający przyjął, że dopłaty przyznane po otwarciu spadku przypadają wszystkim spadkobiercom stosownie do przysługujących im udziałów w spadku.

³⁵ Postanowienie SO w Olsztynie z 16 stycznia 2020 r., sygn. akt IX Ca 1086/19 Lex nr 2784336. Należy dodać, że orzeczenie dotyczyło działu spadku, ale w niczym nie umniejsza to jego przydatności dla analizowanych kwestii.

³⁶ Por. postanowienie SO w Olsztynie z 28 września 2017 r., sygn. akt IX Ca 241/17, Lex nr 2375766.

własność wspólną obu małżonków, jak też wyłączną własność małżonka, który uzyskał te dopłaty. Pozwoli to na ustalenie wysokości dopłaty na 1 ha. Następnie należy otrzymany wynik przemnożyć przez liczbę hektarów wspólnych i tak otrzymana kwota będzie podlegała rozliczeniu w postępowaniu sądowym.

Podsumowanie

Środki pieniężne uzyskiwane w ramach płatności bezpośrednich są stałym komponentem przychodów uzyskiwanych z tytułu prowadzenia gospodarstw rolnych, a tym samym żądania ich rozliczenia są powszechnie spotykane w sprawach o podział majątku wspólnego. Przeprowadzone rozważania prowadzą do kilku zasadniczych wniosków.

Po pierwsze, w judykaturze można obserwować bardzo wyraźną ewolucję w przedmiocie dopuszczalności rozliczania środków finansowych pochodzących z tzw. dopłat unijnych w postępowaniu o podział majątku wspólnego. W świetle obecnie dominującego stanowiska na gruncie prawa cywilnego brak jest jakichkolwiek aksjologicznych podstaw do szczególnego traktowania dochodu z majątku wspólnego, jakim są dopłaty bezpośrednie, mimo tego, że są przyznawane w trybie administracyjnoprawnym. Jest to stanowisko słuszne. Można również wskazać na bardzo sugestywne porównanie, kiedy to małżonek posiadający kilka nieruchomości wspólnych i czerpiący dochód z ich wynajmu, musiałby się na wniosek rozliczyć z drugim małżonkiem będącym współwłaścicielem, natomiast taki obowiązek nie zachodziłby w przypadku posiadacza gruntu rolnego pobierającego dopłaty.

Po drugie, należy wyodrębnić dwa okresy, za które możliwe jest zgłoszenie żądania dokonania takiego rozliczenia. Pierwszy z nich wyznaczony jest czasem trwania wspólności majątkowej małżeńskiej. Środki pieniężne pochodzące z płatności bezpośrednich za okres przed ustaniem wspólności ustawowej małżeńskiej co do zasady nie podlegają rozliczeniu, ponieważ są traktowane jako dochody z majątku wspólnego i przeznaczone na zaspokojenie potrzeb rodziny. Jeżeli zatem jeden z małżonków żąda ich rozliczenia, to zasadniczo na nim spoczywa ciężar dowodu, że środki te nie zostały przeznaczone na potrzeby rodziny. Drugi okres obejmuje przedział czasowy między ustaniem wspólności majątkowej a podziałem majątku. Wówczas małżonek zgłaszający żądanie musi sprostać niełatwym wymaganiom przewidzianym w postępowaniu procesowym dla powoda dochodzącego swojego roszczenia i dopiero wtedy możliwy jest podział środków uzyskanych z płatności bezpośrednich.

Po trzecie, obowiązek rozliczenia tzw. dopłat unijnych przy podziale majątku wspólnego nie jest równoznaczny z koniecznością ich podziału po połowie³⁷. Badania empiryczne mające za przedmiot orzeczenia sądowe pozwalają sformułować trzy główne metody rozliczeń dopłat unijnych. Pierwsza metoda polega na uwzględnianiu tzw. dopłat unijnych przy ustalaniu dochodowości gospodarstwa rolnego i rozliczenie małżonków z osiągniętego dochodu. Druga metoda sprowadza się do określenia dochodów ze wspólnego gospodarstwa z pominięciem tzw. dopłat unijnych, przez co przedmiotem podziału są oddzielnie dochody z gospodarstwa rolnego i oddzielnie tzw. dopłaty unijne. Trzecia metoda polega na podziale wyłącznie kwot uzyskanych z płatności bezpośrednich bez uwzględniania dochodu z gospodarstwa wspólnego. Przedstawione metody nie podlegają gradacji w tym sensie, że żadnej z nich nie można przypisać cechy wiodącej. Wybór konkretnej metody warunkowany jest stanem faktycznym sprawy i aktywnością procesową stron postępowania.

Wykaz literatury

- Bieluk J., *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Budzinowski R., *Status prawny rolnika jako przedsiębiorcy (zagadnienia wybrane)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 3.
- Czerwińska-Koral K., *Pojęcie gospodarstwa rolnego w kodeksie cywilnym – zagadnienia wybrane*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2013, r. XIII.
- Jeżyńska B., [w:] B. Jeżyńska, A. Oleszko, *Prawo rolne i żywnościowe. Zarys wykładu*, Zakamycze, Kraków 2003.
- Jurewicz A., [w:] A. Stelmachowski (red.), *Prawo rolne*, LexisNexis, Warszawa 2003.
- Jurcewicz A., Włodarczyk B. [w:] P. Czechowski (red.), *Prawo rolne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Mrówczyńska-Kamińska A., *Znaczenie rolnictwa w gospodarce narodowej w Polsce, analiza makroekonomiczna i regionalna*, „Problemy Rolnictwa Światowego” 2008, nr 5.
- Naworski J.P., *Status prawny rolnika indywidualnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012, nr 10.
- Pietraszewski M., *Czy rolnik indywidualny jest przedsiębiorcą w świetle kodeksu cywilnego?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 4.
- Ptaszyk M., *Nowe zasady obrotu nieruchomościami rolnymi inter vivos*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 7.
- Rakowski S., *Pojęcie gospodarstwa rolnego w świetle przepisów prawa cywilnego*, „Nowe Prawo” 1971, nr 11.
- Stelmachowski A., [w:] P. Czechowski, M. Korzycka-Iwanow, S. Prutis, A. Stelmachowski, *Polskie prawo rolne na tle ustawodawstwa Unii Europejskiej*, PWN, Warszawa 1994.

³⁷ Postanowienie SN z 13 grudnia 2013 r., sygn. akt III CZP 86/13, Lex nr 1448745.

Summary

The rules of investigation and settlement of funds from direct payments granted to farmers in proceedings for the division of the property

Keywords: civil law, civil procedure, division of property between spouses, direct payments, EU subsidies.

Funds obtained under direct payments are a permanent component of income obtained from running a farm, and thus demands for their settlement are commonly encountered in cases concerning the division of the property. The study aims to establish and present the rules for their investigation and settlement. The considerations have been divided into two main parts the first of which concerns the issues related to the settlement of direct payments collected by one of the spouses during the statutory joint property regime, while the second part is devoted to the analysis of these issues in the period between the termination of the statutory joint ownership and the division of the property.

The conducted research shows a very clear evolution in case law relating to the admissibility of settling funds from the so-called EU subsidies in proceedings for the division of the property. In the light of the currently dominant standpoint under civil law, there are no axiological grounds for special treatment of income such as direct payments attributed to the common property, even though these payments are granted under the administrative and legal procedure.

According to the author, this position is correct. It should be emphasized, however, that the obligation to settle direct payments when dividing the joint property does not mean that they must be split evenly. As a rule, funds from direct payments for the period before the termination of statutory joint property of spouses are not subject to settlement as they are treated as income from the joint property and allocated to meet the needs of the family. Therefore, if one of the spouses demands their settlement, in principle, they bear the burden of proof that the funds were not allocated to the needs of the family. However, after the termination of joint property, the spouse submitting such a request must meet the difficult procedural requirements provided for the claimant pursuing his claim. Only then it is possible to divide the funds obtained from direct payments. The method based on which they will be settled depends on the factual status of the case. The author describes the most common methods of accounting for the so-called EU subsidies used by courts and provides the situations that justify their application.

Maksym Hryshchuk

West Ukrainian National University

ORCID: 0000-0003-3055-7574

gav_tnpu@yahoo.com

Кримінальне переслідування за незаконне збагачення: українське та міжнародне правове регулювання

Вступ

Корупція як деструктивне явище породжує проблеми, які підривають демократичні принципи, засади сталого економічного розвитку, нівелюють етичні цінності та верховенство права. Перебуваючи у тісних зв'язках з іншими формами протиправної діяльності, корупція переросла з локальної на глобальну загрозу, а тому світова спільнота напрацювала систему міжнародних актів, до яких можна віднести, передусім, Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 р.¹, ратифікована Україною відповідно до Закону України «Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції» від 18 жовтня 2006 року № 251-V (дата набрання чинності для України – з 01.01.2010 р.)². Дана Конвенція, фактично, є першим юридичним документом глобального значення, норми якого спрямовані на реалізацію заходів щодо дієвої превенції корупції та боротьби з нею, налагодження транснаціонального діалогу на предмет стимулювання міжнародної співпраці, технічної підтримки у даній сфері, обміну інформацією. Окремий акцент зроблено на поверненні активів, набутих у результаті корупційних діянь, а також забезпечення управління громадськими справами та державним майном на основі дотримання принципів чесності та відповідальності.

¹ Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text.

² Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції (Закон України від 18 жовтня 2006 року № 251-V), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/251-16#Text>.

На наш погляд, прийняття даної Конвенції було нагальною вимогою часу, адже рівень загрози явища та, відповідно, стурбованості суспільства досяг критичного, а дієві правові механізми протидії корупції на той час, фактично, були відсутні. Беззаперечно, прийняття Конвенції дозволило боротьбі з корупцією перейти на якісно новий щабель, кооперуватись і досягати очікуваних ефектів. Проте варто відзначити, що процес імплементації норм Конвенції часто має формальний характер, як це можна спостерігати в Україні.

Хоча норми даної Конвенції мають рекомендаційний характер, проте за її ратифікацією в Україні прослідувала криміналізація незаконного збагачення відповідно до положень статті 20 «Незаконне збагачення» Конвенції, відповідно до якої «...за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинном умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати»³. Водночас приведення положень Кримінального кодексу України щодо злочинів, пов'язаних з незаконним збагаченням, є однією з умов співпраці України з ЄС. Відтак, посилися вимоги до виконання антикорупційного критерію, у результаті чого впродовж останніх п'яти років було ухвалено нове антикорупційне законодавство, яке з-поміж іншого, передбачало кримінальну відповідальність за незаконне збагачення. Водночас криміналізація незаконного збагачення викликає чимало дискусій теоретико-правового та правозастосовчого характеру як в Україні, так і в зарубіжних країнах, а відтак їхнє дослідження є надзвичайно актуальним.

Ретроспектива криміналізації незаконного збагачення в Україні

Відслідковуючи ретроспективу криміналізації незаконного збагачення, звернемо увагу на висновки О.З. Гладуна, який відзначає, що початок цьому процесу було покладено прийняттям 11 червня 2009 року Закону України № 1508-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», відповідно до якого Кримінальний кодекс України (ККУ) було доповнено ст. 368¹, що встановлювала відповідальність за одержання службо-

³ Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text.

вою особою неправомірної вигоди або передачу нею такої вигоди близьким родичам (незаконне збагачення). Вчений зауважує, що вказана стаття втратила чинність вже на 5 день після введення її в дію – 5 січня 2011 року⁴.

Натомість КК України було доповнено статтею 368-² «Незаконне збагачення» згідно із Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 7.04.2011 р. № 3207-VI із подальшими змінами та доповненнями⁵, відповідно до якої каралося «набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі» (ч. 1), а також «ті самі діяння, вчинені службовою особою, яка займає відповідальне становище (ч. 2) та «вчинені службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище» (ч. 3)⁶. За твердженням Л. В. Гбура, така законодавча новела спричинена необхідністю узгодження норм національного законодавства із нормами міжнародного права щодо відповідальності посадових осіб у справах, що пов'язані із корупційними схемами; наявністю значного про шарку населення з фінансовими чи матеріальними активами, що значною мірою перевищують можливі сукупні доходи; потребою оновлення чинного законодавства у частині відповідальності за корупційні кримінальні правопорушення; високим індексом корупції в Україні, підтвердженим на міжнародному рівні⁷.

В той же час, стаття 368-² «Незаконне збагачення» недовго регламентувала криміналізацію незаконного збагачення, оскільки Рішенням Конституційного Суду України (КСУ) від 26.02.2019 р. №1-р/2019 у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-² Кримінального кодексу України (№ 1-135/2018(5846/17)) була визнана неконституційною та, відповідно, втратила чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення⁸.

⁴ О.З. Гладун, *Проблеми криміналізації незаконного збагачення. Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2020. № 1. С. 79.

⁵ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення (Закон України від № 3207-VI від 07.04.2011 р.), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3207-17#Text>.

⁶ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. (№ 2341-III), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

⁷ Л.В. Гбур, *Переваги та недоліки скасування Конституційним Судом України статті про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення (ст. 368-2 КК України)*, „Право. Людина. Довкілля” 2019, vol. 10, № 4, С. 154, http://nbuv.gov.ua/UJRN/IHE_2019_10_4_20.

⁸ Рішення Конституційного суду України від 26.02.2019 р. у справі № 1-135/2018(5846/17), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#n68>.

Аналіз Рішення Конституційного Суду України щодо декриміналізації незаконного збагачення

У Рішенні КСУ наголошується, що корупція – це одна із ключових загроз національній безпеці України, проте протидію корупції слід здійснювати виключно за допомогою правових методів з дотриманням конституційних принципів та приписів законодавства, ухваленого відповідно до Конституції України. Водночас обґрунтуванням декриміналізації незаконного збагачення слугувало декілька аргументів, що базуються на конституційних положеннях та практиці Європейського Суду з прав людини (ЄСПЛ), зокрема: невідповідність вимогам чіткості, точності й однозначності, а відтак, суперечність принципу юридичної визначеності як складовій принципу верховенства права, закріпленого у ст. 8 Конституції України; недотримання принципу невинуватості; наявність безпосередньої залежності кримінально-правової кваліфікації такого діяння від результатів суб'єктивної діяльності чи навіть від бездіяльності сторони обвинувачення; можливість притягнення особи до кримінальної відповідальності за діяння, вчинені до набрання чинності законом, яким ці діяння криміналізовано; суперечність з конституційним приписом щодо неприпустимості притягнення особи до відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів (право особи не давати показань або пояснень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів)»⁹.

За результатами розгляду даної справи Суддями КСУ було висловлено думки, керуючись ст. 93 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13.07.2017 р № 2136-VIII¹⁰. Так, антагоністична позиція висловлена суддею КСУ С.П. Головатим у Розбіжній думці, який не погодився із висловленою в Рішенні юридичною позицією більшості Суддів через властиву їй «внутрішню суперечливість, хибне та надто слабе, з фахового погляду, юридичне обґрунтування, а місцями – брак такого» та «вибіркове використання практики Страсбурзького Суду всупереч його позиціям у цих питаннях»¹¹. Як аргумент С. П. Головатий

⁹ Рішення Конституційного суду України від 26.02.2019 р. у справі (№ 1-135/2018(5846/17)), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#n68>.

Розбіжна думка судді Сергія Головатого у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України (справа № 1-135/2018(5846/17) (Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-п/2019), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb02d710-19#n2>.

¹⁰ Про Конституційний Суд України (Закон України від 13.07.2017 р. № 2136-VIII), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text>.

¹¹ Розбіжна думка судді Сергія Головатого у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України (справа № 1-135/2018(5846/17) (Рішення

наводить рішення ЄСПЛ в справі *The Sunday Times v. the United Kingdom* (1979)¹², на яке також посилається КСУ з огляду на те, що «...норма не може розглядатися як «право», якщо її не сформульовано достатньо чітко, що дає змогу громадянину регулювати свою поведінку» (пункт 49)...», проте Суддя прийшов до протилежного висновку, наголошуючи, що диспозицію оспорюваної норми «сформульовано достатньо зрозуміло й достатньо чітко; її формулювання цілковито відповідає юридичній позиції Страсбурзького Суду з прав людини, висловлених у рішенні в справі *The Sunday Times v. the United Kingdom* (1979) стосовно принципів доступності змісту норми права та її передбачності»¹³.

С.П. Головатий вважає, що формулювання ст. 368-2 ККУ не дає жодних підстав для припущення, що підозрюваний / обвинувачений (сторона захисту) несе тягар доведення своєї невинуватості чи спростування доводів обвинувачення і, водночас, закладений підхід формує рівновагу між інтересами держави щодо протидії корупції та правами підозрюваного / обвинуваченого, покладаючи на прокурора обов'язок довести вину підозрюваної / обвинуваченої особи у вчиненні злочину з незаконного збагачення, або особа може все спростувати¹⁴. На підтвердження позиції щодо відсутності порушення права не свідчити проти самого себе навіть у випадку, якщо б українське законодавство вимагало пояснень Суддя С.П. Головатий наводить відповідні рішення ЄСПЛ, зокрема у справі *Jalloh v. Germany* від 11 липня 2006 р., де у п. 115 вказано, що хоча й оскаржувані у кейсі процедури з вилучення наркотичних речовин зі шлунку заявника шляхом примусового застосування до нього блювотних засобів є «...втручанням у право заявника на повагу до його приватного життя, проте вони, за загальним правилом, виправдані відповідно до пункту 2 статті 8 Конвенції, як необхідні для запобігання вчиненню злочинів...». Таким чином, у цій справі застосовний принцип свободи від самовикриття (у п. 116)¹⁵.

Окрема думка усупереч змісту прийнятого Рішення КСУ була висловлена і Суддею І. Д. Сліденком із запереченнями щодо самої концеп-

Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-п/2019), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb02d710-19#n2>.

¹² *Sunday Times v. The United Kingdom*, 6538/74, Council of Europe: European Court of Human Rights, 29 March 1979, <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b7240.html> (accessed 26 June 2021).

¹³ Розбіжна думка судді Сергія Головатого у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України (справа № 1-135/2018(5846/17) (Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-п/2019), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb02d710-19#n2>.

¹⁴ Там же.

¹⁵ *Jalloh v. Germany*, 54810/00, Council of Europe: European Court of Human Rights, 11 July 2006, <https://www.refworld.org/cases,ECHR,51e6b5654.html> (accessed: 24.06.2021).

ції, методології, мотивувальної та резолютивної частин Рішення. При цьому вказано на «неадекватне застосування практики Європейського суду з прав людини та довільне і свавільне тлумачення принципу верховенства права», а також на те, що «...рішення ЄСПЛ в більшій мірі стосуються певних моментів «спеціальної конфіскації майна» у випадку наявності кримінальних проваджень за певні злочини, в тому числі, за незаконне збагачення. Зокрема, ЄСПЛ у справі «Гогітідзе та інші проти Грузії» ((Заява № 36862/05) Страсбург, 12 травня 2015 року) у пункті 101 зазначив, що: «Стосовно законності мети, яка переслідувалась конфіскацією, що стала предметом оскарження, Суд зазначає, що захід був частиною ширшого законодавчого пакета, який був спрямований на посилення протидії корупції у сфері державної служби...; «...тягар доведення законності походження майна, яке, як стверджувалось, було отримано незаконним шляхом, міг бути законним чином перекладений на відповідачів цих некримінальних проваджень щодо конфіскації, у тому числі цивільних проваджень *in rem*» (п. 105)...»¹⁶.

Суддя Конституційного Суду України В.В. Лемак в обґрунтуванні Окремої думки вказує на загальні дефекти методології Рішення Суду, виокремлюючи його концептуальні недоліки, а саме 1) ігнорування презумпції конституційності; 2) Суд відступив від власних позицій щодо доктрини «дружнього ставлення до міжнародного права», що втілюється у загальновизнаному принципі міжнародного права акта – *Pacta sunt servanda* (добросовісне виконання державою міжнародних договорів); 3) ігнорування досвіду тлумачення і застосування зарубіжними конституційними судами конституційних принципів щодо незаконного збагачення; 4) неврахування висновків правової доктрини (правової науки) та експертного середовища з цього питання. Суддя В.В. Лемак не погоджується із порушенням принципу презумпції невинуватості особи та так званім «принципом мовчання», аргументуючи, що «...Як носій спеціального статусу, чиновник має згідно із законом певні обов'язки, які впливають із такого статусу. Серед них не лише подання декларації, а й обов'язок на вимогу уповноваженого державного органу надати додаткові пояснення чи документи, які відображають його майновий стан, доходи і витрати. Іншими словами, на чиновника покладено обов'язок підтвердити та пояснити відомості, які пов'язані з його життям... Звісно, у цих правовідносинах чиновник не може відмовлятися від виконання обов'язку, прикриваючись «принципом мовчання» (про «покази» не йдеться) чи принципом невинуватості (про жодну «вину»

¹⁶ Окрема думка судді Конституційного Суду України Сліденка І.Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nf01d710-19#Text>.

також не йдеться)...» та вказує, що «...Гарантії щодо презумпції невинуватості є частиною права на справедливий судовий процес – це впливає з пункту 1 і 2 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року... ЄСПЛ неодноразово підкреслював подібний підхід. Із цього випливає, зокрема, що принцип презумпції невинуватості не слід застосовувати до будь-яких сфер і типів правовідносин...». Таким чином, Суддя В.В. Лемак зробив узагальнюючий висновок, що «...законодавче встановлення кримінальної відповідальності у статті 368⁻² КК було узгоджене з цілями Конституції України, виступало сумісним з конституційними принципами верховенства права та презумпції невинуватості. Аргументами Рішення не підтверджено іншого»¹⁷.

Як свідчать результати наших досліджень, решта суддів КСУ, які виступили з Окремими думками, в цілому підтримували Рішення. Разом з тим:

– Суддя О. О. Первомайський вважає, що «...є окремі прогалини в аргументації позиції Конституційного Суду України у цій справі, що може негативно вплинути на сприйняття змісту Рішення...»¹⁸.

– Суддя В. П. Колісник визнає законодавче формулювання складу злочину, передбаченого частиною першою статті 368⁻² ККУ, «...недолугим, слабким і недосконалим. Однак зазначені вади цієї юридичної конструкції не можуть бути достатнім критерієм її конституційності чи неконституційності... Через істотні вади законодавчого формулювання статті 368⁻² ККУ набула характеру вразливого, суперечливого, нелогічного та недолугого засобу, який лише дискредитував ідею боротьби з корупцією, породив надмірні ілюзії, безпідставні очікування і сподівання, дозволив поєднати імітацію такої боротьби з профанацією, відволікаючи фахівців на безперспективні кримінальні провадження та штучно розпорошуючи їхні зусилля...»¹⁹.

– Суддя В.В. Городовенко вважає, що у Рішенні КСУ доцільно було глибше відобразити позиції щодо необхідності гармонійної імплементації криміналізації незаконного збагачення у вітчизняну правову си-

¹⁷ Окрема думка судді Конституційного Суду України Лемака В.В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368⁻² Кримінального кодексу України, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nd01d710-19#n56>.

¹⁸ Окрема думка судді Конституційного Суду України Первомайського О.О. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368⁻² Кримінального кодексу України, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc01d710-19#n2>.

¹⁹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Колісника В.П. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368⁻² Кримінального кодексу України, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na01d710-19#n2>.

стему як юридичного засобу протидії корупції, при цьому вказує на дискусійність та неоднозначність імплементації положень ст. 20 Конвенції ООН у сучасні правові системи та, як приклад, наводить досвід Іспанії, Італії, Нідерландів, Норвегії, Швеції, Фінляндії, які ратифікували Конвенцію ООН, проте *sensu stricto* втілили положення її ст. 20, обґрунтовуючи наявністю загрози порушення принципу невинуватості або наявністю достатніх та ефективних механізмів забезпечення притягнення фізичних і юридичних осіб до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. На підсилення власної позиції Суддя В.В. Городовенко наводить Рішення Конституційного Суду Італійської Республіки (у справі № 48/1994 від 17 лютого 1994 року) та Конституційного Трибуналу Португальської Республіки (у справі № 377/15 від 27 липня 2015 року), якими було визнано неконституційними законодавчі положення про визначення кримінальної відповідальності за такий злочин, як незаконне збагачення²⁰.

– Суддя Шевчук С.В. наводить додаткові аргументи на підтвердження неконституційності формулювання статті 368⁻² Кримінального кодексу України, а саме: 1) «...саме по собі незаконне збагачення є таким, що суперечить Основному Закону України. ... Законодавець зобов'язаний визначити незаконне збагачення кримінально-карним діянням з урахуванням юридичних позицій Суду та принципів криміналізації суспільно небезпечних діянь...»; 2) дефекти статті 368⁻² Кодексу є очевидними та закладені ще при підготовці та розгляді Верховною Радою України змін до неї. Тому КСУ нічого не залишалось, як визнати дискусійне положення «неконституційним *in toto*»; 3) доцільність вказання основних критеріїв формулювання складу злочину «незаконне збагачення», наявність яких забезпечить сумісність з конституційними правами і свободами, що гарантується Конституцією України та її імпліцитний антикорупційний принцип, який має багато елементів, зокрема: цілеспрямованість, ефективність, включаючи невідворотність покарання за корупційні злочини, та пропорційність²¹.

²⁰ Окрема думка судді Конституційного Суду України Городовенка В.В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368⁻² Кримінального кодексу України, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ne01d710-19#n2>.

²¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368⁻² Кримінального кодексу України, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nh01d710-19#n2>.

Позиція європейських експертів щодо правомірності криміналізації незаконного збагачення в Україні

Протилежна позиція висловлена у висновку *amicus curiae*, наданому у червні 2018 р. відповідно до частини 3 статті 69 Закону України «Про Конституційний Суд України» про конституційне подання (№ 1/12-2017 від 12 грудня 2017 р.) щодо відповідності Конституції України статті 368-2 Кримінального кодексу України²². Висновок *amicus curiae* був підготовлений за вимогою ЄС Генеральним секретарем Конституційного Суду Литовської Республіки доктором Інґрідою Данелене, експертом з антикорупційних питань Дмитром Котляром і старшим радником КМЄС/EUACI з питань боротьби з корупцією Клеменсом Мюллером при підтримці Голови Конституційного Суду Литовської Республіки професора Дейнюса Жалімася та колишньої судді Європейського суду з прав людини Нони Цоцорії. Передусім експерти стверджують про загальний характер аргументів у конституційному поданні, а також наголошують, що «...конституційне подання також неправильно тлумачить правову норму Кримінального кодексу, яка заперечується, та ігнорує презумпцію конституційності й, таким чином, останній доступ до можливостей тлумачити цю норму кримінального права способом, що був би сумісний з конституційними вимогами»²³.

Автори висновку *amicus curiae* підкреслюють, що «... у міжнародних стандартах і рекомендаціях визнається важливість кримінальної відповідальності за злочин незаконного збагачення як ефективного інструменту в запобіганні та боротьбі з корупцією...» і, таким чином, Україна «...вводячи злочин незаконного збагачення до свого Кримінального кодексу, здійснює свої суверенні права щодо виконання зобов'язань, які випливають з різних міжнародних угод та інших домовленостей...». При цьому Україна «...скористалася своєю «широкою свободою розсуду» в питаннях політичної, економічної та соціальної спрямованості та задовольнила громадський інтерес в боротьбі з корупцією, криміналізуючи незаконне збагачення»²⁴.

²² Висновок *amicus curiae*, наданий згідно з частиною 3 статті 69 Закону України «Про Конституційний Суд України» про конституційне подання (№ 1/12-2017 від 12 грудня 2017 р.) щодо відповідності Конституції України статті 368-2 Кримінального кодексу України. Червень 2018 р., https://euaci.eu/ua/what-we-do/resources/vysnovok-amicus-curiae-on-constitutional-court?fbclid=IwAR0rCIG09WbKLXWF9avfUFbLmxqE_g C20pgYwQPPHtZ1AP0QC_8zsGgFmBY.

²³ Висновок *amicus curiae*, наданий згідно з частиною 3 статті 69 Закону України «Про Конституційний Суд України» про конституційне подання (№ 1/12-2017 від 12 грудня 2017 р.) щодо відповідності Конституції України статті 368-2 Кримінального кодексу України. Червень 2018 р., https://euaci.eu/ua/what-we-do/resources/vysnovok-amicus-curiae-on-constitutional-court?fbclid=IwAR0rCIG09WbKLXWF9avfUFbLmxqE_g C20pgYwQPPHtZ1AP0QC_8zsGgFmBY. С. 5.

²⁴ Там же, С. 5.

Отже, експерти визнають правомірною криміналізацію незаконного збагачення в Україні, а також наводять контраргументи, які спростовують обґрунтованість конституційного подання та Рішення КСУ, зокрема щодо порушення:

– принципу презумпції невинуватості. Так, як наголошують автори висновку, «...на відміну від формулювання Конвенції ООН проти корупції (КООНПК) («значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати»), стаття 368-2 КК не вимагає від обвинуваченого пояснювати походження своїх доходів чи надавати будь-яке інше підтвердження або інформацію...»²⁵ і відзначають, що «...презумпція невинуватості буде порушена, якщо тягар доведення перекладається зі сторони обвинувачення на сторону захисту»²⁶;

– свободи особи від самозвинувачення, оскільки «...з прецедентної практики ЄСПЛ випливає, що це право не є абсолютним, і що закон не можна абстрактно вважати таким, що порушує цей принцип, лише тому, що він дозволяє (непрямо, як у випадку зі статтею 368-2 ККУ) робити висновки з ненадання обвинуваченим пояснень щодо доведеної обвинуваченням наявності достатньо серйозних доказів...»²⁷;

– принципу справедливого судового розгляду та рівності сторін: «...стаття 368-2 ККУ не передбачає перекладання тягаря доказування, а також не змушує обвинуваченого до самозвинувачення у кримінальній справі, пов'язаній із незаконним збагаченням, і, таким чином, вона також не впливає негативним чином на гарантії справедливого судового розгляду. Обвинувачений має право надавати пояснення щодо доведеної державним обвинуваченням наявності достатньо серйозних доказів, включно зі спростовною презумпцією статків незрозумілого походження. З такого мовчання суд може зробити висновки на користь супротивної сторони, але ці висновки є домірні та обґрунтовані й не можуть становити єдину підставу для засудження...»²⁸.

– принципу законності – з формулювання частини 1 статті 368-2 ККУ автори висновку проглядають, зокрема, що «...положення може тлумачитися як таке, що передбачає настання кримінальної відповідальності, лише тоді, коли доведено, що збільшення активів у значному

²⁵ Висновок *amicus curiae*, наданий згідно з частиною 3 статті 69 Закону України «Про Конституційний Суд України» про конституційне подання (№ 1/12-2017 від 12 грудня 2017 р.) щодо відповідності Конституції України статті 368-2 Кримінального кодексу України. Червень 2018 р., https://euaci.eu/ua/what-we-do/resources/vysnovok-amicus-curiae-on-constitutional-court?fbclid=IwAR0rCIG09WbKLXWF9avfUFbLmxqE_g_C20pgYwQPPHtZ1AP0QC_8zsGgFmBY, С. 6.

²⁶ Там же, С. 18.

²⁷ Там же, С. 6.

²⁸ Там же, С. 7.

розмірі не могло статися з використанням законних доходів; таким чином, лише після перевірки всіх можливих способів набуття активів підтверджується, що обвинувачений не міг отримати значну суму доходу від своєї діяльності, не забороненої законом...»²⁹.

– принципу «*non bis in idem*», відповідно до якого за одне й те ж правопорушення особа не може бути притягнута до юридичної відповідальності двічі. Так, на думку авторів висновку *amicus curiae*, «...основна ідея криміналізації незаконного збагачення полягає в тому, щоб усунути вимогу щодо доведення зв'язку між діями державної посадової особи та вигодою, надалі отриманою за такі дії. Це означає, що брак доказів на користь обґрунтованого збільшення активів становить достатню ознаку для виникнення кримінальної відповідальності. Кримінальне переслідування за незаконне збагачення не потребує одночасного переслідування за предикатний злочин, тобто для того, щоб у межах останнього положення настала кримінальна відповідальність, потребується лише відсутність обґрунтування суттєвого збільшення активів, а не вчинення обвинуваченим інших конкретних злочинів чи правопорушень...»³⁰.

– принципу неприпустимості зворотної дії – «...По-перше, статтю 368-2 ККУ слід тлумачити в світлі інших положень ККУ, що встановлює загальні правила застосування кримінального права в часі. За результатами такого тлумачення немає підстав стверджувати, що визначення незаконного збагачення передбачає застосування закону зі зворотною силою.... По-друге, відповідність оскаржуваної норми принципу неприпустимості зворотної дії може також підтверджуватися кваліфікацією кримінального правопорушення незаконного збагачення як продовжаного злочину... По-третє, можна стверджувати, що стаття 368-2 ККУ в тому, що стосується запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, сумісна з принципом неприпустимості зворотної дії, оскільки в Україні фактично не було введено якоїсь нової концепції, а, радше, було заново та ефективніше врегульовано чинні заходи, спрямовані на запобігання та викорінення корупції в державних органах...»³¹.

²⁹ Висновок *amicus curiae*, наданий згідно з частиною 3 статті 69 Закону України «Про Конституційний Суд України» про конституційне подання (№ 1/12-2017 від 12 грудня 2017 р.) щодо відповідності Конституції України статті 368-2 Кримінального кодексу України. Червень 2018 р., https://euaci.eu/ua/what-we-do/resources/vysnovok-amicus-curiae-on-constitutional-court?fbclid=IwAR0rCIG09WbKLXWF9avfUFbLmxqE_gC20_pgYwQPPHtZ1AP0QC_8zsGgFmBY, С. 7.

³⁰ Там же, С. 8.

³¹ Висновок *amicus curiae*, наданий згідно з частиною 3 статті 69 Закону України «Про Конституційний Суд України» про конституційне подання (№ 1/12-2017 від 12 грудня 2017 р.) щодо відповідності Конституції України статті 368-2 Кримінального кодексу України. Червень 2018 р., https://euaci.eu/ua/what-we-do/resources/vysnovok-amicus-curiae-on-constitutional-court?fbclid=IwAR0rCIG09WbKLXWF9avfUFbLmxqE_gC20_pgYwQPPHtZ1AP0QC_8zsGgFmBY.

Разом з тим, експерти наголошують, що питання про конституційність злочину незаконного збагачення необхідно оцінювати на підставі міжнародних угод та інших документів, якими визнано потребу боротьби з корупцією за допомогою кримінально-правових заходів. Україна як держава-учасниця цих документів (зокрема Конвенції Ради Європи 1990 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом (ETS №141), яка набула чинності в Україні 1 травня 1998 р.; Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності (UNTOC), яка набула чинності в Україні 21 травня 2004 р.; Конвенції Ради Європи 2005 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму (ETS № 198), яка набула чинності в Україні 1 червня 2011 р.) повинна запроваджувати різноманітні ефективні інструменти в цілях переслідування за корупційні правопорушення та позбавлення злочинців незаконних прибутків шляхом конфіскації³², як це зробили вже чимало країн. Так, суспільно небезпечні діяння в різних формах криміналізовано в Алжирі (2006), Анголі (2010), Антигуа і Барбуді (2004), Аргентині (1964), Бангладеші (2004), Бутані (2006), Болівії (2010), Ботсвані (1994), Брунеї-Даруссалам (1982), Венесуелі (2010), Габоні (2003), Гайані (1998), Гондурасі (1993), Еквадорі (1971), Ефіопії (2004), Єгипті (1975), Західному березі і секторі Газа (2005), Індії (1988), Китаї (1997), Колумбії (2004), Коста-Ріці (2004), Кубі (1987), Лесото (1999), Македонії (1996), Мадагаскарі (2004), Малаві (1995), Малайзії (1997), Мексиці (2003), Непалі (2009), Нікарагуа (2008), Нігерії (1992), Пакистані (1999), Панамі (2008), Парагваї (2004), Перу (1991), Руанді (2003), Сенегалі (1981), Сьєрра-Леоне (2008), Уганді (2009), Філіппінах (1978), Чилі (1999), Ямаїці (2005) тощо³³.

Узагальнюючи доводи іноземних експертів – авторів висновку *amicus curiae*, наданому щодо відповідності Конституції України статті 368-² ККУ, можна зробити наступні висновки:

1) конституційне подання 59 народних депутатів України ґрунтується на аргументах, які є дискусійними та неоднозначними, а відтак визнання ст. 368-² ККУ неконституційною – недостатньо об'єктивним та обґрунтованим рішенням;

2) відсутність порушень законодавцем принципів презумпції невинуватості, справедливого судового розгляду та рівності сторін, закон-

constitutional-court?fbclid=IwAR0rCIG09WbKLXWF9avfUFbLmxqE_g C20pgYwQPPHtZlAP0QC_8zsGgFmBY, С. 9.

³² Там же, С. 10.

³³ С.С. Чернявський, А.А. Вознюк, *Зарубіжний досвід правової протидії незаконному збагаченню*, „Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ” 2019, no. 1(17), С. 81, <https://ojs.naiu.kiev.ua/index.php/lawjournal/article/view/1063/1073>.

ності, «non bis in idem», неприпустимості зворотної дії, а також свободи особи від самозвинувачення при формулюванні ст. 368⁻² ККУ;

3) звужене тлумачення прецедентної практики ЄСПЛ, на підставі якої було прийняте Рішення КСУ.

Оцінка конституційності незаконного збагачення правничою спільнотою України

Загалом дане Рішення КСУ викликало хвилю обурення і в громадянському суспільстві, а також активне обговорення проблематики серед вітчизняних науковців та практиків та, фактично, розкол експертної спільноти, оскільки втрата чинності даної норми ККУ спричинювало закриття усіх відповідних кримінальних справ (так, у результаті було закрито 65 кримінальних проваджень щодо народних депутатів, міністрів, керівників державних установ, військових прокурорів, заступників голови СБУ та інших топ-чиновників, які підозрювалися в корупційних діях та незаконному збагаченні³⁴). У ході експертного обговорення на тему «(Не)конституційність (не)законного збагачення. Точка зору» за ініціати́ви Комітету Асоціації правників України (АПУ) з конституційного права, адміністративного права та прав людини було озвучено, зокрема, політичний підтекст даного Рішення, оскільки його ухвалення саме напередодні виборів підвищує сумніви щодо його повної аполітичності в цьому питанні, а також неврахування у Рішенні того факту, що національне законодавство держави не може бути поясненням для невиконання нею міжнародних зобов'язань. За твердженням заступника Голови Комітету АПУ В.С. Галайчука: «КСУ не врахував при прийнятті рішення той факт, що національне законодавство держави не може бути поясненням для невиконання нею міжнародних зобов'язань... Не є абсолютним у практиці ЄСПЛ і презумпція невинуватості... адже практика ЄСПЛ знає випадки, коли Суд надає переваги суспільній необхідності і іншим факторам в цьому питанні...»³⁵. Так, І.О. Слободяник, Н.О. Симоненко наголошують, що «принцип презумпції невинуватості, покладання тягаря доведення на сторону обвинувачення та можливості не свідчити щодо себе, які входять у суперечність з інститутом незаконного збагачення, не є догмою, світовий дос-

³⁴ Закон про незаконне збагачення набув чинності. Укрінформ. Мультимедійна платформа іномовлення України. 28.11.2019, <https://www.ukrinform.ua/rubric-politics/2827068-zakon-pro-nezakonne-zbagacenna-nabuv-cinnosti.html>.

³⁵ Правники обговорили рішення КСУ щодо декриміналізації незаконного збагачення. Закон і Бізнес, 08.04.2019 р., <https://zib.com.ua/ua/print/137170-pravniki-obgovorili-rishennya-ksu-schodo-dekriminalizacii-ne.html>.

від, зокрема й позиція Європейського суду з прав людини, вказує на можливість поєднання класичних принципів права з необхідністю боротьби з корупцією в сучасних умовах існування»³⁶. Своєю чергою, Д. Г. Михайленко слушно наголошує, що при визначенні легітимності мети обмеження принципу презумпції невинуватості, необхідно відштовхуватися від тієї обставини, що норма про незаконне збагачення реалізується з метою викриття та покарання за корупцію, чим, відповідно, зменшують її рівень та наближають реалізацію невідворотності кримінальної відповідальності, тобто забезпечує уникнення безкарності корупції при її надмірному поширенні. Таким чином, мету при обмеженні принципу презумпції невинуватості через впровадження відповідальності за незаконне збагачення слід визнати правомірною³⁷. На підтвердження такого висновку Д. Г. Михайленко наводить рішення ЄСПЛ по справі Бельджуді проти Франції від 26.03.1992 року, відповідно до п. 70 якого «захист публічного порядку» і «попередження злочинів» при запровадженні заходів, що передбачають обмеження прав людини, є цілями, які повністю сумісні з Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод³⁸.

Відтак, ґрунтуючись на світовому досвіді видається можливим є запровадження інституту незаконного збагачення як самостійного складу кримінального правопорушення. Таки доцільним є введення спеціальної статті за незаконне збагачення, оскільки озброє правоохоронні органи України важливим додатковим юридичним інструментом для боротьби з корупційним збагаченням³⁹.

Незаконне збагачення: перезавантаження

Отже, як криміналізація, так і декриміналізація діяння з незаконного збагачення супроводжувалась неоднозначністю та дискусійністю.

³⁶ І.О. Слободяник, Н.О. Симоненко, *Незаконне збагачення: міжнародний досвід та аналіз українського законодавства*, „Юридичний науковий електронний журнал” 2020, № 6, С. 206, http://lsej.org.ua/6_2020/52.pdf.

³⁷ Д.Г. Михайленко, *Практика Європейського суду з прав людини щодо тесту на пропорційність як орієнтир перевірки норми про незаконне збагачення в Україні*, Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю» з нагоди відзначення 25-річчя навчально-наукового юридичного інституту. – Івано-Франківськ 2017, С. 184–188, <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/9284/2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

³⁸ Beldjoudi v. France, 55/1990/246/317; 12083/86, Council of Europe: European Court of Human Rights, 26 February 1992, <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4029f4bc4.html> (accessed: 24.06.2021).

³⁹ І.О. Слободяник, Н.О. Симоненко, *Незаконне збагачення: міжнародний досвід та аналіз українського законодавства*, „Юридичний науковий електронний журнал” 2020, № 6, С. 206, http://lsej.org.ua/6_2020/52.pdf.

Запит суспільства на використання жорстких методів покарання за протиправне набуття активів залишався невдоволеним, а відтак, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів» від № 263-IX від 31.10.2019 р. ККУ було доповнено ст. 368⁻⁵ з аналогічною назвою та встановлено покарання за «набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи»⁴⁰. І тут постає цілком логічне запитання щодо якості введеної статті-«двійника» до кримінального законодавства України, за діяння, яке вже зазнало декриміналізації у результаті Рішення КСУ від 26.02.2019 р. №1-п/2019, від моменту ухвалення якого не пройшло і одного року. На наш погляд, така практика ставить під сумнів як якість роботи законотворця, так і обґрунтованість Рішення КСУ.

У результаті проведеного порівняльного аналізу змісту ст. 368⁻⁵ ККУ та декриміналізованої ст. 368⁻² ККУ відзначено наступні відмінності:

1) у диспозиції ст. 368⁻⁵ міститься посилання на величину перевищення вартості активів від законних доходів, що відповідає шістьом тисячам п'ятсот неоподатковуваним мінімумам доходів громадян;

2) примітка статті 368⁻⁵ є більш деталізованою і дає роз'яснення не тільки кого слід вважати особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а й що необхідно розуміти під набуттям активів; чітко вказано на необхідність доведення, що «...набуття було здійснено за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними..»; що слід розуміти під активами та законними доходами у змісті даної статті, а також механізму визначення різниці між вартістю набутих активів та законними доходами;

3) у ст. 368⁻⁵ дається конкретний перелік складових активів, що включає і криптовалюти, який підпадає під дію даної норми;

4) відсутність у ст. 368⁻⁵ додаткових кваліфікуючих ознак;

5) стаття 368⁻⁵, на відміну від 368⁻², має тільки одну частину, а тому санкція характеризується меншою варіативністю, що, на наш погляд, є недоліком.

⁴⁰ Кримінальний кодекс України від 5.04.2001 р. (№ 2341-III), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

Загалом приписи ст. 368⁻⁵ ККУ, як і її «попередниці», викликають чимало дискусій, і слугують предметом дослідження багатьох вчених-правників. Так, В.І. Осадчий, проаналізувавши зміст кримінально-правової заборони за ст. 368⁻⁵ ККУ з етимологічної та юридичної позицій, обґрунтував пропозиції з доцільності «корегування кола суб'єктів злочину та можливості притягнення особи до відповідальності за незаконне збагачення: а саме: за отримані (набуті) нею активи невідомого походження, вартість яких у визначеному законом розмірі перевищує її законні доходи»⁴¹.

О.З. Гладун вказує на істотні вади законотворчої техніки у сфері криміналізації незаконного збагачення у ст. 368⁻⁵, зокрема на порушення принципу особистої відповідальності у випадку незаконного збагачення через третіх осіб – «набуття активів у власність іншою фізичною або юридичною особою за відповідних умов». Науковець вважає недоцільним закріплення обов'язковою ознакою складу злочину окремих процесуальних аспектів доказування та пропонує іншу редакцію викладення диспозиції статті 368⁻⁵ ККУ⁴².

А.І. Михайлин акцентує увагу на недотриманні законодавцем принципу «презумпції невинуватості», що автоматично зумовлює істотне звуження традиційних конституційних та кримінально-правових принципів і не може бути обґрунтованим ні за яких обставин, а також вбачає політичний контекст введення ст. 368⁻⁵ ККУ замість аналогічної ст. 368⁻², декриміналізованої Рішенням Конституційного Суду України⁴³.

Зазначимо, що відповідно до статистичних даних Генеральної прокуратури України впродовж 2020 р. за статтею 368⁻⁵ ККУ обліковано 10 кримінальних правопорушень, за 1 – вручено повідомлення про підозру, по жодному із облікованих правопорушень на кінець звітного періоду рішення про закінчення або зупинення не прийнято⁴⁴. Для порівняння, у 2018 році – році, після якого відбулася декриміналізації незаконного збагачення відповідно до Рішення КСУ, за статтею 368⁻² ККУ було обліковано 73 кримінальних правопорушень, по 72 кримі-

⁴¹ В.І. Осадчий, *Незаконне збагачення (ст. 368-5 КК України): короткий огляд*, „Dictum factum” 2020, № 1, С. 133, http://nbuv.gov.ua/UJRN/dicf_2020_1_21.

⁴² О. З. Гладун, *Проблеми криміналізації незаконного збагачення*, „Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України” 2020, № 1, С. 78–85.

⁴³ А. І. Михайлин, *Стаття кримінального кодексу 368-5 «Незаконне збагачення» як законодавчий вірус у системі кримінального права України*, „Форум права” 2020, № 4, С. 29–30, http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.

⁴⁴ Єдиний звіт про кримінальні правопорушення за січень-грудень 2020 року, https://www.gp.gov.ua/ua/stat_n_st?dir_id=113895&libid=100820#.

нальних правопорушеннях на кінець звітного періоду рішення про закінчення або зупинення не було прийнятим⁴⁵.

Кримінально-правова норма з незаконного збагачення у поточній редакції і далі викликає суперечки щодо конституційності її формулювання, а відтак до Конституційного Суду України надійшло нове конституційне подання від 47 народних депутатів, в якому обґрунтовується, що ст. 368⁻⁵ ККУ не відповідає ст. 1, ч.2 ст. 3, ч. 1, 2 ст. 8 Конституції України. При зверненні ініціатори апелюють до Рішення КСУ від 26.02.2019 р. яким було вже декриміналізовано незаконне збагачення через визнання ст. 368⁻² ККУ неконституційною. Також автори звернення вказують, що «...до кримінальної відповідальності може притягатися посадова особа, яка хоч і набула у власність активи, вартість яких більш ніж на шість з половиною тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи, однак набуття таких активів відбулося виключно за рахунок законних доходів членів її сім'ї...». Водночас народні обранці наголошують, що така юридична конструкція диспозиції ч.1 ст. 368⁻⁵ ККУ, як «перевищує її законні доходи» породжує правову невизначеність, адже, на їхню думку, не піддається однозначному визначенню період, за який слід рахувати доходи відповідної особи задля встановлення в її діяннях складу досліджуваного злочину. Крім того, автори звернення знову ж таки вбачають порушення принципу презумпції невинуватості, що суперечить ст. 62 Конституції України, а також невідповідність ст. 58 Конституції України, оскільки формулювання оскаржуваної статті ККУ поширюється на діяння, вчинені до набрання нею чинності⁴⁶. Таким чином, питання дискусійності норми про кримінальне переслідування незаконного збагачення та її суперечливості, а відповідно, і проблематичного застосування на практиці залишається відкритим, що є очевидною перепорою на шляху підвищення ефективності протидії корупції в Україні.

Висновки

Тема незаконного збагачення попри тривалу історію його криміналізації, все ж не втрачає своєї актуальності. Відповідна кримінально-правова норма впродовж більше десятиріччя зазнала чимало змін, доповнень,

⁴⁵ Єдиний звіт про кримінальні правопорушення за січень-грудень 2018 р., https://www.gp.gov.ua/ua/stat_n_st?dir_id=113895&libid=100820#.

⁴⁶ Конституційне подання щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України та інших пов'язаних з ними законів України, що зачіпають права та свободи громадян, https://ccu.gov.ua/sites/default/files/3_393_2020.pdf.

втрата чинності та подальшого відновлення у новій редакції. Розробка ідеальної диспозиції статті Кримінального кодексу України з незаконного збагачення триває і викликає чимало дискусій з політичним забарвленням.

Враховуючи означені тенденції криміналізації незаконного збагачення, міжнародно-правове регулювання, судову практику, вищевказані науково-практичні підходи до розуміння та бачення даного процесу на предмет врахування принципів права та практики ЄСПЛ, можемо зробити висновок, що кваліфікацію даного діяння як кримінально караного слід вважати обґрунтованою, суспільно затребуваною та виправданою, однак потребує більш якісного формулювання у кримінально-правовій нормі з дотриманням усіх принципів права, коректного окреслення суб'єктивних і об'єктивних ознак даного кримінального правопорушення, забезпеченням адекватності санкцій та недопущення суб'єктивізму під час застосування процесуального закону.

References

- Hbur L.V., *Perevahy ta nedoliky skasuvannia Konstytutsiynym Sudom Ukrainy statti pro kryminalnu vidpovidalnist za nezakonne zbahachennia (st. 368-2 KK Ukrainy)* [Advantages and disadvantages of the abolition by the Constitutional Court of Ukraine of the article on criminal liability for illicit enrichment (Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine)], „Pravo. Liudyna. Dovkillia – Right. Man. Environment” 2019, vol. 10, № 4, http://nbuv.gov.ua/UJRN/IHE_2019_10_4_20.
- Hladun O.Z. *Problemy kryminalizatsii nezakonnogo zbahachennia* [Problems of criminalization of illicit enrichment], „Naukovi zapysky Instytutu zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy – Scientific notes of the Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine” 2020, № 1.
- Mykhailenko D.H. *Praktyka Yevropeiskoho sudu z prav liudyny shchodo testu na proporsiiinist yak oriientyr perevirky normy pro nezakonne zbahachennia v Ukraini* [The case law of the European Court of Human Rights on the proportionality test as a guideline for testing the rule of illicit enrichment in Ukraine], *Materialy Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii «Polityka v sferi borotby zi zlochynnistiu» z nahody vidznachennia 25-richchia navchalno-naukovoho yurydychnoho instytutu, Ivano-Frankivsk – Proceedings of the International Scientific and Practical Conference “Policy in the Fight against Crime” on the occasion of the 25th anniversary of the Educational and Scientific Law Institute, Ivano-Frankivsk 2017*, <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/9284/2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Mykhailyn A.I., *Stattia kryminalnogo kodeksu 368-5 “Nezakonne zbahachennia” yak zakonodavchy virus u systemi kryminalnogo prava Ukrainy* [Article of the Criminal Code 368-5 “Illegal enrichment” as a legislative virus in the criminal law system of Ukraine], „Forum prava - Law Forum” 2020, № 4, http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_

index.

- Osadchyi V. I. *Nezakonne zbahachennia (st. 368-5 KK Ukrainy): korotkyi ohliad* [Illegal enrichment (Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine): a brief overview], "Dictum factum" 2020, № 1, http://nbuv.gov.ua/UJRN/dicf_2020_1_21.
- Slobodianyuk I.O., Symonenko N.O., *Nezakonne zbahachennia: mizhnarodnyi dosvid ta analiz ukrainskoho zakonodavstva* [Illegal enrichment: international experience and analysis of Ukrainian legislation], "Yurydychnyi naukovi elektronnyi zhurnal – Legal scientific electronic journal" 2020, № 6, http://lsej.org.ua/6_2020/52.pdf.
- Cherniavskiy S.S., Vozniuk A.A., *Zarubizhnyi dosvid pravovoi protydyi nezakonnomu zbahachenniu* [Foreign experience of legal counteraction to illicit enrichment], "Yurydychnyi chasopys Natsionalnoi akademii vnutrishnikh sprav – Legal Journal of the National Academy of Internal Affairs" 2019, № 1(17), <https://ojs.naiau.kiev.ua/index.php/lawjournal/article/view/1063/1073>.

Summary

Criminal prosecution for illegal enrichment: Ukrainian and international legal regulation

Keywords: corruption, illegal enrichment, criminalization of illicit enrichment, principles of law.

The article is devoted to the problems of theoretical and legal and law enforcement nature of criminal prosecution for illicit enrichment. A retrospective of the criminalization of illicit enrichment in Ukraine is traced. An analysis of the Decision of the Constitutional Court of Ukraine, as well as the Separate Opinions of Judges on the constitutionality of Article 368⁻² of the Criminal Code of Ukraine, are made. The positions of European experts and representatives of the legal community on the legality of criminalizing illicit enrichment are highlighted. A comparative analysis of the content of Article 368⁻⁵ of the Criminal Code of Ukraine and the decriminalized Article 368⁻² are made, as well as the scientific positions on the peculiarities of the current criminal law are highlighted. The author concludes that the qualification of the act of illicit enrichment as criminally punishable should be considered reasonable, socially demanded and justified, but requires better wording in the criminal law in compliance with all principles of law, correct delineation of subjective and objective features of the criminal offences, ensuring the adequacy of sanctions and preventing subjectivity in the application of procedural law.

Streszczenie

Ściganie karne za nielegalne wzbogacanie: ukraińskie i międzynarodowe regulacje prawne

Słowa kluczowe: korupcja, nielegalne wzbogacenie, kryminalizacja nielegalnego wzbogacenia, zasady prawa.

Artykuł jest poświęcony problematyce teoretycznego i prawnoprawnego charakteru ścigania karnego o nielegalne wzbogacenie. Prześlędzono retrospektywę kryminalizacji nielegalnego wzbogacenia na Ukrainie. Analiza orzeczenia Sądu Konstytucyjnego Ukrainy oraz zdanie odrębne sędziów w sprawie konstytucyjności art. 368⁻² Kodeksu karnego Ukrainy. Podkreślono stanowiska europejskich ekspertów i przedstawicieli środowiska prawniczego dotyczące legalności kryminalizacji nielegalnego wzbogacenia. Analiza porównawcza treści art. 368⁻⁵ Kodeksu karnego Ukrainy i zdekryminalizowanego art. 368⁻², a także uwypuklenie stanowisk naukowych dotyczących specyfiki obowiązującego prawa karnego. Autor konkluduje, że kwalifikację czynu niedozwolonego wzbogacenia jako karalnego należy uznać za rozsądną, społecznie oczekiwaną i usprawiedliwioną, ale wymaga lepszego sformułowania w prawie karnym z zachowaniem wszelkich zasad prawa, prawidłowego określenia podmiotowych i obiektywnych cech prawa karnego. przestępstwa karne, zapewnienie adekwatności sankcji i przeciwdziałanie podmiotowości w stosowaniu prawa procesowego.

Joanna Jagoda

Uniwersytet Śląski w Katowicach

ORCID: 0000-0001-5740-1815

e-mail: joanna.jagoda@us.edu.pl

Zasady zarządzania mieniem samorządowym

Mienie samorządowe, jako rodzaj mienia publicznego, podlega szczególnym regulacjom prawnym określającym zasady zarządzania tym mieniem. Zarządzanie mieniem samorządowym musi odbywać się przy zachowaniu zasad określonych w samorządowych ustawach ustrojowych. Z przepisów tych ustaw wynika, że podmioty mienia komunalnego samodzielnie decydują o przeznaczeniu i sposobie wykorzystania składników majątkowych, przy zachowaniu wymogów zawartych w odrębnych przepisach prawa. Natomiast obowiązkiem osób uczestniczących w zarządzaniu mieniem komunalnym jest zachowanie szczególnej staranności przy wykonywaniu zarządu zgodnie z przeznaczeniem tego mienia i jego ochrona. Celem niniejszego artykułu jest zbadanie, czy obowiązujące zasady zarządzania mieniem samorządowym pozwalają na wystarczającą ochronę tego mienia. Inaczej bowiem niż w odniesieniu do mienia państwowego, nie istnieje odrębny akt normatywny dotyczący zasad zarządzania mieniem samorządowym. W opracowaniu posłużono się przede wszystkim metodą formalno-dogmatyczną.

1. *Zasada samodzielności.* Jedną z podstawowych zasad zarządzania mieniem samorządowym jest zasada samodzielności, którą wyraża m.in. art. 45 ustawy o samorządzie gminnym¹: „Podmioty mienia komunalnego samodzielnie decydują o przeznaczeniu i sposobie wykorzystania składników majątkowych, przy zachowaniu wymogów zawartych w odrębnych przepisach prawa”. Podobną regulację zawiera ustawa o samorządzie województwa² w art. 58, który stanowi: „Wojewódzkie osoby prawne samodzielnie decydują, w granicach ustaw, o sposobie wykonywania należących do nich praw majątkowych”. Ana-

¹ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 713) dalej jako u.s.g.

² Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1668) dalej jako u.s.w.

logicznej regulacji nie zawiera ustawa o samorządzie powiatowym³, co nie oznacza jednak, że powiat nie może samodzielnie zarządzać mieniem. Zasada samodzielności zarządzania mieniem powiatu wynika bowiem z ogólnej zasady samodzielności powiatu (wynikającej z art. 2 u.s.p.) oraz z faktu, że powiat wchodzi w stosunki cywilnoprawne, będąc podmiotem mienia powiatowego (art. 46 ust. 3 u.s.p.)⁴.

Podmiotami mienia samorządowego są wszystkie osoby (podmioty), którym przysługuje mienie samorządowe. Zatem będzie chodzić nie tylko o gminy, powiaty i województwa samorządowe, ale także związki komunalne (międzygminne, powiatowe i gminno-powiatowe) oraz wszystkie inne samorządowe osoby prawne korzystające z mienia samorządowego (np. spółki komunalne, stowarzyszenia tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego, samorządowe instytucje kultury wyposażone w osobowość prawną)⁵. Samodzielność w decydowaniu o przeznaczeniu i sposobie wykorzystania mienia jest atrybutem wynikającym z majątkowego prawa podmiotowego. Nie jest to samodzielność równoznaczna z samodzielnością, o której mowa w art. 2 ust. 3 u.s.g. (odpowiednio: art. 2 ust. 3 u.s.p.; art. 6 ust. 3 u.s.w.), ponieważ dotyczy wszystkich samorządowych osób prawnych (a nie tylko jednostek samorządu terytorialnego), a ponadto oznacza swobodę działania wyłącznie w sferze prawa cywilnego, właściwą dla podmiotów prawa cywilnego. Jako taka podlega natomiast (w odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego) ochronie sądowej, o której mowa w art. 2 ust. 3 u.s.g. (odpowiednio: art. 2 ust. 3 u.s.p.; art. 6 ust. 3 u.s.w.)⁶.

Zakres samodzielności podmiotów mienia samorządowego w podejmowaniu decyzji o przeznaczeniu i sposobie wykorzystania składników tego mienia wyznaczają wymagania wynikające z przepisów prawa, tj. z ustawy zasadniczej, ustaw zwykłych, umów międzynarodowych zawartych i ratyfikowanych przez Polskę, rozporządzeń wykonawczych oraz aktów prawa miejscowego. Dotyczą one: 1) właściwości organów do podejmowania tych decyzji, 2) przestrzegania ustalonych przez prawo procedur decyzyjnych (np. przy określaniu przeznaczenia gruntów w planach zagospodarowania przestrzennego) i trybów postępowania (np. trybu zamówień publicznych), 3) stosowania właściwych form prawnych gospodarowania mieniem komunalnym (uchwała, decyzja administracyjna, czynność cywilnoprawna), 4) konieczności przestrzegania zasad gospodarowania mieniem komunalnym uchwalonych przez radę gminy oraz innych rygorów materialnoprawnych i formalnoprawnych⁷.

³ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 920) dalej jako u.s.p.

⁴ B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Warszawa 2019, s. 487.

⁵ Szerzej: J. Jagoda, *Mienie samorządowe*, Warszawa 2019, s. 26 i nast.

⁶ Szerzej: eadem, *Sądowa ochrona samodzielności jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2011, passim.

⁷ A. Szewc, [w:] G. Jyż, Z. Pławecki, A. Szewc, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, 2012, Lex, Komentarz do art. 45 ustawy o samorządzie gminnym.

Ograniczenia samodzielności w dysponowaniu mieniem samorządowym wynikają między innymi z odrębnych przepisów prawa. Tytułem przykładu można wymienić przepisy ustaw: o gospodarce nieruchomościami; o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym; o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego; o finansach publicznych; Prawo zamówień publicznych. Przy podejmowaniu decyzji o przeznaczeniu i sposobie wykorzystania poszczególnych składników swojego majątku podmioty mienia samorządowego muszą uwzględniać wymogi zawarte w tych przepisach.

Samodzielność w dysponowaniu mieniem jest też ograniczona przez klauzulę generalną wymienioną w art. 140 k.c. Zgodnie z tym przepisem właściciel może korzystać z rzeczy i nią rozporządzać w granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego oraz zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swego prawa. Trzeba przy tym podkreślić, że wymienione klauzule mają wpływ nie tylko na treść i wykonywanie prawa własności, lecz także innych praw majątkowych. Przede wszystkim chodzi o klauzulę odsyłającą do zasad współżycia społecznego. Czynność cywilnoprawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jest nieważna (por. art. 58 § 2 k.c.). Ponadto należy mieć na względzie odesłanie do klauzuli generalnej w postaci ustalonych zwyczajów, ponieważ czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, ale również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i właśnie z ustalonych zwyczajów (por. art. 56 k.c.). Dalej idące ograniczenia wynikają z klauzuli społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa majątkowego, czyli jego funkcji. Tę zaś – w odniesieniu do mienia komunalnego – określają przede wszystkim art. 6 i 7 ust. 1 u.s.g. Czynność cywilnoprawna sprzeczna ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa podmiotowego nie korzysta z ochrony prawnej (por. art. 5 k.c.).

Wydaje się, że w obecnym stanie prawnym to właśnie klauzula społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa przesądza o zakresie samodzielności gminy (i innych podmiotów mienia samorządowego) w decydowaniu o przeznaczeniu i sposobie wykorzystania mienia. Wprawdzie w doktrynie prawa cywilnego występuje wyraźny brak zgodności co do roli i dalszego losu klauzuli społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa własności; brak zgodności dotyczy zarówno tego, czy klauzula ta ma jakiegokolwiek znaczenie w oderwaniu od ustroju socjalistycznego⁸, jak i tego, czy w istocie wskazuje ona granice inne aniżeli te, które wynikają z całokształtu obowiązujących przepisów⁹. Jednak

⁸ Klauzula ta została wprowadzona jako wyznacznik granic treści własności w okresie socjalizmu (art. 140 k.c.), jednak pomimo zmian ustrojowych ustawodawca nie zdecydował się na jej usunięcie.

⁹ Zob. Z. Radwański (red.), *Zielona księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 57 i 66; R. Mikosz, „Ograniczenia” własności (na przykładzie prawa górniczego), „Problemy Prawne Górnictwa” 1982, nr 5, s. 29–30; E. Gniewek, *O prawie własności – w kontekście prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego*, „Rejent” 2008, nr 2, s. 66.

klauzula ta, mimo swojego socjalistycznego rodowodu, nie może być traktowana jako zwrot, któremu przypisane jest jedno, sztywne znaczenie. Aktualnie nie służy ona temu, by wyznaczyć granice treści stypizowanych przejawów własności w sposób bezwzględny, absolutny i sztywny. Przeciwnie, jej rolą jest nadanie elastyczności treści własności po to, by uwzględnić różnorodne elementy, które powinny ją kształtować¹⁰. Zwraca się również uwagę na to, że granice wyznaczone przez ustawy nie pokrywają się z tymi wyznaczonymi przez społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa własności. Klauzula społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa jest więc potrzebna właśnie po to, by tam, gdzie nie jest konieczne wprowadzanie szczegółowych regulacji (zazwyczaj mają one zresztą charakter wybiórczy, a nie kompleksowy), można było odwołać się do założeń bardziej ogólnych, elastycznych, podlegających ocenie uwzględniającej elementy zarówno obiektywne, jak i subiektywne¹¹.

Ograniczenia w zakresie dysponowania mieniem samorządowym wynikają zatem przede wszystkim ze społeczno-gospodarczego przeznaczenia tego mienia. Pojawia się pytanie, czy może ono zostać przeznaczone na inne cele niż zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty albo realizację zadań nałożonych na jednostkę samorządu terytorialnego. Na to pytanie żaden przepis ustawy nie udziela wyraźnej odpowiedzi. Nie jest więc jasne, czy gmina może np. wyzbyć się majątku, gdy jest on już niepotrzebny do osiągnięcia wspomnianego celu albo się do niego nie nadaje¹². Czy może ona inwestować w obiekty i urządzenia przeznaczone nie tyle do obsługi potrzeb miejscowej wspólnoty (mieszkańców gminy), ile ludności napływowej (kongresy, festiwale, turystyka, urządzenia uzdrowiskowe)¹³. W literaturze przedmiotu podkreśla się publicznoprawny charakter mienia komunalnego, który przesądza o zawężeniu granic samodzielności gmin w decydowaniu o przeznaczeniu i sposobie wykorzystania składników majątkowych. Wskazuje się, że organy gminy nie korzystają z nieograniczonej swobody w trakcie zarządu mieniem gminy, a także przy dokonywaniu czynności cywilnoprawnych. Swoboda umów jest w ich przypadku ograniczona przez status publicznoprawny gmin. Korzystanie przez gminę z jej mienia musi się mieścić w granicach prawidłowej gospodarki. Gmina nie może, tak jak prywatny właściciel, dysponować dowolnie swoim mieniem. Gospodarka jej musi być prowadzona w granicach obowiązujących przepisów, a wszelkie jej działania z tego zakresu muszą być celowe. Gmina nie może bez uzasadnionej przyczyny zrzec się swojej własności¹⁴.

¹⁰ M. Habdas, *Publiczna własność nieruchomości*, Warszawa 2012, s. 200.

¹¹ Ibidem, s. 206.

¹² A. Agopszowicz, [w:] A. Agopszowicz, Z. Gilowska, M. Taniewska-Peszko, *Prawo samorządu terytorialnego w zarysie*, Katowice 2001, s. 110.

¹³ Ibidem.

¹⁴ L. Rajca, *Implikacje związane z podwójnym statusem gminy: nosiciela imperium i właściciela mienia*, „Causus” 2001, z. 2, s. 9–17. Podobnie: M. Habdas, op. cit.

Analizując treść art. 45 ust. 1 u.s.g., należy zatem wyjść od pewnej nieodzownej modyfikacji zasady wyrażonej w art. 140 k.c., a odnoszącej się do ochrony prawa własności. Zgodnie z tym przepisem, właściciel może „z wyłączeniem innych osób” korzystać z rzeczy i rozporządzać rzeczą, a zatem ochrona własności wiąże się immanentnie z bezwzględным charakterem tego prawa. Dla osób trzecich płynie stąd obowiązek biernego poszanowania cudzego prawa własności. Jeżeli wbrew temu nastąpi naruszenie prawa własności, uruchamia się stosowne roszczenia ochronne, adresowane już do konkretnej osoby z potencjalnego kręgu osób trzecich¹⁵. Jeśli jednak uznamy, że przynajmniej niektóre składniki mienia samorządowego stanowią szczególną kategorię tzw. mienia publicznego i mogą z nich korzystać (bo takie jest ich społeczno-gospodarcze przeznaczenie) wszyscy, a w każdym razie nie tylko właściciel (jednostka samorządu terytorialnego), to roszczenia przewidziane w kodeksie cywilnym nie zawsze będą przysługiwały gminie jako właścicielowi. Przysługiwanie tych roszczeń zależeć będzie od charakteru danego składnika majątku komunalnego, od jego „społeczno-gospodarczego przeznaczenia”. Cechą charakterystyczną własności publicznej jest to, że niektóre uprawnienia składające się na triadę uprawnień właścicielskich (korzystanie z rzeczy, pobieranie pożytków i innych dochodów z rzeczy oraz rozporządzanie rzeczą) są immanentnie węższe w sensie swej wewnętrznej istoty¹⁶. W odniesieniu do szerokiego katalogu rzeczy będących składnikami własności publicznej właściciel (czyli jednostka samorządu terytorialnego) nie jest uprawniony choćby do rozporządzania niemalże wszystkimi obiektami należącymi do kategorii rzeczy publicznych stanowiących znaczną część mienia publicznego czy do korzystania z substancji tych rzeczy (ściślej: używania ich). W przypadku przecież takich obiektów, jak drogi, chodniki, place czy mosty, uprawnionym do ich używania (i to bez specjalnego zezwolenia) jest ogół społeczeństwa, a nie sam właściciel¹⁷. Dlatego jednostce samorządu terytorialnego przysługują określone uprawnienia (roszczenia) jako właścicielowi (podmiotowi prawa własności i innych praw majątkowych), ale uprawnienia te są węższe w porównaniu z uprawnieniami podmiotu prywatnego (podmiotu mienia prywatnego). Specyficzny, uwarunkowany interesem publicznym charakter praw majątkowych podmiotów publicznoprawnych (jednostek samorządu terytorialnego) powoduje bowiem, że prawa te w swojej istocie mogą doznawać (i rzeczywiście doznają) znacznie większych ograniczeń aniżeli prawa majątkowe innych podmiotów¹⁸. Mimo że konstrukcja mienia

¹⁵ Por. J. Kozińska, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2: *Własność i inne prawa rzeczowe* (art. 126–352), 2018, Lex, Komentarz do art. 222.

¹⁶ Tak W. Szydło, *Mienie publiczne w polskim prawie cywilnym i administracyjnym*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 3, s. 34; inaczej: A. Doliwa, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2004, s. 34.

¹⁷ Może to, zdaniem części doktryny, uzasadniać wskazywanie na wszystkich obywateli jako na właścicieli mienia publicznego w sensie ekonomicznym – zob. M. Szubiakowski, *Rzeczy publiczne. Wybrane zagadnienia*, „Kontrola Państwowa” 1997, nr 1, 57–58; W. Szydło, op. cit., s. 34.

¹⁸ Por. orzeczenie TK z 13 maja 1997 r., sygn. akt K 20/96, OTK 1997, Nr 2, poz. 18; orzeczenie TK z 9 stycznia 1996 r., sygn. akt K 18/95, OTK 1996, Nr 1, poz. 1.

publicznego wsparta jest na cywilistycznej konstrukcji mienia prywatnego (mienia w znaczeniu ogólnym), to jednak dopuszcza ze swej istoty modyfikacje wynikające z prawa publicznego¹⁹. Modyfikacje te muszą także dotyczyć, co zrozumiale, zakresu, form i sposobów ochrony mienia samorządowego (albo inaczej ochrony samodzielności jednostek samorządu terytorialnego w aspekcie majątkowym) przewidzianych w przepisach prawa cywilnego.

Zatem wyznacznikiem granic samodzielności jednostki samorządu terytorialnego w zakresie decydowania o przeznaczeniu i sposobie wykorzystania składników majątkowych będzie społeczno-gospodarcze przeznaczenie mienia samorządowego, czyli jego funkcja, którą jest realizacja zadań publicznych²⁰. Gmina (i pozostałe jednostki samorządu terytorialnego) mogą więc swobodnie decydować o przeznaczeniu i sposobie wykorzystania swojego majątku o tyle, o ile ich działania w tym zakresie służą realizacji zadań własnych określonych w ustawach ustrojowych. Nie ulega natomiast wątpliwości, że jednostka samorządu terytorialnego nie może swobodnie dysponować mieniem przeznaczonym do wykonywania zadań zleconych. Ograniczenia te dotyczą środków pieniężnych (dotacji celowych), które nie mogą być użyte na inne cele niż realizacja zadań zleconych z zakresu administracji rządowej²¹.

2. *Zasada szczególnej staranności*. Ustawa nie definiuje pojęcia szczególnej staranności ani nie wskazuje kryteriów, za pomocą których można by określić poziom tej staranności. Trzeba zatem odwołać się do pojęcia należytej staranności, którym posługuje się Kodeks cywilny (art. 355 k.c.). Przez „należyta staranność” rozumie się staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju. Podwyższonej staranności wymaga kodeks cywilny w zakresie prowadzonej przez dłużnika działalności gospodarczej, którą określa przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności²². Ustawodawca posłużył się obiektywnym wzorcem wymaganej staranności, który nie jest określany na podstawie indywidualnych cech i możliwości skonkretyzowanego dłużnika, lecz odnosi się do zobiektywizowanego miernika staranności, przyjmowanego w danej sferze stosunków²³. Przy ocenie zachowania należytej sta-

¹⁹ W. Szydło, op. cit., s. 34.

²⁰ Por. wyrok TK z 25 listopada 2003 r., sygn. akt K 37/02, OTK-A 2003, Nr 9, poz. 96.

²¹ Tak A. Agopszowicz, [w:] A. Agopszowicz, Z. Gilowska, M. Taniewska-Peszko, op. cit., s. 110.

²² Niedołężenie należytej staranności oznacza naruszenie reguł mających na celu prawidłowe wykonanie zobowiązania w sposób zabezpieczający wierzyciela przed doznaniem szkody. Może ono być wynikiem zawinionego zachowania się dłużnika, który umyślnie albo nieumyślnie wyrządza w ten sposób szkodę wierzycielowi. Jeżeli strony nie postanowiły inaczej lub ustawa nie zawiera wyraźnej modyfikacji przesłanek odpowiedzialności, do obciążenia nią dłużnika nie jest konieczne przypisanie mu winy – Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, nr 7–8, s. 12.

²³ M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2008, s. 932.

ranności dokonuje się obiektywizacji i generalizacji modelu postępowania, którego w stosunkach danego rodzaju można wymagać od zobowiązanego podmiotu. Konieczne jest zatem prawidłowe ustalenie zarówno rodzaju stosunków, w obrębie których działa dłużnik, jak i ogólnych wymagań, które stawia się podmiotom uczestniczącym w takich stosunkach. Staranność ogólnie wymagana jest starannością przeciętną, normalną, typową, co oznacza, że nie jest ona ani starannością minimalną, ani też starannością szczególną czy wzmożoną²⁴. Ustawodawca wyraźnie przy tym zastrzega, że należyta staranność przy prowadzeniu przez dłużnika działalności gospodarczej musi być określona przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Działalność podejmowana w ramach prowadzonej działalności gospodarczej skutkuje tym, że od dłużnika oczekuje się profesjonalizmu, który przede wszystkim oznacza sumienność oraz postępowanie zgodnie z regułami wiedzy fachowej. Fakt, że dłużnik prowadzi działalność gospodarczą, uzasadnia zwiększone oczekiwania społeczeństwa co do jego wiedzy, skrupulatności, rzetelności, zapobiegliwości, a także zdolności przewidywania okoliczności wpływających na wykonywanie zobowiązania. Zgodnie z nakazem ustawodawcy zwiększone oczekiwania społeczne wobec profesjonalisty są uwzględniane przy konstruowaniu wzorca należytej staranności²⁵. W konsekwencji staranność w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej jest wyższa aniżeli w przypadku dłużnika, który nie prowadzi działalności gospodarczej. Staranność ta jest podwyższona także wtedy, gdy w stosunkach określonego rodzaju dłużnikiem jest specjalista lub fachowiec w danej dziedzinie, nawet jeśli nie prowadzi działalności gospodarczej²⁶.

Odnosząc powyższe uwagi do wymogu zachowania szczególnej staranności, należy zauważyć, że z pewnością nie jest to staranność, która jest przeciętna lub typowa, tak jak w przypadku należytej staranności. „Szczególna staranność” powinna być wyższa od należytej, a nawet wyższa od staranności wymaganej od prowadzącego działalność gospodarczą²⁷. Określając szczególną staranność, konieczne jest uwzględnienie czterech elementów, a mianowicie: 1) istoty samorządu terytorialnego, 2) celu samorządu terytorialnego, 3) zadań samorządu terytorialnego oraz 4) potrzeb wspólnoty samorządowej, które można zaspokajać w prawnie dopuszczonych formach działania²⁸. Uwzględnienie podanych elementów powoduje, że wymagana przez ustawodawcę szcze-

²⁴ Por. B. Fuchs, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna* (art. 353–534), 2018, Lex, Komentarz do art. 355.

²⁵ P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 548.

²⁶ Por. M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), op. cit., s. 934.

²⁷ Por. A. Agopszowicz, [w:] A. Agopszowicz, Z. Gilowska, *Ustawa o gminnym samorządzie terytorialnym. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 333–334; B. Dolnicki, op. cit., s. 492.

²⁸ R. Sowiński, *Warunki prawne funkcjonowania spółek komunalnych i ich specyfika*, „Rejent” 2003, nr 6, s. 181.

gólna staranność jest wyższa od należytej i stanowi samodzielny, obiektywny miernik oceny zachowania się osób uczestniczących w zarządzaniu mieniem samorządowym. Miernik ten bazuje na wyższych wymaganiach aniżeli analogiczne mierniki zawarte w prawie cywilnym czy w prawie pracy.

„Szczególna staranność” jest także wyższa od staranności wymaganej od podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Porównując szczególną staranność ze starannością wymaganą od podmiotów w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, wypada zauważyć, że występuje tu różnica nie tyle ilościowa (poziom staranności), ile jakościowa (rodzaj staranności), gdyż zarządzanie mieniem samorządowym nie zawsze wiąże się z uczestnictwem w obrocie gospodarczym i komercyjnym oferowaniu towarów lub usług, a podmioty uczestniczące w zarządzaniu mieniem nie zawsze mogą być traktowane jako profesjonalści (co nie oznacza, że podmioty te należy traktować jak osoby niewykwalifikowane)²⁹. Szczególna staranność jest więc inna jakościowo, ponieważ jej mierniki nie są określane na podstawie założenia profesjonalnego uczestnictwa w obrocie gospodarczym, mającym na celu realizację interesów prywatnych, lecz uwzględniają funkcje mienia samorządowego i jego rolę w realizowaniu przez samorząd terytorialny zadań polegających na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty.

Ważnym miernikiem szczególnej staranności w odniesieniu do pracowników samorządowych są w szczególności art. 24 i art. 25 ustawy o pracownikach samorządowych³⁰. W pierwszym z wymienionych przepisów ustawodawca wyraźnie wskazuje, że do podstawowych obowiązków pracownika samorządowego należy dbałość o wykonywanie zadań publicznych oraz o środki publiczne, z uwzględnieniem interesu publicznego oraz indywidualnych interesów obywateli (art. 24 ust. 1 u.pr.s.). Wskazano także, że do obowiązków pracownika samorządowego należy w szczególności:

- 1) przestrzeganie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i innych przepisów prawa,
- 2) wykonywanie zadań sumiennie, sprawnie i bezstronnie,
- 3) udzielanie informacji organom, instytucjom i osobom fizycznym oraz udostępnianie dokumentów znajdujących się w posiadaniu jednostki, w której pracownik jest zatrudniony, jeżeli prawo tego nie zabrania,
- 4) dochowanie tajemnicy ustawowo chronionej,
- 5) zachowanie uprzejmości i życzliwości w kontaktach z obywatelami, zwierzchnikami, podwładnymi oraz współpracownikami,
- 6) zachowanie się z godnością w miejscu pracy i poza nim,
- 7) stałe podnoszenie umiejętności i kwalifikacji zawodowych (art. 24 ust. 2 u.pr.s.).

²⁹ M. Habdas, op. cit., s. 326.

³⁰ Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1282 ze zm.), dalej jako u.pr.s.

Ponadto w art. 25 ust. 1 u.pr.s. stwierdzono, że do obowiązków pracownika samorządowego należy sumienne i staranne wykonywanie poleceń przełożonego. W przypadku gdy pracownik samorządowy jest przekonany, że polecenie jest niezgodne z prawem albo zawiera znamiona pomyłki, ma on obowiązek poinformować o tym na piśmie swojego bezpośredniego przełożonego, a zatem nie może działać w sposób automatyczny, bezmyślny, powołując się na działanie w ramach polecenia służbowego. Dopiero w przypadku pisemnego potwierdzenia polecenia pracownik jest obowiązany je wykonać, zawiadamiając jednocześnie kierownika jednostki, w której jest zatrudniony (art. 25 ust. 2 u.pr.s.). Pracownik samorządowy nie wykonuje polecenia, jeżeli jest przekonany, że prowadziłoby to do popełnienia przestępstwa, wykroczenia lub groziłoby niepowetowanymi stratami, o czym niezwłocznie informuje kierownika jednostki, w której jest zatrudniony (art. 25 ust. 3 u.pr.s.). Regulacja ta dowodzi, że pracownik samorządowy, oprócz obowiązków wynikających z nawiązania stosunku pracy, obciążony jest także obowiązkami wobec podmiotów innych niż pracodawca, np. państwo, wspólnota samorządowa, organy i instytucje publiczne, obywatele, współpracownicy. Nałożenie tych obowiązków na pracowników samorządowych jest ściśle związane z charakterem ich pracy w ramach administracji publicznej, która ma umożliwić realizację zadań wykonywanych przez omawiane jednostki³¹. Nie bez powodu jednym z podstawowych i wymienionych w pierwszej kolejności obowiązków jest dbałość o wykonywanie zadań publicznych oraz o środki publiczne³².

W świetle powyższego słuszny jest pogląd Andrzeja Szewca, że wymóg szczególnej staranności nawiązuje do koncepcji dobrego gospodarza, przy czym jest on gospodarzem mienia, które przeznaczone jest do realizacji zadań publicznych, a nie interesów prywatnych. W konsekwencji zarzut niedołożenia szczególnej staranności obejmuje nie tylko przypadki winy umyślnej, lecz także winę nieumyślną, w tym *culpa levissima*. Ta ostatnia może w szczególności dotyczyć zaniechania dochodzenia zastrzeżonych kar umownych, gdy gmina poniosła szkodę³³.

Zachowanie szczególnej staranności nie wyklucza podejmowania działań związanych z ryzykiem, jednak ustawodawca nie określa, jaki jest dopuszczalny poziom tego ryzyka. Ryzyko jest nieuniknionym elementem zarządzania, a jego całkowita eliminacja rzadko kiedy jest możliwa. Zachowanie szczególnej staranności przy zarządzaniu mieniem samorządowym wydaje się wskazywać

³¹ A. Szewc, T. Szewc, *Obowiązki pracownika samorządowego*, [w:] A. Szewc (red.), *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 192–195.

³² P. Zuzankiewicz, *Obowiązki pracownika samorządowego*, [w:] W. Drobny, M. Mazuryk, P. Zuzankiewicz (red.), *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 104–108.

³³ A. Szewc, [w:] A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławecki, *Samorząd gminny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 430.

na konieczność minimalizowania ryzyka³⁴. Obowiązek dołożenia szczególnej staranności przy zarządzaniu mieniem komunalnym i jego ochrony nie wyklucza jednak podejmowania względem tego mienia działań obarczonych określonym stopniem ryzyka gospodarczego, np. nabywania i zbywania akcji na giełdzie papierów wartościowych³⁵.

Z pewnością dopuszczalny stopień ryzyka będzie wyższy w odniesieniu do prowadzonej przez jednostki samorządu terytorialnego działalności gospodarczej, gdyż uczestniczenie w rynku nie jest możliwe bez ryzyka. W każdym razie ryzyko nie może być wyższe aniżeli w typowych stosunkach gospodarczych, przy czym uwzględniając dodatkowo podstawowe zadanie samorządu terytorialnego, jakim jest realizacja celów publicznych, ryzyko to nie może zagrozić realizacji tych celów. Ponadto podejmowanie ryzyka nie może mieć na celu wyłącznie maksymalizacji zysków, ponieważ nie taki jest podstawowy cel zarządzania mieniem samorządowym³⁶.

Obowiązek zachowania szczególnej staranności dotyczy osób uczestniczących w zarządzaniu mieniem samorządowym (wykonujących zarząd), a więc przede wszystkim wójta (burmistrza, prezydenta), członków zarządu powiatu (województwa), a także radnych. Udział tych osób w czynnościach zarządu mieniem wydaje się niekwestionowany. Obowiązek ten ciąży również na pracownikach samorządowych uczestniczących w zarządzaniu mieniem samorządowym (pracownicy zatrudnieni w urzędzie gminy, starostwie powiatowym, urzędzie marszałkowskim, samorządowej jednostce organizacyjnej, jeśli tylko uczestniczą bezpośrednio w zarządzaniu mieniem samorządowym). W szczególności chodzi tu o skarbnika jednostki samorządu terytorialnego (głównego księgowego budżetu), sekretarza, pracowników urzędu zajmujących stanowiska kierownicze (w zakresie, w jakim w ramach powierzonych im obowiązków uczestniczą oni w zarządzaniu mieniem) oraz kierowników samorządowych jednostek organizacyjnych, a także osoby wchodzące w skład innych struktur samorządowych zarządzających mieniem komunalnym (np. członków zarządu związku komunalnego, członków zarządu oraz innych organów spółki komunalnej³⁷). Podwyższony standard staranności i obowiązek ochrony nie dotyczy natomiast osób prywatnych korzystających z mienia samorządowego, nawet gdy zakres ich uprawnień sięga bardzo daleko, zbliżając się do prawa własności (np. w przypadku użytkowania wieczystego gruntów gminy). Obowiązki w tym zakresie ciążyą na osobach, które w imieniu jednostki samorządu terytorialnego wykonują określone uprawnienia w stosunku do wymienionych osób prywatnych³⁸.

³⁴ A. Agopszowicz, [w:] A. Agopszowicz, Z. Gilowska, M. Taniewska-Peszko, op. cit., s. 114.

³⁵ Por. wyrok NSA z 17 maja 1995 r., sygn. akt SA/Wr 275/95, ONSA 1996, Nr 3, poz. 113.

³⁶ K. Bandarzewski, [w:] P. Chmielnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 550.

³⁷ Por. R. Sowiński, op. cit., s. 160.

³⁸ Tak S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Kraków 1998, s. 64–65.

Należy zgodzić się z poglądem, że obowiązek zarządzania mieniem „ze szczególnością starannością” dotyczy natomiast osób, które nie są pracownikami samorządowymi, a które uczestniczą w zarządzaniu tym mieniem na podstawie umów o charakterze cywilnym (kontraktów menedżerskich), choć oczywiście pociągnięcie do odpowiedzialności takich osób będzie dużo mniej skuteczne niż w odniesieniu do pracowników samorządowych³⁹.

Przepisy ustaw samorządowych nie określają skutków prawnych braku szczególnej staranności w zarządzaniu mieniem samorządowym. Ewentualne sankcje wynikają natomiast z innych przepisów, właściwych dla danej gałęzi prawa. W szczególności może tu wchodzić w grę odpowiedzialność:

1) karna (zwłaszcza za przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu określone w rozdziale XXXVI Kodeksu karnego⁴⁰ – zob. w szczególności art. 296, 303, 305 k.k.),

2) cywilna (za szkodę wyrządzoną w mieniu komunalnym oraz za szkody wyrządzone osobom trzecim – zob. art. 417–421 k.c.),

3) pracownicza (porządkowa – por. art. 108 i nast. Kodeksu pracy),

4) z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych (por. ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁴¹),

5) polityczna (przejawiająca się np. podjęciem przez radę gminy uchwały w sprawie przeprowadzenia referendum dotyczącego odwołania wójta)⁴².

Ponadto środkiem zabezpieczenia realizacji omawianych wymogów w zakresie zarządzania mieniem samorządowym jest możliwość zastosowania środków nadzoru. Można bowiem uznać, że do naruszenia zasady szczególnej staranności w zarządzaniu mieniem może dojść na skutek podjęcia uchwały rady gminy lub wydania zarządzenia wójta, które są wyraźnie niekorzystne dla interesów majątkowych gminy, narażające ją na nadmierne ryzyko w obrocie cywilnoprawnym. Chodzi tu przede wszystkim o nadzór wykonywany przez wojewodę i regionalną izbę obrachunkową⁴³ (por. wyrok NSA z 17 maja 1995 r., SA/Wr 275/95, w którym sąd dał wyraz przekonaniu, że art. 50 u.s.g. stanowi podstawę zastosowania przez właściwy organ nadzoru odpowiednich środków nadzoru). Naruszeniem art. 50 jest niezachowanie ustawowo określonych zasad oraz trybu postępowania przy podejmowaniu przez radę gminy uchwały dotyczącej sprawy z zakresu zarządzania mieniem komunalnym⁴⁴.

³⁹ Por. K. Bandarzewski, [w:] P. Chmielnicki (red.), op. cit., s. 548–549.

⁴⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444).

⁴¹ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 289.

⁴² K. Bandarzewski, [w:] P. Chmielnicki (red.), op. cit., s. 549.

⁴³ Tak S. Dudzik, op. cit., s. 73–74.

⁴⁴ Por. wyrok NSA z 11 września 2001 r., sygn. akt II SA/Łd 948/01, Legalis.

3. *Charakter mienia samorządowego*. Uzasadnieniem dla nałożenia obowiązku wykonywania zarządu mieniem samorządowym i jego ochrony ze szczególną starannością wydaje się specyficzny charakter tego mienia. W literaturze i orzecznictwie uznaje się na ogół, że mienie samorządowe jest mieniem publicznym, poddanym szczególnemu reżimowi zarządzania i szczególnej ochronie. Podnosi się także, że wymóg „szczególnej staranności” jest reminiscencją nieobowiązujących już przepisów Kodeksu cywilnego o szczególnej ochronie mienia społecznego. O ile jednak przepisy te zostały uchylone w 1990 r. w stosunku do mienia społecznego (w tym państwowego), o tyle ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie ich do porządku prawnego w odniesieniu do zarządu mieniem komunalnym⁴⁵. Zdaniem Antoniego Agopszowicza uchylenie przepisów o szczególnej ochronie mienia społecznego nie daje w obecnym stanie prawnym podstawy do domagania się szczególnej ochrony mienia komunalnego, bowiem oznaczałoby to reaktywowanie podziału na typy własności⁴⁶. Podwyższenie standardu ochrony mienia komunalnego w stosunku do innych rodzajów mienia (zwłaszcza tzw. prywatnego) budzi wątpliwości w kontekście przepisów Konstytucji RP, zgodnie z którymi własność i inne prawa majątkowe (mienie) podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej (art. 64 ust. 2 Konstytucji RP)⁴⁷.

Należy zatem przyjąć, że art. 50 u.s.g. (i odpowiednie przepisy pozostałych ustaw samorządowych) nie wprowadza obowiązku „szczególnej ochrony” mienia samorządowego. Nie wiadomo bowiem, czym ta szczególna ochrona miałaby się przejawiać, skoro w Konstytucji RP nie różnicuje się stopnia ochrony własności ze względu na jej podmiot, a w ustawodawstwie zwykłym usunięto przepisy, które w minionym ustroju dotyczyły ochrony wybranych typów i form własności. W literaturze pojawił się natomiast pogląd, że ustawodawca zamiast wprowadzania szczególnej ochrony mienia komunalnego wprowadza obowiązek szczególnej staranności w odniesieniu do ochrony tego mienia⁴⁸. Obowiązek ten nałożony jest na osoby uczestniczące w zarządzaniu mieniem samorządowym w powiązaniu z ich obowiązkami (zob. w szczególności art. 24 i 25 u.p.r.s.), a także w związku ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego mienia i zadaniami samorządu terytorialnego. Skuteczna ochrona mienia, w odniesieniu do którego brak jest właściciela w znaczeniu ekonomicznym, wymaga uwypuklenia obowiązków osób uczestniczących w zarządzaniu mieniem komunalnym w zakresie ochrony. Jest to tym bardziej istotne, że termin „zarządzanie” najczęściej rozumiany jest jako obejmujący zagadnienia ochrony mienia, a nawet jeżeli ochronę tę potraktować jako odrębną od zarządzania,

⁴⁵ S. Dudzik, op. cit., s. 62. Zob. także A. Jaroszyński, [w:] P. Czechowski, A. Jaroszyński, S. Piątek (red.), *Komentarz do ustawy o samorządzie terytorialnym*, Warszawa 1996, s. 106.

⁴⁶ A. Agopszowicz, [w:] A. Agopszowicz, Z. Gilowska, op. cit., s. 334.

⁴⁷ Zwraca na to uwagę również K. Bandarzewski, [w:] P. Chmielnicki (red.), op. cit., s. 550.

⁴⁸ Tak M. Habdas, op. cit., s. 330 i nast.

to niewątpliwie oba te obszary działania są ze sobą ściśle związane. Szczególna staranność dotycząca ochrony mienia samorządowego jest więc naturalnym uzupełnieniem rozmaitych szczególnych wymogów i ograniczeń w stosunku do tego mienia, któremu przypisano specyficzne funkcje⁴⁹.

Szczególna staranność dotycząca ochrony mienia samorządowego powinna być przede wszystkim rozumiana jako konieczność podejmowania czynności o charakterze zachowawczym. Aktualne jest więc stanowisko Tomasza Dybowskiego, że o ile właściciel prywatny może decydować o tym, czy chronić swoje mienie, o tyle szczególna staranność w ochronie mienia komunalnego (publicznego) powinna być rozumiana jako obowiązek podjęcia wszelkich działań zmierzających do ochrony rzeczy lub prawa⁵⁰. Pogląd ten w obecnych warunkach nabrał nowego znaczenia w związku z usunięciem z kodeksu cywilnego przepisów wzmacniających niegdyś ochronę mienia publicznego (chodziło jednak wtedy o mienie ogólnonarodowe), które chroniły przed utratą własności, jej uszczupleniem lub narażeniem na utratę⁵¹. Obecnie, wobec braku przepisów chroniących mienie samorządowe, jednostki samorządu terytorialnego muszą samodzielnie w sposób aktywny chronić swoje mienie⁵². Właśnie z tego względu konieczne jest zachowanie szczególnej staranności przy jego ochronie. Skoro dla własności komunalnej nie przewidziano odrębnego reżimu ochronnego, a jest to własność w rozumieniu art. 140 k.c., to jednostka samorządu terytorialnego może korzystać ze wszelkich środków cywilnoprawnych służących ochronie mienia, w szczególności prawa własności⁵³.

Zadania jednostek samorządu terytorialnego kształtują treść przysługującego im prawa własności. Ustawodawca wprowadził jednak zasadę szczególnej staranności w zarządzaniu mieniem samorządowym oraz obowiązek jego ochrony. Jest to naturalna konsekwencja tego, że w przypadku podmiotów, takich jak jednostki samorządu terytorialnego, właściciel jest w pewnym sensie podmiotem abstrakcyjnym. Brak jest zatem zidentyfikowanego właściciela w rozumieniu ekonomicznym, dbającego o mienie nie tylko w okresie i w per-

⁴⁹ Ibidem, s. 331.

⁵⁰ T. Dybowski, *Ochrona własności w polskim prawie cywilnym (rei vindicatio – actio negatoria)*, Warszawa 1969, s. 77–78, przy czym autor ten uwagi swoje odniósł do mienia ogólnonarodowego i innych form własności społecznej.

⁵¹ Z.K. Nowakowski, *Prawo rzeczowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1980, s. 44.

⁵² W odniesieniu do mienia państwowego wyrazem szczególnej ochrony tego mienia jest określenie zasad zarządzania mieniem państwowym w drodze ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 735). Ustawa określa w art. 4 ust. 2 sposób zarządzania mieniem poprzez wybór dwóch istotnych zasad, którymi ma się kierować organ właściwy do zarządzania mieniem. Jest to zasada prawidłowej gospodarki oraz zasada szczególnej staranności. Por. F. Grzegorzczak, [w:] F. Grzegorzczak, M. Wierzbowski (red.), *Ustawa o zasadach zarządzania mieniem państwowym. Komentarz*, 2020, Lex, Komentarz do art. I.

⁵³ M. Pyziak-Szafnicka, *Uwagi na temat cywilnoprawnego i konstytucyjnego ujęcia własności jednostek samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 1999, nr 10, s. 11.

spektywie swojej kadencji i nie wyłącznie (lub głównie) w związku z politycznymi naciskami i uwarunkowaniami⁵⁴. Szczególna staranność dotycząca ochrony mienia samorządowego powinna być przede wszystkim rozumiana jako konieczność podejmowania czynności o charakterze zachowawczym (w tym także korzystanie z ochrony posesoryjnej). O ile właściciel prywatny może decydować o tym, czy chronić swoje mienie, o tyle szczególna staranność w ochronie mienia samorządowego powinna być rozumiana jako obowiązek podjęcia wszelkich działań zmierzających do ochrony rzeczy lub prawa⁵⁵. Pogląd ten w obecnych warunkach nabrał nowego znaczenia w świetle faktu, że w kodeksie cywilnym brak przepisów wzmacniających ochronę mienia publicznego, które chronią przed utratą własności, jej uszczupleniem lub narażeniem na utratę.

W prawie polskim nie przewiduje się obecnie ochrony mienia samorządowego na podstawie zasady niezbywalności, niemożności zasiedzenia, zajęcia i egzekucji spotykanych w innych europejskich porządkach prawnych⁵⁶. Należy więc pytać o to, czy ustawodawca polski nie postąpił zbyt pochopnie, tak dalece ujednolicając zasady ochrony własności publicznej (samorządowej) i prywatnej. Nie ma powodu ani też nie jest pożądane zacieranie granicy między własnością publiczną a prywatną, gdyż prowadzi to do zatarcia specyfiki tych dwóch rodzajów własności, które wiążą się przecież z zaspokajaniem różnych rodzajów potrzeb i interesów.

Warto także zwrócić uwagę na to, że o ile w odniesieniu do mienia państwowego podjęto pewne działania legislacyjne, mające na celu wzmocnienie ochrony tego mienia, o tyle nie uczyniono tego w odniesieniu do mienia samorządowego. Ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym⁵⁷ dotyczy bowiem wyłącznie mienia państwowego, mimo że zarówno mienie państwowe, jak i mienie samorządowe należą do tej samej kategorii mienia publicznego.

Wykaz literatury

- Agopszowicz A., Gilowska Z., *Ustawa o gminnym samorządzie terytorialnym. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 1999.
- Agopszowicz A., Gilowska Z., Taniewska-Peszko M., *Prawo samorządu terytorialnego w zarysie*, Wyd. UŚ, Katowice 2001.
- Banaszczyk K.Z., Granecki P., *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, nr 7–8.
- Bandarzewski K., [w:] P. Chmielnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010.

⁵⁴ M. Habdas, op. cit., s. 408.

⁵⁵ Ibidem, s. 409.

⁵⁶ Zwraca na to uwagę M. Habdas – patrz ibidem, s. 333.

⁵⁷ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 735.

- Doliwa A., *Prawo rzeczowe*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2004.
- Dolnicki B., *Samorząd terytorialny*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Dudzik S., *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Zakamycze, Kraków 1998.
- Dybowski T., *Ochrona własności w polskim prawie cywilnym (rei vindicatio – actio negatoria)*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1969.
- Fuchs B., [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, 2018, Lex, Komentarz do art. 355.
- Gniewek E., *O prawie własności – w kontekście prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego*, „Rejent” 2008, nr 2.
- Grzegorzczak F., [w:] F. Grzegorzczak, M. Wierzbowski (red.), *Ustawa o zasadach zarządzania mieniem państwowym. Komentarz*, 2020, Lex, Komentarz do art. 1.
- Habdas M., *Publiczna własność nieruchomości*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Jagoda J., *Sądowa ochrona samodzielności jednostek samorządu terytorialnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Jagoda J., *Mienie samorządowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Jaroszyński A., [w:] P. Czechowski, A. Jaroszyński, S. Piątek (red.), *Komentarz do ustawy o samorządzie terytorialnym*, Warszawa 1996.
- Kozińska J., [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2: *Własność i inne prawa rzeczowe (art. 126–352)*, 2018, Lex, Komentarz do art. 222.
- Machnikowski P., [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Mikosz R., „Ograniczenia” własności (na przykładzie prawa górniczego), „Problemy Prawne Górnictwa” 1982, nr 5.
- Nowakowski Z.K., *Prawo rzeczowe. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1980.
- Pyziak-Szafnicka M., *Uwagi na temat cywilnoprawnego i konstytucyjnego ujęcia własności jednostek samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 1999, nr 10.
- Radwański Z. (red.), *Zielona księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Oficyna Wyd. Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 2006.
- Rajca L., *Implikacje związane z podwójnym statusem gminy: nosiciela imperium i właściciela mienia*, „Casus” 2001, z. 2.
- Safjan M., [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Sowiński R., *Warunki prawne funkcjonowania spółek komunalnych i ich specyfika*, „Rejent” 2003, nr 6.
- Szawc A., [w:] G. Jyż, Z. Pławewski, A. Szawc, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, 2012, Lex, Komentarz do art. 45 ustawy o samorządzie gminnym.
- Szawc A., Szawc T., *Obowiązki pracownika samorządowego*, [w:] A. Szawc (red.), *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Szubiakowski M., *Rzeczy publiczne (Wybrane zagadnienia)*, „Kontrola Państwowa” 1997, nr 1.
- Szydło W., *Mienie publiczne w polskim prawie cywilnym i administracyjnym*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 3.
- Zuzankiewicz P., *Obowiązki pracownika samorządowego*, [w:] W. Drobný, M. Mazuryk, P. Zuzankiewicz (red.), *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.

Summary

The principles of self-government property management

Keywords: local government units, management of local government property.

Self-government property, as a kind of public property, is subject to special regulations by law. The administration of self-government property has to be carried out with adherence to the principles formulated in self-government system acts. The provisions of these acts stipulate that communal property subjects decide independently on the appropriation and the manner of disposition of assets, upon the fulfilment of requirements contained in separate legal regulations (the principle of independence). On the other hand, it's the duty of the persons participating in the administration of self-government property to exercise special care when carrying out the administration in conformity with the property and its protection (the principle of special diligence). Compared to other legal orders, active protection of the public property is essential in the Polish legal order, since there are no specific protection mechanisms. Polish law does not provide for the protection of municipal property following the principle of non-transferability, prescription, seizure and enforcement found in other European legal systems. The question that arises is whether the Polish legislator did not act too rashly in unifying the principles of protection of the public (local government) and private property.

Katarzyna Jakubczak-Fopke

Uniwersytet Gdański

ORCID: 0000-0003-3708-0430

katarzyna.jakubczak-fopke@ug.edu.pl

Kara łączna – kilka uwag na tle zmian normatywnych

Wprowadzenie

Regulacja kary łącznej na przestrzeni ostatnich lat została poddana kilkukrotnym zmianom normatywnym. Po raz pierwszy modelowa konstrukcja kary łącznej uległa istotnej zmianie w 2015 r. na mocy ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹. Istota wprowadzanych wówczas zmian opierała się na przemodelowaniu zarówno teoretycznych założeń kary łącznej, jak i zasad jej wymiaru². Zdecydowano się na oderwanie kary łącznej od realnego zbiegu przestępstw, powiązaniego z warunkiem przegrody pierwszego, chociażby nieprawomocnego, wyroku. Odtąd przesłanką orzekania kary łącznej stały się wyłącznie kary lub kary łączne za przestępstwa, o których mowa w art. 85 §1 k.k., podlegające wykonaniu w całości lub w części. Wprowadzone zmiany zostały w piśmiennictwie uznane za rewolucyjne³, mające wręcz fundamentalne znaczenie⁴.

Po pięciu latach obowiązywania nowej regulacji ustawodawca zdecydował się na ponowną zmianę i powrót do stanu prawnego sprzed 1 lipca 2015 r. Na mocy ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania

¹ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396), dalej jako nowelizacja z 20 lutego 2015 r.

² P. Kardas, *Zbieg przestępstw czy zbieg kar? Rozważania o podstawie wymiaru kary łącznej w świetle nowelizacji Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, r. XIX, z. 3, s. 5.

³ M. Gałązka, [w:] M. Niewiadomska-Krawczyk, *Kara łączna po nowelizacji — rozważania na tle przepisów rozdziału IX Kodeksu karnego*, seria: Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, T. Kalisz (red.), t. 37, Wrocław 2015, s. 88, <https://repozytorium.uni.wroc.pl/> (data dostępu: 22.04.2021).

⁴ M. Sławiński, *Intertemporalne zagadnienia nowelizacji przepisów o karze łącznej. Wybrane problemy w kontekście art. 19 ustawy nowelizującej z 20 lutego 2015 r.*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 144.

kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19⁵, ustawodawca powrócił do pierwotnego modelu kary łącznej, obowiązującego przed nowelizacją z 2015 r. Ponownie warunkiem orzekania kary łącznej stało się popełnienie przez sprawcę dwóch lub więcej przestępstw nieprzedzielonych, chociażby nieprawomocnym wyrokiem, za które wymierzono kary tego samego rodzaju albo inne kary podlegające łączeniu.

Na tle powyższych zmian należy poczynić kilka uwag o konstrukcji poszczególnych modeli kary łącznej ostatniej nowelizacji i obserwowanych na tym tle trudnościach w praktyce orzeczniczej. Celem artykułu jest przedstawienie wybranych problemów regulacji kary łącznej powstałych na tle nowelizacji z 2015 i 2020 r. W artykule przedstawiono zarys najistotniejszych (w ocenie autorki) wątpliwości co do teoretycznego i praktycznego wymiaru funkcjonowania kary łącznej. Zamiarem autorki było zebranie i podsumowanie ostatnich działań ustawodawcy w obszarze regulacji kary łącznej, a także dokonanie ich ogólnej oceny.

Rys historyczny

Przed przejściem do oceny ostatnich nowelizacji wypada przedstawić ogólny rys instytucji kary łącznej. Od 1932 do 2015 r. regulacja kary łącznej obowiązywała niemal w niezmienionym kształcie⁶. W Kodeksie karnym z 1932 r. regulacja kary łącznej znajdowała się w art. 31 w rozdziale *Zbieg przestępstw i przepisów ustawy*⁷. Ówczesny Kodeks karny przewidywał możliwość wymierzenia kary łącznej w razie jednoczesnego skazania za kilka przestępstw na karę pozbawienia wolności, przy czym podstawą wymiaru kary łącznej były kary z osobna wymierzone na poszczególne przestępstwa. Ta sama zasada miała również zastosowanie w razie jednoczesnego skazania na kary grzywny (art. 32 k.k. z 1932 r.) lub kary dodatkowe (art. 34 §2 k.k. z 1932 r.). W literaturze wskazywano, że kara łączna na gruncie art. 31 k.k. stanowiła „konsekwencję wieloczynowego realnego zbiegu przestępstw charakteryzującego się szczególnymi właściwościami proceduralnymi i materialnymi. Z perspektywy procesowej podstawą kary łącznej mógł być tylko zbieg przestępstw jednocze-

⁵ Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. z 2020 r., poz. 1086), dalej jako nowelizacja z 2020 r. lub tarcza 4.0.

⁶ A. Zoll, *Charakter prawny karny łącznej*, [w:] W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa Profesor Marii Szweczyk*, Warszawa 2013, s. 444.

⁷ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571), dalej jako Kodeks karny z 1932 r. lub k.k. z 1932 r.

śnie i łącznie wartościowanych w ramach jednego postępowania; z perspektywy materialnoprawnej – zbieg, który z uwagi na związki pomiędzy składającymi się nań przestępstwami wymagał jednolitego rozstrzygnięcia na poziomie kary wymierzanej za wszystkie zbiegające się przestępstwa w wyroku skazującym⁸. Tenże Kodeks karny umożliwiał również orzeczenie kary łącznej w wyroku łącznym – w przypadku skazania osobnymi wyrokami za przestępstwa popełnione przed wydaniem wyroku przez sąd pierwszej instancji za pierwszy czyn. Regulacja ta miała charakter dodatkowy i stanowiła uzupełnienie art. 31 k.k., umożliwiając orzeczenie kary łącznej również w przypadku tzw. fikcyjnego realnego zbiegu przestępstw⁹.

Teoretyczne i modelowe założenia kary łącznej z Kodeksu karnego z 1932 r. stały się podstawą regulacji w Kodeksie karnym z 1969 r.¹⁰, który opierał się na dotychczasowym modelu kary łącznej z jedną zmianą. Ustawodawca zrezygnował z warunku jednoczesnego skazania, zastępując go warunkiem tzw. przegrody pierwszego wyroku. Podstawą orzekania kary łącznej mogły być jedynie przestępstwa popełnione przed wydaniem pierwszego wyroku, chociażby nieprawomocnego. Modelowe założenie regulacji w dalszym ciągu powiązane było z realnym zbiegiem przestępstw¹¹.

Regulacja kary łącznej z Kodeksu karnego z 1969 r. została niemalże w całości powtórzona w pierwotnym brzmieniu Kodeksu karnego z 1997 r. Art. 85 k.k. uzupełniono jedynie o wskazanie, że podstawą orzeczenia kary łącznej mogą być czyny, za które wymierzono kary tego samego rodzaju lub kary podlegające łączeniu. Możliwość łączenia różnych rodzajowo kar była dopuszczalna już na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. (art. 69 i 70 k.k. z 1969 r.), stąd dokonana zmianę należy traktować jako redakcyjną. W uzasadnieniu projektu do Kodeksu karnego wprost zaś wskazano, że przyjmuje on założenia Kodeksu karnego z 1932 r., powtórzone w Kodeksie karnym z 1969 r.¹²

Wszystkie Kodeksy karne z 1932 r. i 1969 r., a także Kodeks karny z 1997 r. (w swoim pierwotnym brzmieniu) traktowały karę łączną jako instytucję ściśle związaną z realnym zbiegiem przestępstw. W literaturze wskazywano, że „powiązanie instytucji kary łącznej z realnym zbiegiem przestępstw było w Polsce tak silne i jednoznaczne, że wskazywanie tego elementu traktowano raczej jako zwyczajową formułę potwierdzającą kwestię oczywistą”¹³.

⁸ P. Kardas, op. cit., s. 11.

⁹ Ibidem, s. 12.

¹⁰ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94), dalej jako Kodeks karny z 1969 r. lub k.k. z 1969 r.

¹¹ P. Kardas, op. cit., s. 15.

¹² S. Żółtek, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, wyd. czwarte, Warszawa 2017, Komentarz do art. 85 k.k., s. 1102, Nb. 1.

¹³ P. Kardas, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1: Komentarz do art. 53–116*, wyd. piąte, Warszawa 2016, Komentarz do rozdziału *Zbieg przestępstw oraz łączenie kar i środków karnych*, s. 398, Nb.1.

Nie oznacza to oczywiście, że pojęcie realnego zbiegu nie budziło żadnych kontrowersji czy sporów. Już na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. dyskutowano nad definicją realnego zbiegu przestępstw, o czym świadczy chociażby polemika, jaka wywiązała się pomiędzy W. Wolterem i A. Krauze¹⁴. W literaturze do dziś można wyodrębnić co najmniej dwa sposoby rozumienia realnego zbiegu przestępstw. Pierwsze z nich zakłada, że zbieg przestępstw zachodzi w sytuacji popełnienia przez sprawcę dwóch lub więcej czynów, z których każdy traktowany jest jako osobne przestępstwo. Według drugiego stanowiska istotą realnego zbiegu przestępstw jest nie tylko wielość czynów skutkująca wielością przestępstw, ale i pewna koincydencja czasowa – czyny te muszą zostać popełnione zanim zapadł pierwszy, chociażby nieprawomocny wyrok co do któregośkolwiek z nich¹⁵. Niezależnie jednak od przyjętego sposobu definiowania realnego zbiegu przestępstw (o czym będzie mowa w dalszej części artykułu), a także od *ratio legis* kary łącznej, model obowiązujący niemalże w niezmiennym kształcie do lipca 2015 r. był bezsprzecznie związany z racjonalizacją zasad odpowiedzialności karnej i koniecznością umożliwienia modyfikacji sankcji w przypadku popełnienia kilku czynów jeszcze przed zapadnięciem pierwszego wyroku.

Nowelizacja z 2015 r.

Obowiązujący przez lata model kary łącznej uległ radykalnej zmianie w 2015 r. Na mocy nowelizacji z 20 lutego 2015 r. ustawodawca zerwał z powiązaniem instytucji kary łącznej z warunkiem przegrody pierwszego, chociażby nieprawomocnego, wyroku. Odtąd kara łączna mogła być wymierzona jedynie w przypadku popełnienia dwóch lub więcej przestępstw, za które wymierzono kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, jeżeli podlegały wykonaniu w całości lub w części. W uzasadnieniu projektu wskazano, że „analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego, a w szczególności pytań kierowanych w trybie art. 441 k.p.k., wskazuje na poważne trudności, jakie mają orzekające sądy z określeniem podstaw do wymiaru kary łącznej, zwłaszcza w trybie wyroku łącznego. Zamiarem projektodawcy jest zasadnicze uproszczenie przesłanek materialnoprawnych i ograniczenie obowiązków procesowych sądu przy wymierzaniu kary łącznej”¹⁶.

¹⁴ W. Grzyb, *Realny zbieg przestępstw. Analiza dogmatyczna na tle kodeksu karnego z 1997 roku*, Warszawa 2013, s. 102–106 i cytowana tam literatura.

¹⁵ Ibidem, s. 98–101.

¹⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw karnych z projektami aktów wykonawczych, druk 2393, s. 18, <https://www.sejm.gov.pl> (data dostępu: 22.04.2021).

Na tle powyższej zmiany w doktrynie pojawiły się liczne wątpliwości, co do charakteru nowej regulacji i jej związku z realnym zbiegiem przestępstw. W ocenie D. Kali i M. Klubińskiej na skutek nowelizacji ustawodawca zrezygnował ze zbiegu przestępstw jako warunku orzeczenia kary, a jako warunek kary łącznej przyjął zbieg kar¹⁷. Zdaniem wspomnianych autorów sama wielość popełnionych przestępstw nie może być podstawą uznania za zbieg, albowiem w takim układzie jedynym wspólnym mianownikiem jest osoba sprawcy, a pomiędzy przestępstwami brak jest innych punktów stycznych¹⁸. Jednocześnie autorzy ci stwierdzili, że skoro ustawodawca w dalszym ciągu posługuje się zarówno w tytule rozdziału IX kodeksu karnego, jak i w kolejnych jego przepisach (w tym np. 87§ 1 i §2 k.k.) pojęciami „zbieg przestępstw”, „zbiegające się przestępstwa”, to wobec konieczności niedokonywania wykładni *contra legem*, wskutek nowelizacji zmianie uległ sposób definiowania przez ustawodawcę pojęcia zbiegu przestępstw. Pojęcie to zyskało nowe znaczenie, które odnosi się do samej sytuacji popełnienia przez sprawcę kilku przestępstw, co przed nowelizacją z 2015 r. stanowiło zwykłą wielość czynów przestępnych po stronie sprawcy¹⁹.

Powyższy pogląd nie spotkał się z aprobatą wszystkich przedstawicieli doktryny. Zdaniem P. Kardasa na gruncie znowelizowanych przepisów fundamentem kary łącznej w dalszym ciągu pozostawał realny, wieloczynowy zbieg przestępstw. Ustawodawca zmodyfikował jedynie przesłanki orzekania kary łącznej, albowiem warunek nieprzedzielenia przestępstw, chociażby nieprawomocnym wyrokiem, był jedynie warunkiem wymierzenia kary łącznej, a nie warunkiem dla istnienia zbiegu przestępstw²⁰. Podobnie wypowiedziała się również M. Gałązka, wskazując że zbieg przestępstw ma nadal umocowanie ustawowe, na co wskazuje tytuł rozdziału IX, treść art. 87 k.k. i nast., a to prowadzi do wniosku, że dla wyodrębnienia zbiegu przestępstw wystarczającą jest sama wielość przestępstw i tożsamość sprawcy²¹.

Wprowadzona nowelizacja wywołała istotny spór w doktrynie. Pojawiły się wątpliwości, czy kara łączna dalej powiązana jest z realnym zbiegiem przestępstw, a zmianie uległa jedynie podstawa jej wymiaru, czy może nowa instytucja zmieniła całkowicie swój charakter i bliżej jej do prawa karnego wykonawczego oraz instytucji zbiegu kar. Problem ten do końca pozostał niewyjaśniony.

Nie jest to jednak jedyny problem, jaki powstał na gruncie znowelizowanych przepisów. W art. 85 §1 k.k. wprowadzono dodatkową przesłankę orzekania

¹⁷ D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna i wyrok łączny*, Kraków 2017, s. 40.

¹⁸ Ibidem, s. 41.

¹⁹ Ibidem, s. 43–44.

²⁰ Zob. szerzej: P. Kardas, *Zbieg przestępstw...*, s. 39–54.

²¹ M. Gałązka, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. czwarte, Warszawa 2017, Komentarz do art. 85, s. 537, Nb 2.

kary łącznej – podstawą orzekania kary łącznej stały się odtąd jedynie kary wymierzone, lecz niewykonane w całości. W konsekwencji karą łączną mogły zostać objęte wyłącznie kary podlegające wykonaniu w całości lub w części. Wprowadzony warunek stanowił prostą konsekwencję rezygnacji z przegrody pierwszego, chociażby nieprawomocnego wyroku. Jak słusznie zauważył J. Giezek, gdyby ustawodawca nie wprowadził żadnego ograniczenia, to karą łączną należałoby obejmować właściwie wszystkie uprzednio popełnione przez sprawcę przestępstwa, aż do ich zatarcia²². Na tle powyższej przesłanki pojawiły się jednak pytania o moment, na jaki sąd powinien oceniać wykonalność kary. W szczególności problem ten dotyczył sytuacji, gdy kara uległa wykonaniu po wydaniu wyroku łącznego przez sąd pierwszej instancji, a przed wydaniem wyroku przez sąd odwoławczy²³. Co więcej, wątpliwości interpretacyjne pojawiły się również przy zagadnieniu, czy karą łączną można objąć karę pozbawienia wolności, z której odbycia skazany został warunkowo zwolniony²⁴. W piśmiennictwie zwrócono uwagę, że nowy warunek może prowadzić do niepożądanych skutków – jeżeli nowe czyny zostaną wykryte i osądzone przed wykonaniem dotychczasowej kary, sąd będzie zobligowany do orzeczenia kary łącznej. Jeśli jednak z jakichkolwiek powodów wyroki zapadną już po wykonaniu kary, połączenie nie będzie możliwe²⁵.

Ustawodawca – rezygnując z warunku przegrody pierwszego, chociażby nieprawomocnego wyroku – w art. 85 §3 k.k. wprowadził jeszcze jedną, negatywną przesłankę orzeczenia kary łącznej. Podstawą orzeczenia kary łącznej nie mogła być odtąd kara wymierzona za przestępstwo popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu z karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa lub karą łączną, w skład której wchodzi kara, która była wykonywana w chwili popełnienia czynu. Wprowadzony warunek również nie okazał się bezproblemowy. Pierwotne brzmienie art. 85 §3 k.k. (przed zmianą z 11 marca 2016 r.) zostało sformułowane w sposób niejasny i niepreretyjny. Użyty zwrot „kara” sugerował, że negatywna przesłanka odnosi się wyłącznie do jednostkowej kary, orzeczonej i wykonywanej w chwili popełnienia przestępstwa, a nie obejmuje orzeczonej i wykonywanej kary łącznej. W tym zakresie konieczna okazała się nowelizacja, która usunęła wady pierwotnej regulacji, precyzując zwrot „po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej”²⁶. Na tle powyższej przesłanki pojawiły się również pytania o moment określenia „rozpoczęcia i zakończenia” wykonania kary, w szczególności w kontekście

²² J. Giezek, *Kilka uwag o modyfikacji podstawy wymiaru kary łącznej*, [w:] P. Wiliński (red.), *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, Warszawa 2015, s. 405.

²³ Zob. szerzej: P. Kardas, [w:] D. Kala, M. Klubińska, op. cit., s. 60.

²⁴ Zob. szerzej: D. Kala, M. Klubińska, op. cit., s. 73–74.

²⁵ J. Giezek, op. cit., s. 407.

²⁶ P. Kardas, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), op. cit., s. 476–478.

art. 37b k.k. Dość powiedzieć, że regulacja została oceniona, jako mogąca stwarzać poważne komplikacje co do podstaw i sposobu wymiaru kary łącznej w określonych układach sytuacyjnych²⁷.

Na mocy nowelizacji z 20 lutego 2015 r. z art. 85 §1 k.k. usunięto również fragment, stanowiący że podstawą orzekania kary łącznej są kary wymierzone z osobna za zbiegające się przestępstwa²⁸. Wprowadzono zupełnie nową zasadę nierozwiązywania węzła uprzednio orzeczonych kar łącznych. Podstawą wymiaru stały się uprzednio orzeczone kary łączne, a nie poszczególne kary, składające się na jej wymiar. Zmiany te oceniono jako rewolucyjne, albowiem polski system prawny nigdy wcześniej nie przewidywał możliwości wymiaru kary łącznej na podstawie poprzednich kar/kary łącznej²⁹. Nowa regulacja wprowadziła fundamentalną zmianę, zmodyfikowała dotychczasową koncepcję, założenia teoretyczne, cel, funkcję i podstawę wymiaru kary łącznej³⁰. W doktrynie podkreślono bowiem, że „w żadnym układzie kara łączna nie służyła na gruncie pierwotnego modelu do »sumowania« czy też »kroczącego« łączenia wymierzonych, wobec tego samego sprawcy kar w różnych postępowaniach, jeżeli tylko nie zostały one jeszcze w całości wykonane”³¹. Ze względu na swoją specyfikę nowy model zyskał miano „kary łącznej kraczącej”³², a nawet porównywany był do efektu kuli śnieżnej³³.

Do kodeksu dodano również nowy art. 85a, traktujący o dyrektywach wymiaru kary łącznej. Co istotne, zagadnienie dyrektyw wymiaru kary łącznej budziło wcześniej istotne spory. W doktrynie nie było zgody, czy przy wymiarze kary łącznej należy stosować dyrektywy z art. 53 k.k., a więc czy należy także badać takie okoliczności jak stopień społecznej szkodliwości czynu i stopień zawinienia³⁴. Nowelizacja wskazała na cele zapobiegawcze i wychowawcze. Jednak z uwagi na sposób zredagowania normy i użyty zwrot „sąd bierze pod uwagę przede wszystkim”, w dalszym ciągu pozostał istotny problem, czy art. 85a k.k. całkowicie wyłącza możliwość stosowania ogólnych dyrektyw wymiaru kary, czy jedynie nadaje im prymat. Za całkowitym wykluczeniem możliwości stosowania ogólnych dyrektyw wymiaru kary opowiedział się J. Majewski³⁵. Przeciwny pogląd, dopuszczający stosowanie ogólnych dyrektyw

²⁷ Ibidem, s. 479–482.

²⁸ P. Kardas, *Zbieg przestępstw...*, s.17.

²⁹ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, art. 85, s. 293.

³⁰ P. Kardas, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), op. cit., s. 405.

³¹ P. Kardas, *Zbieg przestępstw...*, s. 13.

³² M. Bielski, *Przesłanki wymiaru kary łącznej orzekanej w trybach wyroku skazującego i wyroku łącznego na tle nowego modelu kary łącznej*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 87.

³³ Zob. szerzej M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 417. „Kara łączna przybiera postać kuli śnieżowej, a każda kolejna kara jednostkowa powiększa karę wcześniej orzeczoną i niewykonaną o nową dolegliwość”.

³⁴ A. Barczak-Oplustil, *Dyrektywy wymiaru kary łącznej*, [w:] W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), op. cit., s. 462–463.

³⁵ J. Majewski, op. cit., s. 309.

wymiaru kary zaprezentowali m.in. P. Kardas³⁶, a także M. Klubińska i D. Kala³⁷.

Zmianie uległy również zasady wymiaru kary określone w art. 86 k.k., częściowo zasady łączenia kary pozbawienia wolności z karą ograniczenia wolności (art. 87 k.k.), a także zasady warunkowego zawieszenia kary łącznej (art. 89 k.k.). W tym zakresie w literaturze podniesiono zarzuty m.in. co do bezpodstawnego różnicowania sytuacji skazanych i możliwości wymierzenia wobec nich kary łącznej, w zależności od trybu, w jakim doszło do skazania na karę pozbawienia wolności i karę ograniczenia wolności³⁸.

W tym miejscu powtórzyć należy, jaki cel przyświecał omawianej nowelizacji. W uzasadnieniu projektu wskazano, że zamysłem projektodawcy jest „zasadnicze uproszczenie przesłanek materialnoprawnych i ograniczenie obowiązków procesowych sądu przy wymierzaniu kary łącznej”³⁹. Dotychczasowy model budził bowiem liczne trudności wykładnicze, co chociażby odzwierciedlało się w liczbie kasacji wpływających do Sądu Najwyższego w sprawach dotyczących kary łącznej i wyroku łącznego⁴⁰. Biorąc jednak pod uwagę wskazane wyżej wątpliwości i zastrzeżenia, uznać należy, że ustawodawca nie osiągnął zamierzonego celu. Do takiego wniosku skłaniają zasadniczo dwa powody. Ustawodawca zamierzał uprościć materialnoprawne przesłanki orzekania kary łącznej. Wprowadzoną nowelizacją wywołano zaś spór o istotę tej regulacji, jej materialnoprawny charakter i powiązanie z realnym zbiegiem przestępstw. Ustawodawca odszedł od utrwalonego od 1932 r. teoretycznego modelu kary łącznej, oferując w zamian konstrukcję z pogranicza zbiegu przestępstw, zbiegu kar, o niezdefiniowanym, mieszanym charakterze. Co więcej, wątpliwości wykładnicze pojawiły się w stosunku do niemal każdej zmienionej czy dodanej jednostki redakcyjnej – zarówno w stosunku do samego modelu łączenia kar, jego negatywnych przesłanek, dyrektyw wymiaru czy sposobu łączenia. Problemy, jakie powstały na gruncie znowelizowanej regulacji, przeczą więc pierwotnym założeniom ustawodawcy. Oczywiście regulacja obowiązująca do 2015 r. nie była pozbawiona wad (o czym mowa w dalszej części artykułu), jednak nowa regulacja dostarczyła orzecznictwu sądowemu

³⁶ P. Kardas, *Jeden czy dwa modele wymiaru kary łącznej? O paradoksach nowej regulacji kary łącznej*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 11, s. 17.

³⁷ D. Kala, M. Klubińska, op. cit., s. 95–96.

³⁸ W przypadku jednoczesnego skazania sąd łączył kary jednostkowe i wymierzał karę łączną, zaliczając okres tymczasowego aresztowania na poczt kary łącznej. Natomiast, w razie skazania w odrębnych postępowaniach, okres tymczasowego aresztowania podlegał zaliczeniu w sprawie, w której był stosowany. W przypadku wyczerpania wymiaru orzeczonej kary przez okres rzeczywistego pozbawienia wolności w okresie tymczasowego aresztowania, sprawca zostawał pozbawiony możliwości połączenia wyroków karą łączną. Zob. szerzej ibidem, s. 61–62.

³⁹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy..., s. 18.

⁴⁰ W. Wróbel, *Nowy model orzekania kary łącznej*, [w:] W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), op. cit., s. 624–625.

licznych, zupełnie nieznanymi problemami, niejednokrotnie wcale nie mniej skomplikowanymi.

Co znamienne, ostatecznie część regulacji wprowadzonych nowelizacją z 2015 r. została uznana za częściowo niekonstytucyjną. Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z 18 kwietnia 2019 r. orzekł o niezgodności z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej regulacji zawartej w art. 86 § 4 k.k., w zakresie w jakim różnicowała sytuacje osób, „wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób podwyższenie dolnej granicy kary łącznej, a także orzeczenie kary rodzajowo surowszej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności”⁴¹.

Trudno również o inne wnioski w świetle ostatnich zmian w regulacji kary łącznej. Ustawodawca po pięciu latach obowiązywania opisanego wyżej modelu ostatecznie wycofał się z niego, a wprowadzając ustawę z dnia 19 czerwca 2020 roku o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19⁴², powrócił do założeń modelowych obowiązujących przed nowelizacją z 2015 r.

W tym miejscu poczynić należy jedną uwagę. Idea powrotu do modelu obowiązującego przed rzeczoną nowelizacją pojawiła się już w roku 2019. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3451⁴³ zakładał ponowne powiązanie kary łącznej z warunkiem tzw. przegrody pierwszego, chociażby nieprawomocnego, wyroku. Projekt ten przewidywał również podwyższenie wymiaru kary łącznej pozbawienia wolności do lat 30, zmiany w zasadach łączenia kar dożywotniego pozbawienia wolności, kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania (art. 88 i 89a k.k.), powrót do koncepcji rozwiązywania węzła poprzednio orzeczonych kar łącznych, a także zmiany w obszarze dyrektyw wymiaru kary łącznej. Co istotne, w uzasadnieniu projektu próżno doszukiwać się uzasadnienia powrotu do poprzedniego modelu kary łącznej, w którym zawarto jedynie lakoniczne stwierdzenie, że wobec propozycji podniesienia wymiaru kary łącznej pozbawienia wolności do 30 lat, konieczne jest dostosowanie zasad wymiaru kary, a dodatkowego uzupełnienia wymaga również art. 89a k.k.⁴⁴ W stosunku do całego projektu wyrażono wiele głosów krytycznych. Zaproponowane zmiany w wielu aspektach budziły zastrzeżenia merytoryczne. Wskazywano na nadmierną represyjność czy sprzeczność proponowanych zmian

⁴¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 kwietnia 2019 roku, sygn. akt K 14/17, Lex nr 2645349.

⁴² Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk 3451.

⁴³ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk 3451, s. 10, <https://www.sejm.gov.pl> (data dostępu: 23.04.2021).

⁴⁴ Ibidem, s. 21–22.

wobec Europejskiej konwencji praw człowieka (projekt zakładał istnienie kary dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości ubiegania się przez sprawcę o warunkowe przedterminowe zwolnienie). Istotne zastrzeżenia budziła również procedura legislacyjna⁴⁵. Projekt wpłynął do sejmu 14 maja 2019 r., a uchwalony został już po dwóch dniach. Natomiast zgodnie z art. 89 ust. 2 Regulaminu Sejmu RP, pierwsze czytanie projektu zmian kodeksu może się odbyć nie wcześniej niż czternastego dnia od doręczenia posłom druku projektu⁴⁶. Ostatecznie projekt nie stał się powszechnie obowiązującym prawem. Prezydent RP przed podpisaniem ustawy wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o sprawdzenie jej zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej. Wyrokiem z 14 lipca 2020 r. Trybunał Konstytucyjny orzekł o całkowitej niezgodności ustawy z art. 7 w zw. z art. 112 oraz z art. 119 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z powodu niedochowania terminów wynikających z Regulaminu Sejmu RP, a w konsekwencji naruszenia prawidłowości przebiegu procedury legislacyjnej⁴⁷.

Nowelizacja z 2020 r.

Mimo niepowodzenia projektu, idea powrotu do poprzedniego modelu kary łącznej nie zanikła. Ustawą z dnia 19 czerwca 2020 roku o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19, nazywaną tarczą 4.0, powrócono do pierwotnego modelu kary łącznej. Tym razem w uzasadnieniu wprost wskazano, że zmiany mają na celu przywrócenie zasad łączenia kar obowiązujących w prawie karnym do dnia 30 czerwca 2015 r. Jako główny powód takiej zmiany podano konieczność redukcji postępowań w sprawie wydania wyroku łącznego w obliczu zagrożeń związanych z epidemią i koniecznością przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się wirusa. Powołano się na statystyki, wedle których na gruncie nowelizacji z 2015 r. liczba spraw o wydanie wyroku łącznego wzrosła prawie o 15 000. W myśl uzasadnienia intencje przyświecające zmianom wiązały się z panującą epidemią i miały na celu ograniczenie przemieszczania się oraz poczynienie stosownych oszczędności finansowych i organizacyjnych⁴⁸.

⁴⁵ Zob. stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/prezydent-wyslal-do-tk-nowele-kodeksu-karnego-rpo-wnosil-o-weto> (data dostępu: 23.04.2021).

⁴⁶ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 30 lipca 1992 r., Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. z 1992 r., Nr 26, poz. 185 ze zm.)

⁴⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 lipca 2020 r., sygn. akt Kp 1/19, <https://trybunal.gov.pl/> (data dostępu: 23.04.2021).

⁴⁸ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 382, s. 23–24, <https://www.sejm.gov.pl> (data dostępu: 23.04.2021).

Ustawę ostatecznie uchwalono i na jej mocy powrócono przede wszystkim do powiązania kary łącznej z instytucją wieloczynowego, realnego zbiegu przestępstw, rozumianego nie jako prostą wielość przestępstw po stronie sprawcy, ale jako popełnienie dwóch lub więcej przestępstw nieprzedzielonych, chociażby nieprawomocnym wyrokiem. Zrezygnowano również z warunku obejmowania karą łączną jedynie kar podlegających wykonaniu w całości lub części. Warunek ten na gruncie nowelizacji z 2015 r. pełnił rolę ograniczenia uniemożliwiającego obejmowanie węzłem kary łącznej wszystkich dotychczas orzeczonych kar. Wobec powrotu do przegrody pierwszego wyroku stał się zbędny. Na mocy nowelizacji uchylono również art. 85 § 3 k.k., zawierający tzw. negatywną przesłankę. Nadto ustawodawca zmodyfikował zasady wymiaru kary. Zrezygnowano z istnienia trzech modelowych zasad wymiaru, lecz także najkorzystniejszej z nich – zasady pełnej absorpcji. Jednocześnie ustawodawca znówelizował art. 89a k.k., zmieniając zasady łączenia kar, orzeczonych na podstawie art. 60 § 5 k.k. Możliwość objęcia karą łączną kar z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, orzeczonych wobec tzw. małego świadka koronnego, została ograniczona tylko do sytuacji, w których nie podlega ona łączeniu z surowszą karą pozbawienia wolności.

Na skutek wprowadzonych zmian regulacja kary łącznej ponownie powróciła do teoretycznych założeń z lat 1932–2015. Obecna regulacja jest więc częściowym powrotem do modelu obowiązującego przed nowelizacją z 2015 r. Choć sam powrót do idei kary łącznej i warunku przegrody pierwszego, nawet nieprawomocnego wyroku należy uznać za słuszny, wyraźnie trzeba zaznaczyć, że obowiązująca regulacja nie jest pozbawiona wad.

Po pierwsze, ponownie aktualne stają się głosy krytyki stawiane staremu/nowemu modelowi kary łącznej. Obowiązującej do 2015 r. regulacji zarzucano m.in. gorsze traktowanie sprawców przestępstw nieumyślnych rozgraniczonych wyrokiem sądowym czy faworyzowanie sprawców celowo zmierzających do przedłużenia postępowania⁴⁹. W dobie nieustających problemów ze sprawnością postępowań sądowych pojawia się ponownie pytanie, czy warunek przegrody pierwszego, chociażby nieprawomocnego, wyroku w sposób uprawniony różnicuje sytuacje sprawców od czynników od nich niezależnych. Czas potrzebny na przeprowadzenie postępowania różni się między poszczególnymi organami wymiaru sprawiedliwości i zależy nie tylko od stopnia skomplikowania sprawy, ale od wielu czynników niezależnych od sprawców: stopnia obłożenia danej jednostki, liczby spraw w referacie danego prokuratora/sędziego, sprawności i terminowości biegłych sądowych czy chociażby stawiennictwa przez świadków. Sprawcy, którzy popełnili czyny w podobnych okolicznościach, o tożsamej kwalifikacji prawnej, w zależności od sprawności przebiegu postę-

⁴⁹ D. Kala, M. Klubińska, *Realny zbieg przestępstw – konieczny czy zbyteczny warunek orzeczenia kary łącznej*, *Uwagi na tle projektowanych zmian Kodeksu karnego*, [w:] I. Sepiolo-Jankowska (red.), *Reforma prawa karnego*, Warszawa 2014, s. 149–158.

powania mogą zostać potraktowani przez wymiar sprawiedliwości odmiennie, co wydaje się przeczyć zasadzie równego traktowania. Mimo że Trybunał Konstytucyjny na gruncie sprawy K 16/16 nie dopatrywał się niezgodności z Konstytucją RP kryterium uzależnionego od prawomocności wyroku⁵⁰, to w obliczu rosnących problemów ze sprawnością wymiaru sprawiedliwości nie można pominąć powyższych argumentów.

Ponadto wydaje się, że pomimo fiaska projektu z 2019 r. i uznania uchwalonej wówczas ustawy za niekonstytucyjną w całości, ustawodawca nie wyciągnął wniosków. Obecna regulacja ponownie spotyka się z zarzutami niekonstytucyjności. Jeszcze przed wspomnianym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego w doktrynie wyrażono pogląd o niezgodności uchwalonej ustawy z art. 112 Konstytucji, art. 119 ust. 1 Konstytucji, art. 144 ust. 3 pkt 6 i 9 Konstytucji, art. 10 ust. 1 Konstytucji, art. 122 ust. 3 i 4 Konstytucji w zw. z art. 2 Konstytucji. Uchwalonej ustawie ponownie zarzucono naruszenie procedury legislacyjnej przewidzianej dla zmian kodeksowych, a także procedowanie z naruszeniem regulacji dotyczących czytań sejmowych i trybu zgłaszania poprawek oraz wreszcie prowadzenie prac w niewłaściwej komisji (Komisji Finansów Publicznych)⁵¹.

Podkreślić przy tym należy, że obecnie wprowadzone regulacje w części pokrywają się ze zmianami proponowanymi w ustawie z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, która to wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 14 lipca 2020 r. została w całości uznana za niezgodną z Konstytucją RP, właśnie z uwagi właśnie na niezachowanie odpowiedniego trybu postępowania. W tym kontekście trudno oprzeć się wrażeniu pewnej niekonsekwencji. Proponowane w 2019 r. zmiany budziły zasadnicze wątpliwości z perspektywy prawidłowego procesu legislacyjnego i zostały skierowane do Trybunału Konstytucyjnego. Rok później te same nieprawidłowości zostały powtórzone, a mimo to ustawa została uchwalona i stała się częścią obowiązującego porządku prawnego. Co więcej, mimo wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 14 lipca 2019 r., przesądzającego jednoznacznie o konsekwencjach niedochowania odpowiedniej procedury przy zmianach kodeksowych, ustawodawca nie wyeliminował z obrotu prawnego wadliwie uchwalonych przepisów. W konsekwencji omawiane regulacje stały się przedmiotem wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności m.in. art. 26 pkt 1, art. 38 pkt 3, 4, 5, 6 i 7 oraz art. 39 ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzie-

⁵⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 lipca 2018 roku, sygn. akt K 16/16, LEX nr 2510943.

⁵¹ Opinia w sprawie uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej na 12 posiedzeniu ustawy z dnia 4 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 (druk senacki nr 142), <https://kipk.pl/dokumenty/opiniakk2020.pdf> (data dostępu: 23.04.2021).

lanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 z art. 7 i art. 112 Konstytucji RP (art. 38 pkt 3,4,5 dotyczy omawianych zmian w obszarze kary łącznej)⁵².

Wreszcie wydaje się, że obecny zakres przepisów intertemporalnych jest niewystarczający i dostarczy orzecznictwu sądowemu wielu problemów. W art. 81 ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 ustawodawca przesadził, że przepisy rozdziału IX Kodeksu karnego stosuje się w brzmieniu dotychczasowym do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie omawianej ustawy. Przepisy w brzmieniu zmienionym tzw. tarczą 4.0. stosuje się zaś do kar prawomocnie orzeczonych po dniu wejścia w życie ustawy. Wydaje się więc, że ustawodawca przewidział jedynie dwa scenariusze: pierwszy – w którym sąd będzie orzekał o karze łącznej na podstawie prawomocnie zakończonych postępowań przed wejściem w życie ustawy oraz drugi – w którym podstawą kary łącznej będą prawomocne orzeczenia zapadłe po wejściu w życie ustawy. Niestety, nie są to jedyne możliwe stany faktyczne. Powstaje zasadniczy problem: jakie przepisy należy stosować w stosunku do przestępstw, wobec których część prawomocnych wyroków zapadła na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, a część po dniu 24 czerwca 2020 r. W doktrynie zarzucono projektodawcom, że gdyby nie wprowadzone przepisy intertemporalne, kwestię tę rozwiązywałby art. 4 k.k. i zasada *lex mitior agit*. W braku bowiem szczególnych regulacji problem należałoby rozwiązać na gruncie ogólnej zasady, zakładającej konieczność stosowania wobec sprawy ustawy względniejszej⁵³.

Przy obecnym ukształtowaniu przepisów rozwiązanie konfliktu nie jest proste. Choć postuluje się stosowanie art. 4 §1 k.k. w przypadku, gdy sprawca popełnił czyny przed wejściem w życie nowelizacji, a prawomocne wyroki zapadły przed i po dniu nowelizacji, pojawia się pewna wątpliwość na gruncie postanowienia Sądu Najwyższego z 12 marca 2018 r., sygn. akt. II KK 366/17⁵⁴. Sposób zredagowania art. 81 wskazuje, że ustawodawca jednoznacznie wykluczył możliwość stosowania nowych przepisów do kar orzeczonych przed wyjściem w życie i na odwrót. Wykładnia językowa skłania więc do trudnego do zaakceptowania wniosku o niemożliwości objęcia karą łączną orzeczeń, które uprawomocniły się przed i po 24 czerwca 2020 r. Ustawodawca nie przewidział

⁵² Zob. szerzej: postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym z wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich, sygn. akt K 22/20, <https://www.trybunal.gov.pl> (data dostępu: 23.04.2021).

⁵³ M. Zacharski, *Reguły intertemporalne a instytucja kary łącznej w tarczy 4.0*, 2020, Lex, Nb. 4.

⁵⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z 12 marca 2018 r., sygn. akt II KK 366/17, OSNKW 2018, Nr 7, poz. 48, Lex nr 2510153.

bowiem wyjątku umożliwiającego stosowanie nowych przepisów w przypadku wystąpienia potrzeby orzeczenia kary łącznej w związku z prawomocnym skazaniem po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy (analogicznie jak w art. 19 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw)⁵⁵.

Powyższe rozwiązanie implikuje poważne trudności. Już teraz można założyć co najmniej dwa różne stanowiska w zakresie możliwości orzeczenia kary łącznej w przypadku zapadnięcia wyroków przed i po nowelizacji. M. Zacharski zwraca uwagę, że uniemożliwienie objęcia karą łączną wyroków tylko z uwagi na kryterium daty wejścia w życie ustawy byłoby naruszeniem zasady równości (przy założeniu, że aktualna regulacja jest zgodna z Konstytucją RP) i wobec powyższego, celem zapewnienia zgodności norm prawa karnego z porządkiem konstytucyjnym, postuluje stosowanie art. 4 § 1 k.k.⁵⁶ A. Dziergawka zwraca zaś uwagę na charakter normy z art. 81, jako *lex specialis* do art. 4 k.k., sugerując zerwanie z zakazem łączenia dwóch regulacji, rozbić zbiegu przestępstw oraz stosowanie „ustawy dawnej do przestępstw popełnionych pod jej rządami, zaś ustawy nowej do popełnionych po zmianie prawa”⁵⁷. Jak wskazuje autorka, takie rozwiązanie uniemożliwia objęcie węzłem jednej kary łącznej orzeczeń uprawomocnionych przed i po dacie wejścia w życie ustawy nowelizującej. Wydaje się więc, że zaproponowany wariant dotyczy tylko takiego układu sytuacyjnego, w którym na gruncie każdej z ustaw doszłoby do popełnienia kilku czynów, które zostałyby rozbite na osobne kary łączne⁵⁸. W dalszym ciągu pozostaje jednak problem sprawców, którzy dopuścili się tylko dwóch czynów, rozgraniczonych przedmiotową nowelizacją. Jeżeli zastosować wykładnię literalną, stają się oni grupą wykluczoną z możliwości skorzystania z mechanizmu redukcyjnego, mimo spełnienia przesłanek z art. 85 § k.k. w poprzednim i obecnym stanie prawnym.

Na marginesie warto również zaznaczyć, że na mocy ostatniej nowelizacji zmiana uległy zasady wymiaru kary łącznej. Obecnie nie jest możliwe orzeczenie kary łącznej w oparciu o zasadę pełnej absorpcji. W doktrynie słusznie zauważono, że nie są znane dokładne powody dokonanej zmiany. Nie odnotowano sygnałów o nadużywaniu zasady pełnej absorpcji⁵⁹. Przeciwnie, w orzecznictwie sądowym można było znaleźć liczne przykłady stanowisk wprost wskazujących na wyjątkowość stosowania tej zasady. Przykładowo: Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 7 maja 2019 r., sygn. akt II AKa 77/19 podkreślił,

⁵⁵ Zob. szerzej: M. Zacharski, op. cit., Nb. 3.

⁵⁶ Zob. ibidem, Nb. 4.

⁵⁷ A. Dziergawka, *Reguły intertemporalne związane z orzekaniem kary łącznej w warunkach art. 81 Tarczy 4.0.*, „Przegląd Sądowy” 2020, nr 11–12, s. 121–134.

⁵⁸ De lege ferenda autorka postuluje całkowitą rezygnację z kary łącznej i wyroku łącznego na rzecz kolejnego odbywania przez oskarżonego poszczególnych kar. Szerzej: ibidem, s. 134.

⁵⁹ J. Giezek, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 86, Nb 2.

że „oparcie wymiaru kary na zasadzie absorpcji lub kumulacji traktować należy jako rozwiązanie skrajne, stosowane wyjątkowo i wymagające szczególnego uzasadnienia, a priorytetową zasadą wymiaru kary łącznej powinna być zasada asperacji”⁶⁰. Stosowanie zasady pełnej absorpcji nie było więc nigdy ani zasadą, ani obowiązkiem sądu. Co więcej, ewentualne niezadowolenie pod sąd z wymiaru orzeczonej kary łącznej musiałoby realizować przesłankę „rażącej niewspółmierności kary”, aby być podstawą do zmiany wyroku. Dokonaną zmianę należy traktować jako wyraz obserwowanej od lat tendencji do zwiększania represyjności prawa karnego i zaostrzania groźących kar.

Podsumowanie

Historia regulacji kary łącznej niejako zatoczyła koło. Na skutek ostatniej nowelizacji powróciliśmy do powiązania kary łącznej z realnym zbiegiem przestępstw, rozumianym jako wielość przestępstw, popełnionych przed wydaniem pierwszego, chociażby nieprawomocnego, wyroku. Wydaje się więc, że w perspektywie kodeksów z 1932, 1969 i 1997 r. epizodyczna zmiana modelu kary łącznej obowiązująca w latach 2015–2020 nie sprawdziła się. Pod pretekstem zapobiegania i zwalczania epidemii koronawirusa powrócono do poprzedniego modelu kary łącznej i jego założeń teoretycznych. Należy podzielić pogląd rzecznika Praw Obywatelskich, że wbrew temu, co wskazano w uzasadnieniu nowelizacji, problematyka wymiaru kary łącznej nie łączy się z walką z epidemią COVID-19⁶¹. Nie negując konieczności wprowadzenia ograniczeń w przemieszczaniu się, zauważyć wypada, że cel ten można było osiągnąć w inny sposób. Tą samą nowelizacją wprowadzono bowiem możliwość przeprowadzenia rozpraw zdalnych, przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających udział w rozprawie na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. Co więcej, w świetle tak postawionego argumentu ustawodawcy, warto zadać pytanie, dlaczego akurat ograniczyć rozprawy w sprawach kar łącznych? Dlaczego nie należy zmodyfikować innych instytucji celem zmniejszenia liczby rozpraw? Idąc tym tokiem myślenia, można nawet dojść do skrajnego wniosku o potrzebie zrezygnowania z rozpraw na rzecz posiedzeń. Nie wychodząc jednak tak daleko w rozważaniach, generalny zamysł powrotu do modelu kary łącznej sprzed nowelizacji z 2015 r. należy ocenić pozytywnie. Regulacja kary łącznej, która obowiązywała od 1 lipca 2015 r. do 24 czerwca 2020 r., nie spełniła stawianych jej celów, a doprowadziła do chaosu terminologicznego i powstania

⁶⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 7 maja 2019 r., sygn. akt II AKa 77/19, Lex nr 2718215.

⁶¹ Opinia Rzecznika Praw Obywatelskich ws. tarczy antykryzysowej 4.0 dla marszałka senatu 12 czerwca 2020 r., s. 14. <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/koronawirus-uwagi-rpo-dla-senatu-do-tarczy-antykryzysowej-40> (data dostępu: 25.04.2021).

nowych problemów orzecznich. Również sam sposób przeprowadzenia ostatniej nowelizacji nie może się spotkać z aprobatą. Z punktu widzenia zasady praworządności i pewności prawa nie do zaakceptowania pozostaje stan, w którym wprowadzane nowelizacje budzą aż tak istotne wątpliwości konstytucyjne. Oczywiście, wiele regulacji podlegało na przestrzeni lat badaniu przez Trybunał Konstytucyjny, wielu przedstawicieli nauki ścierało się w poglądach co do prawidłowości konkretnych rozwiązań. Sytuacja, o której mowa, jest jednak wyjątkowa. Mimo doświadczeń z 2019 r., ponownie naruszono zasady procesu legislacyjnego, doprowadzając do uchwalenia ustawy obciążonej istotnym ryzykiem niezgodności z ustawą zasadniczą. Wprowadzone zmiany wskazują również na niestaranność przy projektowaniu przepisów, co generuje istotne problemy z perspektywy stosowania prawa i wymaga pilnej nowelizacji. W przeciwnym wypadku może dojść do licznych rozbieżności w orzecznictwie. W teorii sądy mają bowiem co najmniej trzy możliwe rozwiązania: 1) posłużenie się literalną wykładnią i stwierdzenie, że na mocy obowiązujących przepisów kary łącznej nie stosuje się do przestępstw, wobec których wyroki zapadły przed nowelizacją i po nowelizacji, 2) orzeczenie kary łącznej w oparciu o korzystniejszą dla sprawcy ustawę w myśl art. 4 k.k. i 3) przedstawienie Trybunałowi Konstytucyjnemu pytania prawnego co do zgodności aktu normatywnego z ustawą zasadniczą w trybie art. 193 Konstytucji RP⁶². Trudno również znaleźć uzasadnienie dla tak nagłej rezygnacji z zasady pełnej absorpcji. Wydaje się, że tego rodzaju zmiany powinny być poprzedzone gruntownymi badaniami. Jednocześnie należy podkreślić, że o ile powrót do rozwiązania obowiązującego przed nowelizacją z 2015 r. jest – w ocenie autorki tegoż artykułu – zabiegiem korzystnym w stosunku do regulacji obowiązującej w latach 2015–2020 i stawianych jej celów, to sam koncept obowiązujący do 2015 r. nie jest remedium na trudności z orzekaniem kary łącznej. Stary/nowy model obfitował w trudności natury rachunkowej, a obecnie obciążony jest wątpliwościami natury konstytucyjnej i lukami w przepisach intertemporalnych. Wydaje się więc, że w dalszym ciągu nie rozwiązano ogólnych trudności z stosowaniem instytucji kary łącznej.

Wykaz literatury

- Bielski M., *Przesłanki wymiaru kary łącznej orzekanej w trybach wyroku skazującego i wyroku łącznego na tle nowego modelu kary łącznej*, „Palestra” 2015, nr 7–8.
- Barczak- Oplustil A., *Dyrektywy wymiaru kary łącznej*, [w:] W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa Profesor Marii Szweczyk*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

⁶² M. Zacharski, op. cit., Nb. 1.

- Dziergawka A., *Reguły intertemporalne związane z orzekaniem kary łącznej w warunkach art. 81 Tarczy 4.0.*, „Przegląd Sądowy” 2020, nr 11–12.
- Gałązka M., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks Karny. Komentarz*, wyd. czwarte, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Giezek J., *Dyrektywy wymiaru kary łącznej*, [w:] J. Majewski (red.), *Dyrektywy sądowego wymiaru kary*, Warszawa 2014.
- Giezek J., *Kilka uwag o modyfikacji podstawy wymiaru kary łącznej*, [w:] P. Wiliński (red.), *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Giezek J., [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Grzyb W., *Realny zbieg przestępstw. Analiza dogmatyczna na tle kodeksu karnego z 1997 roku*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Kala D., Klubińska M., *Realny zbieg przestępstw- konieczny czy zbyteczny warunek orzeczenia kary łącznej, Uwagi na tle projektowanych zmian Kodeksu karnego*, [w:] I. Sepiolo-Jankowska (red.), *Reforma prawa karnego*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Kala D., Klubińska M., *Kara łączna i wyrok łączny*, Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury, Kraków 2017.
- Kardas P., *Jeden czy dwa modele wymiaru kary łącznej? O paradoksach nowej regulacji kary łącznej*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 11.
- Kardas P., *Zbieg przestępstw czy zbieg kar? Rozważania o podstawie wymiaru kary łącznej w świetle nowelizacji Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, r. XIX, z. 3.
- Kardas P., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1: Komentarz do art. 53–116*, wyd. piąte, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Majewski J., *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Niewiadomska-Krawczyk M., *Kara łączna po nowelizacji — rozważania na tle przepisów rozdziału IX Kodeksu karnego*, seria: *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, T. Kalisz (red.), t. 37, Wyd. UWr, Wrocław 2015, <https://repozytorium.uni.wroc.pl/>.
- Opinia Rzecznika Praw Obywatelskich w sprawie tarczy antykryzysowej 4.0 dla marszałka senatu z 12 czerwca 2020 r., <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/koronawirus-uwagi-rpo-dla-senatu-do-tarczy-antykryzysowej-40>.
- Opinia w sprawie uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej na 12 posiedzeniu ustawy z dnia 4 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 (druk senacki nr 142), <https://kipk.pl/dokumenty/opiniakk2020.pdf>.
- Sławiński M., *Intertemporalne zagadnienia nowelizacji przepisów o karze łącznej. Wybrane problemy w kontekście art. 19 ustawy nowelizującej z 20 lutego 2015 r.*, „Palestra” 2015, nr 7–8.
- Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich z 29 czerwca 2019 r., <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/prezydent-wyslal-do-tk-nowele-kodeksu-karnego-rpo-wnosil-o-weto>.
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks Karny oraz niektórych innych ustaw karnych z projektami aktów wykonawczych, druk 2393, <https://www.sejm.gov.pl>.
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk 3451, <https://www.sejm.gov.pl>.

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 382, <https://www.sejm.gov.pl>.

Wróbel W., *Nowy model orzekania kary łącznej*, [w:] W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa Profesora Marii Szweczyk*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

Zacharski M., *Reguły intertemporalne a instytucja kary łącznej w tarczy 4.0*, 2020, Lex.

Zoll A., *Charakter prawny kary łącznej*, [w:] W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa Profesora Marii Szweczyk*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

Żółtek S., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, wyd. czwarte, C.H. Beck, Warszawa 2017.

Summary

Aggregate penalty – some considerations in the context of normative changes

Keywords: aggregate penalty, revision, amendment, concurrence of offences, model of aggregate penalty.

The subject of the article is the analysis of normative changes made over the last years in the regulation of the aggregate penalty. The author presents the main ideas of the 2015 and 2020 amendments, discussing their impact on the original model of aggregate penalty. The article discusses both changes in the area of theoretical assumptions and practical problems that have arisen on the grounds of the made amendments. The article aims to evaluate the legislator's conduct and the rightness of the introduced changes. Ultimately, the 2015 amendment was evaluated critically. The regulation of the aggregate penalty, which was in force from 1 July 2015 to 24 June 2020, did not fulfil its goals, led to terminological chaos and caused many new problems in practice. The idea of a return to linking the aggregate penalty with a real, multi-offence concurrence, understood not as a simple multiplicity of offences, but the commitment of two or more offences not separated by at least a non-final sentence, was considered to be all right. However, the author is critical of the way the last amendment was carried out. The article points out irregularities in the legislative process, possible non-constitutionality of the introduced changes, as well as gaps in intertemporal provisions, lack of justification for certain changes and an urgent need for another amendment.

Wojciech Jankowski

Uniwersytet Gdański

ORCID: 0000-0002-5431-027X

wojciech.jankowski@ug.edu.pl

W poszukiwaniu pozamoralnych racji dla trafu prawnego*

Wprowadzenie

W artykule poszukiwane będzie uzasadnienie dla różnicowania odpowiedzialności karnej wobec sprawców o tym samym statusie moralnym, gdzie czynnikiem wpływającym na różnice w przypisywanej odpowiedzialności są wyłącznie pozostające poza kontrolą podmiotów konsekwencje ich działań. W artykule poświęconym relacji trafu moralnego i trafu prawnego Maciej Juzaszek konstatuje, że „jeśli uznamy, że nie akceptujemy trafu na gruncie moralności, będziemy mieli silny moralny powód, by postulować *de lege ferenda* wyeliminowanie trafu z prawa, które nie spełnia naszych moralnych oczekiwań, chyba że znajdziemy inne, pozamoralne, argumenty przeważające racje moralne”¹.

Niniejszy artykuł stanowi próbę znalezienia owych pozamoralnych argumentów stanowiących racje dla trafu prawnego. Założono, że uzasadnienia należy szukać w celach, jakie powinny zostać osiągnięte przy stosowaniu kary kryminalnej.

Rozstrzygnięcie kwestii, czy podmiot może być moralnie odpowiedzialny za konsekwencje swoich czynów, nad którymi nie ma kontroli, oparto przede wszystkim na analizie artykułów Thomasa Nagela i Bernarda Williamsa, które zapoczątkowały szeroką dyskusję na temat moralnego trafu². Od Nagela

* Artykuł zawiera fragmenty niepublikowanej pracy licencjackiej *Pojęcie trafu prawnego w kontekście problemu odpowiedzialności karnej*, napisanej na seminarium z etyki i filozofii społecznej na Uniwersytecie Gdańskim pod kierunkiem dr. hab. Artura Szutty, prof. UG.

¹ M. Juzaszek, *Miedzy trafem moralnym [moral luck] a trafem prawnym [legal luck]*, „Diametros” 2014, nr 41, s. 75.

² T. Nagel, *Traf moralny*, [w:] idem, *Pytania ostateczne*, Warszawa 1997; B. Williams, *Traf moralny*, [w:] idem, *Ile wolności powinna mieć wola*, Warszawa 1999.

zaczepnięto przede wszystkim podział trafu na: traf konsekwencji, traf okoliczności oraz traf konstytutywny i traf kauzalny³. Nie zagłębiono się w główny problem stawiany w artykule Nagela, o absurdalnych skutkach stosowania zasady kontroli. Główny problem rozważany przez Nagela polega na tym, że szukając czynników pozostających pod właściwą kontrolą podmiotu, dochodzimy do wniosku, że nic w pełni pod taką kontrolą nie pozostaje, co z kolei oznacza, że ostatecznie nikomu nie można przypisać odpowiedzialności. W artykule pozostawiono ten problem bez odpowiedzi, przyjęto jednak, że odpowiedzialność może być stopniowalna. Posługując się przyjętym podziałem trafu, uznano, że konieczność zaakceptowania istnienia trafu kazualnego, konstytutywnego czy nawet trafu okoliczności nie implikuje zaakceptowania go na poziomie trafu konsekwencji. To zaś, że traf konsekwencji nie jest do zaakceptowania na gruncie moralności, przyjęto na podstawie skonstruowanego eksperymentu myślowego.

Zakładając, że traf konsekwencji w moralności nie występuje, przeanalizowano jego istnienie we współczesnym prawie karnym. Wskazano na podstawie przepisów i orzecznictwa, że w obecnie obowiązującym prawie istnieją liczne przypadki różnicowania odpowiedzialności dwóch podmiotów jedynie ze względu na konsekwencje, na które nie mieli wpływu. Mimo że traf konsekwencji nie występuje na gruncie moralności, to ma on jak najbardziej zastosowanie w prawie. Ostatnia część artykułu poświęcona jest próbie znalezienia pozamoralnego uzasadnienia dla występowania trafu w prawie karnym w oparciu o cele kary kryminalnej.

Traf moralny a traf prawny

Traf moralny

Pojęcie trafu moralnego pojawiło się w literaturze filozoficznej dopiero w drugiej połowie XX w. w pracy Bernarda Williamsa pt. *Traf moralny* oraz w Thomasa Nagela odpowiedzi na ten tekst zatytułowanej *Traf w życiu moralnym*. Sama jednak problematyka wpływu czynników zewnętrznych na odpowiedzialność podmiotu była dostrzegana już w starożytności. Istnienie fatum oraz jego rola w życiu człowieka stanowiło jeden z podstawowych problemów tragedii greckiej. Zastanawiano się na przykład, czy gdyby Edyp nie usłyszał treści delfickiej przepowiedni, uniknąłby ojcobójstwa i tym samym pozostałby moralnie „czysty”?⁴ Kwestią wpływu trafu na ocenę moralną zajmowali się

³ T. Nagel, op. cit., s. 41.

⁴ P. Strzyżyński, *Problem trafu moralnego i winy według Thomasa Nagela i Norvina Richardsa. Próba uzupełnienia krytyki Richardsa*, „Osoba i Wina” 2012, t. 9, s. 72.

jednak nie tylko tragicy. Była ona istotna również dla filozofii, w tym Platona, Arystotelesa czy stoików⁵. Jednak zarówno u Williamsa, jak i u Nagela punktem wyjścia do rozważań o trafie jest dopiero Kantowska koncepcja moralności. To w niej ocena podmiotu zostaje radykalnie oderwana od konsekwencji jego działania. W uzasadnieniu metafizyki moralności Kant twierdził: „Dobra wola nie jest dobra ze względu na swoje dzieła i skutki, ani ze względu na swą zdatność do osiągnięcia jakiegoś zamierzonego celu, lecz jedynie przez chcenie⁶.”

Williams i Nagel przyznają, że Kantowskie stanowisko zgodne jest z podstawową intuicją moralną – że nie można osądzać ludzi za czyny, w których nie zawinili, czy też za sprawą czynników, nad którymi nie mieli kontroli. Twierdzenie to wyraża tzw. zasadę kontroli, wedle której ocena podmiotu (zarówno pozytywna, jak i negatywna) może dotyczyć wyłącznie tego, co znajdowało się pod jego kontrolą⁷.

Innymi słowy zasada kontroli zakłada, że status moralny dwóch osób, które kontrolują te same okoliczności i pozostają w tych samych sytuacjach, będzie koniecznicie identyczny. Różnej oceny moralnej można by dokonać dopiero przy zmianie okoliczności pozostających pod ich kontrolą, i tylko wtedy. Z trafem moralnym mamy do czynienia właśnie w momencie odrzucenia zasady kontroli i różnej oceny podmiotów, mimo ich pozostawania w takich samych sytuacjach znajdujących się pod ich kontrolą⁸.

Aby najlepiej w łatwy sposób zarysować zjawisko trafu moralnego, wystarczy wyobrazić sobie dwie analogiczne sytuacje. W obu mamy do czynienia z dwoma kierowcami przekraczającymi prędkość w terenie zabudowanym. Obaj jadą w takich samych warunkach pogodowych i posiadają podobne umiejętności w kierowaniu pojazdami. Jednak tylko w przypadku jednego z kierowców (kierowcy A) wychodzi na drogę przechodzień, który zostaje potrącony. Kierowcy B nikt na drogę nie wyszedł, dlatego też zwyczajnie przejechał przez miasto. Jedynym czynnikiem różnicującym sytuację sprawców jest fakt pozostający poza ich kontrolą w postaci przechodnia wchodzącego na jezdnię. Jeżeli chcemy ściśle trzymać się zasady kontroli, to powinniśmy dokonać tożsamej oceny moralnej obu kierowców. Jeżeli jednak ocenimy ich odmiennie, to dopuszczamy, że w ocenie moralnej istotną rolę może odgrywać traf.

Zdaniem Nagela, będąc konsekwentnym w stosowaniu zasady kontroli, doprowadzamy ostatecznie do „erozji sądu moralnego”. Aby to zobrazować, autor wyodrębnił konkretne rodzaje trafu, w zależności od czynników pozostających poza kontrolą. Są to odpowiednio: traf konsekwencji, traf okoliczno-

⁵ Ibidem, s. 73.

⁶ I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, tłum. M. Wartenberg, oprac. R. Ingarden, Warszawa 1971, s. 5–6.

⁷ M. Juzaszek, op. cit., s. 61.

⁸ T. Nagel, op. cit., s. 38; B. Williams, op. cit., s. 217.

ści, traf konstytutywny oraz traf kauzalny⁹. Po analizie powyższych przypadków trafu, Nagel doszedł do wniosku, że mamy do czynienia z paradoksem tkwiącym w samym zjawisku odpowiedzialności. Według Nagela „gdybyśmy konsekwentnie trzymali się warunku panowania nad czynnikami działania, groziłoby to podważeniem większości ocen moralnych, których formułowanie wydaje się nam naturalne. Rzeczy, za które moralnie osądza się ludzi, na więcej sposobów determinuje to, na co nie mają oni wpływu niż to wynika z naszego początkowego rozeznania. I jeśli wymóg określenia winy i odpowiedzialności, który wydaje się tak naturalny, uwzględni te fakty, to niewiele przedrefleksyjnych osądów moralnych wyjdzie z tego cało. Ostatecznie wydaje się, że nic albo prawie nic z tego, co wiąże się z postępowaniem danej osoby, nie zależy od niej”¹⁰. Ostatecznie więc czynników, za które podmiot jest rzeczywiście odpowiedzialny, pozostaje bardzo niewiele (albo wręcz nie pozostają żadne).

Może też być tak, że zasada kontroli ma zastosowanie tylko do pewnego poziomu ogólności. Nagel wskazał na wadliwość zasady kontroli przez pokazanie, że konsekwentne jej stosowanie prowadzi ostatecznie do absurdu. Zabieg ten ma jednak charakter argumentu równi pochyłej i jako taki jest odwracalny. Gdybyśmy bowiem byli konsekwentni w akceptacji moralnego trafu, doszlibyśmy ostatecznie do sytuacji, w której odpowiedzialność może być przypisywana zupełnie losowo albo ciąg przyczynowy między działaniem podmiotu, a skutkami jego działania będzie niezwykle odległy. Odpowiedzią może być uznanie zasady kontroli przynajmniej do pewnego stopnia – zakładając, że zasada kontroli powinna mieć zastosowanie w przypadkach, które Nagel określa mianem trafu konsekwencji.

To, że kwestia stosowania zasady kontroli w istocie jest stopniowalna i jej intuicyjna poprawność ma różną moc w odniesieniu do różnych rodzajów trafu, przyznają zresztą i Nagel, i Williams, który wskazuje na to wprost, dzieląc traf na zewnętrzny, polegający na działaniu czynników pozostających poza podmiotem, i wewnętrzny, który odpowiadałby Nagelowskiemu trafowi konstytutywnemu¹¹.

Można zatem opowiedzieć się za zasadą kontroli na konkretnym poziomie, nie wchodząc w szczegóły konsekwencji jej stosowanie na innych poziomach. To zaś, że powinniśmy się opowiadać się za stosowaniem zasady kontroli także w sytuacjach, w których mamy do czynienia z trafem rezultatu, wykazano poniższym eksperymentem myślowym. Jest on modyfikacją opisanego wcześniej eksperymentu z kierowcami. Do maksimum jednak jest uwypuklony element przypadku istniejącego w ramach akceptacji moralnego trafu.

⁹ Dokładny opis poszczególnych rodzajów trafu zob: T. Nagel, op. cit., s. 41; T. Snarski, *Traf moralny a prawo karne. Kilka refleksji na temat zawinienia, wolnej woli i odpowiedzialności*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 46, s. 399.

¹⁰ T. Nagel, op. cit., s. 39.

¹¹ B. Williams, op. cit., s. 221.

Wyobraźmy sobie, że istnieje maszyna o dość specyficznej konstrukcji w hipotetycznym państwie rodem z powieści Stanisława Lema. Jej konstrukcja i działanie przypomina popularnego „jedorękię bandytę”. Po wrzuceniu monety o odpowiednim nominale i pociągnięciu wajchy, uruchamia się mechanizm losujący. W przypadku wygranej maszyna wydaje z siebie odpowiednią sumę pieniędzy. Zasadnicza różnica między tą maszyną, a typowym jednorękim bandytą uwidacznia się dopiero w przypadku przegranej. Otóż w środku maszyny znajduje się niewinny człowiek. Bez znaczenia dla eksperymentu jest to, kto i dlaczego tam go umieścił. Znaczenie ma jednak fakt, że w przypadku przegranej użytkownika maszyny osoba ta ginie. Zdarza się to jedynie raz na dziesięć tysięcy przypadków. Załóżmy teraz, że maszyny te stoją powszechnie na ulicach. Do maszyny podchodzi dwóch użytkowników, Alfa i Beta. Alfa wygrywa nagrodę, zaś Beta po pociągnięciu za wajchę słyszy przeraźliwy krzyk i otrzymuje informacje o przegranej. Odmienna ocena moralna obu graczy sprzeczna byłaby z podstawowymi intuicjami moralnymi.

Odrzucenie zasady kontroli już na poziomie trafu konsekwencji prowadzi właśnie do rozróżnienia oceny moralnej obu graczy, co z kolei wydaje się w zaprezentowanym przykładzie absurdalne. Autor niniejszego artykułu będzie się więc opowiadał za uznaniem zasady kontroli tam, gdzie jedyną różnicą między podmiotami są konsekwencje ich działań. Można potraktować zagadnienie trafu konsekwencji w moralności i dalej w prawie jako zagadnienie odrębne od zagadnienia trafu konstytutywnego czy kauzalnego. Jako że dalsza część artykułu zajmuje się głównie trafem konsekwencji (zarówno na gruncie moralności, jak i prawa), od teraz, gdy użyte będzie pojęcie trafu, chodzić będzie o traf konsekwencji.

Traf prawny

O ile istnienie trafu może być negowane na gruncie moralności, o tyle w prawie stanowi niezaprzeczalny fakt. David Enoch pisze: „Wszystkie przejawy wymogu związku przyczynowo-skutkowego – w prawie karnym i gdzie indziej – inkorporują element trafu. Dlatego obecność prawnego trafu nie może być poważnie kwestionowana”¹².

Żeby stwierdzić istnienie trafu prawnego w polskim porządku prawnym, wystarczy znaleźć odpowiednie normy w Kodeksie karnym¹³ (dalej jako k.k.). Najważniejszym przepisem z części ogólnej będzie art. 9 § 3 k.k.: „Sprawca ponosi surowszą odpowiedzialność, którą ustawa uzależnia od określonego następstwa czynu zabronionego, jeżeli następstwo to przewidywał albo mógł przewidzieć”. Jest to przykład tzw. *culpa dolo exorta* (z łac. „wina spowodowa-

¹² D. Enoch, *Moral Luck and the Law*, „Philosophical Compass” 2010, nr 5(1), s. 42, za: M. Juzaszek, op. cit., s. 62.

¹³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 128, poz. 840 z późn. zm.).

na podstępem”), czyli tzw. wina mieszana, czasem zwana też winą kombinowaną¹⁴. Polega ona na tym, że przestępstwo podstawowe jest popełnione z winy umyślnej, natomiast jego skutki wynikają z winy nieumyślnej. Natomiast na wymiar kary mogą mieć wpływ nie tylko skutki zamierzone, ale także takie, których sprawca nie przewidywał. W części szczególnej Kodeksu karnego będą to zazwyczaj normy zawierające wyrażenie: *Jeżeli następstwem (...) jest (...)*.

Aby zobrazować zastosowanie trafu prawnego, wystarczy zmodyfikować wspomniany już eksperyment myślowy z dwoma kierowcami. W tej wersji obaj kierowcy spowodowali wypadek, z tą jednak różnicą, że pierwszemu z kierowców na drogę wyszedł zdrowy wysportowany mężczyzna, drugiemu zaś starsza schorowana kobieta. W wyniku wypadku mężczyzna doznał jedynie lekkich obrażeń ciała, kobieta zaś zmarła. Pierwszy z kierowców będzie odpowiadał na podstawie art. 177 § 1 k.k.: „Kto, naruszając, chociażby nieumyślnie, zasady bezpieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, powoduje nieumyślnie wypadek, w którym inna osoba odniosła obrażenia ciała określone w art. 157 § 1 podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Drugi z kierowców będzie już odpowiadał za formę kwalifikowaną tego przestępstwa wyrażoną w paragrafie drugim powyższego artykułu: „Jeżeli następstwem wypadku jest śmierć innej osoby albo ciężki uszczerbek na jej zdrowiu, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”. Zagrożenie karne w drugim przypadku jest dużo wyższe, bo o ile pierwszy z kierowców może zostać pozbawiony wolności maksymalnie na 3 lata, o tyle drugi już na całe 8 lat. Jeszcze ciekawiej wyglądałaby sytuacja, gdyby jednemu z kierowców nikt nie wszedł na drogę. W takim wypadku nie odpowiadałby on w ogóle za przestępstwo, a jedynie wykroczenie z ustawy Kodeks wykroczeń¹⁵, gdzie grożąca mu za to kara to w najgorszym wypadku kara grzywny¹⁶.

Zaprezentowane przykłady norm wskazują, że wielokrotnie mamy do czynienia z różnicowaniem odpowiedzialności karnej dwóch podmiotów jedynie ze względu na konsekwencje ich działań. Można zatem przyznać, że obecne prawo inkorporuje element trafu w swoich ocenach. Jednocześnie, analizując zagadnienie moralnego trafu konsekwencji, odrzucono możliwość dokonania takiego różnicowania w przypisywaniu odpowiedzialności moralnej. Zatem jeśli uznajemy, że prawo karne opieramy do pewnego stopnia na jakiegoś rodzaju systemie moralnym, i jednocześnie nie uznajemy trafu moralnego, to w jaki sposób uzasadnić istnienie trafu prawnego w prawie karnym? Odpowiedzi są dwie: albo traf prawny w ogóle nie powinien występować w naszym

¹⁴ W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 227.

¹⁵ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 281).

¹⁶ Art. 92a: Kto, prowadząc pojazd, nie stosuje się do ograniczenia prędkości określonego ustawą lub znakiem drogowym, podlega karze grzywny.

systemie prawnym, tak jak nie występuje traf moralny, albo istnieją inne pozamoralne kwestie uzasadniające jego funkcjonowanie w prawie.

Uzasadnienie trafu prawnego w oparciu o cele kary kryminalnej

Przyjęte cele

Szukając uzasadnienia dla występowania trafu prawnego w prawie kar-
nym, należy odnieść się przede wszystkim do celów kary. To właśnie one sta-
nowić mogą owe pozamoralne racje, które wymagają inkorporacji elementów
trafu do systemu prawa. Na potrzeby artykułu za najistotniejsze i najczęściej
pojawiające się w literaturze cele kary przyjęto: retrybucję; zaspokojenie spo-
łecznego poczucia sprawiedliwości; prewencja przeciwprzestępczą; osiągnięcie
satysfakcji ofiary. Ze względu na obszerność literatury penologicznej¹⁷ oraz
brak określonych przez ustawodawcę jednoznacznych i zhierarchizowanych
celów kary, ograniczono się do tych, które zdaniem autora są najistotniejsze
z punktu widzenia oceny zjawiska trafu prawnego.

Traf prawny a retrybutywny cel kary

Retrybucja (z łac. *retribuere*) pierwotnie oznaczała zapłatę, odwzajemnie-
nie, zwrot należności. O ile oryginalne znaczenie wiązało ów termin z cywil-
noprawnym długiem lub wręcz z zobowiązaniem podatkowym, to ostatecznie
retrybucję zaczęto przede wszystkim odnosić do kary¹⁸. Dawid Enoch zakłada,
że za cel retrybutywny można by uznać osiągnięcie stanu uzależnienia odpo-
wiedzialności karnej ściśle od odpowiedzialności moralnej¹⁹. Oznacza to, że
nikt nie powinien być karany za coś, za co również nie jest odpowiedzialny
moralnie, a kara powinna być proporcjonalna wyłącznie do stopnia naganno-
ści moralnej. Sama kara powinna być więc oparta wyłącznie na naganności
moralnej. Jeśli podtrzymamy założenie, że na gruncie moralności traf konse-
kwencji nie jest możliwy do zaakceptowania/nie występuje, nie można go tak-

¹⁷ Zob. M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, „Nowe Prawo” 1969, nr 2; L. Lernell, *Podstawowe zagadnienia penologii*, Warszawa 1977; idem, *Rozważania o przestępstwie i karze na tle zagadnień współczesności: eseje*, Warszawa 1975; D. Janicka, *Nauka o winie i karze w dziejach klasycznej szkoły prawa karnego w Niemczech w I połowie XIX w.*, Toruń 1998; M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner, *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford 2012; M. Dubber, T. Hörnle, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford 2014; T. Kaczmarek (red.), *Nauka o karze: sądowy wymiar kary*, Warszawa 2017, s. 1–177; A. Duff, A. Hoskins, Z. Hoskins, *Legal Punishment. The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/legal-punishment/> (data dostępu: 20.06.2021).

¹⁸ N. Walker, *Why Punish?*, Oxford–New York 1991, s. 69.

¹⁹ D. Enoch, op. cit., s. 32.

że akceptować, orzekając o odpowiedzialności karnej. Z punktu widzenia zatem retrybucyjnego celu kary, jakim jest oparcie odpowiedzialności karnej na odpowiedzialności moralnej, przyjmując że w ramach odpowiedzialności moralnej jesteśmy zwolennikami zasady kontroli przynajmniej na etapie trafu konsekwencji, prawny traf konsekwencji jest nieakceptowalny. Jeśli więc zakładamy, że kierowca A i kierowca B ponoszą taką samą odpowiedzialność moralną, ich odpowiedzialność karna, w perspektywie osiągnięcia celu retrybucyjnego, także powinna być taka sama²⁰.

Zaspokojenie społecznego poczucia sprawiedliwości a traf prawny

Marian Cieślak, szukając dobrego miernika „sprawiedliwości”, możliwego do zastosowania w praktyce, zaproponował odwoływanie się do tzw. społecznego poczucia sprawiedliwości. Według niego nie można sprowadzać każdego indywidualnego procesu karnego do poszukującej metafizycznej sprawiedliwości filozoficznej rozprawy. Przyjął rozwiązanie minimalistyczne, wedle którego wystarczy, że wyrok jedynie się do tej sprawiedliwości zbliży. To, czy zbliżył się w odpowiednim stopniu, należy zmierzyć właśnie na podstawie ogólnie pojętych społecznych odczuć i reakcji²¹.

O tym, że społeczne poczucie sprawiedliwości jest istotnie brane pod uwagę, świadczy częste powoływanie się na nie w orzecznictwie²².

Przyjęcie takiego miernika wydaje się jednak być dość dyskusyjne. Po pierwsze, pojawia się pytanie, jak tego typu społeczne odczucia i reakcje mierzyć? Czy należałoby je uśrednić, czy też dokonać pewnej aproksymacji? Problematiczne pozostaje także umiejętne odnotowanie prawdziwych ludzkich przekonań, które czasem bywają ze sobą sprzeczne. Często bardzo emocjonalne reakcje społeczne na „niesprawiedliwe wyroki” nie są ani miernikiem łatwym do zastosowania, ani, co nawet ważniejsze, nie przybliżają do sprawiedliwości w rozumieniu celu retrybucyjnego.

Skoro owo społeczne poczucie sprawiedliwości nie jest przydatne jako skuteczny miernik realnej sprawiedliwości kary, to jaką właściwie spełnia funkcję? W literaturze wskazuje się, że chodzi o osiągnięcie społecznej satysfakcji z obowiązującego prawa i wydawanych wyroków. W przypadku braku takiej

²⁰ To, że retrybucywizm zakłada konsekwentne stosowanie zasady kontroli, zakłada także K. Himma, *If You Ain't in Prison, You Just Got Lucky*, [w:] *Luck, Culpability, and the Retributivist Justification of Punishment*, za: M. Juzaszek, *Retrybucywizm a problem trafu prawnego*, [w:] M. Andruszkiewicz, A. Breczko, S. Oliwniak (red.), *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawa*, Białystok 2015, s. 69–78.

²¹ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 126.

²² Przykładowo w postanowieniu Izby Karnej Sądu Najwyższego z 9 lutego 1995 r., sygn. akt II KRN 262/94.

satysfakcji, może dojść do obniżenia znaczenia wymiaru sprawiedliwości i ostatecznie do samosądów i powrotu do krwawej zemsty. Bardzo dobrze ujmują to słowa Stefana Glasera: „Usunąć karę jako akt zemsty czy odpłaty społecznej znaczyłoby oddać jej wykonanie znów w ręce jednostek względem grup społecznych przestępstwem pokrzywdzonych”²³. Cel zaspokojenia społecznego poczucia sprawiedliwości jest więc sposobem kontrolowania napięć społecznych wywołanych przestępstwem.

Jak na owo zaspokojenie społecznego poczucia sprawiedliwości wpływa zastosowanie prawnego trafu? Wystarczy sobie wyobrazić społeczne reakcje, które byłyby odpowiedzią na modelowy kazus. Gdybyśmy rzeczywiście trzymali się ściśle zasady kontroli i wobec kierowcy B zostałaby orzeczona taka sama kara jak wobec kierowcy A (i do tego byłaby ona tak samo niska jak w przypadku A), prawdopodobnie mielibyśmy do czynienia z ostrą reakcją społeczną. Jest to związane z tym, że w powierzchownych zbiorowych sądach moralnych, na których *de facto* społeczne poczucie sprawiedliwości się opiera, moralny traf konsekwencji jest akceptowany. Może to wynikać z kwestii poruszanych przez badania z zakresu psychologii moralnej, w której mówi się o pewnego rodzaju schizofrenii ocen moralnych, w których gdy rozpatrujemy konkretne przypadki indywidualnego zdarzenia jesteśmy skłonni oceniać je znacznie surowiej niż ma to miejsce w abstrakcyjnej, pozbawionej emocji ocenie²⁴. Stwarza to prozaiczną potrzebę znalezienia winnego dla danej tragedii, na którym można by wyładować złość związaną z wystąpieniem tragedii.

Zastosowanie trafu prawnego, takiego swoistego kozła ofiarnego, dostarcza poprzez różnicowanie odpowiedzialności względem kierowcy B. Idąc dalej, służy więc redukcji społecznego napięcia służącego przestępstwem. Innymi słowy traf moralny jest uznawany w powszechnych ocenach społecznych, a celem zaspokojenia społecznego poczucia sprawiedliwości jest właśnie to, aby prawo i wyroki odpowiadały tym ocenom, dlatego też muszą zawierać w sobie element trafu. Należy więc uznać, że traf moralny przez ten konkretny cel kary kryminalnej jest uzasadniany. Pozostaje jednak pytanie, czy jest on uzasadniony w sposób dostateczny oraz czy nie istnieje inne możliwe rozwiązanie, które ów społeczny gniew by rozładowywało. Czyni się bowiem z kierowcy B w istocie kozła ofiarnego, poświęconego na rzecz osiągnięcia społecznego spokoju – podobnie jednak jak składanie ofiary na obłaskawienie bogów celem zapewnienia obfitych plonów, tak domaganie się przez społeczeństwo ofiary samo w sobie racjonalne nie jest.

²³ S. Glaser, *Kara odwetowa a kara celowa*, Lublin 1924, s. 29.

²⁴ K. Saja, *Etyka normatywna. Między konsekwencjalizmem a deontologią*, Kraków 2015, s.187–189.

Prewencja przeciwprzestępcza a traf prawny

Prewencja jest tym celem reakcji na przestępstwo, który prawdopodobnie w debacie nad racjonalizacją pojawia się najczęściej²⁵. Nacisk na nią kładli oświeceniowi przedstawiciele utylitarnej racjonalizacji kary (Jeremy Bentham²⁶, Cesare Beccaria²⁷), twierdząc często, że jest ona najważniejszym, a czasem wręcz jedynym celem zastosowania kary.

W literaturze przedmiotu prewencja przeciwprzestępcza pojawia się zazwyczaj w dwóch formach: generalnej, zwanej też ogólną, i indywidualnej, zwanej szczególną²⁸.

Z punktu widzenia prewencji generalnej negatywnej, różnicowanie odpowiedzialności w omawianym kazusie kierowców pozbawione jest sensu. Dopuszczając się czynu (a więc przekroczenia prędkości), żaden z nich nie zakładał, że spowoduje wypadek. Nawet jeśli rozumieli taką hipotetyczną możliwość, to bezpodstawnie sądzili, że jej unikną. Jedyną więc karą, jakiej ewentualnie obawiali się, była ta przewidziana za przekroczenie prędkości. Dlatego też surowsza sankcja za spowodowanie wypadku nie ma możliwości działać odstraszająco na potencjalnych sprawców. Przed popełnieniem czynu zabronionego w tym przypadku nie uwzględniają oni konsekwencji prawnych dla spowodowania wypadku, nie zakładają bowiem, że w ogóle go spowodują. W takim razie w ich umysłach nie pojawi się strach przed wyższą sankcją przewidzianą dla wypadku, a jedynie przed sankcją przewidzianą za przekroczenie prędkości. Nawet więc gdyby kara przewidziana za spowodowanie wypadku była surowa w sposób wygórowany (a taki *de facto* jest obecny stan prawny, jeśli porównamy sankcję za przekroczenie prędkości i spowodowanie wypadku ze skutkiem śmiertelnym), to i tak nie będzie spełniała funkcji prewencyjnej, nikt bowiem nie będzie się jej bał, zakładając, że to nie jego będzie ona dotyczyć. Uwzględniając spostrzeżenia, nie można uznać, że prewencja generalna negatywna uzasadnia występowanie w prawie trafu w ramach obowiązujących przepisów. Skoro jednak sam traf w prawie dopuszczamy, to można sobie jednak wyobrazić, że miałby on zastosowanie generalno-prewencyjne. Można by losowo wobec np. co setnego kierowcy przekraczającego prędkość stosować bardzo wysokie kary, np. 8 lat pozbawienia wolności (górną granicą zagrożenia za spowodowanie wypadku ze skutkiem śmiertelnym). Takie zastosowanie

²⁵ Por. W. Dziedziak, *Działania motywacyjne sankcji prawnych i moralnych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2005, t. V, s. 11–30; M. Smółka, *Společné działanie sankcji prawnej*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 1975, t. XXII, s. 77–90; A. Crawford, K. Evans, *Crime Prevention and Community Safety*, [w]: R. Morgan, R. Reiner, *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford 2012, s. 769–806.

²⁶ J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, Warszawa 1958, s. 220.

²⁷ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, oprac. E.S. Rappaport, Warszawa 1959, s. 88.

²⁸ M. Królikowski, T. Krawczyk, *Raport o raporcie. Rzecz o poszukiwaniu kary sprawiedliwej*, „Studia Iuridica” 2001, nr XXXIX, s. 117.

trafu z pewnością byłoby o wiele bardziej efektywne z punktu widzenia prewencji, mimo że ta skuteczna koncepcja wydaje się intuicyjnie absurdalna. Wskazuje to, że skuteczność prewencji generalnej negatywnej nie stanowi racji dostatecznej dla istnienia trafu prawnego. Co więcej, nie stanowi nawet przesłanki wzmacniającej dla jego występowania.

Różnicowanie odpowiedzialności i wprowadzanie do systemu prawnego elementu hazardu nie współgra także z prewencją generalną w ujęciu pozytywnym. Ustanawiając bowiem niską sankcję za przekroczenie prędkości, ustawodawca wskazuje, że nie jest to czyn wysoce niepożądany. Ustanawianie jej z kolei na wysokim poziomie w przypadku przestępstwa nieumyślnego, także nie ma żadnej wartości „edukacyjnej”, nikt bowiem, naciskając pedał gazu, nie zakłada, że może spowodować wypadek. Prawo – różnicując więc odpowiedzialność moralną w zależności od konsekwencji – rodzi konsekwencje odwrotne do założeń prewencji generalnej pozytywnej, wskazując na niewielką szkodliwość samego przekraczania prędkości (a to ono *de facto* prowadzi do wystąpienia negatywnych skutków w postaci wypadku).

Prewencja indywidualna negatywna w omawianym kazusie owszem zadziała, jednak wyłącznie wobec kierowcy B. W przypadku kierowcy A, wobec którego zastosowana sankcja jest dużo łagodniejsza, nie będzie równie efektywna. Należy jednak zadać pytanie, czy rzeczywiście różnicowanie takie jest potrzebne? Kierowców A, którzy przekraczając prędkość są potencjalnie niebezpieczni w takim samym stopniu jak kierowcy z sytuacji B, jest znacznie więcej. Zróżnicowana odpowiedzialność jest więc w tym wypadku mało efektywna. Co więcej, stosowanie wobec kierowcy B bardziej intensywnych negatywnych bodźców może w ogóle nie być potrzebne. Są oni bowiem i tak pod wpływem naturalnego czynnika warunkującego ich zachowanie w przyszłości w postaci traumy oraz poczucia winy wynikłego z wyrządzonej szkody.

Traf prawny a osiągnięcie satysfakcji ofiary

Cel kary, jakim jest osiągnięcie satysfakcji ofiary, pojawia się w debacie na temat kary stosunkowo rzadko, a gdy się tak dzieje, często stanowi jedynie pretekst do zaostrzania kar²⁹. Jest on jednak widoczny w historycznej analizie kary, bowiem wskazywali na niego zarówno myśliciele utylitarni, jak i retributywni. Dla retributywistów jednak satysfakcja ta wiąże się przede wszystkim z surowością kary, która ma zaspokoić indywidualne poczucie sprawiedliwości ofiary i zakomunikować ofierze wsparcie ze strony społeczeństwa³⁰. W takim ujęciu traf może mieć rzeczywiste zastosowanie. W przypadku kie-

²⁹ P. Chlebowicz, *Przejawy populizmu penalnego w polskiej polityce kryminalnej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2009, nr 9, s. 500.

³⁰ R.A. Duff, *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 41.

rowcy A, zakładając że nikogo on nie potrącił, nie ma ofiary, a więc nie ma konieczności zapewnienia jej możliwości „odwetu”. Inaczej jest w przypadku kierowcy B, który właśnie przez wzgląd na ofiarę i wyrządzone jej cierpienie (jej lub jej rodzinie jeżeli zmarła) powinien być ukarany.

Za sprawą ruchu sprawiedliwości naprawczej aspekt satysfakcji ofiary z wyroku nabiera coraz większego znaczenia³¹. Jednak według jej teoretyków, to wcale nie surowość kary ma tu najistotniejsze znaczenie przy osiąganiu owej satysfakcji. Przykładowo, w kwestii zakomunikowania ofierze solidarności z nią, to nie wysokość kary ma główne znaczenie. Przede wszystkim liczy się zaistnienie samej reakcji na przestępstwo i poświęcenie ofierze uwagi³². Jeśli zaś chodzi o zaspokojenie potrzeby indywidualnego odwetu, to owszem, może on być satysfakcjonujący, jednak to ofiara powinna zdecydować, czy rzeczywiście ma on dla niej znaczenie. Badania zaś pokazują, że w większości wypadków ofiarom chodzi jednak o coś innego. Dość istotnym badanie z tej perspektywy było przeprowadzone przez amerykańskiego profesora kryminologii T. McGarella, który – badając oczekiwania ofiar dotyczące postępowania karnego – zauważył, że w ostatecznym rozrachunku znacznej większości ofiar zależy przede wszystkim na naprawieniu szkody lub zadośćuczynieniu.

Jeśli rzeczywiście przyjmimy, że tym, czego przede wszystkim chce ofiara przestępstwa, jest kompensacja, a nie dolegliwość przestępcy związana z nałożoną na niego karą, to różnicowanie odpowiedzialności sprawcy będzie w świetle osiągnięcia satysfakcji ofiary miało sens tylko odnośnie do obowiązku naprawienia szkody. Rozmiar owej szkody byłby jedynym czynnikiem różnicującym, który wpływałby na rozmiar obowiązku jej naprawienia. Zastosowanie trafu prawnego ma w tym wypadku sens, ale tylko przy jednoczesnym nacisku na odszkodowawczy wymiar kary (co przykładowo postuluje ruch sprawiedliwości naprawczej)³³. Kwestia różnicowania odpowiedzialności odszkodowawczej między kierowcą A i kierowcą B nie budzi już intuicyjnego sprzeciwu. Jest to związane z różnicą między odpowiedzialnością karną i odpowiedzialnością deliktową. Kara więc mogłaby w tym wypadku być tożsama wobec kierowcy A i B, bez konieczności wprowadzania elementu trafu. Cel w postaci osiągnięcia satysfakcji ofiary byłby z kolei osiągany dzięki orzekanemu równolegle (już zróżnicowanemu, pod kątem wysokości szkody) odszkodowaniu i zadośćuczynieniu.

³¹ W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Gdańsk 2006, s. 5.

³² J.P. Reemtsma, *W piwnicy*, tłum. W. Grotowicz, Kraków 1998, s. 185–186.

³³ W. Zalewski, op. cit., s. 8.

Zakończenie

Wyniki powyższej analizy, mimo że odpowiadają na pytanie zaspokojeniu jakich celów kary służyć może traf, to jednak nie dają jednoznacznej odpowiedzi na to, czy zaspokojenie tych konkretnie celów stanowi rację dostateczną dla jego występowania. W trakcie owej konfrontacji przyjęte zostały liczne założenia wymagające pogłębionej analizy. Od nich zaś w dużej mierze zależy udzielenie odpowiedzi na to, czy traf może być uzasadniony. Są one często kwestiami niezwykle złożonymi i mogą zostać podważone. Do takich założeń na przykład będzie należało stwierdzenie, że ofiarom zależy w większym stopniu na odszkodowaniu niż na odwecie. Odpowiedzi na pytanie, czy tak rzeczywiście jest, należą do nauk, takich jak socjologia prawa czy psychologia³⁴. Dodatkowo problematyczne jest ustalenie wzajemnych zależności między omawianymi celami. Czy można uznać, że jeden cel jest nadrzędny w stosunku do drugiego i w związku z tym jego zaspokajanie ma większą moc uzasadniającą?

Celem nie dość że nieuzasadniającym implementacji trafu do prawa karnego, to stojącym z nim w sprzeczności, jest cel retrybutywny. Zakładając bowiem, że cel ten polega na oparciu odpowiedzialności karnej, na odpowiedzialności moralnej, to traf prawny, zakładając różną odpowiedzialność karną, dla podmiotów o tej samej odpowiedzialności moralnej, jest z tym celem w sposób oczywisty nie do pogodzenia.

Dość istotny jest wynik uzyskany w przypadku prewencji, jako że przez długi czas uznawana ona była za podstawowy lub wręcz jedyny cel kary³⁵. Jednak w konfrontacji z trafem żadna z jej form nie dostarczyła *ratio* do stosowania trafu. Można by wręcz uznać odwrotnie, że – zakładając prawny traf – ustawodawca zachęca niejako sprawcę do podjęcia ryzyka popełnienia czynu, zawsze bowiem będzie mógł liczyć na to, że uniknie on niezamierzonych konsekwencji, które wpłyną na ocenę jego czynu.

Chęć osiągnięcia celu w postaci zaspokojenia społecznego poczucia sprawiedliwości stanowi główny powód występowania elementu trafu w prawie. Tragedia spowodowana czynem zabronionym budzi w społeczeństwie chęć odwetu. W celu jej zaspokojenia należy sprawcy wymierzyć odpowiednio wysoką karę. W przypadkach, gdy dwóch sprawców działa tak samo, lecz tylko w jednym wypadku dochodzi do tragedii za sprawą trafu, potrzeba odwetu zachodzi tylko wobec sprawcy, z którym owa tragedia jest związana. Z tego powodu, aby ową chęć odwetu zaspokoić, należy orzec odpowiednio wysoką karę w stosunku do sprawcy, który tragedię spowodował. W przypadku spraw-

³⁴ Z. Ziemiński, *Socjologia prawa jako nauka prawna*, Poznań 1975, s. 54.

³⁵ M. Chmieliński, *Cele kary kryminalnej i czynniki ograniczające wymiar kary w oświeceniowych koncepcjach penologicznych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2013, nr LXXXIX, s. 38.

cy, który tragedii nie spowodował, nie istnieje potrzeba wymierzania kary, która zadośćuczyniłaby społecznemu poczuciu sprawiedliwości. Z tego powodu mamy do czynienia z różnicowaniem odpowiedzialności. Powstaje jednak pytanie, czy chęć zaspokojenia społecznego poczucia sprawiedliwości jest na tyle istotnym celem kary, że uzasadnia różnicowanie odpowiedzialności wobec sprawców w tej samej sytuacji moralnej? Mamy *de facto* do czynienia z sytuacją, w której błędna ocena moralna wpływa na wygląd współczesnego prawa, pomagając się niejako kozłów ofiarnych dla wytłumaczenia tragicznych wydarzeń. Możliwe, że cel ten przestanie wspierać traf prawny w momencie kiedy społeczeństwo także pozbędzie się go w swojej ocenie moralnej.

W przypadku celu w postaci uzyskania satysfakcji ofiary odpowiedź na jej relację z trafem uzależniona jest od założenia tego czego ofiary chcą. W przypadku gdy jest to odwet i ofiara jest tym bardziej usatysfakcjonowana, im większa dolegliwość zadana jest sprawcy, traf prawny rzeczywiście może być uzasadniony. Należy jednak zadać pytanie, czy ofiara ma prawo do oczekiwania wymierzenia dolegliwości niewspółmiernej do odpowiedzialności moralnej sprawcy? Stosowanie trafu byłoby bardziej uzasadnione w przypadku połączenia kary z kompensacją. W takim wypadku wysokość dolegliwości karnej można by oprzeć na zasadzie kontroli i byłaby ona wobec obu sprawców jednakowa, natomiast trafem dotknięty byłby jedynie element kompensacyjny.

Odpowiedź na pytanie o to, czy cele kary stanowią rację dla przyjęcia trafu prawnego w prawie karnym jest więc zależna od odpowiedzi na pytania natury faktycznej.

Gdybyśmy jednak przyjęli wersję, w której różnicowanie odpowiedzialności karnej przy tożsamym statusie moralnym podmiotów nie jest uzasadnione w sposób dostateczny, to należałoby postulować, odejście od tej praktyki i oparcie naszego systemu prawa w większym stopniu na zasadzie kontroli. Należałoby także zastanowić się nad postulatem *de lege ferenda* co do budowy takiego systemu.

Zauważmy, że gdy odrzucimy traf prawny, zmuszeni będziemy zarazem do jednoczesnego ujednolicenia dotychczas różnicowanej odpowiedzialności. Istnieją trzy zasadnicze możliwości przeprowadzenia takiego ujednolicenia. Po pierwsze, możliwe jest zmaksymalizowanie zagrożeń karnych, tak aby samo popełnienie czynu było karane z surowością taką, jak najsurowsza kara za jego ewentualne skutki. Opierając się na obecnie obowiązujących przepisach za przekroczenie prędkości, musiałaby grozić kara pozbawienia wolności do lat 8. Takie rozwiązanie wydaje się absurdalne ze względu na swą surowość – masowe zagrożenie karne przewidziane za drobne przewinienia raczej nie byłoby społecznie akceptowalne. Gdybyśmy z kolei kary zminimalizowali i dostosowali do tej przewidzianej dla kierowcy A, problematyczne pozostaje choćby położenie ofiary wypadku, w momencie gdy sprawca ukarany zostaje jedynie za wykroczenie. Wreszcie pozostaje przyjąć jakiś rodzaj wypośrodko-

wania między stanowiskiem pierwszym i drugim. W każdym jednak z tych wypadków ten, kto spowodowałby zagrożenie na drodze, odpowiadałby tylko za stopień tego zagrożenia, ale już nie za to, czy rzeczywiście nastąpił jakiś jego skutek.

Można jednak zastanowić się nad rozwiązaniem pośrednim, w którym co prawda sama kara oparta jest jedynie na czynie sprawcy, jednak odpowiedzialność odszkodowawcza może być różnicowana. Jest to rozwiązanie o tyle optymalne, że nie kłócąc się z celem retributywnym, zaspokaja cel ekspiacyjny i przede wszystkim ten w postaci osiągnięcia satysfakcji ofiary. Oznaczałoby to bezwzględne przyjęcie zasady kontroli w orzekaniu o odpowiedzialności karnej oraz przyjęcie elementu trafu w momencie dodatkowego orzekania o obowiązku naprawienia szkody.

Wykaz literatury

- Beccaria C., *O przestępstwach i karach*, oprac. E.S. Rappaport, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1959.
- Bentham J., *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, PWN, Warszawa 1958.
- Chlebowicz P., *Przejawy populizmu penalnego w polskiej polityce kryminalnej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2009, nr 9.
- Chmieliński M., *Cele kary kryminalnej i czynniki ograniczające wymiar kary w oświeceniowych koncepcjach penologicznych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2013, nr LXXXIX.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1994.
- Cieślak M., *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, „Nowe Prawo” 1969, nr 2.
- Janicka D., *Nauka o winie i karze w dziejach klasycznej szkoły prawa karnego w Niemczech w I połowie XIX w.*, Wyd. UMK, Toruń 1998.
- Dubber M., Hörnle T., *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford 2014.
- Duff A., Hoskins A. Hoskins Z., *Legal Punishment. The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2021 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/legal-punishment/>.
- Duff R. A., *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” 2006, nr 1.
- Dziedziak W., *Działania motywacyjne sankcji prawnych i moralnych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2005, t. V.
- Enoch D., *Moral Luck and the Law*, „Philosophical Compass” 2010, nr 5(1).
- Glaser S., *Kara odwetowa a kara celowa*, Biblioteka UL, Lublin 1924.
- Juzaszek M., *Między trafem moralnym [moral luck] a trafem prawnym [legal luck]*, „Diametros” 2014, nr 41.
- Juzaszek M., *Retributywizm a problem trafu prawnego*, [w:] M. Andruszkiewicz, A. Breczko, S. Oliwniak (red.), *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawa*, Temida2, Białystok 2015.
- Kaczmarek T. (red.), *Nauka o karze: sądowy wymiar kary*, C.H. Beck, Warszawa 2017.

- Kant I., *Uzasadnienie metafizyki moralności*, tłum. M. Wartenberg, oprac. R. Ingarden, PWN, Warszawa 1971.
- Królikowski M., Krawczyk T., *Raport o raporcie. Rzecz o poszukiwaniu kary sprawiedliwej*, „Studia Iuridica” 2001, nr XXXIX.
- Lernell L., *Podstawowe zagadnienia penologii*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1977.
- Lernell L., *Rozważania o przestępstwie i karze na tle zagadnień współczesności: eseje*, PWN, Warszawa 1975.
- Maguire M., Morgan R., Reiner R., *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford 2012.
- Nagel T., *Traf moralny*, [w:] T. Nagel, *Pytania ostateczne*, Fundacja Aletheia, Warszawa 1997.
- Reemtsma J.P., *W piwnicy*, tłum. W. Grotowicz, Znak, Kraków 1998.
- Saja K., *Etyka normatywna. Między konsekwencjalizmem a deontologią*, Universitas, Kraków 2015.
- Smolka M., *Spółeczne działanie sankcji prawnej*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 1975, t. XXII.
- Snarski T., *Traf moralny a prawo karne. Kilka refleksji na temat zawinienia, wolnej woli i odpowiedzialności*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 46.
- Strzyżyński P., *Problem trafu moralnego i winy według Thomasa Nagela i Norvina Richardsa. Próba uzupełnienia krytyki Richardsa*, „Osoba i Wina” 2012, t. 9.
- Świda W., *Prawo karne*, PWN, Warszawa 1989.
- Walker N., *Why Punish?*, Oxford–New York 1991.
- Williams B., *Traf moralny*, [w:] Williams B., *Ile wolności powinna mieć wola*, Warszawa 1999.
- Zalewski W., *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Wyd. Arche, Gdańsk 2006.
- Ziemiński Z., *Socjologia prawa jako nauka prawna*, PWN, Poznań 1975.

Summary

In search of extra-moral reasons for legal luck

Keywords: philosophy of law, moral luck, legal luck, philosophy of criminal law, guilt.

The article concerns the discussion in the philosophy of law concerning the relationship between moral luck and legal luck. The term “moral luck” appeared in the philosophical literature in the second half of the 20th century in the work of Bernard Williams entitled *Moral luck* and in Thomas Nagel entitled *Mortal Questions*. While the importance of luck may be denied on the grounds of moral evaluations, it is an undeniable fact in legal evaluations. The objective of this paper is to find a justification for differentiating criminal liability towards perpetrators of the same moral status, where the factor influencing the differences in the attributed responsibility are only the consequences of their actions beyond their control. The article is an attempt to find some extra-moral arguments that will justify legal luck. It was assumed that justification should be sought in the goals of criminal punishment. The conc-

clusions drawn from the analysis show that the incorporation of the element of luck to the criminal liability is consistent with at least some of the analyzed purposes of punishment, but is indifferent to others or even contradictory. Therefore, at the end of the article, an intermediate solution was proposed, whereby it would be possible to combine the positive and negative effects of legal luck.

Michał Kania

Uniwersytet Śląski w Katowicach

ORCID: 0000-0003-1562-541X

michal.kania@us.edu.pl

Rola zamówień publicznych w tzw. zielonej transformacji

Wprowadzenie

Współczesne wyzwania stojące przed sektorem publicznym, tak na poziomie krajowym, jak i unijnym, obejmują kilka aspektów. W perspektywie długoterminowej wyzwania te dotyczą przede wszystkim kwestii związanych z transformacją technologiczną oraz transformacją ekologiczną. Transformacja ekologiczna wdrażana jest przede wszystkim w celu osiągnięcia zamierzeń Porozumienia paryskiego zawartego w 2015 r. Wtedy to podczas konferencji klimatycznej w Paryżu (COP 21) przyjęto porozumienie, które zakłada szereg działań, mających na celu ustabilizowanie globalnego ocieplenia na poziomie poniżej 2° Celsjusza. Poziom ten liczony jest względem poziomu z epoki przedprzemysłowej. Osiągnięcie wskazanego poziomu przyczynić się ma do uniknięcia przekroczenia istotnych punktów krytycznych ziemskiego systemu klimatycznego. Istotną rolę w implementacji wskazanego celu odgrywają zamówienia publiczne¹. Rola zamówień publicznych wynika z potencjału rynku, kształtowanego dwoma czynnikami. Po pierwsze, liczbą podmiotów zobowiązanych do stosowania regulacji prawnych z dziedziny zamówień publicznych; po drugie, wysokością środków finansowych wydawanych w oparciu o procedurę zamówień publicznych. W ramach zamówień publicznych w Unii Europejskiej ok. 250 000 podmiotów publicznych wydatkuje rocznie ok. 2 bilionów euro. W Polsce szacuje się z kolei, że wydatki dokonywane w ramach procedu-

¹ D.C. Dragos, B. Neamtu, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, [w:] F. Lichère, R. Caranta, S. Treumer, *Modernising public procurement: the new directive*, Kopenhaga 2014, s. 301; M. Brzezinski, *Zrównoważone zamówienia publiczne w perspektywie nowego prawa zamówień publicznych*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski (red.), *Państwo a gospodarka. Nowe prawo zamówień publicznych. The State and the Economy New Public Procurement Law*, t. 9, Toruń 2021, s. 57.

ry zamówień publicznych wynoszą rocznie ok. 200 miliardów złotych. Zamówienia publiczne mogą przyczynić się do realizacji transformacji ekologicznej w dwojaki sposób. Po pierwsze, zamawiający publiczni w ramach wydatkowanych środków publicznych mogą dokonywać zakupów dostaw, usług oraz robót budowlanych, które uwzględniać będą aspekty środowiskowe; po drugie, zamówienia publiczne, kreując popyt na rozwiązania środowiskowe, mogą przyczynić się do rozwoju sektora przedsiębiorców, którzy w ramach swojej działalności wytwarzać będą towary charakteryzujące się wysokim poziomem tzw. ekoinnowacji.

Zarówno na poziomie unijnym, jak i krajowym obserwuje się obecnie wzmożone działania polegające na opracowaniu strategii, które mają pozwolić na jak najpełniejsze dostosowanie rozwoju gospodarki do wyzwań współczesności, w tym tych, które uwzględniają kwestie środowiskowe. Komisja Europejska przygotowała nowe polityki publiczne mające na celu określenie miejsca Unii Europejskiej w dynamicznie zmieniającym się układzie globalnym. Kierunki rozwoju gospodarki UE zawarte zostały w dwóch zasadniczych aktach, tj. w Nowym europejskim zielonym ładzie² oraz Nowej strategii przemysłowej Unii Europejskiej³. Polski ustawodawca przyjął z kolei w dniu 11 września 2019 r. nową ustawę Prawo zamówień publicznych⁴, która weszła w życie 1 stycznia 2021 r. Kilka istotnych konstrukcji prawnych zawartych w tej ustawie sprzyjać może implementacji rozwiązań prośrodowiskowych na rynku krajowym.

W niniejszym opracowaniu w pierwszej kolejności wskazane zostanie pojęcie tzw. zamówień strategicznych, które dały początek koncepcji uwzględnienia aspektów prośrodowiskowych w ramach udzielanych zamówień publicznych⁵. W dalszej kolejności wskazane zostaną rozwiązania dotyczące tzw. zielonych zamówień publicznych z perspektywy unijnej oraz krajowej. Następnie zasygnalizowana zostanie obecna strategia Unii Europejskiej dotycząca Nowego europejskiego zielonego ład, która to strategia oddziałuje na regulację oraz praktykę zamówień publicznych. Na zakończenie wskazane zostaną możliwe modele zamówień publicznych wspierających realizację transformacji ekologicznej w Polsce. Całość zakończy zwięzłe podsumowanie.

² Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 11 grudnia 2019 r. – Nowy zielony ład, COM (2019) 640 final.

³ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 10 marca 2020 r. – Nowa strategia przemysłowa dla Europy, COM (2020) 102 final.

⁴ Dz.U. z 2019 r., poz. 1843.

⁵ Szerzej na temat rozwoju tzw. zamówień zielonych zob. np. S. Arrowsmith, P. Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009; C. McCrudden, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford, 2007.

Koncepcja tzw. zamówień strategicznych

Zamówienie oznacza umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Pierwotnym celem zamówień publicznych było nabywanie dostaw, usług oraz robót budowlanych na podstawie najkorzystniejszej oferty, która najczęściej oceniana była w oparciu o kryterium ceny lub kosztu. W takim ujęciu zamówienia publiczne pełniły klasyczną dla sektor prywatnego funkcję zakupową polegającą na optymalizacji kosztów. Ze względu jednak na możliwość szerokiego oddziaływania rynkowego sektora publicznego, uzasadnionego liczbą zamawiających oraz wartością wydatkowanych środków finansowych, zaczęto dostrzegać również dodatkową rolę zamówień publicznych⁶. Rola ta polegała przede wszystkim na kształtowaniu pożądanых zachowań rynkowych po stronie podaży. Istotnym było również dostarczenie pożądanых rozwiązań dla szeregu grona odbiorców usług i infrastruktury publicznej. Cechę pożądanых zachowań oraz rozwiązań przypisano z czasem trzem czynnikom: środowiskowym, społecznym oraz innowacyjnym. Zamówienia publiczne, które poza aspektami cenowymi mają również uwzględniać wskazane pożądanе zachowania oraz rozwiązania, nazwano zamówieniami strategicznymi. Źródło wskazanej koncepcji stanowi orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako TSUE).

W orzeczeniach w sprawach *Concordia Bus*⁷, *Gebroeders Beentjes BV vs. Holandia Trybunał, Wienstrom*⁸ czy też Komisja przeciwko Republice Francuskiej (*Nord-Pas du Calais*)⁹ TSUE wskazał na możliwość realizacji w ramach procedur zamówień publicznych takich efektów, jak: efekty środowiskowe oraz efekty społeczne. W odniesieniu do kwestii środowiskowych wskazać warto przede wszystkim na dwa wyroki, tj. wyrok w sprawie *Concordia Bus* oraz wyrok w sprawie *Wienstrom*. W wyroku z 17 września 2002 r. w sprawie *Concordia Bus* (C-513/99) TSUE wskazał m.in., że zamawiający może wziąć pod uwagę kryteria dotyczące ochrony środowiska naturalnego, o ile kryteria te są związane z przedmiotem zamówienia, nie przyznają temu zamawiającemu bezwzględnej swobody wyboru, są wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu i są zgodne ze wszelkimi zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego, w szczególności zaś z zasadą niedyskryminacji.

Z kolei w sprawie *Wienstrom* (C-448/01) oferenci zobowiązani byli do przedłożenia oferty na dostarczenie energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych. Zobowiązani zostali oni do udowodnienia, że są w stanie dostarczyć rocznie

⁶ K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 56.

⁷ Sprawa C-513/99 *Concordia Bus* [2002] ECR I-7213.

⁸ Sprawa C-448/01 *EVN i Wienstrom* [2003] ECR I-14527.

⁹ Sprawa C-225/98 *Komisja przeciwko Francji* [2000] ECR-I-7445.

minimalną ilość energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii odpowiadającą szacowanemu rocznemu zużyciu w biurach Austriackiej Republiki Federalnej. Kryterium to stanowiło przy tym 45% wagi oceny, a dodatkowe punkty przyznawano, jeśli oferent mógł dostarczyć energię w ilości przekraczającej zapotrzebowanie państwa. W przedmiotowej sprawie TSUE orzekł, że dopuszczalne jest stosowanie ekologicznych kryteriów udzielania zamówień, nawet jeśli dane kryterium nie zapewnia bezpośredniej korzyści instytucji zamawiającej oraz że tym można przypisać istotną wagę w ogólnej ocenie ofert. Dopuszcza się również ustanowienie kryterium udzielenia zamówienia, które jest związane z metodą produkcji zakupionego produktu, jeśli jest ono istotne dla zamówienia, jednak musi być ono powiązane wyraźnie z przedmiotem zamówienia i musi być weryfikowalne, np. poprzez przedłożone certyfikaty.

Realizacja celów prośrodowiskowych wskazywana była następnie w Dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. W preambule do tego aktu podnoszono m.in., że dyrektywa wyjaśnia, w jaki sposób instytucje zamawiające mogą przyczynić się do ochrony środowiska oraz promowania zrównoważonego rozwoju, zapewniając jednocześnie możliwość uzyskania zamówień o najkorzystniejszej relacji jakości do ceny. Przełom polegający na wyraźnym normatywnym uwypukleniu funkcji strategicznych zamówień publicznych nastąpił w wyniku uchwalenia aktualnie obowiązującej Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych. W Dyrektywie tej zachęca się wprost organy publiczne do uwzględnienia kwestii środowiskowych. Dotyczy to fazy poprzedzającej zamówienie, stanowiącej część samej procedury udzielania zamówień, jak również samej realizacji umowy. Dyrektywa wprowadziła m.in. nowe fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odnoszące się do kwestii środowiskowych, wskazywała *expressis verbis*, jako dopuszczalne warunki realizacji zamówienia, m.in. aspekty środowiskowe, przy jednoczesnym uwzględnieniu wszystkich etapów cyklu życia. Dopuszcza ponadto możliwość wymagania określonej etykiety w ramach specyfikacji technicznych, kryteriów udzielania zamówienia lub warunków realizacji zamówienia, jak również możliwości zastosowania rachunku kosztów cyklu życia (LCC) do określenia kryterium kosztu w zamówieniach publicznych¹⁰.

Szczególne znaczenie dla określenia pożądanych kierunków zmian w ramach zamówień publicznych uwzględniających zamówienia strategiczne posiada również Komunikat Komisji Europejskiej Skuteczne zamówienia publiczne dla Europy z 2017 r. W dokumencie tym wskazano, że zamówienia publiczne pełnią rolę strategicznego instrumentu w zestawie narzędzi polity-

¹⁰ Szerzej na temat kryterium LCC zob. np. M. Andhov, R. Caranta, A. Wiesbrock, *Cost and EU Public Procurement Law. Life-Cycle Costing for Sustainability*, Londyn 2020.

ki gospodarczej każdego państwa członkowskiego. Przy rocznych nakładach wynoszących około 14% PKB UE zamówienia publiczne mogą w ocenie Komisji przyczynić się do sprostania wielu najważniejszym wyzwaniom stojącym przed Europą, szczególnie za sprawą generowania trwałego wzrostu gospodarczego i miejsc pracy. Mogą one sprzyjać inwestycjom w realną gospodarkę i pobudzać popyt w celu podniesienia konkurencyjności opartej na innowacjach i cyfryzacji. Ponadto mogą wspierać przejście do zasobooszczędnej i energooszczędnej gospodarki o obiegu zamkniętym i sprzyjać zrównoważonemu rozwojowi gospodarczemu oraz społeczeństwom integracyjnym, w których nierówności będą mniejsze.

„Zamówienia zielone” w ujęciu unijnym oraz krajowym

Koncepcja zamówień strategicznych obejmuje swoim zakresem tzw. zielone zamówienia publiczne. Zgodnie z definicją przedstawioną przez Komisję Europejską w podręczniku „Buying Green” z 2011 r., zielone zamówienia publiczne oznaczają proces, w ramach którego instytucje publiczne starają się uzyskać towary, usługi i roboty budowlane, których oddziaływanie na środowisko w trakcie ich cyklu życia jest mniejsze w porównaniu do towarów, usług i robót budowlanych o identycznym przeznaczeniu, jakie zostałyby zamówione w innym przypadku. Zielone zamówienia publiczne mogą również zapewnić organom publicznym oszczędności finansowe – szczególnie przy uwzględnieniu kosztów zamawianych produktów lub usług w całym cyklu ich życia, a nie tylko przez pryzmat ceny nabycia. Zielone zamówienia publiczne są instrumentem dobrowolnym, co oznacza, że poszczególne państwa członkowskie i organy publiczne mogą określić zakres, w jakim je wdrażają. Rozwiązanie to może być stosowane w odniesieniu do zamówień będących zarówno powyżej, jak i poniżej progu stosowania unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.

We wskazanym podręczniku podkreślono, że aspekty prośrodowiskowe mogą być wykorzystywane na każdy etapie udzielania zamówień publicznych. Powinny być uwzględnione w strategiach zakupowych, tak na poziomie krajowym, jak i lokalnym. „Zielone” aspekty powinny być analizowane na etapie przygotowania postępowania, określenia przedmiotu zamówienia. Odgrywają również istotną rolę na etapie kwalifikacji i ewentualnego wykluczenia wykonawców z postępowania. Aspekty środowiskowe mogą stanowić kryteria udzielenia zamówienia pod warunkiem, że są powiązane z przedmiotem zamówienia; nie dają instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru; zapewniają możliwość prowadzenia skutecznej konkurencji; są wyraźnie wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentacji przetargowej razem z ich wagami i wszelkimi obowiązującymi podkryteriami oraz są zgodne

z zasadami Traktatu. Istotną rolę pełnią również konstrukcje umożliwiające monitorowanie realizacji aspektów prośrodowiskowych na etapie realizacji umowy.

Poza aktami o charakterze tzw. *soft law* Unia Europejska zdecydowała się na uchwalenie licznych aktów prawnych odnoszących się *expressis verbis* do kwestii środowiskowych ustalających minimalne standardy odnoszące się do przedmiotowych kwestii. Zaliczyć do nich należy m.in. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1369 z dnia 4 lipca 2017 r. ustanawiające ramy etykietowania energetycznego i uchylającego dyrektywę 2010/30/UE, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/27/UE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie efektywności energetycznej, zmiany dyrektyw 2009/125/WE i 2010/30/UE oraz uchylecia dyrektyw 2004/8/WE i 2006/32/WE, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/31/UE z dnia 19 maja 2010 roku w sprawie charakterystyki energetycznej budynków, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego.

Dotychczasowa praktyka europejska wskazuje na wiele interesujących przykładów realizacji zamówień publicznych promujących efekty prośrodowiskowe. Wśród nich wskazać można projekt dotyczący efektywności energetycznej w maltańskich szkołach. W mieście Pembroke krajowy organ odpowiedzialny za szkoły postawił wymóg, aby nowy budynek szkolny był samowystarczalny energetycznie poprzez wykorzystanie produkcji energii odnawialnej na miejscu. W postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego oferenci zobowiązani zostali do przedstawienia różnych rozwiązań służących osiągnięciu postawionego przed nimi celu. W specyfikacji przedmiotu zamówienia zawarte były również określone minimalne wymagania, na przykład dotyczące efektywności energetycznej i efektywności wykorzystania wody. Na etapie udzielania zamówienia przyznano dodatkowe punkty za osiągnięcie lepszej wydajności. W ciągu pierwszych dziesięciu miesięcy obowiązywania umowy zwycięski oferent zainstalował panele fotowoltaiczne i turbiny wiatrowe o całkowitej mocy 35 000 kWh.

Inny przykład pochodzi z Bułgarii i dotyczy zakupu papieru pochodzącego w 100% z recyklingu. Zamawiając papier do stosowania w biurze, bułgarskie Ministerstwo Środowiska i Wody postanowiło sprecyzować, że zawartość włókien odzyskanych w wyniku recyklingu w tym papierze musi wynosić 100%. Co warto podkreślić, przeprowadzone przed zamówieniem badanie rynku wykazało, że wspomniane przejście na papier bardziej przyjazny dla środowiska można przeprowadzić bez podnoszenia ceny. W następstwie udanego zamówienia przeprowadzonego przez ministerstwo również bułgarska centralna jednostka zakupująca zawarła umowę ramową na dostarczanie kilku instytucjom publicznym papieru pochodzącego w 100% z recyklingu.

Koncepcja „zielonych” zamówień publicznych jest również przewidziana na gruncie krajowego porządku prawnego. W nieobowiązującej już ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹¹ (dalej jako p.z.p.) kwestie środowiskowe uregulowane zostały w następujących artykułach: 24, 29, 30, 30a, 90 oraz 91. Warto również wskazać, że w Krajowym planie działania w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2017–2020, będącym dokumentem planistycznym opracowanym przez Urząd Zamówień Publicznych (dalej jako UZP), określono, że zakładany, docelowy poziom udziału zielonych zamówień publicznych w całkowitej liczbie zamówień udzielonych przez polskich zamawiających w 2020 roku osiągnie 25%. Tymczasem, jak wskazuje się w sprawozdaniu prezesa Urzędu Zamówień Publicznych za 2019 r., udział rozwiązań prośrodowiskowych stanowił ledwie 1% udzielonych zamówień publicznych (przy wartości 3% rynku zamówień publicznych w Polsce). Jedynie 333 zamawiających, z łącznej liczby 12 954 zamawiających stosujących ustawę Prawo zamówień publicznych, udzieliło zamówień publicznych o charakterze środowiskowym. Przy czym prowadzone przez UZP statystyki nie uwzględniają przypadków zastosowania przez zamawiających aspektów środowiskowych w opisie przedmiotu zamówienia, poza przypadkami wskazania w ramach opisu przedmiotu zamówienia określonej etykiety środowiskowej (na podstawie art. 30a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.) oraz ustanowienia środowiskowych wymagań związanych z realizacją zamówienia (na podstawie art. 29 ust. 4 ustawy p.z.p.). Może to przekładać się na mniejszą liczbę zidentyfikowanych zielonych zamówień publicznych, nie zmieniając ogólnej krytycznej oceny stanu tzw. zielonych zamówień publicznych w Polsce¹².

Szczegółowa analiza rynku krajowego wskazuje, że aspekty środowiskowe wykorzystane zostały w następujących sytuacjach. Odwołanie się w opisie przedmiotu zamówienia do aspektów środowiskowych w ramach wymagań związanych z realizacją zamówienia, o których mowa w art. 29 ust. 4 ustawy wykorzystane zostało w 791 przypadkach na kwotę 4 915 7 76 957 zł. Odwołanie się w kryteriach oceny ofert do innych aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia wystąpiło w 434 przypadkach na kwotę 2 230 7 44 291 zł. Odwołanie się w opisie przedmiotu zamówienia do oznakowania, o którym mowa w art. 30a ustawy, związanego z aspektami środowiskowymi, wykorzystano w 195 przypadkach na kwotę 1 658 3 13 416 zł. Odwołanie się do systemów i środków zarządzania środowiskowego w ramach warunków udziału w postępowaniu wystąpiło w 101 przypadkach na kwotę 975 1 16 502 zł. Odwołanie się w kryteriach oceny ofert do oznakowania, o którym mowa w art. 30a ustawy p.z.p., związanego z aspektami

¹¹ Dz.U. z 2004 r., Nr 19, poz. 17.

¹² A. Klefas, *Zielone zamówienia publiczne – analiza porównawcza na tle ustaw Prawo zamówień publicznych z 2004 r. oraz z 2019 r.*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski (red.), op. cit., s. 137.

środowiskowymi, wykorzystano w 97 przypadkach na kwotę 870 2 95 882 zł. Zastosowanie kryterium kosztu z wykorzystaniem rachunku kosztów cyklu życia, o którym mowa w art. 91 ust. 3b ustawy, wykorzystano jedynie w 23 przypadkach na kwotę 117 8 83 543 zł¹³.

Nowy europejski zielony ład oraz fundusz sprawiedliwej transformacji

Zmiany klimatu i energia wskazane zostały przez Komisję Europejską już w 2010 r. jako jeden z pięciu wymiernych celów Unii Europejskiej na rok 2020. Osiągnięcie tzw. celu 20/20/20 w zakresie klimatu i energii zakładało zmniejszenie o przynajmniej 20% emisji gazów cieplarnianych, wzrost udziału energii odnawialnej do poziomu 20% oraz wzrost efektywności energetycznej o 20%. Od momentu przyjęcia powyższych celów upłynęło ponad 10 lat. W tym czasie postępujące zmiany klimatu spotęgowały konieczność podjęcia szeroko zakrojonych działań ze strony wszystkich uczestników życia publicznego. Wychodząc naprzeciw wskazanym wyzwaniom, nowa Komisja Europejska uczyniła kwestie zapobiegania zmianom klimatycznym jednym z filarów swojej długoterminowej polityki.

Nowy europejski zielony ład został zaprezentowany przez Komisję Europejską w grudniu 2019 r. Stanowi on odpowiedź Unii Europejskiej na wyzwania związane z klimatem i środowiskiem. Ma pełnić również rolę stymulującą dla rozwoju gospodarki opartego o nowoczesne technologie wspierające tzw. ekoinnowacje i dotyczyć wszystkich sektorów gospodarki, w szczególności transportu, energii, rolnictwa, obiektów budowlanych oraz takich gałęzi przemysłu, jak przemysł stalowy, cementowy, teleinformatyczny, tekstylny i chemiczny. Zielony ład stanowi jednocześnie integralną część strategii Komisji Europejskiej w zakresie wdrażania Agendy 2030 ONZ i celów zrównoważonego rozwoju. Unia Europejska zakłada również szeroką kampanię międzynarodową na rzecz realizacji postanowień Porozumienia paryskiego z 2015 r. Aspiruje wręcz do roli globalnego lidera na rzecz ambitnych działań w zakresie przeciwdziałania zmianom klimatycznym, jednocześnie planuje zwiększenie dwustronnych działań w relacjach z krajami partnerskimi¹⁴.

Podniesienie poziomu działań na rzecz klimatu podejmowanych przez partnerów międzynarodowych wymaga w ocenie Unii Europejskiej dostosowanych do potrzeb strategii geograficznych, które odzwierciedlają różne kon-

¹³ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r., Warszawa 2020, s. 54–57.

¹⁴ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 11 grudnia...

teksty i potrzeby lokalne, np. w odniesieniu do obecnych i przyszłych podmiotów emitujących duże ilości gazów cieplarnianych, krajów najslabiej rozwiniętych oraz małych rozwijających się państw wyspiarskich. Unia Europejska współpracuje również z partnerami globalnymi nad rozwojem międzynarodowych rynków emisji dwutlenku węgla jako kluczowego narzędzia tworzenia zachęt ekonomicznych do działań na rzecz klimatu. Zobowiązania dotyczące zrównoważonego rozwoju były stale wzmacniane w umowach handlowych UE, w szczególności w odniesieniu do intensyfikacji działań w zakresie zmiany klimatu.

Komisja Europejska zwiększyła również wysiłki na rzecz wdrożenia i egzekwowania zobowiązań dotyczących zrównoważonego rozwoju zawartych w umowach handlowych UE, a wysiłki te zostaną dodatkowo wzmocnione dzięki powołaniu głównego urzędnika ds. egzekwowania prawa w handlu. Jeśli chodzi konkretnie o zmianę klimatu, wszystkie najnowsze porozumienia UE zawierają wiążące zobowiązanie stron do ratyfikacji i skutecznego wdrożenia porozumienia paryskiego. Komisja proponuje, aby poszanowanie Porozumienia paryskiego stało się zasadniczym elementem wszystkich przyszłych kompleksowych umów handlowych. Polityka handlowa UE ułatwia handel i inwestycje w ekologiczne towary i usługi oraz promuje przyjazne dla klimatu zamówienia publiczne.

Dostrzeżona została również rola polityki handlowej, która ma za zadanie wspierać transformację ekologiczną w UE. Służyć ma ona jako platforma do nawiązywania kontaktów z partnerami handlowymi w zakresie działań na rzecz klimatu i środowiska. Będzie to wymagało ogromnych inwestycji publicznych i wzmoczonych wysiłków na rzecz skierowania kapitału prywatnego na działania związane z klimatem i środowiskiem. W tym aspekcie szczególna rola przypada również zamówieniom publicznym. W Nowym zielonym ładzie podkreślono, że podmioty sektora publicznego, w tym instytucje Unii, powinny stanowić wzór do naśladowania i zapewnić ekologiczność swoich zamówień publicznych. Komisja Europejska zobowiązana została jednocześnie do przedstawienia propozycji nowych przepisów i wskazówek dotyczących proekologicznych zamówień publicznych. Od tego czasu Komisja wydała kilka przewodników dotyczących promocji rozwiązań środowiskowych w kilku obszarach związanych z zamówieniami publicznymi. Objęły one: nowe narzędzia do obliczania kosztów cyklu życia, kryteria zielonych zamówień publicznych dla centrów danych, serwerowni i usług w chmurze, nowe wytyczne dotyczące ekologicznych zamówień publicznych na wyroby włókiennicze, techniczny raport informacyjny dotyczący kryteriów zielonych zamówień publicznych dla centrów danych, serwerowni i usług w chmurze, kryteria dotyczące zielonych zamówień publicznych w odniesieniu do urządzeń do przetwarzania obrazu, materiałów eksploatacyjnych i usług drukowania, kryteria zielonych zamówień publicznych dla centrów danych i kryteria dla sprzętu do przetwarzania ob-

razu, kryteria dotyczące zielonych zamówień publicznych w odniesieniu do komputerów, monitorów, tabletów i smartfonów¹⁵.

Dla wsparcia działań podejmowanych w oparciu o Nowy europejski zielony ład Komisja Europejska wystąpiła również z inicjatywą utworzenia finansowych instrumentów wsparcia obejmujących trzy filary. Są to: fundusz na rzecz sprawiedliwej transformacji, specjalny system w ramach programu InvestEU oraz instrument pożyczkowy na rzecz sektora publicznego udostępnianego przez Europejski Bank Inwestycyjny w celu wprowadzenia dodatkowych inwestycji w odnośnych regionach.

Fundusz sprawiedliwej transformacji jest instrumentem finansowym w ramach polityki spójności służącym zapewnieniu wsparcia obszarom zmagającym się z poważnymi wyzwaniami społeczno-gospodarczymi wynikającymi z transformacji w dążeniu do osiągnięcia neutralności klimatycznej. Fundusz ten będzie kluczowym narzędziem wspierania obszarów najbardziej dotkniętych skutkami transformacji w dążeniu do osiągnięcia neutralności klimatycznej oraz zapobiegania pogłębianiu się dysproporcji regionalnych. Jego głównym celem będzie łagodzenie skutków transformacji poprzez finansowanie dywersyfikacji i modernizacji lokalnej gospodarki oraz łagodzenie negatywnych skutków dla zatrudnienia. Aby osiągnąć ten cel, fundusz będzie wspierał inwestycje w następujących dziedzinach: łączność cyfrowa, czyste technologie energetyczne, redukcja emisji, regeneracja obszarów przemysłowych, przekwalifikowanie pracowników i pomoc techniczną.

Celem specjalnego systemu transformacji w ramach InvestEU jest przyciąganie inwestycji prywatnych. Działalność EBI zapewnić ma z kolei efekt dźwigni w odniesieniu do publicznych środków finansowych. Pozyskanie finansowania ze wszystkich trzech źródeł uzależnione będzie od wydatkowania środków w celu realizacji prośrodowiskowych inwestycji. W praktyce oznacza to, że uzyskanie finansowania uzależnione będzie od uwzględnienia aspektów prośrodowiskowych w przypadku wydatkowania pozyskanych środków w procedurze udzielenia zamówień publicznych.

Zamówienia publiczne w realizacji tzw. transformacji ekologicznej w Polsce

Również krajowe zamówienia publiczne mogą i powinny odgrywać kluczową rolę w realizacji transformacji ekologicznej¹⁶. Warto wskazać na co najmniej trzy możliwe modele rozwiązań, które mogą służyć osiągnięciu pożądaných celów środowiskowych w Polsce. Modele te obejmują przy tym trzy obszary: po

¹⁵ Green Public Procurement – Environment – European Commission, https://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm.

¹⁶ Ibidem, s. 151.

pierwsze, regulację prawną obejmującą ustawę Prawo zamówień publicznych, akty szczegółowe oraz akty o charakterze wytycznych; po drugie, praktykę stosowania prawa, w tym kulturę organizacyjną zamawiających; po trzecie, finansowanie zadań publicznych realizowanych w oparciu o procedurę zamówień publicznych.

W pierwszym ze wskazanych modeli istnieje wysoko rozwinięta kultura organizacyjna zamawiających, którzy na podstawie obowiązujących regulacji prawnych doprowadzają do wzrostu uwzględnienia aspektów środowiskowych w ramach udzielanych zamówień publicznych. Zaznaczyć przy tym należy, że w modelu tym co do zasady przewagę posiadają przepisy, które nie wymuszają bezwzględnego stosowania określonych rozwiązań. Działanie zamawiających bazuje zatem na ich dyskrecyjnych decyzjach opierające się z kolei o wysoką świadomość wagi promowanych rozwiązań. W odniesieniu do omawianego modelu warto wskazać na badanie przeprowadzone przez UZP na potrzeby stworzenia raportu „Stan zrównoważonych zamówień publicznych w 2017 roku”¹⁷. Grupa respondentów liczyła 168 osób, wśród których reprezentowana była większość kategorii zamawiających określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Najliczniej reprezentowana była przy tym grupa jednostek sektora finansów publicznych. W badaniu respondenci odpowiadali na pytania odnoszące się do różnych aspektów związanych ze stosowaniem i funkcjonowaniem tzw. zielonych zamówień.

Warto zwrócić uwagę na następujące kwestie poruszone w badaniu: 76% ankietowanych uznało zasadność uwzględniania aspektów środowiskowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym 12,21% ankietowanych nie było w stanie podać żadnego celu środowiskowego realizowanego w ramach udzielanych zamówień; 58,72% wskazało jeden cel, 23,84% dwa cele, zaś 5,23% trzy cele. Najczęściej wskazywanym celem określonym przez 50,58% ankietowanych była ogólnie zdefiniowana ochrona środowiska, 20,35% wskazało zmniejszenie emisji gazów, 11,05% ograniczenie ilości odpadów, zaś 10,47% ograniczenie zużycia energii. Na pytanie dotyczące funkcjonowania wewnętrznych regulacji dotyczących uwzględniania aspektów środowiskowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, aż 78,82% ankietowanych odpowiedziało, że takich regulacji nie posiada, a 7,65% potwierdziło ich funkcjonowanie w jednostkach. Analizie poddano również doświadczenie podmiotów w uwzględnianiu aspektów środowiskowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego: 44,71% respondentów wskazało na jego brak, 35% oceniło je pozytywnie, z czego 9,41% uważa, że ma duże doświadczenie w tym zakresie. Z powyższych danych wynika jednoznaczna konieczność ciągłego podnoszenia wiedzy i kompetencji sektora publicznego w obszarze przeciwdziałania negatywnym zmianom klimatycznym.

¹⁷ Zob. Urząd Zamówień Publicznych, *Stan zrównoważonych zamówień publicznych w 2017 r. – raport*, Warszawa 2018, s. 17.

Drugi model bazuje na skrajnie odmiennym założeniu, zgodnie z którym w porządku prawnym występują liczne przepisy o charakterze *ius cogens*, które wymuszają stosowanie rozwiązań prośrodowiskowych w szczegółowych obszarach funkcjonowania zamawiających. Co do zasady przepisy te rozsięte są po specyficznych gałęziach regulacji dotyczących poszczególnych sektorów, takich jak transport, budownictwo czy ochrona zdrowia.

Trzeci model bazuje na podejściu mieszanym, zgodnie z którym świadomie działający zamawiający promują rozwiązania prośrodowiskowe w oparciu o przekonanie o słuszności swojego działania, wspartego przepisami szczegółowymi wyznaczającymi minimalne standardy, które powinny zostać wdrożone w celu wspierania rozwiązań prośrodowiskowych. Istotną rolę w tym modelu stanowią zachęty finansowe pochodzące od instytucji finansujących w przypadku stosowania rozwiązań wspierających rozwiązania prośrodowiskowe. Z czasem zachęty te przekształcają się w uzależnienie udzielenia wsparcia od spełnienia standardów prośrodowiskowych wspartych transparentnym mechanizmem ujawnienia podjętych działań.

Wydaje się, że w przyszłości trzeci ze wskazanych modeli będzie najbardziej właściwym dla osiągnięcia transformacji ekologicznej w Polsce. Model ten może być już obecnie wdrażany na podstawie nowej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Wymaga on jednak ciągłego wzmacniania kultury organizacyjnej zamawiających, również w aspekcie wiedzy o zaletach promocji aspektów środowiskowych. W nowej ustawie Prawo zamówień publicznych przewidziano szereg interesujących rozwiązań umożliwiających realizację celów prośrodowiskowych w oparciu o udzielane zamówienia publiczne. Zaliczyć do nich należy m.in. nową zasadę efektywności, pełniącą rolę podstawy aksjologicznej dla nowych przepisów¹⁸. Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 2 nowej ustawy zamawiający zobowiązani zostali do udzielenia zamówienia w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym m.in. efektów środowiskowych, o ile efekty te są możliwe do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Na podstawie zatem wskazanego przepisu postulować należy szersze uwzględnianie przez zamawiających aspektów prośrodowiskowych na każdym etapie udzielenia zamówienia.

Ustawodawca nałożył również na Radę Ministrów obowiązek opracowania polityki zakupowej państwa¹⁹. Zgodnie z art. 21 ustawy polityka ta określać będzie priorytetowe działania Rzeczypospolitej Polskiej w obszarze zamówień publicznych, a także pożądany kierunek działań zamawiających w zakresie

¹⁸ G. Mazurek, J. Rudnik, S. Zaręba, *Ustawa Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wrocław 2020, s. 190; M. Kania, *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*, „Kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych” 2020, nr 1, s. 6.

¹⁹ M. Sarnowski, *Problematyka polityki zakupowej państwa w świetle nowej ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski (red.), op. cit., s. 289.

udzielanych zamówień, który obejmuje w szczególności zakup innowacyjnych lub zrównoważonych produktów oraz usług. W świetle wskazanego przepisu oczekiwać zatem należy od polskiego rządu wyraźnego uwypuklenia w polityce zakupowej akcentów prośrodowiskowych. Normy prawne dotyczące kwestii środowiskowych powinny być z kolei traktowane jako tzw. normy planowe (programowe). Zamawiający powinni w swoich działaniach zmierzać do jak najpełniejszej ich realizacji w praktyce.

Nowością jest ponadto analiza potrzeb zamawiającego²⁰. Przepis ten znajduje zastosowanie w przypadku zamówień powyżej progów unijnych²¹. Zgodnie z art. 83 ust. 3 pkt 4 nowej ustawy zamawiający w analizie zobowiązany został do uwzględnienia aspektów środowiskowych. Celem tego przepisu jest aktywizacja zamawiających w kierunku poszukiwania rozwiązań prośrodowiskowych, również przy wykorzystaniu konstrukcji wstępnych konsultacji rynkowych, o których mowa w art. 84 nowej ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nową konstrukcją jest ponadto raport z realizacji zamówienia obejmujący zgodnie z art. 446 ust. 3 pkt 4 nowej ustawy informację na temat efektywności wydatkowania środków publicznych, która w świetle art. 17 ust. 1 pkt. 2 odnosi się również do efektów prośrodowiskowych. Wskazane rozwiązanie stanowi efekt uwzględnienia w nowej regulacji znaczenia etapu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Raport powinien stanowić dla zamawiającego cenną informację również w kontekście przyszłych działań zakupowych.

Podsumowanie

Współczesne wyzwania stojące przed sektorem publicznym związane są m.in. z tzw. transformacją ekologiczną. Zakłada ona podjęcie szerokich działań mających na celu osiągnięcie neutralności klimatycznej Unii Europejskiej do roku 2050. Istotną rolę w przedmiotowym zakresie odgrywają zamówienia publiczne. Rola ta wynika przede wszystkim z liczby podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również środków finansowych wydatkowych w ramach tej procedury. Aspekty środowiskowe mogą być promowane na każdym etapie udzielania i realizacji zamówień. Faktyczne wykorzystywanie aspektów środowiskowych uzależnione jest od wiedzy i kompetencji zamawiających, przepisów szczególnych wskazujących

²⁰ A. Hajduk, *Analiza potrzeb jako środek do realizacji celów strategicznych w ustawie PZP*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski (red.), op. cit., s. 103.

²¹ Obwieszczenie prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów wydanego na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 oraz z 2020 r., poz. 288, 1492, 1517, 2275 i 2320).

minimalne standardy środowiskowe w poszczególnych sektorach oraz zachęt instytucji finansujących do promowania przedmiotowych aspektów. Ze względu na strategię obecnej Komisji Europejskiej opierającej się o Nowy europejski zielony ład spodziewać należy się wzrostu liczby przepisów szczególnych, które wyznaczać będą standardy ekologiczne dla krajów członkowskich. Jednocześnie faktyczna implementacja transformacji ekologicznej w Polsce uzależniona będzie od aktywnych działań zamawiających publicznych w tym zakresie. Wsparcie rozwiązań prośrodowiskowych jest *lege iuris* możliwe na podstawie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych. Do konstrukcji, które wspierają działania zamawiających publicznych w tym zakresie, zaliczyć należy m.in. zasadę efektywności, konieczność opracowania polityki zakupowej państwa czy też analizę potrzeb zamawiających.

Wykaz literatury

- Andhov M., Caranta R., Wiesbrock A., *Cost and EU Public Procurement Law. Life-Cycle Costing for Sustainability*, Routledge, Londyn 2020.
- Arrowsmith S., Kunzlik P., *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Brzezinski M., *Zrównoważone zamówienia publiczne w perspektywie nowego prawa zamówień publicznych*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski (red.), *Państwo a gospodarka. Nowe prawo zamówień publicznych. The State and the Economy New Public Procurement Law*, t. 9, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2021.
- Dragos D.C., Neamtu B., *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, [w:] F. Lichère, R. Caranta, S. Treumer, *Modernising public procurement: the new directive*, DJOF Publishing, Kopenhaga 2014.
- Hajduk A., *Analiza potrzeb jako środek do realizacji celów strategicznych w ustawie PZP*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski (red.), *Państwo a gospodarka. Nowe prawo zamówień publicznych. The State and the Economy New Public Procurement Law*, t. 9, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2021.
- Horubski K., *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Kania M., *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*, „Kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych” 2020, nr 1.
- Klefas A., *Zielone zamówienia publiczne – analiza porównawcza na tle ustaw Prawo zamówień publicznych z 2004 r. oraz z 2019 r.*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski (red.), *Państwo a gospodarka. Nowe prawo zamówień publicznych. The State and the Economy New Public Procurement Law*, t. 9, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2021.
- Mazurek G., Rudnik J., Zareba S., *Ustawa Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Presscom, Wrocław 2020.
- McCrudden C., *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Sarnowski M., *Problematyka polityki zakupowej państwa w świetle nowej ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski (red.), *Pań-*

stwo a gospodarka. Nowe prawo zamówień publicznych. The State and the Economy New Public Procurement Law, t. 9, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2021.
Urząd Zamówień Publicznych, *Stan zrównoważonych zamówień publicznych w 2017 r. – raport*, Warszawa 2018.

Summary

The role of public procurement in the green transition

Keywords: public procurement, green transition, Green New Deal, strategic procurement, just transition fund.

Today's challenges facing the public sector, both at the national and EU level, cover several aspects. In the long term, these challenges mainly concern issues related to technological transformation and ecological transformation. The ecological transformation is implemented primarily to achieve the Paris Agreement concluded in 2015. Public procurement plays an important role in the implementation of both goals. The role of public procurement stems from the market potential, shaped by two factors. First, the number of entities obliged to apply public procurement regulations. Secondly, the number of funds spent is based on the public procurement procedure. The key significance of the so-called "green" public procurement is currently due to the policy of the European Commission set out in the New Green Deal. The new Public Procurement Law creates opportunities for a significant increase in environmental aspects in domestic public procurement. The new Public Procurement Law creates opportunities for a significant increase in environmental aspects of domestic public procurement. A necessary element of promoting so-called "green" public procurement is the continuous improvement of knowledge and competencies of the public sector in counteracting negative climate changes. The article aims to analyze the role of public procurement in ecological transformation in the context of EU and national solutions.

Maja Klubińska

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

ORCID: 0000-0002-3909-2171

mklubinska@umk.pl

Renata Badowiec

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

ORCID: 0000-0001-7912-1363

r.badowiec@umk.pl

O tzw. oszustwie komorniczym kilka uwag

Niniejsze opracowanie zostanie poświęcone problematyce odpowiedzialności karnej za zachowania wierzyciela, polegające na wprowadzeniu komornika w błąd co do istnienia wierzytelności pieniężnej objętej tytułem wykonawczym¹. Lektura orzeczeń sądowych zapadających w tego typu sprawach² pozwala na stwierdzenie, że sądy, co do zasady, nie mają wątpliwości, że wspomniane zachowania mogą wypełniać znamiona przestępstwa oszustwa (usiłowania oszustwa) z art. 286 § 1 k.k. Powyższa okoliczność nie świadczy jednak o tym, że kwestia ta nie wymaga pogłębionych rozważań. Zarzuty obrazy prawa materialnego, podnoszone w zwyczajnych i nadzwyczajnych środkach zaskarżenia od wyroków wydawanych w tego rodzaju sprawach³ oraz stanowiska wyrażane w publikacjach naukowych poświęcanych problematyce oszustwa procesowego⁴,

¹ W judykaturze zachowanie to nazywane jest „oszustwem komorniczym”, co znalazło odzwierciedlenie w tytule niniejszego opracowania (zob. np. wyrok SO w Gliwicach z 22 stycznia 2019 r., sygn. akt VI Ka 1035/18, Lex nr 2624413).

² Wymienionych przykładowo w dalszej części opracowania.

³ Zob. np. zarzuty podniesione w apelacji wywiedzionej od wyroku SO w Świdnicy z 29 kwietnia 2013 r., sygn. akt III K 163/11 (wyrok SA z 23 października 2013 r., sygn. akt II AKa 325/13, Lex nr 1400518), zarzuty podniesione w kasacji od wyroku SO w Siedlcach z 8 lipca 2019 r., sygn. akt II Ka 278/19 (postanowienie SN z 29 października 2019 r., sygn. akt III KK 520/19, *Supremus*).

⁴ Zob. np. M. Świerk, *Złożenie wniosku o wszczęcie egzekucji jako czynność oszukańcza. Glosa do wyroku z dnia 10 czerwca 2010 r. (IV KK 1/10)*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 7–8, s. 176–184; A. Jezusek, *Orzeczenie sądowe w sprawie cywilnej jako rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 k.k.*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 1, s. 65–66; A. Malicka-Ochtera, *Znamiona oszustwa sądowego*, „Palestra” 2018, nr 5, s. 5–12.

a nawet w niektórych judykatach⁵ wskazują bowiem, że zagadnienie to bynajmniej nie należy do niekontrowersyjnych. Kwestia ta ma również dużą doniosłość praktyczną. Wskazuje na to zarówno liczba spraw o egzekucję świadczeń pieniężnych prowadzonych przez komorników⁶, jak i ostatnio wprowadzone (i krytykowane) zmiany do Kodeksu postępowania cywilnego dokonane na mocy noweli z dnia 4 lipca 2019 r.⁷

Rozważania mające na celu rozstrzygnięcie problemu, czy zachowania wierzyciela, który doprowadza do wszczęcia lub kontynuowania egzekucji w celu uzyskania nienależnego mu świadczenia, przeprowadzimy, udzielając odpowiedzi na podstawowe pytania, jakie musiałby zadać sobie prawodawca w procesie kryminalizacji dotyczącym tego zjawiska.

Przed przystąpieniem do tych wywodów należy jednak parę uwag poświęcić istocie postępowania egzekucyjnego. Bez tej podbudowy nie da się bowiem właściwie ocenić (z perspektywy prawnokarnej) zachowania wierzyciela, który nie informując komornika o tym, że wierzytelność objęta tytułem wykonawczym już nie istnieje, doprowadza do wyegzekwowania na jego rzecz kwot, które mu się nie należą.

Egzekucja, która stanowi zasadniczy trzon postępowania egzekucyjnego⁸, polega na zastosowaniu środków przymusu przewidzianych przez ustawę procesową przez powołane do tego organy egzekucyjne w celu spełnienia świadczenia, które przysługuje wierzycielowi od dłużnika, a zostało ustalone w tytule egzekucyjnym⁹. Postępowanie egzekucyjne ma więc kluczowe znaczenie dla wierzyciela, gdyż umożliwia mu odzyskanie należnych środków, które są niezbędne dla jego utrzymania czy też np. prowadzenia działalności gospodarczej¹⁰. Trzeba jednak podkreślić, że choć celem postępowania egzekucyjnego jest przede wszystkim zaspokojenie wierzyciela egzekwującego, to jednak zaspokojenie to nie może następować z pokrzywdzeniem dłużnika¹¹. Z tego powodu, wśród przepisów wyznaczających przebieg postępowania

⁵ Zob. np. wyrok SA we Wrocławiu z 4 listopada 2016 r., sygn. akt II AKa 269/16, Lex nr 2172508.

⁶ Z danych statystycznych wynika, że liczba spraw o egzekucję świadczeń pieniężnych prowadzonych (i załatwionych) przez komorników sądowych wynosiła (w tys.): w 2010 r. – 2384,7; w 2015 r. – 5772,4; w 2017 r. – 4347,5; w 2018 r. – 5536,0 (*Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2019, s. 187); w 2019 r. – 2794,7 (*Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2020, s. 188).

⁷ Dz. U. z 2019 r. poz. 1469 ze zm.

⁸ Zob. R. Kowalkowski, [w:] Z. Knypl i in., *Encyklopedia egzekucji sądowej*, Sopot 1996, s. 36.

⁹ E. Wengerek, *Sądowe postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 1978, s. 9–10.

¹⁰ A. Marciniak, *Sądowe postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 2019, s. 26.

¹¹ I. Gil, [w:] J. Gołaczyński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 795.

egzekucyjnego znajdziemy szereg regulacji, mających na celu zabezpieczenie interesów dłużnika¹².

Z powyższego płyną – z perspektywy poruszanych w tym opracowaniu zagadnień – dwa istotne wnioski. Po pierwsze, skoro stosowanie przymusu w ramach postępowania egzekucyjnego jest wynikiem realizacji uprawnień gwarantowanych przez władzę państwową, wierzyciel, który występuje na drogę postępowania egzekucyjnego i realizuje przysługujące mu w ramach tego postępowania uprawnienia, zasadniczo nie ponosi odpowiedzialności za godzące w dobra dłużnika działania będące konsekwencją wdrożenia egzekucji¹³. Po drugie, uprawnienia wierzyciela, składające się na całość wierzytelności jako prawa podmiotowego, nie są nieograniczone i mogą być realizowane na drodze przymusu tylko, jeżeli dłużnik dobrowolnie nie zaspokoi wierzyciela¹⁴. Wiąże go bowiem zakaz prowadzenia egzekucji, jeżeli dłużnik dopełnił swojego obowiązku, wynikającego z tytułu egzekucyjnego¹⁵.

Oznacza to, że wierzyciel nie może wykorzystywać narzędzi postępowania egzekucyjnego w celu uzyskania środków, które mu się nie należą, czy też, mówiąc już bardziej generalnie, wykorzystywać ich w innych celach niż jest to konieczne do zaspokojenia jego roszczenia. Tego rodzaju poczynania są bezprawne i w konsekwencji mogą skutkować odpowiedzialnością prawną. W doktrynie i judykaturze w zasadzie nie budzi bowiem wątpliwości, że jeżeli wierzyciel ww. zachowaniami wyrządza dłużnikowi szkodę, ponosi za nią odpowiedzialność gdy zachowania te są zawinione, a zatem na podstawie art. 415 k.c. (lub art. 416 k.c.)¹⁶. Dla odpowiedzialności wierzyciela nie ma

¹² Mowa tu m.in. o tych unormowaniach, które mają zagwarantować, że środki egzekucyjne będą stosowane tylko w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla osiągnięcia celów tego postępowania, a dłużnikowi, mimo wdrożenia wspomnianych środków, zostanie zapewnione minimum egzystencji (I. Gil, op. cit., s. 795).

¹³ J. Misztal-Konecka, *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 2019, s. 407.

¹⁴ Z. Szczurek, *Rozdział I. Pojęcie i cel postępowania egzekucyjnego i zabezpieczającego. Rys historyczny egzekucji sądowej*, [w:] idem, *Egzekucja sądowa w sprawach cywilnych. Część ogólna*, Sopot 2005, s. 13.

¹⁵ E. Wengerek, *Odpowiedzialność wierzyciela w egzekucji*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 1, s. 90. W judykaturze podkreśla się trafnie, że choć wierzyciel dysponujący tytułem wykonawczym ma prawną możliwość wszczęcia egzekucji objętego nią roszczenia, to nie może pomijać celu jakiemu służy tytuł wykonawczy, a mianowicie przymusowej realizacji objętego tytułem zobowiązania, z którego dłużnik się nie wywiązuje. Tytuły wykonawcze nie służą bowiem do realizacji zobowiązań, które wygasły w całości lub w części. Egzekwując zaspokojone zobowiązanie, wierzyciel działa bezprawnie i w sposób zawiniony – wyrok SA w Katowicach z 3 sierpnia 2018 r., sygn. akt V AGa 119/18, Lex nr 2732958; na temat ten zob. też wyrok SA w Gdańsku z 17 lutego 2015 r., sygn. akt V ACa 828/14, Lex nr 1679902.

¹⁶ J. Misztal-Konecka, op. cit., s. 407. Na temat przypadków, w których sądy stwierdzały odpowiedzialność odszkodowawczą wierzyciela w związku z wszczęciem i popieraniem egzekucji, zob. w szczególności: wyrok SN z 25 kwietnia 1997 r., sygn. akt I CKN 60/97, Lex nr 30906; wyrok SN z 22 czerwca 2006 r., sygn. akt V CSK 139/06, Lex nr 196953, wyrok SA w Poznaniu z 27 listopada 2007 r., sygn. akt I ACa 883/07, Lex nr 370757 (odmiennie SN w wyroku

przy tym znaczenia ani to, że klauzulę wykonalności tytułowi egzekucyjnemu nadał sąd, ani też to, że komornik nie miał wątpliwości, co do przedstawionego mu tytułu wykonawczego¹⁷. Skoro bowiem organ egzekucyjny nie jest uprawniony do badania zasadności i wymagalności obowiązku objętego tytułem wykonawczym (art. 804 § 1 k.p.c.), to postępowanie egzekucyjne – w razie jego bezpodstawności – toczy się na ryzyko wierzyciela, który winien naprawić wyrządzone takim postępowaniem szkody¹⁸. Podobnie wąski jest zakres kognicji organów sądowych w postępowaniu klauzulowym. Poglądy te zachowują aktualność także po wejściu w życie noweli z dnia 4 lipca 2019 r. Ustawa ta, mimo wywołującego kontrowersje rozszerzenia „materialnoprawnych kompetencji” organów klauzulowych i egzekucyjnych, nie zmieniła bowiem ani istoty postępowania klauzulowego, które nadal pozostaje postępowaniem sumarycznym¹⁹,

z 24 września 2008 r., sygn. akt II CSK 200/08, Lex nr 470032 – zob. jednak krytyczną głosę do tego orzeczenia I. Karasek-Wojciechowicz, *Nadużycie uprawnień procesowych. Glosa do wyroku SN z dnia 24 września 2008 r., II CSK 200/08*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 3, s. 113–122), uchwałę SN z 7 października 2009 r., sygn. akt III CZP 68/09, OSNC 2010/4/52; wyrok SO w Poznaniu z 23 kwietnia 2015 r., sygn. akt XV Ca 1406/14, Lex nr 1837382; wyrok SA w Krakowie z 24 marca 2017 r., sygn. akt I ACa 1559/16, Lex nr 2372250; wyrok SR w Gdyni z 3 kwietnia 2018 r., sygn. akt I C 1007/17, Lex nr 2537672.

¹⁷ Wyrok SA w Warszawie z 11 stycznia 2018 r., sygn. akt I ACa 1551/16, Lex nr 2439587.

¹⁸ Wyrok SA w Katowicach z 18 września 2003 r., sygn. akt I ACa 144/03, Wokanda 2004/12/46.

¹⁹ Na mocy noweli z dnia 4 lipca 2019 r., dodano do Kodeksu postępowania cywilnego m.in. art. 782¹, na mocy którego przyznano sądowi klauzulowemu kompetencję (połączoną z nakazem uczynienia z niej użytku) do odmowy nadania klauzuli wykonalności, jeżeli w świetle okoliczności sprawy jest oczywiste, że wniosek jest sprzeczny z prawem albo zmierza do obejścia prawa (art. 782¹ § 1 pkt 1 k.p.c.), czy też jeżeli z okoliczności sprawy i treści tytułu egzekucyjnego wynika, że objęte tytułem wykonawczym roszczenie uległo przedawnieniu, chyba że wierzyciel przedstawi dokument, z którego wynika, że doszło do przerwania biegu terminu przedawnienia (art. 782¹ § 1 pkt 2 k.p.c.). W doktrynie zasadnie wskazuje się, że wymóg oczywistości stwierdzenia przesłanek z art. 782¹ § 1 pkt 1 k.p.c. eliminuje możliwość przeprowadzania w postępowaniu klauzulowym postępowania rozpoznawczego (w tym w szczególności dowodowego), co sprawia, że postępowanie klauzulowe nadal pozostaje postępowaniem sumarycznym. Stwierdzenie sprzeczności wniosku z prawem lub zmierzanie przez ów wniosek do obejścia prawa nie może być więc efektem przeprowadzania postępowania dowodowego oraz pogłębionej analizy przedłożonych materiałów pod względem faktycznym i prawnym – M. Uliasz, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne*, seria: *System Postępowania Cywilnego*, t. 8, Warszawa 2021, s. 497–500. Wspomnianą oczywistość należy zatem rozumieć jako możliwość stwierdzenia z góry, tj. bez głębszej analizy okoliczności sprawy, że należy odmówić nadania tej klauzuli, gdyż nadanie jej przeczyłoby logice lub doświadczeniu życiowemu – A. Marciniak, [w:] A. Marciniak (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4: *Art. 730–1095*¹, Warszawa 2020, komentarz do art. 782¹, teza 1 i 5. Powyższe uprawnia do konstatacji, że sytuacja, w której sąd klauzulowy jest uprawniony (i jednocześnie zobowiązany) do odmowy nadania klauzuli wykonalności tytułowi egzekucyjnemu, jest zatem bardzo zbliżona do tej, w której sąd karny ma kompetencję (połączoną z nakazem uczynienia z niej użytku) do umorzenia postępowania w ramach merytorycznej kontroli oskarżenia na podstawie art. 339 § 3 pkt 2 k.p.k. Mimo nieco innego, tj. nieodwołującego się do pojęcia „oczywistość”, sformułowania art. 782¹ § 1 pkt 2 k.p.c., także odmowa nadania klauzuli wykonalności, z uwagi na stwierdzenie przedawnienia roszczenia, nie może być konsekwencją kompleksowego, charakterystycznego dla postępowania rozpoznawczego, badania, czy doszło do zaktualizowania się tego stanu rzeczy. Oznacza to, że jeśli kwestia przedawnienia roszczenia

ani też nie doprowadziła do uchylenia zasady wyrażonej w art. 804 § 1 k.p.c.²⁰

Z perspektywy dalszych rozważań konieczne jest również podkreślenie, że w judykaturze nie budzi wątpliwości, że niepodjęcie przez dłużnika właściwej obrony przed bezprawną egzekucją nie może być traktowane jako okoliczność eliminująca związek przyczynowy między bezprawnym i zawinionym zachowaniem wierzyciela, a poniesioną przez dłużnika szkodą. Może być natomiast rozpatrywane z perspektywy przyczynienia się do jej powstania lub zwiększenia (art. 362 k.c.)²¹.

Powyższy wywód prowadzi do konkluzji, że zachowania wierzyciela, polegające na wszczęciu lub popieraniu egzekucji w celu wyegzekwowania nienależnego mu świadczenia, na gruncie prawa cywilnego, mogą być ocenione jako delikt, a w konsekwencji skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą. Jest to bez wątpienia bardzo ważna konstatacja, także z perspektywy ich oceny prawnokarnej. Z poczynionych uwag wynika bowiem, że opisane zachowania wierzyciela są sprzeczne z przepisami prawa i jeśli dotyczą świadczeń pieniężnych (a w znacznej części także świadczeń niepieniężnych), naruszają lub narażają dobro prawne, jakim jest mienie dłużnika²², w stopniu przekraczającym społecznie akceptowalne granice. Mienie stanowi zaś podstawową wartość społeczną, której ochrona – z mocy postanowień Konstytucji (art. 64) – jest obowiązkiem państwa. Stopień abstrakcyjnie pojmowanej społecznej szkodliwości tych zachowań dodatkowo zwiększa fakt, że do popełnienia bezprawnych czynów wierzyciel wykorzystuje postępowanie prowadzone przez organy państwowe.

będzie budziła wątpliwości, których wyjaśnienie wiązać się będzie z koniecznością przeprowadzenia tego rodzaju analiz, organ klauzulowy nie będzie miał podstaw do odmowy nadania klauzuli wykonalności na tej podstawie (M. Uliasz, op. cit., s. 506).

²⁰ Na mocy noweli z dnia 4 lipca 2019 r. do art. 804 k.p.c. dodano paragraf 2., zgodnie z którym, jeżeli z treści tytułu wykonawczego wynika, że termin przedawnienia dochodzonego roszczenia upłynął, a wierzyciel nie przedłożył dokumentu, o którym mowa w art. 797 § 1¹ k.p.c., organ egzekucyjny odmawia wszczęcia egzekucji. Regulacja ta bez wątpienia wprowadza wyłom w głęboko zakorzenionej w polskim porządku prawnym, a wynikającą z art. 804 § 1 k.p.c., zasadzie, że organ egzekucyjny nie jest uprawniony do badania zasadności i wymagalności obowiązku objętego tytułem wykonawczym. Ma więc charakter wyjątku i z tej racji nie może być wykładana rozszerzająco. Oznacza to, że nie można jej traktować jako przyznającej ww. organowi kompetencje zastrzeżone dla sądu orzekającego w postępowaniu rozpoznawczym (R. Kulski, [w:] *Kodeks postępowania*, komentarz do art. 804, pkt II.5). Organ egzekucyjny jest więc uprawniony do badania jedynie kwestii przedawnienia dochodzonego roszczenia, a analiz tych może dokonywać wyłącznie w oparciu o treść tytułu wykonawczego oraz ewentualnie innego dokumentu, z którego wynika, że doszło do przerwania biegu przedawnienia. Może jednak zażądać złożenia wyjaśnień w trybie art. 761 § 1 k.p.c. lub wysłuchać dłużnika i wierzyciela na podstawie art. 827 § 1 k.p.k. (R. Kulski, [w:] *Kodeks postępowania*, komentarz do art. 804, pkt II.5).

²¹ Wyrok SN z 25 kwietnia 1997 r., sygn. akt I CKN 60/97, OSNC 1997/11/173.

²² Wskazują na to określone w Kodeksie postępowania cywilnego sposoby egzekucji tych świadczeń.

Oznacza to, że odpowiedź na pierwsze pytanie, które musiałby sobie zadać racjonalny prawodawca – przed podjęciem decyzji, czy kryminalizować opisywane wyżej zachowania wierzyciela, czy też nie – byłaby z pewnością pozytywna²³, co uzasadniałoby przejście do kolejnego etapu procesu kryminalizacji, w ramach którego dokonuje się oceny spełnienia przesłanki konieczności reakcji prawnokarnej²⁴. Analiza przeprowadzona z tej perspektywy również prowadzi do wyniku wskazującego na zasadność kryminalizacji.

Środki, jakie ma w swojej dyspozycji szeroko rozumiane prawo cywilne, nie są wystarczające, by zapewnić dłużnikowi, przeciwko któremu opisane wyżej nieuczciwe zachowania są kierowane, należyta ochronę. Nie są bowiem ani na tyle szczelne, ani na tyle dolegliwe, by uniemożliwiły czy też wystarczająco skutecznie zniechęciły potencjalnych sprawców przed podjęciem tego rodzaju działań. Zakres badania sprawy w postępowaniu klauzulowym jest wszak ograniczony, a organ egzekucyjny co do zasady nie jest uprawniony do oceny zasadności i wymagalności roszczenia objętego tytułem wykonawczym²⁵. Odpowiedniej ochrony nie zapewniają również przysługujące dłużnikowi cywilnoprawne środki ochrony przed bezpodstawną egzekucją²⁶. Po pierwsze, instrumenty prawa cywilnego nie powstrzymują przed naruszeniami dóbr prawnych jednostek zasobnych finansowo, gotowych do zapłacenia odszkodowania w razie niepowodzenia ich planów²⁷. Po drugie, środki, które ma w swojej dyspozycji dłużnik, nie gwarantują mu – nawet w razie wygrania

²³ Na pierwszym etapie kryminalizacji – i to w istocie niezależnie od tego, za jaką koncepcją procesu kryminalizacji się opowiemy – prawodawca powinien dokonać oceny, czy dane zachowanie, którego zabronienie pod groźbą kary kryminalnej rozważa, jest w rzeczywistości społecznej odbierane jako niebezpieczne dla dóbr prawnych, czyli naruszające bądź narażające dobra prawne w stopniu przekraczającym społecznie akceptowalne granice – zob. J. Kulesza, *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017, s. 31–35.

²⁴ Przesłanka ta ma swoje zakotwiczenie w zasadzie subsydiarności prawa karnego, zgodnie z którą prawo karne nie powinno wkraczać tam, gdzie wystarczą środki przewidziane w innych dziedzinach prawa, a także – choć to mało prawdopodobne – pozaprawne środki kontroli społecznej – L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 128; zob. także S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009, s. 114–117.

²⁵ Zmiana obowiązujących reguł, poprzez dalsze rozszerzenie kompetencji rozpoznawczych sądu klauzulowego i organu egzekucyjnego, nie jest możliwa, gdyż czyniłaby postępowanie egzekucyjne dysfunkcyjnym i jeśli nieuniemożliwiającym, to z pewnością znacznie utrudniającym uczciwym wierzycielom egzekwowanie przysługujących im należności. Przypomnieć należy, że już nowelizacja z 2019 r. spotkała się z krytyką. Prawodawcy zarzucono bowiem, że – zaburzając tradycyjny i czytelny podział między postępowaniem rozpoznawczym a egzekucyjnym oraz ignorując naturę przedawnienia – wprowadził rozwiązania, które w wielu wypadkach pozbawia wierzyciela możliwości wszczęcia egzekucji lub co najmniej będą skutkować znacznym jej opóźnieniem – M. Muliński, *System egzekucji roszczeń, ze szczególnym uwzględnieniem kwestii ograniczeń egzekucji, niespójności uregulowań dotyczących egzekucji cywilnej i administracyjnej, kolejności zaspokajania wierzycieli oraz społecznych i ekonomicznych skutków egzekucji w świetle rozwiązań postulowanych w petycji (P9-31/19)*, Warszawa 2020, s. 9–16.

²⁶ Np. w tym możliwość wytoczenia powództwa przeciwegzekucyjnego na podstawie art. 840 k.p.c. czy też wystąpienie z pozwem o odszkodowanie na podstawie art. 415 k.c.

²⁷ J. Kulesza, op. cit., s. 192.

procesu – że szkoda wyrządzona mu bezprawną egzekucją zostanie w sposób szybki i pełny naprawiona.

Oczywiście samo stwierdzenie, że środki przewidziane w innych dziedzinach prawa nie są wystarczające do zapewnienia dobru prawnemu należytej ochrony, nie stanowi jeszcze podstawy do podjęcia decyzji o kryminalizacji. Do tego konieczne jest bowiem przesądzenie, że za pomocą wprowadzenia normy prawnokarnej możliwe jest osiągnięcie celu pożądanego przez prawodawcę, tj. wywarcie realnego wpływu na zachowanie adresatów normy i powstrzymanie ich przed podejmowaniem zachowań naruszających lub stwarzających zagrożenie dla dobra prawnego²⁸. Kwestia ta w analizowanym wypadku nie budzi jednak wątpliwości. Doświadczenie nie tylko lat, ale i wieków ubiegłych wskazuje bowiem, że sankcja karna jest przydatnym instrumentem do zwalczania społecznie szkodliwych czynów skierowanych przeciwko mieniu.

Powyższe prowadzi do konkluzji, że zasadność kryminalizacji zachowań polegających na wprowadzeniu komornika w błąd w celu uzyskania nienależnych świadczeń pieniężnych, przy wykorzystaniu instrumentów postępowania egzekucyjnego, zarówno z perspektywy abstrakcyjnie pojmowanej społecznej szkodliwości tych zachowań, jak i konieczności oraz przydatności ingerencji prawnokarnej w celu zapewnienia mieniu dłużnika odpowiedniej ochrony, nie wywołuje zastrzeżeń.

W tym stanie rzeczy, racjonalnemu prawodawcy pozostałoby przejście do ostatniego etapu kryminalizacji, który rozpoczyna się od zbadania, czy w systemie prawnym nie istnieje już norma prawna zabraniająca określonych zachowań pod groźbą kary. Jest bowiem oczywiste, że racjonalny jurystycznie prawodawca nie stanowi norm zbędnych²⁹. Jako że w tym przypadku chodzi o zachowanie wierzyciela, polegające na wszczęciu i popieraniu egzekucji w celu wyegzekwowania świadczenia, które mu się nie należy, i zatajeniu tego faktu przed komornikiem, przepisem, który w pierwszej kolejności prawodawca musiałby poddać swojej analizie byłby bez wątpienia przepis art. 286 § 1 k.k. Rozważania, co oczywiste, musiałby być prowadzone przez pryzmat wszystkich znamion ujętych w tej regulacji.

Na wstępie należałoby zatem przesądzić, czy zachowania wierzyciela, który wykorzystuje instrumentarium postępowania egzekucyjnego do uzyskania

²⁸ Ibidem, s. 203 i nast.

²⁹ L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 231. Dopiero zatem, gdyby wynik tej weryfikacji okazał się negatywny, ustawodawca mógłby podjąć działania zmierzające do wykreowania nowego zakazu karnoprawnego. W przypadku uzyskania wyniku pozytywnego musiałby natomiast zbadać, czy norma prawnokarna, w aktualnym na dzień badania kształcie, należycie realizuje swoje funkcje (jeśli tak, ograniczyć się do jej zaakceptowania), czy też winno się ją zmienić (jeśli tak, dokonać zmian zastanych regulacji) – R. Zawłocki, *Kryminalizacja obrotu gospodarczego w Polsce*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Bielsko-Biała 2006, s. 218–219.

świadczeń pieniężnych, które mu się nie należą, są skierowane przeciwko mieniu, czyli dobru prawnemu, będącym głównym przedmiotem ochrony przepisu art. 286 § 1 k.k. Pozytywny wynik tej weryfikacji nie budzi wątpliwości. Pojęcie „mienie” użyte na gruncie Kodeksu karnego należy bowiem interpretować zgodnie z definicją tego terminu zawartą w art. 44 k.c.³⁰

W myśl art. 44 k.c. mieniem jest własność i inne prawa majątkowe. Wykładnia tej regulacji w doktrynie prawa cywilnego nie wywołuje zasadniczych wątpliwości. Zgodnie wskazuje się bowiem, że pod pojęciem „mienia” należy rozumieć wyłącznie aktywa przysługujące określonej podmiotowi. W zakresie znaczeniowym tego terminu, poza prawami niemajątkowymi, nie mieszczą się więc pasywa (długi)³¹.

Wierzyciel, który w celu uzyskania nienależnego mu świadczenia pieniężnego wszczyna lub popiera egzekucję, swoim zachowaniem bez wątpienia bezpośrednio godzi w dobro prawne, jakim jest mienie dłużnika. Wyraźnie wskazują na to – co sygnalizowano wcześniej – określone w Kodeksie postępowania cywilnego sposoby egzekucji tych świadczeń.

Z uwagi na fakt, że przestępstwo oszustwa klasycznego ma charakter powszechny, jest oczywiste, że osoba, która – wykorzystując uprawnienia wierzyciela wszczyna i prowadzi egzekucję w celu uzyskania nienależnych świadczeń pieniężnych – może być podmiotem tego przestępstwa.

Czynność sprawcza w przypadku oszustwa klasycznego polega na doprowadzeniu innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym

³⁰ Pojęcie „mienie” użyte na gruncie Kodeksu karnego należy bowiem interpretować zgodnie z definicją tego terminu zawartą w art. 44 k.c. Choć bowiem kwestia zasięgu zewnętrznego definicji legalnych bynajmniej do oczywistych i bezspornych nie należy (zob. szerzej M. Klubińska, *O ujemnym wpływie kryminalizacji oszustwa gospodarczego z art. 297 § 1 k.k. na wykładnię znamion oszustwa klasycznego i jednolitość orzecznictwa w sprawach karnych (uwagi na tle wyroków Sądu Apelacyjnego w Katowicach II AKa 407/12 z 15 listopada 2012 r. i II AKa 324/12 z 14 grudnia 2012 r., „Kwartalnik Apelacji Gdańskiej” 2014, nr IV, s. 27–30), to jednak za trafne należy uznać stanowisko, że definicja legalna zawarta w akcie prawnym określonej gałęzi prawa jest wiążąca przy interpretacji pojęć użytych w aktach prawnych innej gałęzi prawa, o ile pojęcia te są charakterystyczne dla gałęzi prawa, z której pochodzi owa definicja, a akt prawny (lub gałąź prawa), w którym użyto poddanego wykładni terminu, nie zawiera jego własnej definicji (L. Morawski, op. cit., s. 130). Trafny jest również pogląd, że znaczenie specjalistycznego pojęcia prawnego użytego w danym akcie prawnym, co do zasady, będzie wiązać interpretatora przy wykładni przepisu karnego statuującego znamiona czynu zabronionego, jeżeli przepisy owego aktu konstytuują znaczenie tego pojęcia, a norma karna wyznacza konsekwencje penalne wiążące się z tym znaczeniem (S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2017, s. 396–397).*

³¹ W. Pawlak, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*, 2021, Lex, art. 44, teza 2. Pewne wątpliwości wywołuje natomiast zaliczenie do desygnatów analizowanego pojęcia posiadania i ekspektatywy, choć za przeważające należy uznać stanowisko, zgodnie z którym i te stany zalicza się do mienia – zob. wyrok SN z 24 sierpnia 2005 r., sygn. akt II CK 35/05, Lex nr 193838; A. Kaźmierczyk, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna (art. 1–125)*, Warszawa 2018, komentarz do art. 44, teza 5, wyrok ETPCz z 23 września 2014 r. w sprawie nr 46154/11, Valle Pierimpie Societa Agricola S.p.a przeciwko Włochom.

mieniem przez wprowadzenie jej w błąd albo wyzyskanie jej błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Mając na uwadze specyfikę analizowanego zachowania, w dalszych rozważaniach zostanie pominięte znamię wyzyskania niezdolności do przedsiębranego działania. Trudno bowiem wyobrazić sytuację, w której czynny zawodowo komornik sądowy znajdowałby się ww. stanie.

W związku z tym, że poza pojęciem „mienienie”, każde ze słów i zbitek słownych użytych na określenie czynności sprawczej wywodzi się z języka powszechnego i nie ma definicji legalnej ani utrwalonego znaczenia w języku prawniczym, a przy tym większość z nich można zaliczyć do tzw. zwrotów faktycznych (np. „błąd”, „niekorzystne”), przy ich interpretacji należy oprzeć się na znaczeniu, jakie ww. terminom nadaje się w języku powszechnym³². Ustalenia w tym zakresie trzeba czynić na podstawie definicji zawartych w słownikach języka polskiego, koncentrując się oczywiście na tych, które są adekwatne do kontekstu, w jakim analizowane zwroty zostały użyte na gruncie interpretowanej regulacji.

Czasownik „doprowadzać” definiuje się jako „stawać się sprawcą lub przyczyną jakiegoś stanu albo sytuacji”, „spowodować coś”, „stawać się przyczyną czegoś, przyprawiać kogo o co, spowodować co, wywołać co”³³.

Czasownik „rozporządzić”, od którego pochodzi rzeczownik odczasownikowy „rozporządzenie” określa się natomiast jako „będąc posiadaczem czegoś, zdecydować, co będzie się z tym działo w przyszłości”, „nakazać, co ktoś ma robić w jakiejś sprawie”, „korzystając z przysługującego prawa, wydać polecenie co do sposobu wykonywania czegoś”, „wydawać polecenia co do sposobu ułożenia, rozplanowania, sposobu wykonywania czego, rozkazywać, zarządzać, dysponować”³⁴.

Definicje zawarte w słownikach języka polskiego nie pozostawiają zatem wątpliwości, że pojęcie „rozporządzenia”, użyte na gruncie art. 286 § 1 k.k., należy interpretować szeroko i rozumieć przez nie wszelkie odnoszące się do mienia czynności, których następstwem, czy to bezpośrednim, czy to przysługującym, czy to trwałym, czy to jedynie czasowym, jest powstanie zmian w mieniu lub możliwości władania nim³⁵. Mogą to być zarówno czynności prawne (rozporządzające i zobowiązujące), jak i faktyczne, czynności jednostronne, dwustronne lub wielostronne, tak ze sfery prawa prywatnego, jak i publicz-

³² Szerzej na ten temat zob. M. Klubińska, op. cit., s. 30–31.

³³ Zob. *Wielki słownik języka polskiego*, https://wsjp.pl/index.php?id_hasla=35276&id_znaczenia=4651930&l=6&ind=0 (data dostępu: 9.07.2021); *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/doprowadza%C4%87.html> (data dostępu: 9.07.2021); W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/doprowadzac;5422058.html> (data dostępu: 9.07.2021).

³⁴ Zob. *Wielki słownik...*, https://www.wsjp.pl/index.php?id_hasla=81946&id_znaczenia=5215796&l=22&ind=0 (data dostępu: 9.07.2021); *Słownik języka polskiego...*, <https://sjp.pwn.pl/slovníki/rozporz%C4%85dza%C4%87.html> (data dostępu: 9.07.2021); W. Doroszewski (red.), op. cit., <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/rozporzadzac;5492283.html> (data dostępu: 9.07.2021).

³⁵ Zob. postanowienie SN z 28 kwietnia 2016 r., sygn. akt I KZP 3/16, OSNKW 2016/6/37.

nego³⁶. Przywołane wyżej definicje nie stwarzają bowiem żadnych podstaw do zawężania znaczenia tego pojęcia poprzez obejmowanie jego zakresem znaczeniowym tylko określonego rodzaju czynności. Jednoznaczna treść art. 286 § 1 k.k. nie pozostawia wątpliwości, że czynność rozporządzenia może dotyczyć tak mienia osoby dokonującej rozporządzenia mieniem, jak i mienia cudzego.

W świetle powyższego jest oczywiste, że komornik sądowy, który na wniosek wierzyciela przeprowadza czynności egzekucyjne w celu wyegzekwowania świadczenia pieniężnego, dokonuje rozporządzenia mieniem dłużnika. Czyni to zarówno wówczas, gdy dokonuje jedynie zajęcia mienia dłużnika, jak i wówczas, gdy pozbawia go tego mienia w sposób trwały³⁷.

Oczywiście, aby ww. rozporządzenie mogło wyczerpywać znamiona przestępstwa oszustwa, musi być dla dłużnika niekorzystne. Przymiotnik „niekorzystny” definiuje się jako „będący przyczyną strat”, „mający zły wpływ na coś”, „niepochlebny, nieprzychylny”, „nieprzynoszący korzyści, będący przyczyną strat, szkód, niezyskowny, niepomyślny”³⁸. Z definicji tych jednoznacznie wynika zatem, że niekorzystne dla dłużnika będzie nie tylko trwałe pozbawienie go określonego składnika majątku, ale i czasowe pozbawienie możliwości dysponowania takim składnikiem (np. na skutek zajęcia)³⁹.

Niekorzystne rozporządzenie mieniem, do którego ma doprowadzić sprawca analizowanego występkę, nie może być jednak, jak już wspomniano, konsekwencją jakichkolwiek działań, ale stanowić skutek wprowadzenia osoby rozporządzającej mieniem w błąd lub wyzyskania jej błędu.

Błąd to „fałszywe mniemanie o czymś”, „mylne mniemanie, fałsz, niezgodność z istotnym stanem rzeczy”⁴⁰. Innymi słowy „błąd” to różnica między obiektywną rzeczywistością a odbiciem tej rzeczywistości w świadomości człowieka. Może przybrać formę urojenia lub nieświadomości⁴¹.

³⁶ M. Klubińska, op. cit., s. 32.

³⁷ Np. poprzez sprzedaż zajętych ruchomości – zob. A. Jezusek, op. cit., s. 65.

³⁸ Zob. *Słownik języka polskiego...*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/niekorzystny.html> (data dostępu: 9.07.2021); W. Doroszewski (red.), op. cit., <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/niekorzystny/5458106.html> (data dostępu: 9.07.2021).

³⁹ Zob. wyrok SN z 10 czerwca 2010 r., sygn. akt IV KK 1/10, Lex nr 590282. Powyższa wykładnia jest spójna z dominującą aktualnie linią interpretacyjną pojęcia „niekorzystne rozporządzenie mieniem”, zgodnie z którą niekorzystne rozporządzenie mieniem, stanowiące skutek przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k., wypełnione zostaje wtedy, gdy sprawca, działając w sposób opisany w tym przepisie, doprowadza inną osobę do rozporządzenia mieniem, które jest niekorzystne z punktu widzenia interesów tej osoby lub innej osoby pokrzywdzonej. Powstanie szkody w mieniu nie jest przy tym warunkiem koniecznym do przyjęcia, że doszło do tak pojmowanego niekorzystnego rozporządzenia mieniem – zob. m.in. wyrok SN z 24 stycznia 2019 r., sygn. akt IV KK 465/17, Lex nr 2620293.

⁴⁰ Zob. *Słownik języka polskiego...*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/b%C5%82%C4%85d.html> (data dostępu: 9.07.2021); W. Doroszewski (red.), op. cit., <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/blad/5413931.html> (data dostępu: 9.07.2021).

⁴¹ Urojenie ma miejsce wtedy, gdy w świadomości sprawcy pojawiają się elementy, które w rzeczywistości nie występują. O nieświadomości mówimy wtedy, gdy osoba pozostająca w błędzie nie zdaje sobie sprawy z występowania w rzeczywistości pewnych elementów pozytywnych, występujących w rzeczywistości.

„Wprowadzenie kogoś w błąd” oznacza natomiast zachowanie kogoś, kto powoduje czyjąś pomyłkę lub powstanie u kogoś mylnego przekonania albo niepoprawnego rozumowania na dany temat. Czasownik „wyzyskiwać” definiuje się jako „zastosować coś dla osiągnięcia pożytku”, „osiągnąć zysk, pożytek, korzyść z czego, zużytkować, wykorzystać co”⁴².

Z powyższego wynika, że sprawca oszustwa wprowadza osobę dokonującą rozporządzenia mieniem w błąd wówczas, gdy własnym zachowaniem wywołuje fałszywy obraz rzeczywistości w świadomości osoby dokonującej rozporządzenia mieniem. Natomiast w sytuacji, gdy osoba rozporządzająca mieniem pozostaje w błędzie, który powstał w jej świadomości bez udziału sprawcy, a sprawca – zdając sobie sprawę z tego faktu – nie wyprowadza jej z błędu i wykorzystując tę sytuację doprowadza tę osobę do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, mamy do czynienia z wyzyskaniem błędu. Należy jednak pamiętać, że sposób wprowadzenia w błąd nie jest jednorodny i może przybrać rozmaite formy, nie wyłączając zachowań konkludentnych, przemilczenia, nieujawnienia pewnych informacji⁴³.

Skoro dla bytu przestępstwa oszustwa niezbędne jest, by niekorzystne rozporządzenie mieniem było skutkiem wprowadzenia osoby rozporządzającej mieniem w błąd/wyzyskania jej błędu przez sprawcę, dla przypisania odpowiedzialności za ten występki, konieczne jest stwierdzenie powiązania kausalnego między zachowaniem się sprawcy a ww. skutkiem⁴⁴.

Wierzyciel, który kieruje wniosek o wszczęcie egzekucji i nie informuje komornika, że należność objęta tytułem wykonawczym i wskazana we wniosku o wszczęcie egzekucji nie istnieje, bez wątpienia wprowadza komornika w błąd⁴⁵. Czyni to również wtedy, gdy po wszczęciu postępowania egzekucyjnego nie informuje go o spłacie przez dłużnika tej należności i nadal popiera egzekucję. Skoro bowiem zachowanie wierzyciela, związane z wszczęciem i popieraniem egzekucji, tylko wtedy korzysta z ochrony prawnej, gdy zmierza do wyegzekwowania należnej wierzycielowi kwoty, komornik, do którego wpływa wniosek o wszczęcie egzekucji, ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zakładania, że egzekwowana wierzytelność istnieje⁴⁶. Jest też oczywiste, że pomiędzy opisanym zachowaniem wierzyciela a czynnościami podjętymi przez

⁴² *Słownik języka polskiego...*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/wyzyskac;2541360.html> (data dostępu: 9.07.2021); W. Doroszewski (red.), op. cit., <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/wyzyskac;5523228.html> (data dostępu: 9.07.2021).

⁴³ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3: *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Warszawa 2016, s. 288–289.

⁴⁴ Innymi słowy niezbędne jest wykazanie, że gdyby nie nastąpiło wprowadzenie w błąd/wyzyskanie błędu przez sprawcę nie doszłoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem.

⁴⁵ Zob. wyrok SN z 10 czerwca 2010 r., sygn. akt IV KK 1/10, Lex nr 590282.

⁴⁶ Okoliczność, że komornik zasadniczo nie może badać zasadności i wymagalności roszczenia objętego tytułem wykonawczym i nawet w razie przedłożenia przez dłużnika dowodu, że obowiązku swojego dopełnił, może jedynie wstrzymać się z dokonaniem czynności egzekucyjnej, której i tak na polecenie wierzyciela ma obowiązek dokonać (art. 822 k.p.c.), w pełni wspiera tę tezę.

komornika, na mocy których dokonuje on rozporządzenia mieniem dłużnika, zachodzi związek przyczynowy. Gdyby wierzyciel nie złożył wniosku o wszczęcie egzekucji w celu uzyskania nienależnego świadczenia lub poinformował komornika, że świadczenie zostało – po wszczęciu postępowania egzekucyjnego, choć bez udziału komornika spełnione⁴⁷ – do niekorzystnego rozporządzenia mieniem dłużnika wskutek podjęcia czynności egzekucyjnych nie doszłoby. Należy także podkreślić, że komornik nie mógłby prowadzić czynności egzekucyjnych w sytuacji, w której wierzyciel nie zataiłby przed nim faktu spełnienia świadczenia objętego tytułem wykonawczym (wskazany w wniosku egzekucyjnym), ale mimo tego domagał się prowadzenia egzekucji⁴⁸. Komornik sądowy jest obowiązany postępować zgodnie z przepisami prawa, a przy wykonywaniu zadań kierować się dobrem wymiaru sprawiedliwości oraz interesem publicznym⁴⁹. Nie może więc pozostawać obojętny na zachowania wierzyciela, które zmierzają do obejścia prawa czy też są jawnie z nim sprzeczne, a tym samym realizować posiadających te cechy, wniosków o wszczęcie egzekucji⁵⁰.

W związku z tym, że przestępstwo oszustwa jest przestępstwem umyślnym, które można popełnić jedynie z zamiarem bezpośrednim kierunkowym, wszystkie elementy przedmiotowe oszustwa nie tylko muszą mieścić się w świadomości sprawcy, ale i być objęte jego wolą. Sprawca nie tylko bowiem musi chcieć uzyskać korzyść majątkową, lecz musi także chcieć użyć w tym celu określonego w art. 286 § 1 k.k. sposobu działania lub zaniechania⁵¹.

Przesądziwszy kwestię, że opisane wyżej zachowania wierzyciela mogą być ocenione jako wyczerpujące znamiona oszustwa klasycznego, należy zająć się szczegółowym omówieniem układu sytuacyjnego, w którym sprawca wprowadza w błąd zarówno sąd (referendarza sądowego), jak i komornika sądowego. Tego rodzaju przypadki mają miejsce wtedy, gdy działania wprowadzające w błąd podejmowane są w celu uzyskania tytułu wykonawczego określonej treści. Zagadnienie to wymaga poświęcenia mu uwagi, gdyż w orzecznictwie

⁴⁷ Np. poprzez wpłatę egzekwowanej kwoty bezpośrednio na rachunek bankowy wierzyciela.

⁴⁸ Np. poinformowawszy komornika o spełnieniu przez dłużnika tego świadczenia, domagał się prowadzenia egzekucji, twierdząc, że na dłużniku ciąży wobec niego inne zobowiązania, których to zobowiązań dłużnik nie realizuje. W takiej sytuacji postępowanie egzekucyjne musiałyby zostać umorzone w oparciu o treść art. 824 § 1 pkt 6 k.p.c., gdyż w tym przypadku prowadzenie egzekucji pozostawałoby w oczywistej sprzeczności z treścią tytułu wykonawczego.

⁴⁹ Zob. art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 850).

⁵⁰ J. Szachta, [w:] M. Świeczkowska-Wójcikowska, J. Świeczkowski (red.), *Ustawa o komornikach sądowych. Ustawa o kosztach komorniczych. Kodeks etyki zawodowej komornika sądowego. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 148; wyrok SO w Gliwicach z 22 stycznia 2019 r., sygn. akt VI Ka 1035/18, Lex nr 2624413, odmiennie M. Świerk, op. cit., s. 183–184.

⁵¹ Wierzyciel nie wypełni więc znamion ww. występkę, np. w sytuacji, gdy nie powiadomi komornika o dobrowolnym spełnieniu przez dłużnika świadczenia, jeżeli o ww. spłacie nie wiedział (np. na skutek tego, że dłużnik wpłacił pieniądze bezpośrednio na jego rachunek bankowy, którego stanu przez jakiś czas wierzyciel nie sprawdzał).

Sądu Najwyższego został wyrażony pogląd, że w sytuacji, gdy oszukańcze zabiegi sprawca przedsięwzięje już na etapie postępowania rozpoznawczego, w celu zasądzenia na jego rzecz świadczenia, które mu się nie należy, jego późniejsze zachowanie polegające na złożeniu wniosku o wszczęcie postępowania egzekucyjnego i niepoinformowaniu komornika o tym, że egzekwowana należność nie istnieje, nie może zostać potraktowane jako wyczerpujące znamiona przestępstwa oszustwa. Powyższe uzasadnia się albo tym, że komornik – w przeciwieństwie do sędziego – nie ma ustawowego uprawnienia do rozporządzenia cudzym mieniem⁵², albo też tym, że choć czynności egzekucyjne podejmowane przez komornika generalnie mogą mieć charakter czynności rozporządzających mieniem dłużnika (w rozumieniu art. 286 § 1 k.k.), to jednak nie dotyczy to opisanej wyżej sytuacji, gdyż w przypadku egzekucji orzeczenia sądowego skutek w postaci niekorzystnego rozporządzenia mieniem, tj. pogorszenie sytuacji pozwanego, następuje już w dacie wydania tego orzeczenia⁵³. Z przywołanymi poglądami nie można się zgodzić. Okoliczność, że do niekorzystnego rozporządzenia mieniem doszło już w momencie wydania orzeczenia przez sąd nie oznacza, że dalsze czynności, w tym w szczególności czynności egzekucyjne podejmowane przez komornika, za niekorzystne rozporządzenie mieniem nie mogą być uznane. Wszak to te czynności bezpośrednio ingerują w prawa majątkowe dłużnika, w sposób trwały lub przynajmniej czasowy, pozbawiając go dysponowania nimi. Na ich skutek sytuacja majątkowa dłużnika ulega bez wątpienia dalszemu pogorszeniu, nierzadko doprowadzając do wyrządzenia dłużnikowi szkody majątkowej. Pamiętać przy tym trzeba, że użyte na gruncie art. 286 § 1 k.k. pojęcie „rozporządzenie” jest zwrotem o szerokim zakresie znaczeniowym, obejmującym różne kategorie czynności. Tym samym w pełni możliwe jest, że w celu uzyskania korzyści majątkowej sprawca wprowadzi w błąd, na kolejnych etapach przestępczej działalności, różne podmioty, z których każdy dokona innego rodzaju czynności, na mocy której niekorzystnie rozporządzi mieniem pokrzywdzonego. Inną kwestią jest natomiast to, czy każde z tych zachowań będzie traktowane jako osobne przestępstwo. Przyjęte w polskim prawie karnym reguły wykładni i stosowania prawa⁵⁴ pozwalają bowiem w określonych sytuacjach – mimo stwierdzenia, że sprawca popełnił dwa lub więcej czynów, które oceniane z osobna mogłyby być traktowane jako odrębne przestępstwa – skazać sprawcę tylko za jedno przestępstwo. Do tego rodzaju reguł należy m.in. konstrukcja czynów współukaranych (uprzednich lub następnych). Przez czyny współukarane rozumie się takie czyny, poprzedzające główny czyn przestępny (czyny uprzednie) lub po nim następujące (czyny następne), które – oceniane

⁵² Wyrok SN z 13 grudnia 2006 r., sygn. akt V KK 104/06, OSNwSK 2006/1/2427.

⁵³ Wyrok SN z 10 czerwca 2010 r., sygn. akt IV KK 1/10, Lex nr 590282.

⁵⁴ A. Marek, P. Gensikowski, *Konstrukcja czynów współukaranych i jej implikacje praktyczne*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 10, s. 7.

z osobna – mogłyby być uznane za odrębne przestępstwa, jednakże przy całościowej ocenie zdarzenia uznać je należy za skwitowane przez wymierzenie kary za przestępstwo główne⁵⁵. Niewątpliwie w sytuacji, gdy sprawca w celu uzyskania korzyści majątkowej wprowadza w błąd organ sądowy, dzięki czemu uzyskuje orzeczenie zasądzające na jego rzecz nienależne mu świadczenie, dalsze jego zachowania mające na celu wyegzekwowanie tego świadczenia, a wyczerpujące znamiona przestępstwa oszustwa, tj. złożenie wniosku o wszczęcie egzekucji i jej popieranie w większości przypadków, będą mogły być potraktowane jako współukarane czyny następcze. Stopień ich społecznej szkodliwości z reguły będzie bowiem niższy od stopnia społecznej szkodliwości zachowań, wyczerpujących znamiona przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., podjętych w celu uzyskania tytułu egzekucyjnego. Związek tych czynów jest zaś oczywisty⁵⁶.

Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, że zachowania wierzyciela, który składa wniosek o wszczęcie egzekucji w celu uzyskania w ten sposób nienależnego mu świadczenia lub popiera egzekucję – mimo tego, że świadczenie zostało już spełnione – mogą być kwalifikowane jako wyczerpujące znamiona przestępstwa oszustwa klasycznego i w konsekwencji skutkować nie tylko odpowiedzialnością cywilnoprawną, ale i karną⁵⁷.

⁵⁵ Uchwała połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z 26 czerwca 1964 r., sygn. akt VI KO 57/63, OSNKW 1964, nr 10, poz. 142.

⁵⁶ W powyższym kontekście należy również wskazać, że szeroki zakres znaczeniowy rzeczownika „rozporządzenie” w żaden sposób nie uprawnia do twierdzenia, że sąd rozporządza mieniem określonej osoby tylko wtedy, gdy wydaje orzeczenie o charakterze konstytutywnym (zob. A. Jezusek, op. cit., s. 64, 66). Sąd dokonuje rozporządzenia mieniem pozwanego wszak również wtedy, gdy zasądza od niego na rzecz powoda określone świadczenia (a te właśnie orzeczenia, zgodnie z utrwalonym w doktrynie i judykaturze poglądem, uważane są za orzeczenia o charakterze deklaratywnym – zob. m.in. P. Osoy, *Wyrok zasądzający*, Warszawa 2020, rozdział IV, § 7; wyrok SA w Warszawie z 19 czerwca 2013 r., sygn. akt I ACa 112/13, Lex nr 1339406). Orzeczenie zasądzające świadczenie jest wydawane wówczas, gdy z treści powództwa oraz przeprowadzonego postępowania dowodowego wynika, że doszło do naruszenia prawa i występuje potrzeba przymusowej jego realizacji. Uzyskując orzeczenie zasądzające określone świadczenie, powód uzyskuje więc dwie podstawowe dla tego rodzaju środka ochrony prawnej cechy, tj. deklaratywność i egzekucyjność. Po stwierdzeniu istnienia i wymagalności roszczenia (jego ustaleniu) sąd wydaje orzeczenie zawierające nakaz świadczenia, znoszenia lub zaniechania, które stanowi podstawę umożliwiającą przymusową realizację. (P. Osoy, op. cit., rozdział IV, § 7, zob. także uchwałę SN z 26 czerwca 2014 r., sygn. akt III CZP 46/14, OSNC 2015/4/42). Rozporządzenia mieniem dłużnika nie dokonuje natomiast organ sądowy nadając tytułowi egzekucyjnemu deklaratywną klauzulę wykonalności. Do rozporządzenia takowego dochodzi natomiast w przypadku nadania klauzul wykonalności o charakterze konstytutywnym.

⁵⁷ Nie ma w związku z tym potrzeby wprowadzania przepisu poświęconego kryminalizacji tylko tego rodzaju zachowań (odmiennie P. Soroka, *Prawnokarna ocena wszczęcia cywilnego postępowania egzekucyjnego w sytuacji, gdy roszczenie wierzyciela zostało zaspokojone*, „Palestra” 2021, nr 3, s. 39). Nadmiar regulacji karnoprawnych nie tylko bowiem nie ułatwia, ale utrudnia stosowanie prawa, nierzadko wywierając destrukcyjny wpływ na proces jego wykładni i jednolitość orzecznictwa (M. Klubińska, op. cit., s. 13–38).

Wykaz literatury

- Dukiet-Nagórska T. (red.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Wyd. STO, Bielsko-Biała 2006.
- Flaga-Gieruszyńska K. (red.), *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne*, seria: *System Postępowania Cywilnego*, t. 8, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Fras M., Habdas M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna (art. 1–125)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1990.
- Gołaczyński J. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*, 2021, Lex.
- Jezusek A., *Orzeczenie sądowe w sprawie cywilnej jako rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 k.k.*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 1.
- Karasek-Wojciechowicz I., *Nadużycie uprawnień procesowych. Głosa do wyroku SN z dnia 24 września 2008 r.*, II CSK 200/08, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 3.
- Kłubińska M., *O ujemnym wpływie kryminalizacji oszustwa gospodarczego z art. 297 § 1 k.k. na wykładnię znamion oszustwa klasycznego i jednolitość orzecznictwa w sprawach karnych (uwagi na tle wyroków Sądu Apelacyjnego w Katowicach II AKa 407/12 z 15 listopada 2012 r. i II AKa 324/12 z 14 grudnia 2012 r.)*, „Kwartalnik Apelacji Gdańskiej” 2014, nr IV.
- Knypl Z. i in., *Encyklopedia egzekucji sądowej*, Currenda, Sopot 1996.
- Kulesza J., *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Wyd. UŁ, Łódź 2017.
- Malicka-Ochtera A., *Znamiona oszustwa sądowego*, „Palestra” 2018, nr 5.
- Marciniak A., *Sądowe postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Marciniak A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4: *Art. 730–1095¹*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Marek A., Gensikowski P., *Konstrukcja czynów współukaranych i jej implikacje praktyczne*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 10.
- Miształ-Konecka J., *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Morawski L., *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2002.
- Muliński M., *System egzekucji roszczeń, ze szczególnym uwzględnieniem kwestii ograniczeń egzekucji, niespójności uregulowań dotyczących egzekucji cywilnej i administracyjnej, kolejności zaspokajania wierzycieli oraz społecznych i ekonomicznych skutków egzekucji w świetle rozwiązań postulowanych w petycji (P9-31/19)*, Kancelaria Senatu, Warszawa 2020.
- Osowy P., *Wyrok zasądzający*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Soroka P., *Prawnokarna ocena wszczęcia cywilnego postępowania egzekucyjnego w sytuacji, gdy roszczenie wierzyciela zostało zaspokojone*, „Palestra” 2021, nr 3.
- Szczurek Z., *Egzekucja sądowa w sprawach cywilnych. Część ogólna*, Currenda, Sopot 2005.
- Świeczkowska-Wójcikowska M., Świeczkowski J. (red.), *Ustawa o komornikach sądowych. Ustawa o kosztach komorniczych. Kodeks etyki zawodowej komornika sądowego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.

- Świerk M., *Złożenie wniosku o wszczęcie egzekucji jako czynność oszukańcza. Glosa do wyroku z dnia 10 czerwca 2010 r. (IV KK 1/10)*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 7-8.
- Wengerek E., *Odpowiedzialność wierzyciela w egzekucji*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 1.
- Wengerek E., *Sądowe postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1978.
- Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. 3: Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Żółtek S., *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Żółtek S., *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Summary

About the so-called bailiff fraud – a few comments

Keywords: criminal law, fraud, creditor, debtor, bailiff, enforcement proceedings.

The paper aimed to answer the question of whether the creditor's conduct consisting in misleading a bailiff as to the existence of a monetary claim covered by an enforcement order can be treated as constituting fraud according to Article 286 § 1 of the Penal Code. In the study, in addition to the analysis of the criminal law (carried out from the perspective of the questions characteristic for the various stages of the process of criminalization), there are considerations on the nature of the enforcement proceedings and the creditor's civil liability for unlawful initiation and support of enforcement. The considerations lead to the conclusion that the behaviour of a creditor who submits an application for enforcement to obtain an undue benefit in this way or supports enforcement even though the benefit has already been fulfilled, may be qualified as exhaustive features of the offence of classic fraud and, consequently, not only result in both civil and criminal liability.

Tadeusz Kocowski

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: 0000-0002-4086-8803

tadeusz.kocowski@uwr.edu.pl

Witold Małecki

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: 0000-0002-8819-0317

witold.malecki@uwr.edu.pl

Etatyzacja remedium na prywatyzację

Wstęp

Niewątpliwie jednym z celów przeprowadzanej w latach 90. ubiegłego wieku reformy politycznej i gospodarczej było kształtowanie systemu gospodarczego, zbliżonego do tego, jaki istniał w krajach członkowskich ówczesnych Wspólnot Europejskich. Przyjęcie w przepisie art. 20 uchwalonej w latach 90. Konstytucji RP, iż „społeczna gospodarka rynkowa oparta jest na wolności działalności gospodarczej i własności prywatnej”¹ oznaczało, że niewątpliwym beneficjentem zasady wolności działalności gospodarczej jest przedsiębiorca będący osobą fizyczną. W pewnym sensie miały nimi być także tworzone przez te osoby korporacje, mające status osób prawnych lub „niepełnych” lub „ułomnych osób prawnych”², prowadzące działalność gospodarczą w oparciu o własność prywatną. Nie negowało to faktu, że status przedsiębiorcy posiadają także osoby prawne prowadzące działalność gospodarczą w oparciu o własność publiczną, a także podmioty wykonujące ją w oparciu o własność mieszaną³. W tym okresie podmioty te (przede wszystkim przedsiębiorstwa państwowe) stanowiły gros podmiotów gospodarujących. Jednym z zadań administracji państwa było więc stworzenie warunków pozwalających na rozwój działalno-

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

² Por. S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 135.

³ Na ten temat szerzej: T. Kocowski, *Spółki podmiotów własności społecznej (przedsiębiorstwa wspólne i mieszane)*, [w:] J. Frąckowiak, L. Kieres (red.), *Tworzenie i funkcjonowanie spółek. Zagadnienia cywilnoprawne i administracyjnoprawne*, Warszawa–Wrocław 1990, s. 84–97.

ści korzystających z wolności działalności gospodarczej prywatnych podmiotów gospodarczych⁴ oraz na dokonanie przekształceń własnościowych, głównie poprzez wdrożenie procesu komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych i ich majątku.

Proces ten uległ swemu naturalnemu spowolnieniu z chwilą dokonania znacznej prywatyzacji majątku państwowego i komunalnego⁵. Wszakże na początku XXI w. zaobserwowano wyraźne zatrzymanie procesu prywatyzacji, co znalazło odzwierciedlenie w odpowiednich regulacjach prawnych. Proces ten nie tyle został zatrzymany, co mamy do czynienia z sytuacjami wskazującymi wyraźnie preferowanie działań mających na celu przejmowanie majątku prywatnego przez państwo. Odbywa się to w ramach obowiązywania tych samych przepisów konstytucyjnych, w jakich przeprowadzano proces prywatyzacji. Wskazuje to na prowadzenie polityki etatystycznej obejmującej różnorodne sfery gospodarcze, których przejmowanie przez państwo, a w zasadzie podmioty państwowe, trudno wytłumaczyć jedynie koniecznością wynikającą z potrzeby zapewnienia np. bezpieczeństwa energetycznego czy utrzymywania jednostek zdolnych do udzielenia w odpowiednim stopniu finansowych zabezpieczeń działalności rodzimych podmiotów gospodarczych.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie regulacji prawnych umożliwiających realizację procesu prywatyzacji, a następnie – etatyzacji. Analiza tych unormowań zostanie uzupełniona odniesieniami dotyczącymi ich praktycznego zastosowania, a także kierunków ich zmian, odzwierciedlających priorytety polityki dotyczącej uszczuplania bądź poszerzania majątku państwowego. Refleksja nad powyższymi zagadnieniami pozwoli ocenić, jak głęboka okazała się zmiana paradygmatu gospodarczego w polityce państwa w świetle zmian w ustawodawstwie, a także w jaki sposób zmiana paradygmatu gospodarczego sytuuje się na tle relewantnych unormowań Konstytucji RP.

Regulacje prywatyzacyjne

Pierwsze nieśmiałe próby prywatyzacji majątku przedsiębiorstw państwowych i wykreowanie prawnych możliwości tworzenia spółek z kapitałem prywatnym, w tym zagranicznym, miały miejsce w latach 70. i 80. ubiegłego wieku i wymuszone były niewydolnością zarządzanej dyrektywnie gospodarki

⁴ Artykuł 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej stanowił, że „podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej jest wolne i dozwolone każdemu na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa” (Dz.U. Nr 41, poz. 324).

⁵ Przepis art. 14. ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej stanowił, że „przedsiębiorstwa komunalne, w stosunku do których rada gminy do dnia 30 czerwca 1997 r. nie postanowiła o wyborze organizacyjno-prawnej formy lub o ich prywatyzacji, ulegają z dniem 1 lipca 1997 r. przekształceniu w jednoosobową spółkę gminy, z mocy prawa” (Dz.U. z 1997 r., Nr 9, poz. 43).

państwowej⁶. Przepisami ustawy z dnia 24 lutego 1989 r. o niektórych warunkach konsolidacji gospodarki narodowej oraz zmianie niektórych ustaw⁷ zezwolono, by składniki majątkowe mienia przedsiębiorstw państwowych mogły być oddawane osobom prawnym lub fizycznym do korzystania z nich, w formie przewidzianej w prawie cywilnym, w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Przewidziano także możliwości tworzenia przez przedsiębiorstwa państwowe przedsiębiorstw wspólnych, a nawet przedsiębiorstw mieszanych, przy czym te ostatnie tworzone były w formie prawnej spółek prawa handlowego, z prywatnymi podmiotami gospodarczymi, co dawało formalną możliwość tworzenia także spółek z przedstawicielami kapitału zagranicznego⁸.

Działania te nie przyniosły poprawy sytuacji, stąd wynikła konieczność radykalnych zmian ustrojowych. Twórcy modelu transformacji w opublikowanym w październiku 1989 r., programie gospodarczym stwierdzali, że celem przeprowadzanych zmian jest „budowa systemu rynkowego zbliżonego do tego, jaki istnieje w krajach wysoko rozwiniętych”⁹. W niezmiernie lapidarnym omówieniu dokonywanej zmiany systemu gospodarczego stwierdzono, że polegać ona będzie na wprowadzeniu wypróbowanych przez rozwinięte kraje zachodnie instytucji gospodarki rynkowej, czemu służyć mają m.in.:

1. przekształcenia własnościowe zbliżające strukturę własności do istniejącej w krajach wysoko rozwiniętych,
2. pełne wprowadzenie mechanizmu rynkowego, a w szczególności swoboda stanowienia cen oraz likwidacja reglamentacji i obowiązkowego pośrednictwa,
3. stworzenie warunków dla konkurencji wewnętrznej przez politykę antymonopolową oraz pełna swoboda tworzenia nowych przedsiębiorstw.

Zaproponowany pakiet radykalnych reform miał doprowadzić w pierwszej kolejności do stabilizacji, a następnie liberalizacji gospodarki¹⁰. Jednym z filarów tego pakietu było oczywiście dokonanie poważnych zmian w strukturze własnościowej gospodarki opartej na własności państwowej, rozpoczęte uchwaleniem w dniu 13 lipca 1990 r. dwóch ustaw – ustawy o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych¹¹ oraz ustawy o utworzeniu urzędu Ministra Przekształceń Własnościowych¹². Dały one początek procesowi realnej prywatyzacji, choć

⁶ Zobacz przepisy ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, pozwalające na tworzenie spółek (Dz.U. Nr 24, poz. 123, ze zm.).

⁷ Dz.U. Nr 10, poz. 57.

⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1986 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (Dz.U. Nr 17, poz. 88), zob. także: T. Kocowski, op. cit., s. 97 i nast.

⁹ Por. *Program gospodarczy. Główne założenia i kierunki*, Warszawa 1989, s. 1.

¹⁰ Por. L. Balcerowicz, *Socjalizm, kapitalizm, transformacja. Szkice z przełomu epok*, Warszawa 1997, s. 355; G. Przesławska, *Różnice w rozumieniu pojęcia „społeczna gospodarka rynkowa w Polsce”*, [w:] U. Kalina-Prasznic (red.), *Regulowana gospodarka rynkowa*, Kraków 2003, s. 79–80.

¹¹ Dz.U. Nr 51, poz. 298.

¹² Dz.U. Nr 51, poz. 299.

nie był on wolny od wielu kontrowersji dotyczących jego przygotowania i przebiegu, które odnosiły się w dużej mierze do stanu prawodawstwa regulującego procesy prywatyzacyjne.

Wbrew tytułowi ustawy przedsiębiorstwa państwowe nie dały się sprywatyzować – mogły zostać skomercjalizowane, a sprywatyzować można było jedynie ich majątek¹³.

Prywatyzacja, zgodnie z art. 1 ustawy z 1990 r., polegała na udostępnieniu osobom trzecim akcji lub udziałów w spółkach z wyłącznym udziałem Skarbu Państwa, powstałych z przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego, na udostępnieniu osobom trzecim mienia przedsiębiorstwa lub sprzedaży przedsiębiorstwa (w tym celu przedsiębiorstwo powinno zostać przekształcone w spółkę lub zlikwidowane na zasadach określonych ustawą). Prywatyzacja przedsiębiorstwa państwowego związana była więc nierozłącznie z ustaniem bytu prawnego tego podmiotu, w kształcie w jakim przewidywały to przepisy o przedsiębiorstwach państwowych. Przepisy ustawy lipcowej przewidywały więc dwa zasadnicze typy prywatyzacji: pierwszy zwany prywatyzacją kapitałową (określany też inaczej mianem dużej prywatyzacji lub prywatyzacji pośredniej), drugi – prywatyzacja przez likwidację przedsiębiorstwa państwowego (określana była mianem prywatyzacji likwidacyjnej lub bezpośredniej).

Prywatyzacja przez likwidację przedsiębiorstwa powodowała konieczność wcześniejszego uregulowania problemów majątkowych przedsiębiorstw państwowych, przede wszystkim praw, jakie przedsiębiorstwom przysługiwały w stosunku do nieruchomości. Uwłaszczenie przedsiębiorstw dokonane zostało przepisami ustawy z dnia 29 września 1990 r. o zmianie ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości¹⁴. Przewidywały one, że grunty stanowiące własność Skarbu Państwa lub własność gminy, będące w dniu 5 grudnia 1990 r. w zarządzie państwowych osób prawnych innych niż Skarb Państwa, stają się z tym dniem z mocy prawa przedmiotem użytkowania wieczystego, zaś budynki i inne urządzenia oraz lokale znajdujące się na tych gruntach, stają się z tym dniem z mocy prawa własnością tych osób. Nabycie własności następowało odpłatnie, jeżeli obiekty te nie były wybudowane lub nabyte ze środków własnych tych osób prawnych lub ich poprzedników. Nabycie wspomnianych praw stwierdzano decyzją wojewody w odniesieniu do nieruchomości stanowiących własność Skarbu Państwa lub decyzją zarządu gminy w odniesieniu do nieruchomości stanowiących własność gminy.

Celem rozwiązań zawartych we wspomnianych przepisach było dostosowanie stanu prawnego majątku nieruchomego będącego w zarządzie państwowych osób prawnych do zmienionych uregulowań odnoszących się do prawa

¹³ Por. T Kocowski, op. cit.

¹⁴ Dz.U. Nr 79, poz. 464 ze zm.

własności¹⁵, naruszających dominującą dotychczas zasadę jedności własności państwowej. Regulacje te umożliwiały przeprowadzanie procesu prywatyzacji przedsiębiorstw w pełnym zakresie. W praktyce proces uwłaszczenia przedsiębiorstw państwowych był bardzo trudny do przeprowadzenia z formalnego punktu widzenia¹⁶. Ponadto ustawa prywatyzacyjna uchwalona została przed przepisami regulującymi sytuację prawną nieruchomości posiadanych przez przedsiębiorstwa.

Podstawowym podmiotem gospodarującym poddanym procesom transformacji organizacyjno-własnościowej było przedsiębiorstwo państwowe i starano się maksymalnie ten proces przyspieszać¹⁷. Jednym z przewidzianych przez przepisy etapów procesu transformacji była komercjalizacja. Termin „komercjalizacja” od dawna związany był z przedsiębiorstwem państwowym, a dodatkowo – w odmiennym od dzisiejszego znaczenia – użyty został w przepisach pierwszego aktu prawnego regulującego w sposób generalny sytuację przedsiębiorstwa państwowego, mianowicie przepisach rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 17 marca 1927 r. o wydzielaniu z administracji państwowej przedsiębiorstw państwowych, przemysłowych, handlowych i górniczych oraz o ich komercjalizacji¹⁸. Przepisy te pozwalały na wyodrębnienie przedsiębiorstw z budżetu państwa, upodobnienie zasad ich działalności do zasad działania przedsiębiorstw prywatnych, tak by doprowadzić do ich rentowności¹⁹. W miejsce metody finansowania przedsiębiorstw brutto – co miało dotąd miejsce – zaproponowano powiązanie z budżetem na zasadach netto, tj. z wynikiem ich działalności. Wyodrębnienie z budżetu połączone zostało z oryginalną jak na owe czasy zasadą racjonalizacji i gospodarności przedsię-

¹⁵ Por. E. Drozd, Z. Truszkiewicz, *Gospodarka gruntami i wywłaszczane nieruchomości. Komentarz*, Poznań–Kluczbork 1994, s. 211; zob. też S. Lausch-Bentkowski, „Mała reforma prawa cywilnego” i problemy własności, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1990, z. 7/8.

¹⁶ W większości przypadków przedsiębiorstwa państwowe nie dysponowały aktualną dokumentacją określającą sytuację prawną nieruchomości. Nieruchomości gruntowe bardzo rzadko posiadały utworzone księgi wieczyste. Konieczność uwłaszczenia niewątpliwie spowodowała proces prywatyzacji likwidacyjnej (nie była warunkiem koniecznym komercjalizacji przedsiębiorstwa). Szerzej na ten temat: E. Gniewek, *O przekształceniach prawa do nieruchomości państwowych osób prawnych*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 12; J. Frąckowiak, *Majątek przedsiębiorstwa państwowego ze szczególnym uwzględnieniem praw do nieruchomości wchodzących w jego skład*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 4.

¹⁷ Zgodnie z przepisem art. 5 i 6 ustawy z dnia 12 maja 2006 r. o zmianie ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji oraz o zmianie innych ustaw, minister właściwy do spraw Skarbu Państwa miał w terminie do dnia 30 czerwca 2007 r. dokonać komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych działających na podstawie przepisów ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, dla których minister właściwy do spraw Skarbu Państwa jest organem założycielskim, zaś organy założycielskie, inne niż minister właściwy do spraw Skarbu Państwa, są obowiązane złożyć ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa wnioski o dokonanie komercjalizacji tych przedsiębiorstw (Dz.U. Nr 107, poz. 721).

¹⁸ Dz.U. RP Nr 25, poz. 195

¹⁹ Dz.U. RP Nr 25, poz. 195 ze zm. oraz M. Bank, *O pojęciu interesu przedsiębiorstwa skomercjalizowanego w Polsce międzywojennej*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 8, s. 64 i nast.

biorstw²⁰, a w istocie oparto tę działalność na zysku, gdyż co najmniej 50% czystego zysku miało być przekazane Skarbowi Państwa, co zostało nazwane komercjalizacją²¹. Wyodrębnienie powiązano z nadaniem przedsiębiorstwom osobowości prawnej, wyposażeniem we własny majątek²², którym odpowiadały za swe zobowiązania. Odpowiedzialność Skarbu Państwa za ich zobowiązania ograniczona była do wysokości majątku nieruchomego, znajdującego się w użytkowaniu i zarządzie przedsiębiorstwa. Jak wskazano, rozwiązania te stanowiły ciekawą i oryginalną koncepcję łączenia struktur publicznych ze strukturami i zasadami typowymi dla prawa handlowego²³.

Komercjalizacja, o której mowa w ustawie o komercjalizacji i prywatyzacji, oznacza zupełnie inną jakość – jest to bowiem przekształcenie przedsiębiorstwa państwowego w jednoosobową spółkę kapitałową Skarbu Państwa. Idzie więc o zmianę formy organizacyjno-prawnej wykonywanej działalności gospodarczej. Przedsiębiorstwa państwowe, w szczególności te, które działały po roku 1989, były nawet bardziej „skomercjalizowane” w rozumieniu przepisów rozporządzenia przedwojennego²⁴. Zasada samofinansowania, obecna w przepisach ustawy o przedsiębiorstwach państwowych, w istocie oznaczała oparcie działalności przedsiębiorstwa o zysk, choć formalnie termin ten nie był obecny w jej przepisach, zaś powoływanie i odwoływanie dyrektora nie było uzależnione od dyskrecjonalnej decyzji organów administracji. Zaś jego personalna niezależność doznawała istotnego wzmocnienia w sytuacji, gdy miał on status zarządcy przedsiębiorstwa.

Decyzje podejmowane przez organy założycielskie w procesie tzw. prywatyzacji bezpośredniej, dotyczące likwidacji przedsiębiorstw państwowych, były przejawem kształtowania nowej roli, jaką odgrywać miały organy administracji gospodarczej w regulowaniu procesów gospodarczych, a także poszukiwania odpowiednich do zmienionej roli tych organów form ich działania. Państwo, konstruowane i postrzegane dotychczas przede wszystkim jako podmiot władzy, w realizowanych przekształceniach miało występować w roli

²⁰ Zob. B. Helczyński, *Komercjalizacja przedsiębiorstw państwowych na tle polskich przepisów prawnych*, Warszawa 1929, s. 14 i nast.; S.Z. Szyszkowski, *Zagadnienia komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych*, Warszawa 1930, s. 11 i nast.;

²¹ Zgodnie z przepisem art. 8 rozporządzenia, statut wydzielonego przedsiębiorstwa powinien podawać zasady, według których będzie ustalany zysk brutto przedsiębiorstwa.

²² Otrzymywany majątek nie stanowił jednolitej masy – na własność przedsiębiorstwo otrzymywało majątek ruchomy, nieruchomy otrzymywało od Skarbu Państwa jedynie w zarząd i użytkowanie.

²³ Por. N. Gajl, *Zasady systemu finansowego skomercjalizowanych przedsiębiorstw państwowych w Polsce międzywojennej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1958, seria I, z. 9, s. 162 i nast.; C. Kosikowski, *Formy prawno-finansowe przedsiębiorstw państwowych w Polsce międzywojennej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1968, seria I, z. 20, s. 57.

²⁴ Zob. szerzej na ten temat: A. Walaszek-Pyziół, *O istocie komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych*, [w:] H. Olszewski, B. Popowska (red.), *Gospodarka – Administracja – Samorząd*, Poznań 1997, s. 534 i nast.

właściciela²⁵. Czyniono to w nowych warunkach gospodarowania, określonych mianem społecznej gospodarki rynkowej, w których gospodarka polska stanowi część większego organizmu zwanego gospodarką europejską (unijną), a gdzie podstawowym przedsiębiorcą ma być podmiot prywatny. Zaznaczyć wszakże należy, że udział w gospodarce podmiotów opartych o własność państwową, pozostawiony został do uznania państw członkowskich²⁶.

Prywatyzacja bezpośrednia, zwana prywatyzacją likwidacyjną, dotyczyła mienia przedsiębiorstwa państwowego, co wyraźnie wynikało z treści art. 39 ust. 1 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji. Stanowił on, że prywatyzacja bezpośrednia polega na rozporządzeniu wszystkimi składnikami materialnymi i niematerialnymi majątku przedsiębiorstwa państwowego przez sprzedaż przedsiębiorstwa, wniesienie przedsiębiorstwa do spółki lub oddanie przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania. Sprzedawane, wnoszone do spółki lub oddawane do odpłatnego korzystania jest w tej sytuacji przedsiębiorstwo, ale w rozumieniu przepisu art. 55¹ Kodeksu cywilnego. Zgodnie z treścią tego artykułu przedsiębiorstwo stanowiło zespół składników materialnych i niematerialnych, przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, obejmując wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa²⁷. Pojęcie „przedsiębiorstwo” użyte tu więc zostało jednoznacznie w znaczeniu przedmiotowym, a nie podmiotowym.

Wspomniane przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym mogło w sensie własnościowym należeć do przedsiębiorstwa państwowego lub spółki powstałej w wyniku komercjalizacji. Wszakże przepisy ustawy dotyczące tzw. prywatyzacji bezpośredniej odnosiły się do prywatyzacji przedsiębiorstwa należącego (w sensie własnościowym) do przedsiębiorstwa państwowego, a nie jednoosobowej spółki Skarbu Państwa powstałej w wyniku komercjalizacji.

²⁵ Por. T. Kocowski, *Komercjalizacja przedsiębiorstw państwowych a właścicielskie uprawnienia nadzorcze administracji publicznej*, [w:] T. Kocowski, K. Marak (red.), *Zmiany prawodawstwa gospodarczego w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 362, s. 196–211.

²⁶ Art. 345 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej stanowi, że „Traktaty nie przesadzają w niczym zasad prawa własności w Państwach członkowskich”.

²⁷ Zgodnie z przepisem art. 55¹ k.c. Obejmuje ono w szczególności:

- 1) oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa);
- 2) własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości;
- 3) prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych;
- 4) wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne;
- 5) koncesje, licencje i zezwolenia;
- 6) patenty i inne prawa własności przemysłowej;
- 7) majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne;
- 8) tajemnice przedsiębiorstwa;
- 9) księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Fakt zbywania w procesie prywatyzacji przedsiębiorstwa, a nie przedsiębiorstwa państwowego, ustawodawca „zauważył” dopiero w 2002 roku dokonując zmiany tytułu ustawy na ustawę „o komercjalizacji i prywatyzacji”. Dopiero od tej chwili znika z tytułu ustawy określenie podmiotu prawa – przedsiębiorstwa państwowego, które może podlegać procesowi komercjalizacji zaś procesowi prywatyzacji jego majątek²⁸. W rządowym uzasadnieniu projektu zmiany ustawy wskazano, iż zmiana tytułu ustawy wynika z tego, iż dotychczasowy tytuł „nie w pełni odzwierciedla zakres regulacji zawartych w ustawie” oraz, że zmiany wprowadzane w ustawie „obejmują szereg zagadnień związanych z ustrojem jednoosobowych spółek Skarbu Państwa powstałych, na podstawie odrębnych przepisów” niż przepisy samej ustawy²⁹.

W stronę etatyzacji

Na przestrzeni lat komercjalizacja i prywatyzacja stanowiły wiodący kierunek polityki państwa w odniesieniu do przedsiębiorstw państwowych oraz akcji i udziałów Skarbu Państwa. W pierwszej i drugiej dekadzie XXI w. dynamika procesów komercjalizacji i prywatyzacji odnotowała wszakże pewne spowolnienie. Warto zaznaczyć, że mocą ustawy z dnia 12 maja 2006 r. o zmianie ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji oraz o zmianie innych ustaw³⁰ ustawodawca podjął próbę doprowadzenia do (prawie) zupełnego „domknięcia” procesu komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych, nakazując ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa dokonanie (w terminie do 30 czerwca 2007 r.) komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych działających na podstawie przepisów ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych – w odniesieniu do przedsiębiorstw, dla których minister ten jest organem założycielskim. Organy założycielskie inne niż minister właściwy do spraw Skarbu Państwa zobowiązano natomiast do złożenia ministrowi wniosków o dokonanie komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych w tożsamym terminie (do 30 czerwca 2007 r.). Nakazy te nie zostały jednak w pełni zrealizowane – do dzisiaj funkcjonuje nieznaczna liczba przedsiębiorstw państwowych. Według stanu na dzień 31 marca 2021 r. liczba działających przedsiębiorstw państwowych wynosi 23, przy czym dwa z nich znajdują się w likwidacji, a dwa – w upadłości³¹.

²⁸ Zobacz na ten temat, T. Kocowski, *Zmiany w przepisach ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2003, z. 3, s. 8–9; M. Szydło, *Prywatyzacja spółek Skarbu Państwa. Uwagi de lege ferenda*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2008, z. 6, s. 17.

²⁹ Z uzasadnienia rządowego projektu ustawy.

³⁰ Dz.U. Nr 107, poz. 721.

³¹ <https://dane.gov.pl/pl/dataset/1101,wyzkaz-przedsiębiorstw-państwowych>.

Reorientacja kierunku polityki państwa wobec zagadnień majątkowych stała się wyraźnie dostrzegalna, poczynając od roku 2015. Obecność majątku państwowego w gospodarce przestano postrzegać jako „zło konieczne”, wymagające stopniowej redukcji w rezultacie (przede wszystkim) procesu prywatyzacji. Ucieleśnieniem nowego podejścia do powyższych kwestii stała się ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym³², której celem było stworzenie spójnego, efektywnego systemu zarządzania mieniem państwowym, mającego zastąpić dotychczasowy – jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy – „brak jednolitego podejścia systemowego”, w którym „wykonywanie praw w stosunku do mienia państwowego, w tym akcji należących do Skarbu Państwa oraz do państwowych osób prawnych, realizowane jest przez znaczną liczbę organów i podmiotów, bez zorganizowanej koordynacji polityki państwa w zakresie zarządzania mieniem państwowym”³³.

Szczególnie doniosłe zmiany wprowadzone przez nową ustawę objęły kwestię zbywania akcji i udziałów przysługujących Skarbowi Państwa. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że jednym z założeń ustawy jest „zmiana filozofii w zakresie zbywania akcji i udziałów Skarbu Państwa, która staje się jednym z elementów gospodarowania tym mieniem państwowym, a nie głównym procesem w tym zakresie”³⁴. Uznano zatem, że obowiązujący dotychczas imperatyw pomniejszania zasobu akcji i udziałów Skarbu Państwa, poprzez przekazywanie je w ręce prywatne, przestanie obowiązywać. Postanowiono ponadto wyeliminować obecne dotychczas w terminologii ustawowej pojęcie „prywatyzacji”, kojarzone nie tylko z procesem zbywania akcji i udziałów (lub innego rodzaju majątku), lecz w szerszej perspektywie – również z kierunkiem zmian ustroju gospodarczego, ideą uszczuplania majątku państwowego. Zgodnie z art. 14 pkt 1, 21 i 25 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. Przepisy wprowadzające ustawę o zasadach zarządzania mieniem państwowym³⁵, tytuł ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji zmieniono na „ustawa o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników”, tytuł działu IV „Prywatyzacja pośrednia” zmieniono na „Uprawnienia pracowników do nabywania akcji”, a dział V „Prywatyzacja bezpośrednia” w całości uchylono. Zmiany te korespondowały z wyrażonym w uzasadnieniu projektu ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym stanowiskiem, zgodnie z którym prywatyzacja „nie może być głównym celem Państwa, które powinno w sposób odpowiedzialny tworzyć fundament dla budowania i stałego wzrostu wartości polskiego kapitału”³⁶.

³² Dz.U. z 2020 r., poz. 735.

³³ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym, druk sejmowy nr 1053, Sejm VIII kadencji, s. 2–3.

³⁴ Ibidem, s. 11.

³⁵ Dz.U. poz. 2260 ze zm.

³⁶ Uzasadnienie rządowego projektu..., s. 1.

Zmiana ideowego podejścia do zbywania majątku państwowego, w szczególności zaś zbywania akcji i udziałów Skarbu Państwa, nie oznaczała oczywiście, że zbywanie to w zupełności przestanie mieć miejsce. W ustawie o zasadach zarządzania mieniem państwowym wprowadzono nowe regulacje dotyczące zbywania akcji i udziałów należących do Skarbu Państwa, w wielu aspektach odmienne od dotychczasowych unormowań zawartych w ustawie o komercjalizacji i prywatyzacji (ustawie o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników). Szczególnego podkreślenia wymaga, że art. 11 ust. 2 ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym wprowadził ogólną zasadę, zgodnie z którą zbycie akcji³⁷ lub praw z akcji należących do Skarbu Państwa wymaga zgody Rady Ministrów, przy czym w art. 11 ust. 3 określono pewne wyjątki od tej zasady. Wskazana zasada wyraźnie odzwierciedla zaznaczone w uzasadnieniu projektu ustawy dążenie do zwiększenia stopnia skoordynowania w zarządzaniu mieniem państwowym. Należy zaznaczyć, że nowo wprowadzone unormowania odwróciły dotychczas obowiązujący mechanizm wyrażania przez Radę Ministrów zgody na zbycie akcji. Według niegdyśszego art. 33 ust. 3 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji zgoda Rady Ministrów na zbycie akcji była wymagana tylko wyjątkowo – gdy zbycie miało nastąpić w trybie innym niż dziewięć trybów wskazanych w art. 33 ust. 1 i gdy nie wystąpiły przesłanki określone w art. 33 ust. 5.

Warto dodać, że w ustawie o zasadach zarządzania mieniem państwowym ustawodawca odstąpił od określenia możliwych do zastosowania trybów zbycia akcji (praw z akcji) należących do Skarbu Państwa – zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy podmiot uprawniony do wykonywania praw z akcji należących do Skarbu Państwa, występując do Rady Ministrów z wnioskiem o zgodę na zbycie akcji (praw z akcji), wskazuje opis procedury wylaniania nabywcy, w tym proponowany tryb zbycia (w pierwotnym brzmieniu ustawy podmiot był obowiązany dołączyć do wniosku dokumenty określające m.in. proponowany tryb zbycia, w tym opis procedury wylaniania nabywcy). Według Łukasza Węgrzynowskiego³⁸ brak wskazania w ustawie trybów zbywania akcji (praw z akcji) przez Skarb Państwa budzi wątpliwości w kontekście art. 216 ust. 2 Konstytucji RP, który stanowi, że „nabywanie, zbywanie i obciążanie nieruchomości, udziałów lub akcji oraz emisja papierów wartościowych przez Skarb Państwa, Narodowy Bank Polski lub inne państwowe osoby prawne następuje na zasadach i w trybie określonych w ustawie”. Odmienne stanowisko zajmuje Paweł Durzyński, według którego „konstytucyjnego nakazu regulacji trybu zbywania akcji nie należy rozumieć jako konieczności wskazania konkretnych trybów, w jakich ma następować zbywanie akcji lub udziałów przez Skarb Państwa lub państwowe osoby prawne, ale bardziej ogólnie jako wyzna-

³⁷ W myśl definicji zawartej w art. 2 pkt 2 ustawy termin „akcje” obejmuje również udziały.

³⁸ Ł. Węgrzynowski, *Ustawa o zasadach zarządzania mieniem państwowym oraz przepisy wprowadzające. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 116–118.

czenie ram proceduralnych, które zostały bezsprzecznie określone”³⁹. Wydaje się, że odstępianie od enumeratywnego wyliczenia trybów zbywania akcji stanowiło wyraz ujętego w uzasadnieniu projektu ustawy „zbliżenia modelu zbywania akcji (udziałów) należących do Skarbu Państwa do standardów rynkowych”⁴⁰.

O ile zmiany ustawodawcze wprowadzone w roku 2016 miały na celu symboliczne, ale też – normatywne, zakończenie procesu prywatyzacji, rozumianej jako planowe i systematyczne pomniejszanie majątku Skarbu Państwa (w szczególności – udziałów i akcji), a także stworzenie jednolitego systemu zarządzania mieniem państwowym, o tyle w 2019 r. ustawodawca wprowadził unormowania, stanowiące odzwierciedlenie przyjęcia „ofensywnego” kierunku działań państwa co do powiększania zasobu akcji i udziałów przysługujących Skarbowi Państwa. Ustawa z dnia 21 lutego 2019 r. o zmianie ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym oraz niektórych innych ustaw⁴¹ wprowadziła do ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym m.in. przepisy art. 9a i art. 9b, które dotyczą nabywania i obejmowania akcji przez Skarb Państwa. W obu przepisach określono przede wszystkim przesłanki warunkujące dopuszczalność nabycia lub objęcia akcji przez Skarb Państwa. Ponadto w art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym wskazano, że Prezes Rady Ministrów jest właściwy w zakresie składania w imieniu Skarbu Państwa oświadczenia woli o nabyciu akcji⁴². Wprowadzenie do ustawy powołanych unormowań miało na celu przecięcie wątpliwości dotyczących organu, który w imieniu Skarbu Państwa jest uprawniony do nabycia akcji, a także okoliczności, w których nabycie to może nastąpić – dotychczas obowiązujące przepisy nie odnosiły się bowiem w sposób wyraźny do tych kwestii⁴³. Co istotne, treść nowo wprowadzonych art. 9a i 9b ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym sprawia, że prawna dopuszczalność nabycia i objęcia akcji przez Skarb Państwa ma nad wyraz rozległe ramy. Zgodnie z art. 9a ust. 1 pkt 1 oraz art. 9b ust. 1 pkt 1, Skarb Państwa może nabywać i obejmować akcje w celu „realizacji polityki społecznej lub gospodarczej państwa” – jak zaznacza Beata Chłodzińska, jest to sformułowanie „tak ogólne, nieprecyzyjne i pojemne, że mieści w sobie niezwykle szeroki katalog powodów usprawiedliwiających nabycie przez Skarb Państwa akcji lub udziałów”⁴⁴. Nie

³⁹ P. Durzyński, *Komentarz do art. 11*, [w:] F. Grzegorzczak, M. Wierzbowski (red.), *Ustawa o zasadach zarządzania mieniem państwowym. Komentarz*, Warszawa 2020.

⁴⁰ Uzasadnienie rządowego projektu..., s. 2–3.

⁴¹ Dz.U. poz. 492.

⁴² Mocą ustawy z dnia 23 stycznia 2020 r. o zmianie ustawy o działach administracji rządowej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 284) organem właściwym w zakresie składania w imieniu Skarbu Państwa oświadczenia woli o utworzeniu spółki, przystąpieniu do spółki, nabyciu lub objęciu akcji stał się minister właściwy do spraw aktywów państwowych.

⁴³ A. Daszkiewicz, *Zasady zarządzania mieniem państwowym. Komentarz*, Warszawa 2020.

⁴⁴ B. Chłodzińska, *Komentarz do art. 9a i 9b*, [w:] F. Grzegorzczak, M. Wierzbowski (red.), op. cit.

budzi zatem wątpliwości, że unormowania przyjęte w 2019 r. upoważniły Skarb Państwa do nabywania i obejmowania akcji w sposób niezwykle szeroki.

Nowelizacja ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym dokonana w 2019 r. wprowadziła jeszcze jedną znamionną zmianę, stanowiącą wyraźne odzwierciedlenie „ofensywnego” kierunku polityki państwa co do akcji i udziałów Skarbu Państwa. Do ustawy dodano rozdział 5a zatytułowany „Fundusz Inwestycji Kapitałowych”. Nowo utworzony Fundusz Inwestycji Kapitałowych jest państwowym funduszem celowym. Zgodnie z art. 33b ust. 1 ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym przychodami Funduszu są m.in. wpłaty z zysku jednoosobowych spółek Skarbu Państwa, środki w wysokości 30% każdej wypłaconej dywidendy z akcji należących do Skarbu Państwa, a także dotacje celowe z budżetu państwa. Art. 33c ust. 1 pkt 1 stanowi, że środki Funduszu przeznacza się przede wszystkim na nabywanie lub obejmowanie akcji przez Skarb Państwa. Nie ulega wątpliwości, że utworzenie Funduszu Inwestycji Kapitałowych służy stworzeniu finansowych możliwości i struktur zwiększania zasobu akcji należących do Skarbu Państwa. W uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym oraz niektórych innych ustaw wprost wskazano, że środki Funduszu „będą mogły zostać przeznaczone na nowe inwestycje, w związku z czym będzie miał on charakter proinwestycyjny”, a ponadto Fundusz „będzie stanowił ustawowy mechanizm umożliwiający pomnażanie majątku państwowego”⁴⁵.

Przedstawione powyżej unormowania odnoszą się do nabywania akcji przez Skarb Państwa. Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że powiększanie zasobu akcji należących do szeroko rozumianego majątku państwowego na przestrzeni ostatnich lat odbywa się również z udziałem osób prawnych innych niż Skarb Państwa. Rzecz dotyczy przede wszystkim spółek z wyłącznym lub dominującym udziałem Skarbu Państwa lub innych państwowych osób prawnych. Warto zaznaczyć, że w myśl art. 3 ust. 3 pkt 2 ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym spółka z wyłącznym udziałem Skarbu Państwa lub innych państwowych osób prawnych jest państwową osobą prawną, jednak zgodnie z art. 3 ust. 4 przepisów ustawy dotyczących państwowych osób prawnych co do zasady nie stosuje się do spółek.

Spółką, która w ostatnim czasie w istotnym stopniu uczestniczy w powiększaniu zasobu akcji należących do szeroko rozumianego majątku państwowego, jest Polski Fundusz Rozwoju Spółka Akcyjna. Spółka ta została zawiązana w 2012 r. pod firmą Polskie Inwestycje Rozwojowe Spółka Akcyjna, od 2016 r. działa natomiast pod firmą Polski Fundusz Rozwoju Spółka Akcyjna⁴⁶.

⁴⁵ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3053, Sejm VIII kadencji, s. 2–3.

⁴⁶ Informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla spółki Polski Fundusz Rozwoju Spółka Akcyjna, numer KRS: 0000466256.

Wyłącznymi akcjonariuszami spółki są Skarb Państwa (99,697% akcji) oraz Bank Gospodarstwa Krajowego (0,303% akcji)⁴⁷. Funkcjonowanie Polskiego Funduszu Rozwoju jest obecnie regulowane w zasadniczym stopniu ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. o systemie instytucji rozwoju⁴⁸. Zgodnie z art. 11 ust. 1a pkt 1 tej ustawy, działalność Polskiego Funduszu Rozwoju polega m.in. na obejmowaniu lub nabywaniu udziałów, akcji, warrantów subskrypcyjnych lub obligacji oraz przystępowaniu do spółek osobowych. Polski Fundusz Rozwoju – wraz z Powszechnym Zakładem Ubezpieczeń Spółką Akcyjną (kontrolowaną przez Skarb Państwa⁴⁹) – w 2017 r. nabyły od włoskiego UniCredit pakiet kontrolny akcji w Banku Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna, doprowadzając do „przejęcia” tego banku przez państwo. Do Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń S.A. należy obecnie 20% akcji, do Polskiego Funduszu Rozwoju – 12,8% akcji w Banku Polska Kasa Opieki S.A.⁵⁰ Inną transakcją z udziałem Polskiego Funduszu Rozwoju było pośrednie nabycie w 2018 r. od funduszu Mid Europa Partners 99,77% akcji w Polskich Kolejach Linowych Spółka Akcyjna, w rezultacie czego również ta spółka została objęta szeroko rozumianym majątkiem państwowym⁵¹.

Polski Fundusz Rozwoju nie jest wszelako jedyną spółką z wyłącznym lub dominującym udziałem państwa, z wykorzystaniem której szeroko rozumiany majątek państwowy (zasób akcji) ulega powiększaniu. Na przestrzeni ostatnich lat następuje nabywanie hoteli (w różnych formach prawnych) przez Polski Holding Hotelowy spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, w której wyłącznym udziałowcem jest Skarb Państwa⁵². Szeroko komentowane było także nabycie przez Polski Koncern Naftowy Orlen Spółkę Akcyjną wszystkich udziałów w Polska Press spółce z ograniczoną odpowiedzialnością od austriackiej spółki HKM Beteiligungs GmbH. Polski Koncern Naftowy Orlen S.A. jest kontrolowany przez Skarb Państwa, do którego należy 27,52% akcji w spółce⁵³.

⁴⁷ Dane za okres 1 stycznia 2020 r. – 31 grudnia 2020 r., za: *Jednostkowy raport roczny PFR S.A. za rok 2020*, Warszawa 2021, s. 130.

⁴⁸ Dz.U. z 2021 r., poz. 1010.

⁴⁹ Do Skarbu Państwa należy 34,1875% akcji w Powszechnym Zakładzie Ubezpieczeń Spółka Akcyjna, za: <https://www.pzu.pl/relacje-inwestorskie/akcje-i-obligacje/struktura-akcjonariatu>.

⁵⁰ <https://www.pekao.com.pl/relacje-inwestorskie/akcje/akcjonariat.html>

⁵¹ <https://www.pk1.pl/post/komunikat-zarzadu-polskich-kolei-linowych-dot-zmian-w-akcjonariacie-spolki.html>

⁵² Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla spółki Polski Holding Hotelowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, numer KRS: 0000047774.

⁵³ <https://www.orken.pl/PL/RelacjeInwestorskie/Gielda/StrukturaAkcjonariatu/Strony/default.aspx>.

Podsumowanie

Na przestrzeni ostatnich ponad trzydziestu lat kierunek polityki państwa w odniesieniu do szeroko rozumianego majątku państwowego w gospodarce ulegał daleko idącym zmianom. O ile w początkowych latach istnienia III Rzeczypospolitej na szeroką skalę prowadzono politykę prywatyzacji, o tyle od 2015 r. wyraźnie dostrzegalny jest kierunek odwrotny – etatyzacji, zmierzającej do poszerzania majątku państwowego. Co istotne, etatyzacja nie dotyczy jedynie tych podmiotów i dziedzin gospodarki, które uprzednio podlegały intensywnemu oddziaływaniu prywatyzacji – według Tomasza Pruska „o ile odkupienie sprywatyzowanej wcześniej firmy można uznać za rodzaj przyznania się do błędu i naprawienie go po latach, o tyle wyciągnięcie ręki po spółkę prywatną »od zawsze« jest dowodem na kompletną zmianę paradygmatu gospodarczego”⁵⁴. Zmiana paradygmatu gospodarczego – odejście od prywatyzacji na rzecz etatyzacji – dokonuje się w ramach prawnych wyznaczanych przez ewoluujące ustawodawstwo, w obrębie którego najbardziej znamienym odzwierciedleniem zmiany jest ustawa o zasadach zarządzania mieniem państwowym uchwalona w 2016 r. wraz z jej nowelizacją z 2019 r.

Niezmienione pozostają natomiast przepisy Konstytucji RP, odnoszące się w pewnym zakresie do zagadnień majątkowych. Według Ł. Węgrzynowskiego „idea »pomnażanie majątku państwowego« jest założeniem kontrowersyjnym, które rodzi zastrzeżenia natury konstytucyjnej”⁵⁵. Analizując zagadnienie etatyzacji oraz jej ram prawnych w kontekście zgodności z Konstytucją RP, należy odnieść się do aspektu zarówno formalnego, jak i materialnego. W płaszczyźnie formalnej wypada stwierdzić, że nakaz określenia w ustawie zasad i trybów nabywania udziałów lub akcji przez Skarb Państwa i inne państwowe osoby prawne, wynikający z art. 216 ust. 2 Konstytucji RP, z pewnością nie został naruszony. Z perspektywy materialnej właściwym wzorcem kontroli jest art. 20 Konstytucji RP, który wśród filarów społecznej gospodarki rynkowej ujmuje własność prywatną. Jak zaznacza się w literaturze, art. 20 Konstytucji RP jest źródłem obowiązku ustawodawcy przyjmowania takich regulacji, które zagwarantują dominację własności prywatnej w systemie gospodarczym państwa⁵⁶. Niekiedy podkreśla się nawet, że z art. 20 Konstytucji RP wynika nakaz prowadzenia polityki prywatyzacyjnej wraz z zakazem

⁵⁴ T. Prusek, *Od prywatyzacji do nacjonalizacji. Kolejny kryzys zmusi państwo do ponownego wycofania się z gospodarki?*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 20 grudnia 2019 r., s. A10.

⁵⁵ Ł. Węgrzynowski, op. cit., s. 195-196.

⁵⁶ Zob. m.in. L. Kieres, *Spółeczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 372, s. 190; L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 525.

nacjonalizacji gałęzi gospodarki⁵⁷. Nie ulega wątpliwości, że dalsze poszerzanie majątku państwowego, również w dziedzinach gospodarki stanowiących tradycyjnie sferę niepodzielnego panowania majątku prywatnego, może doprowadzić do zaburzenia dominacji własności prywatnej w ustroju gospodarczym Rzeczypospolitej Polskiej. W świetle przedstawionych powyżej stanowisk i okoliczności wypada stwierdzić, że zaburzenie dominacji własności prywatnej – następujące w rezultacie przyjmowania i aplikowania relewantnych unormowań rangi ustawowej – skutkować może zatem naruszeniem art. 20 Konstytucji RP.

Wykaz literatury

- Balcerowicz L., *Socjalizm, kapitalizm, transformacja. Szkice z przełomu epok*, PWN, Warszawa 1997.
- Bank M., *O pojęciu interesu przedsiębiorstwa skomercjalizowanego w Polsce międzywojennej*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 8.
- Chłodzińska B., *Komentarz do art. 9a i 9b*, [w:] F. Grzegorzcyk, M. Wierzbowski (red.), *Ustawa o zasadach zarządzania mieniem państwowym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Daszkiewicz A., *Zasady zarządzania mieniem państwowym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Dmowski S., Rudnicki S., *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, LexisNexis, Warszawa 2007.
- Drozd E., Truszkiewicz Z., *Gospodarka gruntami i wywłaszczane nieruchomości. Komentarz*, Wyd. Stowarzyszenia Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej, Poznań–Kłuczbork 1994.
- Durzyński P., *Komentarz do art. 11*, [w:] F. Grzegorzcyk, M. Wierzbowski (red.), *Ustawa o zasadach zarządzania mieniem państwowym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Frąckowiak J., *Majątek przedsiębiorstwa państwowego ze szczególnym uwzględnieniem praw do nieruchomości wchodzących w jego skład*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 4.
- Gajl N., *Zasady systemu finansowego skomercjalizowanych przedsiębiorstw państwowych w Polsce międzywojennej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1958, seria I, z. 9.
- Garlicki L., Zubik M. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2016.
- Gniewek E., *O przekształceniach prawa do nieruchomości państwowych osób prawnych*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 12.
- Helczyński B., *Komercjalizacja przedsiębiorstw państwowych na tle polskich przepisów prawnych*, Warszawa 1929.
- Kieres L., *Spółeczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 372.

⁵⁷ S. Oliwniak, *Zasada społecznej gospodarki rynkowej w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w latach 1998–2006*, [w:] S. Oliwniak (red.), *Ekonomiczne aspekty państwa demokratycznego*, Białystok 2007, s. 24.

- Kocowski T., *Komercjalizacja przedsiębiorstw państwowych a właścicielskie uprawnienia nadzorcze administracji publicznej*, [w:] T. Kocowski, K. Marak (red.), *Zmiany prawodawstwa gospodarczego w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu”, nr 362, Wrocław 2014.
- Kocowski T., *Spółki podmiotów własności społecznej (przedsiębiorstwa wspólne i mieszane)*, [w:] J. Frąckowiak, L. Kieres (red.), *Tworzenie i funkcjonowanie spółek. Zagadnienia cywilnoprawne i administracyjnoprawne*, PWN, Warszawa–Wrocław 1990.
- Kocowski T., *Zmiany w przepisach ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2003, z. 3.
- Kosikowski C., *Formy prawno-finansowe przedsiębiorstw państwowych w Polsce międzywojennej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1968, seria I, z. 20.
- Lausch-Bentkowski S., „Mała reforma prawa cywilnego” i problemy własności, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1990, z. 7/8.
- Oliwniak S., *Zasada społecznej gospodarki rynkowej w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w latach 1998-2006*, [w:] S. Oliwniak (red.), *Ekonomiczne aspekty państwa demokratycznego*, Wyd. WSE, Białystok 2007.
- Program gospodarczy. Główne założenia i kierunki, Warszawa 1989.
- Prusek T., *Od prywatyzacji do nacjonalizacji. Kolejny kryzys zmusi państwo do ponownego wycofania się z gospodarki?*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 20 grudnia 2019 r.
- Przesławska G., *Różnice w rozumieniu pojęcia „społeczna gospodarka rynkowa w Polsce”*, [w:] U. Kalina-Prasznica (red.), *Regulowana gospodarka rynkowa*, Oficyna Ekonomiczna, Kraków 2003.
- Szydło M., *Prywatyzacja spółek Skarbu Państwa. Uwagi de lege ferenda*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2008, z. 6.
- Szyszkowski S.Z., *Zagadnienia komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych*, Warszawa 1930.
- Walaszek-Pyziół A., *O istocie komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych*, [w:] H. Olszewski, B. Popowska (red.), *Gospodarka – Administracja – Samorząd*, Wyd. Printer, Poznań 1997.
- Węgrzynowski Ł., *Ustawa o zasadach zarządzania mieniem państwowym oraz przepisy wprowadzające. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.

Summary

Etatization as a remedy for privatization

Keywords: economic law, privatization, etatization, State Treasury, state enterprise, state property.

During the three decades of the existence of the Third Republic of Poland, the state policy on state property in the sphere of the economy has undergone significant changes. After the political and economic transformation, commercialization and privatization processes were carried out on a large scale, as a result of which state enterprises changed their legal form and were transferred (to a large extent) to private entities. Since 2015, the legislator and

state authorities have pursued a policy of etatization, as a result of which private entities are taken over by the State Treasury and other legal entities under state control. The aim of the article „Etatization as a remedy for privatization” is to present the legal regulations based on which privatization was once carried out, and now – etatization is being carried out. The article states that the change in the direction of state policy state property in the sphere of the economy has been reflected in legislation. The provisions of the Constitution of the Republic of Poland remain unchanged, however, further expansion of state property may disturb the domination of private property in the economic system of the Republic of Poland. This would be a violation of article 20 of the Constitution of the Republic of Poland, which includes private property as one of the foundations of the economic system of the Republic of Poland (pillars of the social market economy).

Ewaryst Kowalczyk

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID: 0000-0002-9927-0574

e.kowalczyk@wpa.uz.zgora.pl

Koncepcja normatywna warunków zamówienia publicznego

Wprowadzenie

Obowiązująca od 1 stycznia 2021 r. ustawa Prawo zamówień publicznych¹ wprowadziła do języka prawnego definicję „warunków zamówienia”. Fakt ten zasługuje na podkreślenie chociażby z tego względu, że począwszy od 1994 r. do tej pory w obowiązujących przepisach dotyczących zamówień publicznych pojęcie to nie było przedmiotem definicji legalnej, choć problematyka warunków związanych z ubieganiem się o zamówienia publiczne od zawsze obecna była w systemie zamówień publicznych. Okoliczność ta skłania do stawiania pytań o sposób ujęcia tej figury prawnej w regulacjach, a także wynikające z tego znaczenie i funkcje warunków zamówienia w procesie udzielania zamówień. Odpowiedź na tak zakreślone kwestie pozwoli w efekcie rozstrzygnąć, czy instytucja warunków zamówienia przedstawia się jako spójna koncepcja normatywna w świetle obowiązujących prawa.

Pojęcie warunków zamówienia w ustawie Prawo zamówień publicznych

Ustawowe rozumienie warunków zamówienia obejmuje warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego².

¹ Dz.U. z 2019 r., poz. 2019, dalej jako p.z.p.

² Art. 7 pkt 29 p.z.p.

Oznacza to, że pojęcie warunków zamówienia jest w istocie pojęciem rodzajowym, gdyż obejmuje wiele postaci warunków; otwartym, ponieważ może obejmować inne, niewymienione w definicji postaci warunków, a także kompleksowym, gdyż odnosi się do całokształtu wymagań stawianych do spełnienia wykonawcom ubiegającym się o zamówienia publiczne.

Warto także dostrzec, że pojęcie warunków zamówienia stanowi element innych kluczowych pojęć stosowanych w p.z.p., które równocześnie kształtują normatywną koncepcję tej konstrukcji. Na przykład z p.z.p. wynika, że warunki zamówienia są ustaloną przez zamawiającego podstawą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego³ oraz że warunki zamówienia są określane lub opisywane w dokumentach zamówienia⁴.

Należałoby więc przyjąć, że pojęcie warunków zamówienia obejmuje szereg różnorodnych postanowień odnoszących się do oczekiwanego sposobu postępowania uczestników postępowania o zamówienia publiczne, a w konsekwencji także samego zamawiającego. Mają one charakter wymagań kwalifikujących, ponieważ ich spełnienie lub niespełnienie kształtuje położenie prawne podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Warunków zamówienia nie należy jednakże traktować jako warunków w rozumieniu art. 89 Kodeksu cywilnego, czyli jako zdarzenia przyszłe i niepewne, od których zależy powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej⁵, mimo że warunki zamówienia odnoszą się również do treści przyszłego stosunku prawnego, który wynikać będzie z zawartej umowy o zamówienie publiczne.

Potrzeba konstruowania definicji legalnych określonych pojęć na potrzeby wykładni aktów prawnych wynika zazwyczaj z faktu, że pojęcia te znajdują w przepisach odpowiednio często zastosowanie oraz posiadają znaczącą dla ich przestrzegania treść. Należy zatem dostrzec, że zwrot „warunki zamówienia” znajduje zastosowanie w ustawie Prawo zamówień publicznych jako pojęcie rodzajowe kilka razy, w tym np.

- jako wskazany przedmiot negocjacji lub dialogu⁶;
- jako element pojęcia „pierwotne warunki zamówienia”, o którym mowa w przesłankach zastosowania trybu negocjacje bez ogłoszenia⁷ i zamówienia z wolnej ręki⁸;
- jako element przesłanki zastosowania aukcji elektronicznej⁹;
- jako treść przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy¹⁰;

³ Art. 7 pkt 18 p.z.p.

⁴ Art. 7 pkt 3 p.z.p.

⁵ Por. wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 22 lutego 2007 r., sygn. akt III CSK 308/06.

⁶ Art. 180; art. 279 pkt 2; art. 291 ust. 4 p.z.p.

⁷ Art. 209 ust. 1 pkt 1; art. 301 ust. 1 pkt 2; art. 414 ust. 2 pkt 2 p.z.p.

⁸ Art. 214 ust. 1 pkt 6; art. 305 pkt 2; art. 388 pkt 2d p.z.p.

⁹ Art. 227 ust. 1 p.z.p.; art. 308 ust. 1 p.z.p.; art. 415 p.z.p.

¹⁰ Art. 226 pkt 5 p.z.p.

– jako element warunków udzielania zamówienia wykonawcom na podstawie umowy ramowej¹¹.

W pozostałych przypadkach warunki zamówienia występują w jednej z postaci, wśród których – zgodnie z definicją – wskazać można dwie podstawowe kategorie, tj. warunki dotyczące zamówienia oraz warunki dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia.

Postaci warunków zamówienia

Odnosząc się do samego pojęcia zamówienia, rozumianego jako odpłatna umowa zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług¹², należałoby przyjąć, że warunki dotyczące zamówienia obejmują całe spektrum wymagań kontraktowych, które mogą być wyrażone w opisie przedmiotu zamówienia, projektowanych postanowieniach umownych czy innych wymaganiach związanych z realizacją zamówienia.

Z kolei warunki dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia obejmować mogą szereg wymagań ściśle proceduralnych, jak terminy wykonania określonych czynności, warunki prowadzenia negocjacji czy wymagania dotyczące formy dokumentów lub wniesienia wadium. Do wymagań związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia należałoby także zaliczyć podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania o zamówienie publiczne, warunki udziału w postępowaniu (czyli tzw. warunki podmiotowe związane z określonymi kwalifikacjami, uprawnieniami, właściwościami czy zdolnościami wykonawców) oraz kryteria oceny ofert.

Dwie podstawowe grupy postaci warunków zamówienia wiązać można z dwoma aspektami zdolności podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne, tj. zdolnością do realizacji zamówienia (ang. *capacity to perform the contract*)¹³ oraz zdolnością uczestnictwa w postępowaniu o zamówienie publiczne. Pierwszą utożsamiać można z całokształtem okoliczności prawnych i faktycznych, w których powinien znajdować się określony podmiot, by skutecznie wywiązać się z obowiązków wynikających z umowy o zamówienie publiczne. Druga odnosi się do sprawności w spełnianiu przez wykonawców wymagań proceduralnych obowiązujących w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Specyfiką konstrukcji prawnej warunków zamówienia jest ponadto istnienie ścisłego związku pomiędzy wskazanymi dwiema postaciami warunków.

¹¹ Art. 312 ust. 2; art. 314 p.z.p.

¹² Art. 7 pkt 29 p.z.p.

¹³ Zob. np. motowy 101, art. 33 ust. 5 pkt a 9. Dyrektywa Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE. L 94 z 28 marca 2014 r.).

Przykładem mogą być tu warunki udziału w postępowaniu, która stanowią bez wątpienia istotny wymóg uczestnictwa w procedurze o udzielenie zamówienia. Jednocześnie odnoszą się one do cech i właściwości wykonawców niezbędnych dla prawidłowego wykonania zamówienia w przyszłości. Warunki udziału w postępowaniu mogą bowiem dotyczyć zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej¹⁴. Podobnie przedstawia się kwestia kryteriów oceny ofert, które nie są wyłącznie instrumentem wyboru najkorzystniejszej oferty w trakcie postępowania o zamówienia publiczne, ale służą również ukształtowaniu oraz realizacji przyszłej umowy, która zostanie zawarta z wybranym wykonawcom.

W ramach pojęcia warunków zamówienia można wyróżnić szereg bardziej szczegółowych ich postaci. Jako przykład można wskazać:

- warunki określające legitymacje podmiotów o określonym statusie do ubiegania się o zamówienia publiczne (tzw. zamówienia zastrzeżone);
- warunki podmiotowe, czyli odnoszące się do właściwości wykonawców;
- warunki przedmiotowe;
- warunki proceduralne i warunki formalne (np. dotyczące formalności, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Na uwagę zasługują również wyznaczone przez ustawodawcę związki zachodzące między poszczególnymi postaciami warunków zamówienia. Są one szczególnie widoczne w ramach triady warunków obejmującej wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. Analiza obowiązujących regulacji prawnych wskazuje na to, że określanie wskazanych warunków jest od siebie zależne, a centralna pozycja przypisana jest warunkom związanym z przedmiotem zamówienia. Świadczy o tym chociażby wyartykułowany w przepisach obowiązek określania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia¹⁵ oraz wyznaczania kryteriów oceny ofert związanych z przedmiotem zamówienia¹⁶.

¹⁴ Art. 112 ust. 1 p.z.p.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Art. 241 ust. 1 p.z.p.

Znaczenie warunków zamówienia w kształtowaniu dostępu do zamówień publicznych jako przejawu wolności działalności gospodarczej

Analiza prawnej koncepcji warunków zamówienia wymaga dodatkowo zbadania funkcji tej konstrukcji prawnej w Prawie zamówień publicznych w kontekście problematyki dostępu do zamówień publicznych. Funkcja ta wydaje się *prima facie* oczywista – wszak od normatywnego ukształtowania warunków zamówienia zależy rzeczywisty dostęp wykonawców do rynku zamówień publicznych. Z kolei ich konkretny wyraz w określonym postępowaniu determinuje szanse na uzyskanie konkretnego zamówienia przez ubiegające się o nie podmioty. Jednocześnie rola warunków zamówienia w kształtowaniu dostępu do zamówień publicznych wymaga wnikliwszego spojrzenia, chociażby przez pryzmat zasad zamówień publicznych.

Przypomnieć przy tym warto, że kwestia dostępu do zamówień publicznych jest powszechnie obecna w praktyce prawnej i literaturze¹⁷. Marek Szydło stwierdza, że prawo wykonawców do aktywnego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na różnych jego etapach należy zaliczać do podstawowych zasad (wartości) sprawiedliwego proceduralnie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Prawo do aktywnego uczestnictwa w postępowaniu powinno przejawiać się w tym, że wykonawcom należy przyznać prawną możliwość brania udziału w interesujących ich postępowaniach o zamówienie publiczne wraz z kompetencją do korzystania z różnego rodzaju środków prawnych gwarantujących im skuteczną obronę ich interesów¹⁸. Z kolei w myśl poglądów formułowanych w orzecznictwie dostęp do zamówień obejmuje dostęp do procedur udzielenia zamówień oraz dostęp do rynku zamówień publicznych¹⁹.

W wymiarze europejskim dostęp do zamówień ujawnia się w tym, że wszelkie podmioty legalnie funkcjonujące w gospodarce mogą ubiegać się o zamówienia publiczne w ramach europejskiego rynku wewnętrznego na jednakowych warunkach, bez względu na kraj pochodzenia, formę organizacyjną, przynależność sektorową itp., co w szczególności wyklucza jakiejkolwiek preferencje krajowe, lokalne czy zawodowe. Zapewnienie uczciwej konkurencji w ramach zamówień publicznych odbywa się m.in. poprzez równy dostęp do nich dla

¹⁷ B. Reuter, *Transparenz öffentlicher Einkaufsdaten in Deutschland Anforderungen und Anwendungsfelder im Kontext von Open Government*, Berlin–Heidelberg 2021, s. 14; R. Szostak, *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 3, s. 10–11.

¹⁸ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 29.

¹⁹ Wyrok TS z 30 kwietnia 2014 r. w sprawie Euris Consult przeciwko Parlamentowi, T-637/11, pkt 5, Legalis; wyrok KIO z 6 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1578/12, Legalis; wyrok SO w Białymstoku z 31 maja 2012 r., sygn. akt II Ca 373/12, Legalis.

podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich²⁰. W orzecznictwie unijnym stwierdza się w nim, że równy dostęp do zamówień dla podmiotów ze wszystkich państw członkowskich wynika z poszanowania zasad swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług, a także wolnej konkurencji, w szczególności zasady równego traktowania wyrażonej w zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową²¹.

Problematyka dostępu do zamówień publicznych pozostaje również w ścisłym związku z wartościami konstytucyjnymi, w szczególności z wolnością działalności gospodarczej. Warto przypomnieć, że Konstytucja RP posługuje się pojęciem „wolności działalności gospodarczej” w rozdziale, w którym znajdują się naczelne zasady dotyczące ustroju i funkcjonowania państwa. Jednocześnie zagadnienie wolności działalności gospodarczej należy do dziedziny wolności i praw konstytucyjnych²². Treść Konstytucji RP pozwala zatem przyjąć, że wolność działalności gospodarczej jest z jednej strony zasadą ustrojową RP, z drugiej zaś podstawową wolnością konstytucyjną przysługującą powszechnie wszystkim ludziom oraz jednostkom organizacyjnym, które w istocie działają w obrocie dzięki ludzkiej aktywności²³. P. Kuczma stwierdza, że adresatem konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej jest każdy podmiot prawa, który może – z uwagi na brak prawnych zakazów – prowadzić działalność gospodarczą na terytorium Polski. Autor zauważa również, że wraz z momentem przystąpienia Rzeczypospolitej do Unii Europejskiej adresatami tej zasady są również podmioty mające siedzibę w państwie UE i prowadzące działalność gospodarczą w RP²⁴. W powyższego wynika, że wolność działalności gospodarczej posiada silne, konstytucyjne zakorzenienie aksjologiczne oraz szeroki przedmiotowy oraz podmiotowy zakres zastosowania. Konstatacja ta jest niebagatelna z punktu widzenia problematyki prawa dostępu do zamówień publicznych. Ewentualne potraktowanie prawa dostępu do zamówień publicznych – jako przejaw wolności gospodarczej – przesądzać bowiem będzie o uznaniu go za składnik aksjologii konstytucyjnej.

²⁰ Komunikat wyjaśniający Komisji, dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (1.08.2006), <https://eur-lex.europa.eu> (data dostępu: 10.04.2001).

²¹ Zob. np. wyrok TS z 11 czerwca 2020 r. w sprawie *Parsec Fondazione* C-219/19, pkt 26, Legalis; wyrok Sądu (piąta izba) z 20 maja 2010 r. w sprawie *Niemcy przeciwko Komisji*, T-258/06, pkt 116, Legalis; opinia RG Mischo z 1 lutego 2001 r. w sprawie *Komisja przeciwko Francji*, C-237/99, pkt 49, Legalis.

²² P. Kuczma, *Konstytucyjne ujęcie wolności działalności gospodarczej*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej” 2014, nr 372, s. 229.

²³ Zob. wyroki TK: z 31 stycznia 2001 r., sygn. akt P 4/99, OTK ZU Nr 1/2001, poz. 5; z 4 września 2007 r., sygn. akt P 19/07, OTK ZU Nr 8/A/2007, poz. 94; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2015, s. 82–83; M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz 2011, s. 66–67.

²⁴ P. Kuczma, op. cit., s. 232.

Zasadniczą treścią wolności gospodarczej jest prawo podjęcia decyzji o prowadzeniu działalności gospodarczej i wyboru jej rodzaju²⁵. W literaturze proponowane są jednak kolejne ujęcia szczegółowych aspektów wolności gospodarczej, czyli tzw. swobód częściowych. Godna odnotowania jest tu zbieżność wielu stanowisk²⁶. Wskazane swobody częściowe nie stanowią oczywiście wyliczenia enumeratywnego. Dodatkowo, ich treść przenika się wzajemnie. Jak zauważa J. Kołacz „wywierają one bowiem na siebie wpływ, wzajemnie się ograniczając i dopełniając, tworząc przez to obraz zakresu swobody działalności gospodarczej istniejącej w danych systemie prawnym”²⁷.

W kontekście problematyki dostępu do zamówień publicznych na szczególną uwagę zasługuje szczegółowy aspekt wolności działalności gospodarczej, określany w piśmiennictwie jako prawo do swobodnego konkurowania z innymi podmiotami czy po prostu swoboda konkurencji²⁸. W literaturze stwierdza się mianowicie, że wolna konkurencja jest swobodą „która buduje wolność gospodarczą”²⁹. Prawo to związane jest z możliwością podejmowania różnorodnych działań w celu pozyskania klientów³⁰. W ramach prawa do swobodnego konkurowania można z kolei wyodrębnić takie aspekty szczegółowe, jak wolność wejścia do określonego rynku oraz konkurowania na nim w sposób wolny od zachowań antykonkurencyjnych innych uczestników rynku czy wolność od zakłócania przez państwo swobodnej konkurencji rynkowej. Z istoty tak pojmowanego prawa do konkurowania wynika spoczywający na władzy publicznej obowiązek niepodejmowania działań naruszających wolność konkurowania, ale także obowiązek urzeczywistniania warunków, które chronią uprawnionych przed zachowaniami sprzecznymi z uczciwą konkurencją podejmowanymi przez inne podmioty³¹.

Częstkowa swoboda działalności gospodarczej, jaką jest wolność konkurowania, obejmuje również prawo do pozyskania zamówienia publicznego. Można przyjąć, że podstawową funkcją regulacji dotyczących zamówień pu-

²⁵ A. Walaszek-Pyziół, *Wolność działalności gospodarczej w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1992, nr 5–6, s. 107.

²⁶ Ibidem, s. 108; J. Reszczyński, *O pojęciu wolności gospodarczej w ekonomii i naukach prawnych*, „Studia Ekonomiczne. Gospodarka – Społeczeństwo – Środowisko” 2018, nr 1(2), s. 32; J. Kołacz, *Swobody częściowe a swoboda działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, r. LXX, z. 2, s. 80; P. Kuczma, op. cit., s. 230; P. Soroka, *Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy” 2012, nr 270, s. 135.

²⁷ J. Kołacz, op. cit., s. 80.

²⁸ A. Walaszek-Pyziół, op. cit., s. 108; E. Kosiński, *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 3/4, s. 13.

²⁹ P. Soroka, op. cit., s. 141.

³⁰ J. Kołacz, op. cit., s. 80.

³¹ J. Reszczyński, op. cit., s. 15; A. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków 2000, s. 77; R. Stober, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Kohlhammer 1989, s. 468; L. Bielecki, *Zasada wolności gospodarczej w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2003, nr 1, s. 68.

blicznych jest m.in. zapewnienie dostępu do zamówień publicznych poprzez zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji, a zapewnienie uczciwej konkurencji jest obowiązkiem państwa korelującym z istotną wolnością działalności gospodarczej³². Na tle problematyki dostępu do zamówień publicznych ujawnia się zatem newralgiczna funkcja warunków zamówienia. Udzielanie zamówień publicznych na określonych warunkach może otwierać określone obszary konkurencji, w których może realizować się prawo dostępu do zamówień publicznych. Normatywne ukształtowanie warunków, a dalej praktyka stosowania regulacji prawnych może wreszcie w znaczący sposób kształtować położenie faktyczne i prawne potencjalnych wykonawców. Przesądza to o doniosłości związku, jaki istnieje między materiałą warunków zamówienia a dostępem do zamówień publicznych.

Funkcje warunków zamówienia w odniesieniu do zagadnienia dostępu do zamówień publicznych należy zatem rozpatrywać przynajmniej w dwóch wymiarach: 1) jako funkcja warunków zamówienia wyznaczana przez ustawodawcę w procesie stanowienia prawa oraz 2) jako funkcja nadawana przez zamawiających w procesie stosowania norm prawnych. Oczywiście samo istnienie warunków zamówienia – jako określonej konstrukcji prawnej – nie przesądza o istnieniu nieuzasadnionych ograniczeń w dostępie do zamówień publicznych. Ale już przejawem nieuprawnionego ograniczenia dostępu do zamówień publicznych mogą być działania prawodawcze polegające na nieusprawiedliwionym zawężaniu kręgu podmiotów zdolnych do ubiegania się o zamówienia publiczne. Wolności ubiegania się o zamówienie publiczne (jako jeden z przejawów wolności konkutowania) odpowiada bowiem obowiązek państwa powstrzymania się od nieuzasadnionej ingerencji, tj. zakaz wydawania takich unormowań prawnych, które pozostawałyby w sprzeczności z wolnością konkutowania, w tym z dostępem do zamówień (obowiązek negatywny) oraz obowiązkiem stwarzania warunków wspomagających możliwość ubiegania się o zamówienia publiczne (obowiązek pozytywny). Podobnie przedstawia się kwestia ustalania i weryfikacji przez instytucje zamawiające warunków zamówienia w procesie stosowania norm prawnych. Konieczność spełniania przez wykonawców warunków wyznaczonych zgodnie z przepisami przez zamawiającego, w tym warunków przedmiotowych, warunków udziału w postępowaniu czy wymagań proceduralnych nie świadczy o istnieniu nieuzasadnionych ograniczeń w dostępie do zamówień publicznych. Ale już nieuzasadnione określenie warunków może kształtować sytuację określonych podmiotów ubiegających się o zamówienia w sposób niekorzystny.

³² P. Soroka, op. cit., s. 136; zob. uchwałę I Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 13 czerwca 2006 r. (1 BvR 1160/03), pkt 59.

Znaczenie obowiązków kierunkowych w stanowieniu oraz stosowaniu norm dotyczących warunków zamówienia

W tym miejscu należy podkreślić znaczenie obowiązków kierunkowych spoczywających na prawodawcy oraz zamawiających. Obowiązki takie wynikają zazwyczaj z norm/zasad właściwych dla systemu zamówień publicznych, a ich spełnianie stanowi rację dla przestrzegania całego szeregu innych norm wyznaczających z kolei obowiązki konkretne. Celowościowy charakter obowiązków należy utożsamiać z powinnością stałej realizacji określonego stanu rzeczy. Wyznaczony przez prawodawcę w normie o charakterze kierunkowym cel ma zazwyczaj określoną doniosłość aksjologiczną³³. Inaczej niż w przypadku obowiązków konkretnych, nakazy kierunkowe związane z konstruowaniem i stosowaniem warunków zamówienia zobowiązują do realizacji wzorcowego stanu rzeczy bez podawania szczegółowych środków realizacji, czyli pozostawiając pewną swobodę ich wyboru³⁴. Oznacza to, iż obowiązek kierunkowy może być spełniany w różnym stopniu, przy czym istotą obowiązku kierunkowego jest to, że powinien być spełniony przez zobowiązanego w możliwie najwyższym stopniu przy uwzględnieniu panujących faktycznych i prawnych możliwości³⁵.

Obowiązki wyznaczające sposób stanowienia prawa w zakresie warunków zamówienia publicznego wywodzić można z ogólnych zasady prawa europejskiego, a także z norm konstytucyjnych, w tym z zasady równego traktowania i zakazu dyskryminacji. Z kolei regulacje dotyczące zasad udzielenia zamówień publicznych wpływające na sposób przestrzegania prawa w zakresie określania warunków zamówienia przez instytucje zamawiające zawarte są przede wszystkim w ustawie p.z.p. oraz dyrektywach zamówieniowych. Ustawa Prawo zamówień publicznych, określając zasady udzielania zamówień, nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób przejrzysty i proporcjonalny³⁶. Dodatkowo ustawa wskazuje, że zamawiający ma udzielać

³³ A. Kubiak, *O interpretacji przepisów programowych w Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 4, s. 25; C. Kosikowski, *Finanse publiczne i prawo finansowe. Zagadnienia egzaminacyjne i seminaryjne*, Warszawa 2013, s. 52; K. Complak, *Konstytucyjne postanowienia programowe czy normy o celach państwa*, [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Warszawa 2003, s. 60; L. Grzonka, *Koncepcja norm programowych z perspektywy teorii prawa*, Poznań 2012 s. 49; P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2002, s. 11.

³⁴ L. Grzonka, *Normy programowe w prawie pracy*, „Studenckie Zeszyty Naukowe – Koło Naukowe Prawników UMCS” 2011, nr 21, s. 59; A. Kubiak, op. cit., s. 26.

³⁵ T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w Konstytucji*, [w:] J. Trzeciński (red.), *Charakter i struktura norm Konstytucji*, Warszawa 1997, s. 102.

³⁶ Art. 16 p.z.p.

zamówień w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia i w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów³⁷.

Zagadnienie znaczenia warunków zamówienia oraz ich roli w kształtowaniu dostępu do zamówień publicznych znajduje swoje rozwinięcie w zasadzie proporcjonalności, która można określić jako zasadę ważenia wartości w procesie podejmowania rozstrzygnięć. Zasada ta nie została wprawdzie wyrażona w p.z.p. *expressis verbis* jako „zasada proporcjonalności”; przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przewidują jednak, że zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia „w sposób proporcjonalny”³⁸. Odwołanie do samej zasady proporcjonalności można już z kolei znaleźć od wielu lat w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych³⁹. Na przykład w orzeczeniu z 1 sierpnia 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego⁴⁰. Natomiast w orzeczeniu z 23 grudnia 2009 r. Trybunał Sprawiedliwości uznał za niezgodną z zasadą proporcjonalności regułę automatycznego wykluczania z postępowania konsorcjum w sytuacji, gdy jego członkowie złożyli w tym samym postępowaniu konkurencyjne oferty⁴¹.

Zasada proporcjonalności oznacza zatem, że opisane przez zamawiającego warunki zamówienia muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem lub stopniem złożoności zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków z przedmio-

³⁷ Art. 17 p.z.p.

³⁸ Art. 16 pkt 3 p.z.p.

³⁹ Wyroki KIO: z 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19; z 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 786/16; z 3 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1300/15.

⁴⁰ KIO 1342/19.

⁴¹ Sprawa Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl v. Comune di Milano (C-376/08).

tem zamówienia nie oznacza jednak nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji. O określeniu warunków udziału w postępowaniu, w sposób który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego.

Zasada proporcjonalności odwołuje się do relacji między dobieranymi przez zamawiających instrumentarium a wagą celów, których realizacji mają służyć. Treścią tej zasady jest w istocie racjonalność podejmowanych działań, czyli optymalność doboru środków w stosunku do zamierzeń. Dyrektywę proporcjonalności w ogólności pojmuje się nierzadko jako triadę nakazów szczegółowych⁴². Pierwszy z nich, ujmowany jako nakaz przydatności (ewentualnie nakaz odpowiedniości), wymaga, by przewidziany środek władzy publicznej był zdatny dla realizacji zamierzonego celu. Kolejny, tzw. nakaz konieczności (ewentualnie nakaz niezbędności), domaga się ograniczenia ingerencji do niezbędnego minimum. Z kolei nakaz proporcjonalności *sensu stricto* wymaga, by zastosowany środek był adekwatny w stosunku do celu jego użycia⁴³.

Zastosowanie zasady proporcjonalności w obszarze warunków zamówienia oznacza obowiązek rozstrzygania przez zamawiających, czy określone przez nich warunki są w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków (tj. zaspokojenia interesów zamawiającego), czy sformułowane wymagania są niezbędne dla ochrony interesu zamawiającego oraz czy projektowane efekty są istotniejsze niż skutki ograniczeń nakładanych na wykonawcę ubiegającego się o zawarcie umowy⁴⁴. Jak słusznie zauważa A. Sołtysińska, przeprowadzenie testu proporcjonalności w odniesieniu do warunków stawianych wykonawcom wymaga w istocie uwzględnienia szeregu czynników i okoliczności decydujących o uznaniu danego wymogu za zasadny i niezbędny do wybrania kontrahenta zdolnego do realizacji zamówienia⁴⁵.

Prawidłowe określanie warunków zamówienia jako przedmiot ochrony w zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Rozważania na temat konstrukcji prawnej warunków zamówienia uzupełnić wymaga odniesieniem do regulacji o charakterze sankcyjnym, jakimi

⁴² E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2004, s. 99.

⁴³ Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości: z 17 maja 1984 r. C-15/83, ECR 1984, s. 2171; z 13 maja 1986 r., C-170/84, ECR 1986, s.1607; z 24 września 1985 r., C-181/84, ECR 1985, s. 2889; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 88.

⁴⁴ W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 9; A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 242–243.

⁴⁵ A. Sołtysińska, op. cit., s. 253.

są przepisy dotyczące odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Katalog deliktów dyscypliny finansów wyznacza grupę wartości chronionych w prawie, do których należy także prawidłowe określanie warunków zamówienia.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁴⁶, naruszeniem dyscypliny jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję⁴⁷, a także określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia⁴⁸ oraz określenie kryteriów oceny ofert⁴⁹.

Analiza wskazanych deliktów dyscypliny finansów publicznych pozwala dostrzec, że bezprawność części penalizowanych czynów nie jest ujęta wyłącznie jako „niezgodność z przepisami o zamówieniach publicznych”, ale także dodatkowo jako czynność dokonana w pewien nieprawidłowy sposób, czyli taki, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, albo w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Konstatacja ta potwierdza, że koncepcja normatywna warunków zamówienia obejmuje rozmaite postaci warunków, których prawidłowe stosowanie jest od siebie zależne oraz wymaga realizowania obowiązków kierunkowych wynikających z zasady udzielania zamówień publicznych

Wnioski

Wprowadzenie od 1 stycznia 2021 r. w ustawie Prawo zamówień publicznych legalnej definicji warunków zamówienia należy traktować jako przejaw stosunkowo spójnej normatywnej koncepcji, zgodnie z którą warunki zamówienia to pojęcie rodzajowe obejmujące wymagania o różnorodnym charakterze. Elementami spajającymi różne postacie warunków jest jednak ich wzajemna zależność oraz wspólna funkcja, wyrażająca się w kwalifikacyjnym charakterze wymagań formułowanych w celu wyłonienia wykonawcy zamówienia publicznego. Funkcja warunków zamówienia określa w konsekwencji ich kluczowe znaczenie w kształtowaniu dostępu wykonawców do rynku zamówień publicznych – zarówno poprzez stanowienie, jaki i stosowanie norm prawnych. W rezultacie sposób stanowienia oraz przestrzegania prawa w zakresie warunków zamówienia wymaga spełniania obowiązków kierunkowych wynika-

⁴⁶ Dz.U. z 2021 r., poz. 289.

⁴⁷ Art. 17 ust. 1 pkt 1.

⁴⁸ Art. 17 ust. 1 pkt 3.

⁴⁹ Art. 17 ust. 1 pkt 4.

jących z zasad dotyczących zamówień publicznych. Prawidłowe stosowanie warunków zamówienia w procesie przestrzegania prawa podlega dodatkowo ochronie na gruncie odpowiedzialności za naruszenia dyscypliny finansów publicznych, co przesądza o doniosłości tego zagadnienia w systemie zamówień publicznych.

Wykaz literatury

- Bielecki L., *Zasada wolności gospodarczej w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2003, nr 1.
- Biernat A., Wasilewski A., *Wolność gospodarcza w Europie*, Zakamycze, Kraków 2000.
- Complak K., *Konstytucyjne postanowienia programowe czy normy o celach państwa*, [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2003.
- Dzierżanowski W., *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Gizbert-Studnicki T., Grabowski A., *Normy programowe w Konstytucji*, [w:] J. Trzciniński (red.), *Charakter i struktura norm Konstytucji*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 1997.
- Grzonka L., *Koncepcja norm programowych z perspektywy teorii prawa*, Iuris, Poznań 2012.
- Grzonka L., *Normy programowe w prawie pracy*, „Studenckie Zeszyty Naukowe – Koło Naukowe Prawników UMCS” 2011, nr 21.
- Kolacz J., *Swobody częściowe a swoboda działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, r. LXX, z. 2.
- Kosikowski C., *Finanse publiczne i prawo finansowe. Zagadnienia egzaminacyjne i seminaryjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Kosiński E., *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 3/4.
- Kubiak A., *O interpretacji przepisów programowych w Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 4.
- Kuczma P., *Konstytucyjne ujęcie wolności działalności gospodarczej*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej” 2014, nr 372.
- Reszczyński J., *O pojęciu wolności gospodarczej w ekonomii i naukach prawnych*, „Studia Ekonomiczne. Gospodarka – Społeczeństwo – Środowisko” 2018, nr 1(2).
- Reuter B., *Transparenz öffentlicher Einkaufsdaten in Deutschland Anforderungen und andlungsfelder im Kontext von Open Government*, Springer Gabler, Berlin–Heidelberg 2021.
- Sarnecki P. (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, C.H. Beck, Warszawa 2002.
- Sołtysińska A., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2006.
- Soroka P., *Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy” 2012, nr 270.
- Stober R., *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Kohlhammer 1989.

- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Szostak R., *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 3.
- Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Szydło M., *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 2011.
- Ura E., *Prawo administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Walaszek-Pyziół A., *Wolność działalności gospodarczej w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1992, nr 5–6.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.

Summary

Normative concept of public procurement conditions

Keywords: public procurement law, public procurement conditions, public procurement, public procurement principles, access to public procurement.

The Public Procurement Law Act introduced in 2021 the definitions of “public procurement conditions” to the Polish legal language. The article aims to analyze the normative approach to this concept, as well as the meaning and functions of public procurement conditions in the procurement process. It was found that there is a relatively consistent normative concept of public procurement conditions in Polish law. According to this concept, public procurement conditions are a generic concept covering requirements of various nature but are closely interdependent. The public procurement conditions also have a common function of qualifying the participants of the procedure to select the contractor of the public procurement. The function of contract conditions also determines their key importance in public procurement, which consists in shaping the access of contractors to the public procurement market. As a result, it was found that the directional obligations resulting from the principles of public procurement concern lawmaking and compliance with the law relating mainly to public procurement conditions.

Paweł Lewandowski

University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Poland

ORCID: 0000-0002-8979-928X

pawel.lewandowski@uwm.edu.pl

Creating a commercial company using the example of a limited liability company – about the role of an advocate

Introduction

Article 1 section 1 of Advocate Law¹ indicates that advocacy² is the act of providing legal assistance³. There is no statutory definition of legal assistance. Actions that may be performed as legal assistance are illustrative, as indicated by the wording of Art. 4 section 1 of the Advocate Law. In this provision, the legislator has indicated that legal assistance consists in particular of providing legal advice, preparing legal opinions, drafting legal acts and appearing before courts and offices. Limiting the catalog of activities falling within the scope of legal assistance is not needed. If only the entity using the services of an attorney is convinced of the necessity of using an advocate, he or she should

¹ Act of 26 May 1982, Advocate Law (Journal of Law 2019, item 1513 as amended), further Advocate Law.

² “Advocacy” and “advocate” in this article refer to a person who, in accordance with Advocate Law, is qualified and entitled to provide legal advice.

³ In the current legal status, the differences between the procedural and structural position of an advocate and attorney-at-law are becoming blurred. The amendments to the Advocate Law Act and the Act on Attorneys-at-Law have contributed to the possibility of performing activities in the field of applying the law within an almost identical scope. These differences have been minimized to the extent that attorneys-at-law have defense rights in criminal proceedings, after fulfilling the condition of independence referred to in art. 8 item 6 of the Act of 6 July 1982, Attorneys-at-Law, Journal of Law 2020, item 75 further Attorneys-at-Law Act, which reads: “Legal assistance consisting in the attorney-at-law acting as a defense counsel in cases of offenses and fiscal offenses may be provided as part of his practice under a civil law contract, in the office of an attorney-at-law and in partnership (civil contract), a registered partnership, a professional partnership, a limited partnership, or a limited joint-stock partnership, provided that the attorney-at-law is not in an employment relationship. The employment ban does not apply to academic and research-teaching staff. Therefore, the considerations presented in the work refer to representatives of both professions offering legal assistance, i.e., advocates and attorneys-at-law.

be able to receive such assistance. Therefore, it should be recognized that the activities of providing legal assistance should be understood broadly. It is common that lawyers all over the world, among them advocates, are concerned with the private problems of their individual clients, but also with the legal affairs of companies. The participation and role of a lawyer in various apprenticeships is discussed in the literature⁴.

This article describes some of the problems that may arise when creating a commercial law company, and how advocates can work to solve these problems. Among others, choosing the organizational form the future business activity and preparing the company's articles of association have been indicated, along with the registration process of the company. It was noted that in the case of a secondary method of creation of a commercial company (i.e., a merger, division or transformation), the participation of an advocate is particularly desirable. The considerations are intended to show that the participation of a professional representative is highly desirable at the stage of creating a commercial company. Maybe the creation of the company itself is not a complicated procedure, but the consequences of making mistakes are momentous. Limiting considerations to a professional advocate may not be required, but this paper aims to demonstrate that for the analyzed issue there is no justification for distinguishing between legal professions (advocates and attorneys-at-law).

Commercial law company concept

The participation of a professional substrate is desirable from the early creation of the company, namely in relation to the concept of the company. A uniform catalog of the admissible legal forms of commercial law companies has not been formed at international or even European levels. Therefore, European Union companies in particular are formed in accordance with the legal system of a Member State⁵. The Polish legislator in the Code of Commercial Companies⁶ exhaustively regulates the admissible legal forms of commercial law companies. Among its lists are: a registered partnership, a professional

⁴ For example see: T.H. Wilson, J. Sheppard, *In memory of Sergei Magnitsky: The lawyer's role in promoting and protecting international human rights*, "Houston Journal of International Law" 2019, no. 41(2), p. 343–386; R. Feehily, *The role of the lawyer in the commercial mediation process: Critical analysis of the legal and regulatory issues*, "South African Law Journal" 2016, no. 133(2), p. 352–388; J. Heminway, A. J. Sulkowski, *Blockchains, corporate governance, and the lawyer's role*, "Wayne Law Review" 2019, no. 65(1), p. 17–56.

⁵ More about EU Company Law: C. Gorriz, *EU Company Law: Past, Present and Future*, "Global Jurist" 2019, vol. 19, issue 1, p. 1–21.

⁶ Act of 15 September 2000, the Commercial Companies Code (Journal of Law 2019, item 505), further CCC.

partnership, a limited partnership, a limited joint-stock partnership, a limited liability company and a joint-stock company⁷. Therefore, despite the considerable freedom in choosing the legal form, it is not absolute. Each of the indicated commercial law companies has its own specifics, which means that its structure is appropriate and desirable when conducting one (specific) business activity (e.g., due to the size of the business, liability of shareholders, place of business), and it will not necessarily be beneficial in other circumstances⁸. The choice of the optimal way of organizing economic activities, i.e., a convenient form of company will undoubtedly facilitate consultation with a professional entity⁹.

The conceptual phase, which means the choice in which of the organizational form of future business activity will be carried out, does not require any specific legal actions, but is based only on the vision of the business, with the stipulation that some of the business activities may be carried out in strictly defined legal forms. It should be emphasized that the choice of the legal form in which the activity is to be conducted is not completely free, e.g., a private bank may be established only in the form of a joint-stock company¹⁰, or the insurance activity of the insurer only in the form of a joint-stock company, or a mutual insurance or European company¹¹. Another example is Art. 4a of the Advocate Law, which contains a closed catalog of forms of practicing this profession.

The choice of a legal form is determined by various factors, including, e.g., fiscal obligations¹² or costs of conducting business in a given legal form (accounting, reporting, corporate obligations). For example, the limited liability company is the legal form of a company that is most used in practice¹³. This company may additionally gain in popularity after the introduction (from January 1, 2021) of taxation of a registered partnership and a limited partnership

⁷ For example, about forms of business entities: B.F. Egan, *Choice of Entity Alternatives*, "Texas Journal of Business Law" 2004, vol. 39, no.3, p. 379–514; F. Karagusssov, *Development of Company Law in Kazakhstan*, "Juridica International" 2016, no. 24, p. 91–92.

⁸ L.A. Mezzullo, *Choice of Entity*, "CTEC Notes" 1997, vol. 22, issue 4, p. 284–320.

⁹ O. Urda, *Authorized individual, sole proprietorship, limited liability company: difficult choice that the small entrepreneur is facing*, "Analele Stiintifice Ale Universitatii Alexandru Ioan Cuza Din Iasi Stiinte Juridice" 2016, no. 62(1), p. 55–62.

¹⁰ Art. 12 of the Act of 29 August, 1997, Banking Law (Journal of Law 2019, item 2357).

¹¹ Art. 6 section 1 of the Act of 11 September, 2015, Insurance and Restructuring Activity (Journal of Law 2019, item 381 as amended).

¹² See: Act of 26 July 1991, The Natural Persons' Income Tax (Journal of Law 2019, item 1387 as amended); Act of 15 February 1992, The Legal Persons' Income Tax (Journal of Law 2019, item 865 as amended).

¹³ According to statistical data for Poland in 2018, limited liability companies constituted 82% of all commercial law companies; see: *Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON*, 2018, Warsaw 2019, p. 29. <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/podmioty-gospodarcze-wyniki-finansowe/zmiany-strukturalne-grup-podmiotow/zmiany-strukturalne-grup-podmiotow-gospodarki-narodowej-w-rejestrze-regon-2018-rok,1,23.html> (accessed: 20.02.2020).

on the terms applicable to legal persons, i.e., the partnership – with corporate income tax, and partners – with corporate income tax or income tax, respectively, from natural persons¹⁴. In comparison to other forms of organization, a limited liability company as a noncorporate business form provides its members with many advantages, such as limited liability for a venture's obligations and favorable tax treatment¹⁵. However, the authors recognize the flaw in this organizational form – especially in a broader economic perspective¹⁶. Further considerations will be limited to regulations regarding a limited liability company.

The articles of association

After selecting the legal form in which the business activity is to be performed, the entity is obliged to carry out at least several activities that will enable it to operate as part of business transactions. Also, member state law will be applicable here. In art. 163 of the CCC the legislator indicates the prerequisites for creating a limited liability company in Poland (obligatory activities aimed at creating a limited liability company): 1) the conclusions of the articles of association; 2) shareholder contributions to finance the entire share capital, where the share is subscribed for a price higher than the nominal value, and contributions to the balance, subject to art. 158 § 1¹ of the CCC; 3) appointing the management board; 4) the constitution of the supervisory board or the audit committee, if this is required by the law or by the articles of association; and 5) registration.

Among the listed obligatory activities aimed at creating a limited liability company, in particular to avoid consequences of potential errors, the activities in points 1 and 5 may require the participation of an advocate (or other

¹⁴ See the Act of November 28, 2020 amending the act on personal income tax, the act on corporate income tax, and the act on flat-rate income tax on certain revenues generated by natural persons and certain other acts (Journal of Law 2020, item 2123).

¹⁵ Wider: D.K. Moll, *Minority Oppression & the Limited Liability Company: Learning (or Not) from Close Corporation History*, "Wake Forest Law Review" 2005, vol. 40, p. 885; P.L. Caron, *The Estate Planning Advantages of Limited Liability Companies*, "Tax Notes" 1996, vol. 70, p. 998–1004; S. Cristea, *Comparative study: Limited liability company versus unlimited liability company*, "Perspectives of Business Law Journal" 2013, no. 2(1), p. 70–78; A. Lupulescu, *Some particularities concerning the limited liability company*, "Perspectives of Business Law Journal" 2015, no. 4(1), p. 68–73, R. Tanajewska, *Charakter majątkowy i korporacyjny praw wynikających z udziału w spółce z o.o.*, "Studia Prawnoustrojowe" 2016, no. 32, p. 71 and following; A. Klimaszewska, M. Mariański, J.J. Zięty, K. Warylewska, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (société à responsabilité limitée) we francuskim kodeksie handlowym. Tekst przepisów wraz z tłumaczeniem oraz porównaniem do polskiego Kodeksu spółek handlowych*, Olsztyn, 2017, p. 39 and following.

¹⁶ J. Freedman, *Limited liability: Large company theory and small firms*, "Modern Law Review" 2000, no. 63(3), p. 352.

professional). Basic doubts may arise when determining the content of the articles of associations as the fundamental act of its functioning. The defectiveness of this document has serious consequence, i.e., dissolution of company by court (art. 21 of the CCC). Therefore, this issue will be discussed in detail. The making by shareholders of contributions depends on the type of contribution. The liability for defects on this field bear specified shareholders and members of the management board (art. 175 of the CCC). It is necessary to know if it is a cash contribution, in which case the transfer consists of making a transfer to a bank account or payment into the company's cash office. If an in-kind contribution is made, the rules are more complicated and depend on the nature of this right. If the subject of the contribution is something that can be physically released to the company, it is necessary to transfer ownership of the items marked as to the species. There is no need for things marked as to identity¹⁷. No less important are issues connected with the effective appointment of the management board, which requires wide knowledge of the CCC because matters of adopting valid resolution appear here. In accordance with art. 201 § 4 of the CCC, a member of the management board is appointed and dismissed by a resolution of shareholders, unless the articles of association provide otherwise. Therefore, in the absence of different provisions in the articles of association, the members of the first board are appointed by the shareholders (the company's founders). In such a case, the appointment of a management board always requires that the shareholders adopt a resolution separate from the articles of association¹⁸. Finally, it is necessary to know if the constitution of the supervisory board or the audit committee is required by the law. Moreover, participation of an advocate guarantees the ability to determine competences, operating principles of the supervisory board or the audit committee, etc. Moreover, an advocate will be familiar with special provisions that include additional requirements.

As indicated, the basic element of the company's creation is the articles of association. However, arguments for the participation of an advocate in drafting the articles of association are weakened by the obligation to conclude such a contract in the form of a notarial deed (art. 157 § 2 of the CCC). In Poland, laws do not provide for preventive administrative or judicial control at the time of formation of a limited liability company, which is why the articles of association shall be drawn up and certified in notarial deed form as a due legal form¹⁹. Therefore, when preparing the act, a professional notary also supervises the

¹⁷ A. Kidyba, *commentary to art. 163*, [in:] A. Kidyba (ed.), *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych*, 2020, Lex.

¹⁸ A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Organy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, [in:] A. Kidyba (ed.), *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, 2013, Lex.

¹⁹ See Article 10 of Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (OJ L 169, 30.6.2017), hereinafter Directive (EU) 2017/1132.

content of the articles of association²⁰ and its accuracy. However, it seems that an advocate focused on taking care of the party's interests may be more involved in the preparation of a draft of articles of association (later drawn up and certified by a notary).

The articles of association of a limited liability company make an obligatory and creative contract²¹, which means that in addition to the obligations that the shareholders assume, it leads to the creation of a new entity²². The content of the articles of association of a limited liability company (minimum content) has been set out in Article 157 of the CCC. The aforementioned provision indicates that the obligatory elements of articles of association of a limited liability company are: business name and the seat of the company, the objects of the company, the amount of share capital, whether or not the shareholder may have more than one share, the number and nominal value of the shares subscribed to by individual shareholders, and the term of the company (if it is defined). The last element is no longer obligatory, but optional, and should occur when the time of creation of the company is marked. It can be added that the articles of association of a limited liability company must specify the company's shares, their subject matter and value, and regulate the company's regime and functioning, as well as the rights and obligations of each shareholder. All elements of articles of association of a limited liability company require legal knowledge — not to stipulate the element, but to indicate it as most beneficial for the entity.

It is worth noting that provisions regarding the content of the articles of association are not obvious²³. A significant problem concerns the scope of application of the principle of freedom of contract. First of all, it is not clear which regulations of the CCC are obligatory and which are relatively binding. The legal form of the limited liability company is a representative example of doubt in the assessment of legal provisions.

Practice has proved that the articles of association contain a wider scope of regulation that goes beyond the statutory minimum. Due to the importance of the articles of association of a limited liability company for the existence and operation of the company, it is justifiable to regulate wider matters, which

²⁰ Compare: M. Diakovych, *Notarial Protection and Defence of Corporate Rights of Participants (Founders) of a Limited Liability Company: Civil Legal Aspect*. *Law of Ukraine*, "Legal Journal (Ukrainian)" 2016, issue 12, p. 106–111.

²¹ Judgment of the Supreme National Court from February 27, 2003, IV CKN 1811/00, Lex no. 83832.

²² The specific juridical nature of a limited liability company is not clear in every legal system of a Member State, A. Lupulescu, *Some particularities concerning the limited liability company*, "Perspectives of Business Law Journal" 2015, no. 4(1), p. 69.

²³ For example, the name of the company should be specified in accordance with Art. 160 of the CCC, as well as Art. 43² and following of the Act of 23 April 1964, Civil Code (Journal of Law 2019, item 1145), further PCC, whose regulations the entity creating the company may not know.

leads to a problem with the solution regarding the freedom of shareholders to create the articles of association of a limited liability company. It is assumed that, according to art. 2 of the CCC, when establishing a company, shareholders may benefit from the provisions of art. 353¹ of the PCC. This means that the restrictions of the freedom to shape the content of the articles of association are the principles of social coexistence, legal provisions and the nature of a legal relationship. Other concepts indicate that this freedom does not refer only to Art. 353¹ of the PCC²⁴. On the other hand, the CCC uses a number of obligatory provisions (e.g., liability, termination, liquidation)²⁵ regarding the regulation of a limited liability company. The articles of association of a limited liability company have an important meaning, so its content should go beyond the obligatory elements referred to in art. 157 of the CCC.

In addition, other provisions of the CCC indicate the obligation to enter relevant provisions in the articles of association of a limited liability company if they are to have legal effects. An example is the assignment of special rights attached to shares (art. 174 § 2 of the CCC), recurrent non-pecuniary performances imposed on a shareholder (art. 176 § 1 of the CCC), the obligation to make additional contributions (art. 177 of the CCC), and limitations on joining the company by an heir in place of a deceased shareholder (art. 183 of the CCC).

Every article of association is different as to how it is clarified, which is why the legislator did not introduce a compulsory uniform template²⁶. It is worth noting that the template is provided in the IT system. The articles of association of a limited liability company may be made by using a template once the form is filled in and the electronic signature is attached (art. 157¹ of the CCC). In this way, only the original creation of the company is possible²⁷. A certain simplification of creating the articles of association in this way is the variability of the template, i.e., the parties are unable to introduce additional provisions that would depend solely on the will of the shareholders²⁸.

²⁴ As a side note, it is worth noting the differences in regulation of a limited liability company and a joint-stock company. Art. 304 § 3 and § 4 of the CCC in relation to a joint-stock company limits the freedom to create the content of the contract. The lack of an equivalent provision allows one to assume that the shareholders of the limited liability company are not limited, and *a contrario* can freely shape the content of the contract.

²⁵ A. Szajkowski, M. Tarska, *commentary to art. 157 of the CCC*, [in:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja (eds.), *Kodeks spółek handlowych*, t. 1: *Przepisy ogólne, spółki osobowe*, Warsaw 2012, p. 63.

²⁶ As intended: flexibility (i.e., freedom of contract) increases to promote efficiency; see: V. Ponka, *The Convergence of Law: The Finnish Limited Liability Companies Act as an Example of the So-Called Americanization of European Company Law*, "European Company Law" 2017, vol. 14, issue 1, p. 22–28.

²⁷ This means that the transformation is not allowed in this mode due to the complex nature of the transformation process.

²⁸ P. Kędzierski, *Powstanie i rejestracja sp. z o. o., której umowę zawarto przy użyciu wzorca umowy (spółki s-24)*, Warsaw 2019, Legalis.

In this way, some of the dilemmas associated with the traditional conclusion of the articles of association of a limited liability company have been eliminated, which, however, does not change the level of complexity of its creation.

The articles of association are one of the basic documents which is compulsory for companies to disclose in the national register in order for third parties to be able to ascertain their contents and other information concerning the company²⁹. This document should therefore be vetted by a professional.

Registration

An important moment in the process of creating a company is its registration, when a limited liability company acquires legal personality and arises as a so-called competent company, while the company in organization ends its legal entity. Among all the activities that may be the field of the advocate's activity at the stage of creating the company, it seems that this last phase, i.e., registration activities, can be performed by professional proxies under a formally regulated procedure. This is indicated in art. 87 § 1 of the Code of Civil Procedure³⁰, which regulates the possibility of an advocate or attorney-at-law appearing in the proceedings. Pursuant to the content of the mentioned provision, the listed entities may play a procedural role in any proceedings. Therefore, an advocate may be a representative in registration proceedings – both in the case of submitting letters in writing and of their submission via the ICT system. This circumstance does not raise any doubts because it is only a technical matter (it is not a different way of proceeding).

Directive 2012/17/EU did not harmonize national registers, which meant that each member state retained its own model of company registration³¹. The existing law in Poland provides for two separate registers. First, the Central Business Register and Information System (“CEIDG”) collects data on separate categories of entrepreneurs. Second, the register appropriate for the limited liability company is the register of entrepreneurs (“the register”) – a subdivision of the National Court Register³². It is worth noting that from July 1, 2021³³,

²⁹ See recital 8, as well as Article 14 of Directive (EU) 2017/1132.

³⁰ Act of 17 November 1964, The Code of Civil Procedure (Journal of Law 2019, item 1460 as amended), further CCP.

³¹ Directive 2012/17/EU of the European Parliament and of the Council of 13 June 2012 amending Council Directive 89/666/EEC and Directives 2005/56/EC and 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council as regards the interconnection of central, commercial and company registers (OJ L 156, 16.6.2012).

³² Act of 20 August 1997, The National Court Register (Journal of Law 2019, item 1500 as amended), further the Act on the National Court Register.

³³ According to the legal status as of April 24, 2021, the original date of elektronification of the register of entrepreneurs is March 1, 2021, which has not been met.

the register of entrepreneurs will only function in electronic form³⁴, meaning that applications regarding the entity subject can only be submitted via the ICT system, and therefore the only form of communication with the court regarding the submission of an entity to the register (its creation) will be the electronic form³⁵. In the case of entities in the register of associations, other social and professional organizations, foundations and independent public health care institutions, the legislator allowed for dualism in the form of submitting applications for entry in the register, which is possible either in official forms or via the ICT system. In any case, the presence of the advocate at the registration stage is justified due to the complexity of the registration forms and the formalistic nature of the proceedings. This remark is also valid when registering a company using the form provided on the website.

The company is registered under separate registration proceedings regulated by the provisions of the CCP (Articles 694¹–694⁸ of the CCP) and partly by the provisions of the Act on the National Court Register. The registration procedure is a very formal procedure in which any improper completion of the form initiating the procedure results in the return of the application. This effect is mitigated by the possibility of re-submitting the application within 7 days from the date of the return of the application. This is a short and severely rigorous deadline.

The registry court examines whether the documents attached to the application in terms of the form and of the content comply with the law, meaning that within the framework of the cognition referred to in Art. 23 in the Act on the National Court Register, the registry court may independently assess the lawfulness of a resolution of the meeting of shareholders of a limited liability company constituting the basis for an entry in the register³⁶. Positive verification of the formal side of the application makes substantive research acceptable³⁷. The registry court also examines whether the data indicated in the application for entry in the register regarding PESEL³⁸, NIP³⁹ and REGON⁴⁰ numbers are true, as well as whether the reported data are in accordance with the actual state, if there are reasonable doubts in this regard. This means that the registry court may, for example, request the presentation of the contract

³⁴ This is an example of the result of the implementation of Directive (EU) 2017/1132; about digitization, disclosure and interconnection of registers see: Z. Breges, T. Jakupak, *Digitalization [sic] of business register*, "InterEULawEast: Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations" 2017, no. 4(2), p. 91–100.

³⁵ A. Michnik, *Commentary to art. 694^{3a} CCP*, [in:] A. Marciniak (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3: *Komentarz do art. 425–729*, Warsaw 2020, Legalis.

³⁶ Decision of the Supreme National Court from July 24, 2013, III CNP 1/13, Lex no. 1396285.

³⁷ T. Szczurowski, *Zakres kognicji sądu w postępowaniu rejestrowym*, "Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2013, no. 7, p. 30.

³⁸ The Universal Electronic System for Registration of the Population in Poland.

³⁹ Tax Identification Number in Poland.

⁴⁰ National Business Registry Number in Poland.

under which the shares or its part thereof were transferred⁴¹. All this indicates that the registration process is subject to court review in both formal and material (substantive) terms. Therefore, it is not only a clause procedure, which always ends with an entry, irrespective of the content and form of the submitted documents and attachments.

Initially the regulation of the register regarding the submission of financial documents in electronic form was not adapted to the participation of any other entity except persons authorized to represent the registered entity, because their identification was carried out solely on the basis of the PESEL number. In accordance with art. 19e section 2 of the Act on the National Court Register, the application is provided with a qualified electronic signature, trusted signature or personal signature of at least one natural person whose PESEL number is disclosed in the register, entered as a person alone entitled or jointly with other persons to represent the registered entity, proxy, trustee, administrator in restructuring proceedings or liquidator. Therefore, it was not possible to submit applications by persons other than those entered in the register of entrepreneurs and authorized to represent them as members of the bodies or shareholders authorized to represent the company. This meant that in such a situation the participation of the representative was excluded. This solution was criticized because it unnecessarily involved the entity's management in technical matters instead of more capable individuals (like an attorney). The indicated inconvenience was eliminated by amending the Act. Currently, these activities may also be performed by other persons, including lawyers. An appropriate amendment was made by adding to art. 19e of the Act on the National Court Register, section 3a, according to which the application may be made by an advocate, attorney-at-law or foreign lawyer, whose data the Supreme Advocate Council and the National Bar Association have made available to the courts and the Minister of Justice via the ICT system referred to in art. 58a of the Advocate Law and Art. 60¹ of the Attorney-at-law Act, on condition that their PESEL number is disclosed in this system and they are authorized to submit a notification. In such a case, these proxies refer to the power of attorney granted to them and sign the application with a qualified electronic signature, trusted signature or personal signature.

Transformation of commercial law companies

It should be noted that there are possibly two ways to create a commercial law company, namely primarily and secondarily (derivative). The original

⁴¹ Resolution of the Supreme National Court from June 6, 2012, III CZP 22/12, Lex no. 1230237.

method, which was the subject of the considerations carried out so far, consists of concluding the articles of association and then registering it. In turn, as part of the secondary creation, a new legal entity (commercial law company) arises from the transformation of the sense of a large entity.

The secondary way of creating a commercial law company is manifested as more complicated, namely through the creation of a new entity as a result of transformation activities of an already existing entity (company) or its assets. In most cases, the decision to transform is conditioned by many factors, and the most common motive for carrying them out are tax optimization issues. The CCC indicates a merger, transformation or division as a means of transformation. A thorough analysis of the issue is beyond the scope of this study; however, this matter should be signaled.

Merging is a process that leads to the creation of a new company or strengthens an existing one. The legal form that will be created after conducting this business operation will be a capital company. This process consists of preparatory activities (preparatory phase) and adoption of resolutions (ownership phase), as well as registration and announcement (judicial phase). The merger process means that at least one company involved in the transformation is subject to removal from the register. In a merger the process can be distinguished by four merging stages: the preparatory stage, the resolution of the shareholders, the registration and announcement of the merger, and the settlement of the merger in the accounting books. The overview of the provisions of the CCC about merger of capital companies (Art. 498 and following of the CCC) confirm that an advocate should watch over this process.

The opposite of a merger is division, when a new entity is created or the assets of the company being divided are transferred to other entities. Also, in this transformation category the preparatory phase, the resolution phase and the registration phase are distinguished. The most extensive phase is preparatory activities, which includes the written agreement of the division plan, written notification to the registry court, the announcement of the division plan, examination by an expert and the preparation of his or her opinion, notification of shareholders about the intention to divide, and preparation of documents related to the division⁴². Rules for the division of companies can be found in the provisions of Art. 528 and following the CCC.

The last method is transformation, which consists of preparatory activities and adopting resolutions, as well as registration and announcement. The proper transformation proceeding begins with the preparation of the transformation plan together with attachments and an expert opinion. In addition, it is necessary to adopt a resolution on the transformation of the company, appointing members of the organs of the transformed company (specifically the share-

⁴² A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warsaw 2019, p. 539.

holders managing the company's affairs and representing it) and concluding the articles of association or signing its statutes. Article 551 and the following of the CCC regulate transformation of companies. Currently, all companies may be transformed: capital into capital, capital into personal, personal into capital, personal into personal and civil law partnerships into commercial companies. The transformation of companies is a series of legal actions, such as: preparing the draft terms of transformation, the examination of the draft term of transformation by an auditor, notification to shareholders, resolution on transformation, the conclusion of the articles of association, registration, and the announcement about the transformation.

The presented characteristics of the ways in which a commercial law company could be founded indicate that the role of an advocate in this mode of company creation is highly desirable. The correctness of such a statement is confirmed by the multifaceted nature of the procedures, which goes far beyond the law of commercial companies and affects the sphere of labor law and competition protection, as well as broadly understood administrative and legal approvals. There is no doubt that each of the transformation processes in the company leads to the creation of a new legal entity acquiring legal subjectivity. The secondary way of creating a company requires more effort, (compared to the original way method). This is due to the fact that the operating company is already a subject of rights and obligations, it has claims against other entities, and it has specific rights. It is impossible to ignore these circumstances, because it involves further liability for newly created entities and their legal succession⁴³. Also very important is caring for the position of the company's current shareholders and their participation in the newly created entity. All these circumstances mean that this process extends over time and requires greater commitment, which further intensifies the need for professional representative participation. The role of an advocate in such a process boils down to protecting the interests of the parties to the transaction he or she represents. This manifests itself in the optimal preparation of transaction documents that allows limiting (disable) the risk of disputes between the parties to the transaction. Due to the length of transaction procedures, it is crucial that the advocate's actions minimize the time and thus transaction costs. At this point, it is worth emphasizing the *due diligence* procedure of entities participating in transactions for its needs⁴⁴. It is also worth noting that the transformation of commercial law companies requires the specializa-

⁴³ Compare, for example, the judgment of the Supreme National Court from September 13, 2017, IV CSK 603/16, Lex no 2390748; judgment of the Administrative Court in Lodz from October 11, 2012, I ACa 620/12, Lex no. 1254375.

⁴⁴ H. Sher, *Due diligence investigations*, "Juta's Business Law" 1998, no. 6(1), p. 15–19; J.A. Sherer, T.M. Hoffman, E.E. Ortiz, *Merger and acquisition due diligence: Proposed framework to incorporate data privacy, information security, e-discovery, and information governance into due diligence practices*, "Richmond Journal of Law & Technology" 2014, no. 21(2), p. 1–76.

tion of participating advocates. It can even be postulated that it is desirable to create a team of people conducting the analyzed procedure.

The complexity of procedures and multidimensional nature speak for the legitimacy of compulsory attorney-at-law in the process of establishing and transforming commercial companies. The participation of a professional attorney would contribute to the speed of the proceedings and would guarantee the correctness of the activities performed⁴⁵. In particular, the process of transforming commercial law companies (which requires examination of, e.g., financial documents, regulations on the concentration of entities, environmental protection, administrative and legal and corporate approvals) justifies the correctness of the raised thesis.

Difficulties in enforcing the proposed coercion should also be noticed, mainly because many activities take place outside the court, at the stage of conception and strategy development. However, it is possible to oblige the parties to submit an application for entry through a professional representative.

Summary

The conducted considerations allow us to conclude that the creation of the commercial company is a complicated matter with high risk related to the effects of any error — justifying the participation of a lawyer who can guarantee a correct and efficient process in accordance with the Latin *Paremia morbum evitare quam curare facilius est*⁴⁶ (“being given the chance to minimize negative consequences as a preventative function”). It is better to consult the issue than to use legal assistance *post factum*, which not only prolongs the process, but also often generates additional costs. It is worth noting that at any stage of the creation of a commercial company there is no legal coercion. Only in registration proceedings is it mentioned that an advocate or an attorney-at-law may be a representative, but also in this case the provisions do not impose legal coercion. Therefore, the participation of a lawyer and his or her legal assistance in the creation of the commercial company depends only on the decision of the entity.

Presented comments indicate that the creation of a commercial company is a broad field for professional activity. Most of all the choice of the legal form of conducting business is determined by various factors, and in very excep-

⁴⁵ The legislator noticed the need to act in proceedings before a court of first instance in relation to proceedings in cases of intellectual property – see Act of February 13, 2020 amending the Act – Code of Civil Procedure and certain other acts (Journal of Law of 2020, item 288). It should be admitted, however, that the complicated nature of creative activities may be too weak an argument for the introduction of compulsory attorney-at-law, due to the significant limitation of the parties’ postulation capacity already at the stage of the court of first instance.

⁴⁶ To prevent is better than to cure.

tional situations the freedom to choose the concrete legal form is limited. The interpretation of the prerequisites for creating a limited liability company, especially about the articles of association of a limited liability company, proves that its content should go beyond the obligatory elements referred to in art. 157 of the CCC; however, proceed with caution due to questions about the scope of the principle of freedom of contract. In terms of the registration procedure, being subject to court review in both formal and material (substantive) terms was emphasized, which means that it is not only a clause procedure that ends with an entry, irrespective of the content and form of the submitted documents and attachments. Finally, transformations such as a merger, transformation and division are more complicated ways of creating a commercial law company. Due to the fact that the operating company is already a subject of rights and obligations, etc., those procedures go far beyond the law of commercial companies and affect the sphere of labor law, competition protection, and broadly understood administrative and legal approvals. It is worth postulating that the transformation of commercial law companies should require legal coercion.

References

- Breges Z., Jakupak T., *Digitalization of business register*, [in:] *InterEULawEast: Journal for International and European Law*, "Economics and Market Integrations" 2017, no. 4(2).
- Caron P.L., *The Estate Planning Advantages of Limited Liability Companies*, "Tax Notes" 1996, vol. 70.
- Cristea S., *Comparative study: Limited liability company versus unlimited liability company*, "Perspectives of Business Law Journal" 2013, no. 2(1).
- Diakovych M., *Notarial Protection and Defence of Corporate Rights of Participants (Founders) of a Limited Liability Company: Civil Legal Aspect*, "Law of Ukraine. Legal Journal (Ukrainian)" 2016, issue 12.
- Egan B.F., *Choice of Entity Alternatives*, "Texas Journal of Business Law" 2004, vol. 39, no. 3.
- Feehily R., *The role of the lawyer in the commercial mediation process: critical analysis of the legal and regulatory issues*, "South African Law Journal" 2016, no. 133(2).
- Freedman J., *Limited liability: Large company theory and small firms*, "Modern Law Review" 2000, no. 63(3).
- Gorriz C., *EU Company Law: Past, Present and Future*, "Global Jurist" 2019, vol. 19, issue 1.
- Heminway J., Sulkowski A.J., *Blockchains, corporate governance, and the lawyer's role*, "Wayne Law Review" 2019, no. 65(1).
- Karagusssov F., *Development of Company Law in Kazakhstan*, "Juridica International" 2016, no. 24.
- Kędzierski P., *Powstanie i rejestracja sp. z o. o., której umowę zawarto przy użyciu wzorca umowy (spółki s-24)*, Warsaw 2019, Legalis.
- Kidyba A., Kopaczyńska-Pieczniak K., *Organy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, [in:] A. Kidyba (ed.), *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, 2013, Lex.

- Kidyba A., *Commentary to art. 163*, [in:] A. Kidyba (ed.), *Komentarz aktualizowany do art. 1-300, Kodeksu spółek handlowych*, 2020, Lex.
- Kidyba A., *Prawo handlowe*, C.H. Beck, Warsaw 2019.
- Klimaszewska A., Mariański M., Zięty J.J., Warylewska K., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (société à responsabilité limitée) we francuskim kodeksie handlowym. Tekst przepisów wraz z tłumaczeniem oraz porównaniem do polskiego Kodeksu spółek handlowych*, Olsztyn 2017.
- Lupulescu A., *Some particularities concerning the limited liability company*, "Perspectives of Business Law Journal" 2015, no. 4(1).
- Mezzullo L.A., *Choice of Entity*, "CTEC Notes" 1997, vol. 22, issue 4.
- Michnik A., *Commentary to art. 694^{3a} CCP*, [in:] A. Marciniak (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3: *Komentarz do art. 425–729*, Warsaw 2020, Legalis.
- Moll D.K., *Minority Oppression & the Limited Liability Company: Learning (or Not) from Close Corporation History*, "Wake Forest Law Review" 2005, vol. 40.
- Ponka V., *The Convergence of Law: The Finnish Limited Liability Companies Act as an Example of the So-Called Americanization of European Company Law*, "European Company Law" 2017, vol. 14, issue 1.
- Sher H., *Due diligence investigations*, "Juta's Business Law" 1998, no. 6(1).
- Sherer J.A., Hoffman T.M., Ortiz E.E., *Merger and acquisition due diligence: proposed framework to incorporate data privacy, information security, e-discovery, and information governance into due diligence practices*, "Richmond Journal of Law & Technology" 2014, no. 21(2).
- Szajkowski A., Tarska M., *Commentary to art. 157 of the CCC*, [in:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja (eds.), *Kodeks spółek handlowych*, t. 1: *Przepisy ogólne, spółki osobowe*, C.H. Beck, Warsaw 2012.
- Szczurowski T., *Zakres kognicji sądu w postępowaniu rejestrowym*, "Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2013, no. 7.
- Tanajewska R., *Charakter majątkowy i korporacyjny praw wynikających z udziału w spółce z o.o.*, "Studia Prawnoustrojowe" 2016, no. 32.
- Urda O., *Authorized individual, sole proprietorship, limited liability company: difficult choice that the small entrepreneur is facing*, "Analele Stiintifice Ale Universitatii Alexandru Ioan Cuza Din Iasi Stiinte Juridice" 2016, no. 62(1).
- Wilson T.H., Sheppard J., *In memory of sergei magnitsky: lawyer's role in promoting and protecting international human rights*, "Houston Journal of International Law" 2019, no. 41(2).

Summary

Creating a commercial company on the example of a limited liability company – about the role of an advocate

Keywords: commercial company, limited liability company, register, advocate.

This publication discusses the stages of creating a commercial company while reviewing the necessary regulations. The purpose of this paper is to

describe the problems and doubts that may arise, such as choosing the legal organizational form of the future business activity, preparing the company's articles of association, and the registration process. The complexity of the forms used to register the company and the formalistic nature of the procedures required are highlighted. Presented comments indicate that the creation of a commercial company is a broad field for professional legal activity, basically not because of the formalized procedure, but mainly due to the momentous consequences of making mistakes. The considerations show that the participation of a professional representative is highly desirable. For this reason, it is worth postulating the imposition of legal coercion in the case of creating a commercial company, or at least an in-depth analysis of the need for such coercion.

Streszczenie

Tworzenie spółki handlowej na przykładzie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością – o roli adwokata

Słowa kluczowe: spółka handlowa, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, rejestr, adwokat.

W publikacji omówiono etapy tworzenia spółki handlowej, dokonując przeglądu niezbędnych przepisów. Celem artykułu jest opisanie problemów i wątpliwości, które mogą pojawić się na różnych etapach tworzenia spółki, takich jak wybór formy organizacyjnej działalności gospodarczej, przygotowanie umowy spółki, proces rejestracji spółki. Zwrócono uwagę na złożoność formularzy służących do rejestracji spółki oraz formalizm postępowania rejestrowego. Z przeprowadzonych rozważań wynika, że powstanie spółki handlowej to szerokie pole dla działalności prawnika, w zasadzie nie tyle ze względu na sformalizowaną procedurę, ale przede wszystkim z powodu doniosłych konsekwencji popełnienia błędów. Rozważania wskazują, że udział zawodowego pełnomocnika jest wysoce pożądanym. Wobec tego zaproponowano wprowadzenie przymusu prawnego w przypadku zakładania spółki handlowej lub przynajmniej przeprowadzenie pogłębionej analizy potrzeby takiego przymusu.

Maciej Lubiszewski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-8261-7917

m.lubiszewski@uwm.edu.pl

Zaległość podatkowa jako podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Wprowadzenie

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany wykazać, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia z postępowania. Jest to mechanizm, za pomocą którego prawodawca dąży do zapewnienia, aby uczestnikami postępowania nie byli wykonawcy nierzetelni. Wcześniejsze regulacje z dziedziny zamówień publicznych bezwzględnie zobowiązywały zamawiających do wykluczania wykonawców, którzy znaleźli się w co najmniej jednej sytuacji określonej w przepisach prawa. Zmianę w tym zakresie przyniosła nowelizacja z 2016 r.¹, której głównym celem była implementacja przepisów nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych z 2014 r.² Nowelizacja wprowadziła do polskiego prawa zamówień publicznych podział podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawy obligatoryjne i fakultatywne. Podział wywodzi się z prawa unijnego, a konstrukcja ta została doprecyzowana w dyrektywie 2014/24/UE.

O ile obligatoryjność podstaw wykluczenia nie budzi żadnych wątpliwości, o tyle fakultatywność części z nich wymaga wyjaśnienia. Zgodnie z art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE „instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu każdego wykonawcę”, wobec którego zachodzi podstawa wskazana w tym przepisie. Prawodawca unijny wskazał dwa możliwe modele im-

¹ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 1020).

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014, s. 65 z późn. zm.), dalej jako dyrektywa 2014/24/UE.

plementacji tego przepisu: państwa członkowskie mogą uprawnić albo zobowiązać zamawiających do wykluczania wykonawców z przyczyn określonych w art. 57 ust 4 dyrektywy 2014/24/UE³. Polski ustawodawca, implementując to rozwiązanie w 2016 roku, zdecydował się na pierwszą z tych możliwości i podtrzymał swoją decyzję uchwalając w 2019 roku nową ustawę – Prawo zamówień publicznych⁴. W konsekwencji, w art. 108 Pzp ustanowiono obligatoryjne podstawy wykluczenia, natomiast w art. 109 Pzp – podstawy fakultatywne. Fakultatywność podstawy wykluczenia nie oznacza przyznania zamawiającemu prawa do arbitralnej decyzji o wykluczeniu danego postępowania. Zamawiający jest jedynie uprawniony do samodzielnego zdecydowania, czy w przygotowywanym postępowaniu wprowadzić podstawę albo podstawy z art. 109, czy też nie⁵. Wprowadzenie takiej podstawy wymaga przewidzenia jej w treści specyfikacji warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu albo zaproszenia do udziału i w takim przypadku będzie ona obowiązywała w postępowaniu na takich samych zasadach, co podstawa obligatoryjna. Oznacza to, że zamawiający będzie prawnie zobowiązany do wykluczenia z postępowania wykonawcy, wobec którego zachodzi podstawa wprowadzona do danego postępowania⁶. Różnica pomiędzy podstawami obligatoryjnymi a fakultatywnymi sprowadza się zatem do bezpośredniego źródła ich obowiązywania w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku podstaw obligatoryjnych źródłem tym jest ustawa (wola prawodawcy), natomiast źródłem podstaw fakultatywnych są dokumenty zamówienia (wola zamawiającego).

Podstawa wykluczenia z postępowania związana z zaległością podatkową wykonawcy ma szczególny charakter, ponieważ występuje zarówno w katalogu podstaw obligatoryjnych (art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp), jak również w katalogu podstaw fakultatywnych (art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp). Jest to pochodna rozwiązania unijnego. Zgodnie z art. 57 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE instytucja zamawiająca „wyklucza” wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, co zostało ustalone „w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej”, a jednocześnie instytucja ta „może wykluczyć lub zostać zobowiązana przez państwa członkowskie do wykluczenia” wykonawcy, który naruszył obowiązki dotyczące płatności po-

³ W. Hartung, M. Bałaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 568. Por. też A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 485–486 – autorki, nie bez racji, nazwały omawiane rozwiązanie „względnie fakultatywnymi podstawami wykluczenia”.

⁴ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 z późn. zm.), dalej jako Pzp.

⁵ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 203.

⁶ I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 338–339.

datków, co może zostać wykazane „za pomocą dowolnych stosownych środków”. W przywołanym przepisie dyrektywy połączono rozwiązania charakteryzujące podstawy obligatoryjne i fakultatywne.

W konsekwencji, zgodnie z polskim prawem, wykonawca, wobec którego „wydano prawomocny wyrok lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków”, podlega wykluczeniu z każdego postępowania prowadzonego na podstawie Prawa zamówień publicznych, natomiast wykonawca, który „naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków (...) z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3” podlega wykluczeniu z postępowania, o ile zamawiający wskazał tę podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Celem niniejszego artykułu jest omówienie i porównanie obu (tj. obligatoryjnej i fakultatywnej) „podatkowych” podstaw wykluczenia. W pierwszej kolejności ustalona zostanie treść każdej z nich z uwzględnieniem mechanizmów samooczyszczających (ang. *self-cleaning*), pozwalających wykonawcy uniknąć wykluczenia z postępowania. Następnie zbadany zostanie sposób sprawdzenia przez zamawiającego, czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp, co budziło wątpliwości na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów⁷. Opracowanie zamknie podsumowanie zawierające m.in. wnioski mogące mieć znaczenie dla praktyki.

Zaległość podatkowa jako obligatoryjna podstawa wykluczenia z postępowania

Art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków⁸. Ustawodawca nie wskazał, o jakie podatki chodzi, więc *prima facie* w grę wchodzi każde „publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej”⁹. Przywołana definicja z art. 6 Ordynacji podatkowej *expressis verbis*

⁷ M. Lubiszewski, *Dopuszczalność żądania zaświadczeń o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub składek w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, „Finanse Komunalne” 2018, nr 9, s. 49 i nast.

⁸ Przepis ten dotyczy również zaległości z uiszczeniem opłat i składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

⁹ Art. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2020 r., poz. 1325 z późn. zm.). Cechy podatku zostały zidentyfikowane przez doktrynę prawa podatkowego – por. m.in B. Brzeziński, *Uwagi o znaczeniu definicji w prawie podatkowym*, [w:] R. Mastalski (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Marka Mazurkiewicza. Studia z dziedziny prawa finansowego, prawa konstytucyjnego i ochrony środowiska*, Wrocław 2001, s. 24 i nast.

wskazuje beneficjentów świadczenia podatkowego, którymi są podmioty tworzące państwo polskie¹⁰. Wydaje się jednak, że takie zawężenie znaczenia podatku trudno pogodzić z unijnym kontekstem prawa zamówień publicznych. Przepisy art. 57 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 108 Pzp należy interpretować jako wymagające wykluczenia z postępowania wykonawcy, który zalega z uiszczeniem podatku w państwie, w którym ma swoją siedzibę albo miejsce zamieszkania oraz w kraju, w którym siedzibę ma instytucja zamawiająca¹¹. Pojęcie podatku użyte w art. 108 Pzp powinno być zatem rozumiane nie tylko w sposób określony w art. 6 Ordynacji podatkowej, ale także z uwzględnieniem prawa podatkowego właściwego dla wykonawcy zagranicznego, który ubiega się o zamówienie publiczne w Polsce.

Zaległością podatkową jest podatek niezapłacony w terminie, a także niezapłacony w terminie zaliczka na podatek lub rata podatku. Zaległość ma charakter obiektywny i powstaje z mocy prawa¹². Omawiana podstawa wykluczenia zajdzie wówczas, gdy zaległość będzie prawomocna, tzn. zostanie potwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Za prawomocny wyrok uznaje się wyrok, którego nie można zaskarżyć w toku instancji, czyli za pomocą zwykłych środków odwoławczych¹³. Z kolei ostateczną decyzją administracyjną jest decyzja, od której nie przysługuje odwołanie ani wniosek o ponowne rozpatrzenie w administracyjnym toku instancji¹⁴.

Stan prawomocnej zaległości podatkowej musi zachodzić w okresie od upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu aż do chwili zawarcia umowy, co wynika z następujących rozwiązań proceduralnych Prawa zamówień publicznych. Po pierwsze, wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty (albo wniosku) tzw. oświadczenie wstępne potwierdzające, że na dzień składania ofert (albo wniosków)¹⁵ wobec wykonawcy nie zachodzą okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania. Po drugie, od tego momentu do czasu zakończenia postępowania, a więc do zawarcia umowy albo unieważnienia postępowania, zamawiający jest uprawniony do badania, czy którykolwiek z wykonawców nie podlega wykluczeniu z postępowania¹⁶. Oznacza to, że uprawnomocnienie się zaległości podatkowej po złożeniu oferty lub wniosku (jednak przed zakończeniem postępowania) powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania¹⁷. *A contrario*

¹⁰ S. Babiarz, B. Dauter, R. Hauser, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, J. Rudowski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 100.

¹¹ Tak też J. Pieróg, op. cit., s. 208.

¹² Ibidem, s. 443. Por. też S. Babiarz, op. cit., s. 414.

¹³ W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 302.

¹⁴ Ibidem, s. 303.

¹⁵ Art. 125 ust. 3 Pzp.

¹⁶ Art. 128 ust. 2 Pzp.

¹⁷ Bieżącą weryfikację, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, umożliwia też art. 128 ust. 3 Pzp.

należy stwierdzić, że prawomocna zaległość podatkowa, która wprowadzie istniała w chwili wszczęcia postępowania, jednak wygasła przed złożeniem przez wykonawcę oferty albo wniosku, jak również zaległość podatkowa, która uprawomocniła się już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia, nie stanowią podstawy do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Współgra to ze specyficznym mechanizmem samooczyszczenia wbudowanym w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Omawiana podstawa wykluczenia z postępowania nie zajdzie, gdy wykonawca dokonał płatności należnych podatków wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Przed nowelizacją z 2016 r.¹⁸ okolicznością uchylającą wykluczenie z tytułu zaległości podatkowych było uzyskanie „przewidzianego prawem zwolnienia, odroczenia, rozłożenia na raty zaległych płatności lub wstrzymania w całości wykonania decyzji właściwego organu”, co odpowiadało regulacji polskiego prawa podatkowego. W 2016 r. przepis ten został jednak dostosowany do brzmienia art. 57 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, w którym mowa o „wiązącym porozumieniu w celu spłaty tych należności, obejmującym w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny”. To rozwiązanie wywodzi się z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w jednym z wyroków stwierdził, że do prawa krajowego należy określić reguł wypełniania obowiązków podatkowych i przewidziane w tym prawie instrumenty obniżające zobowiązania podatkowe, amnestia podatkowa czy też ugoda administracyjna mogą stanowić okoliczności uchylające podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania¹⁹. Nie ma wątpliwości, że ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych przewidziane przez rozdział 7a Ordynacji podatkowej, mimo że są przyznawane w drodze decyzji administracyjnej, mieszczą się w pojęciu „wiążące porozumienia w sprawie spłaty tych należności” i zgodnie w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp ich uzyskanie przez wykonawcę uchyla prawną możliwość wykluczenia go z postępowania z tytułu prawomocnej zaległości podatkowej.

W nowej ustawie doprecyzowano, że spłata zaległości lub zawarcie porozumienia ma nastąpić przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co zapobiega sytuacji, w której wykonawca spłaci zaległość podatkową dopiero po otwarciu ofert, gdy zna już swoje szanse na uzyskanie zamówienia²⁰.

Omawiana podstawa wykluczenia z postępowania nie jest objęta mechanizmem tzw. samooczyszczenia (ang. *self-cleaning*), uregulowanym w art. 110 Pzp,

¹⁸ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020).

¹⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 9 lutego 2006 r. w połączonych sprawach C-226/04 i C-228/04, § 35–36.

²⁰ Należy przy tym odnotować, że na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów niektórzy autorzy formułowali pogląd o konieczności spłaty zaległości przed upływem terminu składania ofert – por. np. J. Pieróg, op. cit., s. 209.

który polega na tym, że wykonawca, wobec którego zachodzą określone podstawy wykluczenia, może uniknąć eliminacji z postępowania, wykazując, że przedsięwziął środki zaradcze wskazane w art. 110 ust. 2 Pzp²¹. Jest to uzasadnione, ponieważ w przypadku podstawy wykluczenia określonej w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp cele mechanizmu samooczyszczenia mogą zostać osiągnięte poprzez spłatę zaległości podatkowej lub zawarcie porozumienia w sprawie takiej spłaty.

Należy zauważyć, że do omawianej podstawy wykluczenia nie ma zastosowania również art. 111 Pzp. Przepis ten ustanawia okresy podlegania wykluczeniu, liczone od dnia zajścia zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia, rozciągając w czasie negatywne konsekwencje sytuacji eliminujących wykonawcę w postępowaniach. Prawomocna zaległość podatkowa skutkuje wykluczeniem z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez cały okres jej trwania, natomiast ustanie tej zaległości, np. poprzez jej spłatę lub przedawnienie, wywołuje automatyczny i natychmiastowy skutek w postaci uchylenia podstawy wykluczenia.

Podmiotowym środkiem dowodowym służącym wykazaniu braku podstawy wykluczenia określonej w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp jest oświadczenie własne wykonawcy. W istocie jego treść pokrywa się z treścią oświadczenia wstępnego, składanego wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców. Z tego powodu oświadczenie składane przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego służy jedynie potwierdzeniu aktualności informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym²².

Co ważne, oświadczenie własne wykonawcy jest jedynym środkiem dowodowym, którego może żądać zamawiający od wykonawcy, który zalega z opłacaniem podatków i ta zaległość jest prawomocna²³. Oznacza to, że bezprawne będzie wezwanie takiego wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spłatę zaległości wraz z odsetkami lub grzywnami przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych zaległości. *Prima facie* takie uprawnienie wynika z § 2 ust. 1 pkt 4 *in fine* rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych, jednak przepis ten dotyczy jedynie podstawy fakultatywnej. Prowadzi to do wniosku, że na gruncie obowiązującego prawa zamawiający nie dysponuje instrumentami służącymi skutecznej

²¹ Por. m.in. A. Kowalczyk, *Praktyczne aspekty stosowania instytucji self-cleaningu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 4(67), s. 140.

²² § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415), dalej jako rozporządzenie o podmiotowych środkach dowodowych.

²³ Potwierdza to również projektodawca w uzasadnieniu projektu rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych (s. 6), https://uzp.bip.gov.pl/fobjects/download/837347/uzasadnienie_rozp-podmiotowe-srodki-dowodowe_uzgodnienia-pdf.html (data dostępu: 7.07.2021).

weryfikacji, czy wykonawca rzeczywiście dokonał spłaty prawomocnej zaległości lub uzyskał ulgę w jej spłacie.

Zaległość podatkowa jako fakultatywna podstawa wykluczenia z postępowania

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy. Wyrażenie „może wykluczyć” z wprowadzenia do wyliczenia zawartego w art. 109 Pzp oznacza, że wszystkie przesłanki wskazane w tym przepisie mają charakter fakultatywny. Omawiana podstawa wykluczenia będzie zatem obowiązywała w danym postępowaniu wyłącznie wtedy, gdy zamawiający wprowadzi ją do dokumentów zamówienia lub do ogłoszenia²⁴.

Mimo użycia sformułowania („naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków”) odmiennego niż w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp, omawiana przesłanka będzie miała zastosowanie w przypadku wystąpienia zaległości podatkowej²⁵. Ustawodawca wyraźnie jednak wskazał, że w przypadku przesłanki fakultatywnej w grę wejdzie jedynie zaległość nieprawomocna²⁶.

Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków albo ofert „dokonał płatności należnych podatków (...) wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności”. Do omawianej podstawy wykluczenia nie ma zastosowania art. 110 Pzp, regulujący tzw. mechanizm samooczyszczenia, oraz art. 111 Pzp, który ustala terminy podlegania wykluczeniu. Są to rozwiązania analogiczne do tych, które delimitują zakres zastosowania przesłanki obligatoryjnej dotyczącej zaległości prawomocnej, więc nie ma potrzeby powtarzania w tym miejscu ustaleń poczynionych wcześniej.

Specyficzną normę, bo odnoszącą się tylko do niektórych fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania, zawiera art. 109 ust. 3 Pzp. Pozwala on zamawiającemu nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków jest niewielka. Przepis wywodzi się z art. 57 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE, dopuszczającego odstępstwo od obowiązku wykluczenia m.in. „gdy wykluczenie byłoby w sposób wyraźny nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zale-

²⁴ M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 180. Por. też: H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 389.

²⁵ H. Nowak, M. Winiarz (red.), op. cit., s. 389.

²⁶ M. Sieradzka (red.), op. cit., s. 180.

głych podatków (...) jest niewielka lub gdy – w związku z naruszeniem obowiązków dotyczących płatności podatków (...) – wykonawca został poinformowany o dokładnej należnej kwocie w takim terminie, że nie miał możliwości podjęcia środków przewidzianych w ust. 2 akapit trzeci przed upływem terminu złożenia wniosku (...) lub (...) oferty”.

Polski ustawodawca nie określił, jaka kwota zaległych podatków powinna być uznana za niewielką. Zamawiający mogą rozstrzygać tę kwestię *ad casum* albo przyjąć w dokumentach zamówienia limity, powyżej których art. 109 ust. 3 nie będzie stosowany. Skoro w omawianym przepisie jest mowa o proporcjonalności, rozsądnym byłoby odnoszenie wysokości zaległości do kwoty stanowiącej całkowitą należność podatkową wykonawcy²⁷, co wiąże się z trudnościami w określeniu właściwej relacji procentowej oraz w ustaleniu całkowitej kwoty zobowiązań podatkowych wykonawcy. Nie ma też przeszkód, aby wskazać pewną maksymalną kwotę, która zostanie uznana za niewielką. Obydwa rozwiązania zostały zaakceptowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej²⁸. Za niewłaściwe należy natomiast uznać ocenianie proporcjonalności kwoty zaległości względem wartości zamówienia, ponieważ podstawa wykluczenia dotycząca zaległości podatkowych nie odnosi się do zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

W art. 109 ust. 3 Pzp pominięto jedną z okoliczności stanowiących według art. 57 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE egzemplifikację nieproporcjonalności wykluczenia z tytułu zaległości podatkowych. Prounijna wykładnia art. 109 ust. 3 Pzp pozwala jednak uznać, że sytuacja, w której wykonawca dowiedział się od organu podatkowego o dokładnej należnej kwocie w takim terminie, że nie miał możliwości podjęcia środków samooczyszczających (spłata należności wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarcie porozumienia w sprawie takiej spłaty), stanowi okoliczność, w której wykluczenie wykonawcy może być uznane za nieproporcjonalne i uprawnia zamawiającego do zaniechania wykluczenia.

Warto też podnieść, że art. 109 ust. 3 Pzp ma charakter fakultatywny i decyzja o jego zastosowaniu należy do zamawiającego²⁹. Grozi to arbitralnymi rozstrzygnięciami pozostającymi poza skuteczną kontrolą właściwych organów, w tym Krajowej Izby Odwoławczej. Izba, przyznając, że kwota zaległości podatkowej jest niewielka, najpewniej uzna, że nawet w takiej sytuacji

²⁷ J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 457.

²⁸ Wyrok TSUE z 10 lipca 2014 r. w sprawie C-358/12, pkt 31-41. Wprawdzie werdykt dotyczył rozwiązania przyjętego przez prawodawcę (100 euro stanowiących co najmniej 5% należnych kwot), jednak wnioski TSUE można odnieść również do postanowień dokumentów zamówienia, którymi zamawiający mogą wypełnić lukę pozostawioną przez polskiego ustawodawcę.

²⁹ H. Nowak, M. Winiarz (red.), op. cit., s. 391.

zamawiający nie jest zobowiązany do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dobrą praktyką, która ograniczałaby to ryzyko, może być opisane rozwiązanie, polegające na wskazaniu przez zamawiającego, jaką kwotę będzie on uznawał za niewielką i chroniącą wykonawcę przed wykluczeniem.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych dokumentem potwierdzającym brak omawianej podstawy wykluczenia jest „zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem”. Wykonawca, który zalega z opłacaniem podatków lub opłat, jest zobowiązany do dołączenia do zaświadczenia o zaleganiu dokumentów potwierdzających, że przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności. Takim dokumentem będzie w szczególności potwierdzenie zlecenia przelewu bankowego albo decyzja właściwego organu podatkowego o przyznaniu ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych przewidzianej przez rozdział 7a Ordynacji podatkowej.

Wnioski

Zaległość podatkowa jest okolicznością stanowiącą zarówno obligatoryjną, jak i fakultatywną podstawę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawy te różnią się charakterem zaległości – o ile podstawa obligatoryjna zachodzi w przypadku zaległości potwierdzonej prawomocnym orzeczeniem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną, o tyle podstawa fakultatywna aktualizuje się w sytuacji zaległości nieprawomocnej. W tym sensie podstawy te są komplementarne. Ich łączne zastosowanie skutkuje tym, że każdy niezapłacony w terminie podatek, zaliczka na podatek lub rata podatku eliminuje wykonawcę z postępowania. Surowość tej sankcji łagodzą przepisy Prawa zamówień publicznych, wyłączające możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy, który przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spłacił zaległość lub uzyskał ulgę w spłacie tych zobowiązań przewidzianą w przepisach podatkowych. To rozwiązanie jest specyficznym wariantem mechanizmu samooczyszczenia z art. 110 Pzp, który z tego powodu nie ma zastosowania do podatkowych podstaw wykluczenia z postępowania. Dodatkowo szczególną cechą podstawy fakultatywnej jest uprawnienie zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy, jeżeli byłoby ono nieproporcjonalne, zwłaszcza gdy kwota nieprawomocnej zaległości jest niewielka.

Kolejną różnicą między omawianymi podstawami wykluczenia jest bezpośrednie źródło ich obowiązywania. W przypadku podstawy obligatoryjnej jest nią wola prawodawcy, w przypadku podstawy fakultatywnej – wola zamawiającego wyrażona w ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia.

Wreszcie różne są podstawy weryfikacji braku istnienia omawianych przesłanek wykluczenia. Wstępna weryfikacja następuje na podstawie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 Pzp, obejmującego zarówno okoliczności z art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp, jak również z art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp. Na etapie pełnej weryfikacji wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, ustalenie, że wobec tego wykonawcy nie zachodzi przesłanka określona w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp, następuje jedynie na podstawie oświadczenia aktualizacyjnego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych. Jeżeli chodzi o przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 3, weryfikacja dokonywana jest na podstawie zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, natomiast w przypadku zalegania z opłacaniem podatków – na podstawie dokumentów potwierdzających spłatę zaległości lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie jej spłaty.

Prawodawca wprowadził rozstrzygniął kwestię wątpliwą na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, jednoznacznie wiążąc określone środki dowodowe z poszczególnymi podstawami wykluczenia, jednak pozbawił zamawiającego narzędzia do skutecznej weryfikacji spłaty prawomocnej zaległości podatkowej bądź uzyskania ulgi w spłacie, którym niewątpliwie byłoby żądanie złożenia stosownych dowodów takiej spłaty lub ulgi.

Zamawiający, który zmierza do ustalenia, czy wykonawca rzetelnie wiąże się ze swoich zobowiązań podatkowych, powinien skorzystać z możliwości, jaką daje art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp i zastosować w prowadzonych postępowaniach przesłankę fakultatywną dotyczącą nieprawomocnych zaległości podatkowych. Pozwoli mu to na ocenę sytuacji, w jakiej znajduje się wykonawca-podatnik na podstawie wiarygodnych środków dowodowych (takich jak: zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, dowód spłaty zaległości, decyzja organu podatkowego w przedmiocie ulgi w spłacie zaległości) bez ograniczania się wyłącznie do oświadczeń własnych wykonawcy. Pewnym problemem może być niedostatecznie precyzyjny art. 109 ust. 3 Pzp, jednak zamawiający może zneutralizować ten problem przez odpowiednie postanowienia dokumentów zamówienia, w których przykładowo wskazuje maksymalną wysokość zaległości, którą będzie uznawał za niewielką w rozumieniu przywołanego przepisu.

Wykaz literatury

- Babiarz S., Dauter B., Hauser R., Kabat A., Niezgódka-Medek M., Rudowski J., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Brzeziński B., *Uwagi o znaczeniu definicji w prawie podatkowym*, [w:] R. Mastalski (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Marka Mazurkiewicza. Studia z dziedziny prawa finansowego, prawa konstytucyjnego i ochrony środowiska*, Oficyna Wydawnicza Unimex, Wrocław 2001.
- Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Dzwonkowski H. (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Hartung W., Bałaj M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Kowalczyk A., *Praktyczne aspekty stosowania instytucji self-cleaningu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 4(67).
- Lubiszewski M., *Dopuszczalność żądania zaświadczeń o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub składek w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, „Finanse Komunalne” 2018, nr 9.
- Nowak H., Winiarz M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021.
- Pawelec J. (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Sieradzka M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Sołtysińska A., Talago-Sławoj H., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

Summary

Tax arrears as a ground for excluding a contractor from a public procurement procedure

Keywords: public procurement law, tax arrears, ground for excluding from public procurement procedure, self-cleaning, means of proof relating to the contractor.

The article aims to establish the differences between two similar grounds for excluding a contractor from a public procurement procedure provided for in art. 108 par. 1 (3) and Article 109 para. 1 (1) of the Public Procurement Law Act (PPL). This act provides for over twenty grounds for excluding. Some of them are obligatory, some – optional. A special case is tax arrears which are

of obligatory (Article 108 par. 1 (3) of the PPL) and optional (Article 109 par. 1 (1) PPL) character. The ground specified in art. 108 par. 1 (3) PPL applies in the case of tax arrears confirmed by a final court judgment or a final administrative decision, while the ground provided for in art. 109 par. 1 (1) PPL is applicable in the case of arrears that are not final. These grounds are therefore complementary. Accumulation of them in one procedure may result in the elimination from the procedure of a contractor who has failed to meet his tax obligations even slightly. Public Procurement Law Act, especially art. 109 par. 3, however, allows mitigating these effects. In addition, the optional ground allows evaluating the contractor basing on the documents of the tax authority, and not – as under art. 108 par. 1 (3) PPL – only based on the contractor's declaration.

Agnieszka Malarewicz-Jakubów

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0001-5964-4546

malarewicz@uwb.edu.pl

Paweł Rakowski

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0003-1581-7163

pawelrakowski5@wp.pl

Odpowiedzialność solidarna inwestora i wykonawcy wobec podwykonawcy

Wprowadzenie

Jak wskazują badania Banku Gospodarstwa Krajowego¹, aż 41% ankietowanych w badaniu przedsiębiorców zgłasza problemy związane z utrzymaniem płynności finansowej lub zatorami płatniczymi. Do czynników powodujących wymienione problemy przedsiębiorcy wskazują długie terminy płatności ze strony inwestorów oraz trudności w dochodzeniu wynagrodzenia podstawowego i za prace dodatkowe. Niniejszy artykuł dotyczy odpowiedzialności solidarnej inwestora i wykonawcy wobec podwykonawcy wykonującego roboty budowlane zgodnie z umową o roboty budowlane.

Po transformacji ustrojowej regulacja umowy o roboty budowlane ulega stałej ewolucji. Umowa o roboty budowlane została uregulowana w art. 647–658 Kodeksu cywilnego². Regulacja prawna objęta dyspozycją art. 647¹ k.c. wprowadzona została ustawą z dnia 1 lutego 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 49, poz. 408) i weszła w życie 24 kwietnia 2003 r. Jak wskazuje uzasadnienie projektu powołanej ustawy³, celem było przeciwdziałanie negatywnemu zjawisku w postaci braku płatności

¹ Strona internetowa Banku Gospodarstwa Krajowego, https://www.bgk.pl/files/public/Pliki/dla_mediow/R_aport_z_badiana_sektora_budowlanego.pdf (data dostępu: 20.10.2020).

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej jako k.c.

³ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie – Kodeks cywilny, druk 888, <http://orka.sejm.gov.pl/proc4.nsf/opisy/888.htm> (data dostępu: 20.10.2020).

wynagrodzenia za prace wykonane przez podwykonawców. Przyjęto w związku z tym zasadę solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy (generalnego wykonawcy) oraz podwykonawcy zawierającego umowę z kolejnymi podwykonawcami za zobowiązania powstałe podczas realizacji robót budowlanych na rzecz inwestora, na podstawie umowy zawartej z wykonawcą. Z dniem 1 czerwca 2017 r. znowelizowano przytoczony artykuł i weszła w życie ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności⁴. Zmiany dotyczą określenia w Kodeksie cywilnym zasad odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Przepis wprowadzający solidarną odpowiedzialność inwestora i generalnego wykonawcy w 2003 r. za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy był krytykowany przez doktrynę. Podkreślano naruszenie zasady prawidłowego rozkładu ryzyka w umowie o roboty budowlane, czyli zaburzenie równości stron⁵. Z drugiej strony wprowadzona nowelizacja była obejściem zasad powierzania wykonywania świadczenia przez jedną ze stron stosunku zobowiązaniowego osobom trzecim⁶. Należy jednak podkreślić, że brak zapłaty lub opóźnienie w zapłacie zobowiązań wynikających z umów jest głównym czynnikiem wpływającym na sytuację finansową spółki. Małe i średnie przedsiębiorstwa nie posiadają środków ani narzędzi, aby przeciwstawiać się negatywnym skutkom opóźnień w otrzymywaniu zapłaty. W związku z tym ustawodawca wprowadzając zmiany z 2017 r. ze względu na wadliwe działanie art. 647¹ k.c., w tym niejednorodną praktykę orzeczniczą w stosowaniu regulacji, umożliwia podwykonawcy otrzymanie zapłaty nie tylko od wykonawcy, lecz również od inwestora⁷. Celem artykułu jest przeanalizowanie ewolucji art. 647¹ k.c., który stanowi narzędzie ochrony strony słabszej w stosunku prawnym umowy o roboty budowlane.

Ewolucja umowy o roboty budowlane

W ostatnich trzydziestu latach ustawodawca wprowadził trzy istotne zmiany dotyczące umowy o roboty budowlane. Pierwsza zmiana została wprowadzona z dniem 14 lutego 2003 r., gdy wprowadzono omawiany przepis odpowiedzialności solidarnej z art. 647¹ k.c. Jak wskazano w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy nowelizującej, celem było zapobieganie negatyw-

⁴ Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz.U. z 2017 r., poz. 933), dalej jako ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r.

⁵ E. Zielińska, *Tytuł XVI. Umowa o roboty budowlane*, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, Warszawa 2018, s. 304.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności, druk 1185, www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1185 (data dostępu: 20.05.2019).

nemu zjawisku nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności podwykonawców robót budowlanych przez generalnych wykonawców. Problem polegał na tym, że inwestor zawierał umowę z generalnymi wykonawcami, którzy ogłaszali upadłość, gdy podwykonawcy zrealizowali prace budowlane wynikające z podpisanych umów. Prowadziło to do braku płatności podwykonawcom za zrealizowane prace, którzy byli małymi i średnimi przedsiębiorstwami, a których kontrahentami były z reguły duże przedsiębiorstwa⁸. Jak wskazuje Janusz Strzępka, status dużych przedsiębiorstw (wykonawców) wzbudzał zaufanie wśród podwykonawców, ponadto niekiedy taki kontrakt stanowił o tym, czy taki podwykonawca będzie mógł dalej się rozwijać, czy też będzie jedynie małym lokalnym przedsiębiorstwem budowlanym⁹. Jak wskazano w Wyroku Sądu Apelacyjnego z 20 sierpnia 2020 r. sygn. I AGa 139/19, ogłoszenie upadłości generalnego wykonawcy nie może być poczytywane jako podstawa do wygaśnięcia czy ograniczenia ciężącej na inwestorze odpowiedzialności solidarnej wobec podwykonawcy¹⁰. Należy zgodzić się z tezą Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, ponieważ za wybór wykonawcy odpowiada inwestor, który posiada odpowiednie środki, kadry i narzędzia do weryfikacji generalnego wykonawcy. W związku z tym podwykonawca nie może odpowiadać za wybór niewiarygodnego wykonawcy. Dodatkowo, jak wynika z raportu Najwyższej Izby Kontroli, najgorsze wyniki finansowe odnotowywał segment infrastrukturalny, którego wyniki miały decydujący wpływ na rentowność całej branży budowlanej¹¹. Jak wskazuje Ewa Zielińska, art. 647¹ § 5 był remedium na problem płatności dla podwykonawcy¹². W uzasadnieniu projektu podkreślono odpowiedzialność solidarną dotyczącą całości zobowiązania i jej niezależność od czyjejkolwiek winy. Ustawodawca, aby chronić inwestora, zastosował wymóg akceptacji inwestora na zawarcie umowy o podwykonawstwo. Należy jednak podkreślić, że problemy z interpretacją art. 647¹ istniały od samego początku jego obowiązywania. Szereg wątpliwości budził charakter odpowiedzialności inwestora. Natomiast stanowisko o akcesoryjnej odpowiedzialności inwestora związane jest z przyjęciem założenia, że warunkiem odpowiedzialności jest istnienie ważnego zobowiązania wykonawcy względem podwykonawcy, przy czym zaznacza się, że jest to odpowiedzialność szczególna. Dlatego przepisu nie można interpretować rozszerzająco. Interpretując więc ściśle ów przepis, należy przyjąć, że inwestor zobowiązany był wyłącznie do zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy, rozumianego jako na-

⁸ E. Zielińska, op. cit., s. 303.

⁹ J. Strzępka, *Umowa o roboty budowlane*, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych*, t. 5, wyd. piąte, Warszawa 2017, s. 1480.

¹⁰ Wyrok SA w Szczecinie z 20 sierpnia 2020 r., sygn. akt I AGa 139/19, Lex nr 3116044.

¹¹ Informacja o wynikach kontroli, KIN.430.001.2017, nr ewid. 155/2017/P/16/030/KIN, s. 15, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,16542,vp,19074.pdf> (data dostępu: 1.01.2021).

¹² E. Zielińska, op. cit., s. 274.

leżność główna z umowy¹³. Artykuł 647¹ § 5 k.c. nie stanowi podstawy odpowiedzialności inwestora za inne należności niż wynagrodzenie. Taki zakres odpowiedzialności inwestora nawiązuje do źródła jej powstania. Należy zgodzić się z tezą znajdująca się w postanowieniu Sądu Najwyższego z 16 lipca 2020 r. sygn. V CSK 103/20, że odpowiedzialność solidarna inwestora z art. 647¹ § 5 k.c. jest odpowiedzialnością typu gwarancyjnego za cudzy dług, a inwestor może być zobowiązany nawet do dwukrotnej zapłaty wynagrodzenia za te same roboty budowlane; raz wobec wykonawcy na podstawie zawartej z nim umowy, a drugi raz wobec podwykonawcy na podstawie art. 647¹ § 5 k.c.¹⁴.

Z kolei, jak wskazuje Krzysztof Zagrobelny, poza kwestią nieoczywistej aksjologii, wątpliwości dotyczyły także innych kwestii szczegółowych, które miały znaczenie w zastosowaniu tego przepisu w praktyce¹⁵. Autor podkreśla również niekonwencjonalność tej instytucji prawnej, jej tryb uchwalenia i naruszenie zasad prawidłowej legislacji. Ponadto podkreśla również bogaty dorobek judykatury, wskazujący na niejednorodną interpretację oraz liczne trudności w egzekwowaniu należności¹⁶. Konsekwencją było uchwalenie ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r., która weszła w życie jako trzecia poważna zmiana umowy o roboty budowlane, która stanowi nowelizację wcześniej uregulowanej solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy względem podwykonawcy. Wcześniejszą istotną zmianą było wprowadzenie przepisów prawnych dotyczących gwarancji zapłaty za roboty budowlane z dniem 8 stycznia 2010 r. (art. 649¹–649⁵ k.c.).

Stan prawny na 2003 r.

Zgodnie z treścią art. 647¹ § 5 k.c. obowiązującego przed nowelizacją z dnia 7 kwietnia 2017 r., zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponosili solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Do powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora w stosunku do podwykonawcy konieczne było zawarcie umowy w formie pisemnej, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych przez podwykonawcę i wyrażenie zgody przez inwestora na zawarciu takiej umowy (art. 647¹ § 2 i 3 k.c.). Przy czym „do zgody wymaganej przez art. 647¹ § 2 i 3 k.c. nie stosowało się art. 63 § 2 k.c. Zgoda ta mogła być

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2012 r., sygn. akt IV CSK 91/12, Lex nr 1275009.

¹⁴ Postanowienie SN z 16 lipca 2020 r., sygn. akt V CSK 103/20, Lex nr 3051769.

¹⁵ K. Zagrobelny, *Wybrane problemy zgody inwestora na zawarcie umowy o podwykonawstwo (art. 647¹ § 2 k.c.)*, [w:] M. Jagłoński (red.), *Przegląd Prawa i Administracji. Tom C, część 1: Księga Jubileuszowa na siedemdziesięciolecie Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*, Wrocław 2015, s. 471.

¹⁶ Ibidem.

wyrażona przez każde zachowanie się, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.)¹⁷. W związku z tym, jeżeli wykładnia oświadczeń woli pozwalała potwierdzić, że inwestor wyraził zgodę na konkretną umowę, w której zawarto zakres jego odpowiedzialności solidarnej, jest to okoliczność wystarczająca do uznania skuteczności zgody¹⁸. Warto jednak podkreślić, że słuszną intencją ustawodawcy stała się jednak w praktyce źródłem wielu wątpliwości związanych choćby ze sposobem wyrażenia zgody (jak wyżej), jej wpływem na ważność umowy z podwykonawcą czy skutkami związanymi z odstąpieniem od umowy, takimi jak kary, potrącenia, noty księgowe i inne.

Zgoda inwestora na podwykonawstwo

Przed nowelizacją odpowiedzialność względem podwykonawcy ciążyła przede wszystkim na wykonawcy. Inwestor zaś względem podwykonawcy odpowiadał tylko i wyłącznie, gdy jego udział był notyfikowany stosownym aneksem bądź umową, a także gdy wyraził zgodę na wykonanie konkretnych czynności przez podwykonawcę. W poprzednim stanie prawnym wymagana była zgoda inwestora na zawarcie umów przez wykonawcę z podwykonawcami, a także zgoda inwestora i generalnego wykonawcy w przypadku dalszego podwykonawstwa. W orzecznictwie brakuje jednak jednolitego stanowiska w sprawie konieczności wyrażenia zgody, ponieważ istniał pogląd, zgodnie z którym zgoda inwestora nie jest warunkiem skuteczności czy ważności umowy z podwykonawcą¹⁹. Zgoda czynna, wyrażona w sposób dorozumiany poprzez każde zachowanie inwestora ujawniające w sposób dostateczny jego wolę (art. 60 k.c.), jest skuteczna, gdy dotyczy konkretnej umowy podwykonawczej, a inwestor znał jej istotne postanowienia decydujące o zakresie jego odpowiedzialności solidarnej lub miał możliwość zapoznania się z nim²⁰. W tym kontekście istotny jest również wyrok Sądu Najwyższego z 20 sierpnia 2015 r. sygn. II CSK 551/14, który stwierdził, że ocena skuteczności zgody inwestora na zawarcie

¹⁷ Uchwała SN z 29 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CZP 6/08, OSNC 2008, Nr 11, poz. 121, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/520463365> (data dostępu: 22.11.2021).

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Tak: B. Kostecki, *Uwagi na temat wykładni przepisu art. 647¹ k.c.*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 7; M. Gutowski, *Odpowiedzialność inwestora w umowach o roboty budowlane (na tle art. 647¹ § 5 k.c.)*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 2; G. Wolak, *W kwestii sposobu (formy) wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą (art. 647¹ § 2 k.c.)*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 3; A. Pułka, *Odpowiedzialność solidarna w umowie o roboty budowlane za zapłatę wynagrodzenia*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 7–8; M. Podrecka, *Uwagi o solidarnej odpowiedzialności inwestora*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 9; uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29 kwietnia 2008 r.; wyrok SN z 22 grudnia 2005 r., sygn. akt V CSK 45/05, niepubl., w którym zawarto odosobniony pogląd, że zgoda inwestora jest warunkiem ważności umowy.

²⁰ Wyrok SN z 6 października 2010 r., sygn. akt II VCSK 210/10, OSNC 2011, Nr 5, poz. 59.

przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą wymaga w pierwszej kolejności ustalenia rodzaju zgody inwestora, a w drugiej kolejności dokonania analizy, czy postępowanie podmiotów zaangażowanych w realizację umowy, poprzedzające udzielenie tej zgody było prawidłowe, a w konsekwencji, czy zgoda inwestora wywarła skutek określony w art. 647¹ § 5 k.c.²¹. W związku z tym nie budzi wątpliwości, że zgoda inwestora musi dotyczyć konkretnego i określonego podwykonawcy w ramach konkretnej umowy o roboty budowlane z wyraźnie określonym zakresem powierzonych prac.

Ponadto art. 647¹ § 2 k.c. wprowadzał instytucję dorozumianej zgody inwestora. Jeżeli inwestor po przedstawieniu pisemnej umowy o podwykonawstwo w ciągu 14 dni nie wniósł sprzeciwu bądź zastrzeżeń, ponosił solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Nowelizacja z 2017 r. w sposób odmienny reguluje kwestię solidarnej odpowiedzialności inwestora, wykonawcy, podwykonawcy i dalszych podwykonawców. Obecnie w związku ze zmianą art. 647¹ § 1 k.c. inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, których szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę. Czy podejmowane próby zapobiegania negatywnemu zjawisku nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności podwykonawców robót budowlanych przez generalnych wykonawców doprowadziły do ograniczenia wskazanego zjawiska?

Zgłoszenie podwykonawstwa w umowie między inwestorem a wykonawcą

Ustawą z 2017 r. w art. 647¹ § 5 k.c. ograniczono obowiązek uzyskiwania zgody przez inwestora. Wykonawca decyduje o tym, czy będzie wypełniał świadczenie osobiście, czy też będzie korzystał z usług podwykonawców²². Ponadto, zgodnie z art. 647¹ § 2 k.c., inwestor i generalny wykonawca mogą określić w umowie zawartej w formie pisemnej pod rygorem nieważności szczegółowy przedmiot robót budowlanych, które mogą być wykonywane przy pomocy podwykonawców. Strony mogą uregulować takie kwestie w pierwotnej wersji umowy bądź później – w trakcie wykonywania umowy na podstawie stosownego aneksu. Pierwotna umowa jest zgodą inwestora na wykonywanie określonych prac przez podwykonawców, a jej skutkiem jest powstanie solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy względem podwykonawcy. Wówczas odrębne zgłoszenie szczegółowego zakresu prac wykonywanych przez podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonania robót nie jest wymagane. Ważne jest

²¹ Wyrok SN z 20 sierpnia 2015 r., sygn. akt II CSK 551/14, Lex nr 1801550.

²² E. Zielińska, op. cit., s. 305.

jednak, aby strony określiły (oprócz przedmiotu świadczenia) również wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty powierzone podwykonawcom. Jest to istotne, ponieważ zgodnie z art. 647¹ § 3 k.c. wartość ta stanowi granicę odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy²³. Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, chyba że przekracza ono wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za te roboty budowlane. W związku z tym to na inwestorze ciąży ciężar dowodu, jeżeli chce udowodnić, że wynagrodzenie należne podwykonawcy przewyższa kwotę odpowiedzialności inwestora. Wprowadzenie wskazanego mechanizmu ma chronić inwestora przed zawyżaniem kwot wynagrodzeń w umowach wykonawców z podwykonawców.

Zgłoszenie podwykonawcy

Podwykonawcę należy uznać za zgłoszonego, jeżeli jego zgłoszenie zawiera szczegółowo określony przedmiot wykonywanych robót, a inwestor nie złoży sprzeciwu. W takim przypadku mamy do czynienia ze zgodą domniemaną. Jeżeli inwestor nie wyraża zgody, powinien wnieść sprzeciw w ciągu 30 dni od dnia doręczenia zakresu robót, które miałby wykonać podwykonawca. Zarówno zgłoszenie, jak i sprzeciw powinny być wyrażone w formie pisemnej pod rygorem nieważności²⁴. Inwestor nie odpowiada solidarnie z generalnym wykonawcą w dwóch przypadkach. Jeżeli wykonawca nie zgłosi zakresu powierzonych prac budowlanych podwykonawcy przed przystąpieniem do wykonywania prac albo w terminie 30 dni od dnia zgłoszenia inwestor zgłosi podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw wobec wykonywania prac przez podwykonawcę²⁵. Należy podkreślić, że istotną zmianą w stosunku do poprzedniego stanu prawnego jest możliwość zgłoszenia zarówno przez wykonawcę, jak i samego podwykonawcę zakresu powierzonych robót budowlanych. Taka zmiana prowadzi do znaczącego uproszczenia i skrócenia drogi powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy względem podwykonawcy, tym bardziej że nie ma konieczności przedstawienia inwestorowi umowy podwykonawczej lub jej projektu, a wystarczy samo zgłoszenie²⁶. Niniejszą zmianę należy ocenić pozytywnie, ponieważ ograniczenie kręgu podmiotów, które mogą dokonać samego zgłoszenia, nie jest zasadne. Zarówno wykonawca, jak i podwy-

²³ E. Zielińska, op. cit., s. 306.

²⁴ R. Tanajewska, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 647¹, <https://sip.lex.pl/#commentary/587804952/602392/ciszewski-jerzy-red-nazaruk-piotr-red-kodeks-cywilny-komentarz?cm=URELATIONS> (data dostępu: 22.11.2020).

²⁵ Ibidem.

²⁶ J. Strzępka, op. cit., s. 1478.

konawca powinni mieć możliwość zgłoszenia zakresu powierzonych robót budowlanych, ponieważ dzięki temu inwestor może szybciej otrzymać informacje o tym, że wykonawca potrzebuje zaangażowania innego profesjonalnego podmiotu. Z drugiej strony daje możliwość inwestorowi na szybsze wniesienie ewentualnego sprzeciwu na wykonywanie robót przez podwykonawcę. Dodatkowo ten mechanizm chroni podwykonawcę w przypadku niezgłoszenia udziału podwykonawcy czy części zakresu wykonywanych prac.

Do powstania uproszczonej solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy, konieczne jest jednak precyzyjne określenie podwykonawcy, poprzez czytelne wskazanie podmiotu, które nie może napawać wątpliwości co do jego tożsamości. Poza tym zakres robót powinien być szczegółowo określony, aby możliwe było oszacowanie wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonane prace, które ma stanowić limit odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy²⁷.

Przesłanki odpowiedzialności solidarnej inwestora w przypadku zgłoszenia podwykonawcy

Przesłanki odpowiedzialności solidarnej inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy obecnie kształtują się następująco: najpierw musi nastąpić skuteczne zgłoszenie inwestorowi podwykonawcy ze wskazaniem zakresu powierzanych mu robót. Oczywiście inwestor w ciągu 30 dni od doręczenia zgłoszenia nie może wnieść sprzeciwu, aby podwykonawcy mogły zostać powierzone określone prace. Po spełnieniu tych przesłanek, podwykonawca, któremu przysługuje wymagalne roszczenie o zapłatę wynagrodzenia w stosunku do wykonawcy, może także dochodzić swoich należności od inwestora. W związku z tym należy stwierdzić, że odpowiedzialność na podstawie przepisów sprzed nowelizacji i po kształtuje się w odmienny sposób, ponieważ uproszczono tryb zgłoszenia podwykonawstwa. Podsumowując: do powstania solidarnej odpowiedzialności konieczne a zarazem wystarczające jest wystąpienie dwóch przesłanek – zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą, której przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, oraz zgłoszenie zakresu powierzonych robót podwykonawcy i wyrażenie przez inwestora w sposób czynny, dorozumiany lub bierny zgody na przystąpienie do prac podwykonawcy. W zakresie sposobu wyrażenia zgody nadal obowiązujące jest stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z 4 lutego 2011 r. sygn. III CSK 152/10, który precyzuje pojęcie zgody, wskazując, że „inwestor może wyrażać (zgode) (...) poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę. Może zatem nastąpić to poprzez czynności faktyczne, w sposób

²⁷ Ibidem.

dorozumiany, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności”²⁸.

Ustalenie właściwego stanu prawnego po nowelizacji 2017 r.

Wątpliwości może budzić ustalenie właściwego stanu prawnego, w sytuacji gdy do podpisania umowy doszło przed wejściem w życie nowelizacji. Czy w takim przypadku podwykonawca będzie mógł domagać solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy na gruncie znowelizowanego przepisu art. 647¹ k.c.? Ustawodawca wskazał w art. 12 o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności, że do umów o roboty budowlane zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę na podstawie takich umów stosuje się art. 647¹ ustawy, o której mowa w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym. Takie stanowisko zakłada, że nowa regulacja może być stosowana wyłącznie, gdy umowa została zawarta pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą na gruncie nowo brzmiącego art. 647¹ k.c.²⁹ W doktrynie powstał także inny pogląd, zgodnie z którym znowelizowaną wersję art. 647¹ k.c. stosujemy, jeżeli doszło do zawarcia zarówno umowy łączącej inwestora z wykonawcą, jak i umowy pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą już po wejściu w życie nowelizacji z 31 maja 2017 r.³⁰ Należy uznać drugie stanowisko za właściwe, ponieważ między jedną a drugą umową powstaje swoisty związek funkcjonalny, który występuje pomiędzy dwoma oddzielnymi, ale bardzo zależnymi kontraktami. Przedmiotem obu umów jest ten sam zakres prac.

Odpowiedzialność inwestora w przypadku odstąpienia przez wykonawcę od umowy o roboty budowlane z podwykonawcą

Z treści art. 395 § 2 k.c. wynika, że wykonanie umownego prawa odstąpienia zawsze wywołuje skutek *ex tunc*, skoro w razie odstąpienia od umowy ta uważana jest za niezawartą. Podobne zasady mają zastosowanie w przy-

²⁸ Wyrok SN z 4 lutego 2011 r., sygn. akt III CSK 152/10, Lex nr 1102865.

²⁹ T. Szanciło, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. drugie, Warszawa 2020, art. 647¹ k.c.

³⁰ B. Lackoroński, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIA: *Zobowiązania*, Warszawa 2017, art. 647¹ k.c.

padku odpowiedzialności inwestora za zobowiązania wynikające z umowy o roboty budowlane. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 10 lipca 2015 r. sygn. III CZP 45/15³¹, w razie odstąpienia przez wykonawcę od umowy o roboty budowlane zawartej z podwykonawcą, inwestor nie ponosi odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. Jak wskazał Sąd Najwyższy, wykonanie umownego prawa odstąpienia powoduje, że umowa pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą wygasa ze skutkiem wstecznym (*ex tunc*), co również ma wpływ na wygaśnięcie odpowiedzialności inwestora na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. Wygaśnięcie odpowiedzialności inwestora w tym konkretnym przypadku wynika z charakteru odpowiedzialności typu gwarancyjnego (art. 647¹ k.c.) za cudzy dług. Odpowiedzialność inwestora jest powiązana z odpowiedzialnością wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy robót budowlanych, a jej podstawą jest umowa łącząca wykonawcę i podwykonawcę. Dlatego skuteczne odstąpienie przez wykonawcę od robót budowlanych od umowy z podwykonawcą prowadzi do zmiany rozliczeń między stronami stron (art. 395 § 2 k.c.), a inwestor nie ponosi odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. Na potrzeby tego artykułu nie będzie analizowany problem podzielności świadczenia, jak też nie zostanie poddany analizie ewentualny skutek *ex nunc*.

Zakończenie

Należy podkreślić, że poprzednia regulacja zawarta w art. 647¹ k.c. była przedmiotem licznych wątpliwości i trudności interpretacyjnych. Przedstawione rozważania uprawniają do przyjęcia odpowiedzialności inwestora opartej o art. 647¹ k.c. za prace dotychczas wykonane. Zmiany, które zostały wprowadzone przez ustawodawcę, w jakimś stopniu rozstrzygają niektóre wątpliwości, na przykład związane z uzyskiwaniem domniemanej zgody inwestora, a przede wszystkim upraszczają obrót gospodarczy. Wydaje się, że znowelizowane przepisy z jednej strony pomagają podwykonawcy, ale z drugiej strony chronią interesy inwestora. Należy podkreślić, że przyjęte rozwiązanie jest kompromisem, a jego oceny będzie można dokonać po dogłębnej analizie rozwoju praktyki oraz dalszego dorobku orzecznictwa. Najważniejszą zmianą wydaje się wprowadzenie uproszczonego systemu uzyskiwania zgody przez inwestora na przystąpienie do prac przez podwykonawcę. Druga zmiana to odstąpienie od dychotomii pojęć sprzeciwu i zastrzeżenia oraz ograniczenie instrumentów przysługujących inwestorowi tylko do narzędzia sprzeciwu. Trzecia zmiana dąży do ochrony interesów inwestora. Wprowadzono ograni-

³¹ Uchwała Sądu Najwyższego z 10 lipca 2015 r., sygn. akt III CZP 45/15, OSNC 2016, Nr 6, poz. 73, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/521844903/1?directHit=true&directHitQuery=III%20CZP%2045~2F15> (data dostępu: 22.11.2020).

czenia kwotowe odpowiedzialności solidarnej inwestora, zaś ciężar dowodu stwierdzenia przekroczenia kwoty odpowiedzialności wskazano po stronie inwestora. W związku z tym to inwestor musi dochować wszelkich starań, aby taka umowa lub zgoda na wykonanie części robót przez podwykonawcę była maksymalnie precyzyjna. Ponadto, jak wcześniej wskazano, na inwestorze może ciążyć odpowiedzialność solidarna z art. 647¹ § 5 k.c., która ma charakter gwarancyjny za cudzy dług (wykonawcy). Ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie odpowiedzialności za cudzy dług, ponieważ inwestor jako podmiot profesjonalny posiada odpowiednie środki i kadry, aby dokonać starannego wyboru wykonawcy. Inwestor powinien kontrolować wywiązywanie się wykonawców z obowiązków finansowych, ponieważ inwestor również odpowiada za dług wykonawcy względem podwykonawcy. W innym przypadku inwestor może zostać zobowiązany nawet do dwukrotnej zapłaty wynagrodzenia. Podwykonawca jako podmiot słabszy w stosunku prawnym wymaga dodatkowej szczególnej ochrony, w związku z tym należy stwierdzić, że ustawodawstwo będzie dalej ewaluować w kierunku zapewnienia jak najszerzej ochrony najsłabszej strony stosunku. Konsekwencją kolejnych zmian będzie nałożenie nowych obowiązków na inwestora wykonawcę.

Wykaz literatury

- Gutowski M., *Odpowiedzialność inwestora w umowach o roboty budowlane (na tle art. 647¹ § 5 k.c.)*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 2.
- Kostecki B., *Uwagi na temat wykładni przepisu art. 647¹ k.c.*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 7.
- Lackoroński B., [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIA: *Zobowiązania*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Podrecka M., *Uwagi o solidarnej odpowiedzialności inwestora*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 9.
- Pułka A., *Odpowiedzialność solidarna w umowie o roboty budowlane za zapłatę wynagrodzenia*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 7–8.
- Strzępka J., *Umowa o roboty budowlane*, [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych*, t. 5, wyd. piąte, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Szanciło T., [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. drugie, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Tanajewska R., [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Wolak G., *W kwestii sposobu (formy) wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą (art. 647¹ § 2 k.c.)*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 3.
- Zagrobelny K., *Wybrane problemy zgody inwestora na zawarcie umowy o podwykonawstwo (art. 647¹ § 2 k.c.)*, [w:] M. Jagłoński (red.), *Przegląd Prawa i Administracji. Tom C, część 1: Księga Jubileuszowa na siedemdziesięciolecie Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*, Wyd. UWr, Wrocław 2015.

Zielińska E., *Tytuł XVI. Umowa o roboty budowlane*, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.

Summary

Joint liability of the investor and the contractor to the subcontractor

Keywords: civil law, joint liability, investor, contractor, general contractor, subcontractor, further subcontractor, Article 647¹ of the Civil Code, investor's consent, investor's objection, notification of the subcontractor.

On 1 June 2017, the Act of 7 April 2017 amending certain laws to facilitate the recovery of claims entered into force. The amendments include the principles of the investor's liability for payment of remuneration due to a subcontractor within the Civil Code. Within the justification of the bill, there is underlined that joint and liability applies to the entire liability and independence of anyone's fault. After the amendment, according to Article 647¹ § 1 Civil Code, the investor is jointly and severally liable with the contractor for payment of remuneration due to the subcontractor for the construction works performed by him which have been notified to the investor by the contractor or subcontractor. Before the amendment, the liability towards the subcontractor was borne solely and primarily by the contractor. The investor's liability under Article 647¹ § 5 of the Civil Code is related to the contractor's liability for payment of remuneration to which the subcontractor of construction works is entitled. It is based on a contract between the contractor and the subcontractor. Priorly, the investor was liable towards the subcontractor only if its participation was notified by a relevant annexe or agreement. The investor also had to agree to perform specific actions by the subcontractor. At present, the investor and the contractor are jointly and severally liable towards the subcontractor. Therefore, it is necessary to analyse the previous regulation and the introduced changes to determine whether the introduced regulations allow preventing the negative phenomenon of non-payment or late payment of receivables of subcontractors of construction works by general contractors. This paper aims to show how the position of the subcontractor and the investor has changed in light of the introduced amendment.

Wiktor P. Matysiak

Uniwersytet Łódzki

ORCID: 0000-0002-8552-6321

wmatysiak@wpia.uni.lodz.pl

Dodatki obowiązkowe w firmie spółki handlowej – zagadnienia wybrane

Wprowadzenie

Spółki handlowe w toku swojej działalności mogą występować w różnych formach ustrojowych. Najogólniej rzecz ujmując, możemy wyróżnić formę spółki przed wpisem do rejestru (formę początkową), formę spółki właściwej (czynnej) i formę końcową (związaną z likwidacją spółki bądź ogłoszeniem jej upadłości)¹. Każda z tych form wiąże się z określonymi odrębnościami względem modelowej konstrukcji danego typu spółki. Mogą one dotyczyć kwestii tak istotnych, jak: posiadanie osobowości prawnej lub jej brak; zasad odpowiedzialności za zobowiązania; zasad reprezentacji. W określonych sytuacjach występowanie danej formy ustrojowej spółki handlowej może wiązać się z koniecznością używania w firmie spółki szczególnych dodatków obowiązkowych wskazujących na formę ustrojową spółki. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zagadnień związanych z użyciem w firmie spółki handlowej następujących dodatków obowiązkowych: „w organizacji”; „w likwidacji” i „w upadłości”.

Dodatek obowiązkowy w firmie spółki przed jej wpisem do rejestru

Jedną z form ustrojowych spółki handlowej jest spółka przed wpisem do rejestru. Tego rodzaju forma ustrojowa spółki handlowej nie ma charakteru

¹ Tak: U. Promińska, *Spółka partnerska*, Warszawa 2013, s. 40. Szerzej na temat form ustrojowych spółki zob. również: A. Szajkowski, *Formy ustrojowe spółek handlowych*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 8, s. 13–28.

jednorodnego. Inny jest status prawny spółki osobowej przed wpisem do rejestru, inny zaś spółki kapitałowej przed jej rejestracją. Determinuje to również możliwość posługiwania się firmą przez spółkę handlową przed rejestracją i zasady jej konstruowania.

W przypadku spółek osobowych należy zwrócić uwagę na regulację zawartą w treści art. 25¹ par. 1 k.s.h. Zgodnie z jego treścią spółka jawna powstaje z chwilą wpisu do rejestru². Dopiero w momencie wpisu do rejestru powstaje spółka osobowa jako odrębny podmiot prawa (art. 8 par. 1 k.s.h.) i dopiero może ona rozpocząć prowadzenie przedsiębiorstwa pod własną firmą (art. 8 par. 2 k.s.h.). Ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie jakiegokolwiek regulacji, która określałaby status spółki osobowej na etapie między zawarciem umowy spółki³, a jej wpisem do rejestru. Nie budzi jednak wątpliwości, że na tym etapie spółka osobowa nie posiada podmiotowości prawnej i nie może podejmować działalności gospodarczej⁴. Na tym etapie nie przysuguje jej status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 43¹ k.c. Spółka osobowa na etapie poprzedzającym wpis do rejestru, nie może zatem w ogóle posługiwać się firmą. Zgodnie z treścią art. 43² k.c., firmą może posługiwać się przedsiębiorca⁵. Spółka osobowa nie tylko nie ma w tym momencie takiego statusu, nie istnieje również jako odrębny od wspólników podmiot prawa. Uzyska ona możliwość posługiwania się firmą dopiero w chwili wpisu do rejestru i uzyskania podmiotowości prawnej. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że spółka osobowa przed wpisem do rejestru może posługiwać się firmą, a tym bardziej do przyjęcia, że powinna ona posługiwać się dodatkiem obowiązkowym wskazującym na przedrejestracyjny status spółki.

Odmierna sytuacja występuje w odniesieniu do spółek kapitałowych. W ich przypadku ustawodawca zdecydował się na uregulowanie konstrukcji spółki kapitałowej na etapie poprzedzającym jej wpis do rejestru. Konsekwen-

² Zasada, zgodnie z którą spółka osobowa powstaje dopiero z chwilą wpisu do rejestru, znajduje zastosowanie również w odniesieniu do pozostałych spółek osobowych: spółki partnerskiej (art. 94 k.s.h.); spółki komandytowej (art. 109 par. 1 k.s.h.); spółki komandytowo-akcyjnej (art. 134 par. 1 k.s.h.).

³ Statutu w przypadku spółki komandytowo-akcyjnej (art. 129–130 k.s.h.).

⁴ Szerzej na temat charakteru prawnego spółki osobowej przed rejestracją: G. Nita-Jagielski, *O potrzebie zmian regulacji prawnych dotyczących powstania osobowej spółki handlowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012, nr 10, s. 51–53; A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych*, t. 1: *Komentarz do art. 1–300*, Warszawa 2020, s. 186–189; K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Pozycja prawna wspólnika spółki jawnej*, Warszawa 2013, s. 41–74; S. Soltysieński, [w:] A. Szajkowski (red.), *System prawa prywatnego*, t. 16: *Prawo spółek osobowych*, Warszawa 2008, s. 792–795; A.J. Witosz, *Odpowiedzialność wspólników spółek osobowych. Przypadki szczególne*, Warszawa 2008, s. 73–80; U. Promińska, op. cit., s. 42–43.

⁵ Od wskazanej zasady występuje jeden wyjątek. Firmą może posługiwać się spółka kapitałowa, chociażby nie przysługiwał jej status przedsiębiorcy (art. 151 par. 1 k.s.h. i art. 160 k.s.h. w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością; art. 300¹ par. 1 k.s.h. i art. 300⁸ k.s.h. w odniesieniu do prostej spółki akcyjnej; art. 301 par. 1 k.s.h. i art. 305 k.s.h. w odniesieniu do spółki akcyjnej).

cją tego jest także obowiązek posługiwania się przez taką spółkę szczególnym dodatkiem obowiązkowym do firmy.

Zgodnie z treścią art. 11–13 k.s.h., na etapie pomiędzy „zawianiem”⁶ spółki kapitałowej, a jej wpisem do rejestru mamy do czynienia z tzw. spółką kapitałową w organizacji. Jest ona wyposażona w podmiotowość prawną (art. 11 par. 1 k.s.h.) i znajdują do niej odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące danego typu spółki po jej wpisie do rejestru (art. 11 par. 2 k.s.h.).

Firma spółki kapitałowej w organizacji powinna zawierać dodatkowe oznaczenie „w organizacji”. Powinna być ona skonstruowana według zasad wyznaczonych przez art. 161 k.s.h., art. 300⁸ k.s.h. bądź art. 305 k.s.h. Warto zatem wskazać, że firma ta może być obrana dowolnie, jednakże powinna zawierać dodatek obowiązkowy wskazujący na typ spółki: „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”; „prosta spółka akcyjna”; „spółka akcyjna”⁷.

Firma spółki kapitałowej w organizacji powinna być także opatrzona dodatkiem obowiązkowym „w organizacji” (art. 11 par. 3 k.s.h.). Celem tego dodatku jest przede wszystkim ochrona osób trzecich. Należy bowiem pamiętać, że spółka kapitałowa w organizacji została wyposażona w zdolność prawną, może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywaną. Może być ona zatem pełnoprawnym uczestnikiem obrotu gospodarczego. Może także prowadzić działalność gospodarczą przed wpisem do rejestru na co wyraźnie wskazuje art. 17 ust. 3 Prawa przedsiębiorców⁸. Przysługuje jej wówczas status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 43¹ k.c. i art. 4 ust. 1 Prawa przedsiębiorców. Jednocześnie spółka ta wykazuje istotne odrębności względem spółki zarejestrowanej. Przede wszystkim nie posiada osobowości prawnej. Na tym etapie jej funkcjonowania nie muszą jeszcze być wniesione wszystkie wkłady, co oznacza, że wielkość jej majątku nie musi być tożsama z wielkością majątku określoną w umowie (statucie). Nie jest ona wpisana do rejestru, co oznacza, że ustalenie, kto jest uprawniony do reprezentacji spółki, zawsze wymaga zapoznania się z dokumentami pochodzącymi od spółki, np. umową spółki, w której imiennie wskazano skład osobowy pierwszego zarządu spółki i zasady reprezentacji.

⁶ Jak wskazuje A. Kidyba, pod pojęciem „zawianiem spółki” na płaszczyźnie art. 11 par. 1 k.s.h. należy rozumieć: zawarcie umowy spółki w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 161 par. 1 k.s.h.) bądź objęcie wszystkich akcji w spółce akcyjnej (art. 310 par. 1 k.s.h.). Tak: A. Kidyba, op. cit., s. 111. W związku z wejściem w życie w dniu 1 lipca 2021 r. regulacji dotyczącej prostej spółki akcyjnej (art. 300¹–300¹³⁴ k.s.h.) konstrukcja spółki kapitałowej w organizacji znajdzie również zastosowanie w odniesieniu do prostej spółki akcyjnej. W tym przypadku „zawianiem spółki” wyznaczające powstanie prostej spółki akcyjnej w organizacji następuje w momencie zawarcia jej umowy (art. 300¹¹ par. 1 k.s.h.).

⁷ Dopuszczalne jest także używanie form skróconych: „spółka z o.o.” lub „sp. z o.o.” (art. 160 par. 2 k.s.h.); „P.S.A.” (art. 300⁸ par. 2 k.s.h.); „S.A.” (art. 305 par. 2 k.s.h.).

⁸ Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 r., poz. 646 ze zm.).

Celem tej regulacji jest zatem zwrócenie uwagi innym uczestnikom obrotu, że nie mają do czynienia z właściwą spółką kapitałową wpisaną do rejestru, a jedynie ze spółką na etapie przed wpisem do rejestru. Powinno ich to skłonić do szczególnej ostrożności w relacji z tym podmiotem, w szczególności poprzez dokładne weryfikowanie czy osoby działające w jego imieniu są rzeczywiście uprawnione do reprezentacji i jaki jest aktualny stan majątku tej spółki⁹. Jak wskazuje A. Kidyba, użycie analizowanego dodatku może stanowić nie tylko ostrzeżenie dla innych uczestników obrotu, ale także zachętę do pierwszeństwa kooperacji¹⁰. Dodatek ten wskazuje bowiem na to, że dana spółka kapitałowa została dopiero utworzona, co może skłaniać innych uczestników obrotu do nawiązania z nią współpracy.

Regulacja zawarta w art. 11 par. 3 k.s.h. ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Rodzi to następujące konsekwencje dla spółek kapitałowych w organizacji.

Spółka kapitałowa w organizacji ma obowiązek posługiwać się dodatkiem obowiązkowym „w organizacji”. Obowiązek ten ma swoje źródło w przepisie ustawy. Oznacza to, że osoby tworzące spółkę nie muszą wskazywać w umowie spółki bądź statucie, że spółka do momentu wpisu do rejestru będzie posługiwała się analizowanym dodatkiem obowiązkowym. Konieczne, a zarazem wystarczające będzie określenie firmy spółki według zasad obowiązujących dla danego typu docelowej spółki kapitałowej (art. 160 k.s.h.; art. 300⁸ k.s.h.; art. 305 k.s.h.). Obowiązek posługiwania się dodatkiem obowiązkowym „w organizacji” będzie wynikał nie z woli osób tworzących spółkę, ale z przepisu ustawy – art. 11 par. 3 k.s.h. Nie można oczywiście wykluczyć, że decydują się one na zamieszczenie w treści umowy spółki bądź statutu postanowienia wyraźnie wskazującego na obowiązek posługiwania się przez spółkę na etapie przedrejestracyjnym dodatkiem „w organizacji”. Należy jednak wyraźnie zastrzec, że nie jest to niezbędne. Obowiązek ten ma swoje źródło w przepisie ustawy i brak stosownego postanowienia w treści umowy spółki bądź statutu nie zwalnia spółki w organizacji z obowiązku posługiwania się analizowanym dodatkiem. Co oczywiste, brak tego rodzaju postanowienia umownego nie stanowi również naruszenia przepisów ustawy określających obligatoryjne składniki umowy spółki bądź statutu¹¹.

⁹ Tak m.in.: M. Dumkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 84; A.W. Wiśniewski, [w:] A. Opalski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom IIIA. Spółka akcyjna. Komentarz do art. 301–392 k.s.h.*, Warszawa 2016, teza numer 30 do art. 11 k.s.h.

¹⁰ Tak A. Kidyba, op. cit., s. 118.

¹¹ Brak zamieszczenia w umowie spółki (statucie) postanowienia wprost nakazującego używanie w firmie spółki w organizacji dodatku obowiązkowego „w organizacji” nie stanowi naruszenia: art. 157 par. 1 pkt 1 k.s.h. w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością; art. 300⁵ par. 1 pkt 1 k.s.h. w odniesieniu do prostej spółki akcyjnej; art. 304 par. 1 pkt 1 k.s.h. w odniesieniu do spółki akcyjnej.

Bezwzględnie obowiązujący charakter regulacji zawartej w art. 11 par. 3 k.s.h. prowadzi również do wniosku, że nie jest możliwe używanie przez spółkę innego dodatku w miejsce dodatku „w organizacji”. Tytułem przykładu można wskazać, że spółka kapitałowa w organizacji nie może posługiwać się dodatkiem: „w przygotowaniu”; „przed rejestracją”; „przed wpisem”. Nie jest również możliwe posługiwanie się formą skróconą dodatku w „organizacji”, np. „w org.”¹² Analizowany przepis ma bowiem charakter bezwzględnie obowiązujący, zaś ustawodawca nie przewidział możliwości posługiwania się tym dodatkiem w formie równoważnej bądź skróconej (jak uczynił to chociażby w art. 160 par. 2 k.s.h.).

Należy wskazać, że ustawodawca nie wprowadził żadnej sankcji za naruszenie art. 11 par. 3 k.s.h. Nie budzi jednak wątpliwości, że zaniechanie posługiwania się dodatkiem „w organizacji”, posługiwanie się w jego miejsce innym dodatkiem bądź posługiwanie się formą skróconą będzie stanowiło naruszenie wskazanego powyżej przepisu. Może również stanowić naruszenie art. 43³ par. 2 k.c. poprzez wprowadzenie w błąd co do osoby przedsiębiorcy. Zaniechanie użycia dodatku obowiązkowego „w organizacji” może bowiem wywołać u osób trzecich mylne wyobrażenie, że mają do czynienia ze spółką kapitałową wyposażoną w osobowość prawną i inne cechy przynależne spółce wpisanej do rejestru. Nie można wykluczyć, że na skutek tego rodzaju działań osoba trzecia może doznać szkody. Należy zatem zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym w doktrynie, że naruszenie regulacji zawartej w art. 11 par. 3 k.s.h. może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą spółki na zasadach ogólnych¹³. Podstawą tej odpowiedzialności może być art. 416 k.c. w zw. z art. 33¹ par. 1 k.c. bądź art. 471 k.c. Zagrożenie, jakie wiąże się z zaniechaniem użycia dodatku „w organizacji”, jest łagodzone poprzez wprowadzenie w art. 13 k.s.h. szerokiego katalogu podmiotów ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki kapitałowej w organizacji.

Ramy czasowe, w jakich powinien być używany dodatek „w organizacji”, są wyznaczone przez ramy czasowe istnienia spółki kapitałowej w organizacji.

Moment jej powstania jest zróżnicowany w zależności od tego, z jakim typem spółki kapitałowej mamy do czynienia. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji powstaje z chwilą zawarcia umowy spółki (art. 161 par. 1 k.s.h.). Prosta spółka akcyjna w organizacji powstaje również z chwilą zawarcia umowy (art. 300¹¹ par. 1 k.s.h.). Spółka akcyjna w organizacji powstaje z chwilą zawiązania spółki, czyli co do zasady z chwilą objęcia wszyst-

¹² Na niedopuszczalność skracania dodatku „w organizacji” zwraca uwagę A. Kidyba, który wskazuje, że w przypadku firmy spółki kapitałowej w organizacji dopuszczalne jest jedynie użycie skrótu wskazującego na formę prawną danej spółki np. „sp. z o.o.”. Wykluczone jest natomiast użycie w formie skróconej dodatku „w organizacji”. Por. A. Kidyba, op. cit., s. 118.

¹³ Tak m.in.: G. Suliński, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 80.

kich akcji (art. 323 par. 1 k.s.h. w zw. z art. 310 par. 1 k.s.h.)¹⁴. Od momentu powstania spółki w organizacji powinna ona używać firmy spółki docelowej wraz z dodatkiem „w organizacji”. Winien być on używany do momentu wpisu spółki do rejestru. Jak wskazuje bowiem art. 12 k.s.h., spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, prosta spółka akcyjna w organizacji albo spółka akcyjna w organizacji z chwilą wpisu do rejestru stają się spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, prostą spółką akcyjną bądź spółką akcyjną i uzyskuje osobowość prawną. W tym momencie dana spółka kapitałowa powinna zatem zaniechać używania dodatku „w organizacji” i posługiwać się jedynie firmą spółki docelowej określoną w umowie (statucie) i ujawnioną w rejestrze. Dalsze posługiwanie się przez spółkę wpisaną do rejestru firmą z dodatkiem w „organizacji” stanowiłoby naruszenie art. 11 par. 3 k.s.h. i art. 43³ par. 2 k.c. i potencjalnie mogłoby rodzić odpowiedzialność odszkodowawczą spółki względem osób trzecich.

Spółka kapitałowa w organizacji nie musi zakończyć swojego funkcjonowania w obrocie poprzez wpis do rejestru i powstanie spółki docelowej. Należy bowiem pamiętać, że ustawodawca wyznaczył ramy czasowe, w których spółka kapitałowa winna być zgłoszona do rejestru. Powinna być ona zgłoszona do rejestru w ciągu 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy spółki¹⁵ bądź 6 miesięcy od dnia sporządzenia statutu¹⁶. Jeżeli termin ten upłynie bezskutecznie lub postanowienie sądu odmawiające zarejestrowania spółki stanie się prawomocne konieczne będzie podjęcie działań zmierzających do zakończenia bytu spółki kapitałowej w organizacji. Jak wskazują art. 170 par. 1 k.s.h. i art. 326 par. 1 k.s.h., spółka powinna dokonać niezwłocznie zwrotu wszystkich wniesionych wkładów oraz zaspokoić roszczenia osób trzecich. Należy przyjąć, że do momentu ukończenia tych czynności spółka powinna nadal posługiwać się firmą z dodatkiem „w organizacji”. W odniesieniu do takiej spółki podejmowane są wprawdzie czynności zamierzające do zakończenia jej bytu (zwrot wkładów, zaspokojenie wierzycieli), jednakże cały czas występuje konieczność ujawnienia uczestnikom obrotu gospodarczego, że nie mają do czynienia z docelową spółką kapitałową wyposażoną w osobowość prawną. Można wręcz zaryzykować tezę, że jest to niezbędne zwłaszcza w tym momencie, gdy spółka kapitałowa w organizacji jest w schyłkowym okresie swojego funkcjonowania. Jest rzeczą oczywistą, że używanie dodatku „w organizacji” może być w tym wypadku nieco mylące, nie ma jednak możliwości posługiwania się w tym momencie innym dodatkiem wskazującym na szczególny etap funkcjonowania

¹⁴ Spółka akcyjna w organizacji może także powstać wcześniej aniżeli w momencie objęcia wszystkich akcji – patrz art. 310 par. 2 k.s.h.

¹⁵ Zasada ta odnosi się do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 169 par. 1 k.s.h.) i prostej spółki akcyjnej (art. 169 par. 1 k.s.h. w zw. z art. 300¹³ par. 1 k.s.h.).

¹⁶ Termin 6 miesięcy od dnia sporządzenia statutu odnosi się do spółki akcyjnej (art. 325 par. 1 k.s.h.).

spółki. W szczególności nie jest możliwe posługiwanie się dodatkiem „w likwidacji”, ponieważ w tym momencie względem spółki nie jest prowadzone postępowanie likwidacyjne. Ryzyko wprowadzenia w błąd uczestników obrotu jest jednak złagodzone. Po pierwsze, opisane powyżej czynności winny być przeprowadzone „niezwłocznie”. Posługiwanie się dodatkiem „w organizacji” będzie zatem ograniczone czasowo. Po drugie, nadal będzie obowiązywała surowa konstrukcja odpowiedzialności wyrażona w art. 13 k.s.h., co powinno zapewniać ochronę osób trzecich. Po trzecie, jeżeli nie będzie możliwe „niezwłoczne” dokonanie zwrotu wkładów i zaspokojenie wierzycieli, to konieczne będzie przeprowadzenie likwidacji spółki kapitałowej w organizacji poprzez odpowiednie zastosowanie przepisów o likwidacji spółki właściwej (art. 170 k.s.h.; art. 326 k.s.h.). W tym przypadku zajdzie konieczność rozważenia, czy spółka kapitałowa w organizacji względem której jest prowadzona likwidacja, nie powinna używać również dodatku do firmy „w likwidacji” – co jednoznacznie ukazywałoby uczestnikom obrotu gospodarczego, że mają do czynienia z podmiotem prawa będącym w schyłkowym okresie swojego funkcjonowania¹⁷.

Dodatek obowiązkowy w firmie w przypadku jej likwidacji

W przypadku likwidacji spółki handlowej powinna ona posługiwać się dodatkiem obowiązkowym do firmy „w likwidacji”. Zasada ta znajduje zastosowanie w odniesieniu do wszystkich spółek handlowych¹⁸. Celem analizowanego dodatku jest przede wszystkim ochrona uczestników obrotu gospodarczego. Użycie tego rodzaju dodatku wskazuje na dwie rzeczy. Po pierwsze, wskazuje, że spółka znajduje się w końcowym okresie swojej działalności; po drugie, że spółka ta znajduje się w szczególnej fazie ustrojowej, w której obowiązują odmienne reguły jej funkcjonowania i reprezentacji (wygaśnięcie i niemożność ustanowienia prokury; reprezentacja spółki przez likwidatorów; ograniczenie zakresu działalności spółki do czynności likwidacyjnych).

¹⁷ Kwestia ta będzie przedmiotem dalszych rozważań.

¹⁸ W odniesieniu do spółki jawnej zasada ta została wyrażona w treści art. 74 par. 4 k.s.h. Z uwagi na zastosowane odesłania znajdzie ona również zastosowanie do: spółki partnerskiej (art. 89 k.s.h.) i komandytowej (art. 103 par. 1 k.s.h.). W przypadku spółki komandytowo-akcyjnej zasada ta została wyrażona w treści art. 150 par. 1 k.s.h. w zw. z art. 461 par. 2 k.s.h. Obowiązek posługiwania się firmą z dodatkiem „w likwidacji” w odniesieniu do spółek kapitałowych został uregulowany: spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w art. 274 par. 2 k.s.h.; spółka akcyjna w art. 461 par. 2 k.s.h.; prosta spółka akcyjna w art. 300¹²⁰ par. 5 k.s.h. w zw. z art. 461 par. 2 k.s.h.

Przepisy wprowadzające obowiązek posługiwania się dodatkiem „w likwidacji” mają charakter bezwzględnie obowiązujący¹⁹. Wiąza się z tym następujące konsekwencje.

Obowiązek posługiwania się dodatkiem „w likwidacji” wynika z ustawy. W przypadku otwarcia likwidacji spółka powinna rozpocząć posługiwanie się tym dodatkiem w swojej firmie. Nie ma przy tym potrzeby dokonywania zmiany umowy spółki (statutu). Dodatek ten powinien być dodany do dotychczasowej firmy spółki.

Nie jest możliwe posługiwanie się innymi dodatkami obowiązkowymi wskazującymi na rozwiązanie spółki i prowadzenie względem niej postępowania likwidacyjnego. Nie jest zatem przykładowo możliwe posługiwanie się dodatkami: „rozwiązana spółka”; „spółka likwidowana”; „w postępowaniu likwidacyjnym”; „kończąca działalność”²⁰.

Nie jest również możliwe posługiwanie się analizowanym dodatkiem w postaci skróconej, np. „w lik.”; „lik.”²¹

Dodatek obowiązkowy „w likwidacji” powinien być używany od momentu otwarcia likwidacji spółki. Jak wskazał A. Witosz, otwarcie likwidacji następuje z mocy prawa z chwilą zaistnienia zdarzeń skutkujących rozwiązaniem spółki²². Zdaniem tego autora wpis otwarcia likwidacji do rejestru ma charakter deklaratoryjny, co oznacza, że spółka powinna posługiwać się analizowanym dodatkiem już od momentu otwarcia likwidacji, nie zaś od momentu jej zgłoszenia do rejestru, czy dokonania wpisu otwarcia likwidacji w rejestrze²³. Należy przyjąć, że osoby dokonujące zgłoszenia otwarcia likwidacji winny również złożyć wniosek o ujawnienie w rejestrze przedsiębiorców firmy spółki uzupełnionej o dodatek „w likwidacji”. Zaniechanie tej czynności powinno skutkować podjęciem przez sąd rejestrowy z urzędu działań zmierzających do ujawnienia prawidłowej firmy w rejestrze²⁴.

Dodatek obowiązkowy „w likwidacji” powinien być używany przez cały czas trwania postępowania likwidacyjnego. Ostatnim etapem tego postępowania będzie złożenie przez likwidatorów wniosku o wykreślenie spółki z rejestru. Należy przyjąć, że moment wykreślenia spółki z rejestru – a zatem także moment utraty przez nią bytu prawnego – będzie wyznaczał datę końcową posługiwania się przez spółkę dodatkiem obowiązkowym w likwidacji.

¹⁹ Przepisy wprowadzające obowiązek posługiwania się dodatkiem „w likwidacji” zostały wymienione w powyższym przypisie.

²⁰ Podobnie: A. Nowacki, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, t. 2: *Komentarz do art. 227–300 k.s.h.*, Warszawa 2021, teza numer 25 do art. 274 k.s.h.

²¹ Podobnie: *ibidem*, teza numer 26 do art. 274 k.s.h.

²² A. Witosz, *Rozwiązanie i likwidacja spółek handlowych*, Warszawa 2011, s. 61.

²³ *Ibidem*, s. 63.

²⁴ Tak m.in. M. Rodzyńkiewicz, [w:] A. Opalski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom IIB. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz. Art. 227–300 k.s.h.*, Warszawa 2018, teza numer 8 do art. 274 k.s.h.

Na zakończenie tej części rozważań wspomnieć należy o szczególnej sytuacji uregulowanej w art. 67 par. 1 k.s.h. Zgodnie z jego treścią, w przypadku zaistnienia zdarzeń skutkujących rozwiązaniem spółki jawnej, konieczne jest przeprowadzenie postępowania likwidacyjnego, chyba że wspólnicy uzgodnili inny sposób zakończenia działalności spółki²⁵. W przypadku spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej nie będzie konieczne przeprowadzenie postępowania likwidacyjnego, jeżeli w razie ich rozwiązania wspólnicy uzgodnią inny sposób zakończenia działalności spółki. Tytułem przykładu można tutaj wskazać na podział majątku spółki w naturze pomiędzy wspólników bądź przejęcie przedsiębiorstwa spółki w znaczeniu przedmiotowym przez jednego ze wspólników z obowiązkiem spłaty pozostałych²⁶. W tym przypadku nie będzie prowadzone postępowanie likwidacyjne, a zatem nie znajdzie zastosowania regulacja zawarta w art. 74 par. 4 k.s.h. Spółka do czasu zakończenia działalności spółki w sposób uzgodniony przez wspólników i wykreślenia z rejestru nie musi zatem używać dodatku obowiązkowego „w likwidacji” – to postępowanie nie jest bowiem względem niej prowadzone.

Dodatek obowiązkowy w firmie spółki w razie ogłoszenia jej upadłości

Spółki handlowe posiadają zdolność upadłościową. Zgodnie z treścią art. 5 ust. 1 Prawa upadłościowego²⁷, przepisy tej ustawy stosuje się do przedsiębiorców w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Taki status niewątpliwie posiadają: spółka jawna, spółka partnerska, spółka komandytowa i spółka komandytowo-akcyjna. Status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 43¹ k.c. mogą również posiadać spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, prosta spółka akcyjna i spółka akcyjna. Nie budzi również wątpliwości, że status przedsiębiorcy będzie również posiadała spółka kapitałowa w organizacji, która podjęła działalność gospodarczą.

Zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt 1 pr. upadł., przepisy ustawy stosuje się także do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, prostych spółek akcyjnych i spółek akcyjnych nieprowadzących działalności gospodarczej. Będą one posiadały zatem zdolność upadłościową także wówczas, gdy nie będą posiadały statusu przedsiębiorcy. Należy przyjąć, że z uwagi na treść tego przepisu zdolność upadłościowa będzie przysługiwała także spółce kapitałowej w organiza-

²⁵ Zasada ta znajdzie również zastosowanie względem spółki partnerskiej (art. 89 k.s.h.) i komandytowej (art. 103 par. 1 k.s.h.).

²⁶ Szerzej na ten temat: M. Dumkiewicz, op. cit., s. 186.

²⁷ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (Dz.U. Nr 60, poz. 535 ze zm.), dalej jako pr. upadł.

cji, która nie prowadzi działalności gospodarczej²⁸. Skoro bowiem ustawodawca zdecydował się na przyznanie tego rodzaju zdolności spółce kapitałowej wpisanej do rejestru, to tym bardziej należy opowiedzieć się za przysługiwaniem tego rodzaju zdolności tej samej spółce mającej status spółki w organizacji. Normatywnym uzasadnieniem dla tego stanowiska jest zawarty w art. 11 par. 2 k.s.h. nakaz odpowiedniego stosowania do spółki kapitałowej w organizacji w sprawach nieuregulowanych w ustawie przepisów dotyczących danego typu spółki po jej wpisie do rejestru. Zdolność upadłościowa spółki kapitałowej w organizacji nieprowadzącej działalności gospodarczej może być zatem uzasadniona odpowiednim zastosowaniem art. 5 ust. 2 pkt 1 pr. upadł., który przyznaje tego rodzaju zdolność spółce kapitałowej, która nie prowadzi działalności gospodarczej. Jak wskazano również wcześniej, w świetle art. 5 ust. 1 pr. upadł. nie budzi wątpliwości, że tego rodzaju zdolność przysługuje spółce kapitałowej w organizacji będącej przedsiębiorcą. Jeżeli zatem ustawodawca zdecydował się na przyznanie zdolności upadłościowej spółce kapitałowej będącej przedsiębiorcą i spółce kapitałowej w organizacji będącej przedsiębiorcą (art. 5 ust. 1 pr. upadł.) oraz spółce kapitałowej nieprowadzącej działalności gospodarczej (art. 5 ust. 2 pkt 1 pr. upadł.), to nie ma żadnych argumentów, które sprzeciwiałyby się odpowiedniemu zastosowaniu ostatniego z opisanych przepisów względem spółki kapitałowej w organizacji nieprowadzącej działalności gospodarczej. Przeciwnie – jest to wręcz uzasadnione, jeżeli weźmie się dodatkowo pod uwagę, że spółki te, mimo tego, że nie prowadzą działalności gospodarczej, to nadal mają zdolność prawną i mogą zaciągać zobowiązania (art. 11 par. 1 k.s.h.). Mogą one uzyskiwać status dłużnika i popaść w stan niewypłacalności tak samo jak spółki kapitałowe w organizacji będące przedsiębiorcami. Czyni to zasadnym przypisanie im na podstawie odesłania zawartego w art. 11 par. 2 k.s.h. i treści art. 5 ust. 2 pkt 1 pr. upadł. zdolności upadłościowej.

Konsekwencją ogłoszenia upadłości spółki handlowej jest konieczność posługiwania się przez nią szczególnym dodatkiem w firmie. Zgodnie z treścią art. 60¹ pr. upadł., po ogłoszeniu upadłości przedsiębiorca występuje w obrocie pod dotychczasową firmą z dodaniem oznaczenia „w upadłości”.

Celem analizowanego dodatku jest ochrona uczestników obrotu gospodarczego, którzy mogliby dokonywać czynności prawnych z upadłym. Użycie tego dodatku w firmie spółki wskazuje, że mają oni do czynienia z podmiotem, względem którego ogłoszono upadłość. Pozwala to na właściwą kalkulację ryzyka gospodarczego, jakie wiąże się z dokonywaniem czynności prawnych z tego rodzaju podmiotem. Dodatek ten wskazuje również, że podmiot taki utracił możliwość dysponowania i zarządzania własnym majątkiem, zaś w jego

²⁸ Podobnie A. Nowacki, op. cit., teza numer 50 do art. 170 k.s.h. Odmiennie P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2020, teza numer 4 do art. 5 pr. upadł.

imieniu działu syndyk. Pełni on zatem bardzo ważną funkcję informacyjną z punktu widzenia innych uczestników obrotu gospodarczego bądź organów władzy publicznej lub wymiaru sprawiedliwości, które mogą wchodzić w interakcje z tego rodzaju podmiotem.

Regulacja zawarta w art. 60¹ pr. upadł. ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Oznacza to, że na upadłym ciąży obowiązek posługiwania się tego rodzaju dodatkiem w firmie. Nie musi on dokonywać zmiany umowy spółki (statutu) celem stosowania tego rodzaju dodatku. Obowiązek jego stosowania wynika ze wskazanego przepisu ustawy. Upadły powinien posługiwać się nim w obrocie. Będzie on również podlegał ujawnieniu z urzędu w rejestrze przedsiębiorców. Zgodnie z treścią art. 45 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym²⁹, wpisów w dziale 1 rejestru przedsiębiorców dotyczących dodania do firmy oznaczenia „w upadłości” dokonuje się z urzędu.

W piśmiennictwie przedstawiono pogląd, że obowiązek posługiwania się analizowanym dodatkiem dotyczy wyłącznie sfery obrotu. Nie powinien być on używany w toku postępowań sądowych. Przedsiębiorca w toku tego rodzaju postępowania jest bowiem reprezentowany przez syndyka i dla ukazania jego statusu upadłego wystarczające będzie ujawnienie tej okoliczności np. poprzez zwrot „z powództwa syndyka masy upadłości spółki XYZ z siedzibą w Łodzi”³⁰. Niewątpliwie udział w postępowaniu sądowym nie może być utożsamiany z „występowaniem w obrocie” w rozumieniu art. 60¹ pr. upadł. Niewątpliwie oznaczenie upadłego jako strony poprzez odwołanie się do tego, że w postępowaniu działu syndyk masy upadłości ukazuje, że podmiot ten jest w upadłości. Należy jednak pamiętać, że dodatek „w upadłości” jest ujawniany w rejestrze przedsiębiorców z urzędu. Określając firmę danego przedsiębiorcy w treści protokołu rozprawy bądź orzeczenia, sąd powinien odwołać się do treści informacji o firmie ujętej w rejestrze przedsiębiorców. Skoro ujęto w nim – z urzędu – dodatek do firmy „w upadłości”, to jego użycie przez sąd w treści orzeczenia nie powinno być traktowane jako błąd. Przeciwnie, powoduje to, że orzeczenie jest zgodne z danymi rejestrowymi przedsiębiorcy ujawnionymi w rejestrze w dacie wydania tego orzeczenia.

Konsekwencją bezwzględnie obowiązującego charakteru regulacji zawartej w art. 60¹ pr. upadł. jest niemożność posługiwania się innym dodatkiem dla ukazania, że przedsiębiorca jest w upadłości. Nie jest także możliwe posługiwanie się skrótem tego dodatku. Tytułem przykładu można zatem wskazać, że wykluczone będzie posługiwanie się dodatkami: „upadły”; „bankrut”; „w toku postępowania upadłościowego”; „w upadł.”.

Obowiązek posługiwania się analizowanym dodatkiem powstaje w momencie wydania postanowienia o ogłoszeniu upadłości. Zgodnie z treścią

²⁹ Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. Nr 121, poz. 769 ze zm.)

³⁰ Tak P. Zimmerman, op. cit., teza numer 3 do art. 60¹ prawa upadłościowego.

art. 51 ust. 2 pr. upadł. postanowienie to jest skuteczne i wykonalne z dniem jego wydania.

Obowiązek posługiwania się omawianym dodatkiem ustaje z chwilą zakończenia postępowania upadłościowego. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, nastąpi to w razie wydania jednego ze wskazanych postanowień: postanowienia o zakończeniu postępowania upadłościowego, postanowienia o umorzeniu postępowania upadłościowego, postanowienia o oddaleniu lub odrzuceniu wniosku o ogłoszenie upadłości³¹.

Dopuszczalność łącznego użycia w firmie spółki kapitałowej dodatków „w organizacji” i „w likwidacji”

Jak wskazano w toku wcześniejszych rozważań, w przypadkach opisanych w art. 170 k.s.h. i art. 326 k.s.h. zajdzie potrzeba przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego względem spółki kapitałowej w organizacji. Pojawia się zatem pytanie, jak powinna być skonstruowana firma tego rodzaju spółki, w szczególności, czy powinny być łącznie użyte w niej dodatki „w organizacji” i „w likwidacji”.

Zdaniem autora niniejszego artykułu w przypadku prowadzenia likwidacji spółki kapitałowej w organizacji powinna ona używać w firmie łącznie dwóch dodatków: „w organizacji w likwidacji”³². Za tym stanowiskiem przemawiają następujące argumenty.

Spółka kapitałowa w organizacji – stosownie do treści art. 11 par. 3 k.s.h. – ma obowiązek posługiwać się dodatkiem „w organizacji”. W przypadku gdy zajdzie potrzeba przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego tego rodzaju spółki, mają do niego odpowiednie zastosowanie przepisy o likwidacji spółki wpisanej do rejestru (art. 170 par. 2 k.s.h. i art. 326 par. 2 k.s.h.). Nakaz odpowiedniego stosowania tych przepisów prowadzi do wniosku, że powinny znaleźć zastosowanie również przepisy dotyczące firmy spółki w likwidacji – art. 274 par. 2 k.s.h. i art. 461 par. 2 k.s.h. Zgodnie z ich treścią likwidacja spółki powinna być prowadzona poprzez użycie w firmie dodatku „w likwidacji”. Wskazane odesłania prowadzą do wniosku, że w przypadku likwidacji spółki kapitałowej w organizacji obydwa dodatki powinny być używane łącznie.

Nie zachodzą również żadne okoliczności, które sprzeciwiałyby się połączeniu tych dodatków. Przeciwnie, za ich łącznym zastosowaniem przemawia wyrażona w treści art. 43³ par. 2 k.c. zasada prawdziwości firmy. Dopiero łączne użycie tych dodatków pozwala na ukazanie uczestnikom obrotu, z jakiego rodzaju podmiotem mają do czynienia – spółką, która nie dość, że nie

³¹ Ibidem, teza nr 4 do art. 60¹ prawa upadłościowego.

³² Podobnie A. Kidyba, op. cit., s. 118.

została zarejestrowana, to zaszła konieczność prowadzenia jej postępowania likwidacyjnego.

Za łącznym zastosowaniem tych dodatków przemawiają także wcześniej przedstawione ich funkcje zestawione z faktem, że spółka w organizacji nie podlega wpisowi do rejestru. Z tego też względu szczególnego znaczenia nabiera ukazanie uczestnikom obrotu, z jakiego rodzaju podmiotem mają do czynienia. Dodatek „w organizacji” wskazuje m.in., że spółka kapitałowa nie posiada osobowości prawnej, nie jest ujawniona w rejestrze i konieczne jest pozyskanie dokumentów od spółki celem ustalenia zasad jej reprezentacji. Dodatek „w likwidacji” wskazuje, że spółka ta nie jest w początkowym okresie swojego funkcjonowania (co sugeruje dodatek „w organizacji”), lecz w okresie schyłkowym. Jego użycie wskazuje, że spółka ta nie została zgłoszona w ustawowym terminie do rejestru bądź że postanowienie odmawiające rejestracji stało się prawomocne. Wskazuje on również, że nie było możliwe niezwłoczne dokonanie zwrotu wszystkich wniesionych wkładów lub niezwłoczne pokrycie wszystkich wierzytelności osób trzecich – w takim bowiem przypadku konieczne jest prowadzenie postępowania likwidacyjnego spółki w organizacji (art. 170 par. 1 k.s.h. i art. 326 par. 1 k.s.h.). Z punktu widzenia potencjalnych kontrahentów jest to istotna informacja wskazująca na sytuację materialną spółki w organizacji. Użycie dodatku „w likwidacji” wskazuje także na szczególne zasady reprezentacji spółki. Tylko i wyłącznie łączne użycie tych dodatków będzie czyniło zadość zasadzie prawdziwości firmy i ukazywało rzeczywisty status prawny spółki kapitałowej, która nie tylko nie wyszła poza fazę rejestracji, ale została także poddana likwidacji.

Dopuszczalność łącznego użycia w firmie spółki kapitałowej dodatków „w organizacji” i „w upadłości”

Spółka kapitałowa w organizacji posiada zdolność upadłościową w rozumieniu art. 5 ust. 1 i 2 pkt 1 pr. upadł. W przypadku zaistnienia stanu jej niewypłacalności dopuszczalne będzie zatem złożenie wniosku o ogłoszenie jej upadłości, co w razie spełnienia przesłanek pozytywnych (art. 11 pr. upadł.) i braku przesłanek negatywnych (art. 12a i 13 pr. upadł.) skutkować może ogłoszeniem jej upadłości. Z uwagi na specyfikę spółki kapitałowej w organizacji sytuacja taka będzie miała charakter wyjątkowy³³. W przypadku ogłoszenia jej upadłości spółka w organizacji powinna używać w swojej firmie

³³ Sytuacja taka będzie miała charakter wyjątkowy z dwóch powodów. Po pierwsze, z uwagi na ograniczone ramy czasowe działania spółki w organizacji, może ona „nie zdążyć” osiągnąć stanu niewypłacalności zanim upłynie określony w art. 170 par. 1 k.s.h. i art. 325 par. 1 k.s.h. termin wyznaczający konieczność zakończenia jej działalności. Po drugie, z uwagi na jej status „w organizacji” wierzyciele mogą nie być zainteresowani dokonywaniem czynności prawnych

dwóch dodatków: „w organizacji” i „w upadłości”³⁴. Jej firma mogłaby brzmieć np. „XYX Spółka akcyjna w organizacji w upadłości”.

Pierwszy z wymienionych dodatków będzie przede wszystkim wskazywał na brak osobowości prawnej danego podmiotu i związane z tym odmienności względem właściwej spółki kapitałowej. Drugi z dodatków będzie wskazywał na to, że ogłoszono upadłość tej spółki. Łączne użycie tych dodatków nabiera szczególnego znaczenia z uwagi na brak wpisu spółki do rejestru – tylko firma spółki będzie informowała osoby trzecie, że mają do czynienia ze spółką w organizacji i w upadłości, i wskazywała na związane z tym konsekwencje, przede wszystkim brak osobowości prawnej i brak możliwości samodzielnego zarządu majątkiem spółki i jej reprezentacji przez zarząd; czynności te będzie realizował syndyk. Pominięcie któregośkolwiek z tych dodatków uniemożliwi osobom trzecim pozyskanie pełnej wiedzy o rzeczywistym statusie prawnym tego podmiotu z uwagi na brak jego wpisu do rejestru.

Dopuszczalność łącznego użycia w firmie spółki handlowej dodatków „w likwidacji” i „w upadłości”

Zasadniczymi celami postępowania likwidacyjnego są m.in. zaspokojenie wierzycieli spółki oraz zakończenie jej działalności i doprowadzenie do wykreślenia spółki z rejestru. W toku postępowania likwidacyjnego może dojść do sytuacji, gdy spółka popadnie w stan niewypłacalności, co może skutkować ogłoszeniem jej upadłości. Pojawia się zatem pytanie, jak powinna być skonstruowana firma spółki handlowej, której upadłość została ogłoszona w toku jej likwidacji.

Prawidłowa wykładnia art. 60¹ pr. upadł. prowadzi do wniosku, że powinna ona ograniczać się do dodania do dotychczasowej firmy spółki dodatku „w upadłości”. Od momentu ogłoszenia upadłości nie powinien być już używany dodatek „w likwidacji”. Wykluczone jest zatem łączne użycie analizowanych dodatków. Naruszałoby to wyrażoną w art. 43³ par. 2 k.c. zasadę prawdziwości firmy. Postępowanie likwidacyjne i postępowanie upadłościowe wzajemnie się wykluczają. Jeżeli zostanie ogłoszona upadłość spółki, to jest w stosunku do niej prowadzone postępowanie upadłościowe. Nie jest względem niej prowadzona likwidacja – dodatek „w likwidacji” winien być zaś używany wyłącznie wówczas, gdy jest prowadzona likwidacja (art. 73 par. 4 k.s.h.; art. 274 par. 2 k.s.h.; art. 461 par. 2 k.s.h.)³⁵. Łączne użycie tych dodatków skutkowa-

z tego rodzaju spółką, czekając na moment jej wpisu do rejestru. Będzie to skutkowało brakiem lub niewielkim rozmiarem zobowiązań spółki, co będzie miało wpływ na brak jej niewypłacalności.

³⁴ Podobnie A. Nowacki, op. cit., teza nr 55 do art. 170 k.s.h.

³⁵ Postanowienie SO w Koszalinie z 3 czerwca 2016 r., sygn. akt VIII Ga 110/16, Legalis nr 2186111.

łoby ryzykiem konfuzji. Nie byłoby wiadomo, czy względem spółki jest prowadzona likwidacja, czy postępowania upadłościowe. Mogłoby to również rodzić wątpliwości i ryzyko pomyłki co do tego, kto jest uprawniony do reprezentacji spółki – likwidatorzy czy syndyk. Z opisanych powyżej względów należy zatem przyjąć, że w analizowanej sytuacji powinien być używany jedynie dodatek „w upadłości”.

Nie można oczywiście wykluczyć takiej sytuacji, że postępowanie upadłościowe zostanie zakończone zaspokojeniem wszystkich wierzycieli bądź postanowienie o ogłoszeniu upadłości zostanie uchylone lub postępowanie to zostanie umorzone³⁶. W takim przypadku spółka może „powrócić” do fazy postępowania likwidacyjnego. Jeżeli będzie nadal prowadzona jej likwidacja, to powinna ona wówczas ponownie używać w swojej firmie dodatku „w likwidacji”.

Dopuszczalność łącznego użycia w firmie spółki handlowej dodatków „w organizacji” „w likwidacji” „w upadłości”

Na zakończenie rozważań wskazać należy, że możliwa jest sytuacja, w której zostanie ogłoszona upadłość spółki kapitałowej w organizacji względem której będzie prowadzona likwidacja stosownie do treści art. 170 k.s.h. bądź art. 326 k.s.h. Sytuacja taka będzie miała oczywiście wyjątkowy charakter. Mając na względzie przedstawione powyżej argumenty, należy przyjąć, że w firmie tego rodzaju spółki powinny być użyte łącznie dodatki „w organizacji w upadłości”. Wykluczone jest użycie dodatku „w likwidacji”.

Podsumowanie

Przedstawione powyżej dodatki obowiązkowe odgrywają istotną rolę z punktu widzenia uczestników obrotu gospodarczego. Wskazują bowiem na szczególną formę ustrojową danej spółki handlowej i związane z nią odrębności względem formy spółki właściwej, np. w zakresie posiadania osobowości prawnej, zasad reprezentacji czy zasad odpowiedzialności za zobowiązania. Pozwalają one uczestnikom obrotu gospodarczego na łatwe ustalenie, na jakim etapie funkcjonowania jest spółka handlowa, z którą wchodzi w interakcje gospodarcze. Niekiedy dodatek obowiązkowy będzie stanowił w zasadzie jedynie sposób na ustalenie, że mamy do czynienia ze spółką handlową, która znajduje się w szczególnej formie ustrojowej. Taka sytuacja będzie występo-

³⁶ Postanowienie SN z 20 maja 2016 r., sygn. akt II CSK 555/15, „Glos” 2017, nr 1, s. 16

wała w odniesieniu do spółki kapitałowej w organizacji, która nie jest ujawniana w rejestrze (wpisowi podlega dopiero spółka właściwa – por. art. 12 k.s.h.). Nie budzi zatem wątpliwości, że analizowane dodatki obowiązkowe w firmie spółki pełnią istotną funkcję informacyjną dla uczestników obrotu gospodarczego. Konieczne jest zatem ściśle przestrzeganie wcześniej przedstawionych reguł ich stosowania.

Należy pamiętać, że zostały one uregulowane w przepisach bezwzględnie obowiązujących. Obowiązek ich stosowania nie może być zatem wyłączony wolą spółki bądź wspólników. Nie mogą być one także dowolnie skracane bądź zastępowane innymi, równoznacznymi dodatkami.

Stosowanie analizowanych dodatków powinno także uwzględniać wyrażoną w treści art. 43³ par. 2 k.c. zasadę prawdziwości firmy. W szczególności nie mogą być łączone w sposób, który mógłby wprowadzić w błąd co do rzeczywistego statusu spółki, np. wykluczone jest łączenie w firmie spółki dodatków: „w upadłości” i „w likwidacji”.

Wykaz literatury

- Bieniak J., Bieniak M., Nita-Jagielski G. (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Dumkiewicz M., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Kidyba A., *Kodeks spółek handlowych*, t. 1: *Komentarz do art. 1–300*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Nita-Jagielski G., *O potrzebie zmian regulacji prawnych dotyczących powstania osobowej spółki handlowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012, nr 10.
- Nowacki A., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, t. 2: *Komentarz do art. 227–300 k.s.h.*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Opalski A., *Kodeks spółek handlowych. Tom IIIA. Spółka akcyjna. Komentarz do art. 301–392 k.s.h.*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Opalski A., *Kodeks spółek handlowych. Tom IIB. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz. Art. 227–300 k.s.h.*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Promińska U., *Spółka partnerska*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Szajkowski A., *Formy ustrojowe spółek handlowych*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 8.
- Szajkowski A. (red.), *System prawa prywatnego*, t. 16: *Prawo spółek osobowych*, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Witosz A., *Rozwiązanie i likwidacja spółek handlowych*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Witosz A.J., *Odpowiedzialność wspólników spółek osobowych. Przypadki szczególne*, LexisNexis, Warszawa 2008.
- Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.

Summary

Additional mandatory designations in the business name of the commercial company

Keywords: law, business name of the commercial company, company in organization, liquidation, bankruptcy.

A commercial company may take various forms in the course of its activity. We can distinguish the initial form of the company, the proper form and the final form (in liquidation, in bankruptcy). The purpose of this article is to present the rules of using the mandatory designations to the business name of the company and the possibility of combining them. Their main purpose is to disclose the current form of the commercial company and the related principles of its representation or liability for its debts. It has been established that it is allowed to combine some mandatory designations, e.g. “in the organisation in liquidation”; “in the organisation in bankruptcy”. Joint use of allowances “in liquidation in bankruptcy” is unacceptable. This may be misleading as to how the company is represented and its actual status.

Kazimierz J. Pawelec

Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny w Siedlcach

ORCID: 0000-0001-8669-0249

pawelec.kancelaria@op.pl

Opinie biegłych do spraw ruchu drogowego i techniki samochodowej oraz trudności w ich ocenie. Próba praktycznego i syntetycznego uogólnienia

Uwagi wprowadzające

Wypadki drogowe, katastrofy, spowodowanie ich realnego niebezpieczeństwa, podobnie jak i inne zdarzenia w komunikacji lądowej, wielokrotnie nakładają na organy procesowe konieczność zasięgnięcia opinii biegłych różnych specjalności. Dynamiczny rozwój techniki, informatyki, psychologii, nauk medycznych, inżynierskich i innych dyscyplin nauki czynią dziedzinę bezpieczeństwa ruchu drogowego wybitnie interdyscyplinarną (o ile nie powinna być traktowana jako samodzielna). Nie można bowiem odrywać poczynąń człowieka, jego właściwości, wielokrotnie określanego jako „najsłabsze ogniwo”, od pojazdu oraz drogi. Tak więc organy procesowe stają przed nowymi wyzwaniami, wymagającymi bardzo specjalistycznej wiedzy, czym nie do końca są w stanie sobie poradzić. Pomocą mają im służyć biegli wydawanymi przez siebie opiniami, których ocena następuje przy zastosowaniu art. 7 k.p.k. oraz art. 201 k.p.k. Jednak, jak zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z 30 lipca 2020 r. (III KK 165/20, Lex nr 3150243), mimo że organ nie dysponuje wiadomościami specjalnymi, to może (wobec braku takich wiadomości) korzystać z własnych wyliczeń, bazujących na danych zawartych w opinii, pozwalających mu na sporządzenie pełnej ekspertyzy. „Sprawdzenie poprawności dokonywanych wyliczeń jest możliwe przez osobę nie dysponującą wiadomościami specjalnymi, o ile ustalenie oceny możliwości uniknięcia zdarzenia, w razie zachowania reguł logiki i doświadczenia życiowego była możliwa”.

Przedłożony pogląd wprost wskazuje na ograniczone możliwości merytorycznej kontroli opinii biegłego przez organ procesowy w zakresie wykorzystania przez niego wiadomości specjalnych. Pozostaje zatem ogólny przepis art. 201 k.p.k. Stąd założeniem naukowym publikacji, szczególnie istotnym dla praktyki, jest dowiedzenie tezy, że organ procesowy ma niewielkie możliwości dokonania kontroli merytorycznej opinii biegłego przyjętych przez niego założeń do opiniowania, jak też wniosków końcowych. Powinien jednak poznać techniki opiniowania, w tym przyczyny częstokroć popełnianych przez opiniujących błędów, i być wyczulonym na próby ich ukrycia. Natomiast biegli są w stanie wskazać na niedostatki dowodowe, które uniemożliwiają wydanie opinii oraz odpowiedzi na zadane im pytania. W relacjach organu procesowego z biegłymi powstaje zatem swoistego rodzaju dysharmonia, którą powinna rozstrzygać praktyka, jak też ustawodawca, na przykład, dając możliwość wprowadzenia do procesu karnego tzw. opinii prywatnych, jak też uchwalając regulacje zapewniające najwyższy poziom opiniowania przez biegłych sądowych.

Procesowa ocena opinii. Zagadnienia węzłowe

Zgodnie z art. 201 k.p.k., jeżeli opinia jest niepełna lub niejasna albo gdy zachodzi sprzeczność w samej opinii lub między różnymi opiniami w tej samej sprawie, można wezwać ponownie tych samych biegłych lub powołać innych. Zdaniem Sądu Najwyższego w razie istnienia sprzeczności między złożonymi opiniami wskazany przepis nie zobowiązuje organu procesowego do zasięgnięcia nowej opinii, lecz przewiduje prawo wyboru zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów.

Warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z 19 czerwca 2015 r., sygn. akt SDI 16/15, Lex nr 1745840, w którym sformułowano następującą, ogólną tezę: „Wszystkie opinie biegłych dopuszczone w sprawie są formalnie równoważne, a o zasadności uczynienia ich podstawą ustaleń faktycznych w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych powinny decydować jedynie takie ich walory, jak jasność sformułowań, siła argumentacji, wyczerpanie problematyki postawionej przez organ procesowy przed biegłym przy jednoczesnym skorzystaniu z wszystkich materiałów dowodowych mogących mieć znaczenie dla wyjaśnienia tej problematyki (»pełność«), wzajemna koherentność prezentowanych poglądów (»niesprzeczność«), uwzględnienie aktualnych zaopatrywań nauki. Organ procesowy powinien, kierując się powyższymi kryteriami, dokonać oceny poszczególnych opinii, a ocena tak przeprowadzona, po należytych jej uzasadnieniu, korzysta z ochrony przewidzianej w art. 7 k.p.k.”¹.

¹ Por. wyrok SA w Białymstoku z 30 maja 2014 r., sygn. akt II AKa 95/14, Lex nr 1480394; wyrok SA w Łodzi z 29 października 2013 r., sygn. akt II AKa 129/13, Lex nr 1409169.

W wyroku Sądu Najwyższego z 23 lipca 2003 r., sygn. akt V KK 375/02, KZS 2004, z. 2, poz. 13 czytamy: „Przekonanie sądu o wiarygodności lub niewiarygodności określonych dowodów pozostaje pod ochroną zasady wyrażonej w art. 7 k.p.k. wtedy tylko, kiedy spełnione są warunki: ujawnienia całokształtu okoliczności sprawy (art. 410 k.p.k.) w granicach respektujących zasadę prawdy obiektywnej (art. 252 k.p.k.), rozważenia wszystkich okoliczności zgodnie z zasadą określoną w art. 4 k.p.k. oraz wyczerpującego i logicznego z uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego – uzasadnienia przekonania sądu (art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k.). Jest oczywiste, iż pogląd ten zachowuje aktualność w odniesieniu do wszystkich dowodów, niezależnie od ich źródła, a więc także w wypadku dowodów z opinii biegłych”². Jednak należy zaznaczyć, że oparcie się jedynie na fragmentach opinii, bez jej pełnej analizy, i to fragmentach najbardziej niekorzystnych, narusza dyrektywę art. 7 k.p.k.³

Niewątpliwie sąd, podobnie jak inny organ procesowy czy też strona, nie dysponują wiadomościami specjalnymi. Merytoryczna kontrola opinii biegłego staje się dla nich poważnie utrudniona, chociaż możliwa z punktu widzenia zupełności opinii, kompletności materiałów będących jej podstawą, poprawności zastosowanych metod badawczych i przyjętych sposobów wnioskowania⁴. Kontrola opinii biegłych przez organ procesowy dotyczy również jakości i pełności oddanego do ekspertyzy materiału dowodowego⁵. Sądowej kontroli podlegają również kwalifikacje biegłych, tj. czy dysponują oni wiadomościami specjalnymi, które mogą być przydatne do rozstrzygnięcia sprawy⁶.

W dalszej kolejności podjęta będzie próba sądowej oceny opinii biegłego z punktu widzenia ustawowej dyrektywy art. 201 k.p.k. Sąd Najwyższy w wyroku z 29 grudnia 1977 r., sygn. akt Rw 418/77, OSNKW 1978, Nr 2–3, poz. 31, stwierdził: „Z treści art. 182 (...) [k.p.k. z 1969 r., obecnie art. 201 k.p.k. – przyp. autora] nie wynika, ażeby sam fakt istnienia w sprawie sprzecznych opinii biegłych zobowiązał sąd do powołania innych biegłych. Obowiązek taki powstaje dopiero wówczas, gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala uznać żadnej ze sprzecznych opinii za przekonywującą i odpowiadającą wymaganiom procesowym”. Przytoczony pogląd został zaakceptowany także przez późniejsze orzecznictwo Sądu Najwyższego. Na przykład w postanowieniu Sądu Najwyższego z 18 listopada 2002 r., sygn. akt II KKN 378/01, Lex nr 56097, znajdujemy następującą tezę: „W sytuacji gdy sąd ma do czynienia z dwiema lub większą liczbą opinii sprzecznych ze sobą (tzw. sprzeczność

² Por. też wyrok SN z 14 maja 2003 r., sygn. akt III KKN 420/01, OSNwSK 2003, poz. 972.

³ Por. wyrok SN z 25 listopada 2002 r., sygn. akt III KK 434/02, Lex nr 56875.

⁴ Por. wyrok SN z 28 maja 2001 r., sygn. akt IV KKN 89/01, Lex nr 51839; wyrok SN z 6 listopada 2002 r., sygn. akt IV KKN 308/99, Lex nr 56851.

⁵ Por. wyrok SN z 26 czerwca 2002 r., sygn. akt III KK 207/02, Lex nr 53899.

⁶ Por. postanowienie SN z 16 lipca 1997 r., sygn. akt II KKN 231/96, Prok. i Pr. 1998, nr 1, s. 12; wyrok SN z 6 maja 1983 r., sygn. akt IV KR 74/83, OSNKW 1983, nr 12, s. 102, M. Cieślak, *Glosa*, NP 1985, nr 4, s. 97.

zewnątrzną), to w pierwszej kolejności zobligowany jest do wykorzystania reguł postępowania określonych w art. 201 k.p.k. Gdy jednak, stosując te reguły, widzi, że sprzeczne ze sobą opinie są pełne, jasne i wewnętrznie niesprzeczne, ale mimo to zewnętrznie nadal sprzeczne, to skoro o tych opiniach nie można już powiedzieć, że są one niepełne, niejasne lub wewnętrznie sprzeczne, to uznać należy, że zostały wyczerpane możliwości, jakie stwarza art. 201 k.p.k., należy zatem sięgnąć do art. 7 k.p.k.”.

Sąd władny jest dokonać samodzielnego wyboru opinii, która go przekonała, ale swój wybór musi wyczerpująco uzasadnić⁷. Z kolei w wyroku z 28 czerwca 1977 r., sygn. akt Rw 192/77, OSNKW 1977, Nr 9, poz. 104, Sąd Najwyższy podkreślił: „Fakt, że w opinii biegłego zawarte są wypowiedzi w kwestiach, które podlegają wyłącznej ocenie sądu (w zakresie winy lub oceny prawnej), nie uzasadnia konieczności powołania innego biegłego, jeżeli nie zachodzą jednocześnie warunki przewidziane w [...] art. 182 [...] [k.p.k. z 1969 r., obecnie art. 201 k.p.k. – przyp. autora]”.

Sprawa wydaje się prosta, o czym może świadczyć przytoczone orzecznictwo Sądu Najwyższego, jeżeli sprzeczności między opiniami dadzą się usunąć przez samych biegłych bądź niedostatki opinii biegły usunie w opinii uzupełniającej; ulega jednak komplikacji, gdy biegli – autorzy sprzecznych opinii – nie są w stanie dojść do porozumienia. Powstaje wówczas pytanie, czy organ procesowy może oprzeć swoje ustalenie na elementach jednej opinii, uzupełniając je fragmentami zaczerpniętymi z drugiej. Zdaniem Mariana Cieślaka⁸ dopuszcza się taką możliwość. Autor pisze: „Wydaje się, że przyjęcie tego rozwiązania może być niekiedy wyjściem z praktycznego impasu, bowiem organ procesowy nie może uchylić się od rozstrzygnięcia swojej kwestii prawnej z tego tylko powodu, iż nie może uzyskać zgodnej opinii biegłych”.

Zaprezentowany pogląd wydaje się zbyt daleko idący. W sytuacji gdy przesłuchanie wszystkich biegłych przez organ procesowy – z ewentualną ich konfrontacją – nie doprowadzi do uzgodnienia stanowisk między biegłymi, wówczas nie pozostaje nic innego, jak powołanie kolejnego. Sięgnięcie po zasadę *in dubio pro reo* wydaje się przedwczesne, chyba że kolejna opinia będzie prezentowała odmienne stanowisko od dwóch poprzednich.

Sąd Najwyższy w wyroku z 21 maja 1975 r., sygn. akt V KRN 37/75, OSNPG 1976, Nr 3, poz. 24, zauważył: „Jeżeli pewne okoliczności pozwalające na pełną ocenę materiału dowodowego i mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy mogą być wyjaśnione przy pomocy uzupełniającej opinii biegłego lub opinii nowego biegłego mającego inną specjalizację, względnie

⁷ Por. wyrok SA w Krakowie z 2 grudnia 1998 r., sygn. akt II AKa 209/98, KZS 1998, z. 12, poz. 36; wyrok SN z 13 maja 1986 r., sygn. akt IV KR 118/86, OSNPG 1987, Nr 2, poz. 25; wyrok SN z 20 kwietnia 1984 r., sygn. akt RNw 27/83, OSNPG 1984, Nr 11, poz. 102; wyrok SN z 3 marca 1981 r., sygn. akt IV KR 271/80, OSNPG 1981, Nr 8, poz. 101

⁸ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 452.

przez zasięgnięcie opinii instytutu naukowego albo zakładu specjalistycznego, to brak podstaw do powoływania się na zasadę wyrażoną w przepisie art. 3 § 3 (...) [k.p.k. z 1969 r., obecnie art. 5 § 2 k.p.k. – przyp. autora]”. Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z 21 czerwca 1971 r., sygn. akt III KR 18/71, OSNPG 1972, Nr 2, poz. 33, uznał: „Wprawdzie opinia biegłych stanowi dowód w sprawie i z tej przyczyny ulega rozważeniu i ocenie na zasadach ogólnych, wszakże równocześnie jest to dowód o cechach szczególnych z tej przyczyny, że zgodnie z art. 176 § 1 (...) [k.p.k. z 1969 r., obecnie 193 § 1 k.p.k. – przyp. autora] zostaje on dopuszczony wtedy, gdy sądowi orzekającemu braknie wiadomości specjalnych w pewnej dziedzinie. Ocena opinii biegłych, których sąd wezwał do jej wydania, może być analizowana i oceniona wyłącznie w zakresie jej logiczności i poprawności wnioskowania, zgodnie z zasadami rozumowymi, a nie z pozycji wartościowania pewnych poglądów panujących w dziedzinie, którą ci biegli reprezentują. Nie może stać się podstawą do stosowania art. 182 (...) [k.p.k. z 1969 r., obecnie art. 201 k.p.k. – przyp. autora] okoliczność, że strona – wdając się samodzielnie w spekulacje myślowe natury specjalistycznej – dochodzi w rezultacie do przekonania, że wnioski natury ściśle fachowej i to w dziedzinie, w której z natury rzeczy sądowi i stronom merytorycznie brakuje wiadomości specjalistycznych – są błędne”. Jeżeli więc organ procesowy przyjmuje bez zastrzeżeń jedną z dwóch sprzecznych opinii biegłych, oznacza to, że opinia ta w całości trafiła do przekonania organu procesowego. Organ ten nie przejmując roli biegłego, lecz postępuje zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. Jeżeli zaś organ ten opiera swe stanowisko na elementach sprzecznych opinii, to jest to równoznaczne z korygowaniem jednej z opinii, stanowi więc wejście w kompetencje biegłego. Ma to niewiele wspólnego z oceną opinii z punktu widzenia jej pełności czy jasności.

Jeżeli opinie biegłych są niejasne lub niepełne albo zachodzą sprzeczności między opiniami, a organ procesowy nie ma możliwości dokonania samodzielnej oceny (wyboru jednej opinii), to do usunięcia tych wad konieczna jest wiedza specjalistyczna i trzeba zasięgnąć nowej opinii biegłych.

Należy w tym miejscu przypomnieć postanowienie Sądu Najwyższego z 1 września 1975 r.⁹: „W rozumieniu art. 182 (...) [k.p.k. z 1969 r., obecnie art. 201 k.p.k. – przyp. autora] opinia biegłego jest:

a) niepełna, jeżeli nie udziela odpowiedzi na wszystkie postawione mu pytania, na które zgodnie z zakresem posiadanych wiadomości specjalnych i udostępnionym mu materiałem dowodowym może oraz powinien udzielić odpowiedzi, lub jeżeli nie uwzględnia wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia konkretnej kwestii okoliczności albo też nie zawiera uzasadnienia wyrażonych w niej ocen oraz poglądów;

⁹ Postanowienie SN z 1 września 1975 r., sygn. akt Z 24/75, OSNKW 1975, Nr 12, poz. 172; Z. Doda, *Glosa*, PiP 1977, z. 3, s. 178.

b) niejasna, jeżeli jej sformułowanie nie pozwala na zrozumienie wyraźnych w niej ocen i poglądów, a także sposobu dochodzenia do nich, albo jeżeli zawiera wewnętrzne sprzeczności, posługuje nielogicznymi argumentami itp.”.

Przytoczony pogląd Sądu Najwyższego skonkretyzowany został w późniejszym orzecznictwie. W wyroku z 9 maja 1988 r., sygn. akt II KR 96/88, OSNKW 1988, Nr 9–10, poz. 72, czytamy: „Pominięcie dowodów mających znaczenie dla opracowania opinii powoduje, że opinia taka jest niepełna, tzn. nie uwzględnia wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia konkretnej kwestii okoliczności”¹⁰.

W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 12 maja 1988 r., sygn. akt II KR 92/88, OSNPG 1989, Nr 2, poz. 35, podano: „Stosownie do art. 182 (...) [k.p.k. z 1969 r., obecnie art. 201 k.p.k. – przyp. autora] opinia biegłego jest wtedy niejasna, gdy wnioski końcowe są nielogiczne, nieścisłe lub łączą się z takimi zastrzeżeniami, że nie można wręcz ustalić ostatecznego poglądu biegłego, względnie gdy jest niezrozumiała lub gdy końcowe wnioski nie znajdują oparcia w badaniach”. Natomiast niepełna opinia występuje wtedy, gdy nie zawiera odpowiedzi na postawione pytanie bądź też pomija niezbędne czynniki badawcze, co ma wpływ na końcowe wnioski.

Warto przytoczyć jeszcze jedno orzeczenie Sądu Najwyższego: „Niejasność opinii, o której mowa w art. 182 (...) [k.p.k. z 1969 r., obecnie art. 201 k.p.k. – przyp. autora] jako podstawa wezwania tych samych biegłych, odnosi się nie tylko do sądu orzekającego, lecz także do każdej ze stron postępowania karnego. Żądanie wezwania biegłych przed sąd orzekający w celu umożliwienia stawiania pytań i wyjaśnienia istniejących niejasności nie może być oddalone (...)”¹¹. Późniejsze orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz sądów apelacyjnych zaakceptowało tego rodzaju linię orzecniczą. Na przykład Sąd Najwyższy w wyroku z 13 października 1998 r., sygn. akt II KKN 225/96, Prok. i Pr. 1999, nr 3, s. 13, zauważył: „Nie wystarczy, aby biegli przedstawili swoją ostateczną konkluzję, winni bowiem także wskazać drogę, która doprowadziła ich do odpowiedzi na postawione pytanie. Winni więc przedstawić opis metod i sposób przeprowadzonych badań oraz ich wynik. Jest to szczególnie ważne w każdej opinii, a już z całą pewnością w opinii, w której konkluzja prowadzić ma do tak doniosłych konsekwencji prawnych, jak to, czy oskarżony może ponosić odpowiedzialność karną”¹².

¹⁰ Por. wyrok SA w Gdańsku z 28 czerwca 2013 r., sygn. akt II AKa 210/13, Lex nr 1391873; wyrok SA w Krakowie z 26 czerwca 2013 r., sygn. akt II AKa 103/13, KZS 2013, z. 7–8, poz. 51; wyrok SA we Wrocławiu z 19 grudnia 2012 r., sygn. akt II AKa 357/12, Lex nr 1254577.

¹¹ Wyrok SN z 7 grudnia 1988 r., sygn. akt IV KR 116/88, OSNKW 1989, Nr 3–4, poz. 30; por. też wyrok SN z 9 października 1980 r., sygn. akt II KR 317/80, Lex nr 21883; wyrok SN z 21 października 1980 r., sygn. akt Rw 361/80, OSNKW 1981, Nr 1–2, poz. 7.

¹² Por. też wyrok SA w Rzeszowie z 12 lutego 1998 r., sygn. akt II AKa 9/98, Prok. i Pr. 1998, nr 10, s. 24; wyrok SA w Białymstoku z 8 sierpnia 1995 r., sygn. akt II AKr 107/95, OSA 1995, z. 9, poz. 39; wyrok SA w Krakowie z 18 marca 1993 r., sygn. akt II AKr 1/93, KZS 1993, z. 4,

Z art. 201 k.p.k. nie wynika, aby sam fakt istnienia w sprawie sprzecznych opinii biegłych zobowiązywał sąd do powołania innych biegłych. Obowiązek taki powstaje dopiero wówczas, gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala uznać jednej ze sprzecznych opinii za przekonującą i odpowiadającą wymaganiom procesowym¹³. Niejasność opinii jako podstawa do wezwania tych samych biegłych odnosi się do każdej ze stron procesowych, o czym muszą one pamiętać¹⁴. Sąd Najwyższy w wyroku z 6 listopada 2000 r., sygn. akt IV KKN 477/99, KZS 2001, nr 5, poz. 14, zajął trafne stanowisko: „Całkowita dyskwalifikacja dowodów z opinii biegłych wymaga uprzedniego wykazania, że były one oparte na błędnych przesłankach, nie odpowiadają aktualnemu stanowi wiedzy w danej dziedzinie lub są sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania. Skoro dowód z opinii biegłego przeprowadza się wtedy, gdy do stwierdzenia pewnej okoliczności niezbędne są wiadomości specjalne, to niezależnie od deklaracji, że to sąd jest najwyższym biegłym, realna możliwość zakwestionowania należytego poziomu tych wiadomości specjalnych również wymaga odpowiedniego zasobu wiedzy specjalistycznej. Stąd też zastrzeżenia sądu do poziomu opinii biegłego, jego wiedzy i prawidłowości przedstawionego rozumowania zwykle będą wymagały merytorycznego zweryfikowania tego dowodu, chociażby dla sprawdzenia, czy zastosowane metody i sposób rozumowania przyjęte przez biegłego odpowiadają obecnemu stanowi nauki. Odpowiednie kroki przewiduje w tym zakresie przepis art. 201 k.p.k., który obliiguje organ procesowy nie tylko do kontroli dowodu z opinii biegłych, ale również do podjęcia konkretnych działań zmierzających do wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości i zastrzeżeń”.

Swoboda sądu w ocenie wiadomości specjalnych nie jest niczym ograniczona. Sąd, posługując się dyrektywą art. 7 k.p.k., ocenia ją jako wystarczającą¹⁵. Przy tym należy zaznaczyć, że braki opinii biegłego wskazane w art. 201 k.p.k. powinna wykazać strona, która wywodzi z tego określone konsekwencje¹⁶. Nie zwalnia to oczywiście sądu od działań podejmowanych z urzędu, zwłaszcza gdy opinia biegłego nie zawiera odpowiedzi na zadane pytania, chociaż sąd powinien powstrzymać się od dokonywania specjalistycznych ocen¹⁷.

poz. 17; wyrok SA w Poznaniu z 30 stycznia 1992 r., sygn. akt II AKr 19/92, OSA 1992, z. 5, poz. 31; wyrok SN z 9 października 1980 r., sygn. akt II KR 317/80, Lex nr 21883; wyrok SN z 12 marca 1979 r., sygn. akt I KR 27/79, OSNPG 1979, Nr 10, poz. 138.

¹³ Por. wyrok SN z 29 grudnia 1977 r., sygn. akt Rw 418/77, OSNKW 1978, Nr 2–3, poz. 31.

¹⁴ Por. wyrok SN z 7 grudnia 1988 r., sygn. akt IV KR 116/88, OSNKW 1989, Nr 3–4, poz. 30.

¹⁵ Por. wyrok SA w Lublinie z 25 maja 1999 r., sygn. akt II AKa 78/99, OSA 2000, z. 5, poz. 40.

¹⁶ Por. wyrok SA w Łodzi z 11 października 2000 r., sygn. akt II AKa 127/00, Prok. i Pr. 2001, nr 7–8, s. 20; C.P. Klak, *Glosa*, OSA 2004, z. 9, poz. 85.

¹⁷ Por. wyrok SN z 25 listopada 1987 r., sygn. akt IV KR 291/87, OSP 1990, z. 5, poz. 232, J. Gurgul, *Glosa*, OSP 1990, z. 5–6, poz. 232; wyrok SN z 19 marca 1969 r., sygn. akt IV KR 12/69, OSNKW 1969, Nr 11, poz. 141; wyrok SA w Krakowie z 3 czerwca 1993 r., sygn. akt II AKr 76/93, KZS 1993, z. 6–8, poz. 39.

Jednak to na stronie postępowania spoczywa obowiązek wykazania, że opinia biegłego dotknięta jest uchybieniami wskazanymi w art. 201 k.p.k., zwłaszcza wtedy, gdy wnioskuję o zasięgnięcie opinii u innego biegłego bądź uzupełniającego przesłuchania autora pisemnej opinii¹⁸. Kwestie związane z opiniami biegłych należy bowiem rozważyć na płaszczyźnie art. 201 k.p.k., a nie art. 170 § 2 k.p.k.¹⁹

Na uwagę zasługują jeszcze dwa orzeczenia Sądu Najwyższego, tj. wyrok z 3 marca 1981 r., sygn. akt IV KR 271/80, OSNPG 1981, Nr 8–9, poz. 101, oraz wyrok z 20 kwietnia 1984 r., sygn. akt RNw 27/83, OSNPG 1984, Nr 11, poz. 102. W pierwszym z nich czytamy: „Wprawdzie z art. 182 (...) [k.p.k. z 1969 r., obecnie art. 201 k.p.k. – przyp. autora] wynika obowiązek wzywania innych biegłych w każdym przypadku występowania sprzeczności pomiędzy opiniami biegłych znajdującymi się w aktach lub opiniami biegłych przesłuchanych na rozprawie, ustawa daje bowiem sądowi orzekającemu prawo oceny opinii biegłych z zakresu wiadomości specjalnych na równi z innymi dowodami, jest to jednak prawo do oceny swobodnej, a nie dowolnej, sąd bowiem dokonując oceny jest i musi być związany pewnymi ograniczeniami, jakie wynikają z przeprowadzonych dowodów, zasad logiki oraz nauki i doświadczenia. Z oceny tej trzeba wyliczyć się przez dokładne wskazanie, dlaczego sąd nie dał wiary okolicznościom zawartym w opiniach bez uzyskania innej, przeciwnej opinii, która by mogła pozwolić na przyjęcie innych końcowych wniosków, niż zawarte w opiniach podanych obecnie. Sąd, jak z tego wynika, nie może odrzucić wszystkich opinii specjalistycznych i przyjąć w sprawie własnego odmiennego stanowiska”.

W drugim ze wskazanych wyroków Sąd Najwyższy zauważył: „Z brzmienia art. 182 (...) [k.p.k. z 1969 r., obecnie art. 201 k.p.k. – przyp. autora] nie wynika, aby obowiązek powołania innych biegłych dotyczył każdej sytuacji, gdy między wydanymi w sprawie opiniami biegłych istnieją sprzeczności. Obowiązek taki bowiem powstaje dopiero wówczas, kiedy na podstawie istniejących w sprawie okoliczności sąd nie dysponuje wystarczającym materiałem dowodowym pozwalającym na uznanie którejkolwiek ze sprzecznych opinii za wiarygodną i odpowiadającą rzeczywistości. Jeżeli przeto opinia biegłego (lub biegłych) nie jest dotknięta wadami (...), a jednocześnie zebrany materiał dowodowy [...] jest wystarczający do oceny wyrażonych w opinii (opiniach) poglądów oraz uzasadniających je argumentów dowód z opinii podlega, jak każdy inny, swobodnej – choć nie dowolnej – ocenie sądu”.

Kończąc powyższe rozważania, należy zastanowić się nad odpowiedzią na pytanie dotyczące dopuszczalności tzw. supereksperytyzy wykonanej przez bie-

¹⁸ Por. wyrok SA w Szczecinie z 6 listopada 2014 r., sygn. akt II AKa 190/14, Lex nr 1668656; wyrok SA w Warszawie z 27 marca 2015 r., sygn. akt II AKa 43/15, Lex nr 1667667.

¹⁹ Por. wyrok SA w Poznaniu z 17 czerwca 2014 r., sygn. akt II AKa 104/14, Lex nr 1493868; wyrok SA w Gdańsku z 4 lipca 2013 r., sygn. akt II AKa 214/13, Lex nr 1388785.

głych lub placówkę o najwyższym autorytecie. W tej kwestii brak orzecznictwa Sądu Najwyższego, poglądy zaś wyrażone w literaturze nie są jednolite. Przeważa jednak przekonanie, że tego rodzaju superekspertyza jest dopuszczalna. Praktyka wskazuje, że sięganie po nią nie następuje rzadko, chociaż jej wniośki niejako uzurpują sobie prawo do wyrokowania zastrzeżone przecież dla sądu. „Obowiązująca procedura karna nie daje sądowi nawet podstaw do wartościowania opinii biegłych w zależności od podmiotu, który tą opinię przygotowywał – zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 listopada 2002 r. Precyzuje natomiast wymagania pod adresem biegłych, określone np. w art. 193, 195, 197 k.p.k. i in. Kryteria oceny wyników pracy biegłego opierają się na weryfikacji wiedzy, kompetencji i rzetelności biegłego oraz na jasności i zupełności opinii. Oczywiście jest, że rezultaty ekspertyzy kryminalistycznej oraz każdej innej nie mają charakteru superdowodu i podlegają takiej samej kontroli ze strony organu procesowego, jak pozostały materiał dowodowy. Nie ma też procesowych przesłanek, aby kwestionować zarówno sposób przeprowadzenia ekspertyzy, zastosowane metody, osiągnięte wyniki, oraz zaprezentowane w opinii wnioski. Nie można jednak z góry odrzucać w sposób generalny wszystkich opinii sporządzonych przez całą strukturę placówek specjalistycznych ani też poszczególnych opinii wyłącznie z powodu ich pochodzenia z określonych instytucji. Taka ocena bowiem razi swoją zupełną dowolnością. Natomiast merytoryczne zastrzeżenia organu procesowego do poszczególnych opinii lub konkretnych biegłych lub instytucji mogą i powinny być weryfikowane w trybie przewidzianym w przepisie art. 201 k.p.k.”²⁰.

Nawet w razie ewidentnej sprzeczności między opiniami sąd może, chociaż wcale nie musi, zasięgnąć opinii instytutu, zakładu lub instytucji. Obowiązek zasięgania dodatkowych opinii powstaje wówczas, gdy pomiędzy dotychczasowymi opiniami zachodzi rzeczywista sprzeczność i gdy na podstawie istniejących w sprawie okoliczności sąd nie dysponuje wystarczającymi dowodami do pogodzenia jednej ze sprzecznych opinii, tzn. poddania obu dowodów wszelakiej ocenie²¹.

Na zakończenie warto dodać, że ustawodawca wprowadził dwa przepisy przewidujące odpowiedzialność karną biegłych, tj. art. 233 § 4 i § 4a k.k. Ich redakcja jest mocno zawila i zapewne będzie stwarzała wiele trudności inter-

²⁰ Wyrok SN z 12 listopada 2002 r., sygn. akt V KKN 333/01, KZS 2003, z. 7–8, poz. 41; por. też wyrok SN z 14 listopada 1996 r., sygn. akt III KKN 118/96, Prok. i Pr. 1997, nr 5, s. 10; wyrok SA w Krakowie z 6 czerwca 1991 r., sygn. akt II AKr 51/91, KZS 1991, z. 6–8, poz. 21.

²¹ Wyrok SN z 11 grudnia 1987 r., sygn. akt IV KR 348/87, OSNPG 1989, Nr 2, poz. 34, T. Widła, *Glosa*, *Prob. Praw.* 1989, nr 10, s. 56; K.J. Pawelec, *Zarys metodyki pracy obrońcy i pełnomocnika w sprawach przestępstw i wykroczeń drogowych*, Warszawa 2021, s. 339–348; idem, [w:] K.J. Pawelec, P. Krzemień (red.), *Wypadki i inne zdarzenia drogowe. Opiniowanie w sprawach rekonstrukcji*, Warszawa 2020, s. 653–662 oraz podana literatura i orzecznictwo; por. M. Oleżałek, *Metodyka pracy adwokata i radcy prawnego w sprawach przestępstw i wykroczeń drogowych*, Warszawa 2020, s. 569–593.

pretacyjnych, jak również natury dowodowej. Par. 1 wymienia jako podmioty: biegłego, rzeczoznawcę lub tłumacza, nie dostrzegając, że wiele czynności eksperckich wykonują również organy procesowe bądź osoby wyznaczone *ad hoc*. W zakresie przedmiotowym operuje pojęciami: opinii, ekspertyzy lub tłumaczenia, które mają być fałszywe. Przestępstwo z art. 233 § 4 k.k. określone zostało jako umyślne, jak się wydaje mogące być popełnione wyłącznie w zamiarze bezpośrednim.

Znacznie trudniejsze, z punktu widzenia dowodowego, jest natomiast określenie czynu z art. 233 § 4 a k.k. Jest on wszak przestępstwem nieumyślnym, toteż zastosowanie znajdują kryteria sprecyzowane w art. 9 § 2 k.k. Można wyrazić pogląd, że oba przepisy należą do niedookreślonych, a ocena zachowań z punktu widzenia ustawy karnej pozostawiona została organom państwa. Powyższe należy uznać za rozwiązywanie niekonstytucyjne²²

Merytoryczna ocena opinii. „Grzechy główne biegłych”

Przedłożone rozważania, wskazujące na niedostatki opinii biegłych, pomijają ważną kwestię, a mianowicie że organ procesowy absolutnie nie jest w stanie, z uwagi na brak wiadomości specjalnych, ocenić opinii z punktu widzenia jej zawartości merytorycznej oraz wywiedzionych wniosków. Stąd warto, aby organy procesowe, ich uczestnicy, obrońcy i pełnomocnicy zwrócili uwagę na błędy rekonstrukcyjne i ich przyczyny popełniane przez opiniujących biegłych w sprawach wypadków oraz innych zdarzeń drogowych²³.

Z kolei biegli posiadają kompetencje, aby wskazać niedostatki materiału dowodowego, co uniemożliwia przeprowadzenie rekonstrukcji zdarzenia, a tym samym ustalenia jego przyczyn. Częstokroć owe niedostatki i błędy organów procesowych mogą zostać naprawione, ale też bywają sytuacje, że nie będzie to możliwe. Warto zatem się im przyjrzeć. Najczęściej błędy popełniają organy ścigania podczas wykonywania czynności niepowtarzalnych, jak również eksperci wykonujący czynności na ich zlecenie. Przyczyny owych błędów bywają bardzo różne, ale zupełnie są ignorowane przez prokuratury, a tym samym nikt nie docieka przyczyn ich popełniania, chociaż powinny być poddawana dogłębnej analizie.

Przechodząc do wskazania najczęściej popełnianych błędów, należy wskazać przede wszystkim te, które zostały popełnione podczas wykonywania czynności niepowtarzalnych, gdyż wielokrotnie nie mogą zostać naprawione w toku dalszego postępowania z powodu, choćby upływu czasu, zatarcia określonych

²² Por. K. Pachnik, *Biegli w praktyce sądowej*, Siedlce 2015, s. 207–235 oraz podana literatura i orzecznictwo.

²³ W. Wach, *Wiarygodność ustalenia przyczyny wypadku drogowego*, „Paragraf na Drodze” 2009, nr 8, s. 116 i nast.; K.J. Pawelec, [w:] K.J. Pawelec, P. Krzemień (red.), op. cit., s. 653–667.

śladów, zaniechania ich zabezpieczenia itp. Wyniki badań autora, które zostały przeprowadzone w latach 2017–2020, oparte na analizie prowadzonych spraw o wypadki lub inne zdarzenia drogowe, wskazywały, że najczęściej zdarzały się przypadki niewłaściwie sporządzonych protokołów oględzin miejsc zdarzeń, pojazdów, oględzin ciała uczestników, a także sekcji zwłok.

Podobne uwagi można było odnieść do ważnych dowodów, jakimi były szkice sytuacyjne, które były niczym innym, jak graficznymi ilustracjami ustaleń zawartych w protokołach oględzin. Nie można było niczym wytłumaczyć rozbieżności zawartych w nich informacji z obrazowanymi w formie graficznej. Być może wynikało to z tego, że czynności te wykonywały inne osoby. Do tego dochodziły niestarannie i mało szczegółowo wykonywane dokumentacje fotograficzne, które zawierały jeszcze inne treści. Krótko mówiąc, owe ważne dokumenty procesowe przedstawiały różne treści, czasami nawet wzajemnie się wykluczające.

Istotnymi błędami były zaniechanie poszukiwania możliwych do uzyskania ważnych źródeł dowodowych, w tym niezabezpieczanie danych zawartych w systemach informatycznych pojazdów, tzw. zapisanych w sterownikach, zapisów z monitoringów, nagrań z kamer znajdujących się w pojazdach, zabezpieczenia odzieży uczestników itp. Kolejnymi niedostatkami oraz błędami były czynności eksperckie związane z oględzinami ciał osób uczestniczących w zdarzeniach drogowych, ich odzieży, zaniechania przeprowadzenia analizy śladów biologicznych czy niedokładności podczas wykonywania oględzin zewnętrznych zwłok oraz podczas ich otwarcia.

Ogólnie, analiza popełnianych błędów prowadziła do wniosku, że ich źródłami były: poważne błędy i pomyłki przy sporządzaniu protokołów oględzin, szkiców, dokumentacji fotograficznych, wadliwa interpretacja śladów, arbitralne uznanie niektórych śladów za nieistotne, przemieszczenie pojazdów po zdarzeniach bez dokonania odpowiednich zapisów, zaniechanie pozyskiwania innych, możliwych do uzyskania dowodów itp. Powyższe wynika ze słabego wykształcenia funkcjonariuszy policji, niedostatecznego nadzoru prokuratorskiego nad ich pracą, jak również nieprzygotowania sądów do orzekania w tego rodzaju, bardzo specyficznych i trudnych sprawach. Zauważyć przy tym trzeba, że analiza uzyskanego w późniejszym czasie osobowego materiału dowodowego umożliwia jedynie wyodrębnienie wersji podawanych przez uczestników, a ich konfrontacja z rzeczowym materiałem dowodowym wielokrotnie okazuje się niemożliwa. Powyższe pozostawało w zgodzie z wynikami kontroli Najwyższej Izby Kontroli w jednostkach policyjnych. Kontrolerzy Najwyższej Izby Kontroli stwierdzili, że zaledwie 57% policjantów z tzw. drogówki ukończyło wymagane przeszkolenie z zakresu ruchu drogowego, niecałe 7% – kursy dotyczące przeprowadzania czynności na miejscach zdarzeń drogowych, 15% – kontroli tachografu.

Wskazane błędy i niedostatki materiału dowodowego powinni wskazać opiniujący biegli, którym powinno przez organ procesowy zostać zadane pytanie: czy zgromadzony materiał dowodowy umożliwia wydanie opinii, przeprowadzenie rekonstrukcji przebiegu zdarzenia, możliwości technicznych jego uniknięcia, a jeśli nie, to w jakim kierunku powinien zostać uzupełniony?²⁴ Z kolei błędy, a raczej niedoskonałości opinii biegłych poddał analizie Wojciech Wach, którego rozważania oraz uogólnienia godne są szerokiej popularyzacji, zwłaszcza że wymienione niedostatki wyodrębnił w 17 punktach²⁵.

Najpierw W. Wach zauważył, że rekonstrukcja wypadku (także zdarzenia drogowego – przyp. autora) należy traktować jako działanie wielowymiarowe, na które składają się wzajemnie się przeplatające następujące elementy:

1. rekonstrukcje podukładów,
2. obliczenia dotyczące podukładów,
3. scalanie informacji i synteza wniosków.

Bardzo przydatnymi dla organów procesowych okazały się uwagi i spostrzeżenia autora, które zawarł w rozważaniach na temat łączenia przez biegłych informacji oraz formułowania wniosków. To one mogły istotnie przyczynić się do oceny opinii biegłego przez organ niemający odpowiedniego przygotowania matematyczno-fizycznego oraz inżynierskiego. Autor wyróżnił następujące „grzechy główne” popełniane przez opiniujących biegłych:

„1. błąd logiczny – mylenie rozumowania dedukcyjnego z redukcyjnym i błędne dowodzenie związku przyczynowo-skutkowych, np. określona przyczyna wcale nie musiała wywołać skutku, gdyż mogła być determinantem kilku różnych okoliczności;

2. błąd logiczny – mylenie warunku koniecznego z koniecznym i wystarczającym, np. spadek ciśnienia w oponie »musiał« spowodować zjazd pojazdu z jezdni, chociaż wcale tak być nie musiało;

3. łączenie zdarzeń rozłącznych e jeden układ przyczynowo-skutkowy, np. przyjęcie, że gdyby oskarżony wyjechał o czasie, a nie pośpieszył się o (...) minut, to do skrzyżowania dojechałby później, toteż nie doszłoby do zderzenia z innym pojazdem;

4. wewnętrzna sprzeczność, np. samochód jechał z prędkością 50 km/h, czyli dopuszczalną. Pieszy wtargnął na jezdnię w odległości 16 m od samochodu, toteż kierujący nie miał możliwości uniknięcia potrącenia. Zaistnienie

²⁴ Szerzej: K.J. Pawelec, [w:] K.J. Pawelec, P. Krzemień (red.), s. 655–657; Szerzej: K.J. Pawelec, *Czynności niepowtarzalne w sprawach o wypadki drogowe*, Warszawa 2014, s. 11. Z kolei badania autora potwierdzały niedostateczny stan wyszkolenia funkcjonariuszy policji wykonujących czynności niepowtarzalne. Zostały one stwierdzone w blisko 70% zbadanych spraw, z czego uniemożliwiały one przeprowadzenie pełnej rekonstrukcji przebiegu wypadków i innych zdarzeń w ok. 20% – szerzej: idem, *Czynności niepowtarzalne w sprawach o wypadki drogowe. Aspekty procesowo-kryminalistyczne i bezpieczeństwa*, Warszawa 2018, s. 64–151 oraz 231–249 oraz podana literatura i orzecznictwo.

²⁵ W. Wach, op. cit., s. 118.

wypadku świadczy o tym, że kierujący poruszał się z prędkością właściwą, ale niebezpieczną, w związku z czym jest jedynym sprawcą wypadku;

5. trudności w wyodrębnieniu związków przyczynowo-skutkowych, np. skoro oskarżony wjechał na drugi samochód, to właśnie on spowodował wypadek – bez względu na to, jaka była rzeczywista przyczyna tego wjazdu;

6. konstrukcja w miejsce rekonstrukcji, np. skoro pieszy został odrzucony w lewo na skutek potrącenia lewym narożnikiem, a samochód zatrzymał się na prawym poboczu 50 m dalej, to kierujący, wbrew swoim twierdzeniom, musiał zauważyć ciemno ubranego pieszego w światłach mijania z odległości 41 m i po 18 m przejechanych w czasie reakcji 0,8 sek. odbić kierownicą o 50 stopnia (...). Konstrukcja bywa pokusą dla biegłych sprawnych w operacjach matematycznych, przez co ten rodzaj błędu może ciążyć na wnioskach końcowych znacznie bardziej niż błędne obliczenia, które łatwo zweryfikować;

7. technokracja – polega na scalaniu dowodów w pozorny łańcuch przyczyn i skutków za pomocą fikcyjnych założeń i zapełnianiu luk informacyjnych doraźnie wymyślonymi teoriami. Często bywa to wsparte skomplikowanymi obliczeniami i arbitralnym odniesieniem się do innych argumentów;

8. numerologia – jest odmianą technokracji, która usiłuje sprowadzić opiniowanie do obliczeń, w przekonaniu, że liczby wyjaśnia każdy aspekt rozważanych problemów. Jest to wybitnie kontrowersyjne, gdyż próbuje metodami numerycznymi weryfikować poprawność spontanicznych zachowań kierującego w obliczu nagłego zagrożenia oraz konieczności podejmowania złożonych decyzji;

9. uprzedmiotowienie podmiotu, czyli bezwarunkowe odmówienie uczestnikowi ruchu prawa do pomyłki oraz zachowań spontanicznych, niejako bez wyrozumienia i przemyślenia lepszego wariantu;

10. trudności z zauważeniem istoty problemu, np. wykonanie retelnych obliczeń, ale prowadzących donikąd, a czasami kierujących postępowanie organów procesowych na drogę pozornie ważnych problemów;

11. odwrócenie kierunku rozumowania – charakteryzuje się wprawie postawieniem określonej tezy, a następnie przeprowadzeniem dowodu poprzez wybiórcze przyjmowanie do rekonstrukcji zgromadzonych dowodów;

12. trudności w rozumieniu kompetencji biegłego i organu procesowego, np. przeświadczenie o tym, że rolą biegłego jest wskazanie konkretnego rozwiązania, a nie przedstawienia prawdy; przekonanie, że odpowiedź »nie wiem« jest mniej ważna niż »wiem«; uleganie presji organu procesowego oczekującego konkretnego rozwiązania za cenę zgadywania przyczyn zaistniałego zdarzenia; ocena wiarygodności zeznań, wyjaśnień, jak też innych dowodów, chociaż to nie należy do kompetencji biegłego;

13. małe doświadczenie, np. przyjęcie, że mógł wykonać określony manewr, w sytuacji gdy było to technicznie niemożliwe;

14. trudności z rozgraniczeniem nadmiaru ryzyka od związku przyczynowo-skutkowego w połączeniu z intuicyjnym <wyczuciem sprawiedliwości>, np.

skoro kierujący znacznie przekroczył obowiązującą prędkość dopuszczalną, to jak można przyjąć, że wypadek spowodował ten, który zajeżdżał mu drogę;

15. bezkrytyczne zaufanie do narzędzi numerycznych przy ocenie zjawisk granicznych, wymagających pogłębionej wiedzy, np. z symulacji wynikało, że oskarżony kierował pojazdem z prędkością rzędu 200 km/h, podczas gdy pojazd ten mógł osiągnąć prędkość maksymalną 150 km/h;

16. niekompetencja – polega na arbitralnym wygłaszaniu poglądów dotyczących zupełnie innej dziedziny wiedzy, o której opiniujący ma jedynie mgliste pojęcie;

17. przekonanie o trafności własnych wyobrażeń – innymi słowy »pycha, która poprzedza upadek«, czyli bycie »głuchym« na poglądy innych ekspertów, posiadających specjalistyczną wiedzę w innych dziedzinach niż opiniujący biegły».

Wskazane przez W. Wacha „siedemnaście grzechów głównych” spotykanych w opiniach biegłych zostało poddane przez autora szczegółowej analizie zakończonej trafnymi wnioskami²⁶. Niestety, w opracowaniu nie znajdujemy odpowiedzi na postawione wcześniej pytania, a ustawodawca zdaje się nie dostrzegać problemu. Praktyka z nimi sobie nie poradzi, tak samo jak dotychczas sobie z nimi nie radziła. Opinia biegłego nie może być traktowana jako swoistego rodzaju wyrocznia dla sądu, a wskazane błędy i niedostatki w zakresie zgromadzonych dowodów nie powinny być traktowane wyłącznie w oparciu o treść art. 7 k.p.k., zwłaszcza że na ich popełnienie oskarżony (podejrzany) nie miał jakiegokolwiek wpływu. Zresztą, uzupełniając wyliczenia W. Wacha, można dodać, że wielokrotnie biegli uprawiali typową sztukę manipulacji, stosując „nowomowę”, czyli posługiwali się sformułowaniami kompletnie niezrozumiałymi dla odbiorców, czy też „wciskając kit” tylko po to, aby przekonać organ orzekający do swoich racji.

Uwagi końcowe

Obserwując praktykę można stwierdzić, że w sprawach o wypadki drogowe niezwykle często zasięgano opinii biegłych ds. ruchu drogowego i techniki samochodowej. Nieraz bywało, że zupełnie niepotrzebnie, gdy chodziło o interpretację obowiązujących przepisów czy oceny materiału dowodowego, co absolutnie nie należało do kompetencji biegłych. Organy procesowe niejako przerzucały oceny prawne na ekspertów, co było niewybaczalnym błędem. Powyższe wynikało ze złego przygotowania organów procesowych do prowadzenia tego rodzaju spraw; czasami było to zwyczajne asekuranctwo. Z drugiej jednak strony, co zostało zaznaczone, organy procesowe nie były merytorycznie

²⁶ A. Wach, op. cit., s. 125–132.

w zakresie posiadania wiadomości specjalnych przygotowane do podejmowania rzeczowej oceny opinii. *De lege lata* należy zatem postulować, aby sprawy o wypadki drogowe prowadziły wyspecjalizowane jednostki prokuratury, funkcjonariusze policji posiadali odpowiednie przygotowanie, zwłaszcza w zakresie poszukiwania, ujawniania i zabezpieczania śladów, jak też i innych źródeł dowodowych mogących mieć znaczenie dla rekonstrukcji. Nie można także zapominać o sądach. Wydaje się, że tego rodzaju sprawy powinny być rozpoznawane przez odpowiednie wydziały, w których sędziowie byliby wyspecjalizowani w sprawach przestępczości komunikacyjnej. Podobne postulaty można odnieść do obrońców i pełnomocników.

Jednak jak zapewnić najwyższy poziom opiniowania? Dlaczego do kontradyktoryjnego procesu, przynajmniej w założeniu, nie są dopuszczane tzw. opinie prywatne, traktowane w rzecznictwie wyłącznie jako informacje o dowodach, chociaż zdarzają się wyjątki zależne od wiedzy i pomysłowości stron postępowania, jak również dociekliwości sądów? Skąd zatem bierze się monopol organów procesowych na pozyskiwanie opinii biegłych? Są to pytania, które powinny być rozważone w poważnej i szerokiej dyskusji²⁷. Współcześnie biegli stają przed dużymi wyzwaniami, nakładającymi na nich obowiązek posiadania specjalistycznej wiedzy inżynierskiej, ale również konstrukcyjnej, informatycznej, jak też innych dziedzin, z którymi ruch drogowy jest bezpośrednio lub pośrednio powiązany. U drzwi zaś stoją nowe wyzwania, w tym np. rekonstrukcji przebiegu wypadku z udziałem samochodów autonomicznych, czyli kto zawiódł, czy kierujący, o ile można go tak nazwać, czy oprogramowanie, a może inny uczestnik. Podkreślić należy, że prowadzący taki pojazd nie ma najmniejszego wpływu na dobór prędkości, wykonywane manewry itp. Jego rola została ograniczona wyłącznie do wskazania celu podróży²⁸.

Autor niniejszego artykułu stoi na stanowisku, że zachodzi pilna potrzeba uchwalenia zupełnie nowej regulacji dotyczącej biegłych sądowych, co zresztą trwa od wielu lat, ale bez skutku. Wedle obowiązujące rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 r. (Dz.U. z 2005 r, Nr. 15, poz. 133) biegły może zostać dosłownie każdy, o ile spełnia kryteria wskazane w § 12 rozporządzenia, czyli może nim być – jak żartobliwie pisał pewien publicysta – „miejscowy nauczyciel, który ma motorower i zna przepisy drogowe”, a decyduje o tym Prezes Sądu Okręgowego. Tymczasem bycie biegłym sądowym

²⁷ Szerzej: K.J. Pawelec, *Opinia pozaprosesowa i jej ocena w procesie karnym. Zagadnienia wybrane. Propozycje de lege ferenda*, [w:] D. Gil, P. Rogowski (red.), *Rola biegłych we współczesnych postępowaniach sądowych*, Lublin 2019, s. 249–263 oraz podana literatura i orzecznictwo; także: idem, *Zarys metodyki pracy...*, s. 487–489.

²⁸ Szerzej: P. Krzemień, *Ślady cyfrowe w rekonstrukcji zdarzeń drogowych – odbiorniki GPS, kamery samochodowe, monitoring (fotogrametrii 3D), tachografy, „czarne skrzynki” i sterowniki pojazdów*, [w:] K. J. Pawelec, P. Krzemień (red.), op. cit., s. 406–502 oraz podana literatura; M. Burtowy, *Samochody autonomiczne. Wybrane problemy prawne*, „Paragraf na Drodze” 2020, nr 2, s. 11–21.

wymaga posiadania najwyższych kwalifikacji, doświadczenia zawodowego, a nawet dorobku naukowego. Tego w polskim systemie prawnym brakuje.

Autor jest zwolennikiem systemu weryfikacji kompetencji kandydatów na biegłych sądowych, jaki obowiązuje w Królestwie Holandii. Prawdą jest, że jest system ten jest niezwykle rozbudowany. W dużym skrócie: przed rozpoczęciem weryfikacji kompetencji osobistych kandydata na biegłego dokonywana jest ocena dyscypliny naukowej, z jaką zgłosił się do rejestru, pod kątem przydatności do postępowań sądowych. Następnie specjalnie powołana komisja składająca się z trzech osób (dwóch uznanych specjalistów z danej dziedziny wiedzy i obowiązkowo reprezentanta któregoś z zawodów prawniczych – sędziego, prokuratora, adwokata) przeprowadza weryfikację kompetencji kandydata na biegłego. Wymogiem koniecznym do uzyskania wpisu do rejestru jest posiadanie odpowiedniego zasobu wiedzy i doświadczenia w danej dyscyplinie nauki lub konkretnej specjalności. Obejmuje ona także sprawdzenie posiadanie innych cech i umiejętności mających przesądzać o jakości wydawanych opinii. Po pozytywnej weryfikacji, nim kandydat zostanie zarejestrowany, musi jeszcze złożyć pisemne zobowiązanie o przestrzeganiu wytycznych dla biegłych sądowych²⁹.

Powracając do kwestii możliwości wprowadzenia do procesu karnego tzw. opinii prywatnych, co będzie miało znaczenie dla pełnego równouprawnienia stron postępowania, jak też zwiększenia kontradyktoryjności tego postępowania, wpływania na jakość pozyskiwania opinii, wystarczy nieznaczna zmiana art. 393 § 3 k.p.k. przez wykreślenie zwrotu „powstałe poza postępowaniem karnym” oraz dodanie po słowach: w szczególności oświadczenia, publikacje, lity, notatki, ekspertyzy prywatne, sprawozdania, opinie uzyskane przez stronę, nagrania w związku z prowadzonym postępowaniem karnym (podkr. autora). Powyższe złamałoby monopol organów państwa na pozyskiwanie dowodów w postępowaniu karnym, zwłaszcza postępowaniu przygotowawczym, oraz urealniłoby obronę oskarżonego, jak też realizację praw pokrzywdzonego.

Wykaz literatury

- Burtowy M., *Samochody autonomiczne. Wybrane problemy prawne*, „Paragraf na Drodze” 2020, nr 2.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, PWN, Warszawa 1994.
- Karasek P., Pękała M., Rybicki P., *Narzędzia do oceny kompetencji kandydatów na biegłych sądowych*, Lex, wydruk z 3 lutego 2021 r., KRS 2016, nr 3.

²⁹ Szerzej: P. Karasek, M. Pękała, P. Rybicki, *Narzędzia do oceny kompetencji kandydatów na biegłych sądowych*, Lex, wydruk z 3 lutego 2021 r., KRS 2016, nr 3, s. 41–51; por. K.J. Pawelec, *Bezpieczeństwo i ryzyko w ruchu drogowym*, Warszawa 2020, s. 350.

- Krzemień P., *Ślady cyfrowe w rekonstrukcji zdarzeń drogowych – odbiorniki GPS, kamery samochodowe, monitoring (fotogrametrii 3D), tachografy, „czarne skrzynki” i sterowniki pojazdów*, [w:] K.J. Pawelec, P. Krzemień (red.), *Wypadki i inne zdarzenia drogowe. Opiniowanie w sprawach rekonstrukcji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Oleżalek M., *Metodyka pracy adwokata i radcy prawnego w sprawach przestępstw i wykroczeń drogowych*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Pachnik K., *Biegli w praktyce sądowej*, Wyd. Unitas, Siedlce 2015.
- Pawelec K.J., [w:] K.J. Pawelec, P. Krzemień (red.), *Wypadki i inne zdarzenia drogowe. Opiniowanie w sprawach rekonstrukcji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Pawelec K.J., *Bezpieczeństwo i ryzyko w ruchu drogowym*, Difin, Warszawa 2020.
- Pawelec K.J., *Czynności niepowtarzalne w sprawach o wypadki drogowe*, Difin, Warszawa 2014.
- Pawelec K.J., *Czynności niepowtarzalne w sprawach o wypadki drogowe. Aspekty procesowo-kryminalistyczne i bezpieczeństwa*, Difin, Warszawa 2018.
- Pawelec K.J., *Opinia pozaprosesowa i jej ocena w procesie karnym. Zagadnienia wybrane. Propozycje de lege ferenda*, [w:] D. Gil, P. Rogowski (red.), *Rola biegłych we współczesnych postępowaniach sądowych*, Wyd. KUL, Lublin 2019.
- Pawelec K.J., *Zarys metodyki pracy obrońcy i pełnomocnika w sprawach przestępstw i wykroczeń drogowych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Wach W., *Wiarygodność ustalenia przyczyny wypadku drogowego*, „Paragraf na Drodze” 2009, nr 8.

Summary

Opiniones of the road traffic and automotive technology experts and difficulties in assessment.

An attempt at a practical and synthetic generalization

Keywords: experts, specialists, basis of evaluations, evidence, evaluations, unclear evaluations, contradictory evaluations, contradicting opinions, errors in opinions, expert evaluations of opinions.

Issues of evaluation of expert's opinions in road accidents cases have been a source of many difficulties, which can be perceived in practice. It was indisputable, that the experts (in criminal cases) have acknowledged the lack of evidence, which resulted in the impossibility of evaluations. Such issues have not been exposed by them, in such cases, experts presented many versions of their opinions, in many ways usurping the courts right to evaluate certain evidence, which was beyond their competence. On the other hand, procedural authorities were not able to evaluate certain opinions based on their substantiveness, because of the lack of depth of specialist information, regarding certain topics. It has created a situation of "squaring a circle", an issue without a solution. This publication addresses mentioned issues, evaluating the expert's opinions from a dogmatic and judiciary perspective, based on the directives of

article 201 of the polish criminal procedure code, also in the context of free assessment of evidence, which can – in some cases – result in many confusions. Furthermore, the publication pinpoints the most common mistakes of experts, which influenced criminal procedure cases. I have summed up conclusions in form of *de lege ferenda* and *de lege lata* postulates, which aim to the possibility of eliminating the mentioned disharmony, simultaneously postulating that the experts should have the highest possible qualifications.

Grzegorz Suliński

Uniwersytet Jagielloński

ORCID: 0000-0002-1159-3951

grzegorz.sulinski@uj.edu.pl

Aspekty procesowe sporu o wpis do rejestru akcjonariuszy

Wstęp

Ostatnie dekady przyniosły intensywny rozwój cyfryzacji, który dotyczy wielu aspektów życia społecznego. Gwałtownie rośnie rola komunikacji międzyludzkiej podejmowanej z wykorzystaniem technologii opartych na przekazie elektronicznym. Proces ten widoczny jest także na płaszczyźnie regulacji prawnych. Ustawodawca w coraz szerszym zakresie uwzględnia jego skutki, otwierając kolejne gałęzie prawa na rozwiązania bazujące na technologii informatycznej.

Ustawodawstwo ostatnich lat dostarcza wiele przykładów tego procesu, który dotyczy zarówno norm prawa materialnego, jak i procesowego. Dość wskazać poszerzenie – w przepisie art. 77² i 77³ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny¹ – katalogu dopuszczalnych form dokonywania czynności prawnych o formę dokumentową, wprowadzenie przepisem art. 505²⁸ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego² elektronicznego postępowania upominawczego czy też możliwość zawiązywania spółek prawa handlowego z wykorzystaniem wzorca umowy udostępnianego w systemie teleinformatycznym³.

Jednym z przejawów zastosowania przez ustawodawcę nowych technologii w prawie gospodarczym jest proces pozbawienia papierów wartościowych for-

¹ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1740 ze zm., dalej jako k.c.

² T.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1575 ze zm., dalej jako k.p.c.

³ Możliwość taka dotyczy – na podstawie odpowiednio art. 23¹ oraz 106¹ ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1526 ze zm., dalej jako k.s.h.) – spółki jawnej oraz komandytowej. Nadto z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego zawiązać można także – stosownie do art. 157¹ k.s.h. spółki z o.o., a od 1 lipca 2021 r. także prostej spółki akcyjnej na co zezwala przepis art. 300⁷ k.s.h.

my dokumentu na rzecz postaci zdematerializowanej. Ostatnie lata przyniosły intensyfikację tego procesu, który objął nie tylko papiery wartościowe dopuszczone do publicznego obrotu⁴, ale także papiery wartościowe przyjmujące dotychczas postać tradycyjnego dokumentu⁵. W art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach⁶ ustawodawca postanowił, że obligacje nie mogą mieć formy dokumentu.

Szczególnie doniosła zmiana dokonała się jednak na mocy regulacji ustawy z dnia 30 sierpnia 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw⁷. Stosownie do art. 1 pkt 7 tej ustawy znowelizowany został przepis art. 328 § 1 k.s.h. w ten sposób, że ustawodawca wskazał, iż akcje nie mają formy dokumentu. Skutkiem tej zmiany jest całkowita zmiana dotychczasowej regulacji dotyczącej zarówno samej postaci akcji, ale także i obrotu nią.

Przedmiotem niniejszego opracowania są wybrane aspekty dotyczące rozporządzania zdematerializowaną akcją ze szczególnym uwzględnieniem roli w tym procesie podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy. Celem rozważań jest identyfikacja trudności, jakie mogą powstawać na tym tle, oraz próba udzielenia odpowiedzi na pytanie o rodzaj środków prawnych jakie może podjąć strona lub strony czynności prawnej obejmującej zobowiązanie do rozporządzenia zdematerializowaną akcją na wypadek odmowy podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy dokonania w nim wpisu albo też dokonania wpisu pomimo sporu stron dotyczącego podstawy wpisu. Teza opracowania zakłada, że stronie lub stronom takiej czynności, a także w pewnych przypadkach osobie trzeciej przysługuje środek prawny w postaci powództwa o zasądzenie poprzez nakazanie podmiotowi prowadzącemu rejestr określonego zachowania.

Poszukując odpowiedzi na powyższe pytania – przy zastosowaniu metody dogmatycznej – w pierwszej kolejności zaprezentowane zostaną nowe regulacje dotyczące formy akcji oraz obrotu nimi. Następnie rozważania obejmą charakter prawny wpisu do rejestru akcjonariuszy oraz podstawy jego dokonania. W dalszej kolejności uwagi dotyczyć będą zakresu w jakim podmiot prowadzący rejestr bada wnioski. Ustalenia pozwolą przybliżyć się do odpowiedzi na

⁴ Na potrzeby niniejszego opracowania pod pojęciem tym należy rozumieć papiery wartościowe będące przedmiotem oferty publicznej w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2080 ze zm., dalej jako ustawa o ofercie publicznej).

⁵ Na temat przyczyn tego procesu zob. szerzej: W. Popiołek, *Rozporządzanie akcjami rejestrowymi spółek niepublicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 5, s. 3–4. Zob. także J. Dąbrowska, *Powszechna dematerializacja akcji i akcje rejestrowe*, [w:] M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczotka (red.), *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. 1, 2020, Lex.

⁶ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1208 ze zm., dalej jako ustawa o obligacjach.

⁷ T.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1798 ze zm.

pytanie: jakie środki prawne przysługują stronom w konkretnych przypadkach konfliktu powstającego na tle odmowy dokonania wpisu do rejestru akcjonariuszy lub też dokonania takiego wpisu w warunkach konfliktu stron dotyczącego czynności prawnej stanowiącej jego podstawę.

Wskazać należy, że problematyka środków prawnych przysługujących stronie lub stronom umowy zobowiązującej do przeniesienia własności zdematerializowanej akcji ma istotne znaczenie zarówno z teoretycznego, jak i praktycznego punktu widzenia. Na gruncie teorii pojawia się bowiem zagadnienie, czy uzyskanie wpisu w rejestrze w przypadku odmowy jego dokonania przez podmiot prowadzący rejestr albo wykreślenia wpisu błędnie dokonanego wymaga uzyskania orzeczenia sądu w stosunku do tego podmiotu, a jeśli tak, to jakiej treści i o jakim skutku. Dla praktyki obrotu prawnego kwestia jest istotna o tyle, że dotyczy nowego zagadnienia, które – z uwagi na powszechność obrotu prawnego akcjami – dotyczy szerokiej gamy przypadków.

Forma akcji

Zgodnie z przepisem art. 328 § 1 k.s.h. akcje nie mają formy dokumentu. Rozwiązanie to weszło w życie z dniem 1 marca 2021 r., odnosząc się zasadniczo do akcji spółek niepublicznych. W przypadku bowiem spółek publicznych, pod którymi należy rozumieć – zgodnie z przepisem art. 4 pkt. 20 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych⁸ – spółki, których co najmniej jedna akcja jest dopuszczona do obrotu na rynku regulowanym⁹ lub wprowadzona do obrotu w alternatywnym systemie obrotu¹⁰ na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej akcje podlegają dematerializacji na podstawie i w trybie określonym w art. 5 u.o.i.f.¹¹ Noweli-

⁸ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2080 ze zm., dalej jako u.o.p.

⁹ Rynek regulowany to – zgodnie z przepisem art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 328 ze zm., dalej jako u.o.i.f.) – działający w sposób stały wielostronny system zawierania transakcji, których przedmiotem są instrumenty finansowe dopuszczone do obrotu w tym systemie, zapewniający inwestorom powszechny i równy dostęp do informacji rynkowej w tym samym czasie przy kojarzeniu ofert nabycia i zbycia instrumentów finansowych oraz jednakowe warunki nabywania i zbywania tych instrumentów, zorganizowany i podlegający nadzorowi właściwego organu na zasadach określonych w przepisach ustawy, jak również uznany przez państwo członkowskie za spełniający te warunki i wskazany Komisji Europejskiej jako rynek regulowany.

¹⁰ Alternatywny system obrotu to – na zasadzie art. 4 pkt. 2 u.o.p. – prowadzony poza rynkiem regulowanym wielostronny system kojarzący oferty kupna i sprzedaży instrumentów finansowych w taki sposób, że do zawarcia transakcji dochodzi w ramach tego systemu, zgodnie z określonymi zasadami oraz w sposób niemający charakteru uznaniowego.

¹¹ Zasadniczo emitent papierów wartościowych będących przedmiotem oferty publicznej, dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym lub wprowadzonych do alternatywnego systemu obrotu jest zobowiązany – na podstawie art. 5 ust. 4 u.o.i.f. – do zawarcia z Krajowym Depozytem

zując k.s.h. w zakresie formy akcji, ustawodawca skonstruował ramy prawne dla akcji niematerialnych spółek niepublicznych, obejmujące w szczególności sam proces dematerializacji, jak i też obrotu takimi akcjami.

Akcja spółki niepublicznej podlega – na podstawie art. 328¹ § 1 k.s.h. – rejestracji w rejestrze akcjonariuszy. Zaznaczyć jednak należy, że spółka może zdecydować – w trybie art. 328¹¹ § 1 k.s.h. – o dematerializacji akcji poprzez ich rejestrację w depozycie papierów wartościowych w rozumieniu u.o.i.f. W konsekwencji spółka funkcjonuje w reżimie prawnym tej ustawy, co wywiera skutki m.in. na płaszczyźnie dotyczącej samego procesu dematerializacji akcji, jak i obrotu nimi¹². Dalsze uwagi niniejszego opracowania będą koncentrować się na zagadnieniach dotyczących nowej formy akcji spółek niepublicznych, które dokonują dematerializacji w trybie art. 328 i n. k.s.h.

Rejestr akcjonariuszy – stosownie do treści art. 328¹ § 3 k.s.h. – przyjmuje postać elektroniczną, mogąc stanowić formę rozporoszonej i zdecentralizowanej bazy danych¹³. Treść wpisu w rejestrze – określona w przepisie art. 328³ § 1 k.s.h. – powinna obejmować dane obligatoryjnie wymagane przez ustawę¹⁴. Nadto statut może poszerzać zakres danych, które podlegają ujawnieniu w rejestrze.

Papierów Wartościowych umowy, której przedmiotem jest rejestracja tych papierów wartościowych w depozycie papierów wartościowych.

¹² Tak: A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 301–633 Kodeksu spółek handlowych*, 2021, Lex.

¹³ Na temat rejestru akcjonariuszy jako rozporoszonej i zdecentralizowanej bazy danych zob. T. Sójka, *Rejestr akcjonariuszy w postaci rozporoszonej i zdecentralizowanej bazy danych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021, nr 4, s. 26–33.

¹⁴ Zakres wpisu do rejestru powinien obejmować takie dane, jak firma i siedziba spółki, oznaczenie sądu rejestrowego i numer pod którym spółka jest wpisana do rejestru, datę zarejestrowania spółki i emisji akcji, wartość nominalną, serię i numer, rodzaj danej akcji i uprawnienia szczególne z akcji, nazwisko i imię albo firmę (nazwę) akcjonariusza oraz adres jego zamieszkania albo siedziby albo inny adres dla doręczeń, a także adres poczty elektronicznej, jeżeli akcjonariusz wyraził zgodę na komunikację, w stosunkach ze spółką i podmiotem prowadzącym rejestr akcjonariuszy przy wykorzystaniu poczty elektronicznej. Nadto w rejestrze akcjonariuszy ujawnia się – na żądanie osoby mającej interes prawny – wpis o przejściu akcji lub praw zastawniczych na inną osobę albo o ustanowieniu na akcji ograniczonego prawa rzeczowego wraz z datą wpisu oraz wskazaniem nabywcy albo zastawnika lub użytkownika, adresu ich zamieszkania albo siedziby lub innych adresów do doręczeń, a także adresu poczty elektronicznej, jeżeli osoby te wyraziły zgodę na komunikację w stosunkach ze spółką i podmiotem prowadzącym rejestr akcjonariuszy przy wykorzystaniu poczty elektronicznej oraz liczby, rodzaju, serii i numerów nabytych albo obciążonych akcji. Ujawnieniu w rejestrze podlega także – na żądanie zastawnika albo użytkownika – wpis informujący o przysługiwaniu im prawa wykonywania głosu z obciążonej akcji. Akcjonariusz może żądać wpisu do rejestru wykreślenia obciążenia jego akcji ograniczonym prawem rzeczowym. Wreszcie w rejestrze wpisuje się wzmiankę o tym, czy akcje zostały w całości pokryte, ograniczenia co do rozporządzania akcją oraz postanowienia statutu o związanych z akcją obowiązkach wobec spółki. Treść wpisu do rejestru akcjonariuszy może odbiegać od wymogów przepisu art. 328³ § 1 k.s.h. w przypadku, w którym akcje spółki niepublicznej zostaną zarejestrowane – na zasadzie art. 328¹¹ § 1 k.s.h. – w depozycie papierów wartościowych w rozumieniu art. 3 pkt 21 u.o.i.f. W takim przypadku ujawnia się dane, o których mowa w art. 328³ § 3 k.s.h.

Rejestr prowadzony jest przez podmiot, który jest uprawniony – na podstawie u.o.i.f. – do prowadzenia rachunków papierów wartościowych. Szczegółowe wskazanie tych podmiotów zawarte jest w przepisie art. 4 ust. 1 pkt. 1 u.o.i.f. i zawiera m.in. takie podmioty, jak domy maklerskie i banki prowadzące działalność maklerską, banki powiernicze, zagraniczne firmy inwestycyjne i zagraniczne osoby prawne prowadzące działalność maklerską na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w formie oddziału. Podstawą prowadzenia rejestru jest obligatoryjna umowa spółki z podmiotem prowadzącym rejestr. Jej zawarcie musi być poprzedzone – na zasadzie art. 328¹ § 5 k.s.h. – uchwałą walnego zgromadzenia akcjonariuszy zawierającą wskazanie konkretnego podmiotu prowadzącego rejestr bądź – jeśli zawarcie umowy o prowadzenie rejestru następuje na etapie zawiązania spółki – wskazaniem dokonany przez założycieli spółki. Naruszenie wymogu podjęcia uchwały walnego zgromadzenia podlega skutkom określonym w przepisie art. 17 k.s.h.¹⁵ W doktrynie podniesiono, że umowa o prowadzenie rejestru akcjonariuszy jest umową o świadczenie usług, do której stosuje się przepisy o umowie zlecenia¹⁶.

Ustawodawca dookreśla także treść praw i obowiązków stron umowy o prowadzenie rejestru akcjonariuszy, wskazując w art. 328² § 2 k.s.h. przesłanki dopuszczalności jej rozwiązania. Umowa może zatem zostać rozwiązana jedynie pod warunkiem zawarcia umowy o prowadzenie rejestru akcjonariuszy z innym podmiotem. Ograniczenia dotyczą także podmiotu prowadzącego rejestr, bowiem możliwość wypowiedzenia umowy została ograniczona do przypadku zaistnienia ważnych powodów oraz z zachowaniem terminu wypowiedzenia nie krótszego niż trzy miesiące.

Rozporządzenie akcją

Dematerializacja akcji spółki niepublicznej wywołuje także skutek dla sposobu rozporządzenia nią. W stanie prawnym obowiązującym do dnia 1 marca 2021 r. przeniesienie akcje imiennych oraz świadectw tymczasowych następowało w drodze cesji praw udziałowych objętych akcją¹⁷. Stosownie do treści art. 339 k.s.h. wymagało to pisemnego oświadczenia na dokumencie akcji albo świadectwa tymczasowego bądź w odrębnym dokumencie oraz przeniesienia posiadania samego dokumentu. W przypadku akcji na okaziciela

¹⁵ Zob. A Kidyba, op. cit.

¹⁶ Zob. szerzej P. Izdebski, *Umowa o prowadzenie rejestru akcjonariuszy – wybrane uwagi konstrukcyjnoprawne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2021, nr 2, s. 51–59.

¹⁷ Zob. A. Szumański, [w:] W. Pyziół, I. Weiss, A. Szumański, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 907.

zbycie następowało – na podstawie art. 921¹² k.c. w zw. z art. 921¹⁶ w zw. z art. 2 k.s.h. – w drodze wydania dokumentu akcji¹⁸.

W świetle nowej regulacji – ujętej w przepisie art. 328⁹ § 1 k.s.h. – nabycie albo ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego na akcji następuje z chwilą dokonania w rejestrze akcjonariuszy wpisu wskazującego nabywcę albo zastawnika albo użytkownika. Wpis powinien także obejmować następujące dane: liczbę oraz rodzaj, serie i numery albo odrębne oznaczenia, o których mowa w art. 55 u.o.i.f. nabytych albo obciążonych akcji. Jednocześnie wymóg wpisu nie dotyczy – na zasadzie art. 328⁹ § 2 k.s.h. – objęcia akcji z wyjątkiem objęcia akcji w trybie warunkowego podwyższenia kapitału zakładowego, powołania do spadku, zapisu windykacyjnego, wniesienia akcji jako wkładu niepieniężnego do spółki, połączenia, podziału lub przekształcenia spółki lub zajścia innego zdarzenia prawnego powodującego z mocy prawa przejście akcji lub ustanowienie na niej ograniczonego prawa rzeczowego na inną osobę.

Rozporządzenie akcją wymaga zatem zawarcia umowy o charakterze zobowiązującym, której skutek rozporządzający następuje dopiero z chwilą dokonania przez podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy wpisu w rejestrze polegającego na ujawnieniu danych wymaganych przez regulację art. 328⁹ § 1 k.s.h.¹⁹ W tym kontekście czynność faktyczna w postaci dokonania wpisu do rejestru akcjonariuszy ma skutek konstytutywny dla rozporządzenia akcją²⁰.

Podstawa wpisu rozporządzenia akcją do rejestru akcjonariuszy

Tryb dokonania wpisu nabywcy akcji do rejestru akcjonariuszy określony został w przepisie art. 328⁴ k.s.h. W szczególności zatem wpis następuje na żądanie osoby mającej interes prawny w dokonaniu wpisu. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której spółka mając wiedzę o zawarciu umowy zobowiązującej do przeniesienia własności akcji lub ustanowienia na niej ograniczonego prawa rzeczowego wystąpi do podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy z żądaniem dokonania wpisu. Przed dokonaniem wpisu podmiot prowadzący rejestr zobowiązany jest – na zasadzie art. 328⁴ § 3 k.s.h. – powiadomić o treści zamierzonego wpisu osobę, której uprawnienia mają być wykreślone, zmienione lub obciążone przez wpis. Obowiązek ten podlega jednak wyłączeniu, jeśli osoba taka wyraziła zgodę na wpis.

¹⁸ Tak: A. Szumański, op. cit., s. 908.

¹⁹ Na temat skutków czynności zobowiązującej do przeniesienia akcji oraz wpisu do rejestru zob. szerzej W. Popiołek, op. cit., s. 5-7.

²⁰ Tak: M. Michalski, A. Kidyba (red.), *Kodeks spółek handlowych*, t. 3: *Komentarz do art. 301–490*, 2021, Lex; A. Kidyba, op. cit.; W. Popiołek, op. cit., s. 5.

Podstawę dokonania wpisu w rejestrze akcjonariuszy stanowią – w ujęciu art. 328⁴ § 4 k.s.h. – dokumenty obejmujące oświadczenia woli stron w przedmiocie zobowiązania do rozporządzenia akcją, przy czym podstawę wpisu stanowi także oświadczenie wyłącznie akcjonariusza o zobowiązaniu do przeniesienia akcji albo obciążenia jej ograniczonym prawem rzeczowym. Osoba wnioskująca o wpis zobowiązana jest do ich przedłożenia podmiotowi prowadzącemu rejestr.

Zakres kognicji podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy odnoszący się do badania zasadności żądania wpisu określony został w przepisie art. 328⁴ § 5 k.s.h. Stanowi on, że podmiot ten zobowiązany jest do zbadania treści i formy dokumentów uzasadniających dokonanie wpisu. Jednocześnie jednak nie ma obowiązku badania zgodności z prawem oraz prawdziwości przedmiotowych dokumentów. W szczególności nie ma obowiązku badania prawdziwości podpisów zbywcy akcji lub ustanawiającego na akcji ograniczone prawo rzeczowe. Jeśli jednak powyższe w tych kwestiach uzasadnione wątpliwości, to ustawodawca taki obowiązek mu przypisuje²¹.

Sytuacja prawna stron umowy w przypadku odmowy wpisu. Uwagi wstępne

Nabywca akcji, który zawarł umowę zobowiązującą do rozporządzenia akcją bez uzyskania wpisu, nie staje się jej właścicielem. Nadto – w świetle regulacji art. 343 § 1 k.s.h. – nie może być traktowany jako akcjonariusz względem spółki. Innymi słowy uzyskanie wpisu do rejestru stanowi element konieczny nabycia i w konsekwencji możliwości realizacji praw udziałowych objętych akcją. Dotyczy to także osób, które zawarły umowę ustanowienia ograniczonych praw rzeczowych na akcji. Podejmując próbę identyfikacji ewentualnych roszczeń i ich treści powstających na wypadek odmowy wpisu do rejestru akcjonariuszy albo dokonania wpisu wbrew stanowisku strony czynności lub osoby trzeciej, należy wskazać, że katalog przypadków, w których mogą nastąpić takie sytuacje, jest różnorodny.

Możliwa jest bowiem sytuacja, w której odmowa wpisu ma swe źródło w konflikcie stron umowy zobowiązującej na tle jej ważności bądź skuteczności. W takim przypadku podmiot prowadzący rejestr może odmówić dokonania wpisu, powołując się na uzasadnione wątpliwości odnośnie treści i formy przedłożonych dokumentów. Wpis dokonany na takiej podstawie nie może bowiem rodzić skutku w postaci przeniesienia akcji lub ustanowienia na niej ograni-

²¹ Na temat konsekwencji przyznania podmiotowi prowadzącemu rejestr akcjonariuszy kompetencji do rozstrzygania o statusie akcjonariusza zob. M. Michalski, *Uwagi krytyczne w zakresie zniesienia anonimowości jako cechy konstytutywnej spółki akcyjnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2020, nr 3, s. 9–10.

czonego prawa rzeczowego²². Wydaje się, że jeśli pomiędzy stronami umowy brak jest konsensu odnośnie kwestii jej ważności i skuteczności, to podmiot prowadzący rejestr nie może sporu takiego rozstrzygnąć we własnym zakresie²³. Nie dysponuje bowiem instrumentarium prawnym niezbędnym dla zbadania sprawy i jej rozstrzygnięcia, a właściwym dla sądu powszechnego bądź – jeśli strony wyraziły taką wolę – polubownego²⁴. Nie zmienia to jednak postaci rzeczy, że podmiot prowadzący rejestr może – w ramach przysługującej mu ustawowej kompetencji do oceny treści żądania wpisu – rozstrzygnąć spór, podejmując decyzję o wpisie bądź jego odmowie. Także w takiej sytuacji powstaje pytanie o środki prawne przysługujące stronie niezadowolonej z podjętego rozstrzygnięcia.

Kolejny przypadek to sytuacja, w której strony czynności zobowiązującej do rozporządzenia akcją nie pozostają w sporze odnośnie jej ważności i skuteczności. Odmowa wpisu do rejestru następuje natomiast w wyniku samoistnej oceny podmiotu prowadzącego rejestr, który – w ramach badania żądania i uzasadniających go dokumentów – dochodzi do przekonania, że istnieje wątpliwość, która nie pozwala na dokonanie wpisu do rejestru akcjonariuszy.

Wreszcie możliwy jest przypadek, w którym wpisowi sprzeciwi się osoba trzecia w stosunku do stron czynności zobowiązującej do rozporządzenia akcją. Wskazać bowiem należy, że – stosownie do treści art. 328⁴ § 6 k.s.h. – podmiot prowadzący rejestr bada także, czy czynność ta nie narusza ograniczeń dotyczących rozporządzania akcjami zawartych w statucie spółki²⁵. W takim przypadku osoba trzecia, której prawa zostały naruszone, np. w osobie akcjonariusza, któremu przysługuje prawo pierwszeństwa nabycia akcji albo sama spółka, od zgody której statut uzależnia zbycie akcji, także może oczekiwać od podmiotu prowadzącego rejestr odmowy wpisu i podejmować środki prawne na wypadek jego dokonania.

Spór stron dotyczący czynności zobowiązującej do rozporządzenia akcją

Jeżeli strony pozostają w sporze o ważność czynności zobowiązującej do przeniesienia własności akcji lub ustanowienia na niej ograniczonego prawa rzeczowego, to wydaje się, że możliwości podmiotu prowadzącego rejestr ak-

²² Tak: W. Popiolek, op. cit., s. 8.

²³ Zob. J. Dąbrowska, op. cit.

²⁴ Zgodnie z przepisem art. 1161 § 1 k.p.c. strony mogą zawrzeć umowę o poddanie ich sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego.

²⁵ Statut spółki może uzależnić rozporządzenie akcjami imiennymi od zgody spółki albo w inny sposób ograniczyć możliwość rozporządzenia akcjami imiennymi. Zob. szerzej na ten temat: G. Suliński, *Skutki naruszenia umownego (statutowego) ograniczenia rozporządzenia udziałami lub akcjami*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 8, s. 39–47.

cjonariuszy jego rozstrzygnięcia są istotnie ograniczone. Należy zauważyć bowiem, że zakres kognicji podmiotu obejmuje jedynie badanie treści i formy dokumentów stanowiących podstawę wpisu. Prowadzący rejestr akcjonariuszy nie posiada zatem żadnych instrumentów prawnych pozwalających mu na przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w przedmiocie ustalenia przesłanek ważności analizowanej czynności. W szczególności zatem nie może badać rzeczywistej woli stron, zaistnienia ewentualnych wad oświadczeń woli czy też innych przesłanek nieważności czynności określonych w przepisie art. 58 k.c. Problem braku takich instrumentów zdaje się dostrzegać sam ustawodawca, albowiem wskazuje, że podmiot prowadzący rejestr nie ma obowiązku badania zgodności czynności z prawem. Podsumowując, trzeba wskazać, że w przypadku zaistnienia konfliktu stron dotyczącego ważności bądź skuteczności czynności zobowiązującej do rozporządzenia akcją kwestia istnienia ważnej podstawy dla dokonania wpisu powinna zostać rozstrzygnięta przez sąd.

Stronom takiej czynności przysługuje prawo wniesienia powództwa z art. 189 k.p.c. o ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Niewątpliwie bowiem obie strony takiego sporu mają interes prawny w żądaniu ustalenia albowiem znajdują się w stanie niepewności prawa²⁶. Powstaje jednak pytanie, czy orzeczenie sądu ustalające stan prawny istniejący pomiędzy stronami będzie stanowiło wystarczającą podstawę do uzyskania wpisu do rejestru akcjonariuszy. Warto wskazać, że stosownie do regulacji art. 365 k.p.c. zakres podmiotowy związania prawomocnym orzeczeniem sądu jest ściśle określony. W szczególności zatem związanie osoby trzeciej – jaką jest w analizowanej sytuacji podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy – możliwe jest jedynie wtedy, gdy wynika to z przepisu ustawy. Wydaje się, że regulacja art. 328⁴ § 4 k.s.h. nie zezwala na przyjęcie stanu związania podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy prawomocnym orzeczeniem sądu, ustalającym stan prawny istniejący pomiędzy stronami czynności prawnej zobowiązującej do rozporządzenia akcją. Uzyskanie wyroku ustalającego nie prowadzi zatem bezpośrednio do osiągnięcia przez powoda celu postępowania, jakim jest bądź uzyskanie wpisu do rejestru akcjonariuszy, bądź też odmowa jego dokonania. Jakkolwiek bowiem podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy może podjąć czynności właściwe z punktu widzenia treści rozstrzygnięcia sądu, to nie zmienia to postaci rzeczy, że powód nie dysponuje tytułem wykonawczym umożliwiającym wykonanie orzeczenia sądu w drodze przymusu egzekucyjnego. W konsekwencji zatem przyjąć należy, że aby strona mogła uzyskać rozstrzygnięcie sądu kompleksowo regulujące jej sytuację prawną, powinna pozwać także podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy. Treść powództwa powinna przy tym opiewać na zobowiązanie go – w zależności od tego, czy

²⁶ Zob. P. Telenga, A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. 1: Art. 1–729, 2019, Lex.

powód domaga się ustalenia ważności czynności, czy też jej nieważności – albo do dokonania wpisu w rejestrze akcjonariuszy, albo do odmowy dokonania takiego wpisu. Dopiero rozstrzygnięcie sądu ustalające istnienie ważnego zobowiązania do przeniesienia własności akcji lub obciążenie jej ograniczonym prawem rzeczowym połączone z zobowiązaniem podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy do dokonania wpisu uprawnionego pozwoli na usunięcie stanu niepewności prawa wywołanego sporem dotyczącym ważności czynności²⁷. Dotyczy to także sytuacji, w której sąd ustala, że czynność jest nieważna, zobowiązując jednocześnie podmiot prowadzący rejestr do odmowy dokonania wpisu. Komplementarność rozstrzygnięć wobec strony czynności oraz podmiotu prowadzącego rejestr uzasadnia wniosek, że z istoty spornego stosunku prawnego – czynności prawnej o skutku zobowiązującym wymagającej wpisu do rejestru akcjonariuszy dla wywarcia skutku rozporządzającego – wynika niepodzielność orzeczenia w stosunku do pozwanych. W tym ujęciu konstrukcja taka zbliża się do instytucji – regulowanej przepisem art. 73 k.p.c. – współuczestnictwa procesowego jednolitego.

Spór stron czynności zobowiązującej do rozporządzenia akcją z podmiotem prowadzącym rejestr akcjonariuszy

Podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy, dokonując oceny przedłożonych mu dokumentów uzasadniających żądanie wpisu do rejestru nabywcy akcji albo uprawnionego z ograniczonego prawa rzeczowego, może odmówić takiego wpisu, mimo zgodnych oświadczeń stron czynności żądających wpisu. W takim przypadku strony czynności także znajdują się w stanie niepewności prawa uzasadniającej istnienie interesu prawnego w wytoczeniu powództwa o ustalenie istnienia stosunku prawnego lub prawa. Powstaje jednak pytanie, czy nie przysługuje im roszczenie dalej idące, mianowicie o zobowiązanie podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy o zobowiązanie go do spełnienia ustawowego obowiązku w postaci dokonania wpisu. Powództwo o ustalenie jest bowiem dopuszczalne jedynie wtedy, kiedy stronie nie przysługuje powództwo o zasądzenie świadczenia²⁸. Wydaje się, że pełna ochrona prawna stron czynności zobowiązującej do rozporządzenia akcją nie wyczerpuje się w uzyskaniu orzeczenia ustalającego, że czynność jest ważna i może tym samym stanowić

²⁷ Należy także zauważyć, że objęcie pozwem podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy pozwala na uregulowanie praw i obowiązków stron na czas trwania postępowania. Powód może bowiem zażądać – w trybie przepisu art. 755 § 1 k.p.c. – zabezpieczenia powództwa poprzez orzeczenie o zakazie dokonania wpisu. Zabezpieczenie nie będzie jednak – wobec regulacji art. 731 k.p.c. – mogło polegać na dokonaniu wpisu.

²⁸ Zob. P. Telenga, A. Jakubecki (red.), op. cit.; M. Jędrzejewska, K. Weitz, T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2: *Postępowanie rozpoznawcze*, wyd. piąte, 2016, Lex.

podstawę wpisu. Skoro własność akcji przejdzie na nabywcę dopiero w wyniku dokonania wpisu do rejestru, to orzeczenie sądu powinno opiewać na nakazanie jego dokonania podmiotowi prowadzącemu rejestr.

Rozstrzygnięcie sporu stron czynności zobowiązującej do rozporządzenia akcją przez podmiot prowadzący rejestr w drodze dokonania wpisu lub jego odmowy

Podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy może w ramach swych kompetencji rozstrzygnąć spór stron czynności prawnej zobowiązującej do przeniesienia własności akcji albo ustanowienia na niej ograniczonego prawa rzeczowego. Należy bowiem wskazać, że regulacja art. 328⁴ § 5 k.s.h. nie zakazuje podmiotowi badania zgodności z prawem przedstawionych dokumentów stanowiących podstawę wpisu do rejestru. Podmiot może zatem, w zależności od okoliczności, postanowić o dokonaniu wpisu lub jego odmowie. W doktrynie podniesiono, że stronie czynności, która kwestionuje podjęte rozstrzygnięcie, przysługuje powództwo w trybie art. 189 k.p.c. przeciwko dokonanemu wpisowi, a legitymowany biernie jest podmiot dokonujący wpisu²⁹. Na istnienie po stronie nabywcy roszczenia w stosunku do podmiotu prowadzącego rejestr o dokonanie wpisu wskazuje natomiast Wojciech Popiołek³⁰.

Wydaje się, że to właśnie powództwo o zobowiązanie podmiotu prowadzącego rejestr do dokonania wpisu nabywcy lub jego wykreślenie stanowi adekwatny środek prawny przysługujący stronie kwestionującej zasadność wpisu dokonanego w trybie art. 328⁴ k.s.h. Zmierza ono bowiem bezpośrednio do osiągnięcia celu w postaci prawidłowej z punktu widzenia strony powodowej treści rejestru akcjonariuszy oraz podlega wykonaniu w drodze egzekucji sądowej. Skoro zatem powodowi przysługuje powództwo o zasądzenie, wyłącza to jego interes prawny w dochodzeniu ustalenia istnienia bądź nieistnienia stosunku prawnego lub prawa³¹.

Spór dotyczący czynności zobowiązującej do rozporządzenia akcją z udziałem osoby trzeciej

Ochrony prawnej przed skutkami dokonania wpisu do rejestru akcjonariuszy nabywcy lub uprawnionego z ograniczonego prawa rzeczowego na akcji

²⁹ Tak: M. Michalski, A. Kidyba (red.), op. cit. Możliwość wniesienia powództwa w trybie art. 189 k.p.c. na wypadek odmowy wpisu w rejestrze akcjonariuszy dopuszcza także J. Dąbrowska, op. cit.

³⁰ Tak: W. Popiołek, op. cit., s. 8.

³¹ Zob. P. Telenga, A. Jakubecki (red.), op. cit.

poszukiwać może także osoba trzecia. Dotyczy to w szczególności przypadku zbycia akcji z naruszeniem statutowych ograniczeń rozporządzania akcjami. Doktryna nie wypracowała jednolitego stanowiska odnośnie skutków takiego naruszenia³², a wątpliwości dotyczą tego, czy czynność prawna zbycia akcji jest w takim przypadku nieważna, czy też bezskutecznie zawieszona. Jednakże z punktu widzenia niniejszych rozważań rodzaj wadliwości czynności zbycia schodzi na dalszy plan, bowiem istota zagadnienia wyraża się w kwestii tego, czy osobie trzeciej niebędącej stroną czynności zobowiązującej przysługuje jakiekolwiek roszczenie prowadzące do zablokowania dokonania wpisu nabywcy do rejestru albo wykreślenia wpisu już istniejącego.

Należy wskazać, że osoba trzecia ma interes prawny w żądaniu ustalenia, iż czynność zbycia akcji jest wadliwa, która – niezależnie od postaci – prowadzi do stanu niepewności prawa odnośnie skutecznego rozporządzenia akcją³³. Interes ten uzasadnia zatem legitymację czynną osoby trzeciej do żądania ustalenia wadliwości czynności zobowiązującej do przeniesienia własności akcji albo ustanowienia na niej ograniczonego prawa rzeczowego. Jednakże wyrok ustalający – podobnie jak w przypadku wskazanym w pkt 5.2 – nie prowadzi bezpośrednio do osiągnięcia celu w postaci uniemożliwienia ujawnienia nabywcy akcji albo uprawnionego z tytułu ograniczonego prawa rzeczowego w rejestrze akcjonariuszy. Dlatego rozważenia wymaga, czy osobie trzeciej nie przysługuje roszczenie dalej idące ukierunkowane na żądanie odmowy wpisu albo wykreślenia wpisu już dokonanego. Wydaje się, że podstawę takiego żądania może stanowić regulacja art. 328⁴ § 6 k.s.h. Skoro bowiem ustawodawca nakazuje podmiotowi prowadzącemu rejestr akcjonariuszy uwzględnienie przed dokonaniem wpisu statutowych ograniczeń dotyczących rozporządzania akcją, to należy przyjąć, że podmiot, którego uprawnienia zostałyby takim wpisem naruszone, powinien mieć możliwość poszukiwania ochrony prawnej przed takim naruszeniem. Dlatego też należy dopuścić możliwość wytoczenia przez osobę trzecią – której prawa zostały naruszone w wyniku zawarcia umowy zobowiązującej do rozporządzenia akcją z naruszeniem statutowych ograniczeń w tym zakresie – powództwa w stosunku do podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy o zobowiązanie do odmowy dokonania wpisu lub wykreślenia wpisu już dokonanego w zakresie żądania nabywcy akcji albo uprawnionego z tytułu ograniczonego prawa rzeczowego na akcji.

³² Zob. szerzej na ten temat G. Suliński, *Skutki naruszenia umownego (statutowego) ograniczenia rozporządzenia udziałami lub akcjami*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 8, s. 39–47.

³³ Zob. W. Popiołek, op. cit. Autor wyraźnie wskazuje, że wadliwość czynności zobowiązującej do przeniesienia własności akcji skutkuje upadkiem skutku rozporządzającego.

Wykonalność orzeczenia sądowego w przedmiocie sporu na tle wpisu do rejestru akcjonariuszy

Analizując zagadnienie rodzaju środków prawnych przysługujących uprawnionym osobom na wypadek bądź odmowy wpisu do rejestru akcjonariuszy, bądź kwestionowania jego zasadności, należy rozważyć także kwestię wykonania zapadłego orzeczenia sądowego. Ostateczny rezultat postępowania wyrażający się w utrzymaniu treści ujętej w rejestrze jako zgodnej z rzeczywistym stanem prawnym poprzez odmowę wpisu lub doprowadzeniu do stanu takiej zgodności w przypadku wykreślenia uprzednio dokonanego wadliwego wpisu stanowi przesłankę podjęcia przez uprawnionego określonych środków prawnych zmierzających do ochrony jego praw.

W tym kontekście wskazać należy, że orzeczenie ustalające wydane w trybie art. 189 k.p.c. nie podlega wykonaniu w drodze postępowania egzekucyjnego. Zatem samo w sobie nie skutkuje zmianą w rejestrze akcjonariuszy uwzględniającą treść rozstrzygnięcia. Abstrahując od sygnalizowanej powyżej kwestii braku związania podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy wyrokiem wydanym w postępowaniu, którego nie jest stroną, należy podnieść, że nie powinien on odmawiać realizacji prawomocnego orzeczenia sądu dotyczącego czynności prawnej zobowiązującej do rozporządzenia akcją. Jednakże nie zmienia to postaci rzeczy, że jeśli odmowa nastąpi, to osoba uprawniona nie posiada instrumentów prawnych umożliwiających spowodowanie wpisu bądź jego wykreślenie w drodze przymusu państwowego.

Odmienne kształtuje się sytuacja w przypadku, w którym za środek prawny, zmierzający do ochrony praw osoby domagającej się określonego zachowania podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy, uznane zostanie powództwo o zasądzenie w postaci nakazania określonego postępowania. Orzeczenie nakazujące podmiotowi prowadzącemu rejestr dokonanie albo odmowę wpisu bądź jego wykreślenie podlega wykonaniu w drodze postępowania egzekucyjnego. Jeśli bowiem orzeczenie sądu nakazuje dłużnikowi wykonanie czynności, której inna osoba wykonać za niego nie może, a jej wykonanie zależy wyłącznie od jego woli to odmowa dłużnika dokonania czynności może prowadzić do nałożenia na niego – w trybie przepisu art. 1050 k.p.c. lub 1051 k.p.c. – grzywny albo obowiązek zapłaty na rzecz wierzyciela określonej sumy pieniężnej za każdy dzień zwłoki w wykonaniu czynności. Także w sytuacji, w której treść orzeczenia zakazuje dokonania wpisu, dłużnik działa wbrew swojemu obowiązkowi, to – na zasadzie art. 1051 k.p.c. – wierzyciel ma możliwość żądania nałożenia na niego grzywny albo – na podstawie art. 1051¹ k.p.c. – obowiązku zapłaty określonej sumy pieniężnej za każde kolejne naruszenie obowiązku. Nadto sąd może w takim przypadku – na wniosek wierzyciela – zobowiązać dłużnika w trybie art. 1051 § 2 k.p.c. do zabezpieczenia szkody grożącej wierzycielowi wskutek dalszego działania dłużnika wbrew obowiązkowi. Wresz-

cie wskazać należy, że wymierzając grzywnę sąd orzeka jednocześnie o jej zamianie – na wypadek niezapłacenia – na areszt. W przypadku podmiotu prowadzącego rejestr, ewentualnemu aresztowi podlegałaby osoba odpowiedzialna za niezastosowanie się do wezwania dotyczącego wykonania orzeczenia. W przypadku trudności z ustaleniem takiej osoby, środek przymusu stosuje się wobec osób uprawnionych do reprezentacji.

Możliwość egzekucji wykonania treści orzeczenia zasądzającego określone zachowanie podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy w drodze przymusu państwowego nie zmienia jednak faktu, że ostatecznie dokonanie wpisu zależy tylko i wyłącznie od woli prowadzącego rejestr. Wynika to z istoty czynności wpisu i w ostatecznym rozrachunku to po stronie tego podmiotu leży decyzja o jego dokonaniu bądź niedokonaniu. Oczywiście ewentualna odmowa podmiotu prowadzącego rejestr dokonania wpisu bądź jego wykreślenia, mimo prawomocnego orzeczenia sądu, wywołuje różnorakie skutki na wielu płaszczyznach. W szczególności zatem może prowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej w stosunku do uprawnionych osób, czy też stanowić podstawę wypowiedzenia umowy o prowadzenie rejestru akcjonariuszy. Kwestie te wykraczają jednak poza zakres niniejszego opracowania.

Podsumowanie

Nowelizacja k.s.h. dotycząca dematerializacji akcji spółki niepublicznej w zasadniczy sposób zmieniła zarówno samą formę akcji, jak i też zasady rozporządzania nią. Zastąpienie dokumentu akcji wpisem do rejestru akcjonariuszy skutkuje tym, że przeniesienie własności akcji lub ustanowienie na niej ograniczonego prawa rzeczowego wymaga w nowym stanie prawnym dokonania wpisu w tym rejestrze. W konsekwencji czynność wpisu jawi się jako kluczowa z punktu widzenia skutecznego rozporządzenia akcją.

Powstaje zatem pytanie o środki prawne, jakie mogą przedsięwziąć osoby zainteresowane wpisem do rejestru, w przypadku w którym dopuszczalność jego dokonania budzi wątpliwości. Katalog takich przypadków jest szeroki i obejmuje różnorakie postaci zakresu podmiotowego sporów na tle czynności wpisu. W szczególności spór może toczyć się między stronami czynności zobowiązującej do przeniesienia akcji lub ustanowienia na niej ograniczonego prawa rzeczowego, między stroną lub stronami czynności a podmiotem prowadzącym rejestr czy też osobą trzecią w stosunku do stron czynności zobowiązującej a tymi stronami. Wszystkie te spory angażują podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy, gdyż to jego czynność w postaci wpisu do rejestru stanowi o powstaniu bądź niepowstaniu prawa własności akcji lub ograniczonego prawa rzeczowego na niej.

Powyższa konkluzja determinuje w ocenie Autora zakres podmiotowy stron postępowania sądowego zawisłego w wyniku wątpliwości odnośnie możliwości dokonania wpisu do rejestru lub jego prawidłowości. Innymi słowy podmiotowi temu w każdym przypadku sporu powinna przysługiwać legitymacja bierna, a powództwo powinno opiewać na zasądzenie obowiązku bądź dokonania wpisu, także mogącego polegać na wykreśleniu uprzednio zdziałanego wpisu bądź zakazu takiego wpisu.

Wytoczenie – w trybie art. 189 k.p.c. – jedynie powództwa o ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku prawnego lub prawa wydaje się nie prowadzić do pełnej ochrony praw osób uprawnionych w zakresie wpisu do rejestru akcjonariuszy. Pomijając bowiem nawet kwestię braku związania orzeczeniem zapadłym w postępowaniu, w którym nie bierze udziału (np. w przypadku sporu stron czynności zobowiązującej), należy wskazać, że orzeczenie ustalające nie podlega egzekucji w drodze przymusu państwowego. W rezultacie osoba uzyskująca ustalenie przysługiwania jej prawa żądania dokonania wpisu nie dysponuje żadnymi środkami prawnymi, które umożliwiłyby egzekucję tego prawa poprzez dokonanie wpisu do rejestru.

Środkiem prawnym adekwatnym dla realizacji uprawnienia do żądania wpisu do rejestru jest zatem powództwo o zasądzenie określonego działania podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy. Dysponując orzeczeniem nakazującym mu dokonanie wpisu, jego wykreślenie czy też powstrzymanie się od takiego działania, osoba uprawniona może domagać się realizacji orzeczenia w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w postępowaniu sądowym. Należy jednak podkreślić, że możliwość taka nie stanowi gwarancji uzyskania wpisu, gdyż jest to czynność w pełni zależna od woli podmiotu prowadzącego rejestr. Ewentualna odmowa wykonania orzeczenia sądu może jednak prowadzić do konsekwencji natury odszkodowawczej oraz na płaszczyźnie umowy spółki z podmiotem prowadzącym rejestr akcjonariuszy o prowadzenie tego rejestru.

Na zakończenie warto podkreślić, że stosunkowo krótki czas obowiązywania nowej regulacji formy akcji spółki niepublicznej oraz zasad rozporządzania nią skutkuje brakiem szerszych doświadczeń mających swe źródło w praktyce obrotu prawnego. Niewątpliwie zatem upływ czasu powodował będzie wzrost sytuacji faktycznych rozstrzyganych przez sądy, a dotyczących sygnalizowanych w niniejszym opracowaniu zagadnień, co pozwoli na dalsze ich badanie.

Wykaz literatury

Dąbrowska J., *Powszechna dematerializacja akcji i akcje rejestrowe*, [w:] M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczotka (red.), *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. 1, Wolters Kluwer Polska 2020, Lex.

- Izdebski P., *Umowa o prowadzenie rejestru akcjonariuszy – wybrane uwagi konstrukcyjne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2021, nr 2.
- Jędrzejewska M., Weitz K., Ereciński T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2: *Postępowanie rozpoznawcze*, wyd. piąte, 2016, Lex.
- Kidyba A., *Komentarz aktualizowany do art. 301–633 Kodeksu spółek handlowych*, 2021, Lex.
- Michalski M., Kidyba A. (red.), *Kodeks spółek handlowych*, t. 3: *Komentarz do art. 301–490*, 2021, Lex.
- Michalski M., *Uwagi krytyczne w zakresie zniesienia anonimowości jako cechy konstytutywnej spółki akcyjnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2020, nr 3.
- Popiołek W., *Rozporządzanie akcjami rejestrowymi spółek niepublicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 5.
- Suliński G., *Skutki naruszenia umownego (statutowego) ograniczenia rozporządzenia udziałami lub akcjami*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 8.
- Sójka T., *Rejestr akcjonariuszy w postaci rozproszonej i zdecentralizowanej bazy danych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021, nr 4.
- Szumański A., [w:] W. Pyziół, I. Weiss, A. Szumański, *Prawo spółek*, Warszawa 2014.
- Telenga P., Jakubecki A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. 1: *Art. 1–729*, 2019, Lex.

Summary

Procedural aspects of a dispute for the entry in the register of shareholders

Keywords: commercial law, dematerialised share, register of shareholders, the entry in the register, action to order the obligation to make or cancel an entry.

The amendment of Art. 328 of the Code of Commercial Partnerships and Companies introduced dematerialisation of shares in non-public companies. The documentary form was replaced by an entry in the register of shareholders. As a consequence, also the rules concerning the disposal of shares changed. Their transfer or the establishment of a limited right in rem thereon requires, apart from the obliging contract, making an entry in the register of shareholders. An entry is made by the entity keeping the register based on documents submitted by the party requesting the entry, including declarations of the will of the parties to an action obliging to dispose of shares or establish a limited right in rem thereon, unless it has reasonable doubts as to the admissibility of the entry.

The purpose of the article is to identify the personal scope of disputes that may arise against the background of the entry and an attempt to provide an answer to the question about the type of legal measures that can be taken by a party, or parties, to a legal action, whose rights are violated by the refusal to make an entry or by the making of an entry against its/their position. The

presented considerations seem to justify the conclusion that the appropriate instrument of procedural law used to protect the rights of a person requesting making the entry or deleting thereof is an action for ordering specific conduct, and the passive capacity is vested with an entity keeping the register. Since only a decision issued against it ensures an effective possibility of obtaining legal protection by the person making a demand.

Ewelina Szatkowska

Uniwersytet Gdański

ORCID: 0000-0001-6449-4204

ewelina.szatkowska@prawo.ug.edu.pl

Prawne aspekty e-sportu ze szczególnych uwzględnieniem prawa autorskiego

Wprowadzenie

E-sport¹, czyli sport elektroniczny, już dawno przeniknął do świadomości społecznej, a jego zawodnicy stali się podmiotami o znacznej popularności oraz wartości marketingowej. Jako rozgrywka opiera się on na wysiłku intelektualnym; tym samym koliduje z tradycyjnym postrzeganiem sportu, opartego w przeważającej części na aktywności fizycznej. Z uwagi na pojawiające się wątpliwości prawne i sprzeczne stanowiska w doktrynie odnoszące się do świata wirtualnego, obrotu dobrami wirtualnymi oraz e-sportu jako takiego, w najbliższej przyszłości można spodziewać się konieczności weryfikacji dotychczasowych unormowań prawnych oraz wprowadzenia nowych rozwiązań systemowych w prawie krajowym i unijnym. Przenikanie świata wirtualnego do świata rzeczywistego, jako budzące realne emocje i angażujące prawdziwe środki finansowe, nie pozwala na dłuższe pozostawienie tej materii w próżni prawnej. Celem niniejszego artykułu jest prezentacja zagadnień odnoszących się do e-sportu jako przedmiotu należącego do sfery dóbr niematerialnych, który obecnie nie podlega żadnym dedykowanym mu regulacjom prawnym. Co więcej, należy zauważyć, że w kontekście prawa własności intelektualnej, a w szczególności praw autorskich i praw pokrewnych, brakuje klarownych rozwiązań tak w stosunku do sportu tradycyjnego, jak gier komputerowych, w oparciu o które e-sport funkcjonuje. Poszukując regulacji prawnych odno-

¹ Na potrzeby niniejszej publikacji e-sport będzie rozumiany, za Juho Hamarim oraz Maxem Sjoblomem, jako „forma sportu, w której podstawowe aspekty sportu są ułatwiane przez systemy elektroniczne, z kolei wkład zawodników i drużyn oraz ostateczne informacje wyprowadzane przez systemy elektroniczne odbywają się za pośrednictwem interfejsów na linii człowiek – komputer” (J. Hamari, M. Sjoblom, *What is eSports and why do people watch it?*, „Internet Research” 2017, vol. 27, nr 2, s. 211).

szących się do e-sportu w ogóle, należy zwrócić uwagę na takie kwestie, jak: prawnoautorski status gry komputerowej, prawa autorskie do postaci z gier komputerowych, status praw autorskich i praw pokrewnych do widowiska e-sportowego (jak i widowiska sportowego w ogóle), komercjalizacja dóbr osobistych sportowców, a w szczególności wizerunku oraz istotę dóbr wirtualnych i obrotu nimi.

E-sport jako zjawisko społeczne i przedmiot regulacji prawnych

Na całym świecie powoływane są krajowe oraz międzynarodowe organizacje oraz związki zrzeszające kluby oraz zawodników e-sportowych, które mają na celu organizację ich rozgrywek. Co więcej, zarówno kluby e-sportowe, jak i zawodnicy wchodzący w ich skład posiadają znaczną wartość marketingową – co nie uszło uwadze sponsorów, którzy rozpoczęli sponsoring e-sportowych zespołów, zawodników oraz wydarzeń, które mają obecnie miejsce między innymi w halach sportowych oraz specjalnie tworzonych do tego typu wydarzeń obiektach². Wartość światowego rynku e-sportu w 2019 r. oceniana była na ponad miliard dolarów³, natomiast przybliżona liczba osób tworzących tzw. fanbase e-sportu wynosi ok. 450 mln osób na całym świecie⁴. E-sport stanowi obecnie znaczącą konkurencję dla tradycyjnych dyscyplin sportowych, a niektórzy autorzy przeprowadzają naukowe badania dotyczące różnic między widzami wydarzeń e-sportowych a widzami sportów tradycyjnych⁵. Zawodnicy e-sportu są również często przyrównywani do sportowców uprawiających tradycyjne dyscypliny sportu, w szczególności jeśli mowa o profesjonalizmie, z jakim świadczą oni swoje usługi dla klubów, w których są zatrudnieni⁶. Ponadto są zobowiązani dbać o swoją kondycję fizyczną, która w połączeniu ze zdolnościami gamingowymi ma zapewnić im lepsze wyniki w ramach rozgrywek⁷.

² J. Gawrysiak, S.E. Jenny, M.C. Keiper, R.D. Manning, B.J. Taylor, P.M. Tutka, D.P. Williams, *eSports Venues. A New Sport Business Opportunity*, „Journal of Applied Sport Management” 2018, vol. 10, nr 1, s. 37.

³ J. Veloz, *The Growth Of Esports And The Sponsorship Opportunities For Tomorrow's Brands*, <https://www.forbes.com/sites/forbesagencycouncil/2019/07/02/the-growth-of-esports-%C2%AD%C2%ADand-the-sponsorship-opportunities-for-tomorrows-brands/#5b3f743e1198> (data dostępu: 2.05.2021).

⁴ Ibidem.

⁵ B.J. Baker, D.C. Funk, D. Kim, M.A. Lee, S. Na, A.D. Pizzo, *eSport vs. Sport: A Comparison of Spectator Motives*, „Sport Marketing Quarterly” 2018, vol. 27, nr 2, s. 108–123.

⁶ Na ten temat zob. więcej: S. Heas, P. Mora, *From Videogamer to E-Sportsman: Toward a Growing Professionalism of World-Class Players*, [w:] M. Bittanti, S. Morris (red.), *Doom: Giocare in Prima Persona*. Milano 2005.

⁷ V.M. Karhulahti, T. Kari, *Do E-athletes Move? A Study on Training and Physical Exercise in Elite Esports*, „International Journal of Gaming and Computer-Mediated Simulations” 2016, vol. 8, nr 4, s. 53–66.

Zawody e-sportowe organizowane są nie tylko w Internecie, ale coraz częściej w największych zadaszonych obiektach sportowych – przykładowo w Stanach Zjednoczonych odbyły się m.in. w słynnej hali Staples Center, w której na co dzień rozgrywane są mecze NBA, NHL oraz WNBA⁸. Sam zysk z biletów sprzedanych na 112 znaczących wydarzeń e-sportowych w 2015 r. w Stanach Zjednoczonych wyniósł 20,6 mln dolarów⁹. Jednym z najpopularniejszych wydarzeń e-sportowych na świecie pozostaje organizowany w katowickiej hali widowiskowo-sportowej Spodek Intel Extreme Masters, który w 2019 r. zgromadził w czasie swojego trwania ponad 174 tysiące fanów z całego świata, z kolei pula nagród wyznaczona została na 2.5 miliona dolarów¹⁰.

Fenomen zjawiska e-sportu został dostrzeżony przez polskiego ustawodawcę, który 12 września 2017 r. poprzez nowelizację ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie¹¹ (dalej jako u.s.) uzupełnił definicję sportu, określając że jest nim także „współzawodnictwo oparte na aktywności intelektualnej, którego celem jest osiągnięcie wyniku sportowego” (art. 2 ust. 1a). Zamysłem ustawodawcy wyrażonym w treści uzasadnienia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o sporcie oraz ustawy o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów (druk nr 1410)¹² było m.in. „rozszerzenie definicji sportu o aktywność intelektualną”¹³, które w konsekwencji „umożliwi uwzględnienie w regulacji cieszących się dużą popularnością kategorii sportów elektronicznych (e-sport)”¹⁴. Powyższa zmiana u.s. doprowadziła do utworzenia z dniem 4 września 2018 r. Polskiego Związku Sportów Elektronicznych (dalej jako PZSE), który został zarejestrowany w Krajowym Rejestrze Sądowym jako związek sportowy w rozumieniu art. 6 u.s. Co więcej, z dniem 17 grudnia 2020 r. PZSE został włączony w skład Polskiego Komitetu Sportów Nieolimpijskich jako jego 50 członek, stając się tym samym pierwszą organizacją z zakresu polskiego e-sportu w tym gronie.

Jednakże fakt zarejestrowania PZSE w Krajowym Rejestrze Sądowym oraz jego przynależność do Polskiego Komitetu Sportów Nieolimpijskich nie

⁸ J. Gawrysiak, S.E. Jenny, M.C. Keiper, R.D. Manning, B.J. Taylor, P.M. Tutka, D.P. Williams, op. cit., s. 37.

⁹ J. Gaudiosi, *How the U.S. Is Killing It in eSports*, <https://fortune.com/2016/01/27/us-is-killing-it-in-esports/> (data dostępu: 2.05.2021).

¹⁰ W. Szpyrka, *IEM Katowice 2019 pobił kolejne rekordy! Ponad 174 tysiące odwiedzających w Spodku!*, <https://sport.tvp.pl/41951563/iem-katowice-2019-pobil-kolejne-rekordy-ponad-174-tysiace-odwiedzajacych-w-spodku> (data dostępu: 2.05.2020).

¹¹ Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1133).

¹² Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o sporcie oraz ustawy o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów, druk 1410, s. 3–5, dostępny online: <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/FDCD3A1391F42683C12580EB003DFA72/%24File/1410.pdf> (data dostępu: 2.05.2020).

¹³ Ibidem, s. 1.

¹⁴ Ibidem, s. 3.

oznacza zrównania jego statusu – niezależnie od jego nazwy – ze statusem polskich związków sportowych, takich jak np. Polski Związek Piłki Nożnej czy też Polski Związek Koszykówki. Związki te działają bowiem w oparciu o regulacje wskazane w art. 7–15 u.s. oraz podlegają nadzorowi sprawowanemu przez ministra właściwego ds. kultury fizycznej. Natomiast każdorazowe utworzenie nowego polskiego związku sportowego wymaga w szczególności uzyskania zgody ministra właściwego ds. kultury fizycznej. W polskim e-sporcie istnieją także inne – niż PZSE – organizacje, których założeniem jest organizowanie współzawodnictwa w tej dziedzinie sportu. Są to: 1) Stowarzyszenie Esport Polska; 2) Esports Association Polska; 3) Polska Liga Esportowa. Jednakże do dzisiaj żadna z powyższych organizacji nie uzyskała zgody ministra właściwego ds. kultury fizycznej na utworzenie polskiego związku sportowego, który swoim zakresem działania obejmowałby sport elektroniczny. Dlatego też w polskim systemie prawa sportowego nie występuje jakikolwiek podmiot mogący posługiwać się statusem polskiego związku sportowego w rozumieniu u.s.

Rosnące znaczenie e-sportu nie tylko na poziomie krajowym, ale w szczególności na poziomie globalnym wzbudziło również reakcję u władz państwowych. W kwietniu 2019 r., w nawiązaniu do ogólnego trendu panującego w tym zakresie w Europie, zainaugurowany został projekt, w ramach którego Prezydent RP powołał Narodową Drużynę Esportu (NDE)¹⁵. W następnych miesiącach dalsze zarządzanie tym projektem powierzone zostało Esports Association Polska¹⁶. W chwili obecnej kadra Narodowej Drużyny Esportu występuje w takich grach, jak: PES 2020, TEKKEN 7, FIFA 20. Powyższe rozwiązanie pozostaje o tyle istotne z prawnego punktu widzenia, że stoi ono w sprzeczności z przepisami u.s. – zgodnie bowiem z art. 13 ust. 1 pkt 3 u.s. to polski związek sportowy ma wyłączne prawo do powoływania kadry narodowej oraz przygotowywania jej do igrzysk olimpijskich, igrzysk paraolimpijskich, igrzysk głuchych, mistrzostw świata lub mistrzostw Europy.

Niezależnie od wszelkich aktywności podejmowanych przez władze państwowe w stosunku do e-sportu, w dalszym ciągu najistotniejszym pozostaje podejście władz Międzynarodowego Komitetu Olimpijskiego (jako podmiotu odpowiadającego za kierunek rozwoju światowego sportu) do ewentualnej możliwości włączenia e-sportu w krąg dyscyplin olimpijskich. Podczas 6. Szczytu Olimpijskiego, który odbył się w 28 października 2017 r. w Lozannie, przedstawiciele Ruchu Olimpijskiego w odniesieniu do e-sportu wskazali, że: 1) dostrzegają jego szybki rozwój, w szczególności wśród osób młodszych, co może przyczynić się do zaangażowania większej liczby osób w ramach Ruchu Olim-

¹⁵ O Narodowej Drużynie Esportu zob. więcej: <https://polskiesport.pl/nde/> (data dostępu: 2.05.2020).

¹⁶ Zob. więcej: Esports Association Polska, *Będziemy kontynuować prezydencką inicjatywę Narodowej Drużyny Esportu*, <https://polskiesport.pl/bedziemy-kontynuowac-prezydencka-inicjatywe-narodowej-druzyny-esportu/> (data dostępu: 2.05.2020).

pijskiego; 2) zawodowe uprawianie e-sportu powinno zostać uznane za aktywność fizyczną, jako że zawodnicy przygotowują się oraz trenują z taką intensywnością, która może zostać przyrównana do tej, z którą trenują zawodnicy uprawiający sporty tradycyjne; 3) w celu możliwości bycia uznanym przez MKOl jako sport, zawartość e-sportu nie może naruszać wartości olimpijskich; 4) niezbędne jest istnienie organizacji gwarantującej zgodność z regułami obowiązującymi w ramach Ruchu Olimpijskiego¹⁷. Z kolei podczas ostatniego, 8. Szczytu Olimpijskiego odniesiono się do e-sportu, uznając że olimpijskie podejście do e-sportu powinno przebiegać w sposób dwutorowy: 1) podkreślono, że uczestnicy szczytu pozostają świadomi wpływu wynikającego ze współpracy oraz inkorporowania gier elektronicznych do ruchu sportowego – a wiele z symulatorów sportowych coraz częściej wymaga użycia siły mięśni ludzkich, opierając się na fizyczności, co umożliwia wirtualna rzeczywistość, w ramach której dąży się do odzwierciedlenia sportów tradycyjnych; 2) z kolei w odniesieniu do pozostałego rodzaju gier elektronicznych, ruch sportowy powinien być zorientowany wokół samych zawodników (graczy), zamiast na poszczególnych grach – skupienie na indywidualnościach powinno bowiem pozwolić na promowanie idei sportu oraz korzyści, jakie przynosi zdrowy styl życia, biorąc pod uwagę sposób zarządzania swoim zdrowiem fizycznym oraz psychicznym przez zawodników e-sportowych¹⁸.

Pomimo pozytywnych zapatrywań ze strony przedstawicieli Ruchu Olimpijskiego, nie należy się jednak spodziewać włączenia e-sportu do katalogu dyscyplin olimpijskich – najbardziej prawdopodobne jest to, że w krąg dyscyplin olimpijskich zostaną włączone niektóre elektroniczne odpowiedniki tychże dyscyplin, w których rywalizacja polegałaby na uczestnictwie przez zawodników w grze symulującej tradycyjną dyscyplinę sportu (jak np. symulator piłki nożnej FIFA czy symulator koszykówki NBA 2K). Przeciwnicy możliwości zrównania e-sportu ze sportami tradycyjnymi wskazują na niewystępujący w ramach e-sportu element „fizyczności”¹⁹. Z kolei przewodniczący MKOl Thomas Bach w jednym z wywiadów podkreślał: „Nie możemy mieć w programie olimpijskim gry, która promuje przemoc lub dyskryminację, tzw. killer games. Pozostają one sprzeczne z wartościami olimpijskimi i dlatego też nie mogą być zaakceptowane”²⁰.

¹⁷ International Olympic Committee, *Communique of The Olympic Summit of 28.10.2017*, <https://olympics.com/ioc/news/communique-of-the-olympic-summit> (data dostępu: 10.05.2021).

¹⁸ International Olympic Committee, *Declaration of the 8th Olympic Summit of 07.12.2019*, <https://olympics.com/ioc/news/declaration-of-the-8th-olympic-summit> (data dostępu: 10.05.2020).

¹⁹ Na ten temat zob. więcej: M. Cerqueira, S. Machado, D. Monteiro, B. Travassos, *E-sports: a legitimate sport?*, „Cuadernos de Psicología del Deporte” 2020, vol. 20, nr 2.

²⁰ J. de Menezes, *Esports will not be added to Olympics because 'killer games are too violent' says IOC president Thomas Bach*, <https://www.independent.co.uk/sport/olympics/olympics-esports-wont-be-added-killer-games-too-violent-ioc-president-thomas-bach-a8522301.html> (data dostępu: 10.05.2020).

Postawienie znaku równości między sportem elektronicznym a sportem tradycyjnym budzi wiele kontrowersji. Dodatkowo istnieje szereg nierozwiązanych kwestii prawnych, odnoszących się do e-sportu, szczególnie takich jak: 1) e-sport a prawo własności intelektualnej; 2) e-sport a (e-)doping; 3) e-sport a kwestie podatkowe; 4) e-sport a regulacje dotyczące organizacji wydarzeń e-sportowych; 5) e-sport a regulacje dotyczące hazardu; 6) e-sport a formy zatrudnienia zawodników e-sportowych. W dalszej części publikacji analizie poddano pierwszy z tych punktów, ponieważ należy wskazać, że w trakcie uprawiania e-sportu dochodzi przede wszystkim do korzystania z praw własności intelektualnej²¹, zaś te pozostają problematyczne i nie rozwiązane kompleksowo w ramach sportu tradycyjnego, tym bardziej budzą szereg wątpliwości w odniesieniu do e-sportu. W ramach sportu elektronicznego gracze korzystają każdorazowo z gier komputerowych, co do których statusu w prawie autorskim należy odnotować spór doktrynalny, a w grach z kolei występują postaci, mogące stanowić odrębny przedmiot ochrony prawnoautorskiej. Dodatkowo w przypadku sportowców pojawia się problematyka podmiotów uprawnionych do wyrażenia zgody na digitalizację ich wizerunku. Innym istotnym z punktu widzenia prawa własności intelektualnej tematem jest kwestia prawnej kwalifikacji widowiska e-sportowego oraz świadczeń poszczególnych zawodników jako utworów w rozumieniu prawa autorskiego bądź artystycznych wykonań w rozumieniu praw pokrewnych. Odrębną kwestią pozostają także uprawnienia wynikające ze znaków towarowych, które przynależą do różnych podmiotów, w tym zarówno organizacji sportowych, podmiotów indywidualnych, uwzględniając poszczególnych sportowców oraz do samych producentów gier komputerowych oraz związane z nimi licencje. E-sportowe widowiska jako odpowiednik tych analogowych – „prawdziwych” angażują wiele podmiotów. I tak, poczynając od producentów, dystrybutorów i twórców gier komputerowych, poprzez organizatorów tego rodzaju zawodów oraz poszczególnych graczy czy też właścicieli drużyn i nadawców transmitujących rozgrywki, a kończąc na publiczności, generuje się wachlarz pozostających we wzajemnej relacji praw i obowiązków, a także często sprzecznych interesów.

Gra komputerowa jako fundament e-sportu

Zjawisko e-sportu oparte jest na grze komputerowej, która od strony prawnoautorskiej budzi szereg wątpliwości. W ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych²² (dalej jako pr. aut.) cały rozdział

²¹ L. Marcinowska, *Czy e-sport jest sportem? I co z tego wynika?*, [w:] *Biuletyn nowych technologii*, Wardyński i Wspólnicy, Warszawa 2016, https://www.wardynski.com.pl/biuletyn_nowych_tehnologii/2016-04/B12_PL_Czy_e-sport_jest_sportem.pdf (data dostępu: 2.05.2021),.

²² Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 1994 r., Nr 24, poz. 83 ze zm.).

poświęcony został programom komputerowym, które stosownie do art. 74 ust. 1 pr. aut. podlegają ochronie na wzór utworu literackiego. Z pewnością program komputerowy stanowi element gry komputerowej, jednak na pewno nie można postawić znaku równości między nimi, choć w doktrynie można spotkać również i takie stanowiska²³. Kwalifikacja gry komputerowej jako programu komputerowego miałaby kolosalne skutki dla twórców gier, chociażby z uwagi na to, że w stosunku do twórców gier komputerowych w znaczący sposób ograniczony został katalog autorskich praw osobistych. I tak, zgodnie z art. 77 ust. 1 pr. aut., nie mają w stosunku do nich zastosowania przepisy dotyczące: 1) nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania; 2) decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności oraz 3) nadzoru nad sposobem korzystania z utworu. Należy odnotować także takie stanowiska odnośnie do statusu gry komputerowej, jak uznanie jej za utwór audiowizualny²⁴ oraz to właściwsze – za utwór multimedialny²⁵. Kamil Szpyt trafnie definiuje grę komputerową jako multimedialny, wieloelementowy wytwór, którego głównym celem jest zapewnienie rozrywki według pewnych z góry określonych reguł²⁶. Prawnoautorska kwalifikacja gier komputerowych ma doniosłe znaczenie praktyczne, szczególnie, że ochrona programów komputerowych jest w istotny sposób, w stosunku do innej kategorii utworów, ograniczona. Mając na uwadze, że gra komputerowa to znacznie więcej niż program komputerowy, a e-sport to więcej niż gra komputerowa, poziom skomplikowania od strony regulacji prawnych jest już na wstępie znaczący.

Należy stwierdzić, że nie ma konieczności tworzenia odrębnej kategorii w postaci gier komputerowych, niemniej jednak z pewnością zasadne jest stosowanie wprost do nich regulacji odnoszących się do programów komputerowych. Rozwój rynku gier komputerowych jest na tyle dynamiczny, że nie można tu wprowadzać rozwiązań katagorycznych. Niezbędna w tej dziedzinie aktywności jest elastyczność regulacji prawnych i szeroka możliwość kreacji stosunków prawnych odnoszących się do tej materii w ramach swobody umów. Należy jednak pamiętać, że właściwa ich kwalifikacja jako utworów nienazwanych, innych niż programy komputerowe, jest istotna z punktu widzenia praw producentów, wydawców, grafików, programistów oraz innych osób zaangażowanych w proces jej powstawania, a także dotyczy użytkowników końcowych czyli graczy. Współcześnie pojawia się także temat tzw. dóbr wirtualnych

²³ B. Bilicz, *Wirtualny świat jako utwór samoistny. Twórcze wykorzystywanie elementów gier komputerowych. Machinima*, [w:] K. Grzybezyk (red.), *Prawo w wirtualnych światach*, Warszawa 2013, s. 195–212.

²⁴ A. Wojciechowska, *Autorskie prawa osobiste twórców dzieł audiowizualnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 1999, nr 2, s. 66–68.

²⁵ D. Flisak, *Utwór multimedialny w prawie autorskim*, Warszawa 2008, s. 95.

²⁶ K. Szpyt, *Obrót dobrami wirtualnymi w grach komputerowych. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2018, s. 12.

i obrotu nimi oraz uprawnień graczy, które niekiedy rozważane są nawet w kontekście ich dóbr osobistych, stąd postuluje się wprowadzenie kompleksowych rozwiązań odnoszących się do obrotu dobrami wirtualnymi²⁷. Rozbudowany świat wirtualny, przenikający każdego dnia do tego rzeczywistego, stała obecność i wymiana informacji w sieci, prezentowanie przez niektórych bieżących wydarzeń dnia codziennego na portalach społecznościowych, bycie ciągle online czy też budowanie alternatywnej cyfrowej rzeczywistości za pośrednictwem rozbudowanych i zupełnie nieoczywistych gier komputerowych, w tym tych odnoszących się do sportu, pod znakiem zapytania pozostawia dalszy brak jakichkolwiek uregulowań prawnych w tej materii.

Prawnoautorski status postaci w grach komputerowych

W e-sporcie istotna pozostaje również kwestia postaci w grach komputerowych, która stanowi kolejny obszerny temat o wysokim poziomie skomplikowania w kontekście praw autorskich. Sygnalizacyjnie można wskazać na trzy rodzaje postaci występujące w grach komputerowych, mianowicie: 1) zdigitalizowane wizerunku realnych postaci, np. sportowców, których wierne odzwierciedlenie, tak pod kątem wyglądu, jak i barw klubowych, a nawet charakterystycznych ruchów, pojawia się w poszczególnych grach komputerowych; 2) postaci fikcyjne wykreowane przez twórców gry, których gracz nie może zmodyfikować; chronione na tej samej zasadzie co bohaterowie utworów literackich; 3) postaci fikcyjne stworzone przez samych graczy w ramach działalności craftingowej czy też creatingowej²⁸. W przypadku gier wykorzystywanych na potrzeby e-sportu najczęściej będzie się miało do czynienia z dwoma pierwszymi przypadkami, które są stosunkowo klarowne, ponieważ oparte na odpowiednich licencjach udzielanych przez producentów gier, a także co do zasady nie budzą wątpliwości pod kątem prawnoautorskich kwalifikacji utworów i ich twórców. Nie można natomiast wykluczyć na przyszłość twórczości graczy w zakresie kreacji e-zawodników i kwalifikacji takowych jako utworów w rozumieniu prawa autorskiego, co zależy od konstrukcji poszczególnych gier komputerowych i dostarczanych w ich ramach narzędzi edytorskich. Tym samym może wystąpić sytuacja, w której gracz wykreuje postać, więc będzie twórcą w rozumieniu prawa autorskiego, ale nie będzie miał prawa do rozporządzania nią na różnych polach eksploatacji.

²⁷ Zob. szerzej: ibidem, s. 113–188.

²⁸ W wyniku działalności craftingowej (z ang. *crafting* – rzemiosło) co do zasady nie dochodzi do powstania utworu, jednak nie można tego zupełnie wykluczyć, z uwagi na dużą liczbę elementów dostarczanych przez twórców gier, a następnie dowolność ich modyfikacji i łączenia, ale jest to rzadkość. Natomiast co do działalności creatingowej (z ang. *creating* – tworzenie), gracz pozostaje ograniczony jedynie własną wyobraźnią i w oparciu o dostarczone mu przez twórcę gry środki w postaci programów edytorskich może tworzyć utworu w rozumieniu prawa autorskiego, a jego działalność porównywaną jest do pustej kartki papieru i pędzla malarskiego.

Z kolei mając na uwadze zdigitalizowane wizerunku realnych zawodników otwiera nam się szeroka tematyka tzw. komercjalizacji dóbr osobistych oraz problematycznego art. 14 ust. 1–3 u.s.²⁹ Zgodnie z tym przepisem członek kadry narodowej udostępnia, na zasadach wyłączności, swój wizerunek w stroju reprezentacji kraju polskiemu związkowi sportowemu, który jest uprawniony do wykorzystania tego wizerunku do swoich celów gospodarczych w zakresie wyznaczonym przez przepisy tego związku lub międzynarodowej organizacji sportowej działającej w danym sporcie. Tożsama regulacja obowiązuje w stosunku do członków reprezentacji olimpijskiej. Stosownie do tej regulacji zawodnik przed zakwalifikowaniem do kadry narodowej lub reprezentacji olimpijskiej wyraża zgodę na rozpowszechnianie swojego wizerunku w stroju reprezentacji kraju w rozumieniu art. 81 ust. 1 pr. aut. Dlatego też, mając na uwadze powyższe przepisy, a także wewnętrzne regulacje klubowe, należy wskazać, że zgodę na wykorzystanie wizerunku sportowca w grze komputerowej nie zawsze wyraża bezpośrednio zainteresowany. O ile treść prawidłowo skonstruowanych kontraktów klubowych, na których ostateczny kształt poszczególni zawodnicy mają wpływ, nie będzie budziła większych wątpliwości, to w przypadku kadrowiczów i reprezentantów olimpijskich jest to problem systemowy, osadzony w budzących liczne wątpliwości przepisach prawnych. Wizerunek jest jednym z dóbr osobistych, które stanowią egzemplifikację postępującego zjawiska komercjalizacji, za którym w żaden sposób nie nadążają niezmiennie od kilkudziesięciu lat regulacje prawne. Co więcej, rozwiązanie zawarte w u.s. należy uznać za kolidujące z regulacjami bezwzględnych praw podmiotowych uregulowanych w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny³⁰. Zgodnie z przepisami u.s., polski związek sportowy uprawniony jest do gospodarczej i komercyjnej eksploatacji wizerunku członka kadry narodowej w stroju reprezentacji kraju. Wykorzystanie wizerunku zawodnika, w tym członka kadry narodowej, w innym stroju niż strój reprezentacji kraju może natomiast stanowić przedmiot umów cywilnoprawnych, zawieranych przez zawodników z klubami czy też związkami sportowymi, na zasadach ogólnych. Celem przyjętych na gruncie polskiej ustawy rozwiązań w stosunku do kadrowiczów jest wzmocnienie kondycji finansowej związków sportowych, jednak wykorzystanie tych wizerunków w celach *stricte* komercyjnych, np. właśnie w ramach gier komputerowych, a nie jako zwykłe audiowizualne relacjonowanie widowiska sportowego, budzi wątpliwości w zakresie nadmiernej ingerencji w sferę jego praw podmiotowych, bez jakiegokolwiek wpływu samego zawodnika. Należy zauważyć, że taki zawodnik wyraża zgodę na rozpo-

²⁹ Zob. szerzej: E. Szatkowska, *Komercjalizacja wizerunku członków kadry narodowej i reprezentacji olimpijskiej, tj. problematyczny art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie. Analiza systemowa*, [w:] E. Szatkowska (red.), *Współczesne problemy prawa do wizerunku. Zagadnienia wybrane*, Gdańsk 2020, s. 107–122.

³⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1740 ze zm.).

wszechnianie swojego wizerunku w stroju kadrowym jeszcze przed zakwalifikowaniem się do reprezentacji, a także nie dysponując wiedzą o konkretnych, przyszłych sposobach jego eksploatacji. Mając na uwadze zasadę niezbywalności praw osobistych, taka konstrukcja nie mieści się w ramy prawa cywilnego, zachodzi tu więc konieczność zmian systemowych, jak choćby dostrzeżenie przez ustawodawcę niedoskonałości tych rozwiązań i wprowadzenie klarownych rozwiązań prawnych uwzględniających komercyjną wartość atrybutów sportowców (i innych osób powszechnie znanych).

Warta rozważenia pozostaje tu amerykańska instytucja *right of publicity* (prawo na personie), której celem jest ochrona konkretnych interesów związanych przede wszystkim z komercyjnym wykorzystaniem wizerunku, ale także innych atrybutów osobowości, takich jak: głos, imię i nazwisko, podpis, charakterystyczne gesty (np. *goal celebration* – „cieszynki” piłkarzy). Ustanowienie tego rodzaju zbywalnego prawa majątkowego, polegające na komercyjnym wykorzystywaniu wizerunków oraz innych elementów identyfikujących osób powszechnie znanych, w tym sportowców, rozwiązałoby problem dóbr osobistych jako praw idealnych, wyrażających niezbywalne interesy niemajątkowe. Wówczas też regulacja z art. 14 ust. 1–3 u.s. nie byłaby sprzeczna z systemowymi rozwiązaniami prawa cywilnego. W aktualnym stanie prawnym wykorzystanie wizerunku kadrowiczów do nieograniczonych gospodarczych i komercyjnych celów związków, w tym udostępnienie ich wizerunku w strojach reprezentacji na potrzeby gier komputerowych, może budzić szereg wątpliwości prawnych.

Widowisko sportowe jako przedmiot prawa autorskiego i praw pokrewnych

Kolejnym zagadnieniem, lecz z pewnością nie zamykającym katalogu wątpliwości związanych z prawem własności intelektualnej w e-sporcie, jest status widowiska e-sportowego w kontekście praw autorskich i praw pokrewnych. Zarysowuje się tu temat analogiczny do świadczeń sportowców jako przedmiotu artystycznych wykonania i powstaje pytanie o prawnoautorskie aspekty aktywności e-graczy, a także problematyka widowiska sportowego jako twórczej całości. Problematyka kwalifikacji występów sportowców jako utworów w rozumieniu praw autorskich bądź nawiązujących do praw pokrewnych artystycznych wykonania budzi pewne wątpliwości. Powstają w tym zakresie następujące pytania: czy sportowiec jest współtwórcą, czy też wykonawcą utworu, jaki stanowi widowisko sportowe, oraz czy występ sportowca może stanowić artystyczne wykonanie?³¹ Odpowiedzi na powyższe pytania powin-

³¹ K. Kurosz, *Dokonania sportowców a przedmiot prawa do artystycznego wykonania*, [w:] idem, *Artystyczne wykonanie utworu. Prawa osobiste i majątkowe aktorów, muzyków i innych wykonawców*, Warszawa 2014.

ny być uzależnione od poszczególnych dyscyplin sportowych. Z pewnością inaczej należy traktować gry zespołowe typu piłka nożna, siatkówka czy też koszykówka, a inaczej pływanie synchroniczne lub jazdę figurową na lodzie. O ile te pierwsze oparte są o pewien abstrakcyjny zestaw, z góry ustalonych reguł, to w przypadku tych drugich pojawia się miejsce na twórczość (autor choreografii) i artystyczne wykonanie (zawodnicy). W przypadku e-sportu sytuacja jest o wiele bardziej klarowna – granie to po prostu naciskanie klawiszy na klawiaturze, konsoli bądź innych przystosowanych technologicznie do tego rodzaju aktywności rozwiązań. Analizując tematykę praw autorskich graczy do utworzonych przez nich podczas gry treści i materiałów, za Katarzyną Grzybczyk należy również postawić pytanie o streamerów i ich wytwory jako twórców utworów³². Wszystko sprowadza się do twórczości, oryginalności i indywidualności tego rodzaju aktywności. Autorka ta przywołuje interesujące orzeczenie sądu amerykańskiego³³, w którym stwierdza się, że „granie w grę bardziej przypomina zmianę kanałów w telewizji niż pisanie powieści czy też malowanie obrazu”³⁴. Niemniej jednak z uwagi na daleko idący rozwój rynku gier komputerowych i co raz większe możliwości techniczne takie stanowisko może tracić na swojej aktualności, ponieważ kategorycznie należałoby śledzić na bieżąco cały rynek gier komputerowych, na którym opiera się e-sport oraz dokonać ich rzetelnej analizy w odniesieniu do aktywności e-zawodników.

Jeszcze odrębny temat stanowi twórczość oprawy e-widowisk sportowych oraz rozróżnienie ochrony prawnej e-widowiska i ochrony relacji z niego. I tak, o ile sama oprawa takiego widowiska pod względem wykorzystania np. efektów świetlnych dźwiękowych czy też wizualnych mogłaby zostać uznana za twórczą, to już aktywność graczy polegająca na używaniu właściwych przycisków i przypisanych im funkcji niekoniecznie. Natomiast twórczość można zauważyć w przypadku transmisji tego rodzaju widowisk, a także odnotować tematykę praw pokrewnych dla organizatorów e-widowiska sportowego na wzór prawa producentów do fonogramów i wideogramów. Jednak są to kwestie nieuregulowane w sporcie tradycyjnym, tym bardziej więc w e-sporcie. Należy zwrócić uwagę, że w trakcie procesu legislacyjnego dotyczącego uchwalenia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE³⁵ pojawiła się

³² K. Grzybczyk, *Rozrywki XXI wieku a prawo własności intelektualnej*, Warszawa 2020, s. 236.

³³ Midway MFG.CO., an Illinois corporation, Plaintiff-Appellee v. Arctic International Inc., a New Jersey corporation, Defendant-Appellant, 704 F.2d 1009, <https://openjurist.org/704/f2d/1009/midway-mfg-co-v-artic-international-inc>; za: ibidem.

³⁴ K. Grzybczyk, op. cit., s. 236.

³⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE (Dz. Urz. UE L 130/92).

koncepcja, aby do treści dyrektywy wprowadzić artykuł 12a, w ramach którego przewidziano ochronę praw organizatorów widowisk sportowych: *Member states shall provide sport event organizers with the rights provided for in Article 2 and Article 3 (2) of directive 2001/29/EC and Article 7 of directive 2006/115/EC*. Miało to być nowe prawo pokrewne dla organizatorów widowiska sportowego jako prawo wyłączne na wzór praw producentów fonogramów i wideogramów, jednak artykuł ten nie znalazł się w jej ostatecznej wersji. Jak wskazuje K. Kurosz, środki, za pomocą których możliwa byłaby ochrona interesów ekonomicznych organizatora imprezy sportowej, są niewystarczające w tym sensie, że nie dają wyłączności i nie zapewniają monopolu eksploatacyjnego widowiska. Dlatego też tendencja do poszukiwania podstaw ochrony niejako „na siłę”, wykorzystując istniejące konstrukcje praw własności intelektualnej (jak np. dopatrywanie się elementów artystycznego wykonania w tych świadczeniach³⁶), powinna zostać wykluczona w przeważającej części świadczeń sportowych oraz na ten moment w całości w rozgrywkach e-sportowych.

Zakończenie

Wyżej omówione zagadnienia to prezentacja wybranej problematyki z zakresu prawa własności intelektualnej w e-sporcie, natomiast należy mieć na uwadze, że rzeczywista ilość styczności jest o wiele szersza. Z pewnością większy problem stanowią kwestie stosowania regulacji prawnych z prawa autorskiego oraz praw pokrewnych w e-sporcie, aniżeli spór o uznanie go za aktywność, która mogłaby konkurować ze sportem tradycyjnym, gdyż ze względów, leżących u podstaw kulturowych i ideowych sportu, który tradycyjnie pozostaje oparty o aktywność fizyczną, konkurować nie może. Aczkolwiek należy przyznać, że w dobie ogólnoświatowej pandemii COVID-19 szczególną uwagę zwraca transmisja przez niektóre kanały sportowe wirtualnych rozgrywek sportowych, w których udział biorą prawdziwi zawodnicy (np. NBA), mająca na celu dostarczyć rozrywki odbiorcom porównywalnej do rzeczywistych meczów. Niemniej jednak obecnie, w tej trudnej także dla świata sportu sytuacji, większość widzów sportowych w dalszym ciągu preferuje powrót do tych wydarzeń sportowych, które już się odbyły i którym towarzyszyły prawdziwe emocje, stąd też popularne są transmisje słynnych meczów nawet sprzed kilkudziesięciu lat. Mając natomiast na uwadze liczbę osób biorących udział w e-widowiskach sportowych, nie można wykluczyć, że ten trend niedługo ulegnie zmianie. Dlatego też już dziś należy pochylić się nad prawnymi aspektami e-sportu, w skład których wchodzi m.in. prawnoautorski status gier kom-

³⁶ K. Kurosz, op. cit.

puterowych, a także kwestie związane z prawami do postaci, które mogą stanowić zarówno odzwierciedlenie wizerunków rzeczywistych sportowców, jak również stanowić twórczy akt graczy przy jednoczesnym zastrzeżeniu praw producentów, przy czym obydwie zagadnienia budzą szereg wątpliwości prawnych; podobnie zresztą jak kwestie związane z prawnoautorską ochroną transmisji wydarzeń e-sportowych, przy braku dedykowanych regulacji w tej materii dla widowisk sportowych. W kontekście rozważanej tematyki na szczególną uwagę zasługują spostrzeżenia K. Szpyta, który wskazuje na konieczność wprowadzenia *de lege ferenda* stosownych przepisów odnoszących się do prawnego statusu dóbr wirtualnych *per se*, ze szczególnym uwzględnieniem praw do nich i zasad obrotu nimi³⁷. Z pewnością analizowana tematyka e-sportu jest jedną z tych dziedzin, za którą regulacje prawne nie „nadażają”, a mając na uwadze współczesną skalę tego zjawiska społecznego, ekonomicznego, jak również prawnego, prędzej czy później będą one niezbędne.

Wykaz literatury

- Baker B. J., Funk D.C., Kim D., Lee M.A., Na S., Pizzo A.D., *eSport vs. Sport: A Comparison of Spectator Motives*, „Sport Marketing Quarterly” 2018, vol. 27, nr 2.
- Bilicz B., *Wirtualny świat jako utwór samoistny. Twórcze wykorzystywanie elementów gier komputerowych. Machinima*, [w:] K. Grzybczyk (red.), *Prawo w wirtualnych światach*, Difin, Warszawa 2013.
- Cerqueira M., Machado S., Monteiro D., Travassos B., *E-sports: a legitimate sport?*, „Cuadernos de Psicología del Deporte” 2020, vol. 20, nr 2.
- de Menezes J., *Esports will not be added to Olympics because 'killer games are too violent' says IOC president Thomas Bach*, 2018, <https://www.independent.co.uk/sport/olympics/olympics-esports-wont-be-added-killer-games-too-violent-ioc-president-thomas-bach-a8522301.html>.
- Esports Association Polska, *Bedziemy kontynuować prezydencką inicjatywę Narodowej Drużyny Esportu*, <https://polskiesport.pl/bedziemy-kontynuowac-prezydencka-inicjatywe-narodowej-druzyny-esportu/>.
- Flisak D., *Utwór multimedialny w prawie autorskim*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Gaudiosi J., *How the U.S. Is Killing It in eSports*, <https://fortune.com/2016/01/27/us-is-killing-it-in-esports/>.
- Gawrysiak J., Jenny S.E., Keiper M.C., Manning R.D., Taylor B.J., Tutka P.M., Williams D. P., *eSports Venues. A New Sport Business Opportunity*, „Journal of Applied Sport Management” 2018, vol. 10, nr 1.
- Grzybczyk K., *Rozrywki XXI wieku a prawo własności intelektualnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Hamari J., Sjöblom M., *What is eSports and why do people watch it?*, „Internet Research” 2017, vol. 27, nr 2.

³⁷ K. Szpyt, op. cit., s. 426–427.

- Heas S., Mora P., *From Videogamer to E-Sportsman: Toward a Growing Professionalism of World-Class Players*, [w:] M. Bittanti, S. Morris (red.), *Doom: Giocare in Prima Persona*, Milano 2005.
- International Olympic Committee, *Communique of The Olympic Summit of 28.10.2017*, <https://olympics.com/ioc/news/communique-of-the-olympic-summit>.
- International Olympic Committee, *Declaration of the 8th Olympic Summit of 07.12.2021*, <https://olympics.com/ioc/news/declaration-of-the-8th-olympic-summit>.
- Karhulahti V.-M., Kari T., *Do E-athletes Move? A Study on Training and Physical Exercise in Elite Esports*, „International Journal of Gaming and Computer-Mediated Simulations” 2016, vol. 8, nr 4.
- Kurosz K., *Dokonania sportowców a przedmiot prawa do artystycznego wykonania*, [w:] K. Kurosz, *Artystyczne wykonanie utworu. Prawa osobiste i majątkowe aktorów, muzyków i innych wykonawców*, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Marcinowska L., *Czy e-sport jest sportem? I co z tego wynika?*, [w:] *Biuletyn nowych technologii*, Wardynski i Wspólnicy, Warszawa 2016, https://www.wardynski.com.pl/biuletyn_nowych_tehnologii/201604/B12_PL_Czy_e-sport_jest_sportem.pdf.
- Szatkowska E., *Komercjalizacja wizerunku członków kadry narodowej i reprezentacji olimpijskiej, tj. problematyczny art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie. Analiza systemowa*, [w:] E. Szatkowska (red.), *Współczesne problemy prawa do wizerunku. Zagadnienia wybrane*, Wyd. UG, Gdańsk 2020.
- Szpyrka W., *IEM Katowice 2019 pobił kolejne rekordy! Ponad 174 tysiące odwiedzających w Spodku!*, <https://sport.tvp.pl/41951563/iem-katowice-2019pobil-kolejne-rekordy-ponad-174-tysiace-odwiedzajacych-w-spodku>.
- Szpyt K., *Obrót dobrami wirtualnymi w grach komputerowych. Studium cywilnoprawne*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Wojciechowska A., *Autorskie prawa osobiste twórców dzieł audiowizualnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 1999, nr 72.

Summary

Legal aspects of e-sports with special emphasis on copyright law

Keywords: law, e-sport, intellectual property, computer game, sports event.

E-sport has become a popular social phenomenon, and its representatives are entities with significant popularity and marketing value. National and international organizations and associations of such players are established in order to organize their competitions. The development of e-sport makes it questionable whether it can be treated on an equal footing with traditional sport. Its potential is recognised by national governments, international organisations and even the International Olympic Committee has also taken a position on its possible recognition as a sport.

This paper aims to present the topic of e-sport which mainly involves the use of intellectual property rights. Within the framework of e-sport, players each time use computer games, the status of which in the intellectual property law remains in question. In the games there are also characters that may constitute a separate subject of copyright protection, additionally in the case of athletes, there is an issue of entities entitled to consent to the digitization of their image. Another important subject remains the matter of legal qualification of an e-sport event, performances of individual players as pieces of work within the meaning of copyright or artistic performances within the meaning of related rights.

Adrianna Szczechowicz-Raś

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-6598-2103

adrianna.szczechowicz@uwm.edu.pl

Prawnoprocesowe skutki potrącenia wierzytelności w postępowaniu egzekucyjnym

Wstęp

Potrącenie jest instytucją prawa cywilnego uregulowaną przepisami art. 498 do 505 k.c.¹ Jak wynika wprost z treści art. 498 § 1 k.c., gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Jednocześnie § 2 tego artykułu stanowi, że wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Przywołany przepis wskazuje na skutek prawny w postaci wzajemnego umorzenia się zobowiązań w razie skutecznego dokonania potrącenia obu wierzytelności. Obydwie wierzytelności powinny spełniać wymagania jednorodzaowości, wymagalności i zaskarżalności, aby doszło do skutecznego złożenia oświadczenia o potrąceniu, a w konsekwencji do skutków prawnych prowadzących do wygaśnięcia zobowiązań².

Wykonanie tego prawa polega na złożeniu drugiej stronie oświadczenia o charakterze prawnokształtującym. Złożenie oświadczenia o potrąceniu jest czynnością materialnoprawną, powodującą skutek umorzenia się obydwu wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej i to niezależnie od woli uprawnionego do wierzytelności, z której następuje potrącenie. Uprawnienia skła-

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1740 ze zm.), dalej jako k.c.

² Wyrok Sądu Najwyższego z 7 listopada 2013 r., sygn. akt V CSK 554/12, Lex nr 1412627.

dającego oświadczenie o potrąceniu nie niweczy nawet wyraźny sprzeciw wierzyciela wzajemnego³.

Skutek umorzenia obu wierzytelności do wysokości niższej z nich następuje z chwilą dotarcia oświadczenia do adresata w taki sposób, aby ten mógł zapoznać się z jego treścią, bowiem oświadczenie o potrąceniu, jako jednostronna czynność prawna, podlega ogólnym przepisom co do sposobu i chwili złożenia (art. 60 i 61 k.c.). Oświadczenie woli powinno być takim zachowaniem, które ujawnia wolę osoby korzystającej z potrącenia w sposób dostateczny. Jeżeli zostanie złożone skutecznie, ze względu na skutek umarzający, tworzy nową treść stosunku prawnego między stronami⁴.

Z kolei skutek czasowy potrącenia jest określony w art. 499 zdanie drugie k.c., mianowicie: następuje od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe, bowiem oświadczenie ma moc wsteczną. W rezultacie skutki opóźnienia lub zwłoki stron w wykonaniu zobowiązania (np. obowiązek zapłaty odsetek czy kary umownej) zostają zniweczone. Oczywiście odnosi się to do okresu liczonego od momentu, kiedy potrącenie stało się możliwe, do czasu złożenia oświadczenia o potrąceniu⁵.

Dokonanie potrącenia jest jednostronną czynnością materialnoprawną, do której może dojść w toku postępowania sądowego bądź poza tym postępowaniem, a zatem zarówno przed, jak i po wszczęciu postępowania sądowego. Natomiast zarzut potrącenia jest czynnością procesową. Jego podniesienie w postępowaniu sądowym oznacza powołanie się na fakt dokonania potrącenia i wynikające stąd skutki. Akt potrącenia złożony poza procesem prowadzi do wygaśnięcia wierzytelności i w zależności od etapu postępowania może wpłynąć na treść rozstrzygnięcia o zasadności powództwa⁶. Przypadki, kiedy może dojść do potrącenia i jaki ma to wpływ na sytuację pozwanego, analizował Sąd Najwyższy w uchwale Składu siedmiu sędziów z 19 października 2007 r. (III CZP 58/07), w której dokonał rozróżnienia na sytuację, gdy dochodzi do oświadczenia o potrąceniu poza procesem oraz gdy dokonywany jest zarzut procesowy potrącenia. Podkreślono, że jeżeli dojdzie do procesu o roszczenie

³ K. Zawada, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2: Art. 450–1088 KC, Legalis; K. Szadkowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2: Art. 353–626, Legalis; R. Morek, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIA: *Zobowiązania. Część ogólna*, Legalis.

⁴ G. Sikorski, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Lex; W. Kurowski, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, Lex.

⁵ M. Gutowski, *Potrącenie w postępowaniu nakazowym – relacja między prawem materialnym a procesowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 9, s. 42; T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018, s. 966–967; wyrok Sądu Najwyższego z 14 lutego 2013 r., sygn. akt II CSK 292/12, Lex nr 1318346; A. Janiak, A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część ogólna*, Lex.

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 13 stycznia 2020 r., sygn. akt I AGa 428/18, Lex nr 3036971.

wierzyciela wzajemnego, obrona pozwanego nie może polegać na podniesieniu zarzutu potrącenia, lecz zarzutu nieistnienia roszczenia powoda ze względu na umorzenie wierzytelności przed wszczęciem procesu⁷.

Oświadczenie o potrąceniu może być złożone nawet na etapie dochodzenia wierzytelności stwierdzonej tytułem wykonawczym. Mając zatem w swym posiadaniu wierzytelność spełniającą warunki wzajemnego potrącenia, należy złożyć wierzycielowi oświadczenie o potrąceniu długu z przysługującej wobec wierzyciela własnej wierzytelności. W przypadku wszczęcia przez wierzyciela wzajemnego postępowania egzekucyjnego, następnie należy złożyć powództwo przeciwegzekucyjne, którego podstawę stanowiło będzie oświadczenie o potrąceniu wierzytelności⁸.

Cel artykułu

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy przepisów prawa oraz orzecznictwa sądowego w aspekcie skutków procesowych i skuteczności wszczęcia postępowania egzekucyjnego uprzednio potrąconej wierzytelności. Za główny cel artykułu przyjęto odpowiedź na pytanie, jak kształtuje się sytuacja dłużnika, gdy pomiędzy wydaniem tytułu egzekucyjnego a skierowaniem go do egzekucji doszło do potrącenia tej należności. Mając na względzie, że nastąpiły zdarzenia mające wpływ na treść obowiązku dłużnika wynikającego z tego tytułu, wskutek których wygasł lub uległ ograniczeniu ten obowiązek, należy odpowiedzieć również na pytanie, czy wszczęcie i prowadzenie postępowania egzekucyjnego przeciwko dłużnikowi może być uznane za czyn niedozwolony rodzący odpowiedzialność odszkodowawczą z art. 415 k.c.

Istota powództwa opozycyjnego

Istotą powództwa o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego jest to, że stanowi ono sposób obrony merytorycznej przed prowadzoną egzekucją poprzez pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego, jeżeli prowadzenie egzekucji na podstawie tego tytułu narusza prawa podmiotowe dłużnika, wynikające z prawa materialnego. Powództwo opozycyjne, niezależne od podstawy roszczenia i rozstrzygnięcia objętego tytułem wykonawczym, zmierza do pozbawienia wykonalności tego tytułu nie dlatego, że tytuł egzekucyjny nie

⁷ III CZP 58/07, Lex nr 309609; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 21 grudnia 2017 r., sygn. akt V ACa 820/16, Lex nr 2504713.

⁸ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt I ACz 531/17, Lex nr 2362789.

odpowiadał prawu w dacie jego powstania (wydania orzeczenia), lecz dlatego, że nie było podstaw do nadania klauzuli wykonalności bądź też nastąpiły (po powstaniu tytułu) zdarzenia, które wyłączają dopuszczalność egzekucji⁹.

Wprawdzie utrwalony jest pogląd, że do zdarzeń w rozumieniu art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c.¹⁰ zalicza się zjawiska i stany świata zewnętrznego (zdarzenia niezależne od woli stron) oraz objawy wewnętrznego życia stron (zdarzenia zależne od woli stron), z którymi przepisy prawa materialnego łączą wygaśnięcie zobowiązań albo które powodują niemożność egzekwowania świadczeń wynikających z tytułu egzekucyjnego. Oczywiście potrącenie jest zdarzeniem wywołującym na gruncie prawa cywilnego materialnego skutek wygaśnięcia zobowiązania¹¹. Co prawda potrącenie nie stanowi realnego świadczenia, odpowiadającego treści zobowiązania, jednak zarzut potrącenia jest odpowiednikiem zarzutu spełnienia świadczenia, o którym mowa w powyższym przepisie. Jak bowiem wskazuje się w literaturze prawniczej, skutki prawne potrącenia są równoznaczne ze skutkami zapłaty (spełnienia świadczenia), a zarzut potrącenia podniesiony w procesie jest traktowany jak zarzut zapłaty (spełnienia świadczenia). Powszechne traktowanie potrącenia jako jednego z surogatów spełnienia świadczenia wskazuje na podstawową funkcję: dzięki potrąceniu dłużnik płaci swój dług i zwalnia się ze zobowiązania¹².

Zmiana art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. wprowadzona ustawą nowelizującą Kodeks postępowania cywilnego z dnia 2 lipca 2004 r.

Interpretacją art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. w kontekście spełnienia świadczenia zobowiązania Sąd Najwyższy zajmował się kilkakrotnie. Mimo kolejnych nowelizacji, zagadnienie to wciąż budzi wiele wątpliwości zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie. Sąd Najwyższy wskazuje, że oparte na art. 499 k.c. oświadczenie dłużnika o potrąceniu jego wierzytelności z wierzytelnością objętą orzeczeniem sądowym stanowi zdarzenie, na którym może być oparte powodztwo z art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c., gdy było złożone po zamknięciu rozprawy¹³.

⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 24 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACz 107/13, Lex nr 1264406; wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 29 stycznia 2020 r., sygn. akt I C 451/18, Lex nr 2792383.

¹⁰ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.), dalej jako k.p.c.

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 6 marca 2019 r., sygn. akt I ACa 692/18, Lex nr 2668078.

¹² M. Pyziak-Szafnicka, *Potrącenie w prawie cywilnym*, Kraków 2002, s. 30–33; A. Olaś, *Zarzut potrącenia w procesie cywilnym*, Legalis.

¹³ Uchwała z 30 lipca 1974 r., sygn. akt III CZP 44/74, OSNC 1975, Nr 5, poz. 78

czy po powstaniu tytułu wykonawczego¹⁴. Powstaje jednak zasadnicze pytanie, czy podstawę powództwa opozycyjnego może stanowić zarzut, który nie był podnoszony przez pozwanego w czasie procesu i nie został rozpoznany przez sąd¹⁵. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na zmiany art. 840 § 1 k.p.c., dokonane ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹⁶, w wyniku której w pkt 2 tego przepisu po sformułowaniu: „gdy tytułem jest orzeczenie sądowe, dłużnik może powództwo oprzeć także na zdarzeniach, które nastąpiły po zamknięciu rozprawy”, dodano: „a także zarzucie spełnienia świadczenia, jeżeli zarzut ten nie był przedmiotem rozpoznania w sprawie”. W orzecznictwie Sądu Najwyższego powszechnie uznawano, że objęcie wierzytelności postępowaniem sądowym nie wyklucza jej skutecznego potrącenia w jakiegokolwiek fazie tego postępowania, jednak gdy następuje to po powstaniu tytułu wykonawczego, wówczas oświadczenie o potrąceniu może być podnoszone w ramach powództwa z art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c.¹⁷ W judykaturze przyjmowano, że dopóki zasądzone świadczenie nie zostanie wyegzekwowane, dopóty istnieje prawo dłużnika, będącego wierzycielem wzajemnym, do dokonania potrącenia. Tym samym podstawą powództwa z art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. może być potrącenie, mimo że powód zarzut potrącenia mógł zgłosić w postępowaniu rozpoznawczym w sprawie, w której został wydany tytuł wykonawczy¹⁸. Powyższe stanowisko wynikało z założenia, że dopuszczalność potrącenia w świetle materialnoprawnego uregulowania tej instytucji nie było – poza przedawnieniem – czasowo ograniczona, a wskutek potrącenia następuje wzajemne umorzenie obu wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej.

W uchwale z dnia 23 maja 2012 r., przy odnotowaniu stanowiska odmiennego, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że oparcie powództwa przeciwegzekucyjnego na zarzucie spełnienia świadczenia (art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c.) jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy zarzut ten – ze względu na ustanowiony ustawą zakaz – nie mógł być rozpoznany w sprawie, w której wydano tytuł egzeku-

¹⁴ Uchwała z 30 listopada 1973 r., sygn. akt III CZP 73/73, OSNC 1974, Nr 10, poz. 163; uchwała z 14 października 1993 r., sygn. akt III CZP 141/93, OSNC 1994, Nr 5, poz. 102

¹⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z 21 lipca 2010 r., sygn. akt III CZP 47/10, Legalis nr 232716; uchwała Sądu Najwyższego z 2 lutego 2011 r., Legalis nr 282953; wyrok Sądu Najwyższego z 3 lipca 2008 r., sygn. akt IV CSK 170/08, Legalis nr 111973; wyrok Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2011 r., sygn. akt V CSK 199/10, Legalis nr 417549; E. Wengerek, *Przeciwegzekucyjne powództwa dłużnika. Poradnik*, Warszawa 1998, s. 44–45; J. May, *Wytoczenie powództwa opozycyjnego na podstawie zarzutu spełnienia świadczenia*, [w:] Z. Szczurek, G. Sikorski (red.), *Cechą sprawiedliwości jest nie krzywdzić ludzi. Księga pamiątkowa ku czci Zenona Knypla*, Sopot 2017, s. 61–65.

¹⁶ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004 r., Nr 172, poz. 1804).

¹⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z 30 lipca 1974 r., sygn. akt III CZP 44/74, OSNCP 1975, Nr 5, poz. 78.

¹⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z 14 października 1993 r., sygn. akt III CZP 141/93, OSNC 1994, Nr 5, poz. 102.

cyjny. Podstawą postępowania opozycyjnego nie może być również zarzut, nawet jeżeli został zgłoszony w czasie postępowania rozpoznawczego przez pozwanego, lecz nie rozpoznano go albo w wyniku przeoczenia, albo na skutek prekluzji procesowej. Sąd Najwyższy podkreślił, że przeoczenia i błędy sądu podlegają naprawie w postępowaniu odwoławczym lub kasacyjnym, a prekluzja procesowa ma charakter bezwzględny, nie może więc być „korygowana” w drodze powództwa przeciwegzekucyjnego¹⁹.

Zmiana art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. wprowadzona ustawą nowelizującą Kodeks postępowania cywilnego z dnia 10 lipca 2015 r.

Kolejna istotna zmiana art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c., która została wprowadzona ustawą z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny, ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw²⁰, zmieniającej przepis z dniem 8 września 2016 r., stanowi kanwę dalszych rozważań w tej kwestii. Omawiany przepis został zmieniony i stanowił: „Dłużnik może w drodze powództwa żądać pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności w całości lub części albo ograniczenia, jeżeli (pkt 2) po powstaniu tytułu egzekucyjnego nastąpiło zdarzenie, wskutek którego zobowiązanie wygasło albo nie może być egzekwowane; gdy tytułem jest orzeczenie sądowe, dłużnik może oprzeć powództwo także na zdarzeniach, które nastąpiły po zamknięciu rozprawy, a także na zarzucie spełnienia świadczenia, jeżeli zgłoszenie tego zarzutu w sprawie było z mocy ustawy niedopuszczalne”. Sąd Najwyższy wskazywał, że zgodnie z art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 8 września 2016 r., dłużnik mógł w drodze powództwa żądać pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności w całości lub części albo ograniczenia, jeżeli po powstaniu tytułu egzekucyjnego nastąpiło zdarzenie, wskutek którego zobowiązanie wygasło albo nie może być egzekwowane, a gdy tytułem jest orzeczenie sądowe, dłużnik mógł powództwo oprzeć także na zdarzeniach, które nastąpiły po zamknięciu rozprawy, a także zarzucie spełnienia świadczenia, jeżeli zarzut ten nie był przedmiotem rozpoznania w sprawie. Wskazano bowiem wyraźnie, że dłużnik mógł oprzeć powództwo opozycyjne także na zarzucie spełnienia świadczenia przez potrącenie, ale tylko w przypadku jeżeli zgłoszenie tego zarzutu w sprawie było z mocy ustawy niedopuszczalne. Przedstawiony kierunek rozumowania na tle brzmienia ustawy sprzed 8 września 2016 r. – zdaniem Sądu Najwyższego – potwierdzał także dokonana

¹⁹ III CZP 16/12, Legalis nr 468017; zob. szerzej P. Grzegorzcyk, *Wykładnia art. 840 § 1 pkt 2 in fine KPC Zagadnienia prawne w praktyce SN*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 23, s. 1267–1269.

²⁰ Dz.U. z 2015 r., poz. 1311.

z tym dniem zmianę normatywną. Dopiero w wyniku jej wejścia w życie ustawodawca przesądził, że oparcie powództwa opozycyjnego na zarzucie spełnienia świadczenia jest możliwe jedynie wtedy, gdy zgłoszenie tego zarzutu w sprawie było z mocy ustawy niedopuszczalne, gdyż skuteczne dokonanie potrącenia, ze względu na jego skutki, porównywalne jest do zarzutu wygaśnięcia zobowiązania przez spełnienie świadczenia²¹, to dopiero w wyniku wskazanej nowelizacji można byłoby bronić poglądu, że tylko w sytuacji, gdyby pozwany z przyczyn ustawowych nie mógł dokonać potrącenia mimo stanu potrącalności mógłby oprzeć na tym zarzucie powództwo opozycyjne²².

Powstała rozbieżność godzi wyrok Sąd Najwyższy z 7 października 2020 r., w którym Sąd stwierdził, że oparcie powództwa przeciwegzekucyjnego na zarzucie spełnienia świadczenia, który nie był przedmiotem rozpoznania w sprawie – w stanie prawnym ukształtowanym nowelizacją z dnia 2 lipca 2004 r. – jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy zarzut ten, ze względu na ustanowiony ustawą zakaz, nie mógł być rozpoznany w sprawie, w której wydano tytuł wykonawczy, z uwagi na ograniczenia kognicji sądu. W poszukiwaniu uzasadnienia dla tak wyrażonego zapatrywania, Sąd Najwyższy wskazał na zasadę koncentracji materiału procesowego i przyjętymi w Kodeksie postępowania cywilnego rozwiązaniami zmierzającymi do dyscyplinowania stron. Strona, która nie wykazała dbałości o własne interesy i nie skorzystała ze swoich praw w toku postępowania rozpoznawczego, nie może być premiowana przez umożliwienie jej następczego zgłoszenia zarzutu spełnienia świadczenia w ramach powództwa przeciwegzekucyjnego. Prekluzyjny skutek prawomocności i powagi rzeczy osądzonej obejmuje okoliczności i zarzuty, które istniały i dały się sformułować w chwili zamknięcia rozprawy, lecz strona skutecznie ich nie przytoczyła. Nie ma przy tym znaczenia, czy ponosiła winę w zaniechaniu skutecznego podniesienia właściwych zarzutów i okoliczności, prekluzja ta ma bowiem charakter obiektywny i prowadzi do bezpowrotnej utraty możliwości ich zgłoszenia²³.

Założenia i kierunki nowelizacji zyskały aprobatę w piśmiennictwie, albowiem – jak stwierdziła Natalia Misiura – „w przeciwieństwie do problematycznej redakcji przepisu ustalonej w 2004 r. nowelizacja ustawą z dnia 10 lipca 2015 r. powoduje, że brak miejsca na polemikę na temat dopuszczalności kwestionowania w powództwie opozycyjnym prawomocnych rozstrzygnięć sądów. Jest to stan, który niewątpliwie należy ocenić jako pożądany ze względu na wpływ, jaki ma istota prawomocności na pewność obrotu prawnego. Z przyjętego sformułowania przepisu art. 840 KPC jednoznacznie wynika, że podstawą do wytoczenia powództwa opozycyjnego opartego na zarzucie speł-

²¹ Uchwała Sądu Najwyższego z 20 listopada 1987 r., sygn. akt III CZP 69/87, OSNCP 1989, Nr 4, poz. 64.

²² Wyrok Sądu Najwyższego z 6 kwietnia 2017 r., IV CNP 40/16, Legalis nr 1637173.

²³ V CSK 561/18, Lex nr 3061243.

nienia świadczenia, jeśli miało ono miejsce przed zamknięciem rozprawy, mogą być jedynie sytuacje, gdy sam ustawodawca ogranicza kognicję sądu do rozpoznania takiego zarzutu w postępowaniu rozpoznawczym. Brzmienie, które obowiązuje od 8 września 2016 r. zarówno sprzyja więc ochronie praw wierzycieli w postępowaniu egzekucyjnym, jak i precyzyjnie określa przesłanki dopuszczalności merytorycznej obrony dłużnika po zakończeniu postępowania rozpoznawczego”²⁴.

Zmiana art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. wprowadzona ustawą nowelizującą Kodeks postępowania cywilnego z dnia 4 lipca 2019 r.

Następna zmiana została wprowadzona na mocy ustawy z 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw²⁵. Art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. otrzymał brzmienie: „dłużnik może w drodze powództwa żądać pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności w całości lub części albo ograniczenia, jeżeli po powstaniu tytułu egzekucyjnego nastąpiło zdarzenie, wskutek którego zobowiązanie wygasło albo nie może być egzekwowane; gdy tytułem jest orzeczenie sądowe, dłużnik może oprzeć powództwo także na zdarzeniach, które nastąpiły po zamknięciu rozprawy, na zarzucie spełnienia świadczenia, jeżeli zgłoszenie tego zarzutu w sprawie było z mocy ustawy niedopuszczalne, a także na zarzucie potrącenia”. Ograniczenie dopuszczalności podniesienia zarzutu potrącenia w toku postępowania rozpoznawczego wskazane w art. 203¹ k.p.c. spowodowało konieczność wskazania w art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. wyraźnej możliwości oparcia przez dłużnika powództwa opozycyjnego także na zarzucie potrącenia. Wprowadzone zmiany jednak nie rozwiązały wątpliwości dotyczących niniejszego przepisu podnoszonych w doktrynie.

Według pierwszego stanowiska istnieje możliwość powołania się na potrącenie jako zdarzenia powodującego wygaśnięcie egzekwowanego zobowiązania, nawet jeżeli wystąpiło ono przed zamknięciem rozprawy czy powstaniem tytułu wykonawczego, mimo że zakaz ustawowy w tym zakresie nie obowiązywał. Argumentem uzasadniającym powyższe jest zmiana przepisów art. 203¹ k.p.c. polegająca na ograniczeniu możliwości podniesienia zarzutu potrącenia²⁶. Jak wskazał Arkadiusz Sadza, „należy dostrzec, iż z uwagi na wprowadzone

²⁴ N. Misiura, *Prawomocność orzeczenia a powództwo opozycyjne z art. 840 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania cywilnego*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2017, nr 1, s. 95–108.

²⁵ Dz.U. z 2019 r., poz. 1469.

²⁶ A. Adamczuk, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2: Art. 478–1217, wyd. czwarte, 2021, Lex; A. Ciepla, *Zarzut potrącenia. Powództwo wzajemne*, [w:] B. Karolczyk (red.), *Postępowanie cywilne po nowelizacji. Komentarz dla pełnomocników procesowych i sędziów*, 2020, Lex; R. Kułski, [w:] A. Marciniak (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 4: *Komentarz do art. 730–1095(1)*, 2020, Legalis.

w ustawie z 4 lipca 2019 r. ograniczenia w zakresie dopuszczalności podnoszenia zarzutu potrącenia, zmiana ta pozwoli przynajmniej – niezależnie od jej negatywnej oceny z teoretycznego punktu widzenia – w praktyce uniknąć sytuacji, w których pozwany, który zgłosił spóźniony zarzut potrącenia lub zgłosił go w niewłaściwej formie, byłby po zakończeniu procesu pozbawiony zarówno możliwości skutecznego dochodzenia własnej wierzytelności w sprawie o zapłatę, jak też możliwości skutecznego powstrzymania skierowanej przeciwko niemu egzekucji²⁷.

Bardziej przekonujący wydaje się jednak ten nurt piśmiennictwa, w którym przyjmuje się, że potrącenie jako zdarzenie może być podstawą powództwa opozycyjnego tylko wtedy, gdy zarzut potrącenia nie mógł być zgłoszony na etapie postępowania rozpoznawczego, bowiem dłużnikowi nie przysługiwał zarzut potrącenia. Postępowanie opozycyjne nie może służyć „korygowaniu” orzeczenia wydanego w procesie, w którym dłużnik nie przytoczył faktów we właściwym terminie, a tego ustawodawca chciał uniknąć, zmieniając art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. Sprzeczna z instytucją powagi rzeczy osądzonej oraz mocą wiążącą prekluzji spóźnionego materiału procesowego byłaby sytuacja oparcia powództwa przeciwegzekucyjnego, gdy pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu w toku postępowania rozpoznawczego i pozwany mógł taki zarzut podnieść zgodnie z art. 203¹ k.p.c.²⁸

W ocenie autorki nieniejszego artykułu wykładnia językowa jednoznacznie wskazuje, że zarzut potrącenia nie może stanowić powództwa opozycyjnego, jeżeli taki zarzut został podniesiony w procesie zgodnie z art. 203¹ k.p.c. Za takim rozwiązaniem przemawia również fakt, że podstawowym celem nowelizacji było usprawnienie procesu cywilnego. Niewątpliwie to rozwiązanie przyczyni się do ograniczenia przedłużenia postępowań sądowych wskutek podniesienia przez pozwanego zarzutu potrącenia opartych na wierzytelnościach spornych i trudnych do udowodnienia. W takich przypadkach postępowanie dowodowe ulegało poszerzeniu o okoliczności niezwiązanych wytoczonym powództwem, co staniało uprzywilejowanie pozycji pozwanego.

Jak wskazał A. Olaś, „należy przyjąć, że oparcie powództwa o pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności na zarzucie potrącenia będzie niedopuszczalne, jeżeli:

²⁷ A. Sadza, *Zarzut spełnienia świadczenia jako podstawa powództwa opozycyjnego (art. 840 § 1 pkt 2 in fine KPC) – konsekwencje dla wykładni przepisów o potrąceniu w procesie cywilnym*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2019, nr 8, Legalis.

²⁸ Z. Woźniak, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do ustawy z 4.7.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, 2019, Legalis; D. Chrapoński, *Zarzut potrącenia w procesie cywilnym*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 18, s. 972–973; O. Marcewicz, [w:] A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, 2019, Lex; O. Piaskowska, T. Patryk, [w:] O. Piaskowska (red.), *Komentarz do niektórych zmian Kodeksu postępowania cywilnego*, Lex; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 24 maja 2018 r., sygn. akt I AGa 123/18, Lex nr 2588809.

1) zarzut ten nie został uwzględniony przez sąd meriti po jego merytorycznym rozpoznaniu;

2) zarzut ten nie został przez pozwanego zgłoszony, pomimo dokonanego przezeń potrącenia przed doręczeniem pozwu pozwanemu bądź w toku procesu;

3) zarzut ten został pominięty jako niedopuszczalny wskutek uchybienia przez pozwanego wymaganiom co do czasu (art. 203¹ § 2) lub formy jego zgłoszenia (art. 203¹ § 3)²⁹.

Regulacja zawarta w art. 840 § 1 pkt 2 ma bowiem na celu wyeliminowanie z podstawy żądania pozbawienia wykonalności tytułu wykonawczego obejmującego orzeczenie sądowe takich okoliczności faktycznych, w tym dotyczących zdarzeń powodujących wygaśnięcie wierzytelności objętej tytułem wykonawczym, które zostały pominięte w postępowaniu rozpoznawczym jako spóźnione albo nie zostały w ogóle zgłoszone.

W doktrynie wskazuje się, że wątpliwości budzi dopuszczalność oparcia powództwa opozycyjnego na zarzucie potrącenia w sytuacji, gdy poza możliwością wytoczenia powództwa opozycyjnego w oparciu o zarzut potrącenia – w przypadku wydania w procesie wyroku, który nie uwzględniał potrącenia na podstawie art. 203¹ k.p.c. – wytoczenie takiego powództwa będzie oparte na innej podstawie niż art. 203¹ k.p.c.³⁰ Niewątpliwie w praktyce może pojawić się problem dopuszczalności wytoczenia powództwa o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego, gdy na podstawie art. 203¹ § 1 i 2 k.p.c. skuteczne zgłoszenie zarzutu potrącenia nie było wcześniej możliwe. Mając na względzie, że strona nie mogła podnieść zarzutu potrącenia z przyczyn obiektywnych i w tym zakresie nie można uznać, że nie dołożyła należytej staranności przy dbałości o swoje interesy podczas postępowania sądowego, należy opowiedzieć się za dopuszczalnością oparcia powództwa opozycyjnego na potrąceniu w takim przypadku.

Przechodząc do kolejnego istotnego wątku dotyczącego odpowiedzialności wierzyciela, w przypadku gdy tytuł wykonawczy obejmował świadczenie, które pomiędzy wydaniem tytułu a wszczęciem egzekucji wygasło, należy stwierdzić, że mimo spełnienia świadczenia na podstawie prawomocnego wyroku, mamy do czynienia ze świadczeniem nienależnym. Świadczenie jest przedmiotem stosunku zobowiązaniowego, a celem świadczenia jest zaspokojenie interesu wierzyciela. Celem postępowania egzekucyjnego jest doprowadzenie do zaspokojenia wierzyciela. Nie można jednak mieć wątpliwości, że wyrok nie może tworzyć świadczenia, jeżeli świadczenie już wygasło. O ile w dacie wy-

²⁹ A. Olaś, [w:] T. Zembrzuski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. 1 i 2, 2020, Lex.

³⁰ K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne*, seria: System Postępowania Cywilnego, t. 8, 2021, Legalis; tak też: M. Drabik, [w:] T. Szancilo, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2, 2019, Legalis.

dania wyrok potwierdzał istnienie świadczenia, to po dacie wydania świadczenie zostało spełnione w drodze potrącenia. Przepisy o nienależnym świadczeniu mają zastosowanie także wówczas, gdy osoba spełniająca świadczenie nie była do tego zobowiązana, mimo treści orzeczenia sądowego³¹.

Nie ulega wątpliwości, że dłużnik świadczył dwa razy: pierwszy raz na podstawie oświadczenia o potrąceniu i drugi raz w wyniku przeprowadzonego postępowania egzekucyjnego. W pierwszym przypadku miał wolę świadczenia doprowadzenia do wygaśnięcia zobowiązania, w drugim – zaspokojenie wierzyciela nastąpiło wbrew jego woli i z zobowiązania wygasłego. Jak można sądzić, wskazana sytuacja odpowiada kondykcji braku zobowiązania (*conditio indebiti*)³².

Podsumowanie

Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, że wszczęcie i prowadzenie postępowania egzekucyjnego przeciwko dłużnikowi, w przypadku gdy pomiędzy wydaniem tytułu egzekucyjnego a skierowaniem go do egzekucji doszło do potrącenia tej należności, należy uznać za bezprawne zachowanie wierzyciela. Rzecz jasna, tytuł wykonawczy ma zmierzać do zaspokojenia interesu wierzyciela, nie zaś ponownym jego zaspokojeniu. W przypadku złożenia oświadczenia o potrąceniu, uznać należy, że dłużnik spełnił świadczenie a zobowiązanie wygasło i nie istnieje materialna podstawa prawna świadczenia, mimo że formalną podstawą prawną jest prawomocny wyrok. Prowadzenie postępowania egzekucyjnego, mimo że pomiędzy wydaniem tytułu egzekucyjnego a skierowaniem go do egzekucji doszło do potrącenia tej należności, doprowadziłoby do powtórnego zaspokojenia wierzyciela. Takiemu działaniu można przypisać znamię sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, polegającej na uzyskiwaniu nienależnych korzyści kosztem drugiej strony, co jest równoznaczne z przesłanką bezprawności. Ponadto takie działanie wierzyciela uchyłoby również art. 797 k.p.c. Wierzyciel wszczynając postępowanie egzekucyjne co do wygasłego zobowiązania naraziłby również dłużnika na poniesienie kosztów postępowania egzekucyjnego, które stanowiłyby szkodę, opartą na art. 415 k.c. Dłużnikowi przysługuje przed wyegzekwowaniem należności wytoczenie powództwa o pozbawienie tytułu wykonawczego opartego na zarzucie potrącenia, ale zdaniem autorki tylko wtedy, gdy zarzut potrącenia nie mógł być zgłoszony na etapie postępowania rozpoznawczego, bowiem dłużnikowi nie przysługiwał zarzut potrącenia.

³¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 3 grudnia 2009 r., sygn. akt II PK 77/09, Legalis nr 303913.

³² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 25 września 2019 r., sygn. akt VII AGa 1547/18, Lex nr 2749054.

Wykaz literatury

- Adamczuk A., [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2: *Art. 478–1217*, wyd. czwarte, 2021, Lex.
- Chrapoński D., *Zarzut potrącenia w procesie cywilnym*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 18.
- Ciepla A., *Zarzut potrącenia. Powództwo wzajemne*, [w:] B. Karolczyk (red.), *Postępowanie cywilne po nowelizacji. Komentarz dla pełnomocników procesowych i sędziów*, 2020, Lex.
- Drabik M., [w:] T. Szanciło, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2, 2019, Legalis.
- Flaga-Gieruszyńska K., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne*, seria: System Postępowania Cywilnego, t. 8, 2021, Legalis.
- Grzegorzczak P., *Wykładnia art. 840 § 1 pkt 2 in fine KPC Zagadnienia prawne w praktyce SN*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 23.
- Gutowski M., *Potrącenie w postępowaniu nakazowym – relacja między prawem materialnym a procesowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 9.
- Janiak A., Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część ogólna*, Lex.
- Kulski R., [w:] A. Marciniak (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 4: *Komentarz do art. 730–1095(1)*, 2020, Legalis.
- Kurowski W., [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, Lex.
- Marcewicz O., [w:] A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, 2019, Lex.
- May J., *Wytoczenie powództwa opozycyjnego na podstawie zarzutu spełnienia świadczenia*, [w:] Z. Szczurek, G. Sikorski (red.), *Cechą sprawiedliwości jest nie krzywdzić ludzi. Księga pamiątkowa ku czci Zenona Knypla*, Currenda, Sopot 2017.
- Morek R., [w:] K. Osajda (red.), *Tom III A. Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIA: *Zobowiązania. Część ogólna*, Legalis/el.
- Olaś A., [w:] T. Zembrzowski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. 1 i 2, 2020, Lex.
- Olaś A., *Zarzut potrącenia w procesie cywilnym*, Legalis.
- Piaskowska O., Patryk T., [w:] O. Piaskowska (red.), *Komentarz do niektórych zmian Kodeksu postępowania cywilnego*, Lex.
- Pyziak-Szafnicka M., *Potrącenie w prawie cywilnym*, Zakamycze, Kraków 2002.
- Sadza A., *Zarzut spełnienia świadczenia jako podstawa powództwa opozycyjnego (art. 840 § 1 pkt 2 in fine KPC) – konsekwencje dla wykładni przepisów o potrąceniu w procesie cywilnym*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2019, nr 8, Legalis.
- Sikorski G., [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Lex.
- Szadkowski K., [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2: *Art. 353–626*, Legalis.
- Wengerek E., *Przeciwegzekucyjne powództwa dłużnika. Poradnik*, Wyd. Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 1998.
- Wiśniewski T., [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Woźniak Z., [w:] J. Gołaczynski, D. Szostek (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do ustawy z 4.7.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, 2019, Legalis.

Zawada K., [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2: Art. 450–1088 KC, Legalis.

Summary

Legal and procedural effects of the deduction of claims in enforcement proceedings

Keywords: civil proceedings, set-off, enforcement proceedings, final judgment, the plea of performance.

Court practice abounds in numerous disputes arising from the substantive law and procedural provisions regarding the set-off of claims. The purpose of this article is to analyze the provisions of law and court decisions in terms of procedural effects and the effectiveness of the initiation of enforcement proceedings of a previously deducted claim. The main topic of the article is the relation between the validity of the judgment and the opposition claim based on the set-off charges. Despite subsequent amendments to Art. 840 § 1 point 2 of the Code of Civil Procedure, both in the doctrine and jurisprudence, two views have emerged. According to the first position, the opposition claim may be based on a set-off, even though the plaintiff could have filed a claim for set-off in the examination proceedings in which the writ of execution was issued, but did not do so. On the other hand, according to the second view, a set-off as an event may be the basis for an opposition claim only if the claim for set-off could not be reported at the stage of examination proceedings. It should be noted that the doubts that arise are also valid in the light of the amendment to Art. 840 § 1 of the Code of Civil Procedure under the Act of 4.7.2019 amending the Act – Code of Civil Procedure and certain other acts. The final part of the article also includes considerations on the grounds of the creditor's liability in the event of compulsory enforcement of receivables, when the enforceable title, which included this benefit, expired between the issuance of the title and the commencement of enforcement proceedings.

Jarosław Szczechowicz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-4546-3178

jaroslaw.szczechowicz@gmail.com

Pominięcie przez sąd drugiej instancji nowych faktów i dowodów przytoczonych przez interwenienta ubocznego, wstępującego do sprawy w trakcie postępowania apelacyjnego

Uwagi wprowadzające

Praktyka sądowa obfituje w spory pojawiające się na tle regulacji art. 381 k.p.c.¹, zgodnie z którym sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Przepis ten pozwala sądowi drugiej instancji pominąć niepowołane przed sądem pierwszej instancji twierdzenia faktyczne lub środki dowodowe (nowe fakty lub nowe dowody, tzw. *nova producta*), choćby zostały one powołane już w apelacji, jeżeli strona mogła je powołać przed sądem pierwszej instancji. W tym kontekście pojawia się ciekawe zagadnienie związane z interwenientem ubocznym, wstępującym do sprawy dopiero na etapie postępowania apelacyjnego i przytoczeniem przez interwenienta ubocznego nowych faktów i dowodów po wydaniu wyroku przez sąd pierwszej instancji, jeżeli strona mogła je powołać w jeszcze postępowaniu przed sądem pierwszej instancji.

Przed omówieniem tego zagadnienia należy poczynić pewne uwagi wstępne i przypomnieć, że – jak słusznie zauważono w judykaturze – celem regulacji zawartej w art. 381 k.p.c. jest dyscyplinowanie stron przez skłanianie ich do przedstawiania całego znanego im materiału faktycznego i dowodowego już w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji². Z drugiej strony nie można

¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1575 ze zm.), dalej jako k.p.c.

² Por. uchwałę SN z 31 stycznia 2008 r. (zasada prawna), sygn. akt III CZP 49/07, OSNC 2008, Nr 6, poz. 55.

pominać, że postępowanie apelacyjne stanowi dalszy ciąg postępowania merytorycznego rozpoczętego przed sądem pierwszej instancji³. W literaturze i w orzecznictwie nie ma wątpliwości, że Kodeks postępowania cywilnego przyjął system apelacji pełnej. Jednym z istotnych elementów tego systemu z zagwarantowaną możliwością prezentowania nowości jest przepis art. 381 k.p.c. W orzecznictwie wyjaśniono, że z konstrukcji tego przepisu, a także z istoty modelu apelacji pełnej *cum beneficio bonorum* wynika, że dopuszczalność nowych faktów i dowodów jest zasadą, a wyjątkiem ich pominięcie. Przewidziane w omawianym przepisie wyjątki zostały ustanowione w celu dyscyplinowania stron przez skłonienie ich do przedstawiania całego materiału faktycznego i dowodowego już w postępowaniu w pierwszej instancji. Ustawodawca dał w ten sposób także wyraz trosce o sprawność postępowania sądowego. Przyjmuje się, że obostrzenia zawarte w art. 381 k.p.c. są wyrazem dążenia do koncentracji materiału procesowego, a nie ograniczenia rozpoznawczych i kontrolnych funkcji apelacji⁴.

W niniejszym opracowaniu uwaga skoncentrowana zostanie na zagadnieniu, czy okoliczność, że interwenient uboczny przystąpił do strony dopiero na etapie postępowania apelacyjnego, a tym samym nie mógł wcześniej powołać faktu lub dowodu, wyklucza pominięcia tego faktu lub dowodu na podstawie art. 381 k.p.c., jeżeli materiał ten byłby spóźniony i podlegałby pominięciu w razie powołania go samodzielnie przez stronę.

Pozycja procesowa interwenienta ubocznego

Powszechnie w judykaturze⁵ i doktrynie przyjmuje się, że założeniem instytucji interwencji ubocznej zgodnie z brzmieniem art. 75–83 k.p.c. jest umożliwienie osobie trzeciej czynnego udziału w procesie toczącym się między dwiema stronami w celu ochrony jej interesu, jaki ma w rozstrzygnięciu sprawy cywilnej. Interwenient uboczny staje się więc „pomocnikiem” strony, do której przystąpił i w stosunku do której – zgodnie z jego interesem – powinno zapaść korzystne rozstrzygnięcie. Zatem interwenient uboczny na podstawie własnego interesu wykonuje prawo do uczestnictwa w procesie w celu doprowadzenia do zwycięstwa strony. Nie budzi zatem wątpliwości, że interwenient uboczny nie jest stroną procesu, lecz pomocnikiem strony, do której przystąpił, co jed-

³ T. Radkiewicz, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Postępowanie w sprawach gospodarczych. Komentarz do wybranych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego*, Warszawa 2020, s. 160.

⁴ Por. przykładowo uchwałę SN z 19 kwietnia 2007 r., sygn. akt III CZP 162/06 OSNC 2008, Nr 5, poz. 47; wyrok SN z 11 stycznia 2013 r., sygn. akt I CSK 275/12, Legalis nr 615856.

⁵ Przykładowo por. uchwałę SN z 28 kwietnia 1982 r., sygn. akt III CZP 12/82, OSNCP 1982, Nr 11–12, poz. 165 oraz wyrok SN z 24 lipca 1981 r., sygn. akt IV CR 252/81, OSNCP 1982, Nr 2–3, poz. 34.

nocześnie przyczynia się do wykrycia prawdy materialnej⁶. Działanie interwenienta ubocznego w procesie może przynosić korzyści nie tylko jemu samemu, lecz także stronie, do której przystąpił. Interes prawny w wypadku interwencji ubocznej oznacza istniejącą potrzebę rozstrzygnięcia sprawy na korzyść jednej ze stron, które to rozstrzygnięcie wpływa jednocześnie na ochronę sfery prawnej samego interwenienta ubocznego. Z tych względów, zgodnie z art. 79 zdanie pierwsze k.p.c., interwenient uboczny jest uprawniony do wszelkich czynności procesowych dopuszczalnych według stanu sprawy. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że interwenient uboczny może co do zasady korzystać z tych samych uprawnień procesowych, które przysługują stronie. W judykaturze zwracano uwagę, że uprawnienie interwenienta do dokonywania czynności procesowych jest jego własnym prawem, realizowanym we własnym imieniu, bez konieczności uzyskania zgody strony, do której przystąpił, byleby nie pozostawały w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. W przypadku czynności procesowych zaliczanych do czynności dyspozytywnych uprawnienia procesowe interwenienta ubocznego uzależnione są od charakteru interwencji ubocznej. Interwenient samoistny, będąc podmiotem stosunku prawnego, z którego wynika dochodzone roszczenie, korzysta z uprawnień, które ma współuczestnik jednolity (art. 81 w związku z art. 73 § 2 k.p.c.). Należy dodać, że zdanie pierwsze przepisu art. 79 k.p.c. dotyczy obu postaci interwencji ubocznej, tj. samoistnej i niesamoistnej. Natomiast zdanie drugie przepisu odnosi się wyłącznie do interwencji ubocznej niesamoistnej, bowiem interwenient samoistny, do którego stosuje się przepisy o współuczestnictwie jednolitym (art. 81 k.p.c.) może działać samodzielnie w procesie w imieniu własnym (art. 73 § 1 k.p.c.)⁷. Interwenient uboczny może zatem przytaczać twierdzenia faktyczne, składać wnioski, w tym o przeprowadzenie dowodów, a także występować ze środkami zaskarżenia. Korzystanie z tych uprawnień jest jednak obwarowane zastrzeżeniem, że musi być ono dopuszczalne według stanu sprawy. W związku z tym, że sytuacja procesowa interwenienta ubocznego jest determinowana stanem sprawy w chwili zgłoszenia interwencji, wstąpienie interwenienta ubocznego nie niweczy dotychczasowego postępowania i dokonanych w nim czynności procesowych. Tak więc interwenient nie może żądać powtórzenia tych czynności, chociażby uważał je za przeprowadzone wadliwie, lecz jest zobligowany przyjąć postępowanie w takim kształcie, w jakim znajduje się ono w chwili przystąpienia do strony. Oznacza to, że interwenient uboczny może korzystać tylko z takich uprawnień, które pozostają w dyspozycji strony w chwili dokonywania czynności przez interwenienta. Jeśli więc strona utraciła prawo do dokonania określonej czynności na skutek

⁶ J. Studzińska, *Interwencja uboczna w procesie cywilnym*, Warszawa 2019, s. 253.

⁷ A. Zieliński, [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 171.

upływu terminu przewidzianego do jej dokonania lub z powodu zakończenia określonego etapu postępowania, prawo takie utracił także interwenient uboczny.

Stan sprawy

Wobec poczynionych uprzednio uwag, nie powinno budzić wątpliwości, że uprawnienie interwenienta ubocznego podejmowania czynności procesowych nie jest nieograniczone, skoro może dokonywać tylko takich czynności procesowych, które są dopuszczalne według stanu sprawy (art. 79 k.p.c.). Stan sprawy w znaczeniu przyjętym w przepisie art. 79 k.p.c. należy rozumieć szeroko, a wykładnia tego pojęcia powinna być prowadzona z uwzględnieniem faktu, że interwenient uboczny, do którego nie ma zastosowania art. 81 k.p.c., nie dochodzi ochrony własnych praw podmiotowych, lecz jest osobą trzecią, której rola sprowadza się do wspierania strony w dążeniu do uzyskania korzystnego dla niej wyroku. Trzeba bowiem pamiętać, na co również zwracał uwagę Sąd Najwyższy, że ocena czy dokonanie czynności procesowej jest dopuszczalne w konkretnym stanie sprawy i nie może abstrahować od sytuacji procesowej strony, do której interwenient przystąpił. Nie chodzi jedynie o to, aby czynność procesowa była obiektywnie dopuszczalna na konkretnym etapie postępowania, lecz także o to, by była ona dopuszczalna dla strony, do której interwenient przystąpił, z uwzględnieniem dotychczasowego przebiegu postępowania⁸. Wobec tego, jeszcze na tle uchylonych obecnie przepisów o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych (art. 479¹ i nast. k.p.c.), Sąd Najwyższy zasadnie przyjął, że interwenient uboczny, który przystąpił do strony, nie może powoływać faktów i dowodów objętych prekluzją na podstawie art. 479¹² § 1 k.p.c.⁹ Z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego wynika, że w świetle art. 79 zdanie pierwsze k.p.c. interwenient uboczny może korzystać tylko z takich uprawnień, które pozostają w dyspozycji strony w chwili dokonywania czynności przez interwenienta. Jeśli więc strona utraciła prawo do dokonania czynności na skutek upływu terminu lub z powodu zakończenia etapu postępowania, prawo takie traci także interwenient uboczny. Uogólniając tę myśl, należy stwierdzić, że przywołane stanowisko Sądu Najwyższego trafnie oddaje pozycję procesową interwenienta ubocznego – również w aktualnym stanie prawnym, do którego nie ma zastosowania art. 81 k.p.c. i należy je odnieść do wszystkich sytuacji, w których Kodeks postępowania cywilnego ustanawia dla stron ograniczenia czasowe w powoływaniu faktów i dowodów. Ograniczenie takie wyraża *de lege lata* m.in. art. 381 k.p.c., który zezwala sądowi drugiej instancji na pominięcie materiału procesowego stanowiącego *novum*, jeżeli strona mogła ów ma-

⁸ Por. wyrok SN z 23 października 2020 r., sygn. akt I CSK 684/18, OSNC 2021, Nr 5, poz. 37.

⁹ Por. wyrok SN z 3 lutego 2010 r., sygn. akt II CSK 455/09, OSNC 2010, Nr 6, poz. 95.

teriał powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się nań wynika później¹⁰.

Z tych względów autor niniejszego artykułu podziela nurt judykatury, zgodnie z którym sąd drugiej instancji może w konsekwencji pominąć twierdzenie faktyczne lub dowód zgłaszany przez interwenienta ubocznego w postępowaniu apelacyjnym, jeżeli zachodzi do tego podstawa w świetle art. 381 k.p.c. Należy pamiętać, że punktem odniesienia do oceny tego, czy materiał mógł być powołany przed sądem pierwszej instancji i czy potrzeba powołania się powstała później, powinna być sytuacja procesowa strony, do której przystąpił interwenient uboczny, nie zaś interwenienta, przy czym sytuacja ta powinna być oceniana z uwzględnieniem założenia, że na stronie spoczywa co do zasady ciężar przedstawienia całego dostępnego jej materiału procesowego (dostępnych faktów i środków dowodowych) w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji¹¹. Okoliczność, że interwenient uboczny przystąpił do strony dopiero na etapie postępowania apelacyjnego, a tym samym nie mógł wcześniej powołać faktu lub dowodu, nie wyklucza zatem pominięcia tego faktu lub dowodu na podstawie art. 381 k.p.c., jeżeli materiał ten byłby spóźniony i podlegałby pominięciu w razie powołania go samodzielnie przez stronę¹². Wydaje się, że za trafne należy uznać stanowisko, zgodnie z którym ochronę uprawnień interwenienta ubocznego zapewnia w tej sytuacji art. 82 k.p.c., stanowiąc, że interwenient uboczny nie może w stosunku do strony, do której przystąpił, podnieść zarzutu, iż sprawa została rozstrzygnięta błędnie albo że strona ta prowadziła proces wadliwie, chyba że stan sprawy w chwili przystąpienia interwenienta uniemożliwił mu korzystanie ze środków obrony albo że strona umyślnie lub przez niedbalstwo nie skorzystała ze środków, które nie były interwenientowi znane¹³. I odwrotnie – fakt lub dowód powoływany

¹⁰ Bliżej co do znaczenia tego ograniczenia por. wyrok SN z 9 sierpnia 2019 r., sygn. akt II CSK 551/18, *Legalis* nr 2488089.

¹¹ Por. wyrok SN z 14 grudnia 2018 r., sygn. akt I CSK 689/17, *Legalis* nr 1875435.

¹² Por. podobnie w kontekście uchylonych art. 207 § 6 i art. 217 § 2 k.p.c. wyrok SN z 14 lutego 2019 r., sygn. akt IV CSK 100/18, OSNC – Zb. dodatkowy 2020 nr B, poz. 26, str. 31 i postanowienie Sądu Najwyższego z 6 marca 2019 r., sygn. akt I CSK 456/18, *Legalis* nr 1882638.

¹³ Por. wyrok SN z 20 września 2018 r., sygn. akt IV CSK 557/17, OSNC 2019, Nr 7–8, poz. 82. Chodzi tu o tzw. skutek przypozwania wyroku (art. 82 w związku z art. 85 k.p.c.), który swoją treścią odpowiada tzw. skutkowi interwencyjnemu wyroku (art. 82 k.p.c.). Istota przedmiotowych skutków polega na tym, że wyrok wydany w procesie, w którym osoba trzecia wystąpiła z interwencją uboczną lub do którego została przypozwana (proces pierwotny), ma moc wiążącą w późniejszym procesie (procesie wtórnym) między interwenientem ubocznym lub przypozwanym a stroną, do której interwenient uboczny przystąpił w procesie pierwotnym (interwentem), lub stroną, która dokonała przypozwania (przypozywającym). To związanie obejmuje nie tylko samo rozstrzygnięcie zawarte w wyroku wydanym w procesie pierwotnym, ale rozciąga się też na ustalenia faktyczne, będące podstawą tego rozstrzygnięcia, oraz ocenę prawną tych ustaleń i ocenę prawną kwestii prejudycjalnych. Działa ono niezależnie od tego, czy ustalenia faktyczne lub oceny prawne są – obiektywnie – prawidłowe. Odstępstwa od związania zachodzą w sytuacji, w której zajdzie któraś z okoliczności uzasadniających uchylenie w procesie wtórnym przedmiotowego skutku (art. 82 k.p.c.).

po raz pierwszy w postępowaniu apelacyjnym przez interwenienta ubocznego, który przystąpił do strony dopiero na tym etapie, nie może podlegać pominięciu na podstawie art. 381 k.p.c., jeżeli przepis ten nie mógłby stanowić podstawy jego pominięcia, gdyby powołała go sama strona.

Z przedstawionego poglądu stanowisk wyrażanych w orzecznictwie Sądu Najwyższego, aprobowanych w doktrynie, wynika jednoznacznie, że interwenient uboczny może podejmować tylko te czynności, które w stadium, w którym przystępuje do sprawy, są dopuszczalne dla strony, do której przystąpił. Dotyczy to w szczególności faktów i dowodów, które powinny zostać pominięte, gdyby taki sam rygor należało zastosować do ich zgłoszenia przez stronę zarówno przed sądem pierwszej instancji, jak i w postępowaniu apelacyjnym. Sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody przytoczone przez interwenienta ubocznego, który przystąpił do strony po wydaniu wyroku przez sąd pierwszej instancji, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później (art. 381 w związku z art. 79 zdanie pierwsze k.p.c.)¹⁴.

Pominięcie przez sąd drugiej instancji wniosków dowodowych strony i interwenienta ubocznego

Poczynione uprzednio uwagi skłaniają również do refleksji nad tym, czy przepis art. 381 k.p.c. daje podstawy do przyjęcia stanowiska, że sąd drugiej instancji jest zobligowany do pominięcia wniosków dowodowych interwenienta ubocznego, przy założeniu, że strona mogła i powinna powołać te wnioski w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji? Może wobec tego powstać wątpliwość, czy kwestię późniejszej potrzeby powołania faktu lub dowodu należy oceniać z uwzględnieniem wynikającego z art. 6 § 2 k.p.c. ciężaru wspierania procesu¹⁵. Wydaje się, że z jednej strony, w świetle tej regulacji, przyjąć trzeba, że na stronie spoczywa co do zasady ciężar przedstawienia całego znanego materiału procesowego (dostępnych faktów i środków dowodowych) w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji oraz że zawinione niepowołanie przez stronę faktu lub dowodu w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji powinno co do zasady skutkować pominięciem tego materiału w razie powołania go dopiero na etapie postępowania apelacyjnego. Z drugiej strony w orzecznictwie Sądu Najwyższego za ukształtowany należy uznać pogląd,

¹⁴ Por. wyrok SN z 3 lutego 2010 r., sygn. akt II CSK 455/09, OSNC 2011, Nr 6, poz. 95.

¹⁵ W art. 6 § 2 k.p.c. ustawa reguluje powinność przyczyniania się stron do szybkiego i sprawnego postępowania, określaną w doktrynie jako ciężar wspierania procesu. W myśl tego przepisu strony i uczestnicy postępowania mają obowiązek przytaczania wszystkich okoliczności faktycznych i dowodów bez zbędnej zwłoki w celu sprawnego i szybkiego przeprowadzenia postępowania.

że jednak art. 381 k.p.c. nie wyraża tego nakazu w sposób kategoryczny, przyznając sądowi drugiej instancji ograniczone uznanie w tym zakresie¹⁶. Autor podziela ten – jak się wydaje – pragmatyczny nurt judykatury. Wynikające z art. 381 k.p.c. ryzyko pominięcia spóźnionego materiału procesowego, podobnie jak w przypadku innych przepisów realizujących ten sam cel, ma motywować strony do tego, by wywiązywały się ze spoczywającego na nich ciężaru wspierania postępowania (art. 6 § 2 k.p.c.).

Jak już sygnalizowano, w judykaturze¹⁷ wskazywano, że mechanizm koncentracji materiału procesowego, w tym możliwość pominięcia spóźnionego materiału, służy zatem sprawności postępowania sądowego i przeciwdziała jego przewlekłości. Z drugiej strony ogranicza on jednak prawo do wysłuchania, stanowiące składnik prawa do sądu uregulowanego art. 45 ust. 1 Konstytucji RP¹⁸. W rezultacie nie ulega wątpliwości, że naruszenie art. 381 k.p.c. przez nieprawidłowe pominięcie faktu lub dowodu zgłaszanego po raz pierwszy w postępowaniu apelacyjnym jest uchybieniem procesowym, mogącym stanowić skuteczny zarzut w postępowaniu kasacyjnym (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.). Wobec tego rodzi się pytanie, czy z uchybieniem procesowym będziemy mieli także do czynienia w sytuacji odmienniej, jeżeli sąd drugiej instancji dopuścił i przeprowadził dowód, który na podstawie art. 381 k.p.c. powinien podlegać pominięciu, jako spóźniony? Może wobec tego powstać wątpliwość, czy w wypadku dopuszczenia przez sąd powołanych przez stronę twierdzeń lub dowodów możliwe jest podniesienie w apelacji lub w skardze kasacyjnej skutecznego zarzutu naruszenia art. art. 205¹², art. 344 § 2 lub art. 381 k.p.c. z tego powodu, że twierdzenie lub dowody były spóźnione i nie była spełniona żadna z określonych w tych przepisach przesłanek pozwalających na uwzględnienie spóźnionych twierdzeń lub dowodów. Przechodząc do odpowiedzi na tak postawione pytanie, należy wskazać, iż pod rządami wcześniejszych przepisów statuujących tzw. prekluzję dowodową (art. 207 § 3, art. 479¹² § 1, art. 479¹⁴ § 2, art. 479¹⁸ § 3, art. 495 § 3 oraz art. 505⁵ § 1 k.p.c.) w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego pojawiła się tendencja do przyjmowania, że skutecznie można podnosić zarzuty naruszenia tych przepisów nie tylko wtedy, gdy sąd bezpodstawnie pomiął twierdzenia lub dowody, uznając je za sprekludowane, ale też wtedy, gdy bezpodstawnie tych twierdzeń lub dowodów nie pomiął, choć podlegały one prekluzji¹⁹.

W wyroku Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2019 r.²⁰ odnotowano stanowisko odmienne i przyjęto między innymi, że w apelacji lub w skardze kasacyj-

¹⁶ Por. np. postanowienie SN z 16 listopada 2017 r., sygn. akt V CSK 65/17, Legalis nr 1733720.

¹⁷ Por. wyrok SN z 8 lutego 2018 r., sygn. akt II CSK 462/17, OSNC-ZD 2018, Nr C, poz. 48.

¹⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹⁹ Por. przykładowo wyroki SN: z 6 kwietnia 2006 r., sygn. akt IV CSK 182/05 MoP 2006, Nr 9, s. 457, z 9 maja 2007 r., sygn. akt II CSK 77/07 MoP 2007, Nr 11, s. 587 oraz z 4 marca 2008 r., sygn. akt IV CSK 481/07, Legalis nr 491937.

²⁰ II CSK 353/18, OSNC 2020, Nr 6, poz. 51.

nej nie można skutecznie podnosić zarzutów naruszenia przepisów koncentracyjnych, polegającego na dopuszczeniu przez sąd powołanych przez stronę spóźnionych twierdzeń lub dowodów, mimo niespełnienia w okolicznościach sprawy przesłanek, które – w świetle tych przepisów – uzasadniają uwzględnienie takich twierdzeń lub dowodów. Z uzasadnienia omawianego wyroku Sądu Najwyższego wynika ogólny wniosek, że przepisy koncentracyjne, wyznaczając ramy czasowe powoływania twierdzeń i dowodów, wyłączają poza tymi ramami prawo do wysłuchania, którego elementem jest prawo do powoływania twierdzeń i dowodów przez stronę w celu wsparcia swojego stanowiska. Takie ukształtowanie prawa do wysłuchania, które jest z kolei jednym z elementów prawa do sądu, uzasadnione jest tym, że należy dążyć nie tylko do tego, aby orzeczenia sądowe były prawidłowe, lecz także do tego, aby zapadały w możliwe najkrótszym czasie (art. 45 ust. 1 Konstytucji i art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.²¹). Jak wskazał Sąd Najwyższy, celem przepisów koncentracyjnych jest skłonienie stron do przedstawienia na możliwe wczesnym etapie postępowania koniecznych twierdzeń i dowodów po to, aby doprowadzić do możliwie najszybszego załatwienia sprawy, oraz aby stworzyć sądowi – przez zapewnienie mu dostępu do kompletnego materiału procesowego – możliwość wydania prawidłowego rozstrzygnięcia. Ryzyko pominięcia przez sąd spóźnionych twierdzeń lub dowodów ma skłaniać strony do należytego wypełnienia ciężaru wspierania postępowania (art. 6 § 2 k.p.c.) i w ten sposób przyczyniać się do realizacji wskazanych celów. W rezultacie uznano, że ewentualne sankcjonowanie naruszenia przepisów koncentracyjnych, które polega na tym, że sąd uwzględnił powołane przez stronę spóźnione twierdzenia lub dowody, mimo niespełnienia żadnej z przesłanek uzasadniających uwzględnienie takich twierdzeń lub dowodów, nie koliduje z realizacją drugiego celu przepisów koncentracyjnych w postaci umożliwienia sądowi, na podstawie kompletnego materiału procesowego, wydania prawidłowego rozstrzygnięcia. Skoro sąd dopuścił spóźnione twierdzenia lub dowody z naruszeniem przepisów koncentracyjnych, to sankcjonowanie tego naruszenia przez eliminację z materiału procesowego tych twierdzeń lub dowodów uwzględnionych w jego wyniku mogłoby sprawić, że wydane zostałoby orzeczenie jawnie nieprawidłowe z powodu nieprawdziwości względnie co najmniej niekompletności jego podstawy faktycznej²². Wydaje się, że przyjęcie odmiennego stanowisko

²¹ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.

²² Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, odrębną kwestią może być obawa, że sądy będą w praktyce dopuszczać spóźnione twierdzenia i dowody bez przestrzegania przepisów koncentracyjnych, skoro naruszenie takie nie może być skutecznie zarzucone w drodze zaskarżenia ich orzeczeń. Obawa taka byłaby wyrazem braku zaufania do sądów jako organów państwa. W świetle obowiązującej sądy zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji) należy ją odrzucić. Ponadto trzeba brać pod uwagę to, że naruszenie przez sąd przepisów koncentracyjnych, polegające na tym, że sąd niezasadnie nie pominie spóźnionych twierdzeń lub dowodów, stanowi z jego strony naruszenie

kolidowałyby z postulatem dążenia do rozstrzygnięcia sprawy na podstawie całokształtu dostępnego stronom i sądowi materiału procesowego, czemu sprzyja dopuszczenie nawet spóźnionego dowodu.

Stanowisko Sądu Najwyższego zajęte w powołanym wyroku z 9 sierpnia 2019 r. znalazło swój oddźwięk i aprobatę w innym orzeczeniu Sądu Najwyższego – nawiązano do niego wyraźnie w wyroku z 23 października 2020 r.²³, dzieląc je w całości. Jednocześnie Sąd Najwyższy uzupełniając wskazał, że jednym z niewysłowionych założeń sankcji pominięcia spóźnionego materiału unormowanej w art. 381 k.p.c. jest to, że spóźnione powołanie nowości w postępowaniu apelacyjnym prowadzi do zwłoki w postępowaniu. W ocenie Sądu Najwyższego przepis ten pozwala sądowi pominąć spóźnioną nowość po to, by do zwłoki tej nie doszło. Jeżeli natomiast sąd drugiej instancji błędnie dopuścił spóźniony materiał procesowy, to ewentualna zwłoka miała już miejsce, co sprawia, że następczo upada podstawa sankcjonowania omawianego uchybienia. Dążenie do jego korekty w postępowaniu kasacyjnym czy w postępowaniu przed sądem drugiej instancji przez wyeliminowanie z materiału procesowego wyników przeprowadzonego już dowodu skutkowałoby w konsekwencji jedynie ograniczeniem dostępnego sądom *meriti* materiału procesowego ze szkodą dla dążenia do wydania prawidłowego wyroku, nie służąc zarazem ochronie innych istotnych wartości.

Podsumowanie

Uwagi zawarte w opracowaniu nie wyczerpują rzecz jasna całości zagadnień związanych z problematyką dotyczącą pominięcia przez sąd drugiej instancji nowych faktów i dowodów przytoczonych przez interwenienta ubocznego, który przystąpił do strony po wydaniu wyroku przez sąd pierwszej instancji, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. Nie było to zresztą jego celem. Chodziło bowiem bardziej o spojrzenie na omawiane kwestie w świetle aktualnego stanu orzecznictwa Sądu Najwyższego. Niezależnie, jakie poważne wątpliwości wywołuje ocena sytuacji, w której dochodzi do naruszenia art. 381 k.p.c. przez dopuszczenie i przeprowadzenie dowód, który powinien podlegać pominięciu, jako spóźniony, to w aktualnej linii orzecznictwa Sądu Najwyższego pojawiła, jak się zdaje, ugrun-

spoczywającego na nim obowiązku wspierania postępowania (art. 6 § 1 k.p.c.), co może uzasadniać, jeśli spowoduje przewlekłość postępowania, skargę przewidzianą w ustawie z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 75 ze zm.), i może prowadzić również do odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa (art. 417 i nast. k.c. w związku z art. 16 powołanej ustawy).

²³ Przypis 8.

towania tendencja do uznania, że nie można skutecznie zarzucić naruszenia art. 381 k.p.c., jeżeli naruszenie to polegało na nieprawidłowym dopuszczeniu przez sąd spóźnionych twierdzeń lub dowodów. Dokonując przeglądu poglądu judykatury oraz spoglądając na dokonywane w nim zmiany, można pokusić się o refleksję, że naruszenie art. 381 k.p.c. przez nieprawidłowe pominięcie faktu lub dowodu zgłaszanego po raz pierwszy w postępowaniu apelacyjnym, jest uchybieniem procesowym, mogącym stanowić skuteczny zarzut w postępowaniu kasacyjnym. Sytuacja przedstawia się zupełnie odmiennie, jeżeli sąd pierwszej czy drugiej instancji dopuścił i przeprowadził dowód, który powinien podlegać pominięciu, jako spóźniony. W takiej sytuacji brak jest podstaw do wyeliminowania w trakcie postępowania przed sądem drugiej instancji czy Sądem Najwyższym z materiału procesowego wyników przeprowadzonego spóźnionego dowodu z uwagi na dążenie do wydania prawidłowego wyroku w celu realizacji drugiego celu przepisów koncentracyjnych w postaci umożliwienia sądowi, na podstawie kompletnego materiału procesowego.

Na zakończenie nie sposób nie zauważyć, że sytuacja procesowa interwenienta ubocznego jest determinowana stanem sprawy w chwili zgłoszenia interwencji. Wstąpienie interwenienta ubocznego nie niweczy w szczególności dotychczasowego postępowania i dokonanych w nim czynności; interwenient nie może również żądać powtórzenia tych czynności, chociażby uważał je za przeprowadzone wadliwie, lecz jest zobligowany przyjąć postępowanie w takim kształcie, w jakim znajduje się ono w chwili przystąpienia do strony. Wobec takiego stanu rzeczy sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody przytoczone przez interwenienta ubocznego, który przystąpił do strony po wydaniu wyroku przez sąd pierwszej instancji, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później (art. 381 w związku z art. 79 zdanie pierwsze k.p.c.).

Wykaz literatury

- Radkiewicz T., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Postępowanie w sprawach gospodarczych. Komentarz do wybranych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Studzińska J., *Interwencja uboczna w procesie cywilnym*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Zieliński A., [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa C.H. Beck, 2012.

Summary

The omission by the court of the second instance of new facts and evidence brought by an incidental intervenor joining the case during the appeal proceedings

Keywords: incidental intervenor, evidence exclusion, appeal, cassation appeal.

The procedural situation of an incidental intervenor is determined by the state of the case at the time of notification of the intervention. In particular, the intervenor's accession does not nullify the proceedings conducted so far and the activities performed therein, the intervenor may also not require the repetition of these activities, even if he considers them to be defective, but is obliged to accept the proceedings in the form in which they are at the time of accession. to the page. The status of the case as it is defined in Art. 79, the first sentence of the Code of Civil Procedure must be understood broadly, and the interpretation of this concept should be carried out taking into account the fact that an incidental intervenor to which Art. 81 of the Code of Civil Procedure, does not seek the protection of its subjective rights, but is a third party whose role is limited to supporting the party in seeking to obtain a judgment favourable to it. The assessment of whether a procedural act is admissible in the specific state of the case cannot, therefore, disregard the procedural situation of the party to which the intervenor joined. The point is therefore not only that the procedural step is objectively admissible at a particular stage of the proceedings, but also that it is admissible for the party whom the intervenor joined, taking into account the course of the proceedings to date. Thus, an incidental intervenor may only use such powers that remain at the disposal of the party at the time the intervenor acts. Therefore, if a side has lost the right to act as a result of the expiry of the time limit or due to the end of the stage of the proceedings, such right is also lost by an incidental intervenor. The fact that the incidental intervenor joined the side only at the stage of the appeal proceedings, and thus could not have previously invoked a fact or evidence, does not, therefore, exclude the omission of this fact or evidence pursuant to Art. 381 of the Code of Civil Procedure, if this material would be late and would have to be omitted if it was appointed by the party itself.

Elena Valentinovna Topilskaya

The North-Western branch of Russian State University of Justice
in Saint-Petersburg, Russia

ORCID: 0000-0002-2954-5851

etopilskaya@yandex.ru

Stanislav Alimovich Ialyshev

The North-Western branch of Russian State University of Justice
in Saint-Petersburg, Russia

ORCID: 0000-0002-4520-6243

1955yalishev@gmail.com

Криминологическо-криминалистическая характеристика организованной преступности в спорте*

Проникновение опаснейшего антисоциального явления – организованной преступности – во все сферы общественной жизни уже давно стало серьезной проблемой человечества; меры по противодействию организованной преступности принимаются как на национальном, так и на международном уровне, при этом основные усилия сосредоточены на борьбе с наркотрафиком, незаконной торговлей оружием, с мошенничествами, совершаемыми организованными группами¹ и, в последнее время, – с киберпреступлениями. Безусловно, это важные направления противодействия; но в то же время необходимо отметить все возрастающий криминальный интерес организованной преступности к сфере спорта, который не везде еще оценивается правоохранительными органами, органами государственной власти и спортивным сообществом адекватно его опасности, что обуславливает недостаточно эффективный социальный контроль над этой сферой.

* Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00414 А *Уголовно-правовые и криминологические проблемы противодействия преступности в сфере спорта*.

¹ См. Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности (15 ноября 2000 г., г. Палермо) и протоколы к ней.

К примеру, Европол и Интерпол сообщают о сотнях договорных матчей, выявленных по всему миру, и имеют основания утверждать, что за ними стоит организованная преступность²; руководство всемирных спортивных организаций отмечает, что преступные группировки, выступая главной угрозой для спорта, контролируют не менее 25% всего мирового спорта, путем распространения и пропаганды запрещенных препаратов, криминального вмешательства в спортивные состязания, подкупа спортсменов и спортивных чиновников³, спортивные эксперты утверждают, что на подкупе игроков организованный криминал наживает миллионы, при этом речь идет о покупке матчей или даже целых турниров⁴. На российском национальном уровне руководство учреждений, ответственных за профессиональный спорт в России, а также представители общественных организаций, защищающих права спортсменов и правила «fair play», вынуждены были признать факты взяточничества, подкупа судей и игроков, фальсификации результатов спортивных состязаний⁵.

Чрезвычайная привлекательность спорта как области человеческой деятельности для организованной преступности объясняется, во-первых, массовым охватом населения, его зрелищностью, и, во-вторых, мощной финансовой поддержкой этой деятельности (как в любительском, так и в профессиональном спорте) на государственном и общественном уровне, что ставит спорт в один ряд с прочими высокодоходными сферами экономики.

В Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности закреплена неотъемлемая черта, характеризующая цель деятельности организованных групп – извлечение, прямо или косвенно, финансовой или иной материальной выгоды, поэтому сфера спорта как нельзя лучше отвечает криминальным запросам организованной преступности.

Сфера спорта предоставляет организованной преступности все условия для реализации ее наиболее важных криминологических и юри-

² Европол выявил сотни договорных матчей по всему миру, BBC News. Русская служба, 4 февраля 2013 г., https://www.bbc.com/russian/sport/2013/02/130204_europol_match_fixing (дата обращения: 10.06.2021).

³ Генеральный директор ВАДА, *Организованная преступность – главная угроза для мирового спорта*, 11 октября 2014 г. – Олимпийский комитет России. Официальный сайт, <https://olympic.ru/news/news/generalniy-direktor-vada-organizovannai-prestupnost-glavnaia-ugroza-dlia-mirovogol> (дата обращения: 20.04.2021).

⁴ С. Eaton, *Organised crime threatens all international sports* [Электронный ресурс], Aljazeera, 26 May, 2018, <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/organised-crime-threatens-international-sports-180525195841959.html> (дата обращения: 10.06.2021).

⁵ Россия оказалась в лидерах по коррупции в футболе, BBC News. Русская служба, 4 декабря 2012 г., https://www.bbc.com/russian/sport/2012/12/121203_russian_football_fixed_matches (дата обращения: 10.06.2021).

дических признаков: групповой характер преступной деятельности; извлечение преступных доходов как цель деятельности; применение насилия или административного ресурса для защиты от социального контроля; использование коррупции для достижения цели; стремление к максимальной внешней легализации противоправной деятельности и преступных доходов. Относительно последнего названного признака можно уточнить, что криминальный букмекерский бизнес дает возможность отмыwania незаконно полученных доходов, а близость к известным спортсменам и поддержка спортивных команд обеспечивают представителям организованной преступности социально положительный имидж. Известный польский криминолог К. Ляковска указывает, что коррупционное манипулирование результатами спортивных соревнований может иметь целью не только материальную выгоду, но и личное нематериальное преимущество, улучшающее состояние выгодоприобретателя⁶. Однако реализация имиджевых запросов занимает весьма небольшое место в организованной преступной деятельности, которая в целом направлена на извлечение криминальных доходов.

И при этом правонарушения в спорте, даже носящие общественно опасный характер, практически всегда ускользают из-под юрисдикции правоохранительных органов по причине закрытости спортивной сферы от социального контроля, за счет создания специализированных органов спортивного сообщества, на откуп которым отдается рассмотрение фактов организации договорных спортивных состязаний, подкупа судей и участников соревнований. Тем самым нарушается важный принцип обеспечения национальной и интернациональной безопасности: ответ государства на совершение деяния, прямо запрещенного уголовным законом, должен лежать в уголовно-правовой плоскости.

В частности, в российском футболе до 2011 г. существовала экспертная комиссия по договорным матчам и судейским нарушениям при комитете Российского футбольного союза по этике, затем был создан экспертный совет РФС, позднее полномочия по расследованию фактов манипулирования результатами матчей были переданы комитету РФС по этике. С 2019 г. в России функционирует Департамент защиты игры, созданный с целью осуществления профилактики договорных матчей в футболе и попыток влияния на результат, анализа информации, полученной от букмекерских компаний, и контроля за деятельностью

⁶ К. Ляковска, *Коррупция в спорте в Польше – правовой и криминологический аспекты*, Уголовно-правовые и криминологические проблемы противодействия преступности в спорте: Сборник научных статей по результатам Всероссийского научно-практического круглого стола (Северо-Западный филиал ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия» (г.Санкт-Петербург, 31 октября 2020 г.), СПб.: Астерион 2020, с.70.

субъектов футбольного рынка. То есть применение дисциплинарных санкций за нарушение этических норм, установленных Регламентом РФС по этике, осуществляется внутриспортивными организациями, и в их практике не было случаев передачи материалов о договорных матчах и подкупе судей в правоохранительные органы, в то время как российским уголовным законом установлена ответственность за манипулирование результатами спортивных состязаний и подкуп судей и участников (ст.184 Уголовного кодекса Российской Федерации).

Задача выявления и расследования фактов употребления запрещенных в спорте субстанций и методов с 2008 г. возложена в России на независимую национальную антидопинговую организацию РУСАДА (на мировом уровне эти функции выполняет Всемирное антидопинговое агентство WADA, созданное при поддержке Международного Олимпийского комитета). Высшей юрисдикцией при рассмотрении дел, связанных с допингом, наделен Спортивный арбитраж.

С учетом криминализации использования запрещенных в спорте субстанций и методов (ст.230.1 и 230.2 УК РФ), следовало бы ожидать возбуждения уголовных дел по выявленным фактам нарушения антидопингового законодательства. Однако российская уголовная статистика таких данных не содержит, осужденных по упомянутым статьям УК, за все время существования этих норм, нет.

Более или менее успешная борьба как в России, так и на мировой арене, ведется лишь с такими проявлениями организованной преступной деятельности как подпольный тотализатор, незаконное букмекерство. Так, согласно данным Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации, в 2018 г. был вынесен 581 обвинительный приговор по ст.171.2 УК РФ за нарушение правил организации и проведения азартных игр, совершенные организованной группой и в особо крупном размере, в 2019 г. осуждены 377 человек, в 2020 г. – 263 человека⁷. Что касается международного противодействия транснациональным преступным синдикатам, то можно привести в пример серию успешных операций, проведенных Интерполом в течение нескольких лет, под кодовым названием «SOGA» (сокращение от SOccer GAmbling – тотализатор на американском футболе). В 2008 году полицией были выявлены и ликвидированы подпольные игорные заведения, контролируемые организованной преступностью, с оборотом ставок, исчисляемым миллиардами долларов, произведены аресты почти полутора тысяч человек в Китае, Индонезии, Малайзии, Сингапуре, Таиланде, Вьетнаме. В 2014 году, в ходе чемпионата мира по футболу, в азиатских странах

⁷ См.: Сводные статистические сведения о состоянии судимости в России за 2018, 2019, 2020 г., Судебный Департамент при Верховном Суде Российской Федерации, Официальный сайт, <http://www.cdep.ru/index.php?id=79> (дата обращения: 12.06.2021).

были выявлены нелегальные ставки в игровых заведениях на сумму более 2,2 млрд долларов, что привело к аресту более 1400 участников незаконных азартных игр, и изъятию около 12 млн долларов⁸.

Таким образом, определяющими объективными элементами криминологической характеристики организованной преступности в спорте являются: ее трансграничный характер, широкое распространение и, в то же время, – высочайшая латентность большинства видов преступлений в этой сфере.

Последнее обстоятельство выступает серьезным препятствием на пути создания криминологической характеристики организованной преступности в сфере спорта, поскольку групповые и видовые криминологические характеристики формируются за счет обработки значительного массива уголовных дел, достаточного для анализа и обобщения полученных результатов, чем в данном случае не располагают криминологи и криминалисты. Недостаток официальных эмпирических данных может быть восполнен лишь частно-криминологическими методами – контент-анализом публикаций в прессе, получением экспертных оценок (квалифицированного заключения на основе индивидуальных мнений группы специально отобранных экспертов), интервьюированием лиц, обладающих инсайдерской информацией, и т.п.

Исследования, проведенные в рамках научного проекта «Уголовно-правовые и криминологические проблемы противодействия преступности в сфере спорта», позволили установить, что наиболее распространенным способом получения организованной преступностью материальной выгоды в сфере спорта является криминальное букмекерство. Это характерно не только для России, но и для зарубежных стран: еще в 1970-е годы Специальный комитет Конгресса Соединенных Штатов Америки по преступности отмечал, что подпольный тотализатор на спортивных соревнованиях является главным источником нелегальных доходов американской организованной преступности в спорте⁹. Приведенные выше статистические данные о числе осужденных за незаконные организацию и проведение азартных игр в России (несколько сотен осужденных в год) явно не отражают реальную ситуацию с криминальным букмекерством, с которым тесно связаны также коррупционные преступления в спорте (подкуп спортсменов, судей и спортивных чиновников).

⁸ См.: А.В. Анцыгин, *О некоторых причинах криминального вмешательства в спортивные соревнования: сравнительно-правовое исследование отечественного и зарубежного опыта*, „Финансовые исследования” 2018, № 4 (61), С.69-70.

⁹ См.: *Organized Crime in Sports (racing)*, [in:] *Hearings before the Select Committee on Crime*, House of Representatives, Ninety-second Congress, Second Session, part 1-4, U.S. Government Printing Office, Washington 1973, p. 1853.

Следующей по распространенности категорией преступлений в сфере спорта можно назвать группу деяний, состоящих в незаконных изготовлении, приобретении, транзите и сбыте запрещенных препаратов и сильнодействующих веществ. В 2014 г. Генеральный директор Всемирного антидопингового агентства Д. Хоумен, называя организованную преступность главной угрозой для спорта, особо остановился на деятельности преступных группировок по распространению запрещенных препаратов – таких как стероиды, гормон роста человека, эритропоэтин¹⁰.

Еще одним способом извлечения организованными преступными группами криминальных доходов в спорте является нажива на комиссионном вознаграждении агентам за заключение контрактов со спортсменами (как правило – футболистами). По согласованию и под контролем организованной преступной группы, «курирующей» определенный клуб, называется завышенная сумма вознаграждения, клуб перечисляет деньги агенту, и оговоренную долю агент должен отдать преступной группе. Создавая уже упоминавшийся Департамент защиты игры, Российский футбольный союз отметил, что «постоянно приходится создавать механизмы защиты от различных серых схем, которые используют футбольные агенты. Этот сегмент футбольного рынка остается непрозрачным»¹¹.

Представители организованной преступности практикуют также приобретение прав на организацию престижных спортивных состязаний и на строительство спортивных объектов, с целью хищения денежных средств, предназначенных для выполнения этих задач. Однако этот способ извлечения преступных доходов встречается гораздо реже, чем названные выше, по причине ограниченности объектов преступного интереса и в связи с необходимостью затрат на коррумпирование чиновников, от которых зависит передача прав на проведение состязаний, и на подкуп для обеспечения результатов тендеров и гарантий выделения бюджетных средств.

И, наконец, не стоит забывать о такой стороне проявления организованной преступности в спорте как криминальная деятельность фанатских группировок. История футбола знает случаи превращения объединений футбольных фанатов в мощные преступные организации, отвечающие всем признакам организованной преступности. В пример можно привести сербских «Янычар», как называли группировку болель-

¹⁰ См.: Всемирное антидопинговое агентство: организованная преступность – главная угроза спорту, <https://tass.ru/sport/1491782> (дата обращения: 20.06.2021).

¹¹ А. Рогоулев, *РФС расширяет работу против «темной стороны футбола*, Спорт-экспресс, 2 октября 2019, <https://www.sport-express.ru/football/rfpl/reviews/v-rfs-poyavilsya-departament-po-borbe-s-dogovornymi-matchami-chem-on-budet-zanimatsya-1593705/> (дата обращения: 20.06.2021).

щиков белградского клуба «Партизан», ставших полноценным преступным сообществом; футбольных ультрас, по данным Госдепартамента США, освоивших разные преступные промыслы, такие как отмывание денег, крышевание бизнесменов и наркоторговля, и замеченных в околополитической деятельности¹².

Таким образом, криминалистическая характеристика организованной преступности в спорте является многоуровневой, неоднозначной, и подлежит типизации в зависимости от способа извлечения преступных доходов, равно как и криминологическая характеристика с точки зрения ее субъективного компонента, содержащего сведения о личности преступников, о мотивах, о виктимологической составляющей. Для формирования наиболее полной криминологическо-криминалистической характеристики этого вида преступности в спорте, а значит, и для выработки обоснованной программы противодействия ей необходимы совместные усилия органов государственной власти, правоохранительных органов, гражданского общества и спортивных кругов, чтобы преодолеть почти тотальную латентность преступлений в спортивной сфере и закрытость этой сферы для социального контроля.

References

- Анцыгин А.В., *О некоторых причинах криминального вмешательства в спортивные соревнования: сравнительно-правовое исследование отечественного и зарубежного опыта* [On some reasons for criminal interference in sports competitions: a comparative legal study of domestic and foreign experience], „Финансовые исследования – Financial research” 2018, № 4(61).
- Виндельшпехт Д., *Смертоносная смесь футбола, политики и преступности для фанатской среды Сербии*, Центр по исследованию коррупции и организованной преступности (OCCRP), 27 января 2017 г. [A deadly mixture of football, politics and crime for Serbia's fan base, Organized Crime and Corruption Research Center (OCCRP), January 27, 2017], <https://www.occrp.org/ru/blog/6016-serbia-s-deadly-mix-football-politics-and-crime>.
- Всемирное антидопинговое агентство, *Организованная преступность – главная угроза спорту*, [World Anti-Doping Agency, *Organized Crime Is The Top Threat to Sport*], <https://tass.ru/sport/1491782>.
- Eaton C., *Organised crime threatens all international sports* [Электронный ресурс], Aljazeera, 26 May, 2018, <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/organised-crime-threatens-international-sports-180525195841959.html>.
- Европол выявил сотни договорных матчей по всему миру, BBC News, Русская служба, 4 февраля 2013 г. [Europol has identified hundreds of fixing matches

¹² Д. Виндельшпехт, *Смертоносная смесь футбола, политики и преступности для фанатской среды Сербии*, 27 января 2017 г., Центр по исследованию коррупции и организованной преступности (OCCRP), Официальный сайт., <https://www.occrp.org/ru/blog/6016-serbia-s-deadly-mix-football-politics-and-crime> (дата обращения: 20.06.2021).

around the world, BBC News, Russian service, February 4, 2013], https://www.bbc.com/russian/sport/2013/02/130204_europol_match_fixing.

Генеральный директор ВАДА, *Организованная преступность – главная угроза для мирового спорта*, Олимпийский комитет России, 11 октября 2014 г. [Director General of WADA, *Organized crime is the main threat to world sports*, Russian Olympic Committee, October 11, 2014], <https://olympic.ru/news/news/generalniy-direktor-vada-organizovannaya-prestupnost-glavnaia-ugroza-dlia-mirovogo/>.

Ляковска К., *Коррупция в спорте в Польше – правовой и криминологический аспекты, Уголовно-правовые и криминологические проблемы противодействия преступности в спорте*, [in:] Сборник научных статей по результатам Всероссийского научно-практического круглого стола, Северо-Западный филиал ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (г.Санкт-Петербург, 31 октября 2020 г.) [*Corruption in sports in Poland - legal and criminological aspects, Criminal-legal and criminological problems of combating crime in sports*, [in:] Collection of scientific articles based on the results of the All-Russian scientific and practical round table, North-West branch of the Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Education “Russian State University of Justice” (St. Petersburg, October 31, 2020)], СПб.: Астерион – Asterion 2020.

Organized Crime in Sports (racing), [in:] *Hearings before the Select Committee on Crime*, House of Representatives, Ninety-second Congress, Second Session, part 1–4, U.S. Government Printing Office, Washington 1973.

Россия оказалась в лидерах по коррупции в футболе, BBC News. Русская служба, 4 декабря 2012 г. [Russia is among the leaders in corruption in football, BBC News. Russian service, December 4, 2012], https://www.bbc.com/russian/sport/2012/12/121203_russian_football_fixed_matches.

Аннотация

Криминологическо-криминалистическая характеристика организованной преступности в спорте

Ключевые слова: организованная преступность, спорт, криминологическая характеристика, криминалистическая характеристика.

Уже более полувека в общественном сознании жителей большинства стран мира наибольшую опасность для окружающих представляют организованные группы преступников, которые зачастую связываются с такими терминами, как «гангстеры», «мафия» и др. В то же время необходимо говорить о том, что в мире существуют и более скрытые, совсем неприметные на первый взгляд формы деятельности организованной преступности. Одними из них необходимо назвать организованную преступность в спорте. Спорт сейчас охватывает огромное количество людей – спортсменов, тренеров, болельщиков. В спорте обращаются огромные денежные и иные материальные средства. Престиж государства, да и отдельных групп людей или спортсменов, сейчас часто определя-

ется успешностью в спорте, достижениями на отдельных соревнованиях. Но достичь этого результата можно и иными, нечестными путями. Авторы попытались рассмотреть и систематизировать направления деятельности организованной преступности в спортивной и околоспортивной сфере, обратив внимание общественности и правоохранительных органов на данную проблему.

Summary

Criminological and criminalistic characteristics of organized crime in sport

Keywords: organized crime, sports, criminological characteristics, forensic characteristics.

Such notorious social phenomena as organized criminal groups, which are often associated in social consciousness with the terms of “gangsters”, “mafia”, etc., now are considered as one of the most dangerous for all mankind. At the same time, it is necessary to notice that there are some forms of organized criminal activity that are more hidden, completely inconspicuous on the face of it, so one of them is organized crime in sports. Sport now involves a huge number of people – athletes, coaches, fans all over the world. Enormous monetary and other material resources rotate in the field of sports. The prestige of the state, and indeed of individual groups of people or athletes, is now often determined by success in sports, achievements in individual competitions (that is proved recently by the final of Euro-2020). But this result can be achieved in other, dishonest ways. The authors tried to consider and systematize the illegal activities of organized crime in the sports and near-sports sphere, drawing the attention of society and law enforcement to this problem, to develop more effective means of combating organized crime.

Streszczenie

Kryminologiczna i kryminalistyczna charakterystyka przestępczości zorganizowanej w sporcie

Słowa kluczowe: przestępczość zorganizowana, sport, charakterystyka kryminologiczna, charakterystyka kryminalistyczna.

Zorganizowane grupy przestępcze jako fenomen socjalny, który najczęściej kojarzymy z pojęciami „gangsterzy” czy „mafia”, są nie lada wyzwaniem. Szczególnie istotne jest, aby zdawać sobie sprawę z istnienia ukrytych form

przestępczości zorganizowanej, do których można zaliczyć przestępczość zorganizowaną w sporcie. Sport przyciąga obecnie wiele osób – są to sportowcy, trenerzy, kibice. W tej sferze obracają się wielkie pieniądze i zasoby materialne. Prestiż państwa, tak samo jak i prestiż określonych grup, jak również samych sportowców zależy od sukcesów sportowych, od osiągnięć w zawodach indywidualnych (co pokazał m.in. finał Euro 2020). Ten sam rezultat może być osiągnięty jednak w inny, mniej honorowy sposób. Autorzy próbują usystematyzować nielegalne działania grup przestępczych w sporcie, zwracając uwagę na ten problem celem opracowania skutecznych środków zwalczania tej odmiany przestępczości zorganizowanej.

Maciej Węgierski

Uniwersytet Łódzki

mwegierski@wpia.uni.lodz.pl

ORCID: 0000-0003-4366-2322

Dematerializacja akcji spółek niepublicznych – ewolucja czy rewolucja?*

Wprowadzenie

Ustawą z dnia 30 sierpnia 2019 roku o zmianie ustawy¹ Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw ustawodawca wprowadził obligatoryjną dematerializację akcji na okaziciela oraz akcji imiennych spółek akcyjnych oraz spółek komandytowo-akcyjnych, które nie podlegają obowiązkowej dematerializacji w rozumieniu przepisów o ofercie publicznej i ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. W ramach nowelizacji ustawodawca m.in. zmienił treść art. 328 Kodeksu spółek handlowych (dalej jako k.s.h.), regulujący treść dokumentu akcyjnego, i wprowadził art. 328¹–328¹³ k.s.h. oraz uchylił art. 322 k.s.h. Zmieniając treść art. 328 k.s.h., ustawodawca położył kres tradycyjnemu papierowi wartościowemu (dokumentowi akcji), ustalając, że akcje nie mają form dokumentu. Celem niniejszego artykułu jest ocena, czy tak daleka ingerencja ustawodawcy w konstrukcję spółek akcyjnych oraz komandytowo-akcyjnych jest uzasadniona i celowa uwzględniając treść uzasadnienia nowelizacji, w którym wskazuje się na ewolucyjne zmiany w prawie spółek.

Pojęcie papierów wartościowych

W tradycyjnym ujęciu papieru wartościowego wskazywano, że jest to dokument inkorporujący prawo (dokument w sensie fizycznym, którego nieodzow-

* Niniejszy artykuł powstał w związku z wykładem *Zmierzch tradycyjnych papierów wartościowych*, przeprowadzonym 5 marca 2021 roku przez prof. dr. hab. A. Kappesa oraz dr. Macieja Węgierskiego w ramach I Seminarium Dziekańskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

¹ Dz.U. z 2019 r., poz. 1798.

nym elementem jest papier, na którym spisana jest treść dokumentu). Posiadanie dokumentu stanowi przesłankę przypisania prawa osobie formalnie uprawnionej z dokumentu, a zarazem także przesłankę realizacji przez nią tego prawa. Dokument inkorporuje prawo, które stwierdza i jest nośnikiem tego prawa. Rozporządzenie dokumentem skutkowało rozporządzeniem prawem („prawo idzie za dokumentem”) w przeciwieństwie do innych dokumentów o charakterze dowodowym, wobec których wskazywano, że „dokument idzie za prawem”².

Dokument taki kreował uprawnienia – w przypadku konstytutywnych papierów wartościowych, takich jak weksel, albo stwierdzał istniejące uprawnienie, jak w przypadku akcji. Jednak w przypadku papierów deklaratywnych związek papieru z uprawnieniem daleko wykraczał poza kwestie wyłącznie dowodowe, co szczególnie było widoczne w przypadku akcji na okaziciela, gdzie osoba akcjonariusza nie była wskazana w treści dokumentu³. W takim przypadku posiadanie dokumentu było nieodzowne, by wykonywać uprawnienie, a posiadanie papieru dawała posiadaczowi tzw. legitymację formalną. Bez tego nie mógł zrealizować swoich praw, jak np. prawa do dywidendy czy bycie dopuszczonym do udziału w zgromadzeniu akcjonariuszy. Utrata dokumentu nie powodowała utraty statusu akcjonariusza z uwagi na legitymację materialną. W przypadku akcji brak dokumentu nie oznaczał, że dana osoba nie jest akcjonariuszem (miała legitymację materialną), ale powodował różne trudności czy niemożliwość realizacji uprawnień; te zaś mógł, nawet w dobrej wierze, wykonywać posiadacz akcji nie będący akcjonariuszem (miał legitymację formalną)⁴.

W przypadku akcji imiennych ich posiadacz powinien być być ujawniony w księdze akcyjnej i z wpisu do tej księgi czerpał legitymację formalną. Wpis do księgi miał charakter deklaratoryjny i często osoba, która była akcjonariuszem, a która nie została jeszcze ujawniona w księdze akcyjnej, nie była przez spółkę traktowana jako akcjonariusz. Co kluczowe, posiadanie papierowego

² S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, Warszawa, 1976, s. 985 i nast.; M. Bączyk, [w:] M. Bączyk, M.H. Koziński, M. Michalski, W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Papiery wartościowe*, Kraków 2000, s. 49 i nast.

³ Odnotowania wymaga pogląd przedstawiony przez A. Kappesa, że dokument akcji ma z jednej strony charakter deklaracyjny, gdyż potwierdza przysługiwanie akcjonariuszowi abstrakcyjnych praw akcyjnych, z drugiej strony ma charakter konstytutywny, gdyż istnienie tych praw *in concreto* jest uzależnione od posiadania przez akcjonariusza dokumentu akcyjnego. Można zatem zaproponować następujące określenie akcji na okaziciela – jest to papier wartościowy o charakterze abstrakcyjnie deklaracyjnym, zaś konkretnie konstytutywnym – A. Kappes, *Charakter prawny akcji jako papieru wartościowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 9, s. 12–15.

⁴ Tak m.in.: M. Michalski, [w:] A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych*, t. 2: *Komentarz do art. 301–633*, Warszawa 2020, komentarz do art. 328, Lex; A. Opalski, [w:] S. Soltysiński, *System prawa prywatnego*, t. 17B, Warszawa 2016, s. 281; W. Popiołek, *Akcja – prawo podmiotowe*, Warszawa 2010, Legalis, rozdział I.1.3; S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. 3: *Spółka akcyjna. Komentarz do artykułów 301–490*, 2013, komentarz do art. 328, Legalis.

dokumentu akcyjnego było niezbędne do zbycia akcji. Zbycie akcji imiennych wymagało złożenia stosownego oświadczenia i przeniesienia posiadania akcji – dokumentu (uchylony art. 339 k.s.h.), zaś akcji na okaziciela – wydania dokumentu akcji (art. 921¹² k.c.).

Jak wielokrotnie wskazywano w literaturze⁵, wraz z rozwojem postępu technicznego w XX i XXI w., normy Kodeksu cywilnego regulujące papiery wartościowe okazały się niedostosowane do potrzeb obrotu. Jednocześnie, obok regulacji Kodeksu cywilnego, ustawodawca wprowadzał nowe definicje legalne papierów wartościowych na potrzeby określonych aktów normatywnych. W ustawie z dnia 22 marca 1991 r. prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych⁶ w art. 2 pkt 1 wskazano, że papierem wartościowym jest dokument mający stwierdzać lub stwierdzający istnienie określonego prawa majątkowego, utrwalony w takim brzmieniu i w taki sposób, że może stanowić samodzielny podmiot obrotu publicznego.

Kolejnym etapem ewolucji była ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 roku prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi⁷. Zgodnie z art. 3 ust. 1–3 wskazano, że papierami wartościowymi w rozumieniu ustawy są akcje, prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje, listy zastawne, certyfikaty inwestycyjne, jak również inne papiery wartościowe wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego, a także zbywalne prawa majątkowe wynikające z papierów wartościowych, a także inne prawa majątkowe, których cena zależy bezpośrednio lub pośrednio od ceny papierów wartościowych (prawa pochodne), a w szczególności kontrakty terminowe i opcje. Jak wskazuje A. Jakubiec⁸, przytoczone przepisy wprowadziły autonomiczną definicję papieru wartościowego, odrywając ją od ujęcia tradycyjnego. Wynikało to z faktu, że na gruncie prawa o publicznym obrocie papierami wartościowymi uznano, że na gruncie tej ustawy papierami wartościowymi mogą być również instrumenty, które nie mogły być uznane za papiery wartościowe na gruncie prawa cywilnego. Tymczasem w praktyce obrotu gospodarczego weksle straciły swój obiegowy charakter, obrót czekowy praktycznie zanikł, a obligacje w obrocie publicznym stały się zdematerializowane.

Dematerializacja akcji

Kolejnym krokiem ustawodawcy było wejście w życie ustawy z dnia 30 sierpnia 2019 r., która wprowadziła obligatoryjną dematerializację akcji spół-

⁵ M. Romanowski, [w:] A. Szumański, *System prawa prywatnego*, t. 18, Warszawa 2016, s. 5 i nast.

⁶ Dz.U. z 1991 r., Nr 35, poz. 155.

⁷ Dz.U. z 1997 r., Nr 118, poz. 754

⁸ A. Jakubiec, *Opcja jako instrument finansowy rynku kapitałowego. Analiza cywilnoprawna*, Łódź, 2014, s. 94.

ek akcyjnych oraz spółek komandytowo-akcyjnych. Nowelizacja umożliwia pełne wdrożenie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniającej rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylającej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE.

W uzasadnieniu⁹ projektu wskazano, że konstrukcja akcji na okaziciela w spółkach niebędących spółkami publicznymi uniemożliwia zagwarantowanie wymiany informacji podatkowych o posiadaczach akcji na okaziciela. W konsekwencji Polska jest zaliczana do krajów wysokiego ryzyka i stan taki może odbić się niekorzystanie na pozycji Polski na forum międzynarodowym, m.in. G20. Potwierdzeniem tej tezy jest fakt, że konstrukcja akcji na okaziciela w prawie polskim powoduje faktyczny brak możliwości identyfikacji uprawnionego z akcji na okaziciela. Tym samym, według ustawodawcy, wprowadzenie przymusowej dematerializacji umożliwia spółkom identyfikację akcjonariuszy oraz posiadaczy ograniczonych praw rzeczowych, uprawnionych do wykonywania praw z akcji jako beneficjentów rzeczywistych w rozumieniu ustawy¹⁰ o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu¹¹.

Dodatkowymi argumentami przemawiającymi za koniecznością nowelizacji było istotne uproszczenie obrotu tymi akcjami poprzez rezygnację z konieczności przenoszenia posiadania dokumentu (dotychczasowy art. 339 k.s.h.), zwiększenie bezpieczeństwa obrotu w zakresie przenoszenia akcji i ustanawiania na nich ograniczonych praw rzeczowych w związku z wprowadzeniem systemu rejestru akcjonariuszy, zwiększenie pewności stosunków w spółce, w tym w zakresie prawidłowej identyfikacji akcjonariusza i zniesienia ryzyk związanych ze sporami wokół wpisów w księdze akcyjnej, uproszczenie lub zniesienie konieczności funkcjonowania licznych instytucji prawa spółek związanych z istnieniem dokumentu akcji, jak np. zakaz obrotu akcjami aportowymi, zakaz wydawania dokumentów na akcje, zniesienie świadectwa tymczasowego, zniesienie procedury umarzania dokumentu akcji i wydawania nowego dokumentu w razie jego utraty, zniszczenia lub zmiany stosunków prawnych, zniesienia obowiązku dołączania dokumentu akcji w procesach restryktoryzacyjnych, wydawania dokumentu akcji przy warunkowym podwyż-

⁹ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 30 sierpnia 2019 r., <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3541>.

¹⁰ Dz.U. z 2018 r., poz. 723.

¹¹ Jednocześnie ustawodawca w uzasadnieniu projektu wskazuje, że „uczestnicy obrotu zawsze mogą skorzystać z instytucji powiernictwa powszechnie obecnej w wiodących systemach prawnych opartej na koncepcji *legal i beneficial owner* (czyli bezpośredni i pośredni akcjonariusz) – tak w uzasadnieniu projektu, ibidem, s. 2.

szeniu kapitału zakładowego, zniesienie odcinków zbiorowych, uproszczenie procedury pozbawiania akcjonariusza praw członkowskich w razie uchybienia obowiązkowi spełnienia świadczenia na rzecz spółki w postaci wpłaty na akcje lub innych należności wymaganych przez statut, zniesienie procedury dotyczącej wydawania dokumentów akcji w związku z niepełnymi wpłatami na akcje.

Skutki nowelizacji

Mimo tego, że celem nowelizacji było ograniczenie anonimowości akcjonariuszy posiadających akcje na okaziciela, ustawodawca zdecydował się na zasadniczą zmianę, polegającą na wprowadzeniu akcji rejestrowych w miejsce dotychczasowych akcji imiennych oraz akcji na okaziciela we wszystkich niepublicznych spółkach akcyjnych i komandytowo-akcyjnych. Podkreślenia wymaga, że ugruntowany w polskim systemie prawnym podział na akcje na okaziciela oraz akcje imienne nie został *de iure* uchylony, lecz w praktyce jego znaczenie zostało znaczenie ograniczone¹². W konsekwencji rozróżnienie na akcje imienne i na akcje na okaziciela ma znaczenie w następujących sytuacjach:

1) zgodnie z art. 304 § 1 pkt 5 k.s.h. statut spółki akcyjnej nadal powinien wskazywać, czy akcje są akcjami imiennymi, czy akcjami na okaziciela;

2) zgodnie z art. 337 § 2 k.s.h. statut może uzależnić rozporządzenie akcjami imiennymi od zgody spółki albo w inny sposób ograniczyć możliwość rozporządzenia akcjami imiennymi;

3) zgodnie z art. 351 § 1 k.s.h. jeżeli statut przewiduje akcje o szczególnych uprawnieniach, uprawnienia te powinny być określone w statucie (akcje uprzywilejowane). Akcje uprzywilejowane, z wyjątkiem akcji niemych, powinny być imienne;

4) zgodnie z art. 356 § 1 k.s.h. z akcją imienną może być związany obowiązek powtarzających się świadczeń niepieniężnych.

Akcje imienne, akcje na okaziciela i akcje rejestrowe

Na tle powyższego rozwiązania rodzą się wątpliwości. Skoro ustawodawca rzeczywiście chciał wprowadzić transparentność co do akcjonariuszy spółki, to wystarczyło zrezygnować z akcji na okaziciela. Co prawda taka zmiana również godziłaby w naturę spółki akcyjnej, gdyż jak słusznie wskazuje Marek

¹² Art. 334 § 1 k.s.h. (zgodnie z którym akcje mogą być imienne lub na okaziciela) nie został uchylony.

Michalski, „anonimowość była wpisana w logikę konstrukcji jurydycznej spółki akcyjnej jako odpowiedź na nieefektywną, zawężoną do grona znajdujących się osobiście i pozostających we wzajemnych relacjach, ale i tymi więzami skorporowanych, co dopełniała jeszcze solidarna odpowiedzialność – wcześniejszych organizacji kupieckich jak *compagnie* czy *partnership*”¹³. Jednak zmiana taka byłaby proporcjonalna w odniesieniu do celu, który miał zostać osiągnięty.

Odnotowania wymaga również dość wątpliwe uzasadnienie projektu¹⁴ nowelizacji w tym zakresie. Projektodawcy wskazywali, że „odejście od podziału akcji [na akcje na okaziciela i akcje imienne – przyp. autora] wymagałoby pogłębionych analiz z punktu widzenia jego wpływu na stosunki w spółce, jak i dla całego systemu prawa, w związku z czym powinno stanowić następny krok w ewolucyjnym procesie dokonywanych zmian”.

W konsekwencji podział na akcje na okaziciela oraz akcje imienne nie został zniesiony, lecz wszystkie akcje są akcjami rejestrowymi, a obrót nimi będzie wymagał wpisu w wirtualnym rejestrze akcjonariuszy. Czynność techniczna w postaci wpisu będzie miała charakter konstytutywny dla zaistnienia skutku rozporządzającego czynności przenoszącej akcje, np. umowy sprzedaży. Wynika to wprost z art. 328⁹ § 1 k.s.h., zgodnie z którym nabycie akcji albo ustanowienie na niej ograniczonego prawa rzeczowego następuje z chwilą dokonania w rejestrze akcjonariuszy wpisu wskazującego nabywcę albo zastawnika albo użytkownika, liczbę oraz rodzaj, serie i numery albo odrębne oznaczenia, o których mowa w art. 55 ustawy¹⁵ z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, nabytych albo obciążonych akcji.

O ile wręczenie dokumentu było czynnością dokonującą się między stronami i tylko ich działanie rodziło skutek w postaci przeniesienia własności akcji, o tyle od 1 marca 2021 r. skutek ten jest uzależniony od wystąpienia elementu niezależnego od czynności – wpisu do rejestru. Podkreślenia wymaga, że wpis dokonyuje podmiot trzeci wobec spółki, jak i akcjonariuszy¹⁶. Na tym tle również pojawiają się wątpliwości, w szczególności w zakresie ustanowienia zabezpieczenia w postaci zastawu rejestrowego na akcjach. Dla powstania zastawu rejestrowego konieczny jest wpis w rejestrze zastawów. Wobec tego strony w pierwszej kolejności muszą zawrzeć umowę zastawniczą

¹³ M. Michalski, *Uwagi krytyczne w zakresie zniesienia anonimowości jako cechy konstytutywnej spółki akcyjnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2020, nr 3, s. 4–12.

¹⁴ Uzasadnienie projektu ustawy..., s. 11.

¹⁵ Dz.U. z 2005 r., Nr 183, poz. 1538.

¹⁶ Zgodnie z art. 328¹ §2 k.s.h. rejestr akcjonariuszy prowadzi podmiot, który na podstawie ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi jest uprawniony do prowadzenia rachunków papierów wartościowych, co w konsekwencji oznacza, że może być to Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych lub dom maklerski.

i dokonać wpisu w rejestrze zastawów, lecz zastaw powstanie dopiero z chwilą wpisu w rejestrze akcjonariuszy, a nie w rejestrze zastawów¹⁷.

Kolejnym skutkiem nowelizacji jest zniesienie podziału na legitymację materialną i formalną z akcji. Osoba wpisana do rejestru jako akcjonariusz posiada zarówno legitymację materialną (jest akcjonariuszem), jak i legitymację formalną (może wykonywać wszelkie uprawnienia wynikające z akcji), chyba że dojdzie do wpisania do rejestru osoby, która nie ma legitymacji materialnej. Z łatwością można przytoczyć stan faktyczny polegający na tym, że zostanie przedstawiona sfalszowana umowa zbycia akcji¹⁸. Ustawodawca, chcąc przeciwdziałać fraudacyjnym lub nieuczciwym czynnościom prawnym, nałożył na osobę żądającą wpisu obowiązek przedłożenia podmiotowi prowadzącemu rejestr akcjonariuszy dokumenty uzasadniające dokonanie wpisu.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że nie wskazano, w jakiej formie powinny być przedstawione dokumenty, ale z uwagi na użycie słowa „dokumenty” można należy przyjąć, że dokumenty mogą być przedstawione w formie pisemnej oraz w formie dokumentowej. Na tle formy dokumentowej należy przypomnieć, że zgodnie art. 77² k.c. do zachowania dokumentowej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie. Natomiast dokumentem w świetle art. 77³ k.c. jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią. Uwzględniając powyższe, dokumentem potwierdzającym dokonanie czynności może być wiadomość e-mail albo wiadomość SMS.

Po otrzymaniu dokumentów podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy bada treść i formę dokumentów uzasadniających dokonanie wpisu. Podmiot ten nie ma jednak obowiązku badania zgodności z prawem oraz prawdziwości dokumentów uzasadniających dokonanie wpisu, w tym podpisów zbywcy akcji lub osób ustanawiających ograniczone prawo rzeczowe na akcji, chyba że po weźmie w tym względzie uzasadnione wątpliwości. Podkreślić przy tym należy, że podmiot ma tydzień czasu na dokonanie wpisu.

¹⁷ Zabezpieczeniem zastawcy w okresie między wydaniem postanowienia o wpisie zastawu do rejestru zastawów a wpisem w rejestrze akcjonariuszy jest wydanie przez podmiot prowadzący rejestr świadectwa rejestrowego w oparciu o art. 328⁷ § 1 k.s.h. Akcje w liczbie wskazanej w treści świadectwa rejestrowego nie mogą być przedmiotem rozporządzeń od chwili jego wystawienia do chwili utraty jego ważności albo zwrotu świadectwa rejestrowego wystawiającemu przed upływem terminu jego ważności.

¹⁸ Zgodnie z art. 328⁴ § 3 k.s.h. przed wpisem w rejestrze akcjonariuszy, z wyłączeniem przypadku, o którym mowa w § 2, podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy powiadamia o treści zamierzonego wpisu osobę, której uprawnienia mają być wykreślone, zmienione lub obciążone przez wpis, chyba że wyraziła ona zgodę na wpis.

Rejestr akcjonariuszy zamiast księgi akcyjnej

Nie powinno budzić wątpliwości, że dematerializacja stanowi daleko idącą zmianę w funkcjonowaniu spółek komandytowo-akcyjnych oraz akcyjnych. Kluczową rolę odgrywa w niej rejestr akcjonariuszy. Rejestry takie (dla każdej spółki z osobna) prowadzone są przez domy maklerskie. Spółki mogą jednak zdematerializowane akcje zarejestrować także w Krajowym Depozycie Papierów Wartościowych (dalej jako KDPW). Uwzględniając normę odsyłającą do przepisów o obrocie instrumentami finansowymi, rejestr akcjonariuszy może prowadzić wyłącznie podmiot uprawniony do prowadzenia rachunków papierów wartościowych w świetle art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (dalej jako u.o.i.f.). Podmiotami takimi są: domy maklerskie i banki prowadzące działalność maklerską, banki powiernicze, zagraniczne firmy inwestycyjne i zagraniczne osoby prawne prowadzące działalność maklerską na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w formie oddziału, KDPW S.A., spółka, której KDPW S.A. przekazał wykonywanie czynności z zakresu zadań, o których mowa w art. 48 ust. 1 pkt 1 u.o.i.f., oraz Narodowy Bank Polski.

Istotne jest jednak to, że kluczowa rola w obrocie i wykonywaniu uprawnień z akcji przypada podmiotowi prywatnemu, jakkolwiek kwalifikowanemu i działającemu na podstawie zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego, to jednak rola ta jest dalej idąca niż rola Krajowego Rejestru Sądowego w ramach postępowań rejestrowych, np. w przypadku zmian w składzie osobowym spółek, gdzie czynności notyfikacyjne mają oczywiście charakter wyłącznie deklaratoryjny.

Co do zasady wpis w rejestrze akcjonariuszy ma charakter konstytutywny (zgodnie z art. 328⁹ § 1 k.s.h.), a jedynie w przypadkach określanych w art. 328⁹ § 2 k.s.h., tj. powołania do spadku, zapisu windykacyjnego, wniesienia akcji jako wkładu niepieniężnego do spółki, połączenia, podziału lub przekształcenia spółki lub zajścia innego zdarzenia prawnego powodującego z mocy prawa przejście akcji lub ustanowionego na niej ograniczonego prawa rzeczowego na inną osobę, wpis będzie miał charakter deklaratoryjny.

Wobec tego można wręcz uznać, że podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy – podmiot prywatny zyskuje uprawnienia władcze, charakterystyczne dla organów władzy publicznej. Podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy bada treść i formę dokumentów uzasadniających dokonanie wpisu. Podmiot ten nie ma jednak obowiązku badania zgodności z prawem oraz prawdziwości dokumentów uzasadniających dokonanie wpisu, w tym podpisów zbywcy akcji lub osób ustanawiających ograniczone prawo rzeczowe na akcji, chyba że poweźmie w tym względzie uzasadnione wątpliwości.

Wobec powyższego powstaje pytanie, czy powierzenie takiej kompetencji (przymusowej dla akcjonariuszy) nie zagraża bezpieczeństwu obrotu, a złasz-

cza, czy nie narusza interesów akcjonariuszy i osób nabywających od nich akcje? Należy zwrócić uwagę, że „podmiot nie ma obowiązku”, co jednak nie oznacza, iż nie zdecyduje się badanie zgodności dokonanej czynności prawnej pod kątem prawnym. Poszukując zbliżonej treściowo normy prawnej, należy odnieść się do przepisów o Krajowym Rejestrze Sądowym. Zgodnie z nimi sąd rejestrowy bada, czy dołączone do wniosku dokumenty są zgodne pod względem formy i treści z przepisami prawa. Różnica między wskazanymi normami jest widoczna. Sąd rejestrowy bada, a podmiot prowadzący rejestr „nie ma obowiązku badania”, co jednak nie oznacza, że nie może tego zrobić. Powyższe prowadzi do wniosku, że podmiot prowadzący rejestr może przyjąć quasi-sądowe kompetencje.

Odnotowania również wymaga, że nie przewidziano rozwiązania, na wzór obowiązującego w reżimie księgi akcyjnej, tj. uchylonego art. 341 § 4 k.s.h. dotyczącego możliwości wniesienia sprzeciwu osoby zainteresowanej wpisem. Regulacja ta wydaje się być zbyt restrykcyjna dla reżimu rejestrowego. W nieobowiązującym stanie prawnym instytucja sprzeciwu pełniła rolę *veta* wobec zmian w księdze akcyjnej, które nie tylko nie wymagało żadnego merytorycznego uzasadnienia, ale które dodatkowo blokowało spółkę aż do momentu uzyskania prawomocnego orzeczenia sądowego, wydanego na podstawie art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego. Zaimplementowanie tej instytucji nie wydaje się uzasadnione, zwłaszcza ze względu na doświadczenia związane z praktycznym stosowaniem obowiązujących przepisów, które rodziły nie tylko ryzyko instrumentalnego blokowania zmian w treści księgi akcyjnej, ale także (przy wykorzystaniu legitymacji formalnej) przejęcia kontroli nad spółką, pozbawienie jej wartościowych aktywów lub przekierowanie jej aktywów do innych podmiotów.

Przenosząc dotychczasowe rozważania na grunt praktyczny, jawi się pytanie: jakie działania może podjąć nabywca akcji rejestrowych, w sytuacji gdy strony zawarły umowę sprzedaży, która nie wywołała skutku rozporządzającego, gdyż dom maklerski wbrew woli stron transakcji opóźnia albo wręcz odmawia dokonania wpisu, *de facto* niwecząc transakcję dokonaną przez strony? Co dzieje się w sytuacji, gdy pomiędzy stronami tej transakcji wystąpił spór co do jej ważności lub skuteczności? Czy dom maklerski ma rozstrzygać ten spór – jak sąd? W uzasadnieniu znajdujemy stwierdzenie, że „podmiot prowadzący rejestr pełni funkcję ewidencyjną i techniczną – jako podmiot prowadzący na zlecenie spółki rejestr jej akcjonariuszy”. Ustawodawca założył, że funkcja podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy w żadnym przypadku nie powinna być postrzegana przez pryzmat analogii do funkcji sądu rejestrowego, ale raczej przez pryzmat podmiotu realizującego dyspozycje spółki w granicach wymaganego przez ustawę i realizując je przy dochowaniu należytej staranności.

Jednak w nowelizacji nie zaproponowano dodatkowego trybu rozstrzygania takich sporów. Tymczasem wydaje się, że konieczna jest ścisła kontrola sądowna nad dokonywaniem wpisów, w szczególności w zakresie rozpatrywania zastrzeżeń w przypadku niedokonania wpisu – na przykład do sądu rejestrowego. W uzasadnieniu nowelizacji wskazuje się jedynie, że środkiem ochrony akcjonariusza lub nabywcy akcji jest powództwo o ustalenie na podstawie art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego. Rozwiązanie to budzi uzasadnioną krytykę. Oznacza bowiem, że strony muszą wytaczać powództwo o ustalenie, zatem skazują się w najlepszym razie na trwający parę lat proces sądowy. W tym czasie nabywca akcji nie jest akcjonariuszem i nie może wykonywać uprawnień akcyjnych, np. głosować na zgromadzeniach akcjonariuszy czy pobierać dywidendy. Niezarejestrowana czynność może też całkowicie stracić znaczenie gospodarcze dla stron.

Ponadto w przypadku dojścia do sporu i wydania przez sąd rozstrzygnięcia w oparciu o art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego może pojawić się pytanie o odpowiedzialność odszkodowawczą domu maklerskiego (podmiotu prowadzącego rejestr). Z uwagi na fakt, że spółkę będzie łączyła z domem maklerskim umowa o prowadzenie rejestru akcjonariuszy, to będziemy poruszali się w reżimie odpowiedzialności kontraktowej. Natomiast wydaje się, że relacja między akcjonariuszem a podmiotem prowadzącym rejestr akcjonariuszy będzie opierała się na reżimie odpowiedzialności deliktowej. Będzie ona miała miejsce w szczególności w przypadku nieuzasadnionej odmowy wpisu w rejestrze akcjonariuszy, który doprowadzi do wyrządzenia szkody u akcjonariusza.

O możliwości przypisania takiej odpowiedzialności wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 czerwca 2012 r.¹⁹ Sprawa ta była rozstrzygana jeszcze na gruncie przepisów Kodeksu handlowego z 1934 r. i dotyczyła roszczenia powodów, którzy żądali od pozwanego domu maklerskiego naprawienia szkody powstałej w związku z zarejestrowaniem przez pozwanego w księdze akcyjnej sfałszowanej (nieprawidłowej) umowy zbycia akcji imiennych wskazanej w pozwie spółki akcyjnej. Zdaniem powodów szkoda odzwierciedlała korzyści, jakie mogliby uzyskać powodowie, gdyby nie zostali pozbawieni przez kilka lat możliwości dysponowania dochodami uzyskanymi z akcji imiennych. Sąd Najwyższy, rozpoznając skargę kasacyjną powodów, wskazał:

Można natomiast podzielić stanowisko skarżących, że pracownikom pozwanego należy – w okolicznościach rozpoznawanej sprawy – przypisać jednak delikt ogólny, polegający na niewłaściwym wykonywaniu obowiązków rejestracyjnych wynikających z prowadzenia księgi akcji spółki akcyjnej (art. 351 kodeksu handlowego z 1934 r.). Jeżeli pracownicy Ci dostrzegli jednak usterki w treści umowy, to przed definitywną rejestracją zbycia akcji powinni byli co najmniej zawiadomić

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2012 r., sygn. akt II CSK 636/11, Lex nr 1216856.

powodów o konieczności dokonania zmian w treści umowy, tym bardziej że nie sposób zakładać, iż nie znali oni aktualnego kursu zbywanych akcji jako przedstawiciele profesjonalisty. Takiego ogólnego obowiązku informowania zainteresowanych kontrahentów (zbywców i nabywców akcji) o istotnych dla nich okolicznościach towarzyszących procedurze rejestracyjnej nie wyklucza przepis art. 351 § 2 kodeksu handlowego. Czym innym jest kwestia badania prawdziwości podpisów na umowach przedkładanych pozwanemu Domowi Maklerskiemu, a czym innym wymaganie ogólnej rzetelności uczestników obrotu kapitałowego. Obowiązki kontrolno-rejestracyjne pozwanego nie mogą być zatem sprowadzane tylko do czynności natury technicznej.

W świetle przytoczonej konstatacji Sądu Najwyższego będzie można przypisać podmiotowi prowadzącemu rejestr akcjonariuszy odpowiedzialność na podstawie art. 415 k.c. w przypadku nieuzasadnionej odmowy wpisu lub dokonaniu wpisu bez ważnej podstawy prawnej.

Kolejna wątpliwość, jaka jawi się w związku z nowelizacją, dotyczy utraconych dokumentów akcji przed 1 marca 2021 r. Zgodnie z art. 16 ustawy nowelizującej, spółka wzywa akcjonariuszy pięciokrotnie do złożenia dokumentów akcji w spółce oraz udostępnia informację o wezwaniu na stronie internetowej spółki w miejscu wydzielonym na komunikację z akcjonariuszami przez okres nie krótszy niż trzy lata od dnia pierwszego wezwania. Wezwanie następuje w sposób właściwy dla zwoływania walnego zgromadzenia spółki.

W praktyce obrotu pojawiają się akcjonariusze, którzy zgubili dokumenty akcji i nie mogli złożyć ich w spółce przed 1 marca 2021 r. Dodatkowego podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy nowelizującej moc obowiązująca dokumentów akcji wydanych przez spółkę wygasa z mocy prawa z dniem 1 marca 2021 r. Natomiast ust. 2 wskazuje, że dokument akcji zachowuje moc dowodową wyłącznie w zakresie wykazywania przez akcjonariusza wobec spółki, że przysługują mu prawa udziałowe, przez okres pięciu lat od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy.

Mimo chęci ustawodawcy do usprawnienia funkcjonowania niepublicznych spółek akcyjnych oraz komandytowo-akcyjnych, nie zwrócono uwagi na to zagadnienie. Z powodu zgubienia dokumentu akcji dotychczasowi akcjonariusze utracili swoją legitymację formalną i pozostaje im wyłącznie możliwość sądowego umorzenia akcji o oparciu o dekret z dnia 10 grudnia 1946 r. o umarzaniu utraconych dokumentów. Należy jedynie podkreślić, że okoliczności społeczno-gospodarcze w czasach wprowadzenia dekretu były zasadniczo odmienne od dzisiejszych. Wydaje się, że w związku z powszechną dematerializacją należałoby wprowadzić dodatkowe postępowanie nieprocesowe (na formularzu) przed sądem rejestrowym w przedmiocie umorzenia akcji, które miały być zdematerializowane. W czasie trwania tego postępowania akcjonariusz nie będzie uprawniony do wykonywania praw z akcji, o ile nie w toku tego postępowania nie zostanie złożony stosowny wniosek o zabezpieczenie postępowania. Odnutowania wymaga, że odmiennie będzie kształtowała się

sytuacja akcjonariuszy wpisanych do księgi akcyjnej oraz tych, którzy posiadali akcje na okaziciela. W tym wypadku księga akcyjna będzie stosownym dowodem umożliwiającym doprowadzenie do umorzenia zagubionego dokumentu akcji.

Sytuacja taka dotknie w szczególności spółki, w których akcjonariat składa się częściowo z byłych pracowników (spółki komercjalizowane), a tym samym będzie to dobry moment dla większościowych akcjonariuszy (w tym Skarbu Państwa) do podejmowania uchwał, które umocnią pozycję ich pozycję w spółce.

Ograniczenie czasowe mocy dowodowej dokumentów akcji

Krytycznie należy również odnieść się do pięcioletniego terminu od dnia wejścia w życie ustawy do zachowania mocy dowodowej dotychczasowych dokumentów akcji. W uzasadnieniu²⁰ projektu nowelizacji wyjaśniono, że „biorąc pod uwagę zasadę, że prawo cywilne chroni osoby staranne, jest to okres ochronny i tak przekraczający standardy, których można rozsądnie wymagać od ustawodawcy w świetle konstytucyjnej ochrony własności i innych praw majątkowych. Akcjonariusz, który nie złoży w takich terminach dokumentów akcji w spółce w istocie sam pozbawi się ochrony swoich praw członkowskich w spółce, a jego zachowanie może w sposób uzasadniony porównać do zachowania osoby porzucającej z własnej woli swoją własność”.

Tymczasem zgodnie z obowiązującymi przepisami termin przedawnienia roszczeń majątkowych wynosi 6 lat. Jednak ustawodawca zdecydował się na zastosowanie krótszego niż w normalnych warunkach terminu do dochodzenia roszczeń.

Wydaje się, że takie ograniczenie czasowe może być wątpliwe również pod względem zgodności z Konstytucją. Na tle zagadnień konstytucyjnych związanych z prawem spółek wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w rozstrzygnięciu z 11 grudnia 2019 r. w sprawie dotyczącej badania art. 9 ust. 2b ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. Przepisy wprowadzające ustawę²¹ o Krajowym Rejestrze Sądowym (dalej jako p.w.KRS), z uwzględnieniem zmiany dokonanej przez art. 3 ustawy²² z dnia 28 listopada 2014 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz niektórych innych ustaw, w zakresie jego zgodności z art. 21 ust. 2, art. 32, art. 64 i art. 77 Konstytucji. Stan faktyczny nie dotyczył co prawda wygaśnięcia praw udziałowych w spółkach, lecz wykreślenia

²⁰ Uzasadnienie projektu ustawy..., s. 38.

²¹ Dz.U. Nr 121, poz. 770 ze zm.

²² Dz.U. z 2014 r., poz. 1924.

spółkę z Rejestru handlowego B. Wspólnik spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, która została wykreślona z rejestru handlowego na podstawie art. 9 ust. 2b p.w.KRS, wystąpił z powództwem o zasądzenie odszkodowania od Skarbu Państwa za przejęte mienie. Powód był wspólnikiem w tej spółce od jej założenia aż do końca jej bytu prawnego. Posiadał połowę jej udziałów. Spółka od 1988 r. była zarejestrowana w Rejestrze handlowym B. Mimo obowiązku wynikającego z art. 7 p.w.KRS, zarząd spółki nie wniósł skutecznie o wpisanie spółki do Krajowego Rejestru Sądowego we wskazanym terminie. Niezłożenie wniosku w terminie spowodowane było niezakończonym sporem dotyczącym własności pozostałych udziałów w spółce. Konsekwencją niewykonania nałożonego obowiązku przerejestrowania spółki do końca 2015 r. była utrata jej bytu prawnego. Na podstawie art. 9 ust. 2a p.w.KRS w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 28 listopada 2014 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz niektórych innych ustaw spółka z o.o. została wykreślona z rejestru 1 stycznia 2016 r. Z tym dniem wszystkie prawa i obowiązki spółki przeszły z mocy prawa na Skarb Państwa. Na podstawie art. 9 ust. 2b p.w.KRS, prawa wspólników spółki jako podmiotów uprawnionych do udziału w masie likwidacyjnej wygasły z tym dniem, bez prawa dochodzenia roszczeń od Skarbu Państwa.

Na gruncie powyższego stanu faktycznego Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że norma prawna, wskazująca że prawa wspólników, członków spółdzielni i innych osób uprawnionych do udziału w majątku likwidacyjnym wygasają z chwilą wykreślenia podmiotu z rejestru, jest niezgodna z art. 64 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W treści pisemnego uzasadnienia wyjaśnił, że ustawodawca może w ramach obowiązującego porządku konstytucyjnego w znacznej mierze swobodnie kształtować na poziomie ustawodawstwa zwykłego treść praw podmiotowych czy określać ich naturę, lecz swoboda ustawodawcy nie jest bezwzględna i nieograniczona. Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że w zaistniałym stanie faktycznym działania ustawodawcy polegające na pozbawieniu wspólników praw nie spełniają wymagań celowości wprowadzonej regulacji. Z punktu widzenia założonego przez ustawodawcę celu za wystarczające należało uznać regulacje wprowadzone w art. 9 ust. 2b zdanie pierwsze i drugie p.w.KRS. Doprowadzenie do przerejestrowania wszystkich podmiotów funkcjonujących w obrocie prawnym, a tym samym zagwarantowanie, że stan ujawniony w Krajowym Rejestrze Sądowym będzie odpowiadał stanowi rzeczywistemu, nie wymagało pozbawienia wspólników ich praw majątkowych. Skutek w postaci utraty bytu prawnego spółek, które nie złożyły w przewidzianym czasie wniosku o przerejestrowanie, wraz z przejściem ich praw i obowiązków na następcę prawnego, jakim jest Skarb Państwa, spowodowało osiągnięcie zamierzonego przez ustawodawcę celu. Pozbawienie wspólników ich praw majątkowych wychodzi już poza granicę celowości wprowadzonych regulacji i z tego powodu jest zbędne.

Przenosząc powyższe rozważania na treść ustawy nowelizującej, można stwierdzić, że wprowadzenie ograniczenia czasowego dla dotychczasowych akcjonariuszy do dochodzenia roszczeń jest zbędne z punktu widzenia celu ustawy, a tym samym jest niezgodne z art. 64 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Brak dematerializacji wszystkich akcji

W kontekście dotychczasowych wątpliwości jawi się jeszcze jedno pytanie: co w przypadku braku dematerializacji wszystkich akcji? Ustawodawca nie przewidział takiej sytuacji. Wydaje się, że wraz z upływem zastrzeżonego przez ustawodawcę terminu papierowe akcje zostaną unicestwione, a kapitał zakładowy powinien być obniżony.

Na tle tak zarysowanego problemu należy wyróżnić dwie sytuacje. Pierwsza to taka, w której kapitał zakładowy spółki jest powyżej minimalnego i możliwe jest jego obniżenie, np. w związku z procedurą automatycznego umorzenia akcji. Drugi stan faktyczny to taki, w którym spółka ma minimalny kapitał zakładowy, a przez to jego obniżenie nie jest możliwe.

W przypadku pierwszego stanu faktycznego spółka, w której nie wszyscy akcjonariusze zdeponowali swoje akcje, powinna doprowadzić do statutu możliwość automatycznego umarzenia akcji zgodnie z art. 359 § 6 k.s.h. Natomiast zasadniczy problem jawi się w przypadku drugiego stanu faktycznego. Do czasu automatycznego umorzenia akcji, zgodnie z treścią art. 359 § 6 k.s.h., spółka powinna podwyższyć kapitał zakładowy na tyle, by następnie móc go obniżyć o wartość niezdematerializowanych akcji. Nie budzi wątpliwości, że niezależnie od stanu faktyczny będzie to sytuacja uciążliwa dla spółki wymagająca szeregu czynności.

Podsumowanie

Wprowadzenie transparentności w zakresie akcjonariatu spółki akcyjnej oraz spółki komandytowo-akcyjnej może być o tyle zrozumiałe, że zarówno polski, jak i unijny ustawodawca zmierzają do ograniczania anonimowości w obrocie gospodarczym. Jednak sposób, w jaki zostało to przeprowadzone, wydaje się nieproporcjonalny w stosunku do zakładanych celów. Abstrahując od faktu, że uzasadnienie projektu bywa miejscami kuriozalne, to wydaje się, że ograniczenie możliwości dochodzenia swoich praw udziałowych przez wspólników jest niezgodne z ustawą zasadniczą. Ponadto przyznanie dodatkowych uprawnień o charakterze quasi-sądowym podmiotom prywatnym należy również ocenić negatywnie, w szczególności, że ustawodawca nie przewidział moż-

liwości sądowej kontroli nad decyzjami podejmowanymi przez podmiot prowadzący rejestr. Celem nowelizacji było uproszczenie funkcjonowania akcji w obrocie, jednak tak przeprowadzona digitalizacja papierów wartościowych nie realizuje tego celu. W świetle takich argumentów trudno jest zgodzić się z twierdzeniem znajdującym się w uzasadnieniu nowelizacji, że wprowadzona nowelizacja dokonuje ewolucji w spółkach komandytowo-akcyjnych oraz akcyjnych. Przeciwnie – przedstawione argumenty przekonują, że zmiana ma charakter rewolucyjny dla funkcjonowania spółek komandytowo-akcyjnych oraz akcyjnych. Rodzi się zatem pytanie: czy rzeczywiście istniała konieczność dematerializacji akcji we wszystkich spółkach komandytowo-akcyjnych i akcyjnych, czy może wystarczyłoby zrezygnować z akcji na okaziciela?

Wykaz literatury

- Bączyk M., Koziński M.H., Michalski M., Pyziół W., Szumański A., Weiss I., *Papiery wartościowe*, Zakamycze, Kraków 2000.
- Grzybowski S., [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, Ossolineum, Warszawa 1976.
- Jakubiec A., *Opcja jako instrument finansowy rynku kapitałowego. Analiza cywilnoprawna*, Uniwersytet Łódzki, Łódź 2014.
- Kappes A., *Charakter prawny akcji jako papieru wartościowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 3.
- Michalski M., [w:] A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 301–633*, t. 2, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Michalski M., *Uwagi krytyczne w zakresie zniesienia anonimowości jako cechy konstytutywnej spółki akcyjnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2020, nr 3.
- Opalski A., [w:] S. Sołtysiński, *System prawa prywatnego*, t. 17B, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Popiołek W., *Akcja – prawo podmiotowe*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Romanowski M., [w:] A. Szumański, *System prawa prywatnego*, t. 18, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J., *Kodeks spółek handlowych*, t. 3: *Spółka akcyjna. Komentarz do artykułów 301–490*, C.H. Beck, Warszawa 2013.

Summary

Dematerialisation of shares of non-public companies – evolution or revolution?

Keywords: trade law, dematerialisation, shares, joint-stock company, register of shareholders.

On March the 1st of 2021, the shares of all joint-stock companies and limited joint-stock partnerships were dematerialized. According to the legislator, the introduced amendment was supposed to be evolutionary, but

the introduced legal norms revolutionize the way companies operate in terms of share registration by introducing a register of shareholders. The article presents doubts as to the legal consequences arising in connection with the amendment to the Commercial Companies Code, including their compliance with the Constitution. The amendment introduced, contrary to the legislator's claims, is not evolutionary, but revolutionary, and has not been preceded by an analysis of its impact on the functioning of joint-stock companies and limited joint-stock partnerships. Should be assessed as critical transfer of competence quasi-governmental authority to private entities engaged in the register of shareholders without the introduction of an appropriate system of judicial supervision.

Jakub Jan Zięty

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-1243-3394

jakub.ziety@uwm.edu.pl

Rozpoznanie skargi złożonej w trybie art. 227 Kodeksu postępowania administracyjnego na działalność organów spółki komunalnej

Zdarza się niejednokrotnie, że osoby niezadowolone z działalności organów spółek komunalnych próbują zainteresować tymi sprawami organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego. Takiej możliwości doszukują się w złożeniu skargi w trybie art. 227 k.p.a. Skarga ta uznawana jest za środek kontroli organów o charakterze *actionis popularis*¹. Jest ona wnoszona w związku z już podjętym działaniem organu (podmiotu), ewentualnie w związku z brakiem takiego działania, i ma na celu zwrócenie uwagi właściwym organom na wszelkie nieprawidłowości powstałe w wyniku takiego działania lub zaniechania². Przedmiotu skargi nie można zatem odnosić wyłącznie do postępowań administracyjnych kończących się decyzją administracyjną czy innych czynności materialno-technicznych podlegających zaskarżeniu w trybie właściwych przepisów administracyjnych. Może ona dotyczyć każdego innego przejawu funkcjonowania organów. Zgodnie z postanowieniem NSA z 4 kwietnia 2012 r., I OSK 717/12³, treść art. 227 k.p.a. należy rozpatrywać „(...) w kontekście art. 221 § 1 i 2 k.p.a., który określa krąg ich adresatów.

¹ Zob. J. Lang, *Współdziałanie administracji ze społeczeństwem*, Warszawa 1985, s. 79; wyrok WSA w Krakowie z 20 czerwca 2017 r., sygn. akt II SAB/Kr 92/17, CBOSA. W konsekwencji braku uznania rozstrzygnięcia, niezależnie od formy, jaką ono przyjmuje, za akt władczy w orzecznictwie uznaje się, że nie podlega on kwalifikacji jako akt z art. 3 § 2 pkt 5 i 6 p.p.s.a. (jako akt prawa miejscowego i inny akt organów jednostek samorządu terytorialnego). Akty informacyjne – a za takie uznaje się rozstrzygnięcia skarg – nie są przedmiotem kontroli sądu administracyjnego. Por. postanowienie NSA z: 27 czerwca 2014 r., sygn. akt I OSK 1424/14; 20 listopada 2013 r., sygn. akt II OSK 2783/13; 18 listopada 2013 r., sygn. akt I OSK 2621/13, CBOSA. Z uwagi na charakter skargi dopuszczalne jest złożenie jej przez organ stanowiący j.s.t. na inny organ, np. organ stanowiący innej j.s.t. Por. wyrok WSA w Warszawie z 6 kwietnia 2017 r., sygn. akt II SA/Wa 75/17, CBOSA.

² Tak: wyrok WSA w Poznaniu z 20 lutego 2019 r., sygn. akt IV SA/Po 45/19, CBOSA.

³ CBOSA.

Przedmiotem skargi może być zatem każda negatywna ocena działalności podmiotu powołanego do wykonywania zadań państwa lub innego podmiotu, np. organizacji społecznej, któremu zlecono zadania z zakresu administracji publicznej, oraz ich pracowników i funkcjonariuszy”. Samo postępowanie skargowe jest samodzielnym jednoinstancyjnym uproszczonego i kończy się czynnością materialno-techniczną⁴. Uchwała organów stanowiących, zawierająca w swej treści rozstrzygnięcie skargi, nie stanowi aktu z zakresu administracji publicznej⁵. Nie rozstrzyga bowiem w sposób władczy o prawach lub obowiązkach skarżącego mających podstawę w normie prawa materialnego. Jest on rodzajem aktu informującego, a nie władczego⁶. W literaturze, z uwagi na tak ukształtowany charakter, skargi dostrzega się jej znikomą skuteczność prawną⁷. Jednak w praktyce można spotkać się ze skargami składanymi na działalność organów spółek komunalnych, w szczególności prezesów ich zarządów. W judykaturze i doktrynie prezentowane jest przeważające stanowisko o niewłaściwości rozpoznawania tych skarg przez organy stanowiące j.s.t. Czy jednak to stanowisko jest prawidłowe w odniesieniu do członków zarządu i rad nadzorczych? Jedynie na marginesie powyższych kwestii można zadać pytanie: czy uznanie skargi za zasadną ma wyłącznie wymiar moralny piętnując nieprawidłowe działania, czy zaniechania? A także, czy uchwała uznająca skargę za zasadną może wywoływać skutki w sferze prawnej odpowiedzialności osoby, której działanie lub zaniechanie było jej przedmiotem?⁸

⁴ Tak w postanowieniu NSA z 19 stycznia 2012 r. sygn. akt II OSK 2692/11, CBOSA. Zob. też: wyrok WSA w Gdańsku z 27 lutego 2019 r., sygn. akt II SA/Gd 825/18, CBOSA. Przy czym wszczęcie postępowania skargowego, jako odrębnego postępowania, następuje jedynie w przypadku, gdy sprawa, której skarga dotyczy, nie jest ani nie może być przedmiotem jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego. Por. wyrok WSA w Szczecinie z 29 kwietnia 2020 r., sygn. akt I SAB/Sz 13/20, CBOSA.

⁵ Forma w jakiej organ rozstrzyga skargę nie ma wpływu na kwalifikację postępowania i wydanego aktu. Por. postanowienie WSA w Gdańsku z 27 lutego 2019 r., sygn. akt II SA/Gd 825/18, CBOSA. Zgodnie z nim jeżeli formą działania organu jest uchwała, to z uwagi na jednoinstancyjne postępowanie nie przysługuje od niej skarga.

⁶ Postanowienie WSA w Białymstoku z 30 listopada 2015 r., sygn. akt II SA/Bk 682/15, CBOSA.

⁷ T. Sierzputowski, *Ograniczenia dotyczące funkcjonariuszy gminnych przy wykonywaniu zadań publicznych*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 4, s. 14–24.

⁸ Można postawić wstępną tezę, że ustalone w toku rozstrzygania skargi okoliczności mogą stanowić element brany pod uwagę w innych postępowaniach, np. w stosunkach służbowych czy pracowniczych. W tym wypadku ustalony stan faktyczny będzie stanowił element dowodowy w innych postępowaniach. W tej kwestii w jednym z orzeczeń wypowiedział się NSA w sprawie dotyczącej oceny pracy dyrektora szkoły. Zgodnie z wyrokiem NSA z 29 kwietnia 2020 r., I OSK 379/20, CBOSA, skarga przewidziana w art. 227 k.p.a. jedynie uzupełnia środki ochrony wolności i praw konstytucyjnych ale ich nie zastępuje. Stanowisko zajęte przez organ rozpatrujący skargę nie zastąpi oceny pracy dyrektora szkoły przewidzianej w art. 6a ust. 6 w zw. z art. 91d pkt 3 Karty nauczyciela, jak również postępowania dyscyplinarnego, któremu na mocy art. 75 ust. 1 Karty nauczyciela, podlegają nauczyciele. Wyrażając stanowisko co do zasadności skargi na działalność dyrektora szkoły, rada gminy nie wejdzie w kompetencje zastrzeżone dla organów wskazanych w tych przepisach, gdyż jej ocena nie wywoła skutków przypisanych tym instytucjom

Skarga w rozumieniu art. 227 k.p.a.

Jak wcześniej wskazano, przedmiotem skargi w trybie art. 227 k.p.a. może być w szczególności zaniedbanie lub nienależyte wykonywanie zadań przez właściwe organy albo przez ich pracowników, naruszenie praworządności lub interesów skarżących, a także przewlekłe lub biurokratyczne załatwianie spraw. Przedmiotem skargi może być zatem negatywna ocena działalności podmiotu powołanego do wykonywania zadań państwa lub innego podmiotu, np. organizacji społecznej, któremu zlecono zadania z zakresu administracji publicznej, oraz ich pracowników i funkcjonariuszy. Tak określony zakres nie tworzy katalogu zamkniętego spraw, które mogą stać się przedmiotem skargi⁹. W konsekwencji może ona dotyczyć czynności prawnych lub faktycznych¹⁰, bez względu na możliwość ich kwalifikacji na tle przepisów p.p.s.a. Ustawodawca nie przewidział formy w jakiej skarga ma być wnoszona. Wystarczy zatem, że pismo skierowane do właściwego organu będzie odpowiadało jednocześnie dwóm warunkom: 1) nie będzie posiadać cech środka prawnego uregulowanego w Kodeksie postępowania administracyjnego lub procedurach szczególnych; 2) będzie zawierać zarzut wadliwej działalności organu lub jego pracownika¹¹. Postępowanie skargowe będzie wszczynane w przypadku, gdy skarga nie daje podstaw do żądania wszczęcia postępowania administracyjnego ogólnego ani szczególnego, a także nie może stanowić podstawy wniesienia powództwa ani wniosku czy skargi zmierzających do wszczęcia postępowania sądowego¹². Jak wcześniej wskazano, skargi mogą być wnoszone w zasadzie w każdej formie (m.in. pisemnie, mailowo, ustnie do protokołu). Osoba je wnosząca powinna wskazać jedynie przedmiot swojego niezadowolenia i podmiot, którego jej zdaniem błędne lub nieprawidłowe działania są powodem złożenia skargi. Warto pamiętać, że w sytuacji gdy składający nie wskazał wprost podstawy swojego

prawnym. M. Safjan nie wyklucza możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych m.in. w przypadku uwzględnienia skargi na bezczynność i zaniechanie przez organy administracji publicznej. Zob. M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Warszawa 2009, s. 76–77.

⁹ Por. postanowienie NSA z 4 kwietnia 2012 r., sygn. akt I OSK 717/12, CBOSA. Zgodnie z uzasadnieniem tego orzeczenia, „przepis art. 227 k.p.a. zawiera przykładowe wyliczenie okoliczności, które mogą być przedmiotem skargi. Uregulowanie to należy rozpatrywać w kontekście art. 221 § 1 i 2 k.p.a., który określa krąg ich adresatów. Przedmiotem skargi może być zatem każda negatywna ocena działalności podmiotu powołanego do wykonywania zadań państwa lub innego podmiotu, np. organizacji społecznej, któremu zlecono zadania z zakresu administracji publicznej, oraz ich pracowników i funkcjonariuszy”. Zob. też: M. Zmełty, *Skarga i wniosek jako środek ochrony interesów jednostki względem organów administracji publicznej*, „Administracja” 2015, nr 1, s. 226–247.

¹⁰ P. Kledzik, *Postępowanie administracyjne w sprawie skarg i wniosków*, Wrocław 2012, s. 35.

¹¹ Tak: J. Starościak, [w:] E. Iserzon, J. Starościak, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1964, s. 241.

¹² Por. post. NSA z 13 grudnia 2012 r., sygn. akt I FSK 1629/12, CBOSA.

działania (choćby przepisu), to co do zasady, o tym czy pismo zawiera skargę czy inny wniosek, decyduje jego treść. Jeżeli będzie z niej wynikać niezadowolone osób składających pismo z określonych działań lub ich braku, a nie będzie można uznać to za inny środek prawny, to z dużą dozą prawdopodobieństwa należy zakwalifikować je jako skargę¹³. Właściwa kwalifikacja treści pisma jest o tyle istotna, że jedynie skarga w rozumieniu przepisów k.p.a. rozpoczyna postępowanie skargowe¹⁴.

Z punktu widzenia osoby zainteresowanej rozpoznaniem złożonej skargi jest wskazanie organu (podmiotu) właściwego do jej rozpatrzenia¹⁵. Zasada jest, że organami właściwymi do rozpatrzenia skargi są organy sprawujące nadzór nad działalnością organu, którego skarga dotyczy. Pomocniczo do ustalenia organu właściwego do rozpatrzenia skargi stosuje się art. 229 i 230 k.p.a.¹⁶ Zgodnie z art. 229 pkt 3 k.p.a., jeżeli przepisy szczególne nie określają innych organów właściwych do rozpatrzenia skarg, organem właściwym do rozpatrzenia skargi dotyczącej zadań lub działalności burmistrza i kierowników gminnych jednostek organizacyjnych jest rada gminy¹⁷. Zgodnie z art. 238 § 1 k.p.a. załatwienie skargi następuje przez zawiadomienie (pismo) zawierające: oznaczenie organu, od którego pochodzi; wskazanie, w jaki sposób skarga została załatwiona; oraz podpis z podaniem imienia, nazwiska i stanowiska służbowego osoby upoważnionej do załatwienia skargi. Zawiadomienie o odmownym załatwieniu skargi powinno zawierać ponadto uzasadnienie faktyczne i prawne oraz pouczenie o treści art. 239 k.p.a. W orzecznictwie wskazuje się, że odmowne załatwienie skargi oznacza zarówno jej zwrot skarżącemu, jak i przekazanie skargi zgodnie z właściwością, uznanie za bezzasadną czy pozostawienie bez rozpoznania¹⁸. Z uwagi na fakt, że postępowanie skargowe jest postępowaniem jednoinstancyjnym, to w odniesieniu do wszelkiego rodzaju pism kwalifikowanych jako odwołanie od roz-

¹³ Por. wyrok NSA z 3 stycznia 2013 r., sygn. akt I OSK 1760/12, CBOSA.

¹⁴ Por. K. Koralewska-Pietrzak, *Skarga w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego jako actio popularis*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2010, nr 78, s. 60.

¹⁵ Ustawodawca wskazując na właściwość organu odnowi się do pojęcia rozpatrzenia skargi nie zaś załatwienia. To krótkie wskazanie jest istotne, bowiem organ rozpatrujący skargę nie będzie tym samym, który ma kompetencje do załatwienia sprawy będącej jej przedmiotem. Por. P.M. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.

¹⁶ Art. 230 k.p.a. dotyczy właściwości organów przy rozpatrywaniu skarg na działalność organów organizacji społecznych.

¹⁷ W przypadku gdy organ (podmiot), do którego została skierowana skarga, jest niewłaściwy do jej rozpoznania, powinna być ona przekazana do podmiotu właściwego, informując o tym skarżącego, albo wskazać mu właściwy organ. Odnośnie propozycji ewentualnych rozwiązań w zakresie sporów kompetencyjnych zob. E. Wójcicka, *Postępowanie uproszczone w sprawie skarg i wniosków – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2016, nr 7–8, s. 233–235. W odniesieniu do przepisów regulujących szczególną właściwość organów w zakresie skarg, zob. M. Jaśkowska, [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, 2020, Lex.

¹⁸ Por. wyrok WSA w Szczecinie z 20 marca 2013 r., sygn. akt II SA/Sz 1313/12.

strzygnięcia skargi organ wyższego stopnia powinien, zgodnie z treścią art. 134 k.p.a., wydać postanowienie niedopuszczalność odwołania. Jeżeli „odwołanie” zostało wniesione do sądu administracyjnego, ten powinien odrzucić skargę na uchwałę organu stanowiącego.

Zakres przedmiotowy skargi na organy spółek komunalnych

Jak wcześniej wskazano, przedmiotem skargi może być działanie lub zaniechanie podmiotu powołanego do wykonywania zadań państwa. Jeżeli przyjmemy, że w zakresie w jakim j.s.t. wykonuje swoje zadania przy wykorzystaniu formy spółki, to realizuje ona zadania publiczne. W tym zakresie choćby teoretycznie niewłaściwe wykonywanie zadań mogłoby być przedmiotem skargi. W szczególności może to dotyczyć zadań z zakresu gospodarki komunalnej. Zadania te służą bowiem zaspokojeniu zbiorowych potrzeb i dotyczą newralgicznych spraw, np. dostaw wody czy energii. Tym samym można by dopuścić skargę na niewłaściwe działania organów spółek dotyczące spraw, które nie mogą być przedmiotem innych postępowań zarówno sądowych, jak i przed właściwymi organami nadzoru czy kontroli, np. sprawy z zakresu konkurencji lub zatwierdzania taryf. Jednak nawet przy takim założeniu konieczne byłoby wskazanie organu (podmiotu) właściwego do rozpoznania takiej skargi.

Podmioty właściwe do rozpatrzenia skargi na organy spółek komunalnych

Poczynione wyżej uwagi ogólne dotyczące art. 227 k.p.a. należy odnieść do kwestii dopuszczalności wnoszenia skarg na członków zarządu spółek samorządowych czy członków rad nadzorczych, a także na działalność wymienionych organów *in gremio*. W praktyce tego typu skargi z reguły wnoszone są do organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego (rad gmin, rad powiatów, sejmików wojewódzkich) lub organów wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego (wójtów, zarządów powiatu, zarządów województwa)¹⁹.

¹⁹ Celem wnoszonych skarg na prezesów czy szerszej organy spółek komunalnych jest również zainteresowanie szerszego grona sprawą skarżącego. Można spotkać się ze skargami wnoszonymi przez podmioty niezadowolone z wyników przetargu, osoby niezadowolone z wysokości opłaty przyłączeniowej czy ze sposobu zarządzania spółką komunalną. Chęć zainteresowania działalnością podmiotu organ stanowiący, a w zasadzie radnych, może mieć wymiar praktyczny zwiany chociażby ze skorzystaniem przez tych ostatnich z uprawnień do indywidualnej kontroli w spółkach z udziałem gminy, wynikających z art. 24 ust. 2 u.s.g.

W odniesieniu do członków zarządu, w tym prezesów spółek komunalnych, zastanowienia wymaga, czy właściwości organów skargowych nie reguluje art. 229 pkt 3 k.p.a.²⁰ Zgodnie z nim skargi na kierowników gminnych jednostek organizacyjnych rozpoznaje rada gminy. Próba rozstrzygnięcia powyższej kwestii wymaga odpowiedzi na pytanie, jaki jest zakres pojęcia gminnej jednostki organizacyjnej. To zagadnienie było i jest przedmiotem dyskusji w doktrynie, szczególnie w kontekście rozróżniania w ustawach pojęć „gminna jednostka organizacyjna” i „jednostka organizacyjna gminy”. Te dwa z pozoru zbieżne sformułowania nie posiadają jednak takiego samego zakresu znaczeniowego²¹. W doktrynie wskazuje się, że pojęcie „gminna jednostka organizacyjna” oznacza jednostkę utworzoną przez gminę w celu realizacji zadań gminy. Andrzej Szewc w kontekście cywilnoprawnym dzieli gminne jednostki organizacyjne na dwie kategorie: 1) samorządowe osoby prawne – jednostki wyposażone w osobowość prawną niezależną od cywilnej osobowości ich macierzystej jednostki samorządu terytorialnego; 2) jednostki organizacyjne niemające takiej podmiotowości, lecz wchodzące w skład osoby prawnej, jaką jest ich macierzysta jednostka samorządu terytorialnego²². Autor ten zauważa, że pojęcie gminnych jednostek organizacyjnych może być ujmowane szeroko (obejmując zarówno gminne osoby prawne jak i inne jednostki organizacyjne) i wąsko (obejmując wyłącznie jednostki organizacyjne, które nie zostały wyposażone w osobowość prawną)²³. Tak określonym zakresom w zasadzie odpowiada podział „gminnych jednostek organizacyjnych” na „gminne osoby prawne” i „jednostki organizacyjne gminy”²⁴. Gminnymi osobami prawnymi byłyby gminne jednostki organizacyjne, które zostały wyposażone w osobowość prawną (w tym momencie na marginesie pozostawiam dyskusję na temat tego, jakie jednostki uznajemy za gminne osoby prawne, w zakresie wpływu na nią przez jednostkę samorządu terytorialnego). Natomiast pojęcie „jednostka organizacyjna gminy” oznaczałoby gminną jednostkę organizacyjną, która jest częścią struktury organizacyjnej gminy (tj. samorządowy zakład budżetowy czy jednostka budżetowa)²⁵. Przy takim ujęciu pojęcia gminnych jednostek organizacyjnych art. 229 ust. 3 k.p.a. może odnosić się również do prezesów spółek gminnych. Jednak z uwagi na pomocniczy charakter określenia wła-

²⁰ Podstawą rozpoznawania skarg na organy spółki komunalnej nie może być w mojej ocenie art. 227 pkt 7 k.p.a.

²¹ Zob. B. Dolnicki, *Gminne jednostki organizacyjne a jednostki organizacyjne gminy*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, t. XXXIV, s. 67–70; J.J. Zięty, *Glosa do wyroku NSA z 12.03.2019 r., I OSK 657/19, dotyczącego kontrolowania spółek komunalnych przez radę gminy (glosa częściowo krytyczna)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 7, s. 40–47.

²² Por. A. Szewc, *O pojęciu „jednostka organizacyjna” w polskim prawie samorządu terytorialnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 3, s. 105 i nast.

²³ Por. A. Szewc, [w:] A. Szewc, G. Jyz, Z. Pławewski, *Ustawa o samorządzie gminnym, Komentarz*, Warszawa 2012, s. 132–133.

²⁴ B. Dolnicki, op. cit., s. 67–68.

²⁵ Por. wyrok NSA z 15 lipca 2009 r., sygn. akt II OSK 664/09; B. Dolnicki, op. cit., s. 67.

ściwości organów wskazany w art. 229 k.p.a., wniosek taki w tym zakresie może być niezasadny.

Spółka handlowa podlega reżimowi ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, z uwzględnieniem odmienności wynikających z ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej. Rada nadzorcza spółki, jako jej organ nadzorczy, winna sprawować stały, bezpośredni nadzór nad działalnością spółki wykonywaną przez jej zarząd, we wszystkich dziedzinach prowadzonej przez nią działalności. To właśnie ta kwestia wydaje się rozstrzygająca w zakresie podmiotu właściwego do rozpatrywania skarg na prezesów spółek samorządowych. Biorąc pod uwagę powyższe, skargi na członków zarządu, ale także na zarząd powinny być rozpatrywane właśnie przez radę nadzorczą danej spółki, a w przypadku jej złożenia organowi wykonawczemu czy stanowiącemu jednostki samorządu terytorialnego, powinny one przekazać skargę właściwej radzie nadzorczej do rozpoznania jako organowi właściwemu.

Natomiast w przypadku skargi na członków rady nadzorczej lub całą radę nadzorczą, nie będzie możliwe pomocnicze zastosowanie art. 229 pkt. 3 k.p.a. Przepis ten odnosi się do organów zarządzających, a zatem nie do organów nadzoru czy kontroli w spółce. W tym zakresie zatem należy zastosować ogólną zasadę, że organem właściwym jest organ nadzorujący działalność rady nadzorczej. Za taki organ w odniesieniu do spółek można uznać zgromadzenie wspólników w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością lub walne zgromadzenie akcjonariuszy w spółce akcyjnej. To w jego kompetencjach jest powoływanie członków rad nadzorczych, a także udzielanie absolutorium za okres sprawowania funkcji czy zatwierdzanie sprawozdania finansowego spółki i sprawozdania zarządu, a także rozstrzyganie kwestii wnoszenia roszczeń przeciwko członkom organów. Tym samym walne zgromadzenie sprawuje nadzór nad prawidłowością realizacji zadań przez radę nadzorczą i każdego z jej członków. Tym samym możliwe jest uznanie właściwości zgromadzenia wspólników jako organu właściwego do rozpatrzenia skargi na działalność rady nadzorczej lub poszczególnych jej członków. Zaproponowane wyżej rozwiązanie może budzić pewne wątpliwości w świetle niektórych orzeczeń NSA. W orzecznictwie tego sądu pojawiła się bowiem linia akceptująca możliwość kontroli spółek z udziałem j.s.t. przez organ stanowiący j.s.t. Takie stanowisko zaprezentował NSA w wyroku z 12 marca 2019 r., I OSK 657/19²⁶. Przyjęcie tej rozszerzającej interpretacji może sugerować również dopuszczalność rozpatrywania skarg na członków rad nadzorczych przez organ stanowiący j.s.t. Jednak przeciwko temu stanowisko przemawia to, że rada byłaby jedynie organem kontroli, nie zaś nadzoru. To ostatnie pojęcie jest szersze. Kompetencje nad-

²⁶ Zob. odmienne stanowisko niż w prezentowany orzeczeniu J.J. Zięty, op. cit., s. 40–47. Zob. też G. Węgrzyn, *Zakres uprawnień kontrolnych rady gminy. Omówienie do wyroku NSA z dnia 29 sierpnia 2019 r., I OSK 657/19*, „Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych” 2019, nr 4, s. 82–88.

zorcze posiadałoby jednak zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie akcjonariuszy. Tym samym to właśnie te organy mogłyby rozpatrywać skargi na członków rady nadzorczej lub skargi na radę nadzorczą *in gremio*.

W odniesieniu natomiast do skarg na organ wykonawczy wykonujący uprawnienia właścicielskie w spółkach w imieniu j.s.t., za właściwy organ należy uznać organ stanowiący j.s.t. Za takim stanowiskiem przemawia przedmiot ewentualnego niezadowolenia, a zatem podjęte działania, np. sposób głosowania w określonej sprawie będącej przedmiotem obrad zgromadzenia wspólników lub podjętej uchwały czy przegłosowane decyzje. W tym zakresie nie będzie kontrolowana działalność spółki, ale sposób wykonywania uprawnień właścicielskich. Ma to szczególne znaczenie w przypadku, gdy działalność tych podmiotów jest oceniana przez pryzmat realizacji przez spółki zadań powierzonych z punktu widzenia celu powierzenia. Ponadto w przypadku gdy zostały ustanowione programy realizowane przez spółki, kontroli podlegałoby realizacja przez organ wykonawczy działań zgodnie z przyjętymi strategiami przez organ stanowiący.

Podsumowanie

Mając na względzie poczynione wyżej uwagi, można dopuścić w określonych przypadkach możliwość złożenia skargi w trybie art. 227 k.p.a. na sposób realizacji zadań publicznych przez spółki komunalne. Zakres tych spraw nie będzie zbyt szeroki, choć może dotyczyć chociażby przewlekłości rozpatrywania pism, skargi na sposób rozpoznania sprawy (o ile nie przysługuje skarżącemu roszczenie cywilne). Podmiotami mogącymi rozpatrywać te sprawy będą (w zależności od organu będącego podmiotem skargi): rada nadzorcza, zgromadzenie wspólników lub jeżeli skarga dotyczy wykonywania uprawnień właścicielskich – organ stanowiący j.s.t. Ewentualne wniesienie skargi do organu stanowiącego może spowodować podjęcie uchwały o przekazaniu jej organowi właściwemu, tj. radzie nadzorczej lub walnemu zgromadzeniu. Zagadnienie wskazywane w niniejszym artykule pokazują, jak niedoskonałe są obecne regulacje dotyczące spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego, a szerzej: regulacje dotyczące działalności komunalnej samorządu. Podstawowy problemem sygnalizowanym w doktrynie i orzecznictwie jest brak jednoznacznego określenia zakresu znaczeniowego pojęcia „jednostki organizacyjnej gminy” i gminnej jednostki organizacyjnej”. Skutkiem takiego stanu jest m.in. omówiona w niniejszym rozdziale wątpliwość co do możliwości rozpatrzenia skarg; już to pokazuje, że warto jest rozważyć zmianę obowiązujących przepisów.

Wykaz literatury

- Dolnicki B., *Gminne jednostki organizacyjne a jednostki organizacyjne gminy*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, t. XXXIV.
- Iserzon E., Starościan J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1964.
- Jaśkowska M., Wilbrandt-Gotowicz M., Wróbel A., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, 2020, Lex.
- Kledzik P., *Postępowanie administracyjne w sprawie skarg i wniosków*, Presscom, Wrocław 2012.
- Koralewska-Pietrzak K., *Skarga w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego jako actio popularis*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2010, nr 78.
- Lang J., *Współdziałanie administracji ze społeczeństwem*, Książka i Wiedza, Warszawa 1985.
- Przybysz P.M., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Sierżputowski T., *Ograniczenia dotyczące funkcjonariuszy gminnych przy wykonywaniu zadań publicznych*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 4.
- Szewc A., *O pojęciu „jednostka organizacyjna” w polskim prawie samorządu terytorialnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 3.
- Szewc A., Jyż G., Pławewski Z., *Ustawa o samorządzie gminnym, Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Węgrzyn G., *Zakres uprawnień kontrolnych rady gminy. Omówienie do wyroku NSA z dnia 29 sierpnia 2019 r., I OSK 657/19*, „Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych” 2019, nr 4.
- Wójcicka W., *Postępowanie uproszczone w sprawie skarg i wniosków – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2016, nr 7–8.
- Zięty J.J., *Glosa do wyroku NSA z 12.03.2019 r., I OSK 657/19, dotyczącego kontroliowania spółek komunalnych przez radę gminy (glosa częściowo krytyczna)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 7.
- Zmety M., *Skarga i wniosek jako środek ochrony interesów jednostki względem organów administracji publicznej*, „Administracja” 2015, nr 1.

Summary

Examination of a complaint submitted under Art. 227 of the Code of Administrative Procedure on the activities of the bodies of a municipal company

Keywords: economic law, public utility company, municipal economy, the complaint to the authorities, public tasks.

The subject of the article is the assessment of the admissibility of bringing an action within the meaning of Art. 227 of the Code of Administrative Procedure on the authorities of a municipal company. Despite the occurrence of such cases, it turns out to be a problem to determine the authority competent

to handle complaints. In this article, the author analyzes the competence of bodies authorized to consider complaints against members of the management board, members of the supervisory board, or both. The author concludes that the relevant entities to consider these complaints are, respectively, the management board, the supervisory board and the supervisory board, the shareholders' meeting (general meeting of shareholders). On the other hand, in the case of a complaint against the executive body, the competent body to consider it remains the decision-making body of the local government unit.

Łukasz Karczyński

Uniwersytet Gdański

ORCID: 0000-0002-9549-0473

lk@prawo.univ.gda.pl

**Glosa do wyroku Naczelnego Sądu
Administracyjnego z 6 czerwca 2018 r.,
II FSK 1525/16, dotycząca polecenia darczyńcy
a podatku od spadków i darowizn**

Teza glosowanego orzeczenia

Na gruncie spornego przepisu (art. 7 ust. 2 ustawy o podatku od spadków i darowizn) słowo „obciążony” odnosi się bezpośrednio do obowiązku – „został obciążony obowiązkiem wykonania polecenia”. (...) Z literalnej treści analizowanego przepisu wynika zatem, że obciążenie obowiązkiem (...) odnosi się do wykonania polecenia („o ile polecenie zostało wykonane”) bez różnicowania na charakter i rodzaj tegoż polecenia.

Glosa

Sednem glosowanego wyroku jest stwierdzenie, wedle którego wykonanie polecenia darczyńcy skutkuje obniżeniem podstawy opodatkowania darowizny podatkiem od spadków i darowizn nie tylko, gdy polecenie prowadzi do uszczuplenia w majątku obdarowanego, ale także wtedy, gdy uszczuplenie nie następuje (w rozstrzyganym przez NSA przypadku obdarowana, na polecenie darczyńcy, zakupiła nieruchomość ze środków otrzymanych w darowiznie). Po ogłoszeniu orzeczenia w mediach natychmiast pojawiły się liczne komentarze wieszczące „rewolucję w podatku od spadków i darowizn”, a nawet „koniec podatku od spadków i darowizn”¹. Czy słusznie? Dotychczasowe orzeczenia

¹ Por. np. P. Dudek, *Koniec podatku od spadków i darowizn*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 7 czerwca 2018 r.; A. Tarka, *Darowizna z poleceniem bez podatku – przełomowy wyrok NSA*, „Rzeczpospolita” z 7 czerwca 2018 r.

wojewódzkich sądów administracyjnych, zapadłe po ogłoszeniu głosowanego wyroku, nie potwierdziły tej tezy – są one jednak nieprawomocne². Niebawem należy się zatem spodziewać kolejnych orzeczeń NSA w analogicznych sprawach. Biorąc ponadto pod uwagę zróżnicowane stanowisko doktryny³, temat podjęty przez NSA w głosowanym wyroku nie może być uznany za wyczerpany.

Głosowane orzeczenie rozpała wyobraźnię wszystkich zainteresowanych, ponieważ przyjęcie stanowiska zaprezentowanego w nim przez NSA prowadziłoby do tego, że podatku od darowizn pieniężnych można by unikać w zupełnie banalny sposób. Wystarczyłoby zastrzegać w umowach konkretny cel, na który ma zostać przeznaczona kwota darowizny, i wydatkować ją zgodnie z tym zastrzeżeniem. Tak właśnie stało się w przedmiotowej sprawie, gdzie kwota darowizny miała być w części przekazana mężowi obdarowanej, a w pozostałej części – której dotyczył spór – przekazana osobie trzeciej na pokrycie ceny nieruchomości, która miałaby być od niej przez obdarowaną nabyta.

Na potrzeby glosy stan faktyczny sprawy może zostać ustalony wyłącznie na podstawie treści uzasadnienia głosowanego wyroku oraz wyroku sądu I instancji w tej samej sprawie⁴. Pewne jego elementy pozostają zatem niedopowiedziane, co nieco utrudnia kompleksową analizę sprawy. Niemniej jednak w głosowanym orzeczeniu NSA skonstatował, iż z treści umowy darowizny wynikało, że obdarowana wspólnie z mężem miała zamiar nabycia pewnej konkretnej nieruchomości. Celem darowizny było przekazanie obdarowanej środków pieniężnych na nabycie tejże nieruchomości. W umowie darowizny postanowiono, że jej część w kwocie 65 000 zł obdarowana winna przekazać wskazanej z imienia i nazwiska osobie sprzedającej nieruchomość (tej części dotyczył spór), a pozostała kwota w wysokości 55 000 zł miała zostać przekazana mężowi obdarowanej (w tej części sporu nie było – organy podatkowe uznały istnienie polecenia obniżającego podstawę podatku). Także z uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji wynikało, że celem umowy darowizny było przekazanie konkretnej osobie środków pieniężnych na nabycie przez obdarowaną i jej małżonka nieruchomości w konkretnej miejscowości.

W świetle tych ustaleń należy postawić pytanie: czy w przedmiotowej sprawie mamy w ogóle do czynienia z poleceniem? A jeżeli tak, to czy przedmiotem polecenia jest na pewno – jak przyjął NSA – samo tylko przekazanie kwoty pieniężnej osobie sprzedającej nieruchomość?

² Wyroki WSA w Warszawie z 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt III SA/Wa 2822/18 i z 6 października 2020 r., sygn. akt III SA/Wa 296/20, III SA/Wa 297/20.

³ Por. głosę krytyczną: A. Hanusz, A. Lipińska, *Polecenie jako ciężar darowizny w podatku od spadków i darowizn. Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 czerwca 2018 r., II FSK 1526/16*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2019, nr 1, s. 137 i nast. oraz głosę aprobującą: K. Smoter, *Glosa aprobująca do wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 czerwca 2018 r. w sprawach II FSK 1525/16 i II FSK 1526/16*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 51, s. 227 i nast.

⁴ Wyrok WSA w Poznaniu z 14 stycznia 2016 r., sygn. akt I SA/Po 1734/15.

NSA w głosowanym wyroku na oba te pytania odpowiedział pozytywnie, a następnie przytoczył argumentację na kanwie zakazu wykładni rozszerzającej prawa podatkowego i wskazał na podstawie wykładni językowej art. 7 ust. 1 i 2 u.p.s.d.⁵, że przepis ten definiuje polecenie jako jeden z „ciężarów”, pomniejszających podstawę opodatkowania. Skutkowało to postawieniem tezy o obniżeniu podstawy opodatkowania podatkiem od spadków i darowizn przez każde polecenie – także takie, które nie wiąże się z uszczupleniem majątku obdarowanego. Zdaniem NSA polecenie takie stanowi bowiem obciążenie, o którym mowa w art. 7 ust. 2 u.p.s.d., do czego nawiązuje także dalsza część tego przepisu – „wartość obciążenia z tego tytułu stanowi ciężar spadku (zapisu) lub darowizny” odnosi się do wykonania polecenia („o ile polecenie zostało wykonane”) bez różnicowania na charakter i rodzaj tegoż polecenia.

Przechodząc do oceny tak zarysowanego stanowiska, należy wskazać, iż NSA słusznie twierdzi, że przez polecenie, o którym mowa w ustawie o podatku od spadków i darowizn, należy rozumieć polecenie, o którym mowa w Kodeksie cywilnym⁶. Ustawy podatkowe nie definiują jednak tego terminu w odmienny sposób, a skoro ustawa o podatku od spadków i darowizn generalnie dotyczy przedmiotów opodatkowania stanowiących czynności cywilnoprawne, to także ów kontekst potwierdza zasadność przyjęcia wykładni terminu „polecenie” w zgodzie z pojęciem ustalonym na gruncie prawa cywilnego.

Wprawdzie w doktrynie prawa cywilnego istnieją pewne kontrowersje co do charakteru i istoty polecenia, jednak panuje zgoda, że nie może ono dotyczyć wykonania świadczenia, w związku z którym osoba trzecia stałaby się wierzycielem (takie zastrzeżenie, zwane *pactum in favorem tertii*, nie stanowi zatem polecenia)⁷. Wynika to wprost z definiującego polecenie art. 893 k.c., zgodnie z którym *darczyńca może włożyć na obdarowanego obowiązek oznaczonego działania lub zaniechania, nie czyniąc nikogo wierzycielem*. Jeżeli zatem umowa zobowiązywałaby obdarowanego do spełnienia świadczenia (tu: zapłaty ceny) na rzecz określonej osoby, to zgodnie z art. 393 § 1 k.c.⁸

⁵ Ustawa z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1813 ze zm.), dalej jako u.p.s.d.; brzmienie przedmiotowych przepisów w stanie prawnym sprawy rozstrzyganej przez NSA w głosowanym wyroku było tożsame z obecnie obowiązującym.

⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.), dalej jako k.c.; brzmienie istotnych w sprawie przepisów w stanie prawnym rozstrzyganej sprawy było tożsame z obecnie obowiązującym.

⁷ Por. np. M. Wilejczyk, *Darowizna obciążona poleceniem*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 5, s. 67; K.P. Sokołowski, *Darowizna z poleceniem a negotium mixtum cum donatione w praktyce notarialnej*, „Rejent” 2011, nr 4, s. 51 i nast.; R. Trzaskowski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5: *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2017, s. 637; M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2: *Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, Warszawa 2015, s. 855.

⁸ Jeżeli w umowie zastrzeżono, że dłużnik spełni świadczenie na rzecz osoby trzeciej, osoba ta, w braku odmiennego postanowienia umowy, może żądać bezpośrednio od dłużnika spełnienia zastrzeżonego świadczenia.

czyniłaby ją wierzycielem, chyba że co innego wynikałoby z umowy. W opisie stanu faktycznego przedmiotowej sprawy brakuje jednak informacji o tym, czy przedmiotowa umowa darowizny wyłączała roszczenie osoby trzeciej (sprzedającej nieruchomości) o wykonanie świadczenia zastrzeżonego w tej umowie na jej rzecz, czy też nie. Gdyby takiego wyłączenia nie było, to umowa ta nie zawierałaby w ogóle polecenia⁹. W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się bowiem – choć nie bez kontrowersji – że przypadek darowizny wzbogaconej o *pactum in favorem tertii* należy kwalifikować jako tzw. darowiznę obciążliwą, a nie darowiznę z poleceniem¹⁰. Gdyby zatem w przedmiotowej sprawie występowała darowizna obciążliwa, to cała argumentacja NSA, dotycząca analizy skutków podatkowoprawnych polecenia, byłaby bezprzedmiotowa.

Możliwe jednak, że poczynione w przedmiotowej umowie zastrzeżenie istotnie, w związku z odpowiednią treścią umowy darowizny, stanowiło polecenie. Jeśli tak było, to tak czy inaczej istnieje powód, dla którego rozumowanie NSA nie było prawidłowe. Mianowicie zarówno organy podatkowe, jak i obydwa sądy rozstrzygające omawianą sprawę, jako ciężar darowizny traktują obowiązek przekazania przez obdarowaną określonej kwoty pieniężnej na rzecz osoby sprzedającej nieruchomości. Nie wydaje się to właściwe. Jak bowiem wynika z uzasadnień wyroków zapadłych w pierwszej i drugiej instancji, umowa darowizny przewidywała nie tyle obowiązek wykonania świadczenia pieniężnego na rzecz sprzedającej, ile obowiązek zawarcia umowy sprzedaży jako taki. WSA w Poznaniu podkreślał, że celem umowy darowizny było obdarowanie skarżącej w celu nabycia nieruchomości; NSA widział zaś w umowie wyrażony *explicite* zamiar zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości. Oceniając zatem charakter rzeczowego polecenia, trudno abstrahować od tych postanowień umownych. Z opisu treści umowy w uzasadnieniach sądów zdaje się wynikać,

⁹ W doktrynie prawa cywilnego nie wykształcono jednolitego stanowiska w zakresie tego, czy wyraźnego postanowienia umownego wymaga uczynienie osoby trzeciej wierzycielem (w przeciwnym razie mamy do czynienia z poleceniem), czy też przeciwnie – wyraźne musi być wyłączenie skutku *pactum in favorem tertii*. Szerzej na ten temat: M. Wilejczyk, op. cit., s. 71–72.

¹⁰ Por. ibidem, s. 71. Darowiznę obciążliwą niektórzy przedstawiciele doktryny kwalifikują ponadto jako umowę mieszaną, składającą się w części z darowizny, a w części z umowy odpłatnej (*negotium mixtum cum donatione*). Por. K.P. Sokołowski, op. cit., s. 57 i nast. (autor dochodzi jednak do konkluzji, że przeważające poglądy doktryny o rozłączności darowizny z poleceniem i darowizny obciążliwej są błędne, a darowizna z poleceniem jest w istocie szczególnym rodzajem *negotium mixtum cum donatione*); J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1642; R. Trzaskowski, op. cit., s. 641–643; M. Safjan, op. cit., s. 855. Jeszcze dalej idzie K. Mularski, stwierdzając, że polecenie w ogóle nie może polegać na jakimkolwiek obowiązku mającym skutki majątkowe – K. Mularski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2: Art. 450–1088, Warszawa 2016, s. 1271–1272. Przy takim założeniu normy ustawy o podatku od spadków i darowizn, dotyczące zmniejszenia podstawy opodatkowania o wartość polecenia, stanowiłyby normy puste, nieznajdujące nigdy zastosowania. Na potrzeby niniejszej publikacji przyjęta została terminologia zaproponowana przez M. Wilejczyk (darowizna z poleceniem nie czyni wierzycielem osoby trzeciej, a darowizna obciążliwa go nim czyni – przy czym żadna z nich nie stanowi *negotium mixtum cum donatione*).

że polecenie w przedmiotowej sprawie polegało raczej na obowiązku zawarcia konkretnej umowy sprzedaży, aniżeli na wykonaniu abstrakcyjnego świadczenia pieniężnego. Obdarowana w ramach polecenia została zatem obciążona całościowym obowiązkiem zawarcia umowy, podobnie jak do zawarcia umowy zobowiązują się strony umowy przedwstępnej. Nie ma tu też znaczenia ewentualna okoliczność, że obdarowana zamierzała kupić tę nieruchomość z własnej woli, skoro zawarcie umowy sprzedaży zostało wskazane jako cel darowizny.

W związku z powyższym nie sposób twierdzić, że tak rozumiane polecenie miało jakąkolwiek konkretną wartość, która mogłaby stanowić ciężar w rozumieniu art. 7 ust. 2 u.p.s.d.¹¹ Zawarcie umowy sprzedaży, jako umowy ekwiwalentnej, ze swej istoty¹² co do zasady nie zmniejsza ani nie zwiększa majątku żadnej ze stron. Obciążenie poleceniem zawarcia (względnie wykonania) umowy sprzedaży ma zatem zerową wartość, przez co nie może stanowić ciężaru w rozumieniu art. 7 ust. 2 u.p.s.d.

Kwestionując podobne stanowisko zajęte przez sąd pierwszej instancji, NSA posługuje się bardzo mocnymi stwierdzeniami, opartymi na dyspozycji art. 217 Konstytucji. Twierdzi, że interpretacja odmienna niż przezeń zastosowana wykraczałaby poza językowe granice wykładni przepisów art. 7 ust. 1 i 2 u.p.s.d., naruszając tym samym konstytucyjną zasadę wyłączności ustawy w regulacji nakładania danin publicznych. Stanowisko to popiera Karol Smoter, wskazując – podobnie jak NSA – że skoro ustawa nie rozróżnia polecenia na korzyść osoby trzeciej i polecenia na korzyść obdarowanego, to *lege non distinguente* również interpretator każde polecenie powinien traktować w ten sam sposób¹³. Argument ten uważam za wadliwy. Ustawa wyraźnie bowiem wskazuje w art. 7 ust. 2 u.p.s.d., że ciężarem darowizny jest „wartość obciążenia z tytułu polecenia”, a nie samo obciążenie poleceniem. O ile zatem faktycznie nie można twierdzić, że tylko polecenie na korzyść osoby trzeciej stanowi polecenie, o którym mowa w art. 7 ust. 1 i 2 u.p.s.d., o tyle z literalnej wykładni treści art. 7 ust. 2 u.p.s.d. wynika, że wykonanie polecenia stanowi ciężar darowizny tylko w zakresie wartości obciążenia poleceniem (obniżającej tym samym rzeczywistą wartość darowizny). Pozostaje to w harmonii z cywilnoprawną stroną stosunku prawnego darowizny; wszak już 100 lat temu Marcel Planiol pisał, że tylko polecenie na rzecz osoby trzeciej powoduje zmniejszenie przysporzenia o wartość tego ciężaru¹⁴. Taka wykładnia współgra tak-

¹¹ Z którego wynika, że jeżeli obdarowany został obciążony obowiązkiem wykonania polecenia, to „wartość obciążenia z tego tytułu” stanowi ciężar darowizny.

¹² Przyjęcie ceny nieekwiwalentnej skutkowałoby raczej umową mieszaną, częściowo nieodpłatną.

¹³ K. Smoter, op. cit., s. 231-234.

¹⁴ *Gdy z wypełnienia ciężaru powinna korzystać sama obdarowana osoba, szczodroblivość jej uczyniona zachowuje zawsze charakter darmy, bez różnicy, czy dotyczy to darowizn, czy zapisów. (...) Wszelki ciężar, dodany do darowizny lub zapisu, na korzyść osoby trzeciej ma jako niezbędny skutek zmniejszenie wysokości szczodroblivości o całą wartość ciężaru. (...) Szczodroblivość*

że z rudymentami konstrukcji podatku od spadków i darowizn, obciążającego nieodpłatne przysporzenia majątkowe¹⁵. Skoro zatem celem regulacji jest obciążenie nabyciem zwiększających majątek obdarowanego, to absurdem byłoby twierdzenie, że darowizna, w wyniku której obdarowana nabywa nieruchomości, miałaby być wolna od podatku, zwłaszcza że – wbrew stanowisku NSA i K. Smotera – wynika to wystarczająco jasno z treści art. 7 ust. 2 u.p.s.d. NSA i K. Smoter zdają się po prostu pomijać to, że polecenie w przedmiotowej sprawie obejmowało nie tylko zapłatę ceny, ale także nabycie własności nieruchomości – sprowadzało się ono bowiem do polecenia zakupu nieruchomości za pieniądze otrzymane w darowiznie.

Antoni Hanusz i Agata Lipińska – jako argument pozwalający kwestionować stanowisko NSA – wskazują także charakter prawny darowizny, samą jej istotę¹⁶. Faktycznie, w przedmiotowej sprawie suma obu poleceń (55 000 zł i 65 000 zł) była równa sumie darowizny (120 000 zł). W doktrynie prawa cywilnego podkreśla się zaś, że skoro istotą darowizny jest przysporzenie w majątku obdarowanego, to darowizna obarczona poleceniem, którego wartość jej równa lub większa od świadczenia darczyńcy, jest nieważna na podstawie art. 58 § 1 k.c.¹⁷ Czynność nieważna nie mogłaby zaś w ogóle wywoływać obowiązku podatkowego w zakresie podatku od spadków i darowizn. Po pierwsze jednak, stanowisko doktryny prawa cywilnego w tym zakresie wcale nie jest jednolite¹⁸, a po drugie, jak już wskazano, rzeczywista wartość polecenia związanego z zapłatą ceny nieruchomości była zerowa, skoro treścią polecenia było w istocie zawarcie umowy wzajemnej o ekwiwalentnych świadczeniach. Nie da się więc obronić tezy, że istotą darowizny w przedmiotowej sprawie nie było przysporzenie w majątku obdarowanej. Majątek obdarowanej w wyniku darowizny ewidentnie się bowiem zwiększył (wartość tejże darowizny obniżyło tylko polecenie na korzyść męża, a nie obniżyło polecenie na korzyść samej obdarowanej).

Przyjęte tu założenie rodzi dodatkowe pytanie: czy skoro zapłata ceny stanowi element wykonania polecenia, to czy osoba sprzedająca nieruchomość podlega obowiązkowi podatkowemu w związku z nabyciem środków pieniężnych w drodze polecenia darczyńcy (art. 6 ust. 1 pkt 5 u.p.s.d.)? Warto zwrócić uwagę na przedostatni akapit uzasadnienia głosowanego wyroku, w którym NSA wyraźnie sugeruje istnienie dodatkowego obowiązku podatkowego z tytułu odrębnego zdarzenia, którym zapewne miałyby być właśnie nabycie z polecenia darczyńcy.

przypuszcza zawsze wzbogacenie się, nabycie, na istotnym zaś tym elemencie zbywa, jeżeli przypuścimy, że, według brzmienia samego rozporządzenia, korzyść z takowego nie należy osoby pozornie obdarowanej. Por. M. Planiol, Podręcznik prawa cywilnego. O darowiznach i testamentach, Warszawa 1922, s. 198–199.

¹⁵ Tzw. argument ze struktury głębokiej podatku.

¹⁶ A. Hanusz, A. Lipińska, op. cit., s. 143.

¹⁷ R. Trzaskowski, op. cit., s. 645; podobnie K. Mularski, op. cit., s. 1271.

¹⁸ Por. M. Wilejczyk, op. cit., s. 68, za: M. Planiol, op. cit., s. 198.

Przyjęte w niniejszej glosie założenie zdaje się implikować pozytywną odpowiedź na powyższe pytanie. Mimo to, wniosek taki byłby zbyt uproszczony i wbrew pozorom nie może być uznany za zasadny. Przede wszystkim należy zauważyć, że hipotetycznie można wskazać dwa możliwe tytuły nabycia środków pieniężnych przez zbywcę nieruchomości: umowa sprzedaży oraz polecenie darczyńcy. Jednak po pierwsze i najważniejsze, to umowa sprzedaży stanowi tytuł o podstawowym charakterze, bez którego samo polecenie nie miałoby dla tejże osoby sensu (nie sposób dostrzec w poleceniu samoistnego stosunku prawnego pomiędzy obdarowanym a korzystającym z wykonania polecenia)¹⁹. Po drugie, polecenie darczyńcy nie było zastrzeżone w interesie zbywcy nieruchomości, lecz osoby obdarowanej. Po trzecie zaś, kontekst przepisów art. 1 u.p.s.d., ustalającego zakres przedmiotowy podatku od spadków i darowizn, sugeruje, że wszystkie podlegające mu czynności mają charakter nieodpłatny – której to cechy w poleceniu zawarcia umowy sprzedaży (umowy wzajemnej i zasadniczo ekwiwalentnej) brakuje. Całokształt tych okoliczności prowadzi zatem do wniosku, że nabycie środków pieniężnych przez zbywcę nieruchomości nie nastąpiło w przedmiotowej sprawie tytułem polecenia darczyńcy, lecz tytułem umowy sprzedaży. Podlega ono zatem przepisom dotyczącym podatku dochodowym od osób fizycznych, a nie podatku od spadków i darowizn.

Wykaz literatury

- Dudek P., *Koniec podatku od spadków i darowizn*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 7 czerwca 2018 r.
- Jezioro J., [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Hanusz A., Lipińska A., *Polecenie jako ciężar darowizny w podatku od spadków i darowizn. Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 czerwca 2018 r., II FSK 1526/16*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2019, nr 1.
- Mularski K., [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2: Art. 450–1088, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Planiol M., *Podręcznik prawa cywilnego. O darowiznach i testamentach*, F. Hoesick, Warszawa 1922.
- Safjan M., [w:] K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2: Art. 450–1088. *Przepisy wprowadzające*, Warszawa 2015

¹⁹ Wydaje się, że (analogicznie) gdyby polecenie dotyczyło obowiązku darowania na rzecz osoby trzeciej pewnej części otrzymanej darowizny, to osoba ta podlegałaby opodatkowaniu z tytułu darowizny, a nie polecenia. Obecność polecenia w katalogu czynności opodatkowanych w ogóle jest zresztą dość zagadkowa, trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której polecenie stanowiłoby samoistny tytuł prawny pomiędzy darczyńcą i korzystającym z polecenia. Również M. Wilejczyk wskazuje, że polecenie nie stanowi samodzielnego stosunku zobowiązaniowego – M. Wilejczyk, op. cit., s. 67.

- Smoter K., *Glosa aprobuująca do wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 czerwca 2018 r. w sprawach II FSK 1525/16 i II FSK 1526/16*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 51.
- Sokołowski K.P., *Darowizna z poleceniem a negotium mixtum cum donatione w praktyce notarialnej*, „Rejent” 2011, nr 4.
- Tarka A., *Darowizna z poleceniem bez podatku – przełomowy wyrok NSA*, „Rzeczpospolita” z 7 czerwca 2018 r.
- Trzaskowski R., [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5: *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2017.
- Wilejczyk M., *Darowizna obciążona poleceniem*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 5.

Summary

Gloss to the decision of the Supreme Administrative Court of June 6th 2018, II FSK 1525/16 concerning donor's instruction and the gift and inheritance tax

Keywords: revenue law, tax law, gift and inheritance tax, instruction, donor, gift, donation, tax base, burden, obligation, debt.

The gloss concerns the controversial decision of the Supreme Administrative Court, according to which the donor's instruction, performed for the benefit of the donor himself, constitutes a burden that reduces the tax base of the gift and inheritance tax. The paper aims to critically analyze the argumentation presented by the court and to suggest a different way of solving legal interpretation problems in terms of the tax consequences of the donor's instruction. In the author's opinion, this judgment should be assessed as incorrect, primarily due to the omission of the essence of the instruction, which was not – as the Supreme Administrative Court seems to assume – the performance of an abstract consideration to a third party, but the conclusion of a sale agreement under which the recipient received ownership of real property without reducing his assets. Therefore, if as a result of the instruction there was no reduction in the assets of the recipient, the tax base should not be reduced either. This conclusion is also supported by a textual interpretation, as the Gift and Inheritance Tax Act refers to the “value of the burden” resulting from the instruction, and not to the bearing of the burden itself – which the court also seems not to notice. The value of the burden of the obligation to purchase the property is nil, as the result is that the recipient disposes of the cash, but at the same time acquires ownership of the property (assuming that the property is purchased at market price). Such an interpretation is also consistent with the general purpose of the Act (imposing a tax on purchases free of charge) and with the civil law's understanding of the instruction (an order to act in favour of the recipient himself does not reduce the value of his property in the light of private law).

Sylwia Łazarewicz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-1950-9993

sylwia.lazarewicz@uwm.edu.pl

**Glosa do wyroku Sądu Najwyższego
z 6 czerwca 2018 r., III CSK 403/16, dotycząca
niedopuszczenia wspólnika do udziału
w zgromadzeniu spółki kapitałowej
jako przyczyny stwierdzenia nieważności
podjętych uchwał**

Wprowadzenie i stan faktyczny

Wyrok SN z 6 czerwca 2018 r.¹ odnosi się do istotnego zarówno dla teorii, jak i praktyki zagadnienia – skutków niedopuszczenia wspólnika do udziału w zgromadzeniu spółki kapitałowej, w szczególności możliwości stwierdzenia na tej podstawie nieważności podjętych wówczas uchwał. Spór, który legł u podstaw rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, dotyczył zgodności z prawem uchwał akcjonariuszy, podjętych podczas zwyczajnego walnego zgromadzenia spółki akcyjnej. Uchwały w przedmiocie zatwierdzenia sprawozdania finansowego, pokrycia straty, udzielenia absolutorium członkom organów spółki oraz wyboru członków rady nadzorczej zaskarżył powództwem o stwierdzenie ich nieważności Skarb Państwa – minister Skarbu Państwa. Osoby reprezentujące Skarb Państwa jako akcjonariusza mniejszościowego spółki, mimo sta-
wiennictwa i dopełnienia wymogów formalnych, nie zostały bowiem wpuszczone na zgromadzenie.

Sądy obu instancji uznały, że Skarbowi Państwa przysługiwał status akcjonariusza pozwanej spółki². Przy czym Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo,

¹ Wyrok SN z 6 czerwca 2018 r., sygn. akt III CSK 403/16, Lex nr 2557164.

² Spór między spółką a jej akcjonariuszem mniejszościowym (Skarbem Państwa) dotyczył posiadania przez niego statusu wspólnika, a tym samym legitymacji do udziału w zgromadzeniu. Jak wskazano bowiem w uzasadnieniu wyroku, spółka podjęła uchwałę o przymusowym wykupie akcji akcjonariuszy reprezentujących nie więcej niż 5% kapitału zakładowego, a następnie ogłosiła

uznając, że bezzasadnie niedopuszczony do udziału w walnym zgromadzeniu powód został pozbawiony jednego z elementarnych praw wskazanych w ustawie, a zatem przy podejmowaniu zaskarżonych uchwał doszło do naruszenia prawa. Natomiast Sąd Apelacyjny, mimo potwierdzenia legitymacji czynnej powoda do udziału w walnym zgromadzeniu, uznał apelację spółki za zasadną i zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że powództwo oddalił. Skarb Państwa – minister Skarbu Państwa wniósł od tego wyroku skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego, zarzucając m.in. naruszenie prawa materialnego przez jego błędną wykładnię, tj. art. 425 § 1 k.s.h., poprzez uznanie, że podstawą stwierdzenia nieważności uchwał mogą być tylko takie uchybienia formalne, które wywarły wpływ na treść uchwał.

Sąd Najwyższy zauważył, że prawidłowemu stwierdzeniu w pisemnych motywach wyroku sądu drugiej instancji, iż podstawą nieważności uchwał wspólników mogą być tylko takie uchybienia formalne, które miały wpływ na treść uchwały, towarzyszył wadliwy wniosek, że bezzasadne niedopuszczenie przedstawicieli akcjonariusza do udziału w walnym zgromadzeniu pozwanej spółki przez fizyczne zablokowanie wejścia na salę obrad nie stanowi takiego naruszenia proceduralnych regulacji ustawowych, które są doniosłe z punktu widzenia treści podjętej uchwały, tj. mogły mieć wpływ na jej treść. Podzielając zatem stanowisko skarżącego, Sąd Najwyższy przyjął, że wobec bezpodstawnego i celowego uniemożliwienia wstępu przedstawicieli akcjonariusza na salę obrad walnego zgromadzenia, istnieją uzasadnione podstawy do stwierdzenia na podstawie art. 425 § 1 k.s.h. nieważności uchwał podjętych na tym zgromadzeniu, bez względu na to, czy głosy Skarbu Państwa miały wpływ na skuteczne powzięcie uchwały. Uchylił więc wyrok Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części i przekazał sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Najistotniejszym zagadnieniem prawnym analizowanym przez Sąd Najwyższy w głosowanym wyroku było określenie skutków zaistnienia uchybienia proceduralnego przy przeprowadzaniu zgromadzenia spółki kapitałowej w postaci bezzasadnego niedopuszczenia wspólnika do udziału w nim, w szczególności wpływu takiej wady na ważność podjętych uchwał.

Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego należy zaakceptować, choć tylko w odniesieniu do wskazanych, konkretnych okoliczności sprawy. Taka ocena orzeczenia nie powinna jednak prowadzić do uogólnionego wniosku o istnieniu podstawy do stwierdzenia nieważności uchwał wspólników podjętych na wadliwie zwołanym czy też wadliwie przeprowadzonym zgromadzeniu, bez względu na to, czy uchybienia proceduralne miały wpływ na treść i samo powzięcie uchwał.

wykaz unieważnionych akcji. Przy czym zapłata nastąpiła poprzez złożenie sumy odpowiadającej wartości akcji do depozytu sądowego, co zdaniem sądów obu instancji nie wywołało skutku w postaci spełnienia świadczenia, w konsekwencji czego Skarb Państwa zachował uprawnienia akcjonariusza.

Wady materialne i formalne uchwał wspólników spółek kapitałowych

Ustawodawca w Kodeksie spółek handlowych³ przewidział dwa powództwa służące zaskarżaniu wadliwych uchwał wspólników spółek kapitałowych – powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały sprzecznej z ustawą (art. 252 § 1 i odpowiednio art. 425 § 1 k.s.h.) oraz powództwo o uchylenie uchwały sprzecznej z umową spółki bądź dobrymi obyczajami i godzącej w interes(y) spółki lub mającej na celu pokrzywdzenie wspólnika (art. 249 § 1 i odpowiednio art. 422 § 1 k.s.h.).

Choć określenie przez ustawodawcę przesłanki stwierdzenia nieważności uchwały jako „sprzeczność uchwały z ustawą” nasuwa wniosek, że sankcja nieważności dotyczy tylko sprzeczności treści uchwały z przepisami prawa (nie obejmuje natomiast samych okoliczności powzięcia uchwały), to przyjąć należy, że sprzeczność uchwały z ustawą może polegać tak samo na niezgodności treści uchwały z przepisami prawa, jaki i na naruszeniu ustawowej procedury podejmowania uchwał⁴. Sprzeczność z prawem w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych oznacza zatem sprzeczność zarówno z normą merytoryczną, jak i kompetencyjną⁵. Nieuprawniony byłby bowiem wniosek, że rygor nieważności nie odnosi się do kwestii poprzedzających podjęcie uchwały – począwszy od zwołania zgromadzenia, poprzez jego odbycie, w tym podejmowanie uchwał, aż do formalnego stwierdzenia ich powzięcia i zaprotokołowania⁶. Nie jest możliwe oddzielenie w sposób mechaniczny ustawowo określonego trybu podejmowania uchwał od nadawanej im w tym trybie treści oraz od skutków, jakie wiążą się z powzięciem uchwały⁷. Poprzez przepisy proceduralne ustawodawca tworzy system zabezpieczeń, które służą zapewnieniu wspólnikom równych praw oraz ochrony ich interesów. Uzasadnione jest oczekiwanie, że zgromadzenie odbędzie się w sposób zgodny z regułami określonymi przez ustawodawcę, w przeciwnym razie możliwe będzie kwestionowanie podjętych wówczas uchwał⁸.

³ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1526 ze zm.).

⁴ R. Pabis, [w:] A. Opalski (red.), *Kodeks spółek handlowych*, t. 2B: *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Komentarz. Art. 227–300, Warszawa 2018, art. 252, nb 25.

⁵ M. Chomiuk, [w:] Z. Jara (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2020, art. 252, nb 9.

⁶ R. Pabis, [w:] J. Bieniał, M. Bieniał, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, M. Wawer, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 252, nb 3. Tak również K. Bilewska, [w:] Z. Jara (red.), op. cit., art. 425, nb 10.

⁷ M. Dumkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2020, art. 252, nt 4.

⁸ D. Wajda, *Jeszcze o uchybieniach formalnych przy podejmowaniu uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, [w:] J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych po 15 latach obowiązywania*, Warszawa 2018, s. 802.

Takie rozumienie przesłanki sprzeczności uchwały z ustawą jest powszechnie podzielane zarówno w nauce prawa⁹, jak i w orzecznictwie¹⁰.

Wpływ wad formalnych na treść i powzięcie uchwały

Nie budzi wątpliwości, że sprzeczność treści uchwały z ustawą zawsze powinna skutkować stwierdzeniem jej nieważności. Inaczej postrzegane jest jednak naruszenie przy podejmowaniu uchwały współników przepisów ustawowych normujących procedurę zwołania zgromadzenia, jego przebiegu, głosowań czy utrwalenia wyników. Choć Kodeks spółek handlowych odnosi skutek nieważności do każdej sprzeczności z ustawą, a brzmienie przepisów nie zawiera wymogu, by uchybienie formalne było istotne, to niejednokrotnie uzasadnione jest, by uchwała współników spółki kapitałowej – mimo naruszenia normy o charakterze proceduralnym i jej zaskarżenia powództwem o stwierdzenie nieważności – pozostała w obrocie¹¹. W orzecznictwie¹² wypracowano zatem stanowisko zakładające, że naruszenie przepisów ustawowych w ramach procedury podejmowania uchwał stanowi przesłankę stwierdzenia jej nieważności jedynie wówczas, jeżeli miało to lub co najmniej mogło mieć wpływ na treść lub samo powzięcie uchwały. Przy czym, jak słusznie zauważył choćby Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 27 lutego 2013 r.¹³, „przy ocenie,

⁹ Z nowszych wypowiedzi, poza już cytowanymi, także m.in. K. Bilewska, *Uchybienia proceduralne w procesie podejmowania uchwał a ich zaskarżanie w świetle przepisów art. 83 nowego kodeksu cywilnego*, [w:] T. Mróz, M. Stec (red.), *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, Warszawa 2012, s. 498–499; A. Szajkowski, M. Tarska, [w:] S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. 2: *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz do artykułów 151–300*, Warszawa 2014, s. 713–714; J. Szwaja, [w:] S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. 3: *Spółka akcyjna. Komentarz do artykułów 301–490*, Warszawa 2013, s. 1484–1485; R. Uliasz, *Nieważność uchwały zgromadzenia spółki kapitałowej*, Warszawa 2018, s. 326 i nast.; D. Wajda, *Nieważność uchwały a niedopuszczenie akcjonariusza do udziału w walnym zgromadzeniu – glosa do wyroku SN z 6.06.2018 r., III CSK 403/16*, „Glosa” 2020, nr 1, s. 23.

¹⁰ Z nowszych orzeczeń m.in. wyrok SN z 9 września 2010 r., sygn. akt I CSK 530/09, OSNC 2011, Nr 3, poz. 36; wyrok SN z 12 października 2012 r., sygn. akt IV CSK 186/12, Lex nr 1275001; wyrok SN z 19 grudnia 2013 r., sygn. akt II CSK 176/13, Lex nr 1433564; wyrok SA w Poznaniu z 24 marca 2010 r., sygn. akt I ACa 200/10, Lex nr 628182.

¹¹ R. Uliasz, op. cit., s. 452.

¹² Z nowszych orzeczeń m.in. wyrok SN z 9 września 2010 r., sygn. akt I CSK 530/09, OSNC 2011, Nr 3, poz. 36; wyrok SN z 12 października 2012 r., sygn. akt IV CSK 186/12, Lex nr 1275001; wyrok SA w Poznaniu z 23 lutego 2010 r., sygn. akt I ACa 86/10, Lex nr 628222; wyrok SA w Poznaniu z 24 marca 2010 r., sygn. akt I ACa 200/10, Lex nr 628182; wyrok SA we Wrocławiu z 1 marca 2012 r., sygn. akt I ACa 115/12, Lex nr 1130914; wyrok SA w Katowicach z 24 października 2012 r., sygn. akt V ACa 417/12, Lex nr 1298248; wyrok SA w Katowicach z 14 lutego 2013 r., sygn. akt V ACa 775/12, Lex nr 1286531.

¹³ Wyrok SA w Warszawie z 27 lutego 2013 r., sygn. akt I ACa 340/09, Lex nr 1298994. Podobnie wcześniej wyrok SN z 26 maja 1999 r., sygn. akt III CKN 261/98, OSNC 2000, Nr 1, poz. 7.

czy (...) uchybienia formalne miały wpływ na treść zaskarżonych uchwał, można posługiwać się jedynie oceną stopnia prawdopodobieństwa podjęcia innej uchwały”.

Nie ma uzasadnienia stanowisko, by stwierdzać nieważność uchwały wspólników, jeżeli naruszenie proceduralne nie tylko nie doprowadziło, ale nawet nie mogło doprowadzić do zniekształcenia woli wspólników wyrażonej w uchwale¹⁴. Przemawia za tym zwłaszcza wykładnia funkcjonalna, oparta na celu analizowanych przepisów. Uwzględniona zostaje bowiem w ten sposób złożoność i wysoki stopień sformalizowania określonych przez ustawodawcę reguł funkcjonowania spółek kapitałowych, w szczególności zasad przeprowadzania ich zgromadzeń wspólników (walnych zgromadzeń). Odmienne wykładnia byłaby w tej sytuacji zbyt restrykcyjna. Zwracał na to uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 12 października 2012 r.¹⁵, wyjaśniając, że „nie jest to (...) nie mające podstaw w art. 252 k.s.h. różnicowanie sprzeczności uchwały z ustawą, lecz taka wykładnia tego przepisu, która bierze pod uwagę nie tylko jego literalne brzmienie ale także cel dla którego ustawodawca wprowadził rygorystyczne przepisy regulujące zwoływanie zgromadzeń wspólników oraz procedurę podejmowania uchwał na tym zgromadzeniu”.

Automatyczne zastosowanie sankcji nieważności w odniesieniu do każdego uchybienia regulacjom ustawowym dotyczącym procedury podejmowania uchwał mogłoby w konsekwencji prowadzić do nieodwracalnych i niepożądanych skutków, jak choćby niemożność podjęcia (bez narażenia się na powództwo o stwierdzenie nieważności), po upływie sześciu miesięcy od zakończenia roku obrotowego, uchwał zastrzeżonych do kompetencji zwyczajnych zgromadzeń, nawet wówczas, gdy nie wystąpiło żadne inne naruszenie przepisów prawa dotyczące przebiegu zgromadzenia, ani treści tych uchwał¹⁶.

Stanowisko takie w dużej mierze podzielane jest również w nauce prawa¹⁷. Przy czym, jak słusznie wskazano, czynnik wpływu uchybień proceduralnych różnie bywa ujmowany w poszczególnych wypowiedziach sądów. Za prawnie relewantny uznawano wpływ uchybień na treść uchwały, na wynik głosowania czy też na powzięcie uchwały¹⁸, co jednak w istocie zdaje się sprowadzać do pytania, czy przy braku uchybień formalnych uchwała o takiej treści została by po prostu przez wspólników powzięta.

¹⁴ A. Nowacki, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, t. 2: *Komentarz. Art. 227–300 KSH*, Warszawa 2021, art. 252, nb 15.

¹⁵ Wyrok SN z 12 października 2012 r., sygn. akt IV CSK 186/12, Lex nr 1275001.

¹⁶ R. Pabis, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, M. Wawer, R. Zawłocki, op. cit., art. 252, nb 4.

¹⁷ Z nowszych wypowiedzi, poza już cytowanymi, także m.in. J. Szwaja, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, op. cit., t. 3, s. 1485; odmiennie jednak: M. Spyra, [w:] A. Szumański (red.), *System prawa handlowego*, t. 2B: *Prawo spółek handlowych*, Warszawa 2019, s. 488–489; J. Dąbrowska, *Zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, Warszawa 2016, s. 84–85.

¹⁸ K. Bilewska, *Uchybienia proceduralne w procesie...*, s. 501–502.

Przeciwnicy relatywizowania uchybień natury formalnej podnoszą argument o tworzeniu w ten sposób dodatkowej, pozakodeksowej (nieprzewidzianej przez ustawodawcę) przesłanki nieważności uchwał spółników¹⁹. Wskazują przy tym, że będzie ona godziła w uprawnienia spółników mniejszościowych. Nie bez znaczenia pozostają również trudności w określeniu granicy pomiędzy uchybieniami proceduralnymi, które mogłyby wywrzeć wpływ na treść lub samo powzięcie uchwały a tymi, które wywrzeć takiego wpływu nie byłyby w stanie²⁰.

Ustalając zatem wpływ wad proceduralnych na ważność uchwał spółników spółek kapitałowych, należy unikać automatyzmu i w każdym przypadku dokonywać ocen z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego stanu faktycznego²¹. W świetle takich postulatów ryzykowne jest więc kwalifikowanie *a priori* danych rodzajów wadliwości jako istotnych i tworzenie tym samym abstrakcyjnych katalogów wad formalnych, których wystąpienie zawsze lub prawie zawsze uzasadnia stwierdzenie przez sąd nieważności dotkniętych nimi uchwał²².

Mimo wskazanych ryzyk i kontrowersji, analiza orzecznictwa pokazuje, że pewne regulacje proceduralne mają charakter fundamentalny, a ich naruszenie z większym prawdopodobieństwem skutkuje uwzględnieniem powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały spółników. Wśród takich nie tylko orzecznictwo, ale i przedstawiciele nauki prawa wskazują przepisy, które stanowią gwarancje należytego odbywania zgromadzeń (lub podejmowania uchwał poza) oraz respektowania uprawnień spółników do uczestniczenia w zgromadzeniu i wykonywania prawa głosu²³. Niektórzy z autorów, w oparciu o wypowiedzi sądów, zaproponowali więc nawet swoje katalogi uchybień, które z jednej strony powinny skutkować wyeliminowaniem uchwały i jej skutków z obrotu, z drugiej zaś stwierdzenia nieważności co do zasady nie uzasadniają, bo ze swej istoty nie wpływają zwykle na treść ani powzięcie

¹⁹ Dostrzegali wagę tych argumentów autorzy projektu księgi pierwszej nowego Kodeksu cywilnego (Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy ministrze sprawiedliwości: *Księga pierwsza kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa październik 2008), w którym zasada relewancji została normatywnie uwzględniona w treści proponowanego przepisu art. 83 § 1 n.k.c., stanowiącego, że „jeżeli uchybienia przy podejmowaniu uchwały nie miały wpływu na jej podjęcie, uchwała jest ważna”. Projektodawca zdecydował się więc na nadanie podstawy ustawowej obecnej od dawna w orzecznictwie zasadzie, że uchybienia proceduralne „mniejszej wagi”, nawet w sytuacji ich stwierdzenia, nie oddziałują na ważność uchwał. Szerzej: K. Bilewska, *Uchybienia proceduralne w procesie...*, s. 498 i 503.

²⁰ M. Chomiuk, [w:] Z. Jara (red.), op. cit., art. 252, nb 13; M. Spyra, [w:] A. Szumański (red.), op. cit., s. 488–489.

²¹ Tak: D. Wajda, *Jeszcze o uchybieniach formalnych...*, s. 805–806 oraz R. Pabis, [w:] A. Opalski (red.), op. cit., art. 252, nb 28.

²² D. Wajda, *Nieważność uchwały a niedopuszczenie...*, s. 23; eadem, *Jeszcze o uchybieniach formalnych...*, s. 805–806.

²³ R. Pabis, [w:] A. Opalski (red.), op. cit., art. 252, nb 28.

uchwały²⁴. Jedną z okoliczności, która niewątpliwie ma szczególne znaczenie z punktu widzenia prawidłowości przeprowadzania zgromadzenia jest zarówno niedopuszczenie do udziału w nim osób do tego legitymowanych, jak i umożliwienie udziału (zwłaszcza w głosowaniach) osób do tego nieuprawnionych.

Niedopuszczenie osób uprawnionych do udziału w zgromadzeniu oraz udział osób nieuprawnionych w głosowaniu na zgromadzeniu jako przyczyny stwierdzenia nieważności powziętych uchwał

Prawo do udziału w zgromadzeniu jest jednym z najważniejszych praw wspólnika w spółce kapitałowej. Poprzez jego realizację uzyskuje on możliwość korzystania z dalszych uprawnień korporacyjnych, takich jak branie udziału w dyskusji, zadawanie pytań czy wreszcie głosowanie²⁵. W ramach przeprowadzanych zgromadzeń, w odniesieniu do udziału w nich, dochodzić może do sytuacji dwojakiego rodzaju, tj. dopuszczenia osób do tego nieuprawnionych, ale i bezzasadnego niedopuszczenia uprawnionych wspólników lub ich przedstawicieli. Przy czym, jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 17 maja 2018 r.²⁶, „za »bezzasadne niedopuszczenie« uznawane jest bezpodstawne odmówienie wspólnikowi (akcjonariuszowi) lub pełnomocnikowi prawa uczestniczenia w zgromadzeniu przez niewpuszczenie lub usunięcie z sali obrad, błędne zinterpretowanie przepisu przewidującego wyłączenie prawa głosu, niesłuszne podważenie udzielonego pełnomocnictwa, uniemożliwienie wzięcia udziału w dyskusji lub w głosowaniu, jak też wszelkie przyczyny niemające uzasadnienia w przepisach prawa”.

O ile dopuszczenie do udziału w zgromadzeniu osób nieuprawnionych, tak jak i umożliwienie im głosowania nad uchwałami wspólników, samo w sobie stanowi naruszenie reguł formalnych przeprowadzania zgromadzenia, to jednak skutki takiego uchybienia wydają się być odwracalne. Tym samym głosowanie osób nieuprawnionych nie powinno powodować nieważności uchwały, o ile rozkład głosów wskazuje, że bez ich udziału i tak doszłoby do jej powzięcia.

Zgoda z inną sytuacją mamy do czynienia, gdy udział w zgromadzeniu zostaje bezzasadnie uniemożliwiony osobom do tego uprawnionym. Nie jest wówczas możliwe ustalenie, czy uchwała o określonej treści z udziałem takich osób zostałaby powzięta, czy też nie. Na tak postawione pytanie nie pozwoli bowiem uzyskać odpowiedzi wykonanie prostej operacji matematycznej, polegającej na porównaniu siły głosów pozbawionego swojego prawa wspólnika

²⁴ Swoje katalogi uchybień formalnych i ich skutków wskazali m.in. R. Pabis: *ibidem*, art. 252, nb 28; K. Bilewska, *Uchybienia proceduralne w procesie...*, s. 503–504.

²⁵ D. Wajda, *Nieważność uchwały a niedopuszczenie...*, s. 22.

²⁶ Wyrok SA w Warszawie z 17 maja 2018 r., sygn. akt VII AGa 565/18, Lex nr 2601092.

i zbadanie wyniku głosowania po hipotetycznym zsumowaniu ich z głosami oddanymi za uchwałą, przeciw lub wstrzymującymi się. Bezzasadnie niedopuszczony do udziału w zgromadzeniu wspólnik poza prawem głosu zostaje również pozbawiony możliwości udziału w dyskusji, zadawania pytań czy wreszcie ujawnienia na zgromadzeniu istotnych informacji, jeśli takowe posiada. Tym samym nie jest możliwe nawet hipotetycznie przewidzenie wpływu (bądź jego braku) obecności wspólnika na decyzje pozostałych uczestników głosowania. W takiej sytuacji wskazanie na znikomą liczbę głosów przysługujących skarżącemu, a przez to brak jego wpływu na treść uchwały, usprawiedliwiałaby permanentny brak zawiadomień tego wspólnika o zgromadzeniach, czego nie sposób aprobować²⁷.

Podsumowanie

Jak wynika z powyższego, słusznie w głosowanym wyroku przyjął Sąd Najwyższy, że bezpodstawne i celowe niewpuszczenie przedstawicieli wspólnika na salę obrad zgromadzenia, bez względu na posiadaną przez niego liczbę głosów, stanowi uchybienie formalne mające wpływ na skuteczne powzięcie uchwał.

Niezasadną byłaby konstatacja, że nieważność uchwały może wynikać wyłącznie z niedopuszczenia wspólnika, którego głosy mogłyby zmienić wynik głosowania. Żaden przepis Kodeksu spółek handlowych nie wiąże bowiem prawa do udziału w zgromadzeniu ani z liczbą posiadanych udziałów (akcji), ani z siłą głosu wspólnika²⁸.

Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego należy traktować jako stwierdzenie istnienia wpływu na powzięcie uchwał uchybienia proceduralnego w postaci uniemożliwienia uprawnionemu akcjonariuszowi udziału w zgromadzeniu w okolicznościach tego konkretnego przypadku. Przy czym istotne jest, że Sąd Najwyższy opowiedział się za fundamentalnym charakterem prawa wspólnika do udziału w zgromadzeniu, przeciwdziałając tym samym pokusie jego naruszania względem wspólników mniejszościowych. Nie wydaje się uzasadnione dopatrywanie się w tej wypowiedzi zmiany dotychczasowej linii orzeczniczej²⁹ na zakładającą brak konieczności badania możliwości zaistnienia takiego wpływu i przyjmowania nieważności w każdym przypadku naruszenia ustawowej procedury zwołania lub przeprowadzenia zgromadzenia. Słusznie

²⁷ R. Pabis, [w:] A. Opalski (red.), op. cit., art. 252, nb 28.

²⁸ K. Oleszczuk, *Pozbawienie akcjonariusza prawa udziału w obradach jako przyczyna nieważności uchwały*, dodatek, [w:] R.L. Kwaśnicki, P. Letolec (red.), *Prawo spółek w orzecznictwie Sądu Najwyższego (2016–2018) – okiem praktyków*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 19, s. 49–50.

²⁹ Tak jak się wydaje: J. Halaś, *Skutki niedopuszczenia akcjonariusza do udziału w walnym zgromadzeniu – glosa do wyroku SN z 6.06.2018 r., III CSK 403/16*, „Glosa” 2021, nr 2, s. 83.

wskazano, że zapoczątkowanie takiego nurtu w orzecznictwie niosłoby ze sobą negatywne konsekwencje dla praktyki i rodziło poważne obawy co do pojawienia się zwiększonej liczby tzw. szantażystów korporacyjnych³⁰.

Wciąż aktualna pozostaje zatem konieczność oddzielania uchybień proceduralnych „mniejszej wagi”, tj. takich, które w danych okolicznościach nie mogłyby nawet wpłynąć na powzięcie uchwały, od tych o znaczeniu fundamentalnym, tj. taki wpływ mogących wywrzeć. Nie traci bowiem na znaczeniu, przemawiająca za wyeliminowaniem z obrotu uchwały sprzecznej z ustawą, potrzeba przestrzegania prawa przez jego uczestników, z drugiej zaś strony uwzględnienie wartości uzasadniających utrzymanie uchwały w obrocie, tj. bezpieczeństwo oraz stabilność stosunków prawnych spółki³¹.

Wykaz literatury

- Bieniak J., Bieniak M., Nita-Jagielski G., Oplustil K., Pabis R., Rachwał A., Spyra M., Suliński G., Tofel M., Wawer M., Zawłocki R., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Bilewska K., *Uchybienia proceduralne w procesie podejmowania uchwał a ich zaskarżanie w świetle przepisów art. 83 nowego kodeksu cywilnego*, [w:] T. Mróz, M. Stec (red.), *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Dąbrowska J., *Zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Dumkiewicz M., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Halaś J., *Skutki niedopuszczenia akcjonariusza do udziału w walnym zgromadzeniu – glosa do wyroku SN z 6.06.2018 r., III CSK 403/16*, „Glosa” 2021, nr 2.
- Jara Z. (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Nowacki A., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, t. 2: *Komentarz. Art. 227–300 KSH*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Oleszczuk K., *Pozbawienie akcjonariusza prawa udziału w obradach jako przyczyna nieważności uchwały*, dodatek, [w:] R.L. Kwaśnicki, P. Letolc (red.), *Prawo spółek w orzecznictwie Sądu Najwyższego (2016-2018) – okiem praktyków*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 19.
- Opalski A. (red.), *Kodeks spółek handlowych*, t. 2B: *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz. Art. 227–300*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J., *Kodeks spółek handlowych*, t. 3: *Spółka akcyjna. Komentarz do artykułów 301–490*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J., *Kodeks spółek handlowych*, t. 2: *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz do artykułów 151–300*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Szumański A. (red.), *System prawa handlowego*, t. 2B: *Prawo spółek handlowych*, C.H. Beck, Warszawa 2019.

³⁰ D. Wajda, *Nieważność uchwały a niedopuszczenie...*, s. 24.

³¹ R. Uliasz, op. cit., s. 453.

- Uliasz R., *Nieważność uchwały zgromadzenia spółki kapitałowej*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Wajda D., *Jeszcze o uchybieniach formalnych przy podejmowaniu uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, [w:] J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych po 15 latach obowiązywania*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Wajda D., *Nieważność uchwały a niedopuszczenie akcjonariusza do udziału w walnym zgromadzeniu – glosa do wyroku SN z 6.06.2018 r., III CSK 403/16*, „Glosa” 2020, nr 1.

Summary

Commentary on the Supreme Court Judgment of 6 June 2018, III CSK 403/16 concerning non-admission of a shareholder to participate in the meeting of a capital company as a reason for declaring the adopted resolutions invalid

Keywords: Commercial Companies Code, capital companies, the invalidity of a shareholders' resolution, formal defect, participation in general meeting.

The commented judgment concerns the invalidation of the resolutions adopted at the general meeting of a company, in which representatives of a minority shareholder were unreasonably forbidden to participate. This issue, however, is related to a broader problem of significant importance for practice – the possibility of effective invalidation of a formally defective resolution of the shareholders, i.e. the adoption of which there was a breach of statutory provisions regulating the procedure of convening and holding shareholders' meetings.

The purpose of this article is to determine whether the unjustified prohibition of a shareholder from participating in the meeting, and thus preventing him from exercising his other rights at the meeting, in particular participation in discussions, the right to information, or finally voting, affects or at least may have an impact on the content and the taking of resolutions. Whether, however, the invalidation of a resolution is determined solely by the power of votes of the shareholder who is not allowed to vote.

Recenzje

DOI: 10.31648/sp.6906

Aneta Giedrewicz-Niewińska

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0003-0780-192X

a.niewinska@uwb.edu.pl

Krystyna Ziółkowska, *Miejsce pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy wśród podstawowych obowiązków pracowniczych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, Olsztyn 2021, ss. 267

W pierwszej kolejności należy jak zwykle ocenić trafność wyboru tematu powyższego opracowania. Nie ulega żadnej wątpliwości, że problematyka dotycząca podstawowych obowiązków stron stosunku prawnego jest niezmiernie istotna dla każdej gałęzi prawa. Przed omówieniem tej kwestii należy podkreślić, że zagadnienie obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy nie było dotąd kompleksowo omawiane w monografii. Nie oznacza to jednak, że doktryna nie przywiązywała większej wagi do tej problematyki lub w ogóle jej nie zauważała. Wspomina o tym Autorka, stwierdzając, że „obowiązkiem dbałości o dobro zakładu pracy zajmowali się liczni przedstawiciele doktryny”¹. Ponadto problemy związane z powyższym obowiązkiem dostrzeżone zostały także w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Problematyka podstawowych obowiązków stron stosunku pracy wpisuje się również w istotny nurt zainteresowań badawczych Autorki monografii².

¹ Zob. m.in. A. Chobot, *Pracowniczy obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy a ograniczenia zasady wolności pracy*, Poznań 1983; A. Kosut, *Dbałość o dobro zakładu pracy jako źródło obowiązku lojalności pracownika wobec pracodawcy*, „Annales UMCS Lublin – Polonia” 2018, nr 65; T. Kuczyński, *O właściwościach pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 7; R. Sadlik, *Odpowiedzialność pracodawcy za zagarnięcie mienia pracownika*, „Monitor Prawa Pracy” 2018, nr 11; M. Skąpski, *Pracowniczy obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy (art. 100§2 pkt 4 k.p.)*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2001, nr 2; idem, *Wpływ pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy na zakres kompetencji pracodawcy do kontrolowania pracownika*, [w:] Z. Góral (red.), *Kontrola pracownika, Możliwości techniczne i dylematy prawne*, Warszawa 2010.

² Zob. m.in. K. Ziółkowska, *Prawo pracownika do ochrony prywatności w stosunku pracy*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 48, s. 281 i nast.; eadem, *Obowiązek przestrzegania zasad współżycia społecznego w relacji do pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 28, s. 235–243; eadem, *Ochrona tajemnicy pracodawcy w ramach umowy o zakazie konkurencji*, „Rada Prawny” 2020, nr 1, s. 91 i nast.

Należy wyraźnie stwierdzić, że znaczenie obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy jest niezwykle istotne. Już bowiem sam zakres przedmiotowy tego obowiązku zmienia się wraz z rozwojem przedsiębiorstw i ich konsolidacją w ramach poszczególnych branż. Poza złożonymi strukturami przedsiębiorstw, wpływ na kształt omawianego obowiązku mają także nowe technologie. Wynika z tego, że obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy nie ogranicza się jedynie do ochrony miejsca wykonywania pracy, ale również obejmuje ochronę dóbr niematerialnych, takich jak np. dobre imię pracodawcy, zachowanie tajemnicy pracodawcy. Należy także zauważyć, że obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy wpływa na ograniczenie swobód osobistych i wymaga poddawania się czynnościom kontrolnym. Tak więc wielość i różnorodność zagadnień badawczych i problemów szczegółowych również wskazuje na wagę podjętego przez Autorkę tematu – decyzja o przygotowaniu monografii dotyczącej wskazanego tematu zasługuje zatem na aprobatę.

Pozytywnie należy ocenić cele naukowe opracowania. Jako główny cel badawczy Autorka deklaruje „zdefiniowanie pojęcia dbałości o dobro zakładu pracy”. Następnie zaś konkretyzuje, że w związku z powyższym „w rozważaniach została podjęta tematyka dotycząca treści obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy, a także jego relacje z innymi powinnościami pracowników objętych stosunkiem pracy”.

Recenzowane opracowanie rozpoczyna rozdział poświęcony pojęciu „zakładu pracy” i „pracodawcy” w kontekście pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy. Uwzględnienie dotyczących tego rozważań jest całkowicie uzasadnione. Słusznie Autorka zauważa bowiem, że w doktrynie poruszano problem rozróżnienia dobra zakładu pracy i dobra pracodawcy (s. 30). Nie wnikając w rozważania dotyczące wielu możliwych ujęć i koncepcji rozumienia tych pojęć, poprawne jest przyjęcie przez Autorkę na potrzeby monografii szerokiego zakresu przedmiotowego pojęcia zakład pracy (s. 41). Umożliwia to w dalszej części opracowania realizację szerokiego zakresu sformułowanych celów badawczych.

W dalszej kolejności Autorka analizuje bardzo ciekawe zagadnienie, jakim jest relacja między obowiązkiem dbałości o dobro zakładu pracy a lojalnością pracownika w stosunku pracy. Interesujące są wnioski, w myśl których obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy wywodzi się z obowiązku lojalności wobec władzy służbowej, co stwarza szeroki zakres moralny i etyczny tej powinności. Ma to duże znaczenie dla dalszych wywodów zaprezentowanych w opracowaniu.

Częste odniesienie do obowiązku lojalności widoczne jest w szczególności w rozdziale trzecim, który dotyczy treści obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy. Niewątpliwie jest to jedno z najistotniejszych zagadnień w kontekście tematu opracowania.

Warto podkreślić, że obowiązek lojalności dotyczy obu stron stosunku pracy, a nie tylko pracownika³. Słusznie zauważa Autorka, że kluczowe znaczenie dla „wyzwalania” lojalności pracowników posiadają określone postawy pracodawcy i osób reprezentujących pracodawcę.

W rozdziale trzecim zostało poruszonych szereg wątków związanych nie tylko z zobowiązaniami pracownika w miejscu pracy, ale także z jego zachowaniem poza zakładem pracy. Bardzo ciekawie zostały sformułowane poszczególne pytania badawcze tego rozdziału (s. 100), mianowicie: „czy zakaz konkurencji jest elementem pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy; w jaki sposób pracownik będzie właściwie wypełniał obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy w sytuacji, gdy podejmie dodatkowe zatrudnienie; czy z treści obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy można wywieść obowiązek wykonywania pracy innej niż ta, która została zawarta w umowie; na czym będzie polegało uzasadnienie obowiązku wykonywania pracy w godzinach nadliczbowych w kontekście obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy”. Niewątpliwie uwagi dotyczące wspomnianych wyżej zagadnień mają istotne znaczenie przede wszystkim z praktycznego punktu widzenia (np. kwestia poddania się kontroli osobistej, możliwości niezwiązanego z wykonywaniem obowiązków korzystania w czasie pracy z Internetu). Jednocześnie ma to także duże znaczenie dla oceny obowiązującej regulacji prawnej.

Dużo miejsca w rozważaniach szczegółowych zawartych w rozdziale 3 zostało poświęconych problematyce prowadzenia działalności konkurencyjnej wobec pracodawcy (s. 167–178). Autorka podejmuje udaną, w mojej ocenie, próbę ustalenia, czy z obowiązku lojalności może wynikać zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej w czasie trwania stosunku pracy. Formułuje godny rozważenia wniosek *de lege ferenda*, aby zrezygnować z podpisywania odrębnej umowy o zakazie konkurencji obowiązującym w czasie trwania stosunku pracy. Konkluduje, że pozwoliłoby to rozwiązać problem, czy złamanie zakazu konkurencji w czasie trwania stosunku pracy stanowi lub nie stanowi ciężkiego naruszenia podstawowych obowiązków pracowniczych (s. 242).

Bardzo ciekawą kwestią jest omówienie obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy przez pryzmat ograniczenia w podejmowaniu dodatkowego zatrudnienia. Według Autorki „działalność dodatkowa jest pojęciem szerszym od działalności konkurencyjnej (...); cechują ją dwie rzeczy: jej osobisty charakter oraz cel wyłącznie zarobkowy” (s. 182–183). Ponadto słusznie przypomina, że działalność dodatkowa nie musi być działalnością konkurencyjną. W związku z powyższym w swoich rozważaniach analizuje możliwość umownego ograniczenia podejmowania przez pracownika dodatkowego zatrudnienia w postaci wprowadzenia odpowiedniego zakazu lub obowiązku uzyskania

³ Tak H. Szewczyk, *Obowiązek współdziałania stron w wykonywaniu zobowiązań oraz obowiązek lojalności stron jako składniki zobowiązaniowych stosunków pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2013, nr 4, s. 177.

zgody pracodawcy na podjęcie takiego zatrudnienia lub działalności⁴. Konkluduje, że takie umowne ograniczenie może zostać wprowadzone tylko wówczas, jeżeli znajduje uzasadnienie w rzeczywistym dobru pracodawcy.

Ostatni rozdział poświęcony został konsekwencjom naruszenia pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy. W obecnym stanie prawnym istnieją podstawowe niejasności dotyczące tej problematyki, co przejawia się w licznych, uwzględnionych przez Autorkę, orzeczeniach Sądu Najwyższego. W rozważaniach tych w rzeczowy sposób przeanalizowane zostały możliwości oparcia odpowiedzialności pracownika za naruszenie obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy na odpowiedzialności porządkowej, materialnej, dyscyplinarnej, a także możliwość rozwiązania stosunku pracy⁵. Jak widać, są to różne możliwości. Stąd poprawny jest wniosek, że określenie podstawy odpowiedzialności pracownika za naruszenie obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy jest uzależnione od okoliczności faktycznych danego przypadku.

W przypadku każdego recenzowanego opracowania niezmiernie istotnym elementem są wnioski końcowe, będące podsumowaniem rozważań zamieszczonych w poszczególnych rozdziałach. Jest to szczególnie istotne, gdyż Autorka w swoich rozważaniach podjęła szereg kontrowersyjnych zagadnień i przystąpiła do wyjaśnienia licznych wątpliwości związanych z wykładnią przepisów regulujących omawiany obowiązek.

Należy podkreślić, że dr K. Ziółkowska nie zapomina o postawionych na wstępie celach badawczych. W podsumowaniu odnosi się bowiem do elementów pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy. Należy zgodzić się, że mieści się tutaj dbałość o istnienie zakładu pracy, jego rozwój, tworzenie nowych miejsc pracy, ciągły i niezakłócony proces pracy, a także dbałość o mienie zakładu pracy.

W związku z powyższym pozytywnie należy ocenić przedstawione przez Autorkę opracowania postulatów *de lege ferenda*. Przeprowadzone rozważania konsekwentnie doprowadziły do oceny, że zmiany powinny zmierzać w kierunku szerokiego ujęcia pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy, jednak „bez nadawania mu charakteru wszech obowiązku” (s. 244). Autorka słusznie zauważa, że nie można uznać pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy za dominujący nad innymi obowiązkami.

⁴ Wydaje się, że wątek ten mógłby być nieco szerzej omówiony, zwłaszcza z uwzględnieniem orzecznictwa dotyczącego obowiązku pracownika informowania pracodawcy o dodatkowej aktywności zarobkowej. Szerzej zob. np. A. Piszczek, *Informowanie pracodawcy o dodatkowej aktywności zawodowej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2019, nr 9; P. Podsiadło, *Glosa do wyroku SN z 19.01.2017 r., I PK 33/16 nt „Informowanie pracodawcy o podejmowaniu dodatkowej aktywności zawodowej*, „Monitor Prawa Pracy” 2018, nr 7; J. Wrątny, *Obowiązek informowania pracodawcy o zamiarze podjęcia dodatkowego zatrudnienia w świetle orzecznictwa SN*, „Monitor Prawa Pracy” 2017, nr 11.

⁵ W literaturze wskazuje się na możliwość podlegania, oprócz odpowiedzialności pracowniczey, także odpowiedzialności karnej (np. w przypadku oszustwa pracownika). Tak: R. Sadlik, op. cit., s. 31.

Reasumując, należy stwierdzić, że recenzowane opracowanie wypełnia znaczną lukę poznawczą istotnego zagadnienia obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy. Będzie ono stanowić cenne źródło wiedzy dla każdej osoby zajmującej się prawem pracy.

Wykaz literatury

- Chobot A., *Pracowniczy obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy a ograniczenia zasady wolności pracy*, Wyd. Nauk. UAM, Poznań 1983.
- Kosut A., *Dbałość o dobro zakładu pracy jako źródło obowiązku lojalności pracownika wobec pracodawcy*, „Annales UMCS Lublin – Polonia” 2018, nr 65.
- Kuczyński T., *O właściwościach pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 7.
- Piszczyk A., *Informowanie pracodawcy o dodatkowej aktywności zawodowej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2019, nr 9.
- Podsiadło P., *Glosa do wyroku SN z 19.01.2017 r., I PK 33/16 nt „Informowanie pracodawcy o podejmowaniu dodatkowej aktywności zawodowej*, „Monitor Prawa Pracy” 2018, nr 7.
- Sadlik R., *Odpowiedzialność pracodawcy za zagarnięcie mienia pracownika*, „Monitor Prawa Pracy” 2018, nr 11.
- Skąpski M., *Pracowniczy obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy (art. 100 § 2 pkt 4 k.p.)*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2001, nr 2.
- Skąpski M., *Wpływ pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy na zakres kompetencji pracodawcy do kontrolowania pracownika*, [w:] Z. Góralski (red.), *Kontrola pracownika, Możliwości techniczne i dylematy prawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Szewczyk H., *Obowiązek współdziałania stron w wykonywaniu zobowiązań oraz obowiązek lojalności stron jako składniki zobowiązaniowych stosunków pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2013, nr 4.
- Wróblewski J., *Obowiązek informowania pracodawcy o zamiarze podjęcia dodatkowego zatrudnienia w świetle orzecznictwa SN*, „Monitor Prawa Pracy” 2017, nr 11.
- Ziółkowska K., *Prawo pracownika do ochrony prywatności w stosunku pracy*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 48.
- Ziółkowska K., *Obowiązek przestrzegania zasad współżycia społecznego w relacji do pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 28.
- Ziółkowska K., *Ochrona tajemnicy pracodawcy w ramach umowy o zakazie konkurencji*, „Radca Prawny” 2020, nr 1.

Summary

Krystyna Ziółkowska, *Place of the employee's duty to care for the well-being of the workplace among the basic employee duties*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, Olsztyn 2021, pp. 267 (review)

Keywords: labour law, monograph, review.

The subject of the review is the monograph by K. Ziółkowska „Place of the employee's duty to care for the well-being of the workplace among the basic employee duties”, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, Olsztyn 2021. The employee's duty to look after the welfare of the workplace was already indicated in the Labour Code of 1974. From the beginning, this obligation was defined in a general way, and its content was read not only through the changing legal regulations, but also socio-economic changes. The monograph presents a contemporary interpretation of the obligation to care for the well-being of the workplace. The detailed obligations include, among others, the obligation to submit to the employer's actions consisting in the control of e-mail and Internet use. Whistleblowing was also discussed as a manifestation of the obligation to care for the welfare of the workplace, as well as the employee's right to criticize the employer. In addition, an analysis of the relationship between the obligation to care for the welfare of the workplace and other basic duties indicated in the labour code was carried out. The choice of the subject of the monograph, the way of formulating the goals of the considerations and the author's arguments deserve approval. Therefore, the author's considerations constitute an important source of knowledge and inspiration for further scientific research in the doctrine of labour law. The above justifies the preparation of a positive review of the monograph.