

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

Studia
Prawnoustrojowe

24



**Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY
Małgorzata Szwejkowska (redaktor naczelna)
Robert Dziembowski, Beata Kędzierska (zastępcy)

RADA NAUKOWA
Stanisław Pikulski (przewodniczący), Bronisław Sitek, Jaime Bonet,
Gaetano Dammacco, Jarosław Dobkowski, Janina Ciechanowicz-McLean,
Maria LoGiacco, Piotr Majer, Agnieszka Malarewicz-Jakubów,
Sebastiano Tafaro

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

REDAKTOR NAUKOWY
Agnieszka Kowalska

REDAKCJA WYDAWNICZA
Elżbieta Pietraszkiewicz

PROJEKT OKŁADKI
Maria Fafińska

Lista recenzentów zostanie zamieszczona
w ostatnim numerze danego roku

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2014

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. 25,5; ark. druk. 21,75
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 331

Spis treści

ARTYKUŁY

Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Anna Tworkowska, Prawo i nowe technologie a kwestia danych zawartych w Internecie po śmierci ich użytkownika	5
Jan A. Piszczek, Prawa autorskie uniwersytetu na przykładzie Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego	13
Marek Zbigniew Salamonowicz, Publiczna szkoła wyższa jako przedsiębiorca	27
Monika Nowikowska, Krytyka prasowa jako element wolności wypowiedzi	37
Magda Pieńkowska, Robert Dziembowski, Marcin Domian, Wybrane aspekty zakazu reklamy w systemie prawa polskiego	49
Małgorzata Łączkowska, Zasada trwałości małżeństwa w polskim prawie rodzinnym – aspekty materialne i procesowe	61
Ewa Lewandowska, Oświadczenie o odrzuceniu spadku	83
Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Roszczenie względem obdarowanego o uzupełnienie zachowku	97
Katarzyna Ciućkowska-Leszczewicz, Spółka cicha jako typ spółki cywilnej? Rozważania na gruncie prawa Polski, Austrii, Niemiec i Francji	107
Sylwia Łazarewicz, Kilka uwag o charakterze sankcji sprzecznych z ustawą uchwałą wspólników spółek kapitałowych	117
Michał Krzykowski, Nadużywanie pozycji dominującej na polskim rynku energetycznym w świetle wybranego orzecznictwa Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów	127
Maciej Bendorf-Bundorf, Instrumentalizacja zamówień publicznych w kontekście polityki społecznej Unii Europejskiej	147
Katarzyna Jaworska, Standardy Międzynarodowej Organizacji Pracy i Rady Europy a polski system zabezpieczenia społecznego na wypadek bezrobocia	161
Marcin Smolski, Kontrola pracowników w świetle unormowań wewnątrzaktadowych	171
Krystyna Ziółkowska, Prawne podstawy nabycia prawa do renty rodzinnej na tle orzecznictwa sądowego	183
Magdalena Sitek, Ochrona środowiska naturalnego w basenie Morza Śródziemnego. Inicjatywa Komisji Europejskiej „Horyzont 2020”	193
Beata Szwejkowska, Elżbieta Zębek, Stan i trendy rozwoju w zakresie produkcji i wykorzystania żywności funkcjonalnej w kontekście prawnym	207
Paweł Lewandowski, Podmioty legitymowane czynnie do udzielenia prokury	221
Hanna Frąckowiak, Zaświadczenie Wojewódzkiej Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych jako szczególny tytuł wykonawczy	233
Anna Franusz, Charakter prawny ugody sądowej oraz skutki prawne jej zawarcia	243

Janusz Ostrowski , <i>L'indagine previa nel processo penale giudiziario in riferimento alla dimissione dallo stato clericale nel Codice di Diritto Canonico</i>	257
Valeria Santo , <i>La società moderna e le nuove esigenze di accesso alla giustizia</i>	269
Michał Norbert Faszcza , <i>Kara dziesiątkowania w późnorepublikańskiej armii rzymskiej</i>	281

GLOSZY

Katarzyna Cygan , <i>Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. akt III CZP 37/10</i>	297
Michał Hejbudzki , <i>Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2011 r., sygn. III CZP 79/11, OSNC 2012, nr 6, poz. 74</i>	303
Agnieszka Kowalska , <i>Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2013 r., sygn. VII SAB/Wa 201/12</i>	311
Jan A. Piszczek , <i>Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 14 lutego 2012 r., sygn. III UZP 4/11, OSNP 2012, nr 15–16, poz. 198</i>	319
Magdalena Rzewuska , <i>Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2012 r., sygn. IV CSK 459/11, OSNC 2012, nr 10, poz. 122, LEX nr 1168733</i>	325
Maciej Rzewuski , <i>Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2012 r., sygn. III CZP 71/12, Lex nr 1230049</i>	331

RECENZJE

Francesco Staderini, <i>Diritto degli enti locali</i> , ed. 12, Padova 2009, ss. 459 (Bronisław Sitek)	335
--	-----

SPRAWOZDANIA

<i>Sprawozdanie z III Ogólnopolskiej Konferencji Prawa Matrzeńskiego i Rodzinnego „Jak przygotować do małżeństwa?”</i> (Magdalena Rzewuska)	337
<i>Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Działalność deweloperska w praktyce obrotu gospodarczego”</i> (Maciej Rzewuski)	343

Agnieszka Malarewicz-Jakubów

Anna Tworkowska

Katedra Prawa Cywilnego – Zakład Prawa Handlowego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Prawo i nowe technologie a kwestia danych zawartych w Internecie po śmierci ich użytkownika

Internet to największą sieć komputerowa na świecie, złożona z tysięcy mniejszych sieci i łącząca ze sobą komputery na wszystkich kontynentach. Powstała w USA na bazie uruchomionej w 1969 r. sieci ARPANET oraz utworzonej w 1984 r. sieci NSFNET. Obecnie stanowi globalną sieć danych bez centralnego zarządzania. W 1998 r. założono korporację o nazwie *Internet Corporation for Assigned Number Authority*, do dziś nazywaną „rządem Internetu”¹. Wciąż rośnie liczba użytkowników sieci i wprowadzanych przez niech danych².

Z coraz większym zainteresowaniem zarówno ze strony samych użytkowników, członków rodzin i przyjaciół zmarłego, jak i prawników i polityków spotyka się zagadnienie statusu *post mortem* danych udostępnianych w Internecie. Chodzi bowiem o interesy dotyczące prywatności i ochrony danych osobowych bezpośrednio zaangażowanych użytkowników oraz ich pośmiertną reputację³. Odpowiedzieć zatem należy na pytanie o obowiązujące ramy prawne wyznaczające zakres udzielania ochrony interesom związanym z danymi internetowymi po śmierci użytkownika. Uwagę zwrócić należy nie tyl-

¹ A.S. Tannenbaum, *Sieci komputerowe*, Helion, Gliwice 2004, s. 31.

² Według badań przeprowadzonych przez IDC Digital Universe liczba danych na świecie wzrosła do 1,8 zetabajta.

³ „Prawo do ochrony danych osobowych stanowi swego rodzaju emanację ogólnego prawa gwarantowanego w art. 47 Konstytucji, w myśl którego każdy ma prawo do ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz decydowania o swoim życiu osobistym”. Odpowiedź na interpelację w sprawie ochrony danych osobowych osób zmarłych zamieszczona na stronie: <<http://orka2.sejm.gov.pl/IZ5.nsf/main/67FAE054>>. Zob. też J.W. Berg, *Grave secrets: Legal and ethical analysis of postmortem confidentiality*, „Connecticut Law Review” 2001, vol. 34, s. 81–122, [online] <<http://ssrn.com/abstract=301286>>.

ko na aspekt prawny analizowanego zagadnienia, ale również na możliwości technologiczne z nim związane. Wskazane jest zbadanie, czy współczesne technologie są w stanie zapewnić ochronę danych internetowych na odpowiednim poziomie również *post mortem*. Problem zarządzania tożsamością *online* po śmierci nabiera coraz większego znaczenia.

Prawo a funkcjonowanie danych internetowych *post mortem*

Z uwagi na fakt, że profile internetowe oraz inne dane umieszczane w sieci Internet zawierają dane osobowe, zagadnienie ich funkcjonowania *post mortem* rozpatrywane powinno być przede wszystkim w świetle przepisów dotyczących ochrony danych, w szczególności możliwości rozszerzenia okresu ich stosowania. Rozważania na temat aspektów prawnych związanych z pozostałymi po użytkownikach Internetu danymi rozpocząć należy już na poziomie ustawodawstwa europejskiego. Parlament Europejski oraz Rada poprzez wydanie dyrektywy⁴ wytyczyły kierunki oraz cele ustawodawstw krajowych w zakresie ochrony danych zawartych m.in. w Internecie. Dyrektywa o ochronie danych ma zastosowanie „do przetwarzania danych osobowych”, którymi są „wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej; osoba możliwa do zidentyfikowania to osoba, której tożsamość można ustalić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających jej fizyczność”. Wydaje się, że nie jest to dostateczna argumentacja, aby wykluczyć możliwość uznania za dane osobowe tych danych internetowych, które dotyczą osób zmarłych, tj. byłych osób fizycznych. Dodatkowo nic nie stoi na przeszkodzie, aby ustawodawstwa państw członkowskich, wychodząc naprzeciw aktualnym potrzebom, rozszerzyły udzielaną ochronę również na dane osób zmarłych. Objęcie ochroną takich danych w żadnym z aktów europejskich nie jest nakazane lub choćby zalecone – ani wytyczne OECD z 1980 r.⁵, ani konwencja Rady Europy nr 108⁶ czy wspomniana dyrektywa 95/46 tego nie zakazują. Praktyka w tym względzie okazała się różna. I tak np. w Szwecji prawo określa, że dane

⁴ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.Urz. UE L 95.281.31).

⁵ Memorandum wyjaśniające do wytycznych OECD z 1980 r. wskazuje jednoznacznie, że kwestie innych niż żyjący człowiek podmiotów ochrony pozostawia się do rozstrzygnięcia państwom członkowskim. Mogą one rozszerzyć ochronę np. na dane osobowe zmarłych użytkowników.

⁶ Konwencja Rady Europy nr 108 z dnia 28 stycznia 1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych (Dz.U. z 2003 r., nr 3, poz. 25).

osobowe stanowią „informacje, które mogą być przyporządkowane określonej osobie żyjącej”⁷, podobnie kwestię tę uregulowało prawo irlandzkie, stwierdzając, że „dane osobowe to dane odnoszące się do osoby żywej”. Niemniej jednak w kilku krajach przepisy dotyczące ochrony danych osobowych mają zastosowanie również w stosunku do zmarłych. Uzasadnienie duńskiej ustawy o przetwarzaniu danych osobowych wskazuje, że jej przepisy odnoszą się również do danych zmarłych – nie podaje jednak szczegółów udzielanej ochrony. We Francji zaś prawo do prywatności (a więc i ochrony danych osobowych) przedłużone jest o stan *post mortem* i znajduje zastosowanie wobec osób zmarłych poprzez uprawnienie pozostałych członków rodziny do dochodzenia roszczeń w imieniu zmarłego⁸. Wyrażnego rozszerzenia udzielanej ochrony dokonuje prawo estońskie. Pozwala ono na przetwarzanie danych osobowych po śmierci osoby, której dane dotyczą, jednak wymaga do tego zgody wyraźnie wymienionych bliskich (co nie jest wymagane po upływie trzydziestu lat od daty śmierci osoby, której dane dotyczą)⁹. Ta ostatnia regulacja zdaje się najdokładniej odzwierciedlać fakt, że każda osoba może mieć interes osobisty dotyczący jej internetowych danych po śmierci (związanych m.in. z kontami na portalach społecznościowych), np. w celu ochrony swojej reputacji *post mortem*.

Polska regulacja dotycząca ochrony danych osobowych¹⁰ zdaje się nie przesądzać jednoznacznie kwestii, czy dane dotyczące osoby zmarłej objęte są ochroną prawną. Zważywszy na konstrukcję ustawy o ochronie danych osobowych jako całości, jak też jej poszczególne fragmenty można sformułować wniosek o objęciu ochroną wyłącznie danych osób żyjących. Co więcej, otwarcie o pozbawieniu danych osób zmarłych wypowiada się Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych¹¹. Wydaje się, że gdyby intencją ustawodawcy była ochrona informacji dotyczących również osób zmarłych, wyraźne postanowienia znalazłyby się w regulacji ustawowej¹². Dodatkowo sposób definio-

⁷ D. Korff, *EC study on implementation of data protection directive: Comparative summary of national laws*, 2002 [online] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287667>.

⁸ J.H. Crabb, *The French civil code – translated*, Kluwer Publishers, Deventer 1995.

⁹ I. Baraliuc, *Law and Technology of Online Profiles after Death*, [w:] E. Schweighofer, F. Kummer, W. Hötzendorfer, *Transformation juristischer Sprachen, Tagungsband des 15. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2012*, Österreichische Computer Gesellschaft, s. 520.

¹⁰ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. nr 133, poz. 883).

¹¹ W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych „ustawa o ochronie danych osobowych określa zasady postępowania przy przetwarzaniu danych osobowych oraz prawa osób fizycznych, których dane osobowe są lub mogą być przetwarzane w zbiorach danych (art. 2 ust. 1 ustawy). Ustawę stosuje się zatem tylko do danych osobowych osób fizycznych. Zgodnie z powszechnie obowiązującą wykładnią, osobą fizyczną jest człowiek uczestniczący w stosunkach prawnych. Zdolność prawna człowieka, a tym samym zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków ustaje z chwilą jego śmierci. Osoba zmarła nie może być podmiotem praw i obowiązków w stosunkach prawnych i nie może być uznana za osobę fizyczną”. Zob. [online] <www.giodo.gov.pl/319/id_art/974/j/pl/>.

¹² Szczególnie z uwagi na fakt, że takie regulacje istnieją np. w odniesieniu do ochrony autorskich dóbr osobistych przysługujących po śmierci autora.

wania danych osobowych oraz brak zgodności doktryny co do czasu trwania ochrony implikują większe problemy z ochroną informacji dotyczących osób zmarłych niż żyjących. Z drugiej jednak strony prawo do ochrony danych osobowych posiada również – a może nawet głównie – aspekt publicznoprawny, skonkretyzowany w ustawie o ochronie danych osobowych. Przetwarzanie takich danych (w tym internetowych) poddawane jest publicznoprawnej ocenie i regulacji. Takie podejście pozwala na sformułowanie twierdzenia, iż mimo że wraz ze śmiercią podmiotu – np. użytkownika portalu społecznego – wygasa prywatnoprawny substrat analizowanego uprawnienia, to przetwarzanie odnoszących się do zmarłego podmiotu danych nie jest całkowicie swobodne. Tego typu działania podlegają bowiem reżimom wyznaczanym przez ustawę z wyjątkiem tych, które odnoszą się do indywidualnych kompetencji zainteresowanego¹³.

Zastanović należy się również nad możliwością zastosowania przepisów prawa spadkowego do pozostałych po zmarłym użytkowniku aktywów internetowych. Cechą charakterystyczną wyrażenia woli w testamencie jest fakt, że jeżeli dokonane zostało zgodnie z wymogami prawa, to ma moc prawną – chronione jest więc w sferze publicznej, a w razie potrzeby wykonywane przez organy władzy publicznej. Wydaje się więc, że w sytuacji, kiedy podmiotowi danych zawartych w Internecie przysługuje dobro osobiste w postaci prawa do prywatności, przyznane powinno być mu również uprawnienie do rozporządzenia swoimi danymi *post mortem* – to zaś najpełniej dokonane może być właśnie za pomocą testamentu. Stosowanie zasad sukcesji do danych zawartych w profilach internetowych zmarłych użytkowników może jednak wchodzić w grę jedynie w przypadku traktowania tych danych jako nieruchomości lub ruchomości. Na podstawie przepisów prawa cywilnego odnoszących się do rzeczy, które uznać można za przedmiot własności, trudno jest jednak traktować informacje pochodzące np. z profili internetowych jako przedmiot własności¹⁴.

Przykładowo niemieckie prawo cywilne oferuje podmiotom kilka możliwości dyspozycji swoimi aktywami *post mortem*. Są to m.in. testament, kontrakt testamentowy i obciążenie testamentowe. Poprzez obciążenie testamentowe zmarły może zobowiązać spadkobiercę lub zapisobiercę do wykonania określonych czynności – niekoniecznie związanych z prawami majątkowymi – pod warunkiem, że nie są one sprzeczne z przepisami prawa. Cechą takiego zastrzeżenia, pozwalającego na jego szerokie zastosowanie wobec aktywów internetowych, jest możliwość zawarcia w nim nie tylko określonych obowiązków, ale i informacji niezbędnych do ich realizacji (np. haseł do kont na profilach społecznościowych, poczty e-mail itp.).

¹³ Odpowiedź podsekretarza stanu Andrzeja Dudy na interpelację w sprawie ochrony danych osobowych osób zmarłych zob. [online] <<http://orka2.sejm.gov.pl/IZ5.nsf/main/67FAE054>>.

¹⁴ B. Ziemianin, K.A. Dadańska, *Prawo rzeczowe*, Wolters Kluwer 2008, s. 22.

W Polsce dominuje pogląd, iż prawo do ochrony danych osobowych jest zbliżone do praw związanych z ochroną dóbr osobistych¹⁵. Cechą ich jest przede wszystkim niemajątkowy charakter oraz ścisły związek z określonym podmiotem. Takie ścisłe powiązanie z danym człowiekiem wyklucza obrót takim prawem, a co się z tym wiąże również możliwość jego dziedziczenia. Z drugiej jednak strony prawo do danych zawartych w Internecie – w tym zawartych na indywidualnych kontach – wykazuje pewne podobieństwo do konstrukcji prawa własności. W przypadku takiego sposobu pojmowania prawa do danych internetowych dopuszczalne byłoby transferowanie takiego prawa na spadkobierców. Niemniej jednak biorąc pod uwagę treść art. 1 ustawy o ochronie danych osobowych, wskazującą na ścisły związek między danymi osobowymi a ich podmiotem, pogląd o możliwości testamentowego rozporządzenia danymi internetowymi narażony może być na zarzut wykładni *contra legem*. Powyższe powoduje zaś, że spadkobiercy co do zasady nie mogą realizować praw pochodnych względem prawa do ochrony danych osobowych, czyli np. dokonywać ich rozporządzenia.

Nowe technologie a dane internetowe *post mortem*

Należy odpowiedzieć na pytanie, czy biorąc pod uwagę interesy zaangażowanych osób, współczesna technologia jest w stanie zapewnić wystarczającą ochronę danych internetowych po śmierci ich użytkownika. Zbadaniu poddać więc trzeba te rozwiązania technologiczne, które współcześnie pozwalają na zarządzanie internetowymi aktywami *post mortem*. Obecnie dostępne narzędzia przystosowane są przede wszystkim do wykorzystania przez najbliższych krewnych zmarłego użytkownika oraz osoby, które wykażą swój stosunek do zmarłego. Proponowane rozwiązania polegają przede wszystkim na usuwaniu lub memorializacji kont zmarłych użytkowników¹⁶. Oferowane przez poszczególne serwisy i wyspecjalizowane firmy narzędzia stanowią z jednej strony odpowiedź na obawy członków rodziny zmarłego o ewentualne wykorzystanie danych pozostałych po zmarłym, z drugiej zaś strony interesy zainteresowanych użytkowników. Problem powstaje jednak w momencie, kiedy użytkownik nie chce, aby jego dane zostały zachowane, a portalowe konto

¹⁵ J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Towarzystwo Autorów i Wykładowców Prac Naukowych Universitatis, Kraków 1998, s. 32. Zob. też J. Matys, *Model zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody niemajątkowej w kodeksie cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 116.

¹⁶ W przypadku portalu Facebook istnieje możliwość przekształcenia profilu zmarłego użytkownika w swoistą tablicę pamięci (nie jest dostępna w wynikach wyszukiwania ani w sugestjach dotyczących znajomych), do której dostęp mają jedynie osoby, które w chwili przekształcenia profilu miały zmarłego użytkownika w sieci znajomych. Bliscy zmarłego mogą również zdecydować o usunięciu konta zmarłego użytkownika.

np. upamiętnione, podczas gdy jego bliscy podejmują decyzję rozporządzającą danymi zmarłego wbrew jego woli. Aby więc przezwyciężyć stan braku równowagi interesów, użytkownik zdecydować się może na usługi świadczone przez wyspecjalizowane firmy zajmujące się w szczególności zarządzaniem aktywami internetowymi po śmierci podmiotu. Funkcjonujące obecnie portale, takie jak AssetLock, DataInherit czy Legacy Locker¹⁷, nigdy jednak nie powinny być uznawane za dostawców usług prawnych – nie są świadczone przez podmioty, które uznać można za profesjonalistów.

Serwisy oferujące usługi związane z zarządzaniem danymi internetowymi *post mortem* w dwojaki sposób ustalają moment śmierci ich użytkownika (a więc aktualizacji jego woli co do losu pozostałych danych). Pierwszy z nich to automatyczny mechanizm określający śmierć użytkownika na podstawie jego aktywności w sieci Internet. Jeżeli użytkownik w określonym czasie nie odpowie na wysłaną wiadomość, istnieje prawdopodobieństwo, że nie żyje. Automatyczny mechanizm wydaje się jednak mało skuteczny w przypadku np. długotrwałej choroby użytkownika utrudniającej mu podanie hasła. Dlatego też druga opcja oferowana przez poszczególne serwisy pozwala jego użytkownikom na wyznaczenie zaufanej osoby, która zgłosi jego ewentualną śmierć (oraz ją uprawdopodobni przez przedstawienie urzędowego świadectwa zgonu). Ten zaś sposób postmortalnego zarządzania danymi internetowymi wiąże się z ryzykiem, że pozostałe aktywa nie będą zarządzane zgodnie z dyspozycjami osoby zmarłej. Dlatego też coraz bardziej powszechna staje się możliwość podjęcia decyzji o usunięciu kont internetowych (poczty e-mail, internetowych kont bankowych, blogów, komunikatorów itd.) bez udziału beneficjentów. Umożliwienie podjęcia decyzji bądź o wysłaniu dyspozycji dotyczącej aktywów internetowych do określonego beneficjenta, bądź o usunięciu tych aktywów wiąże się z odsunięciem obaw o naruszenie zagwarantowanej już w Konstytucji prywatności użytkownika¹⁸.

Zauważyć można, że aby usługi zajmujące się zarządzaniem aktywami internetowymi zmarłych użytkowników wykorzystywane były w szerszym zakresie, poprawie ulec musi stopień ochrony danych przedstawionych przez użytkowników, co zaś przyczyni się do zmniejszenia ryzyka, że dane internetowe zostaną uszkodzone, utracone lub wykorzystane w niewłaściwy sposób. Z prawnego punktu widzenia usługi tego typu przekształcić się powinny w usługi prawne, zapewniając w ten sposób większą gwarancję, że instrukcje zmarłego zostaną w pełni zrealizowane.

¹⁷ Są to specjalne serwisy pozwalające ich członkom na stworzenie wirtualnych testamentów. Ich zadaniem jest przechowywanie wszystkich ważnych danych dotyczących życia internetowego, a w odpowiednim momencie przekazanie ich wskazanym osobom, tak aby mogły one zająć się wirtualnymi danymi zgodnie z wcześniej wyrażoną życia podmiotu, którego dane dotyczą.

¹⁸ R. Herold, *How to protect your privacy after you die?*, [online] <www.infosecisland.com/blogview/3537-How-to-ProtectYour-Privacy-After-You-Die.htm>.

Postulaty związane z funkcjonowaniem danych internetowych *post mortem*

Badania przeprowadzone w zakresie prawa i nowych technologii wykazały istnienie pewnych luk w ochronie danych osób zmarłych. Luki te uzupełnić można zarówno poprzez poprawę aktualnych rozwiązań technologicznych, jak i rozszerzenie zakresu ochrony prawnej.

Wydaje się, że pewne rozwiązanie powyższych problemów mogłoby przywieść prawo spadkowe. Obawy podmiotów, których dane internetowe dotyczą, mogłyby znaleźć oparcie przede wszystkim w regulacjach dotyczących obciążeń testamentowych. Dostyc rzadka jest sytuacja, kiedy inne życzenia zmarłego, oprócz przeniesienia własności, są zawarte w testamencie. Wydaje się jednak, że w sytuacji, kiedy obowiązuje swoboda spadkodawcy w zakresie wyrażanej woli, nic nie powinno stać na przeszkodzie, aby instrukcje dotyczące np. profili internetowych były uwzględniane w testamencie¹⁹. Inny sposób rozporządzenia *post mortem* danymi internetowymi mogłoby stanowić obciążenie testamentowe (jak w niemieckim kodeksie cywilnym). W obciążeniu takim testator miałby możliwość wskazania wszelkich szczegółów technicznych dotyczących danych internetowych, których jest podmiotem, tak aby obciążenie testamentowe było możliwe do przeprowadzenia i nie było uznane za nieważne. Takie rozwiązanie dałoby spadkodawcy możliwość decydowania o jego obecności w sieci *post mortem*.

Współcześnie swoistą atrapę ochrony danych osobowych – w tym internetowych – może stanowić powołanie się przez pozostałych bliskich na ochronę własnych dóbr osobistych, zwłaszcza na kult pamięci osoby najbliższej²⁰. Powszechnie akceptuje się tezę, iż rozpowszechnianie np. wrażliwych danych o zmarłych narusza dobra osobiste ich spadkobierców²¹.

Ochrona danych, których podmiotem jest osoba zmarła, w szerszym zakresie realizowana powinna być również w dziedzinie publicznoprawnej. Właściwy jest pogląd o istnieniu określonych obowiązków administratorów danych osobowych – np. portali społecznościowych – także wobec tej części wszystkich danych, która odnosi się do osób zmarłych. Każdy więc administrator zarządzający danymi dotyczącymi osób zmarłych powinien „dołożyć szczególnej staranności, w tym, aby dbać o to, by w razie wygaśnięcia celu przetwarzania niezwłocznie dane usunąć i chronić je przed dostępem osób nieuprawnionych”²².

¹⁹ Niezależnie od tego, czy dane internetowe traktowane będą jako nieruchomości, czy nie, testament wydaje się najodpowiedniejszym instrumentem rozporządzania takimi danymi – istnieją pewne dodatkowe elementy techniczne, takie jak hasła, identyfikatory, które utrudniają spadkobiercom podjęcie jakichkolwiek działań. Testament w tym przypadku pozwala zaś na zawarcie klarownych instrukcji.

²⁰ Wyrok SN z dnia 13 stycznia 1965 r., sygn. I CR 464/64, OSNCP 1965, nr 10, poz. 171.

²¹ J. Bacarczyk, *Prawo do wizerunku*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 74.

²² Interpelacja Renaty Rochwowskiej w sprawie ochrony danych osobowych osób zmarłych, [online] <<http://orka2.sejm.gov.pl/IZ5.nsf/main/67FAE054>>.

De lege ferenda wydaje się, że nic nie stoi na przeszkodzie, by ustawodawstwo poszerzyć o rozwiązania znane prawu autorskiemu, które przewiduje możliwość wystąpienia o ochronę niezwykłych praw autorskich po śmierci twórcy przez jego bliskich. Te właśnie osoby mogłyby realizować prawo do ochrony danych osobowych zmarłego, jeżeli za życia nie wyraziłby on innej woli²³.

Przeprowadzone badania dotyczące postmortalnych aspektów prawnych i technologicznych w zakresie obsługi danych zawartych w Internecie (np. na profilach internetowych zmarłych użytkowników) wykazały, że obecnie obowiązujące ramy prawne i dostępne technologie nie zapewniają wystarczającej ochrony tego typu danych. Z prawnego punktu widzenia żaden kraj nie oferuje doskonałych rozwiązań²⁴. Wstępnym rozwiązaniem analizowanego problemu może być rozszerzenie zakresu stosowania obciążenia testamentowego. Biorąc pod uwagę istnienie zainteresowania rozszerzeniem ochrony danych na okres *post mortem* oraz fakt, że nowe technologie oraz prawo podjęły już kilka pierwszych prób odpowiedzi na zaistniałe problemy, istotne jest zapewnienie zarówno prawnych, jak i technologicznych narzędzi, które uwzględnią interesy dotyczące ochrony danych użytkowników Internetu nawet po śmierci.

Summary

Law regulations and the new technologies – how to address the issue of the data contained within the websites after the death of its user

Key words: death, Internet, law protection, deceased.

In the era of growing interest of computerization, the users, family members and friends of the deceased, as well as lawyers and politicians, one can meet the issue of the status of post-mortem data shared on the Internet. The matter is about the interests of the privacy and protection of personal data directly involved users and their posthumous reputation. It is necessary to find the answer of question about the legal framework, which defining the scope of protection the interests connected with the data online after the death of the user. The attention should be paid not only to the legal aspect of the analyzed issues, but also on the technological capabilities associated with it. The problem of identity online management after death is becoming increasingly important.

²³ Ibidem.

²⁴ W.G. Beyer, C.G. Hargrove, *Digital wills: Has the time come for wills to join the digital revolution?*, "Ohio Northern University Law Review" 2001, vol. 33, [online] <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein_journals/onulr33&div=31&g_sent=1>.

Jan A. Piszczek

Katedra Prawa Cywilnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Prawa autorskie uniwersytetu na przykładzie Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego

Od tysięcy lat, na długo przed pojawieniem się w prawie pierwszych rozwiązań dotyczących własności intelektualnej w jej współczesnym ujęciu, twórcza działalność intelektualna człowieka koncentrowała się przede wszystkim w miejscach, w których zajmowano się nauczaniem i badaniami naukowymi. Z biegiem czasu wyróżniające się ośrodki okrzepły, formalizując swoją podmiotowość i przyjmując różne rozwiązania instytucjonalne, wśród których czołową pozycję uzyskały uniwersytety. Nie trzeba sięgać do specjalistycznych opracowań, by w oparciu o nie dowodzić, że od chwili ich powstania te szkoły wyższe stały się, i są nadal, instytucjami o szczególnej renomie ze względu na swoją aktywność edukacyjną i badawczą. Tej nie budzącej wątpliwości okoliczności towarzyszy inna, nie mniej istotna, a mianowicie to, że uniwersytety stanowią bogate źródło produktów intelektu objętych regulacjami prawa autorskiego i praw pokrewnych, prawa własności przemysłowej oraz metod/ sposobów konkurencji przede wszystkim na rynku usług edukacyjnych w granicach uczciwej konkurencji¹. Ze względu na to, że uzyskiwane na uczelniach dobra niematerialne w większości przypadków posiadają wymierną wartość ekonomiczną, rodzi się pytanie, jak się z niej korzysta i kto jest legitymowany do skutecznego dokonywania czynności prawnych związanych z ich eksploatacją, zwłaszcza gospodarczą. Tak postawione pytania kierują do materii jurydycznie niezwykle obszernej i różnorodnej, dotykając zarówno prawa cywilnego powszechnego², jak i prawa autorskiego

¹ Wspominam o konkurencji z tego względu, że jej obecność w granicach własności intelektualnej jest wprawdzie dostrzegana w piśmiennictwie, jednak zagadnienia z nią związane nie są analizowane, moim zdaniem, z należytą uwagą.

² Mam na uwadze przede wszystkim regulacje zawarte w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dotyczące wprost twórczości naukowej, artystycznej, wynalazczej i racjonalizatorskiej w przepisach art. 23 i 24 k.c., a ponadto pełniące funkcję *lex generalis* w relacji do ustaw szczegółowych (prawo autorskie, prawo własności przemysłowej, ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

i praw pokrewnych³, prawa własności przemysłowej⁴ i przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁵. Ramy niniejszej wypowiedzi, określone jej tematem, obejmują jednak tylko wybrany, niewielki fragment prawa własności intelektualnej, który – zwłaszcza w praktyce – budzi wątpliwości prowadzące często do niezrozumiałych i wadliwie uzasadnianych orzeczeń⁶.

Jak wiadomo, prawo autorskie, stanowiące jeden z konarów prawa własności intelektualnej, opiera się na konstrukcji bezwzględnych praw podmiotowych⁷, chroniącej interesy twórcy związane z tworzeniem utworów i korzystaniem z nich. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 pr. aut. **prawo autorskie przysługuje twórcy, o ile ustawa nie stanowi inaczej**. Powstaje ono z chwilą ustalenia utworu, chociażby miał on postać nieukończoną. Fakt ustalenia powoduje istnienie od tej chwili ochrony przysługującej twórcy niezależnie od spełnienia jakichkolwiek formalności (art. 1 ust. 3 i 4 pr. aut.). Oznacza też, co do zasady, że **pierwotnie uprawnionym (pierwotnym „właścicielem” praw autorskich) jest *ex lege* autor utworu**⁸. Jeżeli, wyjątkowo, ustawa nie wskaże innego podmiotu jako pierwotnie uprawnionego⁹, to wszystkie pozostałe są następcami prawnymi autora (lub podmiotów wskazanych w przypisie 8) jeżeli rozporządzi on (one) skutecznie przysługującymi mu (im) uprawnieniami.

³ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r., nr 90, poz. 631 z późn. zm.) – dalej jako pr. aut.

⁴ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., nr 119, poz. 1117).

⁵ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

⁶ Ocenę tę opieram na własnych doświadczeniach związanych z postępowaniami przed sądami pracy i ubezpieczeń społecznych, których przedmiotem są odwołania od decyzji ZUS rozstrzygających o obowiązku odprowadzania składek na ubezpieczenia (zdrowotne, wypadkowe itd.) od honorariów z umów o stworzenie utworu i przeniesienie praw autorskich majątkowych do niego zawieranych przez szkoły wyższe z osobami pozostającymi z uczelnią w stosunku pracy.

⁷ Niekwestionowany związek „własności intelektualnej” z prawem „własności rzeczy” wyraża się w podobieństwie monopolu właściciela rzeczy (do korzystania z rzeczy z wyłączeniem innych osób) do monopolu autora utworu czy twórcy przedmiotu własności przemysłowej. Por. M. Czajkowska-Dąbrowska, *Własność czy własności (intelektualne)?*, [w:] *Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej*, pod red. A. Kidyby i R. Skubisza, Kraków 2007, s. 48 i nast.

⁸ Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2008, s. 59.

⁹ Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych wskazuje, że *ex lege* prawa autorskie majątkowe przysługują producentowi lub wydawcy utworu zbiorowego z ograniczeniem dotyczącym poszczególnych części takich utworów mających samodzielne znaczenie (w tym przypadku prawa majątkowe przysługują twórcom tych części – art. 11 pr. aut.), pracodawcy – prawa majątkowe do programu komputerowego stworzonego przez pracownika w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy, o ile umowa nie stanowi inaczej (art. 74 ust. 3 pr. aut.). Z pewnymi zastrzeżeniami, np. co do tego, że nie każdy utwór naukowy spełnia przesłanki przedmiotu prawa autorskiego bądź nie podlega ochronie prawnoautorskiej (np. opracowanie metody), instytucja naukowa jest pierwotnie uprawniona w zakresie pierwszego opublikowania utworu naukowego pracownika, który stworzył ten utwór w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy (art. 14 ust. 1 pr. aut.).

Odnosząc te uwagi do uniwersytetu, należy przyjąć, że może on być, co do zasady, podmiotem praw autorskich majątkowych jako ich nabywca, a więc następca prawny pierwotnie uprawnionego twórcy lub innego podmiotu, na rzecz którego autor rozporządził swoim (swoimi) prawem autorskim majątkowym (prawami majątkowymi). Inaczej mówiąc, uniwersytet jako podmiot prawa cywilnego może w drodze umowy rozporządzającej, np. sprzedaży, nabyć prawa autorskie majątkowe od innego podmiotu, który nimi dysponuje. Praktyka wskazuje, że z reguły uniwersytety nie zawierają umów o przeniesienie tych praw z podmiotami zewnętrznymi, choć w przypadku prowadzenia działalności wydawniczej, nawet okolicznościowej¹⁰, jest to konieczne i wówczas powinno mieć miejsce.

Odmiennie jest, gdy chodzi o osoby związane z uniwersytetem stosunkiem pracy niezależnie od jego podstawy (umowy o pracę, powołania czy mianowania). W tym przypadku wskazuje się jako podstawę nabycia¹¹ (m.in. przez uniwersytet) praw autorskich majątkowych do utworu stworzonego przez pracownika, w tym naukowo-dydaktycznego szkoły wyższej. Zgodnie z art. 12 ust. 1 pr. aut., jeżeli ustawa lub umowa o pracę nie stanowią inaczej, pracodawca, którego pracownik stworzył utwór w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy, nabywa z chwilą przyjęcia utworu autorskie prawa majątkowe w granicach wynikających z celu umowy o pracę i zgodnego zamiaru stron.

Cytowana regulacja budzi duże zainteresowanie doktryny. W oparciu o nią wykształciło się pojęcie utworów pracowniczych, a więc tych, które zostały stworzone w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy¹².

¹⁰ Np. publikacje tzw. materiałów pokonferencyjnych, na które składają się referaty, komunikaty, głosy w dyskusji itp., pochodzące od twórców reprezentujących różne polskie i zagraniczne ośrodki naukowe, a więc osób niezwiązanych z wydawcą stosunkiem pracy. Zwykle organizatorzy konferencji/ sympozjum/ seminarium informują uczestników o tym, że przewidują opublikowanie wygłoszonych wystąpień bądź wręcz wskazują na możliwość decydowania uczestnika, czy chce wygłosić, czy też przeznaczyć wyłącznie do publikacji materiał przygotowany w związku z konferencją.

¹¹ Wbrew wyrażanym niekiedy poglądom (por. np. uchwałę SN z dnia 14 lutego 2012 r., sygn. III UZP 4/11, OSNP 2012, nr 15–16, poz. 198) nabycie przez pracodawcę autorskich praw majątkowych do utworu stworzonego przez pracownika w ramach obowiązków wynikających z umowy o pracę jest, co do zasady, nabyciem pochodnym. Nabycie pierwotne (*ex lege*) ma miejsce w sytuacji określonej hipotezą przepisu art. 14 ust. 1 pr. aut. i to tylko wtedy, gdy utwór naukowy spełnia przesłanki utworu wskazane w przepisie art. 1 ust. 1 pr. aut., a równocześnie jedynie co do pierwszeństwa opublikowania i na czas wskazany w ustawie. Por. R. Markiewicz, *Ochrona prac naukowych*, ZN UJ PWiOWI, z. 55, Warszawa – Kraków 1990, s. 19; A. Szewc, *Dzieła naukowe i ich status w prawie autorskim*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 10, s. 25; M. Poźniak-Niedzielska, G. Tylec, *Działalność naukowo-dydaktyczna na wyższej uczelni w świetle prawa autorskiego*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 5, s. 35–38.

¹² Zob. m.in. L. Jaworski, *Prawo do utworu w świetle art. 12 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Warszawa 2003; P. Stec, *Uczelnia jako podmiot praw na dobrach niematerialnych*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 1, s. 50–52; M. Poźniak-Niedzielska, G. Tylec, op. cit., s. 33 i nast.; T. Targosz, *Prawa pracodawcy do utworów pracowniczych – art. 12 pr. aut. jako reguła przyporządkowania praw autorskich w stosunku pracy*, [w:] *Spory o własność intelektualną, Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, Warszawa 2013, s. 1277–1311.

Oczywiście zaliczenie utworu do wyróżnionej tu kategorii wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, czy stosunek pracy nakłada na pracownika obowiązek tworzenia utworów oraz tego, jakie byłyby konsekwencje, gdyby go nie wykonywał. Inaczej mówiąc, konieczna jest analiza stosunku pracy łączącego nauczyciela akademickiego ze szkołą wyższą (uniwersytetem), aby móc stwierdzić, że ma on (lub nie ma) obowiązek tworzenia utworów¹³. W „obiegowej”¹⁴ ocenie uważa się, że skoro pracownik naukowo-dydaktyczny uniwersytetu ma obowiązek wygłaszania wykładów, prowadzenia ćwiczeń, seminariów, laboratoriów itp., to powstałe w trakcie ich wykonywania utwory dydaktyczne mają charakter pracowniczy, a więc na podstawie przepisu art.12 pr. aut. prawa autorskie majątkowe do nich nabywa uczelnia płacąc, w ramach wynagrodzenia za pracę, także wynagrodzenie za nabyte prawa. Takie uproszczenie jest, moim zdaniem, niedopuszczalne przede wszystkim ze względu na zbyt dowolne, „życzeniowe” i opierane na domniemaniu określanie obowiązków pracowników naukowo-dydaktycznych, naukowych i dydaktycznych przez twierdzenie, że ciąży na nich m.in. również obowiązek tworzenia utworów. Istnienie zaś tego obowiązku uzasadnia zastosowanie w relacjach uniwersytet – wskazani pracownicy (naukowo-dydaktyczni, naukowi i dydaktyczni) przepisu art. 12 pr. aut. Przede wszystkim wspomniana ocena nie zawiera ustalenia, jaki jest zakres nabywanych praw, a więc czy chodzi o wszystkie zbywalne prawa majątkowe i całość znanych (z chwili powstania stosunku pracy czy z chwili przyjęcia utworu) pól eksploatacji utworu. Moim zdaniem, brak takiego ustalenia stanowi uchybienie przepisowi art. 12 ust. 1 pr. aut., który wskazuje przecież, że pracodawca nabywa prawa majątkowe w granicach „wynikających z celu umowy i zgodnego zamiaru stron”¹⁵.

Wydaje się, że podstawowym celem stosunku pracy łączącego uniwersytet z pracownikiem naukowo-dydaktycznym, a więc takim, który ma obowiązek prowadzenia wykładów, ćwiczeń i seminariów, jest kształcenie studentów oraz własny rozwój naukowy. Uczelnia bowiem prowadzi głównie działalność w zakresie świadczeń edukacyjnych, a te nie wymagają bezpośrednio tworzenia utworów i to takich, które spełniają przesłanki wskazane w przepisie art. 1 pr. aut.¹⁶

¹³ Chodzi tu o utwory w rozumieniu przepisów art. 1 pr. aut.

¹⁴ Tak np. ZUS O/Olsztyn w uzasadnieniach setek decyzji podjętych w kwietniu, maju i czerwcu 2013 r. w sprawie podlegania „oskładkowaniu” wynagrodzenia z tytułu umów o wykonanie utworu i przeniesienie na UWM praw autorskich majątkowych, zawieranych przez UWM ze swoimi pracownikami.

¹⁵ Szeroko na ten temat T. Targosz, op. cit., s. 1298–1304, który opowiada się za uznaniem, że pracodawca nabywa prawa autorskie majątkowe także na nieznanym w chwili przyjęcia utworu polach eksploatacji, albowiem przepis art. 12 pr. aut. wyłącza zastosowanie do nabycia tych praw przepisów art. 41 i nast. pr. aut.

¹⁶ Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 12 pr. aut. obejmuje swoją dyspozycją utwory pracownicze spełniające przesłanki utworu jako przedmiotu prawa autorskiego, a więc te, które wskazuje przepis art. 1 pr. aut.

Na marginesie można zauważyć, że nauczyciel akademicki, wykonując swoje obowiązki, często korzysta ze swoich utworów stworzonych w czasie, w którym nie był związany z uczelnią stosunkiem pracy (np. będąc twórcą niezależnym lub pracując w innej szkole wyższej) albo nawet w czasie, gdy jest pracownikiem uczelni, a tworzony utwór nie ma żadnego odniesienia do prowadzonych przez niego zajęć dydaktycznych¹⁷. Również rozwój naukowy nie jest bezwarunkowo uzależniony od tworzenia utworów, a w niektórych dyscyplinach wręcz można wskazać na brak, nawet teoretycznej, potrzeby i możliwości tworzenia utworów, np. w naukach technicznych i eksperymentalnych, w matematyce i różnego rodzaju metodykach¹⁸. Prowadzi to do wniosku, że wskazywany często jako podstawa prawna obowiązku działalności twórczej prowadzącej do powstawania utworów przepis art. 111 ust. 1 pkt 2 prawa o szkolnictwie wyższym¹⁹ jest „adresem” chybionym. Przepis ten stanowi, że pracownicy naukowo-dydaktyczni są obowiązani prowadzić badania naukowe i prace rozwojowe, rozwijać twórczość naukową albo artystyczną. Odnosi się więc do wszystkich nauczycieli akademickich, a nie do określonej ich

¹⁷ Tworząc niniejsze opracowanie, mam świadomość, że nie będę z niego korzystał, wykonując swoje obowiązki dydaktyczne w UWM, albowiem jego meritum znajduje się poza zatwierdzonym planem dydaktycznym zawierającym zakres materii, którą mam „wyłożyć studentom, doktorantom czy uczestnikom studiów podyplomowych”. Co do utworów stworzonych w czasie i okolicznościach nie związanych ze stosunkiem pracy rodzi się pytanie: komu przysługują prawa autorskie majątkowe, jeżeli stworzone zostały w czasie wykonywania obowiązków ze stosunku pracy na innej uczelni (autorowi czy uczelni)? W zależności od rezultatów wykładni przepisu art. 12 pr. aut. odpowiedzi mogą się przecież różnić w sposób istotny.

¹⁸ Zob. przepis art. 1 ust. 2¹ pr. aut. wyłączający spod ochrony odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne.

¹⁹ Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. nr 164, poz. 1365) – dalej jako p.s.w. Na tle poprzednio obowiązującej ustawy z 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz.U. nr 65, poz. 385) obowiązek tworzenia utworów wywodzony z przepisu art. 99 ust. 1, zgodnie z którym pracownicy naukowo-dydaktyczni obowiązani byli do prowadzenia badań naukowych i rozwijania twórczości naukowej. Typowym przykładem sposobu ujmowania tej kwestii jest fragment uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z 12 czerwca 2013 r. w sprawie IV U 877/13, której przedmiotem było odwołanie od decyzji ZUS O/Olsztyn ustalającej podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenia zdrowotne i Fundusz Pracy. Sąd, powołując się na przepis art. 99 u.s.w. wywoził, że „regulacja ta nie pozostawia, w ocenie Sądu, wątpliwości, że w ramach łączącego strony stosunku pracy na pracowników naukowo-dydaktycznych nałożonych jest szereg obowiązków, m.in. jest to obowiązek kształcenia studentów i innych uczestników studiów i kursów, czego wyrazem jest m.in. prowadzenie wykładów czy też obowiązek rozwijania twórczości naukowej, wyrażającej się m.in. w publikacjach **prac naukowych** [podkreślenie – J.A.P.], tworzeniu skryptów, artykułów czy recenzji [...]”. Wobec tego „przychód z wykonywania tych czynności należy traktować jako podlegający oskładkowaniu na podstawie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 6 pkt 1 i art. 4 pkt 9 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych”. Sąd nie dostrzega, że do prac naukowych stosuje się wyłącznie przepis art. 14 pr. aut., i to tylko tych, które są utworami w świetle art. 1 pr. aut. i że uczelnia nabywa *ex lege* wyłącznie prawo do pierwszej publikacji takiego utworu, którego wykonanie zależy zawsze od zgody jego autora. Innych praw autorskich uczelnia nie uzyskuje, toteż chcąc je nabyć, musi z autorem zawrzeć dodatkową umowę (poza stosunkiem pracy). Honorarium płacone autorowi za przeniesienie tych innych autorskich praw majątkowych (poza prawem pierwszej publikacji) nie jest więc dodatkowym wynagrodzeniem za pracę.

grupy. Brak zaś zróżnicowania, np. według specjalności i reprezentowanej dyscypliny naukowej, tworzy trudny albo wręcz niemożliwy do przezwyciężenia dysonans pomiędzy grupą pracowników tworzących utwory i tych, którzy wykonując obowiązki ze stosunku pracy, z przyczyn obiektywnych stworzyć ich nie mogą. Jedni i drudzy otrzymują bowiem jednakowe wynagrodzenia, a okoliczność ta pozwala na twierdzenie, że nie jest ono w jakikolwiek sposób związane z obowiązkiem tworzenia utworów ani z nabywaniem przez uczelnie praw autorskich majątkowych. Gdyby nawet przyjąć, że z wykonywania obowiązku „rozwijania twórczości naukowej” można domniemywać powinność tworzenia utworów, to ustawa przesądza, że będą one kwalifikowane jako „naukowe”, czego konsekwencją jest konieczność stosowania do nich przepisu art. 14 pr. aut. derogującego jako *lex specialis* przepis art. 12 pr. aut.²⁰ Nie można też ignorować, a dotyczy to każdego nauczyciela akademickiego, informacji zawartych w akcie mianowania oraz umowie o pracę. Zgodnie z przepisem art. 119 ust. 1 p.s.w. określają one strony umowy, rodzaj umowy, datę jej zawarcia oraz warunki pracy i płacy, w szczególności: rodzaj pracy, miejsce wykonywania pracy, informację, czy uczelnia jest podstawowym miejscem pracy w rozumieniu ustawy, wynagrodzenie za pracę odpowiadającą rodzajowi pracy, ze wskazaniem składników wynagrodzenia, wymiar czasu pracy oraz termin jej rozpoczęcia. Szczególnie przydatne dla zdiagnozowania i ustalenia obowiązków ciążyących na pracowniku – poza tymi, które wynikają z p.s.w.²¹ – może być ustalenie składników wynagrodzenia. Poprzednio obowiązująca ustawa²² wskazywała je wprost w przepisie art. 105 ust. 1–3. Składało się ono z wynagrodzenia zasadniczego za prowadzenie badań naukowych, pracę dydaktyczną i organizacyjną oraz dodatki za staż pracy i związane ze sprawowaną funkcją. W powiązaniu z regulacjami dotyczącymi okresowej oceny, której podlegali wszyscy pracownicy co cztery lata (obejmowała ona obowiązki wskazane w przepisie art. 99 u.s.w., a jej kryteria wskazywał statut uczelni – art. 104 u.s.w.), możliwe było ustalenie treści stosunku pracy, a więc także obowiązki pracownika naukowo-dydaktycznego i innych. Łatwo zauważyć, że obowiązki te obejmowały prowadzenie

²⁰ Zgodnie z utrwalonym w piśmiennictwie poglądem, przepis art. 14 pr. aut. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 12 i wyłącza jego stosowanie w odniesieniu do sytuacji objętych swoją hipotezą. Tak J. Barta, R. Markiewicz, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne Komentarz*, Warszawa 2011, s. 156. Podobnie D. Kasprzycki, J. Ożegalska-Trybalska, *Prawne aspekty zarządzania własnością intelektualną na uczelniach. Zagadnienia wybrane*, [w:] *Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, Warszawa 2013, s. 410, którzy wywodzą: „W praktyce, ustawowy reżim nabycia praw autorskich do utworów pracowniczych stanowi podstawę uprawnień uczelni tylko do pewnych kategorii utworów stworzonych przez jej pracowników. Prawo autorskie wprowadza bowiem szczególne zasady w zakresie nabycia praw do pracowniczych utworów naukowych (art. 14 pr. aut.), z których wynika, że jednostka naukowa nabywa jedynie prawo do pierwszej publikacji utworu naukowego, stworzonego w ramach wykonywania obowiązków pracowniczych”.

²¹ Zgodnie z przepisem art. 111 p.s.w.

²² Ustawa o szkolnictwie wyższym (Dz.U. z 1990 r., nr 65, poz. 385) – dalej jako u.s.w.

badań naukowych i pracę dydaktyczną. Nieuprawnione byłoby jednak domniemywanie z ich istnienia także ciążenia na tych pracownikach obowiązku tworzenia utworów. Wniosek ten wspierała treść przepisu art. 111 u.s.w., zgodnie z którym nauczycielom akademickim przysługiwały uprawnienia twórców w zakresie ochrony praw autorskich i praw pokrewnych oraz pomoc uczelni w razie ich naruszenia. Termin „prawa autorskie” obejmuje swoim zakresem zarówno autorskie prawa osobiste, jak i majątkowe, natomiast wskazanie na pomoc uczelni w razie ich naruszenia oznacza, że nie przysługiwały jej samodzielne uprawnienia w zakresie praw autorskich majątkowych. Gdyby miało być inaczej, uchwalając ustawę o prawie autorskim i prawach pokrewnych w 1994 r. ustawodawca musiałby tę kwestię uwzględnić w treści przepisu art. 12 pr. aut., wzbogacając ją o postanowienie wskazujące, że mimo nabycia przez pracodawcę (uczelnię) praw autorskich majątkowych do utworu stworzonego w związku z prowadzeniem badań naukowych, rozwijaniem twórczości i procesem dydaktycznym, nauczycielowi akademickiemu przysługują prawa twórcy w zakresie dochodzenia ich ochrony w przypadku ich naruszenia. Innym ewentualnym rozwiązaniem byłoby zawarcie w przepisach przejściowych i końcowych ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (w rozdziale 15) z 1994 r. przepisu o utraceniu mocy art. 111 u.s.w. Jak wiadomo, żadnego z tych rozwiązań nie zastosowano w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

W opracowaniach dotyczących „utworów pracowniczych” nauczycieli akademickich brakuje odniesienia do obowiązku rozwijania twórczości artystycznej. Zgodnie z logiką wywodów o obowiązku rozwijania twórczości naukowej i uzasadniania nim pracowniczego obowiązku tworzenia utworów zasadne byłoby twierdzenie, że nauczyciele akademicy – artyści mają obowiązek tworzyć utwory (w swojej dziedzinie artystycznej), a konsekwencją tego byłoby nabywanie przez uczelnę praw autorskich majątkowych do dzieł plastycznych, muzycznych itd., a co za tym idzie – także ich nośników fizycznych. Gdyby uznać takie rozumowanie za poprawne, prowadziłoby ono do absurdalnych następstw. Uczelnia mogłaby nabywać za niewielkie kwoty wynagrodzenia wypłacanego pracownikowi naukowo-dydaktycznemu, będącemu np. wybitnym kompozytorem, malarzem itd., tworzone przez niego utwory, a następnie wprowadzać je do obrotu i uzyskiwać korzyści ekonomiczne wielokrotnie przewyższające poniesiony koszt wynagrodzenia. Absurdu tego można uniknąć uznając, że utwory artystyczne mają równoważną istotę prawną z utworami naukowymi i znajduje do nich zastosowanie przepis art. 14 pr. aut. Nie ulega wszak wątpliwości, że problematyka autorsko-prawna twórczości artystycznej nauczycieli akademickich wymaga pogłębionej analizy na tle obowiązującego prawa²³, zwłaszcza że od wejścia w życie ustawy

²³ Na tle poprzednio obowiązującej ustawy zob. J. Barta, *Artystyczna twórczość pracownicza a prawo autorskie*, Kraków 1988.

o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tj. od dnia 23 maja 1994 r.²⁴, w jej skład weszły zagadnienia związane z artystycznym wykonaniami czy też nadaniami radiowymi i telewizyjnymi oraz fonogramami i wideogramami.

W praktyce obrotu autorskimi prawami majątkowymi niekiedy można spotkać termin „utwór dydaktyczny” na oznaczenie wykładu akademickiego²⁵. Nie jest to zbyt fortunne określenie, wykład jest bowiem jedną z form dydaktyki, jednak nie koresponduje z regulacjami prawa autorskiego. W piśmiennictwie trafnie kwestionuje się wyodrębnianie tej kategorii utworów i traktowanie ich jako mających mniejszą wartość niż wymienione w przepisie art. 1 ust. 2 pkt 1 pr. aut. „utwory naukowe”²⁶. Wartościowanie utworów jest bowiem indyferentne dla istnienia praw autorskich i ich ochrony (art. 1 ust. 1 pr. aut. „niezależnie od ich wartości i przeznaczenia...”). Za utwory naukowe uważa się przy tym produkty intelektu, „które stanowią rezultat naukowego procesu poznawczego, a zarazem, w swej podstawowej funkcji komunikacyjnej, nie są zorientowane »na siebie« (jak utwory artystyczne), lecz na przedstawienie obiektywnej rzeczywistości”²⁷. Nie trzeba nikogo przekonywać, że jedną z podstawowych funkcji wykładu jest funkcja komunikacyjna, a więc tożsama do pełnionej przez utwór naukowy. Ze względu na to, że taki utwór często obejmuje swoim zakresem również wiedzę techniczną i inne informacje (o metodzie badań, o treści przepisów prawnych itp.), przyjmuje się, że utwór stworzony w celu dydaktycznym na wyższej uczelni (np. skrypt, podręcznik) może być uznany za naukowy²⁸. Moim zdaniem, podobnie należy zakwalifikować wykład wygłaszany w ramach zajęć dydaktycznych w uniwersytecie.

Trzeba wreszcie zauważyć, że w praktyce uniwersytetów nie istniała dotychczas żadna procedura związana z „przyjęciem utworu”, co do którego można by uznać za zasadną ocenę, że jest to utwór pracowniczy. Nie wydaje się bowiem trafne, by owym „przyjęciem” było oświadczenie pracownika o wykonaniu obowiązków dydaktycznych²⁹. Gdy chodzi zaś o utwory inne (artykuły, komunikaty, referaty, wystąpienia konferencyjne itd.), nie było jak dotąd żadnego obowiązku, którego spełnienia domagałby się uniwersytet. Autor bez przeszkód decydował o tym, czy i gdzie opublikuje stworzony przez siebie utwór, a w umowach wydawniczych oświadczał, że autorskie prawa majątkowe do niego nie są ograniczone na rzecz osób trzecich ani obciążone

²⁴ Z wyjątkiem przepisu art. 124 ust. 3, który wszedł w życie z dniem ogłoszenia ustawy.

²⁵ Taką terminologię stosowano w umowach zawieranych m.in. w UWM w Olsztynie, których przedmiotem było wygłoszenie wykładów na umówiony temat, utrwalenie ich na nośniku fizycznym i przeniesienie na uczelnię praw autorskich majątkowych na wymienionych w umowie polach eksploatacji.

²⁶ Tak M. Poźniak-Niedzielska, G. Tylec, op. cit., s. 33–35. Odmiennie P. Stec, op. cit., s. 51.

²⁷ Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie i prawa pokrewne...*, s. 129.

²⁸ Por. M. Poźniak-Niedzielska, G. Tylec, op. cit., s. 36.

²⁹ W istocie jest to rozliczenie godzin pensum dla celów płacowych.

prawami tych osób. Nietrudno sobie wyobrazić konsekwencje, gdyby prawa autorskie do tych utworów (gdyby zostały uznane za pracownicze) przysługiwały uczelni. Podobnie, jeśli nie groźniej, byłoby w przypadku uznania za pracownicze utworów stworzonych w trakcie wygłaszania wykładów czy prowadzenia innych zajęć dydaktycznych. Pracownik wygłaszający je co roku, mimo wprowadzanych zmian, posługuje się przecież wykładem „bazowym” i wszystkie jego nowsze wersje musiałyby być uznane za opracowania tego pierwszego. Do dalszego wykładania czy też nowego opracowania wykładowca musiałby zatem posiadać zgodę uniwersytetu jako podmiotu praw nabytych na podstawie przepisu art. 12 pr. aut.³⁰

Dotychczasowe wywody wskazują, że istnieje wiele rozbieżności co do tego, czy tworzenie utworów należy do obowiązków pracownika naukowo-dydaktycznego, naukowego i dydaktycznego wynikających ze stosunku prawnego łączącego go z uczelnią. Zwolennicy uznania, że na pracowniku ciąży obowiązek tworzenia utworu, zwykle odwołują się przy tym do treści przepisu art. 111 p.s.w. twierdząc, że obowiązek prowadzenia badań naukowych, rozwijania twórczości naukowej albo artystycznej oraz podnoszenia swoich kwalifikacji, jak też obowiązek kształcenia studentów oraz innych uczestników studiów i kursów prowadzonych przez uczelnię obejmuje również obowiązek tworzenia utworów. Powstałe zaś w wyniku wykonywania tego obowiązku utwory są „utworami pracowniczymi”, a więc stosuje się do nich przepis art. 12 pr. aut. bądź naukowymi, do których stosuje się przepis art. 14 pr. aut. Zajęcie własnego stanowiska w tej sprawie poprzedzone być musi prezentacją regulacji wewnętrznych obowiązujących w Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie.

Uchwałą Nr 716 Senatu UWM z dnia 17 czerwca 2011 r. uchwalono „Regulamin dotyczący zasad ochrony i komercjalizacji dóbr niematerialnych w UWM w Olsztynie”³¹, który wszedł w życie 1 października 2012 r. Do praw autorskich odnoszą się ogólnie postanowienia § 1 lit. a pkt 1 i lit. e, §§ 2, 3, 4, a w szczególności rozdziału II, podrozdziału 1 Regulaminu (§§ 12–16). W § 1 wskazuje się, że pod pojęciem „dobra niematerialne” rozumie się utwory w rozumieniu prawa autorskiego (w tym utwory naukowe, audiowizualne, programy komputerowe, przedmioty praw pokrewnych i bazy danych). Regulamin nie obejmuje zatem swoim zakresem twórczości naukowej, o która mówi przepis art. 23 k.c. dotyczący ochrony dóbr osobistych, a więc dóbr niematerialnych. W komentarzu do postanowień Regulaminu tłumaczy się użycie wspomnianego pojęcia tym, że określenie „dobro intelektualne” nie obejmuje wszystkich dóbr niematerialnych, w tym znaków towarowych (oznaczeń).

³⁰ O absurdalności takiego rozwiązania nie trzeba przekonywać.

³¹ Opublikowany w *Przewodniku dotyczącym zarządzania własnością intelektualną i ochrony prawnej dóbr niematerialnych powstałych w Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie*, Olsztyn 2001 – dalej jako Regulamin.

Moim zdaniem, wprowadzanie terminologii odbiegającej od używanej w języku prawniczym nie jest zabiegiem trafnym, zwłaszcza że rodzi skojarzenia związane z ochroną dóbr osobistych, które – jak wiadomo – pozostają poza obszarem własności intelektualnej. Co więcej, Regulamin określa „twórcę” jako osobę, która stworzyła dobro niematerialne. Takie wyjaśnienie nie jest precyzyjne, albowiem wiele rezultatów aktywności intelektualnej człowieka można uznać za dobra niematerialne/ osobiste, które mimo takiego ustalenia nie są przedmiotami własności intelektualnej (np. tajemnica korespondencji, twórczość naukowa i artystyczna w rozumieniu art. 23 k.c. itp.).

Określając zakres uprawnień uniwersytetu i twórców w zakresie prawa autorskiego, Regulamin powtarza w zasadzie rozwiązanie przyjęte w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych, choć równocześnie zamieszcza pewne dookreślenia będące, jak sądzę, wyrazem stanowiska UWM co do interpretacji dyspozytywnych postanowień zawartych w przepisach art. 12–15 pr. aut. Pozostawiając pracownikowi swobodę wyboru formy i miejsca publikacji lub innego sposobu rozpowszechniania utworu naukowego Regulamin nakłada na niego obowiązek afiliacji, to jest umieszczenia obok swojego nazwiska także nazwy Uniwersytetu. Swoboda ta doznaje dalszych ograniczeń w przypadku, gdy uczelnia wyrazi wolę skorzystania z pierwszeństwa publikacji określonych utworów naukowych. Wówczas pracownik ma obowiązek zgłoszenia utworu, a uczelnia powinność zawarcia z nim umowy o wydanie utworu w ciągu trzech miesięcy od dostarczenia i jego opublikowania w ciągu roku od przyjęcia. Jak widać, fakt dostarczenia utworu nie jest równoznaczny z jego przyjęciem i kwestia ta wymaga doprecyzowania, które ma nastąpić w drodze zarządzenia Rektora. W zakresie pozostałych uprawnień uczelni do utworu naukowego stworzonego przez jej pracownika Regulamin powtarza treść przepisu art. 14 pr. aut. Gdy chodzi o „utwory pracownicze” nie będące utworami naukowymi, w omawianym akcie prawnym znalazło się powtórzenie treści art. 12 ust. 1 pr. aut., z tym że obowiązek zgłoszenia stworzenia takiego utworu przez pracownika powstaje, gdy kierownik jednostki za zgodą Rektora lub osoby przez niego upoważnionej wyrazi wolę skorzystania z praw do określonych utworów³². Przyjęcie takiego rozwiązania kwestii praw autorskich do utworów pracowniczych zasługuje na aprobatę przynajmniej co do możliwości częściowego ustalania celu umowy o pracę wyrażonego ujawnieniem woli do skorzystania z praw do określonych utworów. Niestety, nie usuwa to wszystkich wątpliwości, które rodzą się w praktyce, a dotyczących zwłaszcza określania celu umowy/ stosunku pracy i zgodne-

³² Regulamin zawiera odrębne postanowienie, zgodnie z którym decyzję w sprawie ochrony utworów, baz danych i przedmiotów praw pokrewnych podejmuje Rektor lub osoba przez niego upoważniona. Ma on prawo do przyjęcia utworu, uzależnienia przyjęcia od dokonania poprawek, może też podjąć decyzję o nieprzyjęciu utworu (dobra niematerialnego). Por. § 19 Regulaminu.

go zamiaru stron. W pkt 4 Przewodnika³³ nie znajdujemy wyjaśnień, które choćby częściowo wykraczały poza te, które zawarte są w piśmiennictwie dotyczącym twórczości pracowniczej i praw autorskich instytucji naukowych, w tym uniwersytetów.

Tworzenie Regulaminu było doskonałą okazją do zajęcia się treścią stosunku prawnego łączącego pracownika naukowo-dydaktycznego i dydaktycznego z uczelnią, zwłaszcza co do objętych nim obowiązków. Pozwalałoby to na doprecyzowanie, jakie utwory ma obowiązek tworzyć pracownik bądź że nie ma on takiego obowiązku. Można by też wskazać np., że wyłącznie utwory stworzone w czasie zajęć dydaktycznych objętych pensum są utworami pracowniczymi. Wśród możliwych rozwiązań są jeszcze dalsze – zwłaszcza co do kryteriów/przesłanek uznania utworów za pracownicze, np. przyjmując, że są nimi tylko te, które zostały określone/zindywidualizowane w umowie o pracę czy w akcie mianowania. Dookreślenia wymagałaby relacja uczelnia–pracownik w zakresie praw autorskich majątkowych do utworów wykorzystywanych corocznie do zajęć dydaktycznych, nabytych przez uczelnię. Wydaje się, że należałoby przewidzieć nieodpłatną licencję na rzecz autora, który w przeciwnym wypadku musiałby uzyskiwać zgodę uczelni na korzystanie z utworu czy na jego modyfikację (opracowanie) ze względu na rozwój/ nowe osiągnięcia itp. w wykładanej materii. Brak tych rozwiązań w Regulaminie nie stanowi jego zalety³⁴.

Gdy chodzi o prawa autorskie do utworów komputerowych, utworów audiowizualnych oraz baz danych, a także praw pokrewnych do fonogramów i wideogramów, nadań radiowych i telewizyjnych oraz prawa do pierwszego wydania naukowego lub krytycznego, Regulamin powtarza rozwiązania przyjęte w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Podobnie czyni to w stosunku do utworów studenckich. Kwestie te nie budzą jednak większych wątpliwości. Wydaje się natomiast, że ze względu na prowadzenie przez UWM działalności wydawniczej Regulamin mógłby wspomnieć o prawach autorskich do utworów zbiorowych.

Odrębną kwestię stanowią prawa autorskie majątkowe do utworów pracowniczych stworzonych przez pracowników wydziałów artystycznych uniwersytetów oraz do prac dyplomowych studentów tych kierunków. Specyfika

³³ M. Salamonowicz, [w:] *Regulamin, część 4: Zasady prawnej ochrony i komercjalizacji dóbr niematerialnych w ramach UWM w Olsztynie*, s. 33–47.

³⁴ Trudno uznać, że wystarczającym i rozwiewającym wszelkie wątpliwości rozwiązaniem jest postanowienie § 4 pkt 2 Regulaminu, zgodnie z którym „dobra niematerialne będą uznawane za powstałe w wyniku wykonywania obowiązków pracowniczych, jeżeli zakres obowiązków pracownika obejmuje działania, w wyniku których może dojść do stworzenia dóbr niematerialnych”. Twórcy Regulaminu przewidują bowiem istnienie sporów co do tego, czy dobro niematerialne powstało w wyniku wykonywania obowiązków pracowniczych. „Rozstrzyga je bowiem Komisja ds. Własności Intelektualnej. Nie ogranicza to żadnej ze stron prawa do sądu” (§ 4 pkt 4 Regulaminu).

tej twórczości wymagałaby samodzielnej regulacji, a dotychczas takiej nie ma, natomiast praktyka wskazuje, że uczelnia zawłaszcza prace dyplomowe, zwykle sprzedając je na aukcjach i wystawach, a ich dalszy los stanowi niewiadomą. Uniemożliwia to autorom korzystanie z przysługujących im praw zarówno osobistych, jak i majątkowych, co jest wysoce naganne.

Sumując dotychczasowe obserwacje, jestem zdania, że istotne znaczenie ma kwalifikacja utworu stworzonego przez pracownika naukowo-dydaktycznego i dydaktycznego jako „naukowego” bądź nienaukowego – „pracownicze-go”. Co do utworów naukowych prawa autorskie twórców są ograniczone na rzecz uczelni wyłącznie przepisem art. 14 pr. aut., która *ex lege* nabywa prawo pierwszeństwa publikacji, jeśli autor wyrazi na nią zgodę. Uniwersytet, publikując taki utwór, ma obowiązek zapłacić twórcy wynagrodzenie. Nie będzie ono jednak, moim zdaniem, wynagrodzeniem ze stosunku pracy, lecz za publikację. Chcąc uzyskać inne prawa autorskie majątkowe do utworu naukowego, uczelnia musi zawrzeć z pracownikiem naukowo-dydaktycznym odrębną (od stosunku pracy) umowę o przeniesienie tych praw przez twórcę.

Co do utworów pracowniczych uważam, że ze stosunku pracy powinno wynikać, jakie konkretnie utwory ma w ramach swoich obowiązków tworzyć pracownik, jaki jest cel umowy/ stosunku pracy i zgodny zamiar stron co do zakresu praw autorskich majątkowych, które nabywa uczelnia oraz co do sposobu korzystania z pozyskanych utworów. Wszelkie domniemania zakresu skonkretyzowanego obowiązku tworzenia utworów, oparte na ogólnikowych przepisach prawa o szkolnictwie wyższym, prowadzą do szeregu nieporozumień i narażają uczelnię oraz jej pracowników na spory wynikające z rozmaitych i mało rygorystycznych interpretacji obecnych uregulowań.

Summary

University's copyrights on the example of UWM

Key words: university, moral rights, employees' creative work, scientific creative work.

Abstract: In the article, the author, basing on the Higher Education Act from 1990, Higher Education Law from 2006, and the acts concerning copyright and related rights, analyzes a university's legal status in relation to moral rights. He also presents the text and the evaluation of the Regulations concerning the rules of protection and commercialization of non-tangible assets at UWM in Olsztyn. According to the author, a university may be an *ex lege* entity in relation to the copyrights to the first publication of a scientific creative work (article 14, section 1 of copyright law), whereas moral

rights to other creative works by scientific-didactic and didactic workers require separate agreements, other than employment contract, to be successfully acquired. It is so, since the text of an employment contract does not allow for the assumption that it obliges scientific-didactic or didactic workers to produce creative works.

Marek Zbigniew Salamonowicz
Katedra Prawa Gospodarczego
Wydział Prawa i Administracji UWM

Publiczna szkoła wyższa jako przedsiębiorca*

Wprowadzenie

Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym¹ wyraźnie dopuściła możliwość podejmowania działalności gospodarczej przez publiczne szkoły wyższe. Ustawodawca rozstrzygnął to jednoznacznie poprzez treść art. 7 p.s.w. Zgodnie z tym przepisem, uczelnia może prowadzić działalność gospodarczą wyodrębnioną organizacyjnie i finansowo w zakresie i formach określonych w statucie. Wyodrębnienie organizacyjne i finansowe odnosi się do podstawowych zadań uczelni określonych w art. 13 p.s.w. oraz prowadzonych przez uczelnie domów studenckich i stołówek studenckich. Powyższy zapis zamyka dyskusję na temat dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej przez uczelnię publiczną, jednak otwiera nowe płaszczyzny do debaty, m.in. na temat form, potrzeby oraz konsekwencji angażowania się publicznych szkół wyższych w sferę działalności gospodarczej. Niniejszy artykuł zmierza do naświetlenia węzłowych zagadnień związanych z prawnym aspektem zarysowanej wyżej problematyki.

Podstawy prawne i uzasadnienie dla postrzegania publicznej szkoły wyższej jako przedsiębiorcy

Publiczna szkoła wyższa może być postrzegana jako przedsiębiorca na gruncie różnych aktów normatywnych. W szczególności możliwość taką stwarza ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²,

* Artykuł powstał w ramach projektu „Prawne aspekty ochrony i komercjalizacji własności intelektualnej publicznych szkół wyższych” – finansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki na podstawie decyzji nr DEC-2012/07/D/HS5/01864.

¹ Dz.U. z 2005 r. nr 164, poz. 1365 z późn. zm. – dalej: p.s.w. Por. art. 23 ust. 2 nieobowiązującej ustawy z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz.U. nr 65, poz. 385 z późn. zm.).

² Tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.

w tym szeroka definicja przedsiębiorcy sformułowana w jej art. 2. Według niej przedsiębiorcami są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nie mające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej³.

Wydaje się, że publiczna szkoła wyższa może być poczytywana za przedsiębiorcę w sytuacji, gdy podejmuje działania zmierzające do ochrony poufnych informacji, które posiadają wartość gospodarczą, określonych w art. 11 ww. ustawy, jako tajemnica przedsiębiorstwa, po to aby następnie komercjalizować te informacje poprzez np. udzielenie licencji innemu przedsiębiorcy. Przez samo udzielenie licencji *know-how*, np. produkcyjnej czy nawet handlowej, uczelnia uczestniczy w działalności gospodarczej. Zakwalifikowanie publicznej szkoły wyższej jako przedsiębiorcy jest uzasadnione i potrzebne. Daje bowiem podstawy i instrumenty do ochrony jej interesów przed czynami nieuczciwej konkurencji, które mogą polegać m.in. na naruszeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przez kontrahenta, pracowników lub osoby trzecie. Niektóre z publicznych szkół wyższych chronią swoje oznaczenia, uzyskując prawa ochronne na znaki towarowe⁴. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji umożliwia skuteczną ochronę przed naruszeniami zarówno tychże znaków, jak i innych oznaczeń, z jakich korzystają uczelnie. Przy aktywnej współpracy z otoczeniem gospodarczym mogą wystąpić inne niż zaznaczone czyny nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie – powstanie potrzeba ochrony interesów uczelni jako przedsiębiorcy.

Dla tworzenia i ochrony potencjału intelektualnego uczelni istotne są unormowania ustawy z 30 czerwca 2000 r. prawo własności przemysłowej⁵. Pod pojęciem przedsiębiorcy na gruncie p.w.p. rozumie się osobę prowadzącą w celach zarobkowych działalność wytwórczą, budowlaną, handlową lub usługową, dalej działalnością gospodarczą⁶. Dla budowania podstaw dla prowadzenia działalności gospodarczej znaczenie ma uznanie publicznej szkoły wyższej za przedsiębiorcę w świetle art. 11 ust. 4 i 5 p.w.p. Ustawodawca daje możliwość wskazania w umowie pomiędzy przedsiębiorcami podmiotu, który będzie uprawniony z praw własności przemysłowej do dóbr, jakie powstaną w związku z wykonywaniem tej umowy. Mogą to być w praktyce

³ Por. szerzej: E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2006, s. 37 i nast.; J. Szwejca (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2006, teza 29.12 oraz przywołane tam orzecznictwo.

⁴ Uniwersytet Warmińsko-Mazurski posiada prawa do znaku słowno-graficznego UWM, ponadto w Urzędzie Patentowym RP zostały zgłoszone: znak słowno-graficzny „Kortowiada” oraz znak słowny „Wawrzyczki” w odniesieniu do Chóru UWM im. prof. Wiktora Wawrzyczka. Por. szerzej [online] <www.uprp.gov.pl>.

⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., nr 119, poz. 1117 z późn. zm. – dalej: p.w.p.

⁶ P. Kostański (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa 2010, por. komentarz do art. 3 teza 18.

umowy pomiędzy publiczną szkołą wyższą a przedsiębiorcą albo pomiędzy uczelniami, przykładowo o prace badawczo-rozwojowe, które ma prowadzić wspólny zespół⁷.

Konsekwencją uznania uczelni za przedsiębiorcę w myśl ust. 4 art. 11 p.w.p. jest możliwość korzystania z licencji ustawowej. Daje ona uprawnienie publicznej szkole wyższej do korzystania z dóbr własności przemysłowej powstałych przy pomocy uczelni. Więcej, ustawodawca dopuszcza w takiej sytuacji zawarcie umowy, w świetle której prawa własności przemysłowej przechodzą na rzecz „przedsiębiorcy udzielającego pomocy”, a zatem publicznej szkoły wyższej. Stroną takiej umowy może być np. student lub doktorant, wizytujący profesor z innej uczelni albo inny przedsiębiorca. Z kolei w odniesieniu do uprawnień do twórczości pracowniczej ustawodawca posługuje się pojęciem „pracodawcy”. Należy podkreślić, iż w obecnym stanie prawnym, mając na uwadze art. 7 p.s.w., uznanie dopuszczalności kwalifikowania publicznej szkoły wyższej jako przedsiębiorcy na tle p.w.p. nie powinno wzbudzać zasadniczych wątpliwości. Jednak nawet przed wejściem w życie tegoż przepisu dominował pogląd, w myśl którego przepisy o pomocy przedsiębiorcy mogą być stosowane również do pomocy udzielanej przez publiczną szkołę wyższą⁸.

Delikatną kwestią jest możliwość uznania uczelni za przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁹. Ustawodawca w art. 4 pkt 1 ww. ustawy odsyła w zakresie pojęcia przedsiębiorcy do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Dokonuje zarazem znacznego rozszerzenia definicji. Publiczna szkoła wyższa, mając osobowość prawną i prowadząc we własnym imieniu działalność gospodarczą, może być zakwalifikowana jako przedsiębiorca. Nie będzie przeszkodą dla takiej kwalifikacji w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów sytuacja, w której uczelnia mająca udziały w spółce kapitałowej angażuje się w proces gospodarczy. W świetle prawa konkurencji zarówno uczelnia, jak i jej spółka córka będą traktowane jako zintegrowany organizm gospodarczy¹⁰.

Odnośnie do charakteru prawnego wyższej uczelni prywatnej wypowiedział się Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Uznano taki podmiot za przedsiębiorcę, stwierdzając jednocześnie, iż stosując względem studentów postanowienia

⁷ M. du Vall, *Prawo patentowe*, Warszawa 2008, s. 222 i nast.

⁸ M. du Vall, [w:] E. Nowińska, U. Promińska, M. du Vall, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2009, s. 126; P. Kostański (red.), *Prawo własności przemysłowej*, komentarz do art. 11, pkt 61.

⁹ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 z późn. zm.).

¹⁰ T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2010, komentarz do art. 4, teza 25.6.

o bezpłatnym przejściu praw autorskich majątkowych do prac dyplomowych, uczelnia dopuściła się naruszenia zbiorowych interesów konkurentów¹¹.

Wydaje się, że publiczna szkoła wyższa może być również kwalifikowana jako przedsiębiorca, także gdy chodzi o inne praktyki ograniczające konkurencję. Przykładowo, posiadane przez uczelnię prawa własności przemysłowej oparte na legalnym monopolu mogą być źródłem jej silnej pozycji rynkowej, a ich nieumiejętne, nazbyt restrykcyjne wykonywanie może stać się źródłem zarzutu o nadużycie pozycji dominującej czy zakazu porozumień antykonkurencyjnych. Komercjalizując technologię i uczestnicząc w życiu gospodarczym, publiczne szkoły wyższe powinny przestrzegać zgodności podejmowanych działań z prawem antymonopolowym.

Komercjalizacja praw własności intelektualnej jako podstawa dla działalności gospodarczej publicznych szkół wyższych

Jak już wskazano, główną płaszczyzną aktywności gospodarczej publicznych szkół wyższych jest sfera komercjalizacji praw własności intelektualnej oraz materialnych nośników dóbr niematerialnych, np. urządzeń, instrumentów, aparatury. Dlatego też szereg uczelni opracowało akty wewnętrzne w formie uchwał senatu lub zarządzeń rektora, które dotyczą kwestii ochrony i zarządzania własnością intelektualną. Pierwszą uczelnią publiczną w Polsce, która ustanowiła tego typu akt, jest Uniwersytet Jagielloński w Krakowie¹². Obecnie tego typu akty obowiązują w wielu uczelniach, np. na Uniwersytecie Łódzkim, Uniwersytecie im. Mikołaja Kopernika w Toruniu, Politechnice Krakowskiej im. T. Kościuszki, Politechnice Gdańskiej i innych. W wielu polskich uczelniach aktualnie toczą się prace nad podobnymi aktami. Należy wskazać, iż rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i innych ustaw¹³ przewiduje obligatoryjność posługiwania się tego typu aktem. W myśl projektu ma być dodany art. 86c w brzmieniu: „Senat uchwała regulamin zarządzania prawami własności intelektualnej oraz zasad komercjalizacji wyników badań naukowych i prac rozwojowych, który określa: 1) prawa i obowiązki uczelni, pracowników oraz studentów i doktorantów w zakresie ochrony i korzystania z praw autorskich

¹¹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 6 kwietnia 2006 r., sygn. XVII AmC 48/05 (niepubl.).

¹² Aktami wewnętrznymi, które zawierają zasady polityki uczelni w sferze prawa własności intelektualnej, posługują się także np. Stanford University, Cambridge University, Massachusetts Institute of Technology, Technische Universität Graz i wiele innych.

¹³ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, ustawy o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 3391).

i praw pokrewnych oraz praw własności przemysłowej; 2) zasady wynagradzania twórców; 3) zasady i procedury komercjalizacji wyników badań naukowych i prac rozwojowych; 4) zasady korzystania z majątku uczelni wykorzystywanego do komercjalizacji wyników badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług naukowo-badawczych”.

Dopuszczalne formy angażowania się publicznych szkół wyższych w działalność gospodarczą

W praktyce występują trzy podstawowe, typowe formy komercjalizacji własności intelektualnej przez publiczne szkoły wyższe: odpłatne przeniesienie praw, upoważnienie do korzystania poprzez umowę licencyjną, wreszcie poprzez tzw. spółki odpryskowe¹⁴. Pierwsza z nich powinna być stosowana wyjątkowo, gdyż przeniesienie praw ma charakter definitywny oraz nie przynosi z reguły uczelni dalszych korzyści w postaci partycypacji w zyskach, jakie niesie ze sobą eksploatacja określonego dobra niematerialnego. W praktyce przeniesienie praw może być uzasadnione, jeżeli koszty ochrony i ryzyko związane z gospodarczą eksploatacją dobra jest znaczne, przykładowo: gdy wymagane są dalsze znaczne nakłady na badania, a umowa o ich sfinansowanie przewiduje przeniesienie praw jako warunek uzyskania środków.

Dogodną formą komercjalizacji, która daje szereg możliwości w sferze dostosowania treści stosunku prawnego do potrzeb stron, jest umowa licencyjna. Polityka uczelni w sferze komercjalizacji może właśnie przejawiać się w stosowaniu odpowiednich typów umów licencyjnych¹⁵. Przykładowo licencja aktywna może zapewniać dodatkowe dochody z serwisowania, wdrożenia i z tytułu innych usług świadczonych na rzecz licencjobiorcy. Z perspektywy misji uczelni, polegającej w myśl art. 4 ust. 3 p.s.w. na odkrywaniu i przekazywaniu prawdy poprzez prowadzenie badań i kształcenie studentów, zobowiązanie się do nieudzielania dalszych licencji do ujawniania treści rozwiązań technicznych w publikacjach naukowych lub przyznanie terytorialnej lub innej wyłączności licencjodawcy może wzbudzać dyskusję. Jednak niejednokrotnie takie postanowienia umożliwiają czy wręcz warunkują przemysłowe zastosowanie nowej technologii, stanowiąc dla licencjobiorcy zachętę do inwestowania w określone rozwiązania. Może być to więc konieczny element prawidłowej współpracy publicznej szkoły wyższej z otoczeniem gospodarczym.

Obecny kształt p.s.w., a w szczególności art. 7 tej ustawy dopuszcza możliwość angażowania się w działalność gospodarczą poprzez tworzenie lub

¹⁴ J. Barta, R. Markiewicz, *Własność intelektualna w szkołach wyższych i instytucjach naukowych*, Warszawa 1993, s. 9 i nast.

¹⁵ M. du Vall, J. Szwaia, *Reguły konkurencji a licencje patentowe i know-how*, Warszawa 1996, s. 25.

uczestniczenie w spółkach. Zagadnienie to wymaga wypracowania ze strony uczelni określonej polityki. Rozstrzygnąć należy, czy i w jakim zakresie oraz w jakiej formie uczelnia może angażować się w spółki, często kapitałowe spółki prawa handlowego. Uniwersytet Jagielloński czy Uniwersytet Łódzki już opracowały regulaminy dotyczące zasad tworzenia i funkcjonowania spółek *spin-off*. W oparciu o tego typu regulacje powstały i funkcjonują przedsiębiorcy – spółki odpryskowe.

Powołany wyżej rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym zawiera szereg istotnych postanowień z tej materii. W myśl tego projektu rektor za zgodą senatu uczelni ma utworzyć spółkę kapitałową z ograniczoną odpowiedzialnością. Do zadań takiej spółki celowej ma należeć w szczególności obejmowanie udziałów w spółkach kapitałowych lub tworzenie spółek kapitałowych, które powstają w celu wdrożenia wyników badań naukowych lub prac rozwojowych prowadzonych na uczelni¹⁶. Warto podkreślić, iż przytoczony zapis determinuje obowiązek powołania spółki celowej. Określono również formę tejże spółki jako spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. A zatem w sytuacji wejścia w życie takiego zapisu można mówić o powstaniu struktury, gdzie jednoosobowa spółka celowa uczelni ma akcje lub udziały w innych spółkach, posiadając pakiet kontrolny udziałów lub akcji (holding) lub w inny sposób uczestnicząc w podmiotach komercjalizujących wyniki badań i prac rozwojowych. Projekt daje rektorowi możliwość powierzenia spółce celowej zarządzania prawami własności przemysłowej uczelni w zakresie jej komercjalizacji. W konsekwencji to spółka celowa ma być podmiotem uprawnionym z praw na dobrach niematerialnych, które mają być przez nią komercjalizowane. Nastąpi to poprzez wniesienie przez uczelnię tychże praw tytułem aportu.

Doniosłym postanowieniem jest postulowana w projekcie możliwość powoływania spółki celowej przez kilka uczelni – zarówno publicznych, jak i prywatnych. Może być to pomocne w budowaniu poważnego rynkowo potencjału komercjalizacyjnego i lepszego reprezentowania interesów uczelni w kontaktach z innymi przedsiębiorcami. Za pożądane z perspektywy prawidłowego i korzystnego transferu technologii można uznać tworzenie wspólnych „zasobów praw” (*technology pools*) przez uczelnie, które mają osiągnięcia w konkretnych dziedzinach. Może to przybrać postać łączenia praw z patentów w „rodziny”, a nie utrzymywanie pojedynczych, często rozproszonych praw z różnych dziedzin obejmujących określone części technologii¹⁷.

¹⁶ S. Sołtysiński, *Licencje na korzystanie z cudzych rozwiązań technicznych*, Warszawa 1970, s. 23 oraz J. Szwaja, A. Szajkowski (red.), *System prawa własności intelektualnej. Prawo wynalazcze*, t. III, Warszawa – Wrocław – Kraków – Gdańsk – Łódź 1990, s. 497 i nast.

¹⁷ Praktyka ta jest stosowana z powodzeniem np. w Niemczech przez Fraunhofer Gesellschaft.

Podział korzyści

Instrumentem, który ma stanowić zachętę dla dokonywania nowych rozwiązań i ich ujawniania wobec uczelni, jest zapewnienie twórcy/-om udziału w korzyściach płynących z ich komercjalizacji. Podział korzyści pomiędzy uczelnie a twórców jest rekomendowany zarówno przez Światową Organizację Własności Intelektualnej, jak i Komisję Europejską¹⁸. Publiczne szkoły wyższe, zarówno polskie, jak i zagraniczne, wypracowały w tej mierze różne podejścia. Najczęściej w korzyściach partycypują obok uczelni i twórców także wydziały lub instytuty, szkoły, w których twórca jest zatrudniony. Różnice polegają na procentowym podziale albo po 1/3, albo połowa dla twórcy, zaś druga połowa dzielona jest pomiędzy budżet ogólny uczelni a wydział. Regułą jest to, że przy obliczaniu korzyści uwzględnia się koszty związane z ochroną i obsługą procesu komercjalizacji¹⁹. Na uwagę zasługują rozwiązania, w których przy początkowo znacznym procentowym udziale twórców w korzyściach wraz z ich wzrostem następuje spadek udziału twórców, a wzrost udziału uczelni. Taką politykę prezentuje np. Cambridge University²⁰. Rozstrzygnięcia wymaga również kwestia kumulowania korzyści płynących z różnych form komercjalizacji. Przykładowo ten sam wynalazek może być komercjalizowany poprzez licencję, jak również poprzez spółkę *spin-off*. Przykładowo Uniwersytet Łódzki zapewnia twórcom możliwość kumulowania korzyści.

W myśl propozycji rządowych wypłaconą dywidendę spółki celowej uczelnia przeznaczona na działalność statutową uczelni. Obecnie w praktyce występuje niekiedy powoływanie rozmaitych funduszy rozwoju twórczości, których zadaniem jest wspierać przedsiębiorczość akademicką i ochronę własności intelektualnej.

Odniesienie publicznej szkoły wyższej do zakresu podmiotowego wolności gospodarczej

Przedstawione rozważania służyły ukazaniu publicznych szkół wyższych w roli przedsiębiorcy. Zarysowano przy tym szanse, ale też niektóre problemy i zagrożenia płynące z angażowania się uczelni w działalność gospodarczą.

¹⁸ Por. *Improving knowledge transfer between research institutions and industry across Europe*, Brussels 2007; *Guidelines on Developing Intellectual Property Policy for Universities and R&D Organizations*, WIPO Geneva 2002.

¹⁹ Por. [online] <<http://rph.stanford.edu/5-2.html>>, G. Grimaldi, *Ideas, errors and the commercialization of valuable knowledge*, „Technology Analysis & Strategic Management” 2009, vol. 21, Issue 6, s. 699 i nast.

²⁰ Zob. [online] <www.enterprise.cam.ac.uk/uploads/File/Inventions_IP_Licensing/IPRCouncilsRevOrdinance27Jul2005Voted12DecJul2006.pdf>, <www.enterprise.cam.ac.uk/ipandlicensing.php?subsub=21>; A. Barbolla, J. Corredera, *Critical factors for success in university-industry research projects*, „Technology Analysis & Strategic Management” 2009, vol. 21, Issue 5, s. 599 i nast.

Atrybut przedsiębiorcy nie przesądza jednak o posiadaniu cechy podmiotu wolności gospodarczej. Twierdzenie to w sposób dobitny znajduje wyraz w odniesieniu do uczelni. Jako argument na rzecz uznania publicznej szkoły wyższej za podmiot wolności gospodarczej można wskazać konstytucyjnie gwarantowaną autonomię szkół wyższych, ich samodzielność związaną z osobowością prawną. Powyższe argumenty nie zmieniają jednak faktu, że uczelnie należą do sektora finansów publicznych. Trudno również, aby korzyści płynące z komercjalizacji wyników badań zastąpiły inne, często publiczne źródła finansowania. Nawet w wiodących światowych ośrodkach naukowych znaczne wpływy z tytułu komercjalizacji praw własności intelektualnej stanowią jedynie uzupełniające źródło finansowania. Nie sposób, by inaczej było w polskich realiach.

Należy również zadać sobie pytanie, na ile podmiot publiczny, który może działać w sferze prawa prywatnego, jest podmiotem wolności gospodarczej. Problem taki wystąpił w praktyce i został podjęty przez Trybunał Konstytucyjny wyroku z dnia 7 maja 2001 r. w związku z badaniem konstytucyjności ustawy ograniczającej wysokość zarobków w przedsiębiorstwach publicznych, w tym w spółkach z udziałem Skarbu Państwa²¹. Stwierdzono w nim, że chociaż jednoosobowa spółka Skarbu Państwa jest podmiotem odrębnym od Skarbu Państwa, to jednak jej majątek stanowi mienie publiczne. Podmioty sektora publicznego nie są zaś podmiotami wolności gospodarczej. Wydaje się, że argumentacja użyta w przywołanym wyżej orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego może znaleźć zastosowanie w odniesieniu do szkół wyższych, z tym, że uzupełnić ją należy o podkreślenie określonej prawem misji uczelni publicznych. Zadania te nie mogą być sprowadzone na drugi plan i powinny determinować zasady angażowania się uczelni w działalność gospodarczą oraz rozstrzyganie powstających na tym tle konfliktów interesów. Powyższe argumenty zdają się przesądzać o tym, iż w zaprezentowanym sensie publiczne szkoły wyższe, jak również podmioty od nich zależne nie są podmiotami wolności gospodarczej, co nie wyklucza możliwości podejmowania działalności gospodarczej i posiadania statusu przedsiębiorcy z płynącymi z tego tytułu konsekwencjami.

²¹ Wyrok TK z dnia 7 maja 2001 r., sygn. K. 19/00, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 42). Por. szerzej: M. Salamonowicz, *Zakres podmiotowy wolności gospodarczej*, „Zeszyty Naukowe Szkoły Wyższej im. Pawła Włodkowica w Płocku” 2002, vol. 21, s. 237 i nast.

Summary

Public university as an entrepreneur

Key words: public university, entrepreneur, economy freedom.

The article in its content relates to public higher education as an entrepreneur. In light of the current legal regulations, public high school can lead economic activity. The problem is the fact that the public university is not the subject of economic freedom. Business should not prevail over its public mission. In addition the question is which business forms are appropriate for public higher education. How can it participate in the activity, what are the most useful forms of commercialization. Finally, the fundamental question was raised what should be the division of the profits from commercialization of university property. Article also shows the possible way of protecting university's intellectual property.

Monika Nowikowska

doktorantka na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Krytyka prasowa jako element wolności wypowiedzi

Uwagi ogólne

Krytyka prasowa jest atrybutem demokratycznego państwa. Bardzo często przedmiotem jej zainteresowania są postawy i działalność osób pełniących funkcje publiczne, podejmujących istotne decyzje dla społeczeństwa. W systemie Rady Europy przyjmuje się, że nie ma możliwości stworzenia w pełni pluralistycznego systemu politycznego, jeśli nie jest zapewniona wolność prasy, a w tym prawo do kontroli i krytyki sfer rządzących¹. Z uwagi na doniosłą rolę krytyki i powiązanie jej z zasadą wolności wypowiedzi niezbędna wydaje się analiza źródeł i podstaw prawnych gwarantujących wolność wypowiedzi w Polsce².

Przedmiotem poniższych rozważań będzie wskazana w tytule próba wprowadzenia prawa do krytyki z konstytucyjnej zasady wolności wypowiedzi. W związku z podjętą problematyką nasuwa się szereg kwestii wymagających zbadania. Terminologia dotycząca wolności wypowiedzi w prawie polskim nie jest jednolita, przez co wzbudza szereg kontrowersji. Poszczególne akty normatywne posługują się różnymi pojęciami, takimi jak: „wolność słowa i druku”³, „wolność wypowiedzi”⁴, „wolność wyrażania poglądów”⁵, „wolność eks-

¹ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga 5493/72.

² W. Lis, *Wolność informowania*, [w:] W. Lis, P. Wiśniewski, Z. Husak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 143.

³ Zob. art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r., nr 43, poz. 226 z późn. zm.); także § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 1984 r. w sprawie zakresu działania oraz trybu powoływania i działania Rady Prasowej (Dz.U. nr 40, poz. 214 z późn. zm.).

⁴ Zob. art. 1 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz.U. nr 5, poz. 24 z późn. zm.).

⁵ Zob. art. 54 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

presji”. Również w doktrynie wyżej wskazanych wyrażen używa się często zamiennie, traktując je jako synonimy. W celu wyprowadzenia prawa do krytyki z wolności wypowiedzi konieczne wydaje się uporządkowanie omawianej terminologii.

Należy podkreślić, że wyczerpująca analiza pojęcia „wolność wypowiedzi” nie jest przedmiotem niniejszej pracy, tym bardziej że dostępne monografie w sposób wyczerpujący odnoszą się do przedmiotowego zagadnienia⁶. W związku z powyższym autorka nie rozstrzyga takich podstawowych kwestii, jak istota czy sens wolności wypowiedzi, lecz zarysowuje siatkę pojęciową, w której wolność ta powinna być rozpoznawana.

Wyprowadzenie prawa do krytyki z wolności wypowiedzi wymaga przeprowadzenia analizy treści art. 14 i 54 ust. 1 Konstytucji RP, gwarantujących wolność prasy i wolność wyrażania poglądów, pozyskiwania i rozpowszechniania informacji oraz orzecznictwa powstałego na tle ich stosowania. Zagadnieniem, które wymaga rozważenia, jest także stosunek pojęć „wolność wypowiedzi” i „wolność prasy”. Obowiązująca w ustawie zasadniczej systematyka wywołuje w literaturze naukowej spór co do zasadności umieszczenia wolności prasy w zasadach ustrojowych.

Pojęcie wolności wypowiedzi

„Wolność wypowiedzi” od wielu lat należy do podstawowego zasobu frazeologii filozoficznej i prawniczej w Polsce i na świecie. Wydaje się, że najszerszym znaczeniowo terminem jest „wolność myśli”, czyli wolność posiadania poglądów na temat najrozmaitszych przejawów życia społecznego. Jak słusznie zauważa Adam Łopatka, wolność myśli jest wolnością społecznie

⁶ Zob. szerzej: J. Bafia, *Prawo o wolności słowa*, Warszawa 1988; R. Bartoszcze, *Rada Europy a wolność wypowiedzi*, Kraków 2000; L. Garlicki, *Wolność wyrażania opinii*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do art. 1-18*. Warszawa 2010, s. 625 i nast.; idem, *Wolność wypowiedzi dziennikarza – przywileje i odpowiedzialność*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 1, s. 12 i nast.; A. Jaskiernia, *Wolność słowa jako wartość w systemie aksjologicznym Rady Europy*, „Humanistyczne Zeszyty Naukowe. Prawa Człowieka” 2002, nr 8, s. 38 i n.; A. Łopatka, *Prawo do swobodnego wyrażania opinii*, Warszawa 1993; E. Nowińska, *Wolność wypowiedzi prasowej*, Kraków 2007; M. Romanowski, *Wolność słowa w mediach elektronicznych*, Warszawa 2003; W. Sadurski, *Prawo do wolności słowa w państwie demokratycznym*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 10, s. 3 i nast.; J. Sobczak, *Wolność myśli, wypowiedzi, słowa, przekazywania i otrzymywania informacji w projektach konstytucji zgłaszanych w dobie prac ustawodawczych w latach 1993–1997*, [w:] *W kręgu mediów i polityki*, red. D. Piontek, Poznań 2003, s. 177 i nast.; W. Sokolewicz, *Wolność prasy i jej gwarancje*, [w:] *Księga pamiątkowa profesora Marcina Kudeja*, red. A. Łabno, E. Zwierzchowski, Katowice 2009, s. 43 i nast.; L. Wiśniewski, *Wolność słowa i druku*, [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, red. R. Wieruszewski, Wrocław 1991, s. 987 i nast.; idem, *Wolność prasy w świetle Konstytucji RP, ustaw oraz wiążącego Polskę prawa międzynarodowego. Problemy podstawowe*, [w:] *Wolność słowa w mediach*, red. D. Górecki, Łódź 2003, s. 20.

nieograniczoną, jako że myśli są niedostępne dla kontroli z zewnątrz⁷. Wolność myśli jest pojęciem nadrzędnym, z którego wypływa wolność przekonań⁸. Istotnym składnikiem wolności przekonań jest możliwość ich uzewewnętrznienia, a to wymaga wolności wypowiedzi⁹. Wolność wypowiedzi należy zatem rozumieć jako wolność prezentacji myśli i przekonań w różnej formie i w sposób widoczny dla innych.

Niekiedy wolność wypowiedzi określana jest mianem wolności słowa i druku¹⁰. Z uwagi na ograniczenie wolności wypowiedzi jedynie do dwóch form jej wyrażenia, tj. za pomocą słowa i druku, pojęcie to ma węższy zakres znaczeniowy w porównaniu z wolnością wypowiedzi, która może polegać na prezentacji myśli i przekonań w dowolnej formie w sposób widoczny dla innych, np. gestem, słowem, drukiem, obrazem. Należy zatem w pełni podzielić pogląd Marka A. Nowickiego¹¹ i Lecha Gardockiego¹², według których „wolność wypowiedzi” jest pojęciem szerszym od wolności słowa i druku oraz wolności wyrażania opinii, gdyż wypowiedź nie musi być zwerbalizowana, jak również nie musi być opinią.

Wolność wypowiedzi bywa również nazywana wolnością ekspresji¹³. Pojęcie to kładzie nacisk na sam akt wyrażania opinii, jednakże swoim zakresem wykracza poza klasycznie rozumianą wolność wypowiedzi. Wolność ekspresji obejmuje bowiem wolność przekonań i religii, wolność zgromadzeń i zrzeszania się, prawo do poszanowania korespondencji czy wreszcie prawo do wolnych wyborów¹⁴.

Przedstawione poglądy doktryny pozwalają na sformułowanie wniosku, zgodnie z którym „wolność wypowiedzi” jest pojęciem szerszym od „wolności słowa i druku” i „wolności wyrażania opinii”. W wolności wypowiedzi mieści się bowiem każda demonstracja poglądów, każde ich uzewewnętrznienie w sposób widoczny dla innych¹⁵. Przez wolność wypowiedzi należy rozumieć możliwość prezentacji poglądów, idei, przekonań i informacji w dowolnej formie¹⁶.

W nauce prawa kontrowersje wywołuje interpretacja wolności wypowiedzi na gruncie Konstytucji RP. Należy podkreślić, że nie jest łatwo podać legalną definicję tego pojęcia, ponieważ ustrojodawca posłużył się mieszaną

⁷ A. Łopatka, op. cit., s. 5.

⁸ L. Szot, *Wolność dziennikarstwa w polskim systemie prawnym*, Wrocław 2003, s. 40.

⁹ I. Dobosz, *Prawo prasowe. Podręcznik*, Kraków 2006, s. 47.

¹⁰ Zob. L. Wiśniewski, *Wolność słowa...*, s. 679.

¹¹ M.A. Nowicki, *Prawa i wolności osobiste i polityczne*, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa. Zbiór studiów z okazji 10-lecia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 1998, s. 111.

¹² L. Gardocki, *Europejskie standardy wolności wypowiedzi a polskie prawo karne*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 3, s. 11.

¹³ R. Mizerski, *Wolność ekspresji*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 385.

¹⁴ Ibidem, s. 386.

¹⁵ A. Młynarska-Sobaczewska, *Wolność informacji w prasie*, Toruń 2003, s. 44.

¹⁶ W. Sadurski, *Prawo do wolności słowa...*, s. 3.

terminologią. W treści art. 54 ust. 1 Konstytucji RP ustawodawca nie posługuje się wprost terminem „wolność wypowiedzi”, lecz używa sformułowań „wolność wyrażania poglądów” oraz „pozyskiwanie i rozpowszechnianie informacji”.

Z komentowanego przepisu wynikają zatem trzy odrębne uprawnienia:

- 1) wolność wyrażania poglądów,
- 2) wolność pozyskiwania informacji,
- 3) wolność rozpowszechniania informacji¹⁷.

Ad 1. Zgodnie z potocznym znaczeniem tego pojęcia, poglądy to różnego rodzaju opinie własne wypowiadającego się. Można się zastanawiać, czy wolność wyrażania poglądów dotyczy wyłącznie własnych poglądów, czy także cudzych. Trybunał Konstytucyjny wolność wyrażania poglądów interpretuje jako wyrażanie nie tylko osobistych ocen, ale również przypuszczeń oraz opinii¹⁸. Wydaje się, że nie należy ograniczać tego do myśli prywatnych, gdyż takie ograniczenie jest zawarte w Konstytucji RP w art. 49 mówiącym o wolności komunikowania się¹⁹. Poglądy należy zatem rozumieć szeroko – jako wszelkiego rodzaju opinie, osady, treści dotyczące wszystkich przejawów życia społecznego, w tym opinie krytyczne²⁰.

Ad 2. Drugi komponent wolności wyrażonej w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, tj. wolność pozyskiwania informacji, stanowi istotne uprawnienie prasy. Uprawnienie to nabiera szczególnego znaczenia w powiązaniu z art. 61 ust. 1 Konstytucji RP, który gwarantuje obywatelom prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Należy podkreślić, że wolność pozyskiwania informacji to ważny element wolności wypowiedzi, zapewnia bowiem możliwość pozyskiwania informacji, które są niezbędne do budowania poglądów, a następnie ich wyrażania²¹.

Ad 3. Ostatnim uprawnieniem wynikającym z dyspozycji art. 54 ust. 1 Konstytucji RP jest wolność rozpowszechniania informacji. Uprawnienie to również stanowi domenę i istotę funkcjonowania prasy²².

Ze sformułowania art. 54 ust. 1 Konstytucji RP wynika prawo do posiadania poglądów, możliwość ich pozyskiwania oraz wyrażania. Kumulacja

¹⁷ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 54 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 1.

¹⁸ Zob. wyrok TK z 5 maja 2004 r., sygn. P 2/03, OTK ZU 2004, nr 5, poz. 39; wyrok TK z 23 marca 2006 r., sygn. K 4/06, OTK ZU 2006, nr 3, poz. 32; wyrok TK z 12 maja 2008 r., sygn. SK 43/05, OTK-A 2008, nr 4, poz. 57.

¹⁹ E. Nowińska, op. cit., s. 38; P. Sarnecki, *Regulacja problematyki środków społecznego przekazu w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2008, s. 17; L. Szot, op. cit., s. 50.

²⁰ P. Sarnecki, *Regulacja problematyki środków...*, s. 19.

²¹ *Ibidem*, s. 27.

²² Wyrok SN z 1 czerwca 2000 r., sygn. III RN 64/00, OSNP 2001, nr 6 poz. 183.

wszystkich trzech elementów uprawnia do stwierdzenia, że sformułowana w art. 54 ust. 1 ustawy zasadniczej wolność – to wolność wypowiedzi²³.

Na marginesie powyższych rozważań podkreślenia wymaga fakt, że w przepisie art. 54 ust. 1 Konstytucji RP brak jakiegokolwiek odniesienia do prasy. Ustrojodawca zapewnia każdemu wolności wyrażania opinii. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, wolność prasy jest prawem obywatelskim społeczeństwa, a nie dziennikarskim, choć z tego prawa korzystają i technicznie realizują je dziennikarze²⁴. Wynika to także z faktu umieszczenia art. 54 ust. 1 w ustawie zasadniczej w rozdziale „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”.

Rozwinięcia oraz doprecyzowania powyższego stanowiska dokonał Sąd Najwyższy w postanowieniu z 12 listopada 2003 r. Potwierdził, że wolna prasa ma służyć człowiekowi i obywatelowi, spełniając funkcje informacyjną i kontrolną. Dziennikarze nie mogą przy tym zapominać, że wolność ta nie służy tylko im. Wolna prasa realizuje prawo obywatela do informacji. Jakkolwiek beneficjentami wolności prasy są w pierwszym rzędzie dziennikarze, to jednak pamiętać należy, że służyć ma ona całemu społeczeństwu²⁵.

Problematyka wolności wypowiedzi została także regulowana w ustawie Prawo prasowe. Ustawodawca w art. 1 posłużył się tym pojęciem *expressis verbis*, stanowiąc, że prasa, zgodnie z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, korzysta z wolności wypowiedzi i urzeczywistnia prawo obywateli do rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej. W literaturze przedmiotu pojawiła się wątpliwość, do którego z przepisów konstytucyjnych odsyła przepis art. 1 pr. pras. W ustawie zasadniczej można bowiem odnaleźć szereg postanowień służących realizacji szeroko pojmowanej wolności wypowiedzi. Do najistotniejszych należą art. 14 i 54 ust. 1. Pierwszy z nich statuuje zasadę wolności prasy i innych środków masowego przekazu, drugi zapewnia każdemu wolność wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji.

Jak słusznie podkreśla Ewa Nowińska, dosłowne odniesienie terminologiczne przepisów ustawy Prawo prasowe może wskazywać na odniesienie do wolności prasy z art. 14 Konstytucji RP²⁶. Zauważa ona jednak, że takie ujęcie jest zbyt wąskie, zwłaszcza że treść przepisu art. 1 pr. pras. gwarantuje prasie korzystanie z wolności wypowiedzi, którą zapewnia art. 54 ust. 1 Konstytucji RP. Zasadne jest zatem interpretowanie wolności wypowiedzi prasowej zagwarantowanej na poziomie ustawowym z uwzględnieniem obu przepisów: art. 14 i 54 ust. 1 Konstytucji RP. Za stanowiskiem tym przema-

²³ J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 30.

²⁴ Zob. szerzej: B. Michalski, *Podstawowe problemy prawa prasowego*, Warszawa 1998, s. 10; J. Sobczak, *Granice prawne tajemnicy dziennikarskiej*, „Ius Novum” 2007, nr 1, s. 69.

²⁵ Postanowienie SN z 12 listopada 2003 r., sygn. V KK 52/2003, Lex nr 84323.

²⁶ E. Nowińska, op. cit., s. 48.

wia ściśle powiązanie obu przepisów oraz uznawanie wolności prasy za szczególną formę wolności wypowiedzi. Powyższy pogląd podziela również Jacek Sobczak, który komentując przepis art. 1 pr. pras., dokonuje w sposób obszerny analizy obu norm konstytucyjnych²⁷.

Podsumowując przeprowadzone rozważania można stwierdzić, że ogólna zasada wolności wypowiedzi w ustawie Prawo prasowe powtarza zasadę sformułowaną w art. 14 oraz 54 ust. 1 Konstytucji RP w połączeniu ze wskazaniem celów, którym powinna służyć. Ustawodawca, deklarując zasadę wolności wypowiedzi, widzi w niej realizację praw obywatela do rzetelnej, prawdziwej informacji.

Wolność prasy a wolność wypowiedzi

W celu wyprowadzenia krytyki prasowej z konstytucyjnej zasady wolności wypowiedzi konieczne jest wykazanie, że wolność prasy stanowi element wolności wypowiedzi. Należy podkreślić, że przepis art. 14 Konstytucji RP przewiduje, że Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność prasy i innych środków społecznego przekazu, zatem wolność prasy stanowi zasadę ustrojową, zgodnie z którą środki społecznego przekazu powinny być niezależne, zwłaszcza od władzy publicznej²⁸. Tak rozumiana wolność prasy zakłada istnienie wolnego dyskursu politycznego.

W literaturze przedmiotu dominuje pogląd, że wolność prasy to jeden z elementów wolności wypowiedzi – przejaw i środek urzeczywistnienia wolności wypowiedzi²⁹. Podkreśla się ponadto, że wolność prasy i wolność wypowiedzi są wzajemnie ze sobą sprzężone. Wolność prasy jest z jednej strony pochodną wolności wypowiedzi, z drugiej – jej sensem i zasadą. Bez wolności komunikowania się za pomocą prasy wolność wypowiedzi pozbawiona byłaby racji i doniosłości społecznej³⁰.

Pogląd ten można także uznać za dominujący w orzecznictwie. Sąd Najwyższy w wyroku z 28 września 2000 r. stwierdził, że wolność prasy jest

²⁷ J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz...*, s. 25–172.

²⁸ Wyrok TK z 20 lutego 2007 r., sygn. P 1/06, OTK-A 2007, nr 2, poz. 11.

²⁹ Zob. szerzej: I. Dobosz, *Prawo prasowe. Podręcznik*, s. 47; T. Górzyńska, *Prawo do informacji i zasada jawności administracyjnej. Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 1999, s. 157; W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 23; J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz...*, s. 73; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 46.

³⁰ J. Sobczak, *Fetysz wolności prasy*, [w:] *Prawne, ekonomiczne i polityczne aspekty funkcjonowania mediów i kreowania ich zawartości*, red. P. Dudek, M. Kuś, Toruń 2010, s. 32; idem, *Prawo prasowe. Komentarz...*, s. 32; idem, *U podstaw doktrynalnych liberalnej koncepcji wolności prasy*, [w:] *Czy istnieje IV władza? Wolność prasy w teorii i praktyce*, red. T. Gardocka, J. Sobczak, Toruń 2010, s. 36.

pochodną wolności myśli, z której wynika wolność przekonań, a te mogą być uzewnętrzniane jedynie w wypadku istnienia wolności wypowiedzi³¹. Wolność prasy możliwa jest w pełnym zakresie tylko w razie rzeczywistego istnienia wolności myśli, przekonań, słowa, informacji, publikacji i wypowiedzi. To właśnie w wolności prasy wymienione pojęcia znajdują odbicie i ucieleśnienie.

Do wzajemnej relacji pojęć „wolność prasy” i „wolność wypowiedzi” odniósł się również Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 maja 2008 r. Stwierdził, że wolność mediów to szczególny przejaw wolności wypowiedzi. Wolność prasy wzmacnia wolność wypowiedzi przez tworzenie płaszczyzny pluralistycznego dyskursu umożliwiającego samorealizację jednostki, a ponadto wolność wypowiedzi wzmacnia wolność prasy³².

Przeprowadzone rozważania pozwalają na sformułowanie wniosku, że wolność prasy stanowi element wolności wypowiedzi, która jest realizowana m.in. poprzez wypowiedzi prasowe. Należy jednocześnie podkreślić, że wolność prasy jest wartością, która ma służyć społeczeństwu, spełniając funkcję informacyjną i kontrolną.

Mając na uwadze powyższe, wątpliwości może budzić fakt usytuowania przepisu art. 14 w rozdziale pierwszym Konstytucji RP zatytułowanym „Rzeczypospolita”, choć stanowi on uzupełnienie wolności wypowiedzi sformułowanej dopiero w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, mieszczącym się w rozdziale drugim „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”. Konsekwencją takiego rozwiązania jest, po pierwsze, traktowanie zasady wolności prasy jako jednej z podstawowych zasad ustroju politycznego państwa³³. Fakt nadania jej charakteru zasady ustrojowej, przy braku jakichkolwiek ograniczeń, stanowi o absolutnej wolności prasy, której w rzeczywistości Konstytucja RP nie zapewnia³⁴. Po drugie, przyjęcie takiej systematyki pozbawia wolność prasy charakteru uprawnienia obywatelskiego³⁵.

Obowiązująca systematyka wywołuje także spór w literaturze co do zasadności umieszczenia wolności prasy w katalogu zasad ustrojowych. W kwestii tej można zasadniczo wyróżnić dwa stanowiska:

- 1) aprobujące zamieszczenie wolności prasy w zasadach ustrojowych,
- 2) negujące zamieszczenie wolności prasy w zasadach ustrojowych.

³¹ Sygn. V KKN 171/98, OSNKW 2001, nr 1–3, poz. 31; zob. także postanowienie SN z 12 listopada 2003 r., sygn. V KK 52/2003, Lex nr 84323.

³² Sygn. SK 43/05, OTKA 2008, nr 4, poz. 59.

³³ J. Sobczak, *Europejski ład komunikacyjny w procesie globalizacji*, [w:] *Europejska myśl polityczna wobec globalizacji. Tradycja i wyzwania współczesności*, red. J. Sobczak, R. Bäcker, Łódź 2005, s. 41.

³⁴ I. Dobosz, op. cit., s. 55.

³⁵ W. Sadurski, *Wolność prasy w systemie praw człowieka*, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa. Zbiór studiów przygotowany z okazji 10-lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 1998, s. 137–138.

Ad 1. Za trafnością obecnego unormowania opowiadają się m.in. Wiesław Skrzydło³⁶ i Ludwik Wiśniewski³⁷, według których wolność prasy jest nie tylko jedną z wolności i praw człowieka i obywatela, ale pewną ogólną zasadą państwa prawa. Stanowisko to znajduje także uznanie w judykaturze³⁸. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12 maja 2008 r. podkreślił, że wolność środków społecznego przekazu ma charakter zasady ustrojowej i gwarancji o charakterze instytucjonalnym. Wolność prasy to głównie zasada demokratycznego i wolnościowego ustroju państw³⁹.

Ad 2. Odmienne stanowisko prezentują Wojciech Sadurski⁴⁰ i Bogusław Banaszak⁴¹, zdaniem których powyższe rozwiązanie legislacyjne jest problemowe i pozostawia szereg wątpliwości interpretacyjnych. Podobnie wypowiada się Paweł Sarnecki⁴², który uznaje za wystarczające zagwarantowanie wolności środków społecznego przekazu w przepisach dotyczących praw i wolności.

Na szczególną uwagę zasługuje pogląd E. Nowińskiej⁴³, według której art. 14 ma odrębną, samodzielną treść, a termin „wolność” nie może być rozumiany w sposób właściwy dla art. 54 ust. 1 Konstytucji RP. W opinii tej autorki pojęcie prasy w rozumieniu art. 7 ust. 2 pkt 1 pr. pras. oraz środki masowego przekazu w powiązaniu z umieszczeniem art. 14 w rozdziale pierwszym Konstytucji RP należy rozumieć jako zasadę ustrojową – wolność prowadzenia prasowej działalności wydawniczej. W tym znaczeniu art. 14 Konstytucji RP dotyczy powstrzymywania się władz publicznych od aktywnej ingerencji w funkcjonowanie mediów. W tym kontekście należy uznać, że choć niewątpliwie wolność prasy, o której mowa w art. 14 Konstytucji RP, mieści się *implicite* w dyspozycji art. 54 ust. 1, ujęcie jej w zasadach ustrojowych wydaje się słuszne. W tym rozumieniu ustrojowa zasada wolności środków społecznego przekazu wyraża przekonanie, że koniecznym składnikiem demokratycznego państwa prawnego są niezależne media. Podzielając w pełni stanowisko E. Nowińskiej⁴⁴, należy stwierdzić, że ustrojodawca w Konstytucji

³⁶ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Komentarz*, Kraków 1998, s. 21.

³⁷ L. Wiśniewski, *Wolność prasy w świetle Konstytucji RP, ustaw oraz wiążącego Polskę prawa międzynarodowego. Problemy podstawowe*, [w:] *Wolność słowa w mediach*, red. D. Górecki, Łódź 2003, s. 20.

³⁸ Zob. wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. P 1/06, OTK ZU 2006, nr 9, poz. 128; wyrok TK z 12 maja 2008 r., sygn. SK 43/05, OTK-A 2008, nr 4, poz. 57.

³⁹ Sygn. SK 43/05, OTK-A 2008, nr 4, poz. 57.

⁴⁰ W. Sadurski, *Wolność prasy...*, 137.

⁴¹ A. Banaszak, *Prawa człowieka i obywatela w nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 1997, nr 5, s. 64.

⁴² P. Sarnecki, *Komentarz do art. 14 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz...*, s. 1.

⁴³ E. Nowińska, op. cit., s. 34–37.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 37.

tucji RP zapewnia zarówno wolność prasy, jak i wolność wypowiedzi. Podniesienie wolności prasy i innych środków społecznego przekazu do rangi zasady ustrojowej potwierdza tezę, że prasa stanowi tzw. czwartą władzę⁴⁵.

Prawo do krytyki jako element wolności wypowiedzi

Zagwarantowana w ustawie zasadniczej w art. 54 ust. 1 wolność wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji zawiera w sobie prawo do krytyki. Pogląd ten nie wynika *expressis verbis* z zapisów Konstytucji RP. Konieczne jest więc poddanie analizie orzecznictwa sądowego zapadłego na tle stosowania art. 14 i 54 ust. 1 Konstytucji RP, aby wykazać, że prawo do krytyki prasowej stanowi element wolności wypowiedzi.

W wyroku z 23 marca 2006 r.⁴⁶ Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że wyrażona w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP zasada wolności wypowiedzi jest fundamentem społeczeństwa demokratycznego i stanowi warunek jego rozwoju oraz samorealizacji jednostek. Z uwagi na tak określone zadania wolność wypowiedzi nie może ograniczać się jedynie do informacji i poglądów postrzeganych jako nieszkodliwe, obojętne czy odbierane przychylnie. Teza ta została powtórzona i rozwinięta w wyroku z 11 października 2006 r.⁴⁷ Trybunał Konstytucyjny zauważył, że rola prasy ma na celu realizację prawa opinii publicznej do otrzymywania każdej informacji, stąd też zadaniem prasy jest rozpowszechnianie wszelkich informacji i idei będących przedmiotem publicznego zainteresowania, w tym także informacji szokujących i bulwersujących.

Wyprowadzenie prawa do krytyki z konstytucyjnej wolności wypowiedzi znalazło także wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W postanowieniu z 17 października 2001 r.⁴⁸ SN uznał, że niezbywalne prawo dziennikarzy do krytyki wywodzi się z Konstytucji RP i dobitnie podkreślone zostało w treści art. 41 pr. pras⁴⁹. Rozbudowane stanowisko SN podał w wyroku z 28 marca 2003 r.⁵⁰ Zdaniem Sądu prawo do krytyki wynika z zasady wolności wyrażania swoich poglądów zagwarantowanej w Konstytucji RP. Organ orzekający zauważył jednak, że zarówno Konstytucja RP, jak i ustawa Prawo prasowe nie przyjmują prawa do krytykowania bez żadnych ograniczeń. Krytyka podlega ochronie, jeżeli jest rzeczowa i została podjęta w celu ochrony społecznie uzasadnionego interesu.

⁴⁵ J. Sobczak, *Wolność myśli, wypowiedzi...*, s. 177; idem, *Prawo prasowe. Komentarz...*, s. 74.

⁴⁶ Sygn. K 4/06, OTK-A 2006, nr 3, poz. 32.

⁴⁷ Sygn. P 3/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 121.

⁴⁸ Sygn. IV KKN 165/97, OSNKW 2002, nr 3–4, poz. 28.

⁴⁹ Wyrok SN z 1 czerwca 2000 r., sygn. III RN 64/00, OSNP 2001, nr 6, poz. 183.

⁵⁰ Sygn. IV CKN 1901/00, Biul. SN 2003, nr 10, poz. 9.

Ważnym uzupełnieniem tego poglądu jest wyrok SN z 12 stycznia 2005 r.⁵¹, w którym stwierdzono, że dziennikarzowi przysługuje prawo nie tylko do opisywania zdarzeń ocenianych jako naganne, ale również prawo do wyrażania ocen. Celem artykułu zatytułowanego *Sojusz biznesmena z byłymi funkcjonariuszami Służb Bezpieczeństwa* było ukazanie zjawiska przechodzenia funkcjonariuszy służb specjalnych do działalności gospodarczej oraz krytyka tego zjawiska. Sąd Najwyższy uznał, że dziennikarze wykazali prawdziwość twierdzeń zarzucających funkcjonariuszom służb specjalnych podejmowanie pracy w spółkach prawa handlowego. Na tej podstawie mieli prawo formułowania negatywnych ocen. Komentując stanowisko Sądu należy przyjąć, że w ramach korzystania ze swobody wypowiedzi dziennikarze mają prawo nie tylko do prezentacji zjawisk ocenianych jako naganne, mogą także wyrażać związane z tym negatywne oceny⁵².

W świetle przywołanych powyżej orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego oraz Sądu Najwyższego można przyjąć, że wypowiedź może przybierać krytyczną formę, jeżeli ocena dotyczy ważnej kwestii społecznej. Pod tym pojęciem należy rozumieć sprawy o istotnym znaczeniu dla społeczeństwa. Nie można odmówić słuszności temu stanowisku. Udzielanie bowiem prawnej ochrony przed każdą krytyczną wypowiedzią łączyłoby się z niebezpieczeństwem ograniczenia wolności wypowiedzi

Poglądy zawarte w orzecznictwie znajdują pełną akceptację wśród przedstawicieli doktryny⁵³. Jacek Sobczak wskazuje, że niezbywalnym prawem dziennikarza jest prawo do krytyki. Prawo prasy do krytyki gwarantuje dziennikarzowi Konstytucja RP, a w szczególności prawo prasowe⁵⁴.

W oparciu o przedstawione rozważania można przyjąć, że prawo do krytyki jest elementem wolności wypowiedzi, której źródłem i podstawą w ramach ustawodawstwa krajowego są art. 14 i 54 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 1 pr. pras.

Wnioski

Rozważania przeprowadzone w oparciu o wybrane przepisy Konstytucji RP oraz prawa prasowego, jak również wnioski płynące z doktryny i judyka-

⁵¹ Sygn. I CK 346/04, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 3, s. 132.

⁵² Wyrok SN z 12 stycznia 2005 r., sygn. I CK 346/04, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 3, poz. 132.

⁵³ Zob. G.R. Bajorek, *Władcy ust. Granice swobody wypowiedzi polityków, wypowiedzi o politykach w świetle orzecznictwa ETPCz w Strasburgu*, Toruń 2010, s. 101; I. Dobosz, op. cit., s. 209; B. Kosmus, *Ochrona prawna krytyki*, [w:] *Prawo prasowe. Komentarz*, red. B. Kosmus, G. Kuczyński, Warszawa 2011, s. 541; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna*, Kraków 2006, s. 366; J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz...*, s. 289; J. Wierciński, *Niemajątkowa ochrona czci*, Warszawa 2002, s. 170.

⁵⁴ J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz...*, s. 289; idem, *Polskie prawo prasowe*, Poznań 1993, s. 71.

tury prowadzą do konkluzji, że prawo do krytyki jest jedną z form wypowiedzi prasowej będącej pochodną zasady wolności wypowiedzi.

Negatywnie należy ocenić stosowaną w literaturze przedmiotu praktykę zamiennego stosowania oraz używania jako synonimów pojęć: „wolność wypowiedzi”, „wolność wyrażania opinii”, „wolność słowa i druku”. Wolność wypowiedzi ma znaczenie najszersze, obejmuje bowiem swym zakresem wolność wyrażania opinii, idei i informacji. Ponadto wolność wypowiedzi może polegać na prezentacji opinii, idei czy informacji w dowolnej formie: słowem, drukiem, gestem, obrazem.

Przeprowadzone rozważania pozwalają na sformułowanie wniosku, że wolność prasy stanowi element konstytucyjnej zasady wolności wypowiedzi wyrażonej w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP. Wydaje się, że bez wolności wypowiedzi nie można mówić o wolności prasy. Z drugiej strony wolność prasy możliwa jest w pełnym zakresie tylko w razie rzeczywistego istnienia wolności wypowiedzi. Wolność prasy urzeczywistnia prawo obywateli do rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej. Wolność prasy zakłada bowiem prawo producentów do dostarczania informacji, jak również odbiorców – czytelników, widzów, słuchaczy – do bycia informowanym⁵⁵.

Należy ponadto uznać, że ustrojodawca w sposób właściwy unormował zagadnienie wolności prasy w ustawie zasadniczej w rozdziale pierwszym określającym zasady ustrojowe państwa. Można zatem stwierdzić, że wolność prasy to zasada ustrojowa, zgodnie z którą środki społecznego przekazu powinny być niezależne, zwłaszcza od władzy publicznej. Wydaje się, że wyrażona w art. 14 Konstytucji RP zasada wolności prasy powinna być definiowana w powiązaniu z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP. Mimo umieszczenia tych przepisów w odrębnych rozdziałach Konstytucji RP, normy te pozostają ze sobą w ścisłym związku⁵⁶. Wolność wypowiedzi prasowej jest pochodną przywileju przypisanego jednostce i tylko w takim kontekście można interpretować przepis art. 54 ust. 1 Konstytucji RP jako wolność wypowiedzi prasowej.

W oparciu o przedstawione rozważania uzasadnione jest stwierdzenie, że prawo do krytyki jest jedną z form wypowiedzi prasowej. Swoboda wypowiedzi nie może bowiem ograniczać się do informacji i poglądów odbieranych przychylnie albo postrzeganych jako nieszkodliwe lub obojętne, lecz odnosi się także do takich, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie⁵⁷. Należy stwierdzić, że ochrona wolności wypowiedzi, zagwaran-

⁵⁵ S. Marks, A. Clapham, *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press 2005, s. 241.

⁵⁶ Wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. P 10/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 128.

⁵⁷ Zob. wyrok SN z 24 maja 1989 r., sygn. I CR 231/89, Lex nr 8964; postanowienie SN z 2 września 2003 r., sygn. IV KK 197/03, OSNKW 2004, nr 2, poz. 15; postanowienie SN z 8 września 2005 r., sygn. II KK 511/04, OSN 2005, nr 1, poz. 1618; wyrok SA w Warszawie z 17 kwietnia 2007 r., sygn. I ACa 1149/06, Apel. W-wa 2008, nr 2, poz. 25.

towana w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, nie zależy od formy jej wyrażenia i dlatego prawo chroni również opinie przesadzone, drażniące, a nawet odpychające. Prawo do krytyki nabiera szczególnego znaczenia w debacie publicznej, która winna odzwierciedlać różnorodne opinie wyrażane i prezentowane w społeczeństwie.

Summary

The right of free criticism as an element of freedom of speech

Key words: criticism/fair comment, freedom of press, freedom of speech, press law, constitutional law.

The right of free criticism is one of the most fundamental of human rights and, as such, it is recognized as a standard norm of civilization, which guarantees a democratic society. The main goal of the article is to prove that the right to criticize is an inherent element of the freedom of speech. Considerations are made of the views of Polish law, literature and jurisprudence. The article is divided into two parts. In the first, the author elaborates on the meaning of the freedom of speech. The author then compares definitions such as “freedom of speech”, “freedom of expression” and “freedom of opinion”. The second part presents the right to criticize as an element of the freedom of speech, based on the theory of jurisprudence. The article seeks to answer the question: if the freedom of press is a component of the freedom of speech, can the freedom of press criticism also trace its roots to the freedom of speech?

Magda Pieńkowska*

Robert Dziembowski*

Marcin Domian**

* Katedra Prawa Karnego Materialnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

** Katedra Melioracji i Kształtowania Środowiska

Wydział Kształtowania Środowiska i Rolnictwa UWM

Wybrane aspekty zakazu reklamy w systemie prawa polskiego

Wstęp

Reklama to zjawisko związane z rozwojem cywilizacyjnym społeczeństw, z rynkiem, handlem i wymianą towarów. Treści reklamowe są wszechobecne i profesjonalne, zaś wprowadzenie nowego produktu na rynek wydaje się dziś wręcz niemożliwe bez pomocy reklamy.

Ewolucja pojęcia „reklama” (łac. *reclamo, reclamare* – krzyknąć do kogoś, głośno się sprzeciwiać, nawoływać) dokonywała się wraz z rozwojem gospodarki rynkowej¹. Trudno podać jednoznaczną definicję tak dynamicznego zjawiska – nie można jej odnaleźć ani na gruncie prawa polskiego, ani prawa europejskiego². W systemie prawa polskiego istnieje wiele definicji reklamy, które różnią się od siebie, jednakże zawierają pewien wspólny element – wskazują, iż reklama ma za zadanie nakłonić odbiorców do zakupienia określonych produktów, towarów czy usług. Jest to zatem działanie mające na celu doprowadzenie do zwiększenia sprzedaży prezentowanych dóbr. W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 1997 r. stwierdzono, że „reklamą jest rozpowszechnienie wiadomości o usługach i towarach w celu kształtowania popytu”³. Podkreślono, że „ważnym elementem działalności reklamowej jest wywołanie określonej relacji potencjalnych klientów”⁴.

¹ M. Barańska, *Reklama i jej ograniczenia, standardy europejskie a prawo polskie*, Warszawa 2011, s. 18.

² D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów w prawie europejskim i polskim*, Warszawa 2011, s. 25.

³ Wyrok SN z dnia 14 stycznia 1997 r., sygn. I CKN 52/96, OSNC 1997, nr 6–7, poz. 78.

⁴ W. Orzewski, *Reklama, aspekty prawne*, Poznań 2012, s. 16, 17.

Reklama stanowi przedmiot zainteresowania różnych dziedzin nauki. Traktowana jest jako proces mający na celu porozumienie się między nadawcą a odbiorcą⁵. Przekaz reklamowy stanowi instrument komunikowania rynkowego. Wpływa na funkcjonowanie rynku, gdyż ukierunkowany jest na wzbudzenie zainteresowania odbiorców konkretnym produktem. Służy kształtowaniu takich zachowań konsumentów, jakich oczekują przedsiębiorcy, poprzez zachęcanie do nabywania prezentowanych towarów lub usług. Zadaniem reklamy jest doprowadzenie konsumenta do zakupu towaru.

Rozwój podstawowych nośników reklamy nastąpił w XX wieku. Radio, telewizja, prasa, kino i sieć Internet rozpowszechniają przekaz reklamowy do wszystkich potencjalnych konsumentów. Po raz pierwszy reklama telewizyjna ukazała się w 1941 r. w Stanach Zjednoczonych. Poza środkami masowego przekazu reklama prowadzona jest w formie reklamy zewnętrznej, w miejscach sprzedaży albo jako reklama osobista polegająca na bezpośrednich kontaktach z konsumentem⁶.

Na gruncie przekazów reklamowych pojawia się problem bezpieczeństwa człowieka. Staje się on jedynie obiektem wykorzystywanym w strategii marketingowej, co prowadzi do jego instrumentalizacji⁷. Reklama pomaga w sprzedaży produktów. Jednocześnie często promuje negatywne wartości. Prawo kreuje i jednocześnie zapewnia przestrzeganie standardów, według których reklama może być tworzona i kierowana do odbiorców. Regulacje prawne określają granice zakresu oddziaływania reklamy na odbiorcę. Regulują również kwestie związane z wolnością od uciążliwej lub nadmiernej reklamy⁸. Przepisy prawne zakazują albo ograniczają reklamy pewnych towarów lub usług.

Zakazy i ograniczenia w reklamach napojów alkoholowych

Państwo realizuje politykę alkoholową m.in. poprzez ustanawianie ograniczeń w zakresie marketingu napojów alkoholowych. Pierwsza regulacja w tym zakresie została wprowadzona ustawą z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi⁹ (dalej: u.w.t.). Jednakże dokonujące się po 1989 r. przemiany społeczno-polityczne sprawiły,

⁵ M. Makarewicz, *Reklama zewnętrzna w mieście*, Koszalin 2010, s. 13, 14.

⁶ D.E. Harasimiuk, op. cit., s. 25–28.

⁷ P. Gondek, *Reklama a bezpieczeństwo człowieka*, [w:] A. J. Kukuła (red.), *Współczesne uwarunkowania promocji i reklamy*, Warszawa 2013, s. 27, 40.

⁸ M. Małęcka-Lyszczek, *Pojęcie, definicje i podziały reklamy*, [w:] W. Fill i in., *Działalność reklamowa. Wybrane aspekty publicznoprawne*, Bydgoszcz – Kraków 2011, s. 17.

⁹ Ustawa z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. nr 35, poz. 230 z późn. zm.).

iż nie odpowiadała ona w pierwotnym brzmieniu ówczesnym potrzebom. Doprowadziło to w 2001 r. do nowelizacji tej ustawy. Dzięki niej dookreślone zostały kwestie związane z możliwością reklamy i promocji piwa¹⁰. Zgodnie z ustawą, reklamę napojów alkoholowych stanowi publiczne rozpowszechnianie znaków towarowych, napojów alkoholowych lub związanych z nimi symboli graficznych, jak również nazw i symboli graficznych przedsiębiorców produkujących napoje alkoholowe, które nie różnią się od nazw i symboli graficznych napojów alkoholowych, a mają na celu popularyzowanie znaków towarowych napojów alkoholowych. Nie stanowi reklamy informacja służąca celom handlowym pomiędzy przedsiębiorcami zajmującymi się produkcją, obrotem hurtowym i handlem napojami alkoholowymi. Główna zmiana znowelizowanej ustawy o wychowaniu w trzeźwości polegała na zastąpieniu bezwzględnego zakazu reklamy napojów alkoholowych względnym zakazem reklamy piwa oraz na utrzymaniu bezwzględnego zakazu reklamy innych napojów alkoholowych¹¹. Polski ustawodawca, dopuszczając możliwość reklamy piwa, obarczył ją pewnymi ograniczeniami co do treści, promocji i formy przekazu.

Małoletni podlegają szczególnej ochronie w zakresie polityki alkoholowej. Zgodnie z wymogami, w reklamie nie mogą być przedstawiane osoby małoletnie, a także nie mogą być jej adresatami¹². W myśl art. 10 k.c. małoletnim jest osoba, która nie ukończyła 18 roku życia. Bez znaczenia pozostaje kwestia zdolności do czynności prawnych osób, które ukończyły lub nie ukończyły 13 roku życia¹³. Zakaz kierowania reklamy do osób małoletnich odnosi się do wynikającej z ustawy działalności marketingowej. Nie obejmuje natomiast innych form, np. reklamy niepublicznej¹⁴. Reklama piwa nie może wskazywać na powiązanie spożywania alkoholu ze sprawnością fizyczną albo też kierowaniem pojazdami. Zakazane jest używanie stwierdzeń sugerujących właściwości lecznicze alkoholu albo wskazujących, iż jest on środkiem stymulującym, uspokajającym albo umożliwiającym rozwiązywanie konfliktów osobistych. Ponadto reklama taka nie powinna zachęcać do nadmiernego spożywania alkoholu ani też w negatywny sposób ukazywać abstynencji lub umiarkowanego spożycia alkoholu. Nie może podkreślać, iż cechą pozytywnie wpływającą na jakość napoju jest wysoka zawartość alkoholu¹⁵. Kolejne ograniczenie dotyczące reklamy i promocji piwa odnosi się do zakazu budowania skojarzeń ze sferami życia człowieka. Odnosi się do atrakcyjności

¹⁰ Z. Okoń, *Napoje alkoholowe*, [w:] E. Traple (red.), *Prawo reklamy i promocji*, Warszawa 2007, s. 138–140.

¹¹ *Ibidem*.

¹² K. Grzybczyk, *Prawo reklamy*, Warszawa 2008, s. 180.

¹³ I. Skrzydło-Niżnik, G. Zalas, *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz, doktryna, orzecznictwo*, Zakamycze 2002, s. 250.

¹⁴ Z. Okoń, *op. cit.*, s. 157.

¹⁵ K. Grzybczyk, *op. cit.*, s. 180.

seksualnej, relaksu lub wypoczynku, nauki lub pracy, a także sukcesu w życiu zawodowym lub prywatnym. Istotne jest, aby reklama nie propagowała negatywnych wzorców. Bez znaczenia pozostaje przesłanka wprowadzenia odbiorcy w błąd¹⁶.

Ustawodawca w art. 13¹ ust. 2 komentowanej ustawy wskazał na ograniczenia formy przekazu reklamy i promocji piwa. Zgodnie z przepisami, niedozwolona jest reklama i promocja piwa w telewizji, radiu, kinie i teatrze w godzinach pomiędzy 6⁰⁰ a 20⁰⁰. Wyjątek stanowi reklama prowadzona przez organizatora imprezy sportu wyczynowego lub profesjonalnego w trakcie trwania takiej imprezy. Nie może być ona prowadzona także na kasetach wideo i innych nośnikach ani w prasie młodzieżowej i dziecięcej oraz na okładkach dzienników i czasopism, a także przy udziale małoletnich¹⁷. Choć ustawa nie odnosi się wprost do przekazu, jakim jest sieć Internet, prowadzenie reklamy piwa nie jest dopuszczalne, jeżeli nie zostaną spełnione wymogi z art. 13¹ u.w.t.¹⁸ Ustawodawca przewiduje możliwość reklamy i promocji piwa na słupach i tablicach reklamowych i innych stałych i ruchomych powierzchniach wykorzystywanych do reklamy, jeżeli 20% powierzchni reklamy zajmować będą widoczne i czytelne napisy informujące o szkodliwości spożycia alkoholu lub o zakazie sprzedaży alkoholu małoletnim. Literalne brzmienie przepisu wskazuje, iż co najmniej jedna z tych informacji powinna znaleźć się na plakacie reklamowym¹⁹. Wytyczne dotyczące treści, wielkości i sposobu umieszczenia na reklamach piwa napisów informacyjnych dotyczących szkodliwości spożywania alkoholu, jak też zakazu jego sprzedaży osobom małoletnim określa rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 6 listopada 2003 r.²⁰

Zgodnie z art. 46 ust. 1 u.w.t., napój alkoholowy to produkt przeznaczony do spożycia zawierający w sobie alkohol etylowy pochodzenia rolniczego w stężeniu przekraczającym 0,5% objętościowych alkoholu. Ustawodawca wprowadził również zakaz reklamy i promocji produktów i usług, których nazwa, znak towarowy, kształt graficzny lub opakowanie wykorzystuje podobieństwo lub jest tożsame z oznaczeniem napoju alkoholowego lub innym symbolem obiektywnie odnoszącym się do napoju alkoholowego oraz zakaz reklamy i promocji przedsiębiorców oraz innych podmiotów, które w swoim wizerunku reklamowym wykorzystują nazwę, znak towarowy, kształt graficzny lub opakowanie związane z napojem alkoholowym, jego producentem lub dystrybutorem.

¹⁶ Z. Okoń, op. cit., s. 161.

¹⁷ W. Fill i in., op. cit., s. 124.

¹⁸ Z. Okoń, op. cit., 162.

¹⁹ W. Fill i in., op. cit., s. 125.

²⁰ W. Orzowski, op. cit., s. 172.

Prowadzenie reklamy, promocji albo sponsorowanie wyrobów alkoholowych przy niezastosowaniu się do wymogów określonych w ustawie zagrożone jest karą grzywny w wysokości do 200 tys. zł, karą ograniczenia wolności albo też łącznie tymi karami²¹.

Zakazy i ograniczenia w reklamach gier hazardowych

Hazard to rozrywka mająca na celu zaspokojenie potrzeb relaksacyjnych człowieka. Jednakże zbyt wielkie zaangażowanie w hazard może doprowadzić do uzależnienia i negatywnych skutków społecznych²². Dlatego też ustanowiono ograniczenia dotyczące reklamy i promocji gier hazardowych. Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych²³ (dalej: u.g.h.), zastąpiła dotychczas obowiązującą ustawę o grach i zakładach wzajemnych z dnia 29 lipca 1992 r. Jednakże nie odbiega ona w znacznym stopniu od poprzednich uregulowań. Obecna regulacja zmierza do wyeliminowania negatywnych skutków hazardu, a jej zadaniem jest zwiększenie ochrony społeczeństwa i praworządności²⁴. Cel swój realizuje, określając warunki urządzania oraz zasady prowadzenia działalności hazardowej.

Gra hazardowa jest to termin zbiorczy, który obejmuje: gry losowe, zakłady wzajemne oraz gry na automatach. Minister właściwy do spraw finansów publicznych jest uprawniony do rozstrzygania w drodze decyzji, czy dana gra lub zakład jest grą losową, zakładem wzajemnym lub grą na automacie w rozumieniu u.g.h. W art. 2 komentowanej ustawy zawarte zostały definicje tych pojęć. Za gry losowe uważa się gry, które mają na celu wygrane pieniężne lub rzeczowe, wynik zależny jest od przypadku, a ich regulamin określa szczegółowe warunki gry. Do tej grupy gier zaliczyć należy: gry liczbowe, loterie pieniężne, gry telebingo, gry cylindryczne, gry w karty (black jack, poker, baccarat), gry w kości, gry bingo fantowe i pieniężne, loterie fantowe, promocyjne i audiotekstowe. Drugą kategorią są zakłady wzajemne, tj. zakłady o wygrane pieniężne lub rzeczowe, polegające na odgadywaniu wyników sportowego współzawodnictwa (totalizator) czy też zaistnienia innych zdarzeń (bukmacherstwo). Trzecią kategorią gier hazardowych są gry na automatach. Pojęcie to obejmuje gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych czy też elektronicznych (także komputerowych), przy czym taka gra musi zawierać w sobie pewien

²¹ Ibidem, s. 173.

²² L. Wilk, *Sankcje za złamanie zakazu reklamy i promocji hazardu*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 5, s. 5.

²³ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. nr 201, poz. 1540 z późn. zm.).

²⁴ J. Adamczyk, *Prawne aspekty reklamy, promocji i sponsoringu w obszarze gier hazardowych*, [w:] M. Namysłowska (red.), *Reklama, aspekty prawne*, Warszawa 2012, s. 347.

element losowości²⁵. Prowadzenie działalności, w tym działalności marketingowej w zakresie gier hazardowych jest możliwe po spełnieniu wymogów określonych w ustawie.

W myśl art. 29 u.g.h. zakazana jest reklama i promocja gier cylindrycznych, gier w karty, w kości, zakładów wzajemnych, a także gier na automatach. W związku z tym ustawodawca nie wprowadził zakazu reklamy i promocji gier, na które monopol ma państwo lub które uważane są za mało szkodliwe pod względem uzależnienia gracza od hazardu. Zalicza się do nich takie gry, jak gry liczbowe, loterie pieniężne, gry telebingo, gry bingo pieniężne i fantowe, loterie fantowe i promocyjne. Krąg podmiotów, do których kierowane są zakazy, określony został bardzo szeroko. Zgodnie z art. 29 ust. 4 u.g.h., zakazy odnoszą się do osób fizycznych, prawnych, jak również do jednostek organizacyjnych nie mających osobowości prawnej, które zlecają lub prowadzą wspomnianą działalność, umieszczają reklamę, albo czerpią korzyści z tak podejmowanych działań. Ustawodawca przewidział jednak wyjątek w zakresie reklamy i promocji gier hazardowych. Ustawa z dnia 26 maja 2011 r. nadała nowe brzmienie przepisowi regulującemu dotychczas ten wyjątek. Obecnie przejawia się on w tym, iż dozwolona jest reklama i promocja wewnątrz kasyna gry lub punktu, który przyjmuje zakłady wzajemne. Nie jest też zabronione umieszczenie na zewnątrz budynku czy w miejscach, gdzie znajduje się kasyno gry lub punkt przyjmowania zakładów wzajemnych, oznaczenia podmiotu, logo firmy lub nazwy prowadzonej działalności. Nowelizacja ustawy z 2011 r. przewidywała, iż w przypadku, gdy zakłady wzajemne prowadzone są przez sieć Internet, możliwe jest prowadzenie działalności reklamowej i promocyjnej poprzez określenie w zezwoleniu strony internetowej, która służy urządzaniu takich zakładów²⁶. Zgodnie z ustawą o grach hazardowych, za reklamę należy uważać rozpowszechnianie znaków towarowych, symboli graficznych, a także innych oznaczeń związanych z grą cylindryczną, grą w karty, w kości, zakładami wzajemnymi albo grą na automatach. Poprzez reklamę rozumie się również rozpowszechnianie nazw i symboli graficznych podmiotów, które zajmują się prowadzeniem takiej działalności oraz informowaniem o miejscach, gdzie są one organizowane albo o możliwościach uczestnictwa w nich.

Ustawa nie reguluje sankcji karnych za naruszenie przepisów dotyczących działalności reklamowej i promocyjnej, lecz odsyła do przepisów kodeksu karnego skarbowego. Uregulowanie to znajduje się w art. 110a k.k.s., który stwierdza, iż karze grzywny w wysokości do 720 stawek dziennych podlega ten, kto nie stosuje się do zasad określonych przez u.g.h. w zakresie prowadzenia działalności reklamowej lub promocyjnej gier hazardowych.

²⁵ W. Orzewski, op. cit., s. 177.

²⁶ J. Adamczyk, op. cit., s. 354–359.

Taka sama kara przewidziana jest w stosunku do osób, które czerpią korzyści z reklamy lub promocji takich gier lub zakładów albo też promują je wbrew przepisom ustawy²⁷.

Zakazy i ograniczenia w reklamach żywności

Na gruncie prawa polskiego kwestie związane z działalnością reklamową obejmującą żywność określa głównie ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia²⁸ (dalej: u.b.ż.). Duże znaczenie przypisuje się również dwóm innym ustawom, mianowicie: ustawie z dnia 21 grudnia 2000 r. o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych i ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o rejestracji i ochronie nazw i oznaczeń produktów rolnych i środków spożywczych oraz o produktach tradycyjnych²⁹. W prawie europejskim problematyka reklamy żywności została uregulowana rozporządzeniem nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającym ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującym Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz opisującym procedury w sprawie bezpieczeństwa żywności. Rozporządzenie żywność traktuje jako synonim środków spożywczych. Zalicza do nich substancje lub produkty, które są przetworzone, częściowo przetworzone albo nieprzetworzone i jednocześnie zostały przeznaczone do spożycia przez ludzi albo spożycia takiego można się spodziewać.

Ustawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia ma za zadanie chronić konsumenta poprzez wskazanie zasad prawidłowego oznaczenia żywności. Wymogi te zawarte zostały w art. 45 u.b.ż. Wyznaczają one właściwy sposób oznakowania środka spożywczego w celu niewprowadzania konsumenta w błąd. Mają one zastosowanie również do reklam i prezentacji środków spożywczych, przede wszystkim odnośnie ich kształtu, wyglądu, opakowania, użytych materiałów, a także sposobu i otoczenia prezentacji. Reklama takich produktów, jak suplementy diety, wody mineralne, żywność wzbogacona składnikami mineralnymi, poddana została szczególnemu uregulowaniu. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 16 września 2010 r. dotyczy środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego. Zawiera ono wytyczne w zakresie środków spożywczych, które zostały przeznaczone dla niemowląt i dzieci do 3 roku życia, środków dietetycznych o medycznym przeznaczeniu czy też bezglutenowych środków spożywczych. Wymagania

²⁷ W. Orzowski, op. cit., s. 178–179.

²⁸ Ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U. z 2010 r., nr 136, poz. 914).

²⁹ K. Grzybczyk, op. cit., s. 175.

dotyczące reklamy wód mineralnych, źródłowych i stołowych zawarte zostały w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 31 marca 2011 r.³⁰

Polski ustawodawca nie podał legalnej definicji reklamy. Na potrzeby ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia przyjmuje się, iż chodzi o definicję zawartą w dyrektywie 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. Stanowi ona, iż reklama to przedstawienie w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów w celu wspierania zbytu towarów lub usług, w tym nieruchomości, praw i zobowiązań. Nieprzestrzeganie wymagań związanych z reklamą środków spożywczych zagrożone jest karą pieniężną w wysokości do trzydziestokrotnego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego³¹.

Zakazy i ograniczenia w reklamach produktów leczniczych

Na gruncie prawa farmaceutycznego bardzo ważną kwestią jest reklama produktów leczniczych kierowana zarówno do pacjentów, jak i specjalistów w zakresie służby zdrowia. Jest to istotne, gdyż reklama taka dostarcza informacji o dostępnych na rynku różnych rodzajach terapii, wskazując możliwość nabycia danych leków bez recepty. Regulacja w zakresie reklamy takich produktów ma zapewnić bezpieczeństwo ich stosowania, jak również chronić interesy pacjentów i budżetu państwa. Zarówno na poziomie krajowym, jak i unijnym rynek produktów leczniczych poddany został kompleksowej regulacji prawnej. Zasady prowadzenia reklamy produktów leczniczych oraz wszelkie związane z nią ograniczenia reguluje głównie ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne³² (dalej: pr.farm.). Zagadnienia tego dotyczy również rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 r. w sprawie reklamy produktów leczniczych, ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawa o radiofonii i telewizji, prawo autorskie, prawo prasowe, kodeks cywilny, kodeks karny czy też kodeksy etyczne³³.

Prawo farmaceutyczne implementuje rozwiązania przyjęte na gruncie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/83/WE. Polskie przepisy ponownie zharmonizowano z prawem unijnym wskutek dostosowania ich do kolejnej dyrektywy 2007/24/WE³⁴. W dyrektywie 2001/83/WE została zawar-

³⁰ W. Orzewski, op. cit., s. 176.

³¹ W. Fill i in., op. cit., s. 106.

³² Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. nr 126, poz. 1381 z późn. zm.).

³³ M. Roszak, *Podstawowe zagadnienia reklamy produktów leczniczych w polskim prawie farmaceutycznym*, [w:] M. Namysłowska (red.), op. cit., s. 315, 316.

³⁴ D.E. Harasimiuk, op. cit., s. 318.

ta legalna definicja produktu leczniczego. Zgodnie z nią produktem leczniczym jest substancja lub mieszanina substancji, która przedstawiana jest za taką, która posiada właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt albo też podawana jest w celu postawienia diagnozy lub przywrócenia, poprawienia albo modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu w skutek działań farmakologicznych, immunologicznych lub metabolicznych.

W myśl art. 52 pr.farm. reklama produktu leczniczego to działalność polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do stosowania takiego produktu, a jednocześnie mająca na celu zwiększenie liczby przepisywanych recept albo dostarczenie, sprzedaż lub konsumpcję produktów leczniczych³⁵. Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 marca 2010 r. stwierdził, iż „informowanie i zachęcanie do stosowania produktu leczniczego to dwie równorzędne, odrębne przesłanki reklamowego charakteru działalności. Mogą wystąpić łącznie, choć zaistnienie jednej z nich wystarczy do przyjęcia, że działalność ma charakter reklamy”³⁶. Ze względu na charakter leków, których nadmierne przyjmowanie może doprowadzić do uzależnienia, ustawodawca wprowadził ograniczenia w zakresie reklamy produktów leczniczych³⁷. Ogólny zakaz znajduje swój wyraz w art. 56 pr.farm. Nie jest dopuszczalna reklama produktów leczniczych nie dopuszczonych do obrotu na terytorium Polski, dopuszczonych do obrotu bez konieczności uzyskania pozwolenia, o których mowa w art. 4 komentowanej ustawy³⁸, jak również takich, które zawierają informacje niezgodne z Charakterystyką Produktu Leczniczego albo z Charakterystyką Produktu Leczniczego Weterynaryjnego.

Ustawa wyróżnia reklamę kierowaną do publicznej wiadomości, a także reklamę, której adresatami są osoby uprawnione do wystawiania recept albo osoby prowadzące obrót produktami leczniczymi. Pewne zakazy dotyczą jedynie reklamy skierowanej do publicznej wiadomości. Wynika to z faktu, iż należy zapewnić większą ochronę osobom, które nie są specjalistami w dziedzinie, jaką jest medycyna. Obejmują one różne aspekty reklamy. Zalicza się do nich zakazy wymienione w art. 55 pr.farm. W tak adresowanej reklamie produktu leczniczego nie mogą prezentować osoby znane publicznie, naukowcy, osoby posiadające wykształcenie medyczne lub farmaceutyczne lub sugerujące posiadanie takiego wykształcenia, jak również odwoływać się do ich zaleceń. Ponadto treść takiej reklamy nie może sugerować, że możliwe jest

³⁵ W. Orzewski, op. cit., s. 174.

³⁶ Wyrok NSA z dnia 10 marca 2010 r., sygn. II GSK 461/09, LEX nr 596846.

³⁷ R. Szczęsny, *Reklama farmaceutyczna i pokrewna*, Warszawa 2010, s. 203.

³⁸ Zgodnie z art. 4 ust. 1 pr.farm., do obrotu bez konieczności uzyskania pozwolenia zostały dopuszczone produkty lecznicze sprowadzane z zagranicy, jeżeli ich zastosowanie jest niezbędne dla ratowania życia lub zdrowia pacjenta, pod warunkiem że dany produkt leczniczy jest dopuszczony do obrotu w kraju, z którego jest sprowadzany i posiada aktualne pozwolenie dopuszczenia do obrotu (z zastrzeżeniami przewidzianymi w art. 4 ust. 2–4 pr.farm.).

uniknięcie porady lekarskiej lub zabiegu chirurgicznego, szczególnie wskutek postawienia diagnozy lub zalecania leczenia w drodze korespondencyjnej, ani tego, że osoba zdrowa, która przyjmuje produkt leczniczy, poprawi swój stan zdrowia, a nieprzyjmowanie produktu leczniczego może pogorszyć jej stan zdrowia (za wyjątkiem szczepień), że produkt leczniczy jest środkiem spożywczym, kosmetycznym lub innym artykułem konsumpcyjnym oraz że z naturalnego pochodzenia leku wynika jego skuteczność lub bezpieczeństwo stosowania. Treści reklamy skierowanej do publicznej wiadomości nie mogą zawierać zapewnienia, iż przyjmowanie takiego leku jest gwarancją na uzyskanie właściwego skutku, nie posiada żadnych działań niepożądanych, a także, że jest lepszy lub co najmniej równy jak inny produkt leczniczy. Treści te nie mogą poprzez powoływanie się na szczegółowe opisy przypadków i objawów choroby prowadzić do błędnej autodiagnozy. Ponadto nie mogą one, w stosunku do wskazań terapeutycznych, odnosić się w formie zatrważającej lub wprowadzającej w błąd. Zakazane jest, aby treść reklamy posiadała niewłaściwe, niepokojące lub mylące określenia przedstawionych graficznie zmian chorobowych, obrażeń ludzkiego ciała lub działania produktu leczniczego na ludzkie ciało lub jego części. Art. 57 pr.farm. wskazuje dalsze ograniczenia w zakresie reklamy kierowanej do publicznej wiadomości. Zakazana jest reklama produktów leczniczych, które wydawane są jedynie w oparciu o wystawiane recepty, zawierają środki odurzające lub substancje psychotropowe, znajdują się na liście refundowanych produktów leczniczych oraz innych, o identycznych nazwach jak te umieszczone na wykazach, które mogą być dopuszczone do wydawania bez recepty. Zakaz ten nie ma jednak zastosowania do reklamy szczepień ochronnych³⁹.

Ograniczeniom w zakresie działalności reklamowej podlega również reklama kierowana do profesjonalistów służby zdrowia. Istotne jest, aby przekazywała ona rzetelne, aktualne informacje, umożliwiające wypracowanie własnej opinii na temat wartości terapeutycznej produktu leczniczego. Informacja powinna zawierać datę jej sporządzenia lub datę ostatniej aktualizacji. Dane zaczerpnięte z innych prac naukowych (cytaty, tabele, ilustracje) muszą być odtworzone zgodnie z pierwowzorem i wskazywać źródło ich pochodzenia. Reklama taka powinna zawierać dane zgodne z Charakterystyką Produktu Leczniczego albo Charakterystyką Produktu Leczniczego Weterynaryjnego i informację o przyznanej kategorii dostępności, a w przypadku produktów leczniczych umieszczonych na wykazach leków refundowanych – również informację o cenie urzędowej detalicznej i maksymalnej kwocie dopłaty ponoszonej przez pacjenta. W przypadku gdy reklama ma na celu dostarczenie próbek, możliwe jest adresowanie jej jedynie do osób upoważnionych do wystawiania recept. Reklama taka służy głównie zapoznaniu

³⁹ J. Adamczyk, M. Świerczyński, *Produkty lecznicze i wyroby medyczne*, [w:] E. Traple (red. nauk.), op. cit., s. 68–70.

lekarzy z takim produktem, a następnie przekazaniu ich pacjentom. Podlega ona jednak ograniczeniom, które wyrażone zostały w art. 55 ust. 3 pr.farm. Warunkiem koniecznym jest wcześniejsze pisemne wystąpienie do przedstawiciela handlowego lub medycznego o dostarczenie próbek produktu przez osoby uprawnione do wypisywania recept. Przedstawiciel handlowy lub medyczny musi prowadzić ewidencję dostarczanych próbek. Każda próbka musi być mniejsza niż najmniejsze opakowanie danego produktu dopuszczone do obrotu w Polsce i być opatrzona napisem: „Próbka bezpłatna – nie do sprzedaży”, a w załączeniu do każdej próbki dostarczona Charakterystyka Produktu Leczniczego albo Charakterystyka Produktu Leczniczego Weterynaryjnego. W ustawie wskazany jest również limit przewidzianych opakowań możliwych do dostarczenia jednej osobie w przeciągu roku, który nie może być większy niż pięć opakowań. Reklama, która ma na celu dostarczenie bezpłatnych próbek produktu leczniczego, nie może dotyczyć produktów leczniczych zawierających środki odurzające lub substancje psychotropowe. W stosunku do reklamy skierowanej do profesjonalistów służby zdrowia uregulowany został zakaz wręczania, oferowania i obiecywania takim osobom oraz przyjmowania przez te osoby innych korzyści od osób zajmujących się tą działalnością reklamową. Zalicza się do nich korzyści materialne, prezenty i inne ułatwienia, nagrody, wycieczki a także organizowanie i finansowanie spotkań promocyjnych produktów leczniczych, podczas których przejawy gościnności wykraczają poza główny cel tego spotkania. Zakaz nie obejmuje przedmiotów o wartości materialnej mniejszej niż 100 zł, związanych z praktyką medyczną lub farmaceutyczną, opatrzonych znakiem reklamującym daną firmę lub produkt leczniczy⁴⁰.

Wnioski

Zgodnie z Konstytucją RP społeczna gospodarka rynkowa oparta jest na wolności działalności gospodarczej. Podstawą tej działalności jest możliwość zapoznania potencjalnych klientów z oferowanym produktem. Dokonuje się to poprzez prowadzenie działalności marketingowej, wskazującej zalety przedstawianych wyrobów. Jednakże używanie niektórych z oferowanych produktów wiąże się z negatywnymi następstwami. Z tego względu poddane zostały one szczególnym regulacjom w zakresie ich produkcji, działań marketingowych i sprzedażowych⁴¹. Zgodnie z art. 22 Konstytucji RP ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

⁴⁰ M. Roszak, op. cit., s. 328, 329.

⁴¹ A. Michalak, *Prawne aspekty reklamy, promocji i sponsorowania wyrobów tytoniowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” sierpień 2006, s. 28.

Summary

Selected aspects of the prohibition on advertising in the Polish legal system

Key words: advertising, alcohol, food, cigarettes, drugs.

Advertising is an integral part of human life. This phenomenon is associated with the development of societies, the existence of the market, trade and exchange of goods.

State pursues a policy in the field of advertising, among others, by setting restrictions on the marketing of alcoholic beverages (the first regulation in this area has been introduced with the Act of 26 October 1982 upbringing in sobriety and counteracting alcoholism), tobacco products (Law of 9 November 1995 on protection of health against the consequences of use tobacco and tobacco products), marketing activities in the field of gaming (Act of 19 November 2009 – gambling), food advertising (Act of 21 December 2000 – commercial quality – food and agriculture, the Act of 17 December 2004 – registration and protection of names and designations of agricultural products and foodstuffs and traditional products) and medicinal products for both patients and also experts in the field of health care – this is important because such advertising has an aim to ensure the safety of medicinal products and to protect the interests of the patients and the state budget.

Małgorzata Łączkowska

Katedra Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego
Wydział Prawa i Administracji UAM

Zasada trwałości małżeństwa w polskim prawie rodzinnym – aspekty materialne i procesowe

Uwagi ogólne

Zasada trwałości małżeństwa jest jedną z podstawowych zasad polskiego prawa rodzinnego, wynikającą z przepisów regulujących instytucję małżeństwa i wskazywaną przez przedstawicieli doktryny we wszystkich opracowaniach dotyczących tej dziedziny¹. Jej źródła odnaleźć można już w samej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej², która mimo iż nie wyraża jej wprost, nadaje szczególne znaczenie instytucji małżeństwa, obejmując ją ochroną i opieką. Z treści Konstytucji wynika, że „jedynie trwały związek małżeński może prawidłowo wypełniać funkcje przewidziane w ustawie zasadniczej”³.

Warto podkreślić, że zasada trwałości małżeństwa daje pewne korzyści zarówno małżonkom i założonej przez nich rodzinie, jak i państwu. Małżeństwo jest stosunkiem prawnym podlegającym szczególnej ochronie, wiąże się z nim jednak nie tylko przywileje, ale także określone obowiązki, takie jak np. obowiązek wzajemnej pomocy (art. 23 k.r.o.) oraz zaspokajania potrzeb rodziny (art. 27 k.r.o.)⁴. Rodzina zapoczątkowana w chwili zawarcia małżeń-

¹ M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2010, s. 96 i nast.; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne* Warszawa 2010, s. 85; T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, s. 25–26; T. Sokołowski, *Prawo rodzinne – zarys wykładu*, Poznań 2010, s. 27–28; T. Smoczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, s. 54; B. Czech, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2011, s. 366; J. Winiarz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 21; A. Olejniczak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013, s. 375.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483).

³ J. Winiarz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 22–23.

⁴ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., nr 0, poz. 788).

stwa jest autonomiczną komórką społeczną, która powinna być samowystarczalna. Ewentualna pomoc ze strony państwa, realizowana w postaci rozmaitych świadczeń, ma charakter subsydiarny. Małżonkowie w momencie wstąpienia w związek małżeński biorą na siebie wzajemną odpowiedzialność w sferze osobistej i majątkowej. Określone prawa i obowiązki mają także wobec innych członków założonej przez nich rodziny, szczególnie wobec wspólnych małoletnich dzieci. Z tego względu istotne jest, aby małżeństwo było relacją o charakterze trwałym. Ma to bowiem znaczenie dla samych małżonków, którzy mogą liczyć na wzajemne wsparcie, także w przyszłości, szczególnie w chorobie czy w podeszłym wieku, oraz dla państwa, którego obowiązek udzielania pomocy osobom w trudnej sytuacji zostaje odsunięty na dalszy plan⁵.

Nakładając na małżonków określone obowiązki, w tym obowiązek budowania relacji o charakterze trwałym, ustawodawca przyznaje im także pewne przywileje, które służyć mają temu celowi. Tytułem przykładu wskazać można wspólne rozliczenia podatkowe, szczególną regulację najmu (art. 680¹, 691 k.c.⁶) czy tzw. ustawowy zapis naddziałowy (art. 939 k.c.). Pozostawanie w związku małżeńskim jest także elementem, podlegającego rejestracji, stanu cywilnego, który porządkuje stosunki społeczne, gwarantuje ład społeczny, a jego stabilność stanowi istotną wartość⁷.

Należy ponadto zwrócić uwagę na szczególne znaczenie trwałości małżeństwa dla wspólnych małoletnich dzieci obojga małżonków. W doktrynie podkreśla się, że zasada trwałości małżeństwa i związana z nią zasada trwałości rodziny łączą się bezpośrednio z realizacją ochrony dobra dziecka⁸. Z Konwencji o prawach dziecka⁹ wynika, że „rodzina jako podstawowa komórka społeczeństwa oraz naturalne środowisko rozwoju i dobra wszystkich jej członków, a w szczególności dzieci, powinna być otoczona niezbędną ochroną oraz wsparciem, aby mogła w pełnym zakresie wypełniać swoje obowiązki w społeczeństwie”. W dokumencie tym uznano także, że „dziecko dla pełnego

⁵ W opracowaniu pominięto aspekty psychologiczne trwałości małżeństwa i jej wpływu na stan emocjonalny małżonków, na odczuwane poczucie bezpieczeństwa i szczęścia w stabilnym związku.

⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

⁷ T. Smyczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11, s. 54.

⁸ T. Thiel-Kubacka, *Projekt zmian prawa rodzinnego i opiekuńczego – ocena i propozycje w świetle praktyki sądowej*, [w:] *Czy potrzebna jest w Polsce zmiana prawa rodzinnego i opiekuńczego. Materiały z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 21 i 22 września 1995 r. w Katowicach*, Katowice 1997, s. 387; T. Smyczyński, *O potrzebie nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w świetle standardów europejskich i Konwencji o Prawach Dziecka*, [w:] *ibidem*, s. 239; W. Stojanowska, *Poselski projekt zmian w polskim prawie rozwodowym (przedstawiony przez Sejm w lutym 1995 roku)*, [w:] *ibidem*, s. 308; eadem, *Mediacje w prawie rodzinnym oraz ocena celowości i trafności dokonanej zmiany przepisów w zakresie postępowania pojednawczego w procesie o rozwód*, [w:] *Prawno-psychologiczne uwarunkowania mediacji i negocjacji*, red. St. L. Stadniczeńko, Opole 2006, s. 111.

⁹ Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. nr 120, poz. 526).

i harmonijnego rozwoju swojej osobowości powinno wychowywać się w środowisku rodzinnym, w atmosferze szczęścia, miłości i zrozumienia”. Jako że realizację tych uprawnień przysługujących dziecku gwarantuje trwały związek małżeński jego rodziców, możliwość rozwiązania małżeństwa została uzależniona od braku sprzeczności rozwodu z dobrem wspólnych małoletnich dzieci (art. 56 § 2 k.r.o.).

Z zasadą trwałości małżeństwa łączy się zasada trwałości rodziny, która została uregulowana w zdecydowanie bardziej radykalny sposób. Stosunek pokrewieństwa ani stosunek powinowactwa nie wygasają nawet po ustaniu związku małżeńskiego, wywołując przewidziane prawem konsekwencje także po śmierci jednej z jego stron. Podkreślić należy, że zasada trwałości małżeństwa nie ma w polskim prawie rodzinnym charakteru absolutnego, dopuszczalne jest bowiem rozwiązanie tego związku przez sąd przy spełnieniu przesłanek określonych w ustawie. Zadaniem ustawodawcy jest jednak stworzenie takiej regulacji, „aby z jednej strony zbyt liberalizm nie uczynił z zasady trwałości małżeństwa nieodpowiadającego rzeczywistości sztyldu, z drugiej zaś aby nadmierne rygory nie prowadziły w praktyce do swoistej ochrony związków małżeńskich nie spełniających swej funkcji społecznej”¹⁰.

Niniejsze opracowanie poświęcone jest przedstawieniu materialnych oraz proceduralnych instrumentów prawnych służących realizacji zasady trwałości małżeństwa w polskim prawie¹¹. Analizie poddane zostały zatem obowiązujące przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz kodeksu postępowania cywilnego¹² dotyczące instytucji małżeństwa. Warto w tym miejscu wspomnieć także o innych niż cywilnoprawne środkach, które mają zabezpieczać trwałość małżeństwa. Tytułem przykładu wskazać można regulację prawa karnego, która przewiduje m.in. penalizację bigamii¹³. Celowi temu mają z założenia służyć też przepisy podatkowe oraz preferencyjne rozwiązania dotyczące możliwości nabywania mieszkań¹⁴. Wprowadzanie odpowiednich regulacji wspierających rodzinę niesie ze sobą jednak pewne niebezpieczeństwa, gdyż nawet dobre z założenia rozwiązania mogą być w praktyce niewłaściwie wykorzystywane. Konstytucja w art. 18 przewiduje ochronę małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa. Wydaje się, że kolejność wymienionych podmiotów tejże ochrony nie jest przypadkowa. Za-

¹⁰ J. Ignatowicz, M. Nazar, op. cit., s. 216.

¹¹ Na oba rodzaje instrumentów zwraca się uwagę w doktrynie, np. J. Winiarz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 23.

¹² Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43 poz. 296 z późn. zm.).

¹³ Więcej na ten temat M. Sosnowska, *Karnoprawne aspekty ochrony trwałości małżeństwa w polskim porządku prawnym*, [w:] *Małżeństwo na całe życie?*, red. R. Sztychmiller, J. Krzywkowska, Olsztyn 2011, s. 315 i nast.

¹⁴ Na ten temat P.M. Woroniecki, *Małżeństwo jako podmiot polityki fiskalnej państwa*, [w:] *Małżeństwo na całe życie...*, s. 379 i nast.

warcie małżeństwa powoduje bowiem powstanie rodziny, a stosunek między kobietą i mężczyzną nastawiony jest na zrodzenie potomstwa i realizowanie funkcji rodzicielskich. Należy oczywiście podkreślić, że polski ustawodawca bierze także pod uwagę macierzyństwo oraz rodzicielstwo oderwane od instytucji małżeństwa, co znajduje swój wyraz w art. 71 ust. 1 Konstytucji, w którym mowa o rodzinach niepełnych, oraz w art. 71 ust. 2 dotyczącym macierzyństwa. Warto jednak pamiętać, że jest to regulacja wolności i praw ekonomicznych i socjalnych, podczas gdy art. 18 należy do kategorii zasad ustrojowych, na których opiera się cały system polskiego prawa. Małżeństwo jest w tym systemie instytucją szczególną. Ważne zatem, aby także regulacje prawa socjalnego i inne chroniące samotne rodzicielstwo nie uderzały w rodziny oparte na instytucji małżeństwa, starające się realizować funkcje powierzone im przez państwo¹⁵. Jest to materia niezwykle delikatna, bo wprowadzane rozwiązania prawne mogą wywołać w społeczeństwie reakcje niezamierzone przez ustawodawcę, a nawet sprzeczne z jego intencją. Jeśli przepisy w sposób preferencyjny traktują samotne rodzicielstwo, osłabiając tym samym atrakcyjność małżeństwa, trzeba liczyć się z tym, że doprowadzą do zjawiska fikcyjnych rozwodów czy separacji lub rezygnacji z legalizowania związków faktycznych¹⁶. Z tego względu Trybunał Konstytucyjny uznał za niezgodne z Konstytucją RP przepisy ustawy o świadczeniach rodzinnych¹⁷, które uzależniały pomoc państwa od „samotnego wychowywania dziecka”, zdefiniowanego jako „wychowywanie dziecka przez pannę, kawalera, osobę pozostającą w separacji orzeczonej prawomocnym wyrokiem sądu, osobę rozwiedzioną, wdowę lub wdowca, jeżeli wspólnie nie wychowuje dziecka z ojcem lub matką dziecka”¹⁸.

Przedmiotem zainteresowania niniejszego opracowania nie będzie natomiast problematyka praktyki orzeczniczej sądów w zakresie orzekania rozwodów. W tej kwestii bowiem można mieć wątpliwości co do korzystania

¹⁵ Na problem ten zwrócono uwagę także w: *Rozwód? Przemysł to. Rozwody w Polsce i na świecie – raport Fundacji Mamy i Taty*, s. 23, [online] <www.rozwodprzemyslto.pl/wp-content/uploads/2011/12/Raport.pdf>, dostęp: 6.11.2013. „Dane statystyczne GUS dotyczące dochodu rozporządzalnego na osobę w polskiej rodzinie wskazują, że rodzice samotnie wychowujący dziecko są w znacznie korzystniejszej sytuacji finansowej niż rodziny z trójką dzieci. Wynika to m.in. z korzystniejszego systemu ulg podatkowych i świadczeń społecznych dla osób samotnie wychowujących dzieci”.

¹⁶ W praktyce niestety wcale nie tak rzadko pojawiają się przypadki, gdy przepisy dotyczące ochrony samotnego rodzicielstwa powodują, że sytuacja rodzin pełnych jest o wiele trudniejsza, co zachęca do fikcyjnych rozwodów lub do rezygnacji z legalizowania swojego związku. Tytułem przykładu wskazać można świadczenia na rzecz samotnych rodziców, pierwszeństwo tychże w uzyskaniu miejsca w żłobku lub przedszkolu, a także korzystniejsze rozliczanie podatków samotnego rodzica z dzieckiem.

¹⁷ Ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych (Dz.U. nr 228, poz. 2255 z późn. zm.).

¹⁸ Wyrok z dnia 18 maja 2005 r., sygn. K 16/04, [online] <www.isap.sejm.gov.pl>, dostęp: 12.11.2013.

przez sądy z dostępnych im narzędzi zabezpieczających trwałość związków małżeńskich¹⁹. Przykładem może być fala fikcyjnych rozwodów, jaka przeszła przez Polskę w związku z wprowadzeniem przywołanej już ustawy o świadczeniach rodzinnych. Małżeństwa rozwodziły się wówczas wyłącznie w celu uzyskania statusu rodzica samotnie wychowującego dziecko, któremu przepisy przyznały szczególne uprawnienia w zakresie świadczeń rodzinnych, a po orzecznym przez sąd rozwodzie kontynuowały wspólne pożycie. W tym kontekście pojawia się pytanie dotyczące przeprowadzenia wyczerpującego postępowania dowodowego na okoliczność zaistnienia trwałego i zupełnego rozkładu pożycia między małżonkami, który stanowi niezbędną przesłankę orzeczenia rozwodu.

Poza zakresem niniejszej analizy znajdują się także aspekty społeczne, przyczyny rozwodów, wzrost ich liczby i powszechna akceptacja tego zjawiska przez społeczeństwo. Stanowi to bowiem przedmiot zainteresowania innych dziedzin nauki, szczególnie socjologii i psychologii. Celem opracowania jest natomiast podkreślenie, że polskie prawo uznaje wartość trwałości małżeństwa, a obowiązkiem organów stosujących przepisy rozwodowe jest ich przestrzeganie.

Zanim omówione zostaną konkretne regulacje prawne stanowiące wyraz zasady trwałości małżeństwa obowiązującej w polskim prawie, warto przytoczyć stanowisko Trybunału Konstytucyjnego w tej materii. W jednym ze swoich wyroków stwierdził on, że „z samego założenia małżeństwo jest stosunkiem prawnym o nieokreślonym czasie trwania. Niezależnie od instytucji rozwodu i separacji (a także zmian obyczajowych i towarzyszących im zmian świadomości społecznej) zasadniczą przyczyną ustania małżeństwa jest śmierć jednego z małżonków. Takie jest założenie regulacji ustawowej”²⁰.

¹⁹ Na problem niepełnego wykorzystywania przez sądy instrumentów prawnych służących utrzymaniu małżeństwa zwrócił uwagę Sąd Najwyższy już w 1976 r. w Zaleceniach kierunkowych w sprawie wzmoczenia ochrony rodziny z dnia 9 czerwca 1976 r., sygn. III CZP 46/75, OSNCP 1976, nr 9, poz. 184. Podkreślił wówczas, że „Wobec stale wzrastającej liczby spraw o rozwód konieczne jest wzmoczenie wysiłków na rzecz prób pojednania zwaśnionych małżonków. Przepisy kodeksu postępowania cywilnego dają w tym kierunku możliwości nie w pełni wykorzystywane. Należy w szczególności zwrócić uwagę na art. 436 § 2 k.p.c. przewidujący możliwość odroczenia posiedzenia pojednawczego i kontynuowania prób pojednawczych. Z możliwości tej sądy korzystają raczej wyjątkowo. Zbyt rzadko również sięgają sądy do art. 440 § 1 k.p.c., nakazującego zawieszenie postępowania o rozwód, jeżeli sąd nabierze przekonania, że istnieją widoki na utrzymanie pożycia małżeńskiego.” Opinię tę uznać należy za aktualną.

²⁰ Wyrok TK z dnia 11 kwietnia 2006 r., sygn. SK 57/04, Dz.U. 2006, nr 64, poz. 457. Dożywotni z założenia charakter małżeństwa Trybunał potwierdził także w wyroku w podobnej sprawie z 25 października 2012 r., sygn. SK 27/12, Dz.U. 2012, poz. 1218. Podobnie SN w uchwale z dnia 16 grudnia 1987 r., sygn. III CZP 91/86, OSNC 1988, nr 4, poz. 42.

Materialnoprawne aspekty zasady trwałości małżeństwa

Małżeństwo jest na gruncie polskiego prawa związkiem kobiety i mężczyzny zawartym z zachowaniem odpowiedniej formy przewidzianej w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Pierwszą regulacją mającą służyć trwałości małżeństwa jest procedura zawarcia związku małżeńskiego, w której szczególne znaczenie ma udział czynnika oficjalnego. Kierownik urzędu stanu cywilnego w sposób czynny uczestniczy zarówno w czynnościach prowadzących do zawarcia małżeństwa, jak i w samej ceremonii, gdy małżeństwo zawierane jest w jego obecności. To kierownik urzędu stanu cywilnego jako pierwszy weryfikuje dopuszczalność danego małżeństwa w świetle regulacji prawnej, przyjmując oświadczenia o zawarciu związku małżeńskiego (art. 7 k.r.o.) albo wydając zaświadczenie stwierdzające brak przeszkód do jego zawarcia w obecności duchownego (art. 4¹ § 1 k.r.o.). W obu przypadkach urzędnik ma możliwość odmowy dokonania czynności, jeżeli dowiedział się o okolicznościach wyłączających zawarcie małżeństwa (art. 5 k.r.o.). Decyzja kierownika urzędu stanu cywilnego w tym zakresie nie ma jednak charakteru ostatecznego, ponieważ w przypadku jego odmowy osobom zainteresowanym przysługuje prawo wystąpienia do sądu z wnioskiem o rozstrzygnięcie, czy odmowa ta była uzasadniona (art. 7 ust. 2 pr.a.s.c.²¹). Ponadto sam kierownik urzędu stanu cywilnego w razie wątpliwości, czy zawarcie małżeństwa jest dopuszczalne, może wystąpić do sądu o rozstrzygnięcie tej kwestii (art. 5 k.r.o.). Mimo tego jednak, że ostateczna decyzja należy do sądu, zadaniem kierownika urzędu stanu cywilnego jest ustalenie dopuszczalności danego związku małżeńskiego w świetle polskiego prawa. Czyni to w oparciu o przedstawione przez nupturientów dokumenty i złożone przez nich pisemne zapewnienia, że nie wiedzą o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie tego małżeństwa (art. 54 pr.a.s.c. w zw. z art. 3 § 1 k.r.o.).

Kierownik urzędu stanu cywilnego ma także obowiązek wyjaśnić osobom zamierzającym zawrzeć małżeństwo doniosłość tego związku oraz prawa i obowiązki małżonków wynikające z przepisów polskiego prawa (art. 3 § 3 k.r.o.). Pouczenie to ma szczególne znaczenie, gdyż w wielu przypadkach może stanowić jedyne źródło informacji o regulacji prawnej dotyczącej instytucji małżeństwa, która może znacznie odbiegać od wyobrażeń nupturientów na ten temat. Warto w tym miejscu wspomnieć o propozycji Ewy Sowińskiej (Rzecznika Praw Dziecka w latach 2006–2008) wprowadzenia obowiązkowych kursów przedmałżeńskich dla osób zawierających małżeństwo w urzędzie stanu cywilnego²². Pomysł ten spotkał się wówczas z ostrą krytyką.

²¹ Ustawa z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r., nr 212, poz. 1264).

²² Rzecznik Praw Dziecka wysła wówczas z założenia, że osoby zawierające małżeństwo przed duchownym mają obowiązek odbycia nauk przedmałżeńskich w ramach formy wyznaniowej.

Wydaje się jednak, że wyposażenie nupturientów w odpowiednią wiedzę z zakresu prawa, psychologii (szczególnie w kontekście porozumiewania się oraz radzenia sobie z kryzysem, konfliktem), seksuologii i medycyny zwiększa szansę na stworzenie dobrej relacji pomiędzy kobietą i mężczyzną, a co się z tym wiąże – wpływa na trwałość ich związku. Na marginesie można jedynie nadmienić, że w praktyce funkcjonują już podmioty prywatne świadczące tego typu usługi²³. Niewątpliwą korzyścią wynikającą z takich kursów jest ich warsztatowy charakter, możliwość zadawania pytań i nieco swobodniejsza forma oraz kompleksowe podejście do związku małżeńskiego. Trudno bowiem oczekiwać, aby kierownik urzędu stanu cywilnego prowadził rozbudowane szkolenie w tym zakresie.

O znaczeniu związku małżeńskiego świadczą także przepisy regulujące kwestię zdolności do zawarcia małżeństwa, wskazujące katalog tzw. przeszkód małżeńskich (art. 10–15 k.r.o.) oraz wady oświadczenia woli (art. 15¹ k.r.o.). W odniesieniu do zasady trwałości małżeństwa szczególną rolę przypisać należy wymaganiam dotyczącym odpowiedniej dojrzałości i świadomości, a zatem przeszkodzie wieku i choroby psychicznej. Sąd może co prawda udzielić zezwolenia na zawarcie związku małżeńskiego zarówno osobie chorej psychicznie (art. 10 § 1 zd. 2 k.r.o.), jak i 16-letniej kobiecie (art. 12 § 1 zd. 2 k.r.o.), bierze jednak wówczas pod uwagę ważne powody, dobro zakładanej rodziny oraz brak zagrożenia dla samego małżeństwa.

Prawo z jednej strony wskazuje zatem, jakie okoliczności wykluczają możliwość wstąpienia w związek małżeński. Należą do nich: brak ukończonego wieku (art. 10 k.r.o.), ubezwłasnowolnienie całkowite (art. 11 k.r.o.), choroba psychiczna lub niedorozwój umysłowy (art. 12 k.r.o.), bigamia (art. 13 k.r.o.), pokrewieństwo (art. 14 k.r.o.), powinowactwo (art. 14 k.r.o.), przysposobienie (art. 15 k.r.o.), a także stan wyłączający świadomość wyrażenia woli, błąd co do tożsamości drugiego nupturienta oraz groźba (art. 15¹ k.r.o.). Równocześnie jednak małżeństwo zawarte wbrew wymienionej w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym przeszkodzie lub z wadą oświadczenia woli jest małżeństwem zawartym i skutecznym tak długo, aż któraś z wąskiego kręgu uprawnionych osób²⁴ nie wystąpi ze stosownym powództwem. Przepisy przewidują także w wielu wypadkach konwalidację małżeństwa zawartego mimo przeszkody oraz termin na wniesienie żądania unieważnienia małżeństwa przez małżonka, który złożył wadliwe oświadczenie o wstąpieniu w związek małżeński.

²³ Zob. np. <<http://www.rozwodpoczekaj.org.pl/kursy-przedmalzenskie/>>, dostęp: 28.08.2013. Na potrzebę rozwijania tego typu działalności zwróciła uwagę E. Sujak, *Przygotowanie do małżeństwa*, [w:] *Małżeństwo w prawie świeckim i w prawie kanonicznym. Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 12 i 13 maja 1994 r. w Katowicach*, red. B. Czech, Katowice 1996, s. 85.

²⁴ Uprawnionymi do wystąpienia o unieważnienie małżeństwa są co do zasady małżonkowie oraz prokurator, jedynie w przypadku bigamii i pokrewieństwa legitymacja czynna przysługuje każdemu, kto ma w tym interes prawny.

Wskazane rozwiązania prawne stanowią realizację zasady *favor matrimonii*. Ustawodawca chroni zatem małżeństwo nawet wówczas, gdy w świetle obowiązujących przepisów zostało ono zawarte wadliwie.

Istotne znaczenie dla trwałości małżeństwa może mieć także kwestia ustalania złej wiary małżonka zawierającego małżeństwo ze świadomością istnienia przeszkody (art. 20 k.r.o.). Może to bowiem służyć powstrzymaniu tego małżonka od skorzystania z możliwości wystąpienia o unieważnienie zawartego przez niego związku.

Za trwałym charakterem małżeństwa przemawia także wizja tego związku, jakiej ustawodawca dał wyraz, konstruując prawa i obowiązki małżonków. W świetle tych regulacji małżeństwo to związek dwóch osób wzajemnie się wspierających, współdziałających dla dobra rodziny, zobowiązanych i uprawnionych do wspólnego pożycia, a zatem budujących wspólnotę i to nie tylko majątkową (art. 23 i 24 k.r.o.).

Przejawem trwałości więzi między małżonkami jest także sposób uregulowania polskiego prawa alimentacyjnego, którego podstawową zasadą jest pierwszeństwo obowiązku małżonka, także byłego, przed krewnymi uprawnionego do świadczeń alimentacyjnych. Oznacza to, że w zakresie udzielania pomocy materialnej małżeństwo wywołuje skutki nawet po ustaniu tego związku przez rozwód. Mogą być one ograniczone czasowo do 5 lat od orzeczenia rozwodu, mogą jednak także mieć charakter dożywotni, gdy zobowiązany do świadczeń jest małżonek winny rozkładu pożycia (art. 60 k.r.o.). W każdym przypadku jednak alimentacja wygasa z chwilą zawarcia nowego małżeństwa przez uprawnionego, gdyż miejsce byłego małżonka zajmuje wówczas nowy.

Kolejnym argumentem przemawiającym za trwałością małżeństwa jest zaliczenie małżonka do kręgu dziedziców ustawowych (art. 931 k.c.) oraz przyznanie mu innych uprawnień po śmierci współmałżonka (np. art. 691 k.c.). W świetle prawa spadkowego małżonek jest zatem z mocy prawa oczywistym kontynuatorem uprawnień i obowiązków swojego współmałżonka.

Szczególną instytucją, która – chociaż w danym momencie osłabia więź małżeńską – może służyć odbudowaniu i utrzymaniu relacji między małżonkami jest separacja²⁵. Czas „poluźnienia” więzi małżeńskich, w przypadku istniejącego między małżonkami konfliktu, może być potrzebny na ostudzenie emocji, podjęcie różnych istotnych decyzji czy też skorzystanie z pomocy specjalisty (np. mediatora lub psychologa rodzinnego). Małżeństwo w separacji trwa nadal, choć wzajemne prawa i obowiązki małżonków ulegają pewnej modyfikacji. Być może warto rozważenia byłoby jednak wprowadzenie do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego regulacji, zgodnie z którą sąd orzekający separację miałby kompetencję do wydania odpowiedniego zarządzenia, takie-

²⁵ O restytucyjnym charakterze separacji szerzej: J. Ignatowicz, M. Nazar, op. cit., s. 85.

go jak np. zobowiązanie małżonków do skorzystania z poradnictwa rodzinnego. Takie rozwiązanie mogłoby zwiększać szansę na zażegnanie kryzysu i powrót małżonków do wspólnego pożycia.

Ostatnie z rozwiązań o charakterze materialnoprawnym, służące trwałości małżeństwa, to sposób uregulowania instytucji rozwodu. Wspomniano już wcześniej, że polskie prawo przewiduje możliwość rozwiązania małżeństwa, tj. „dopuszczalne przez system prawny odstępstwo od zasady trwałości związku małżeńskiego zawieranego na całe życie”²⁶. Możliwość orzeczenia rozwodu uzależniona jest jednak od zaistnienia przesłanki pozytywnej trwałego i zupełnego rozkładu pożycia oraz niezastnienia przesłanek negatywnych, czyli sprzeczności rozwodu z dobrem wspólnych małoletnich dzieci obojga małżonków i zasadami współżycia społecznego (art. 56 k.r.o.). Ponadto rozwód orzekany jest przez sąd, a legitymacja czynna do wystąpienia z powództwem przysługuje wyłącznie małżonkom²⁷.

Zupełność rozkładu pożycia oznacza, że między małżonkami wygasły wszelkie łączące ich więzi – duchowa, fizyczna i gospodarcza²⁸. Trwałość rozkładu natomiast to sytuacja, w której, zgodnie z doświadczeniem życiowym, powrót małżonków do wspólnego pożycia nie jest możliwy²⁹. Biorąc powyższe pod uwagę, a także uwzględniając treść art. 436 k.p.c., podstawowym zadaniem sądu jest ustalenie, czy relacja, która jest między małżonkami, ma szansę powrócić do takiego stanu, aby mogli oni kontynuować wspólne życie. Pierwszym zatem pytaniem, na które sąd powinien poszukiwać odpowiedzi, jest – czy małżeństwo jest do uratowania, a dopiero jeśli uzna, że nie, to czy spełnione zostały przesłanki do jego prawnego rozwiązania. Brak zaangażowania sądu w próbę pojednania małżonków lub brak świadomości roli, jaką odgrywa w postępowaniu rozwodowym, może prowadzić do tego, że to właśnie sąd będzie uczestniczył w pogłębianiu oraz utrwalaniu rozkładu pożycia poprzez zaognianie konfliktu w toku postępowania, a także przez zbyt szybkie orzekanie rozwodu³⁰.

W kodeksie rodzinnym i opiekuńczym z 1964 r. zrezygnowano z dodatkowej przesłanki występującej we wcześniejszych regulacjach, a mianowicie

²⁶ A. Olejniczak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki i T. Sokołowski, Warszawa 2013, s. 375.

²⁷ *Ibidem*, s. 376.

²⁸ J. Winiarz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 540; więcej na ten temat: T. Sokołowski, [w:] *System Prawa Prywatnego...*, s. 573 i nast.; T. Smoczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 140; J. Ignatowicz, M. Nazar, *op. cit.*, s. 218; T. Sokołowski, *Prawo rodzinne...*, s. 204.

²⁹ J. Winiarz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 22-23; więcej na ten temat: T. Sokołowski, [w:] *System Prawa Prywatnego...*, s. 581 i nast.; T. Smoczyński: *Prawo rodzinne...*, s. 141; J. Ignatowicz, M. Nazar, *op. cit.*, s. 219; T. Sokołowski, *Prawo rodzinne...*, s. 205.

³⁰ Zwróciła na to uwagę W. Stojanowska, *Poselski projekt nowelizacji prawa rozwodowego a zasada trwałości małżeństwa i rodziny*, „Jurysta” 1995, s. 13; eadem, *Poselski projekt zmian w polskim prawie rozwodowym (przedstawiony przez Sejm w lutym 1995 roku)*, [w:] *Czy potrzebna jest w Polsce...*, s. 304.

z ważnych powodów zupełnego i trwałego rozkładu pożycia. W literaturze podkreśla się, iż był to jeden z istotnych środków realizacji zasady trwałości małżeństwa, który miał zapobiegać zbyt pochopnym i lekkomyślnym decyzjom o rozwiązaniu małżeństwa³¹. W świetle polskiego prawa „celem przepisów rozwodowych jest stworzenie takich warunków prawnych, aby rozwiązanie małżeństwa następowało tylko w sytuacjach, gdy prawidłowe funkcjonowanie danego związku nie jest już możliwe, a żadne istotne względy, zasługujące na ochronę, nie sprzeciwiają się rozwodowi”³².

Kolejną kwestią braną pod uwagę przy orzekaniu rozwodu jest ustalenie winy małżonków w doprowadzeniu do rozkładu ich wspólnego pożycia oraz skutków takiej winy przewidzianych przez prawo. Po pierwsze, małżonek wyłącznie winny rozkładu pożycia nie może żądać rozwodu bez zgody małżonka niewinnego (art. 56 § 3 k.r.o.). Po drugie, pewne negatywne konsekwencje dla małżonka winnego rozkładu pożycia uregulowane zostały w odniesieniu do alimentacji między rozwiedzionymi małżonkami (art. 60 k.r.o.). Orzekanie o winie ma zatem z założenia hamować zbyt pochopne występowanie o rozwód oraz stanowić sankcję dla małżonka, który swoim nagannym zachowaniem doprowadził do rozpadu małżeństwa.

Przepisy polskiego prawa rodzinnego przewidują zatem konkretne okoliczności, które sąd zobowiązany jest wziąć pod uwagę rozstrzygając, czy w konkretnej sprawie możliwe jest orzeczenie rozwodu. Rozwiązanie małżeństwa jest zatem uzależnione od wystąpienia lub niewystąpienia pewnych przesłanek. Należy jednak zwrócić uwagę na tendencję do liberalizacji przepisów rozwodowych w regulacjach prawnych państw europejskich. Także w Polsce pojawiły się propozycje zmian w tym zakresie. Pierwsza z nich, zgłoszona do Sejmu w 1995 r.³³, zakładała, że „sąd orzeka rozwiązanie małżeństwa przez rozwód, jeżeli nie sprzeciwia się temu dobro małoletnich dzieci”. Autorzy projektu zrezygnowali zatem z pozostałych przesłanek branych pod uwagę w przypadku rozwodu. Ponadto propozycja nakładała na sąd obowiązek orzeczenia rozwodu w takiej sytuacji. Drugi projekt liberalizacji przepisów rozwodowych trafił do Sejmu 1 czerwca 2013 r.³⁴ Przewiduje on tzw. rozwód administracyjny, polegający na złożeniu przez małżonków zgodnych oświadczeń woli rozwiązania małżeństwa przed kierownikiem urzędu

³¹ T. Thiel-Kubacka, *Trwałość małżeństwa w świetle niektórych rozwiązań kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 1964 roku oraz Konkordatu z 1993 roku*, [w:] *Małżeństwo w prawie świeckim...*, s. 343.

³² A. Olejniczak, *Kodeks rodzinny...*, s. 381

³³ Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (druk nr 800 z dnia 28 września 1994) [online] <http://orka.sejm.gov.pl/proc2.nsf/projekty/800_p.htm>, dostęp: 6.11.2013.

³⁴ Projekt o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw [online] <[http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/Projekty/7-020-676-2013/\\$file/7-020-676-2013.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/Projekty/7-020-676-2013/$file/7-020-676-2013.pdf)>, dostęp: 6.11.2013.

stanu cywilnego. Taka forma ustania małżeństwa byłaby jednak niedopuszczalna dla małżonków, którzy mają wspólne małoletnie dzieci.

W doktrynie podkreśla się jednak, że jakiegokolwiek uproszczenie procedury rozwodowej byłoby naruszeniem konstytucyjnej zasady trwałości małżeństwa³⁵.

Proceduralne aspekty zasady trwałości małżeństwa

Analizę przepisów regulujących procedurę rozwodową pod kątem realizacji zasady trwałości małżeństwa rozpocząć należy od przypomnienia o służebnej roli prawa formalnego wobec materialnego. Skoro zatem wskazano, że prawo rodzinne traktuje małżeństwo jako związek z założenia dogonny, także przepisy regulujące postępowanie przed sądem powinny służyć temu celowi.

Wśród rozwiązań służących realizacji trwałości małżeństwa ponownie wymienić należy oddanie kompetencji do rozwiązania tego związku wyłącznie do dyspozycji sądu. Polska regulacja nie odbiega w tym zakresie od standardu przyjętego w państwach europejskich, choć w niektórych wprowadzono możliwość rozwiązania małżeństwa w urzędzie³⁶. W Polsce także pojawiła się omówiona już powyżej propozycja wprowadzenia administracyjnej formy zakończenia związku małżeńskiego³⁷.

Postępowanie w sprawie o rozwód zostało uregulowane jako odrębne postępowanie procesowe (art. 425–446 k.p.c.). Odrębność ta wiąże się ze szczególnym charakterem spraw, których przedmiotem jest rozwiązanie związku małżeńskiego.

Sąd rozpatruje sprawy rozwodowe w składzie jednego sędziego i dwóch ławników, którzy przy rozstrzyganiu spraw mają równe prawa z sędzią (art. 4 § 2 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych³⁸). W przypadku rozwodów oraz innych wskazanych spraw z zakresu prawa rodzinnego, a także niektórych spraw pracowniczych zachowano udział czynnika społecznego w składach sędziowskich. Wydaje się, że przy odpowiednim zaangażowaniu ławnika mającego świadomość znaczenia małżeństwa dla społeczeństwa i jednostek, można by potraktować jego uczestnictwo w sprawie jako rozwiązanie służące trwałości małżeństwa. Nie będąc prawnikiem, mógłby on bowiem szukać pozaprawnych rozwiązań trudnej sytuacji między małżonkami, a także oceniać stan ich relacji w mniej sformalizowany sposób³⁹.

³⁵ W. Stojanowska, *Poselski projekt nowelizacji prawa rozwodowego...*, s. 14; eadem, *Poselski projekt zmian...*, s. 308.

³⁶ W ten sposób np. w Portugalii, Estonii. Danii.

³⁷ Zob. przypis 34.

³⁸ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 427, 662, 1165).

³⁹ Założenie to może wydawać się zbyt idealistyczne w zderzeniu z praktyką.

Analizując rolę sędziego i ławników w postępowaniu rozwodowym, warto przywołać dyrektywę wyrażoną w doktrynie wobec sądów orzekających w tych kwestiach, zgodnie z którą „sąd powinien zwracać uwagę na wszelkie szanse na utrzymanie małżeństwa i stosować w takich wypadkach środki procesowe, które mogą zapewnić małżonkom warunki osiągnięcia pojednania”⁴⁰. Sąd powinien zatem w trakcie całego postępowania obserwować, czy istnieje szansa pogodzenia się stron. Kluczowe znaczenie ma jednak art. 223 § 1 k.p.c., zgodnie z którym przewodniczący powinien skłaniać strony do pojednania we właściwej chwili, zwłaszcza na pierwszym posiedzeniu, po wstępnym wyjaśnieniu stanowiska stron⁴¹.

Jednym ze środków dostępnych dla sądu orzekającego rozwód są mediacje uregulowane w kodeksie postępowania cywilnego. W ramach procedury rozwodowej wskazać można dwie regulacje dotyczące możliwości dążenia przez małżonków do osiągnięcia porozumienia.

Po pierwsze, sąd może skierować strony do mediacji, gdy stwierdzi, że istnieją widoki na utrzymanie małżeństwa (art. 436 k.p.c.). Taka mediacja jest także możliwa w przypadku zawieszenia postępowania na podstawie art. 440 k.p.c. Celem wszczętej procedury mediacyjnej jest w tym wypadku pojednanie małżonków, nie mogą oni natomiast zawrzeć ugody o rozwód lub separację⁴². W efekcie pozytywnie zakończonej mediacji może zatem dojść do cofnięcia pozwu. W literaturze odnajdujemy dość zaskakującą interpretację omawianej regulacji: „jeżeli istnieją widoki na utrzymanie małżeństwa, sąd może skierować strony do mediacji, przy czym przedmiotem mediacji może być także pojednanie małżonków (art. 436 § 2 k.p.c.)”⁴³. Podkreślić należy, że celem tej mediacji jest właśnie pojednanie małżonków. Wydaje się, że wskazane interpretacja jest wynikiem połączenia treści dwóch artykułów – 436 § 1 i § 2 k.p.c. Z pierwszego wynika, że w razie stwierdzenia szans na utrzymanie małżeństwa sąd może odesłać na mediację. Z drugiego, że do tej mediacji stosuje się odpowiednio przepisy o mediacji, z tym że efektem tej mediacji może być pojednanie małżonków, a nie ugoda stanowiąca kompromis wypracowany przez strony, jak w przypadku mediacji w innych sprawach.

Po drugie, sąd może zaproponować małżonkom mediację na każdym etapie sprawy o rozwód, aby umożliwić im osiągnięcie kompromisu w takich kwestiach jak: zaspokajanie potrzeb rodziny, alimenty, sposób sprawowania władzy rodzicielskiej, kontakty z dziećmi oraz sprawy majątkowe podlegające rozstrzygnięciu w wyroku orzekającym rozwód (art. 445² k.p.c.).

⁴⁰ J. Ignatowicz, M. Nazar, op. cit., s. 216.

⁴¹ A. Zieliński, *Rozwód. Materialnoprawne podstawy rozvodu oraz postępowanie odrębne w sprawie o rozwód*, Warszawa 2013, s. 156.

⁴² T. Ereciński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2: *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2012, s. 604; I. Koper, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2013, s. 415.

⁴³ J. Winiarz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 549.

Oba rodzaje mediacji różnią się między sobą co do celu, dla którego mają być przeprowadzane. W pierwszym przypadku chodzi o podjęcie próby pojednania małżonków i utrzymania ich małżeństwa, w drugim o ugodowe rozwiązanie pewnych kwestii związanych z rozstaniem⁴⁴. Odmienne cele obu rodzajów mediacji uzasadniają tezę, że sąd może skierować małżonków do mediatora zarówno na podstawie art. 436 § 1, jak i na podstawie art. 445² k.p.c., pod warunkiem że zgodnie z art. 183⁸ k.p.c. skorzysta z każdej z tych możliwości tylko raz⁴⁵.

Analizując instytucję mediacji w kontekście zasady trwałości małżeństwa, należy podkreślić, że z założenia realizacji tej zasady służy mediacja uregulowana w art. 436 k.p.c. Nie można jednak wykluczyć, że w pewnych sytuacjach pojednanie małżonków i ich powrót do wspólnego życia może być także efektem mediacji, która miała pomóc w rozstaniu. Samo poszukiwanie satysfakcjonujących obojga małżonków rozwiązań może mieć bowiem koncyliacyjny charakter.

Zaskakujący jest fakt, że w opracowaniach dotyczących mediacji rozwodowych w zasadzie nie mówi się o mediacji mającej na celu podjęcie próby ratowania małżeństwa, a „rozwód jest [...] traktowany jako systemowa reorganizacja rodziny, która przechodzi ze stadium przedrozwodowej rodziny nuklearnej do porozwodowej rodziny binuklearnej”⁴⁶. Rola mediatora polega w takim przypadku na udzieleniu pomocy w pokojowym osiągnięciu porozumienia na życie po rozwodzie. Wśród innych spraw poddawanych mediacjom wymienia się m.in.: kontrakty przedślubne, szczególnie w przypadku powtórnych małżeństw i funkcjonowania rodziny rekonstruowanej, spory wokół opieki nad osobą starszą w rodzinie oraz adopcję⁴⁷. Nie pojawia się natomiast problem porozumienia dotyczącego zmiany dotychczasowych postaw czy zachowania małżonków w celu stworzenia warunków do kontynuowania ich wspólnego pożycia.

W podobny sposób mediacje zostały potraktowane w projekcie nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego, która proponuje obligatoryjną mediację w przypadku małżonków posiadających wspólne małoletnie dzieci⁴⁸. Jak wskazano w uzasadnieniu: „rozwiązanie to ma na celu umożliwienie pozostającym w konflikcie małżonkom osiągnięcia porozumienia co do sposobu rozstania, tj. orzekania czy zaniechania orzekania o winie, alimentów, władzy

⁴⁴ J. Bodio, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2010, s. 528. Autorka zwraca uwagę na istotną różnicę pomiędzy klasyczną mediacją, w której strony dążą do ugody, a mediacją z art. 436 k.r.o., która ma prowadzić do pogodzenia małżonków. Wskazuje jednak, że różnica dotyczy celu, a nie samego schematu mediacji.

⁴⁵ A. Zieliński, *Rozwód. Materialnoprawne podstawy...*, s. 158.

⁴⁶ H. Przybyła-Basista, *Mediacje rodzinne w konflikcie rozwodowym. Gotowość i opór małżonków a efektywność procesu mediacji*, Katowice 2006, s. 19.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 21.

⁴⁸ Druk sejmowy 1840 (V kadencja) [online] <[http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/F77EBD0A3B1CDD3C12572FF00267617/\\$file/1840.pdf?](http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/F77EBD0A3B1CDD3C12572FF00267617/$file/1840.pdf?)>, dostęp: 7.11.2013.

rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi, sposobu wykonywania tej władzy, a także sposobu kontaktów z dziećmi przez rodzica niezamieszkującego z dziećmi. Wypracowanie przez małżonków przed mediatorem akceptowalnych rozwiązań w tym zakresie przyczyni się z jednej strony do skrócenia czasu trwania postępowania sądowego, z drugiej strony pozwoli również na zminimalizowanie istniejącego między małżonkami konfliktu”. Dopiero w drugiej kolejności autorzy projektu wskazują możliwość całkowitego pojednania między małżonkami, traktując tę sytuację trochę jak efekt uboczny.

Intencją ustawodawcy było rozdzielenie dwóch przypadków mediacji prowadzonej między małżonkami w związku z toczącą się procedurą rozwodową. W tym kontekście instrumentem prawnym służącym trwałości małżeństwa będzie przede wszystkim mediacja, o której mowa w art. 436 k.p.c. Jej celem jest podjęcie próby pojednania małżonków w sytuacji, gdy sąd stwierdzi, że istnieje szansa utrzymania małżeństwa. Rozwiązanie to zostało wprowadzone w miejsce wcześniejszego obligatoryjnego postępowania pojednawczego, które zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze uznane zostało za środek nieefektywny⁴⁹. Warto jednak zwrócić uwagę, że posiedzenie pojednawcze było obowiązkowe, gdy spełniona została wskazana w przepisie przesłanka polegająca na stwierdzonej przez sąd szansie utrzymania małżeństwa. Obecnie obowiązujące przepisy regulujące mediacje mają natomiast charakter fakultatywny („sąd może skierować”). Pojawia się jednak pytanie, kiedy i jak sąd ma ustalić widoki na utrzymanie małżeństwa. W praktyce sądy, zwolnione z obowiązku przeprowadzania posiedzenia pojednawczego, od razu przechodzą do postępowania dowodowego, które zdecydowanie zaostrza konflikt między małżonkami⁵⁰. Zebranie materiału dowodowego na okoliczność istnienia trwałego i zupełnego rozkładu pożycia między małżonkami oraz ustalanie stopnia winy każdego z małżonków dotyka bowiem intymnych i trudnych aspektów życia małżeńskiego. Każdy z małżonków występuje na tym etapie jako strona sporu, która dąży do udowodnienia swoich racji, gdyż ma świadomość, że od tego zależy, czy rozstrzygnięcie sądu będzie odpowiadało jej oczekiwaniom. Trudno w takiej sytuacji spodziewać się gotowości do podjęcia starań o odbudowę relacji⁵¹. Z drugiej strony, brak obligatoryjnej próby

⁴⁹ W przywołanych już Zaleceniach kierunkowych w sprawie wzmoczenia ochrony rodziny z dnia 9 czerwca 1976 r. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że: „praktyka wskazuje, że tylko bardzo nieliczny odsetek posiedzeń pojednawczych kończy się pojednaniem małżonków. W wielu wypadkach jest to nieunikniony rezultat daleko posuniętego rozkładu pożycia i głęboko konfliktowego charakteru stosunków między małżonkami, w pewnym jednak stopniu te niezadowolające wyniki są rezultatem pobieżnego traktowania przez sądy obowiązku podjęcia próby pojednawczej”.

⁵⁰ W. Stojanowska, *Mediacje w prawie rodzinnym...*, s. 111; J. Górecki, *Rozwód. Studium socjologiczno-prawne*, Warszawa 1965, s. 76 i 80.

⁵¹ W. Stojanowska, *Zawieszenie postępowania w procesie o rozwód (art. 440 k.p.c.) a ochrona dobra dziecka*, „Studia Prawnicze” 1997, z. 3–4, s. 160; eadem, *Glosa do uchwały SN z 27.02.1979 r., III CZP 5/79*, „Nowe Prawo” 1981, z. 1, s. 118 i nast.; eadem, *Mediacje w prawie rodzinnym...*, s. 111.

pojednania małżonków, przy możliwości nieorzekania o winie na ich zgodny wniosek oraz pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, zdecydowanie upraszcza procedurę rozwodową i może prowadzić do poważnego naruszenia zasady trwałości małżeństwa⁵². Należy jednak zwrócić uwagę, że sąd nie może całkowicie zignorować problemu możliwości utrzymania małżeństwa, gdyż ta sama przesłanka nakłada na niego obowiązek zawieszenia postępowania na podstawie art. 440 k.p.c.

W doktrynie podkreśla się, że posiedzenie pojednawcze pozwalało na ustalenie prawdziwych motywów wystąpienia z pozwem rozwodowym oraz ewentualnego wychwycenia tzw. rozwodów pozornych. Decyzja dotycząca zerwania więzi małżeńskiej może być bowiem wyrazem bezsilności, bezradności lub sygnałem ostrzegawczym dla współmałżonka⁵³. Małżonek występujący o rozwód może niekiedy liczyć na to, że procedura ta będzie środkiem naprawczym dla przeżywającego kryzys małżeństwa, a sędzia odegra rolę doradcy, rozjemcy i mediatora⁵⁴. Pierwszy zatem obligatoryjny etap – polegający na przedstawieniu przez małżonków swojego punktu widzenia oraz własnego obrazu ich małżeństwa – pozwoliłby na wychwycenie tych związków, którym można jeszcze pomóc w odbudowaniu więzi małżeńskiej.

Posiedzenia pojednawcze krytykowano jednak od dawna⁵⁵. Podkreślano brak kompetencji sądu do diagnozy psychologiczno-emocjonalnej relacji małżeńskiej⁵⁶, a także zbytni formalizm tego etapu postępowania. Ponadto uznano, że pojednanie małżonków było utrudnione także z tego powodu, że odbywało się przed sądem, który orzekał o rozwodzie, co nie zachęcało do nadmiernej szczerości ze względu na pewną obraną taktykę procesową⁵⁷. Trudno bowiem oczekiwać postawy otwartości i gotowości na ustępstwa przed kimś, kogo z założenia małżonkowie mają przekonać do swoich racji, aby uzyskać korzystne dla siebie rozwiązanie. Wydaje się zatem, że samo wyrowadzenie próby pojednania poza salę sądową jest posunięciem słusznym.

Cechą charakterystyczną mediacji jest dobrowolność. W doktrynie zwraca się uwagę, że mediacja mająca charakter „postępowania dobrowolnego i poufnego prowadzonego przez bezstronną i neutralną osobę trzecią daje znacznie większe szanse na pojednanie małżonków”⁵⁸, wymaga to jednak

⁵² W. Stojanowska: *Mediacje w prawie rodzinnym...*, s. 111.

⁵³ Podobnie J. Górecki, op. cit., s. 124; T. Thiel-Kubacka, *Projekt zmian prawa rodzinnego...*, s. 391; eadem, *Trwałość małżeństwa w świetle...*, s. 346.

⁵⁴ J. Górecki, op. cit., s. 192.

⁵⁵ S. Garlicki, *Z zagadnień prawa małżeńskiego: posiedzenie pojednawcze*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1948, nr 8, s. 16 i nast.; J. Rajska, *Gwarancje procesowe prawidłowego rozpatrywania i rozstrzygania spraw rozwodowych*, „Nowe Prawo” 1959, nr 7–8, s. 871; T. Misiuk, *W kręgu spraw rozwodowych*, „Prawo i Życie” 1960, nr 15, s. 2; Z. Resich, *Dyskutujemy nad projektem kodeksu postępowania cywilnego*, „Prawo i Życie” 1960, nr 11, s. 3.

⁵⁶ J. Górecki, op. cit., s. 177 i 178.

⁵⁷ Ibidem, s. 181; T. Thiel-Kubacka, *Trwałość małżeństwa w świetle...*, s. 346.

⁵⁸ T. Ereciński, [w:] *Komentarz...*, s. 603.

dobrej woli i zainteresowania samych małżonków możliwością uratowania ich związku. Podkreśla się także, że mediacje dobrowolne, które toczą się z inicjatywy stron sporu, w pełniejszy sposób stanowią alternatywę dla postępowania przed sądem⁵⁹. Zgodzić należy się jednak z tezą, że art. 436 § 1 k.p.c. jako *lex specialis* w stosunku do art. 183¹ § 4 k.p.c. daje podstawę do skierowania małżonków na mediację nawet bez zgody stron⁶⁰. Każdy z małżonków ma natomiast prawo odmówić udziału w mediacji niezależnie od tego, czy skierowanie na mediację było decyzją sądu, czy też z wnioskiem o mediację wystąpiła druga strona. Taka odmowa nie wywołuje żadnych negatywnych konsekwencji procesowych⁶¹. Odróżnić bowiem należy skierowanie na mediację, które może mieć charakter zewnętrznego przymusu, od uczestnictwa w mediacjach, które powinno być dobrowolne.

Ze względu zatem na dwa wyżej wskazane aspekty – fakultatywność oraz dobrowolność uczestniczenia w mediacjach – art. 436 k.p.c. może w praktyce orzeczniczej nie odgrywać większej roli. Po pierwsze, skoro do tej pory sądy nie przywiązywały szczególnej wagi do obligatoryjnych posiedzeń pojednawczych, tym bardziej trudno oczekiwać większego zaangażowania w fakultatywne odesłanie do mediacji⁶². Poza tym, skoro małżonkowie nie mają obowiązku udziału w mediacji, samo skierowanie przez sąd nie wywoła oczekiwanego skutku w postaci podjęcia próby pojednania. Rozwiązaniem dla takiej sytuacji mogłoby być przywrócenie obligatoryjnego posiedzenia pojednawczego w przypadku, gdy pomimo stwierdzonej przez sąd szansy na utrzymanie małżeństwa, małżonkowie z jakiegoś względu nie chcą skorzystać z mediacji⁶³. Wymagałoby to jednak lepszego przygotowania sądu do przeprowadzania takich posiedzeń, aby zwiększyć ich efektywność. Może mając do wyboru mediację lub salę sądową, małżonkowie szybciej decydowałiby się jednak w takiej sytuacji na tę pierwszą. Drugim możliwym rozwiązaniem jest wprowadzenie mediacji obowiązkowej w każdej sprawie rozwodowej⁶⁴. W takiej sytuacji, jako uzasadnienie dla nałożenia na małżonków obowiązku podjęcia próby porozumienia, wskazać by można zasadę trwałości małżeństwa, jak i zasadę dobra dziecka⁶⁵.

⁵⁹ H. Przybyła-Basista, op. cit., s. 28.

⁶⁰ A. Zieliński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, Warszawa 2012, s. 758.

⁶¹ I. Koper, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. H. Dolecki i T. Wiśniewski, t. 2, Warszawa 2013, s. 414.

⁶² W. Stojanowska, *Mediacje w prawie rodzinnym...*, s. 108.

⁶³ O pozostawieniu posiedzenia pojednawczego i wprowadzeniu mediacji jako dodatkowej metody wspomina W. Stojanowska, podkreślając, że obie instytucje mogłyby wspierać się wzajemnie. W. Stojanowska: *Mediacje w prawie rodzinnym...*, s. 97.

⁶⁴ W literaturze proponuje się na przykład obowiązkową mediację poprzedzającą wytoczenie powództwa o rozwód. T. Thiel-Kubacka, *Trwałość małżeństwa w świetle...*, s. 345–346.

⁶⁵ Na dobro dziecka zwraca uwagę W. Stojanowska, *Mediacje w prawie rodzinnym...*, s. 109.

Za interesujące, w kontekście opowiadania się za dobrowolnością lub obligatoryjnością mediacji rozwodowych, uznać należy stwierdzenie, że w świetle badań nie ma istotniejszej różnicy w szybkości osiągnięcia porozumienia ani w jakości ustalonych porozumień, ani w satysfakcji odczuwanej przez małżonków uczestniczących w mediacji, niezależnie od tego, czy sami wybrali ten sposób rozwiązania sporu, czy też zostali zobligowani do mediacji przez sąd. Zdecydowanie istotniejszy dla skonfliktowanych stron jest styl pracy mediatora, a nie tryb, w jakim do niego trafiły⁶⁶.

Pewnym kompromisem pomiędzy mediacjami rozwodowymi obligatoryjnymi a dobrowolnymi byłoby wprowadzenie obowiązkowego spotkania małżonków z mediatorem, aby mogli oni podjąć decyzję, czy w ich sytuacji możliwe jest rozstrzygnięcie problemu w drodze mediacji. Propozycję taką wskazuje Rekomendacja nr R (98)1 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich na temat mediacji rodzinnej⁶⁷, sugerując ją jako metodę informowania o alternatywnych sposobach rozwiązywania konfliktów.

Środkiem umożliwiającym sądowi stworzenie warunków do utrzymania małżeństwa jest także zawieszenie postępowania, uregulowane w art. 440 k.p.c. Z tej możliwości sąd może skorzystać tylko raz w toku postępowania, co jednak nie stoi na przeszkodzie ponownemu zawieszeniu postępowania na zgodny wniosek stron (art. 178 k.p.c.)⁶⁸ czy na podstawie przepisów art. 174 i 177 k.p.c.⁶⁹ Przesłanką zastosowania omawianej regulacji jest przekonanie sądu, oparte na ustalonych w dotychczasowym postępowaniu okolicznościach, że istnieje możliwość utrzymania pożycia małżeńskiego. Sąd zatem powinien skupić się nie tylko na występowaniu przesłanek rozwodu, ale rozważyć także szanse uratowania małżeństwa. Przeprowadzanie od razu postępowania dowodowego, skupionego jedynie na fakcie i stopniu rozkładu pożycia oraz ustaleniu winy każdego z małżonków, pogłębia jedynie konflikt, z którym przyszli oni do sądu⁷⁰. Zawieszenie postępowania przewidziane w art. 440 k.p.c. ma charakter obligatoryjny, co tym bardziej podkreśla rolę sądu w ustaleniu przesłanek jego zastosowania.

Zawieszenie postępowania może łączyć się z odesłaniem małżonków w tym czasie na mediacje. Należy pamiętać, że art. 440 k.p.c. pozwala sądowi podjąć decyzję o wstrzymaniu procedury wbrew woli małżonków. Zastosowanie

⁶⁶ A. Pietrzyk, *Mediacja rozwodowa. Propozycja współpracy psychologów i prawników w reformowaniu prawa rozwodowego*, [w:] *Czy potrzebna jest w Polsce...*, s. 366. Autorka powołuje się na badania amerykańskie.

⁶⁷ Druk Sejmowy 112 (grudzień 2007).

⁶⁸ Postanowienie SN z dnia 7 marca 1968 r., sygn. III CRN 36/68, OSN 1968, nr 11, poz. 195.

⁶⁹ T. Żyznowski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2010, s. 327; A. Zieliński, [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 761.

⁷⁰ „Jeżeli rozkład nie jest zupełny i trwały, a sąd mimo to udzieli rozwodu [...], powoduje swoim orzeczeniem, że rozkład staje się zupełny i trwały” – W. Stojanowska: *Poselski projekt nowelizacji...*, s. 13; eadem, *Poselski projekt zmian...*, s. 304.

samego zawieszenia postępowania – bez dodatkowych środków, takich jak odesłanie na mediację czy zasugerowanie poradnictwa rodzinnego lub odpowiedniej terapii – wydaje się nie odpowiadać celowi, jakim jest próba uratowania małżeństwa. Dlatego za uzasadnione uznać należy wprowadzenie regulacji nakładającej na sąd obowiązek zaproponowania małżonkom pewnych środków. Wzorując się na art. 109 k.r.o., można by przyjąć, że sąd, zawieszając postępowanie na podstawie art. 440 k.p.c., wyda odpowiednie zarządzenie, w szczególności skieruje małżonków na mediację, terapię rodzinną lub zastosuje inną formę pomocy rodzinie. Pozostawienie bowiem małżonków borykających się z kryzysem, który zaprowadził ich na salę sądową, bez żadnego wsparcia na okres przynajmniej 3 miesięcy nie odpowiada celowi zastosowanej instytucji. Zastosowanie tego środka bez dodatkowego uzasadnienia i wsparcia może być traktowane przez samych skonfliktowanych małżonków jako zbytni formalizm czy „nadgorliwość” sądu. Wznowienie zawieszzonego postępowania odbywa się na wniosek jednego z małżonków, zgłoszony nie wcześniej niż 3 miesiące i nie później niż 1 rok od zawieszenia. Przy braku inicjatywy małżonków w tym zakresie sąd po o upływie roku umarza postępowanie. Nie stoi to jednak na przeszkodzie późniejszemu ponownemu wytoczeniu powództwa o rozwód.

W przypadku, gdy sąd stwierdzi, że między małżonkami nie doszło do trwałego i zupełnego rozkładu pożycia albo że ze względu na zaistnienie przesłanek negatywnych orzeczenie rozwodu nie jest dopuszczalne, oddala się powództwo i małżeństwo trwa nadal. Wówczas ponownie pojawia się wątpliwość, czy jest to wystarczający środek gwarantujący trwałość związku małżeńskiego. Wydaje się mało prawdopodobne, by samo stwierdzenie przez sąd, że małżonkowie nie mogą uzyskać rozwodu, miało pozytywny wpływ na poprawę ich relacji⁷¹. Realizacja zasady trwałości małżeństwa oraz szczególnej ochrony tej instytucji zagwarantowanej przez Konstytucję RP uzasadniałaby wprowadzenie odpowiedniej regulacji, która dawałaby szansę na udzielenie pomocy małżonkom w kryzysie. Można by zatem zaproponować, aby w sytuacji, gdy rozwód nie jest dopuszczalny ze względu na okoliczności, o których mowa w art. 56 § 2 i 3 k.r.o. oraz w przypadku, gdy sytuacja między małżonkami może prowadzić do zupełnego i trwałego rozkładu ich wspólnego pożycia, sąd miał obowiązek wydać odpowiednie zarządzenie. Mógłby zobowiązać małżonków do określonego postępowania, w szczególności do pracy z asystentem rodziny, realizowania planu pracy z rodziną, jak również skierować małżonków do placówki albo specjalisty zajmujących się terapią rodzinną, poradnictwem lub świadczących inną stosowną pomoc. Zastosowanie któregoś ze wskazanych środków wymagałoby także określenia sposobu kontroli wykonania wydanych zarządzeń.

⁷¹ Na ten temat J. Kowalski, *Oddalenie powództwa rozwodowego a dalsze pożycie małżeńskie*, „Państwo i Prawo” 1968, z. 11, s. 785 i nast.

Zatem przy zawieszeniu postępowania, tudzież przy oddaleniu powództwa wskazane byłoby zastosowanie dodatkowych środków dających małżonkom szansę poprawy ich sytuacji⁷². W przeciwnym razie decyzja sądu powodować będzie najczęściej odsunięcie rozwodu w czasie oraz pogłębienie konfliktu, skoro tylko w ten sposób można przekonać sąd, że rozwiązanie małżeństwa jest jedynym słusznym posunięciem.

Potrzebę stosowania różnych form wspierania małżeństw i rodzin zauważono także w innych państwach, tworząc specjalne kursy, zwiększając pomoc psychologiczną czy wprowadzając obowiązkowe szkolenie z zakresu skutków rozwodu dla dziecka⁷³.

Zakończenie

Dokonana analiza potwierdza wyrażane przez doktrynę i judykaturę stanowisko, że zasada trwałości małżeństwa jest jedną z podstawowych zasad polskiego prawa rodzinnego. Pozostają jednak wątpliwości co do sposobu rzeczywistego zabezpieczenia jej realizacji. Prawdą jest, że rozwody są dzisiaj zjawiskiem powszechnie spotykanym, traktowanym jako element systemu demokratycznego i że w regulacjach prawnych państw europejskich zauważyć można postępującą liberalizację przepisów dotyczących tej instytucji⁷⁴. Mimo to cenna i trafna wydaje się uwaga, że „im trudniej o rozwód, tym większy wysiłek w harmonijne funkcjonowanie związku, w którym będzie trzeba trwać”⁷⁵. Budowanie natomiast relacji z nastawieniem, że „zawsze można się rozejść”, nie zachęca do kształtowania w małżonkach postawy odpowiedzialności za podjętą decyzję o wspólnym życiu ani gotowości do ustępstw i poszukiwania porozumienia w przypadku sytuacji konfliktowych. Małżonkowie nierzadko potrzebują pomocy już w trakcie trwania ich związku, kiedy pojawiają się różne trudności zakłócające harmonijne pożycie. Przy braku pomocy uciekają się do radykalnych posunięć, żałując później niekiedy, że nie zawalczyli w odpowiednim momencie o swoją relację⁷⁶. Gdy kryzys się

⁷² Na potrzebę udzielania małżonkom wsparcia psychologicznego i poradnictwa rodzinnego zwróciła uwagę także W. Stojanowska, podkreślając konieczność rozbudowania specjalistycznego zaplecza w tym zakresie W. Stojanowska, *Mediacje w prawie rodzinnym...*, s. 102–103; W. Stojanowska, S. Nieciński, *Analiza niektórych elementów psychologicznej ekspertyzy w sprawach rozwodowych*, [w:] *Diagnoza psychologiczna w sprawach rozpoznawanych przez sądy rodzinne*, Kraków 1985, s. 213. Podobnie J. Górecki, op. cit., s. 74–76 oraz A. Zieliński, [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 759.

⁷³ Szkolenia takie stosuje się np. w Norwegii i Wielkiej Brytanii, zob. [online] <www.rp.pl/artukul/586083.html>, dostęp: 8.11.2013.

⁷⁴ W. Majkowski, *Spoleczne uwarunkowania trwałości współczesnej rodziny polskiej*, [w:] *Małżeństwo w prawie świeckim...*, s. 316.

⁷⁵ W. Abraham, *Zagadnienie kodyfikacji prawa małżeńskiego*, [b.m.w.] 1927, s. 26.

⁷⁶ T. Thiel-Kubacka (*Trwałość małżeństwa...*, s. 345) zwraca uwagę, że małżonkowie nie są w żaden sposób motywowani do podjęcia prób przezwyciężenia konfliktów i trudności życia.

zaognia, w wielu przypadkach rozstanie jawi się jako jedyny sposób odzyskania spokoju i wolności, choć może też być formą wyrażenia niechęci, zemsty lub próbą szantażu. Wydaje się zatem, że potrzebne byłoby stworzenie małżonkom odpowiedniego zaplecza specjalistów, do których mogliby się zgłosić po radę i pomoc, zanim będzie za późno na ratowanie związku. Sala sądowa nie jest najlepszym miejscem na ratowanie małżeństwa⁷⁷, jednak prawo nakłada na sąd obowiązek podejmowania próby ratowania małżeństwa, wyposażając go w odpowiednie środki – mediacje czy zawieszenie postępowania. Przede wszystkim jednak sąd musi badać, czy istnieją widoki na utrzymanie małżeństwa (art. 436 i 440 k.p.c.).

Przepisy rozwodowe nie uległy zmianie co do swej istoty⁷⁸ od 1964 r., zmieniła się jednak świadomość społeczna zarówno sędziów, jak i małżonków⁷⁹. Należy zatem zgodzić się z tezą, że „złe stosowanie dobrego przepisu nie oznacza, że przepis ten trzeba zmienić [...], ale należałoby poprawić praktykę”⁸⁰.

Na zakończenie warto także zwrócić uwagę na wyniki badań przeprowadzonych przez Centrum Badania Opinii Publicznej w marcu 2013 r.⁸¹ na temat znaczenia i rozumienia rodziny: 78% ankietowanych jako największą wartość wskazało szczęście rodzinne, równocześnie 99% odpowiedziało, że za rodzinę uważa małżeństwo z dziećmi⁸². Skoro zatem większość Polaków uważa, że pozostawanie w związku małżeńskim i szczęście rodziny jest najwyższą wartością, może dobrze byłoby wyposażyć małżonków w odpowiednie narzędzia do tego, aby mogli ją wcielać w życie.

Summary

The principle of marriage stability in Polish family law – substantive and procedural aspects

Key words: marriage, marriage stability, divorce, mediations.

This article is devoted to the principle of marriage stability and its legal – substantive as well as procedural aspects. Both the legal doctrine and judicature emphasize the importance of this principle for the Polish family

⁷⁷ J. Górecki (op. cit., s. 80) podkreśla, że „nic tak nie potęguje zadrzażeń i nie pogłębia rozkładu jak proces rozwodowy [...], czasem małżeństwo nadające się do naprawienia zostaje właśnie w skutek rozwodu definitywnie rozbite”.

⁷⁸ Zamieniono jedynie posiedzenie pojednawcze na mediację.

⁷⁹ T. Thiel-Kubacka, *Trwałość małżeństwa...*, s. 344.

⁸⁰ W. Stojanowska, *Mediacje w prawie rodzinnym...*, s. 107.

⁸¹ Komunikat z badań „Rodzina – jej współczesne znaczenie i rozumienie”, [online] <www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_033_13.PDF>, dostęp: 20.11.2013.

⁸² Do wyboru były jeszcze: rodzic samotnie wychowujący dziecko, konkubinaty z dziećmi, małżeństwo bez dzieci, konkubinaty bez dzieci, związek jedнопłciowy wychowujący dzieci, związek jedнопłciowy bez dzieci.

law. The analysis of the regulations of the Family and Guardianship Code as well as of the Civil Procedure Code indicates that the legislator provided for special means to protect permanence and stability of marriage such as the procedure of entering into marriage or the regulations concerning a divorce. However, the number of divorces pronounced in Poland is at a high level and the act of getting divorced itself appears to be easier than before. It is so despite the fact that the legal regulations have not changed. The question is how to convince both judges and the married couples that there are some situations in which helping spouses go through the crisis and giving them professional support is something worth trying before resorting to a divorce. It is worth mentioning that regulations such as mediations or courses organized for married couples, who have decided to get divorced, which present the effects of a divorce on children are being implemented all over the world these days.

Ewa Lewandowska

Katedra Prawa Cywilnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Oświadczenie o odrzuceniu spadku

1. Oświadczenie o przyjęciu lub odrzuceniu spadku

Kodeks cywilny¹ stanowi, że nabycie spadku następuje z mocy prawa – niezależnie od wiedzy spadkobiercy o fakcie i tytule jego powołania – z chwilą jego otwarcia, czyli wraz ze śmiercią spadkodawcy (art. 924 i 925 k.c.)². W momencie otwarcia spadku określa się składniki majątku spadkowego i krąg spadkobierców³. Wskazane rozwiązanie nie świadczy jednak o definitywnym nabyciu spadku, lecz tworzy pewną tymczasową fikcję i ma charakter prowizoryczny⁴. Ostateczne nabycie spadku nie jest bowiem obowiązkiem osoby uprawnionej do dziedziczenia czy to z testamentu, czy z ustawy, lecz zależy wyłącznie od jej wolnej woli⁵. Według przepisów art. 1012 k.c. i 1015 k.c. spadkobiercy przysługuje prawo podmiotowe kształtujące, polegające na możliwości podjęcia decyzji, w terminie 6 miesięcy od dnia, w którym spadkobierca dowiedział się o tytule swego powołania, o przyjęciu – wprost bądź z dobrodziejstwem inwentarza – lub odrzuceniu spadku. Z każdym ze wskazanych trzech wariantów ustawa łączy odmienne skutki prawne. Przed złożeniem oświadczenia bądź do chwili upływu terminu do jego złożenia pozycja spadkobiercy jest w pewnym sensie ograniczona. Przede wszystkim ponosi on odpowiedzialność za długi spadkowe jedynie ze spadku (art. 1030 zd. 1 k.c.) oraz nie może zbyć spadku ani udziału w nim (art. 1051 k.c.).

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93, z późn. zm.) – dalej k.c.

² E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 36.

³ J. Kremis, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 1486.

⁴ J. Ignaczewski, *Prawo spadkowe. Art. 922–1088 KC. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 242; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny, t. II: Komentarz do artykułów 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 1021.

⁵ J. St. Piątkowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, Lexis Nexis, Warszawa 2002, s. 147; J. Kremis, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1591.

Sześciomiesięczny termin do złożenia oświadczenia o przyjęciu bądź odrzuceniu spadku nie jest stały i nie należy odnosić go bezpośrednio do chwili otwarcia spadku⁶. W tej kwestii znaczenie ma wiedza spadkobiercy o śmierci spadkodawcy oraz – w przypadku sukcesji testamentowej – informacja o istnieniu i treści testamentu, zaś przy dziedziczeniu ustawowym – świadomość stosunku rodzinnego łączącego spadkobiercę ze spadkodawcą, kwalifikująca go jako spadkobiercę ustawowego⁷. Zdaniem Jacka Ignaczewskiego bieg sześciomiesięcznego terminu nie rozpocznie się, jeżeli spadkobierca, wiedząc o istnieniu osób silniej od niego powołanych, jednocześnie nie wie, iż oni nie chcą bądź nie mogą dziedziczyć⁸.

Po upływie określonego przepisem art. 1012 k.c. terminu uprawnienie do złożenia stosownego oświadczenia wygasa, w następstwie zaś traktuje się, że spadkobierca co do zasady przyjął spadek wprost, zaś w pewnych sytuacjach z dobrodziejstwem inwentarza, tj. w przypadku osoby nie mającej pełnej zdolności do czynności prawnych albo osoby, co do której istnieje podstawa do jej całkowitego ubezwłasnowolnienia, a także osoby prawnej, jak również gdy przynajmniej jeden ze współspadkobierców przyjął spadek z dobrodziejstwem inwentarza lub jest osobą, której brak oświadczenia jest jednoznaczny z takim przyjęciem spadku (gmina, Skarb Państwa)⁹.

Uprawniony do złożenia oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku po śmierci spadkodawcy jest podmiot prawa cywilnego powołany do dziedziczenia. Może to zatem być osoba fizyczna, przy czym musi ona posiadać pełną zdolność do czynności prawnych. W przypadku osób nie mających pełnej zdolności do czynności prawnych oświadczenie może złożyć przedstawiciel ustawowy, dodatkowo w razie prostego przyjęcia spadku bądź jego odrzucenia wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego¹⁰. W stosunku do osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej zastosowanie w kwestii złożenia omawianego oświadczenia znajdują obowiązujące dany podmiot zasady reprezentacji¹¹. Ustawodawca ograniczył kategorię podmiotów uprawnionych do odrzucenia spadku, stanowiąc, iż nie mogą tego uczynić gmina oraz Skarb Państwa, co łączy się z zasadą nieistnienia spadków bezdziedzicznych. Zasadniczo spadku nie może nadto odrzucić fundacja utworzona w testamencie, w przypadku której zachowanie to byłoby sprzeczne z celem jej powołania¹².

Oświadczenie o przyjęciu lub odrzuceniu spadku stanowi jednostronną czynność prawną, składaną w przepisanej przez prawo formie – przed nota-

⁶ J. Ignaczewski, op. cit., s. 244.

⁷ Ibidem, s. 244; J. St. Piątkowski, op. cit., s. 151.

⁸ J. Ignaczewski, op. cit., s. 245.

⁹ J. St. Piątkowski, op. cit., s. 153.

¹⁰ J. Kremis, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1591.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem, s. 1593.

riuszem lub w sądzie rejonowym, w którego okręgu znajduje się miejsce zamieszkania lub pobytu składającego oświadczenie, bądź w sądzie spadku w toku postępowania o stwierdzenie praw do spadku (art. 640 § 1 i § 2 k.p.c.)¹³. Oświadczenie to musi być bezwarunkowe, nie może być ograniczone terminem. Jest nieodwoławne (od chwili jego złożenia, jeżeli było ważne wywołuje skutki prawne), niepodzielne (spadkobierca nie może spadku częściowo przyjąć, a częściowo odrzucić, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych przepisami art. 1014 § 1 i § 2 k.c. oraz art. 1022 k.c. powinien przyjąć albo odrzucić spadek w całości)¹⁴. Treść oświadczenia jest ściśle określona przepisem art. 641 k.p.c.

2. Odrzucenie spadku

2.1. Skutki odrzucenia spadku

Przewidziane prawem, aczkolwiek ograniczone w czasie, uprawnienie do odrzucenia spadku stwarza możliwość unicestwienia ze skutkiem *ex tunc* jego nabycia z mocy prawa. Jak stanowi przepis art. 1020 k.c., skutkiem złożenia oświadczenia o odrzuceniu spadku jest wyłączenie spadkobiercy od dziedziczenia tak, jakby nie dożył on otwarcia spadku. Należy przez to rozumieć, że składającemu oświadczenie nie przysługują ani wynikające ze spadku prawa, ani nie jest on obciążony długami¹⁵. Przyjmuje się zatem, że spadkobierca, który spadek odrzucił, nigdy go nie nabył, tj. bezpośrednio od chwili otwarcia spadku przypadł on pozostałym spadkobiercom, którzy go ostatecznie odziedziczyli¹⁶.

Skutki oświadczenia o odrzuceniu spadku sięgają jednak dalej, przy czym nie sposób wymienić i opisać szczegółowo wszystkich potencjalnych sytuacji, które kształtują się odmiennie w zależności od tego, czy czynności takiej dokonał spadkobierca testamentowy czy ustawowy, czy był on jedynym, czy też jednym z nich. W literaturze przedmiotu wskazuje się następujące konsekwencje odrzucenia spadku:

1) zmiana tytułu powołania do spadku (np. odrzucenie spadku przez jedyne spadkobiercę testamentowego doprowadzi do dziedziczenia przez spadkobierców ustawowych);

2) zmiana wielkości udziałów poszczególnych spadkobierców (na skutek przyrostu);

3) zmiana kręgu osób dochodzących do dziedziczenia (np. jeżeli spadkodawca przewidział podstawienie zwykłe albo w przypadku dziedziczenia

¹³ J. St. Piątkowski, op. cit., s. 153.

¹⁴ Ibidem; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1197, B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 402.

¹⁵ J. Ignaczewski, op. cit., s. 254.

¹⁶ J. St. Piątkowski, op. cit., s. 150; J. Kosik, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 4: *Prawo spadkowe*, Ossolineum, Wrocław 1986, s. 288.

ustawowego odrzucenie spadku przez syna spadkodawcy skutkuje dojściem do dziedziczenia jego dzieci, które w chwili otwarcia spadku żyły bądź przynajmniej były w tej chwili poczęte, a urodziły się żywe¹⁷);

4) wpływ na pozycję wierzycieli spadkobiercy, których wierzytelność istniała w chwili odrzucenia spadku, bowiem może się to łączyć z ich pokrzywdzeniem (przepis art. 1024 k.c.);

5) w sytuacji, gdy spadkobierca zarządzał spadkiem, a następnie go odrzucił, ma to znaczenie dla stosunków między nim a spadkobiercami, którzy zamiast niego doszli do spadku (art. 1021 k.c., odpowiednie stosowanie przepisów o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia)¹⁸.

2.2. Motywy odrzucenia spadku

Z punktu widzenia prawa nie ma znaczenia, z jakiego powodu spadkobierca decyduje się na złożenie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku¹⁹. Ustawodawca nie bierze pod uwagę motywów, jakie skłoniły daną osobę do podjęcia decyzji, pozostawiając to swobodnej woli składającego oświadczenie. Jednakże z punktu widzenia spadkobiercy nie jest to obojętne, a wręcz przeciwnie – podjęcie decyzji o odrzuceniu spadku jest często uwarunkowane wieloma istotnymi czynnikami.

Najczęstszym powodem odrzucenia spadku są względy ekonomiczne, tj. gdy ocena zawartości spadku wskazuje, że długi spadkowe przewyższają aktywa spadku. Trudno sobie wyobrazić, a jeżeli już – to na pewno będzie to rzadka sytuacja, by potencjalny spadkobierca mając wiedzę o nieopłacalności przyjęcia spadku był na tyle honorowy, by spadek przyjąć i spłacać z własnego majątku długi, których nie zaciągał. W tej sytuacji może jednak złożyć oświadczenie o przyjęciu spadku z dobrodziejstwem inwentarza, aczkolwiek wiąże się to z dość uciążliwą koniecznością sporządzenia spisu inwentarza.

Na marginesie warto nadmienić, że często spadkobiercy nie są świadomi skutków niezłożenia oświadczenia o odrzuceniu spadku. W społeczeństwie nie brakuje osób, które nie posiadają ogólnej wiedzy o prawie spadkowym, w następstwie czego zakładają, że długi ich spadkodawcy „znikają”. Co ciekawe, nie zastanawiają się, jak w takiej sytuacji radzą sobie instytucje, które udzieliły zmarłemu spadkodawcy kredytu czy pożyczki. Dlatego pożądanym byłoby propagowanie wśród społeczeństwa informacji o skutkach przyjęcia spadku, w szczególności, gdy spadek jest obciążony długami.

Niekiedy motywem są względy natury podatkowej, chociaż wydaje się, że obecnie dzięki dość korzystnie uregulowanej materii w zakresie podatku od spadków nie będą one odgrywały większej roli²⁰.

¹⁷ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, PWN, Warszawa 1985, s. 139.

¹⁸ J. Ignaczewski, op. cit., s. 255, E. Skowrońska-Bocian, op. cit., s. 123.

¹⁹ B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10, s. 401.

²⁰ Por. ustawa z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (Dz.U. z 2009 r., nr 93, poz. 768 z późn. zm.).

Decyzję o odrzuceniu spadku mogą warunkować nadto szeroko rozumiane względy moralne, osobiste. W szczególności znaczenie mogą mieć okoliczności powstałe jeszcze za życia spadkodawcy, np. uraz do jego osoby albo trapiące spadkobiercę skrupuły powstałe w efekcie własnych „niegodnych”, a przeszłych zachowań względem spadkodawcy lub innych spadkobierców. Przyjęcie spadku w opisanych sytuacjach mogłoby wręcz uwłaczać godności spadkobiercy. Niekiedy spadkobierca odrzuca spadek w poczuciu „sprawiedliwości” względem pozostałych spadkobierców, korygując w ten sposób dyspozycje testamentowe spadkodawcy. Dzieje się tak, gdy spadkobiercy są zgodni, że spadkodawca rozrządzeniem testamentowym skrzywdził jednego lub kilku z nich²¹. W końcu wolą potencjalnego spadkobiercy może być, poprzez odrzucenie spadku, dokonanie przysporzenia na rzecz innych spadkobierców (z reguły własnych zstępnych, którzy w efekcie odrzucenia spadku dojdą do dziedziczenia)²².

Jako jeden z motywów odrzucenia spadku należy także przyjąć chęć ochrony majątku spadkowego przed jego „zatraceniem”, tzn. przejęciem w całości lub w części przez dotychczasowych wierzycieli potencjalnego spadkobiercy. Chodzi o odrzucenie spadku w kontekście pokrzywdzenia wierzycieli, a mianowicie sytuację, gdy potencjalny spadkobierca, będąc już niewypłacalnym, nie korzysta z otrzymanego majątku spadkowego, bowiem ten w pierwszej kolejności posłużyłby spłacie jego dotychczasowych zobowiązań. Dlatego lepszą decyzją spadkobiercy byłoby w takich okolicznościach odrzucenie spadku, który wówczas przypadłby jego bliskim, np. zstępnym, a tym samym pozostał w formie aktywów w rodzinie. Należy jednak dostrzec, że odrzucając spadek spadkobierca nie ma pewności osiągnięcia zamierzonego efektu. Dziedziczenie może się ukształtować różnie, np. zstępny odrzuci spadek bądź zostanie uznany za niegodnego²³.

Przedstawiony motyw odrzucenia spadku dostrzegł także ustawodawca, wprowadzając przepis art. 1024 k.c., na podstawie którego sanuje decyzję spadkobiercy odrzucającego spadek, traktując ją jako podjętą w zamiarze pokrzywdzenia wierzycieli. Jak wskazuje Bogudar Kordasiewicz, „ostrze unormowania zawarte w art. 1024 k.c. skierowane jest przeciwko porozumieniom o charakterze wewnątrzrodzinnym, właściwie alokującym spadek”²⁴. Zatem motyw „ratowania” spadku jest tożsamy ze świadomym zamiarem pokrzywdzenia wierzycieli. Na podstawie tego stwierdzenia można wysnuć wniosek, że przepis art. 1024 k.c. koliduje z przewodnią tendencją ustawodawcy przyjętą w prawie spadkowym, a polegającą na dążeniu do pozostawienia spadku w rodzinie (o czym świadczy rozszerzenie kręgu spadkobier-

²¹ B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10, s. 412.

²² Ibidem, s. 402.

²³ Ibidem, s. 414.

²⁴ Ibidem, s. 422.

ców ustawowych jedną z ostatnich nowelizacji²⁵). Przepis art. 1024 k.c. uznaje się za ustanowiony w interesie wierzycieli spadkobiercy, ponieważ na jego podstawie następuje ograniczenie niebezpieczeństwa wiążącego się z odrzuceniem spadku przez dłużnika-spadkobiercę²⁶.

3. Zaskarżenie odrzucenia spadku

3.1. Przesłanki zaskarżenia odrzucenia spadku

W powyższych rozważaniach pojawiło się zagadnienie uregulowane przepisem art. 1024 k.c., w literaturze przedmiotu uznawane za osobny, dość złożony problem – określane mianem zaskarżenia oświadczenia o odrzuceniu spadku. Jest to postać ogólnej instytucji prawa cywilnego, a mianowicie skargi pauliańskiej, do której wskazany przepis odsyła w kwestiach nieuregulowanych²⁷. W literaturze przedmiotu podnosi się, że brak postanowień przepisu art. 1024 k.c. powodowałyby wątpliwości, czy odrzucenie spadku w takiej sytuacji może stanowić przedmiot skargi pauliańskiej²⁸, a niekiedy wręcz stwierdza się, iż żądanie uznania bezskuteczności czynności spadkobiercy (oświadczenia o odrzuceniu spadku) na zasadach ogólnych nie jest możliwe²⁹. Charakterystyczne i zastanawiające jest, że w poruszanej materii zaskarżenia odrzucenia spadku nie jest dostępne żadne publikowane orzecznictwo sądowe³⁰. Nie znaczy to, że poruszane zagadnienie ma wyłącznie wymiar teoretyczny.

Nadmieniona regulacja przewiduje ochronę wierzycieli osobistych spadkobiercy w konkretnych okolicznościach, a mianowicie w sytuacji, gdy majątek osobisty spadkobiercy jest niewielki lub obciążony znacznymi długami, zaś majątek spadkowy ma znaczną wartość i mógłby stanowić przedmiot przeprowadzenia skutecznej egzekucji w stosunku do wierzycieli, a spadkobierca odrzucając spadek czyni niemożliwym zaspokojenie swych wierzycieli³¹. Słusznie zwrócono w doktrynie uwagę, iż kodeks cywilny nie przewiduje ochrony ani wierzycieli spadkodawcy w razie zbiegu długów spadkowych z długami osobistymi spadkobiercy, ani ochrony wierzycieli osobistych spadkobiercy, czyli sytuacji, gdy spadek jest przeciążony długami³². Niewątpliwie są to okoliczności, gdy sytuacja wskazanych wierzycieli ulega pogorszeniu.

²⁵ Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. (Dz.U. nr 79, poz. 662).

²⁶ J. Ignaczewski, op. cit., s. 258; J. Gwiazdomorski, op. cit., s. 139.

²⁷ J. Kremis, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1603.

²⁸ M. Pyziak-Szafnicka, *Zaskarżenie odrzucenia spadku*, „Nowe Prawo” 1989, z. II–III, s. 35.

²⁹ E. Niezbecka, *Komentarz do art. 1024 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. A. Kidyba, t. 4: *Spadki*, Lex Prestige [wersja elektroniczna].

³⁰ B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10, s. 422.

³¹ J. Ignaczewski, op. cit., s. 258.

³² M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1211; B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10, s. 426.

W razie złożenia przez spadkobiercę oświadczenia o odrzuceniu spadku wierzycielom owego spadkobiercy przysługuje legitymacja czynna do wystąpienia z żądaniem bezskuteczności tego oświadczenia³³. Jest to dopuszczalne, gdy wierzytelność istniała w chwili odrzucenia spadku oraz jeżeli odrzucenie nastąpiło z pokrzywdzeniem wierzycieli spadkobiercy.

Zauważyć należy, że na przepis art. 1024 k.c. nie mogą powołać się przyszli wierzyciele odrzucającego spadek. Nie ma z kolei znaczenia, czy wierzytelność istniejąca w chwili odrzucenia spadku była wymagalna lub zaskarżalna w tej dacie³⁴.

Poprzez określenie „z pokrzywdzeniem” rozumie się sytuację, gdy majątek spadkobiercy nie był wystarczający na pokrycie wszystkich długów, co z kolei byłoby możliwe, gdyby spadek nie został odrzucony. Można zatem przyjąć koncepcję wywodzącą się jeszcze z prawa rzymskiego, iż odrzucenie spadku nie tyle stanowi przyczynę zubożenia dłużnika, co jest czynnikiem powodującym zaniechanie jego wzbogacenia. Takie właśnie ujęcie zastosował polski ustawodawca w przepisie art. 532 k.c. stanowiącym, że wierzyciel może dochodzić zaspokojenia z przedmiotów, które wskutek czynności krzywdzącej do majątku dłużnika nie weszły (czynności „przeszkadzające” wzbogaceniu)³⁵. Należy zatem uznać, że decydującym kryterium zastosowania przepisu art. 1024 k.c. będzie określony skład majątku spadkowego (stan spadku), bowiem ma on wpływ na sytuację prawną dłużnika odrzucającego spadek³⁶. Powołanie się na omawiany przepis będzie zasadne, gdy aktywa spadku będą przewyższały pasywa, nawet gdyby te aktywa nie były wystarczające na pokrycie wszystkich długów spadkobiercy³⁷. Wówczas odrzucenie spowoduje (zwłaszcza gdy majątek osobisty spadkobiercy był przeciążony długami przed nabyciem spadku) zubożenie spadkobiercy. Sytuacja wierzycieli uległaby poprawie, gdyż mogliby liczyć na uzyskanie zaspokojenia swych wierzytelności w całości bądź części ze spadku, zaś na skutek decyzji o odrzuceniu spadku takiej możliwości nie nabywają³⁸. Z kolei na niewypłacalność dłużnika nie będzie miał wpływu stan, gdy pasywa spadku będą większe od wchodzących w jego skład aktywów³⁹. Z powyższego płynie wniosek, że roszczenie z przepisu art. 1024 k.c. nie przysługuje, gdy stan majątkowy dłużnika (osobisty) jest wystarczający dla zaspokojenia wierzyciela. Należy dodać, że z omawianym roszczeniem nie może nadto wystąpić wierzyci-

³³ J. Kremis, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1591.

³⁴ M. Pyziak-Szafnicka, *Zaskarżenie...*, s. 39.

³⁵ *Ibidem*, s. 36.

³⁶ *Ibidem*, s. 43.

³⁷ *Ibidem*, s. 44; A. Kawałko, H. Witczak, *Prawo spadkowe*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 110.

³⁸ J. Gwiazdomorski, *op. cit.*, s. 139.

³⁹ M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1212; M. Pyziak-Szafnicka, *Zaskarżenie...*, s. 43; A. Kawałko, H. Witczak, *op. cit.*, s. 110.

ciel, gdy rzeczywisty spadkobierca wskaże mu mienie dłużnika wystarczające do zaspokojenia jego roszczeń bądź sam go zaspokoi (art. 530 k.c.)⁴⁰.

Dla zaskarżenia oświadczenia o odrzuceniu spadku nie jest konieczne spełnienie innych przesłanek przewidzianych przepisem art. 527 k.c., do którego *de facto* odsyła przepis art. 1024 k.c. Przepisy o ochronie wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika, ze względu na specyfikę regulacji art. 1024 k.c. stanowiącego *lex specialis*, nie konstytuują samodzielnej podstawy zaskarżenia odrzucenia spadku⁴¹. Dlatego spadkobierca nie musi być świadomy pokrzywdzenia wierzycieli, tj. faktu, że jego decyzja odnośnie spadku wpływa na sferę prawną wierzycieli⁴². Aczkolwiek w doktrynie podnosi się, iż owa świadomość ma doniosłość, lecz z uwagi na domniemania z przepisu art. 529 k.c. wierzyciele nie muszą tego faktu dowodzić⁴³. Powyższego stwierdzenia nie należy jednak utożsamiać z koniecznością udowodnienia faktu działania dłużnika-spadkobiercy z pokrzywdzeniem wierzycieli. Ciężar dowodu tych okoliczności spoczywa na wierzycielu⁴⁴. Ponadto nie jest przesłanką zaskarżenia odrzucenia spadku wiedza spadkobierców powołanych do spadku w dalszej kolejności (tych, którzy uzyskali korzyść majątkową na skutek odrzucenia spadku – wtórnie powołani, wtóropowołani) o działaniu odrzucającego spadek ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli⁴⁵. Wniosek taki wynika z przepisu art. 528 k.c.⁴⁶

Przepisem art. 1024 § 2 k.c. ustawodawca wprowadził, odmiennie niż przy ogólnej regulacji ochrony wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika, konstrukcję podwójnego terminu⁴⁷. Polega to na tym, że wierzyciele mogą wystąpić z roszczeniem o stwierdzenie bezskuteczności oświadczenia o odrzuceniu spadku w terminie 6 miesięcy od powzięcia wiadomości o tym fakcie, ale nie później niż w ciągu 3 lat od chwili dokonania czynności.

⁴⁰ E. Niezbecka, op. cit.

⁴¹ Mogą one znaleźć zastosowanie przy uwzględnieniu odrębności instytucji odrzucenia spadku oraz braku odmiennej regulacji danej kwestii przepisem art. 1024 k.c., zatem z pewnymi modyfikacjami. Zob. M. Pyziak-Szafnicka, *Ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika*, „Studia Prawnicze” 1994, nr 1–4, s. 5; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1211. Należy zauważyć, że w relacji między przepisami art. 1024 k.c. a art. 527 k.c. i nast. występują znaczne różnice. Przede wszystkim na mocy pierwszego ze wskazanych przepisów ustawodawca wprowadził ograniczenie podmiotowe, polegające na przyznaniu uprawnienia do żądania za bezskuteczne oświadczenia o odrzuceniu spadku tylko wierzycielom, których wierzytelność istniała w chwili odrzucenia spadku. Ponadto w sposób odmienny określił termin zgłoszenia żądania oraz początek jego biegu, a także złągodził przesłanki dochodzenia żądania w przypadku odrzucenia spadku. Szerzej J. Ignaczewski, op. cit., s. 258.

⁴² J. Ignaczewski, op. cit., s. 258.

⁴³ M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1212; E. Niezbecka, op. cit.; por. M. Pyziak-Szafnicka, *Zaskarżenie...*, s. 47.

⁴⁴ J. Kremis, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1603.

⁴⁵ J. Ignaczewski, op. cit., s. 259; J. Gwiazdomorski, op. cit., s. 140.

⁴⁶ M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1212; J. Kosik, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 4, s. 290.

⁴⁷ B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10, s. 421.

3.2. Skutki zaskarżenia odrzucenia spadku

W razie stwierdzenia wyrokiem sądu, że odrzucenie spadku nastąpiło z pokrzywdzeniem wierzycieli, oświadczenie o odrzuceniu staje się względem zaskarżającego wierzyciela bezskuteczne. Oznacza to, iż zaskarżający wierzyciel będzie mógł poszukiwać zaspokojenia swej wierzytelności z przedmiotów należących do spadku, które wskutek odrzucenia nie weszły do majątku spadkobiercy (dłużnika), lecz znalazły się w majątku osoby trzeciej – wtórpowołanego spadkobiercy lub osoby, której ten ostatni zbył spadek lub udział spadkowy (w razie zaistnienia przesłanek art. 531 § 2 k.c.)⁴⁸. Legitymacja bierna przypada zatem na faktycznego spadkobiercę⁴⁹.

Wyrok sądu stwierdzający pokrzywdzenie wierzycieli i stanowiący o bezskuteczności oświadczenia o odrzuceniu względem zaskarżającego wierzyciela prowadzi do przyznania zaskarżającemu wierzycielowi pierwszeństwa zaspokojenia przed wierzycielami spadkobierców, którym spadek ostatecznie przypadł⁵⁰. Z kolei w razie zbiegu egzekucji z wierzycielami spadku zastosowanie znajdują ogólne zasady zaspokojenia wierzycieli pozostających w zbiegu (zaskarżającemu wierzycielowi nie będzie przysługiwało pierwszeństwo względem wierzycieli spadkodawcy)⁵¹.

Istotne jest, że uwzględnienie powództwa wierzyciela i uznanie względem niego odrzucenia spadku za bezskuteczne wywołuje skutek jedynie w relacji powód–pozwany (bezskuteczność względna)⁵². Nie niweczy to skutków przepisu art. 1020 k.c.

4. Motyw odrzucenia spadku a przepis art. 1024 k.c.

W niniejszym opracowaniu zwrócono uwagę na motyw złożenia oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku. Z analizy przepisów wynika, że nie ma konieczności podawania powodu podjętej decyzji. Przy czym nic nie stoi na przeszkodzie, by zgodnie z autonomią woli spadkobiercy ujawnił motyw złożonego oświadczenia. Ponieważ jednak element ten nie stanowi przesłanki skuteczności oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku, nie będzie wpływał na jego doniosłość.

Zauważono jednak, że ustawodawca, przy regulacji przepisu art. 1024 k.c., rzekomo pozostając w konwencji nieuwzględniania motywu odrzucenia spadku, przyznaje wierzycielom spadkobiercy roszczenie o stwierdzenie bezsku-

⁴⁸ J. Gwiazdomorski, op. cit., s. 140; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1213.

⁴⁹ J. Kremis, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1604.

⁵⁰ J. St. Piątkowski, op. cit., s. 151; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1213.

⁵¹ E. Niezbecka, op. cit.; szerzej: B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10, s. 427–428.

⁵² M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1213.

teczności oświadczenia o odrzuceniu spadku w razie jego dokonania z pokrzywdzeniem wierzycieli. Wyżej podano, że zachowanie odrzucającego spadku może być w tych okolicznościach ukierunkowane na ochronę majątku spadkowego przed jego utratą na rzecz wierzycieli, nie zaś bezpośrednio na ich pokrzywdzenie, co zakłada ustawodawca.

Przez ochronę majątku spadkowego należy rozumieć zamiar jego zachowania „w rodzinie”, np. dla dalszych pokoleń. Majątek spadkowy po bliskiej osobie to często wartościowe rzeczy materialne – rodzinne pamiątki mające także wymiar sentymentalny. Z uwagi na to, że zazwyczaj wtóropowołany jest w bliskich relacjach z odrzucającym spadek spadkobiercą, majątek spadkowy zostanie „w rodzinie”. Ten aspekt, składający się na powód odrzucenia spadku, mógłby przesądzać o wprowadzeniu jako przesłanki zaskarżenia odrzucenia spadku wykazania porozumienia między odrzucającym spadkobiercą a wtóropowołanym. Utrudniłoby to, a nawet uniemożliwiło stosowanie przepisu art. 1024 k.c., dlatego ustawodawca wyraźnie wyeliminował występującą przy ogólnej regulacji skargi pauliańskiej przesłankę wiedzy osoby trzeciej odnośnie pokrzywdzenia wierzycieli. Wydaje się, że w tym względzie kierował się domniemaniem z przepisu art. 527 § 3 k.c. (osoby będące w bliskich stosunkach).

W tym miejscu warto odnieść się do podnoszonego przez Jana Kosika postulatu dopuszczenia w miejsce odrzucenia spadku złożenia oświadczenia o odstąpieniu swojego udziału spadkowego na korzyść oznaczonego spadkobiercy⁵³. Takie rozwiązanie skomplikowałoby i niweczyłoby szeroko rozumianą instytucję dziedziczenia. Stanowiłoby bowiem odstępstwo bądź to od poszanowania woli spadkodawcy, bądź wynikających z więzów krwi zasad dziedziczenia. Dlatego w tym względzie nie można nic zarzucić obowiązującej obecnie konstrukcji kodeksowej, która nie przewiduje możliwości odrzucenia spadku na korzyść konkretnej osoby (oświadczenie o odrzuceniu spadku jest bezwzględnie)⁵⁴. Jakkolwiek wspomniany zamiar może być realizowany okrężną drogą, a mianowicie poprzez przyjęcie spadku (chyba że nastąpiło ono z mocy prawa, tj. po upływie terminu do złożenia oświadczenia o jego przyjęciu), a następnie jego zbycie (lub udziału w spadku) wybranej osobie – odpłatnie bądź nieodpłatnie (art. 1052 k.c.)⁵⁵.

Wracając do kwestii regulacji przepisu art. 1024 k.c., którą w ostrożny sposób poddano krytyce, należy stanąć na stanowisku, że z punktu widzenia ogólnych przepisów prawa rozwiązanie to znajduje uzasadnienie. Wytłumaczeniem konstrukcji zaskarżenia odrzucenia spadku jest założenie, że w chwili składania oświadczenia spadkobierca podejmuje decyzję co do ma-

⁵³ J. Kosik, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 4, s. 288.

⁵⁴ M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1196.

⁵⁵ J. Kosik, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 4, s. 288; szerzej: B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10, s. 414.

jątku, który w chwili śmierci spadkodawcy przeszedł na niego⁵⁶. Zatem będąc wcześniej niewypłacalnym, dłużnik z chwilą otwarcia spadku nabył aktywa pozwalające zaspokoić wierzycieli. Jego decyzja skutkuje zaś powrotem do stanu niewypłacalności, czyli pokrzywdzeniem wierzycieli. Ma to ścisły związek z ustanowioną przepisami art. 924, 925 oraz 1020 k.c. fikcją nabycia spadku z mocy prawa, a następnie prawnymi konsekwencjami jego odrzucenia. Reasumując, ukonstytuowaniem przepisu art. 1024 k.c. nie jest przyznanie wierzycielom uprawnienia do żądania stwierdzenia bezskuteczności odrzucenia spadku ze względu na motyw, jakim kierował się spadkobierca, lecz w następstwie przyjęcia konstrukcji nabycia spadku w chwili jego otwarcia, uprawnienie to przysługuje wierzycielom z uwagi na skutki odrzucenia spadku sprowadzające się do pokrzywdzenia wierzycieli.

Wierzyciele w chwili powstania ich wierzytelności raczej nie zakładają, że dłużnik otrzyma w spadku majątek, z którego będą mogli dochodzić zaspokojenia. Nie ulega natomiast wątpliwości, że skoro przysługuje im wierzytelność (przesłanka zastosowania przepisu art. 1024 k.c.), to mają prawo dochodzić jej zaspokojenia. Omawiana regulacja daje im taką sposobność, ale by z niej skorzystać, wierzyciel musi mieć wiedzę o przysługujących mu uprawnieniach, o fakcie odrzucenia spadku, a co najważniejsze – musi wykazać, że owe odrzucenie dokonane zostało z pokrzywdzeniem wierzycieli. Ponadto ustawodawca ograniczył dochodzenie ochrony pauliańskiej w sytuacji odrzucenia spadku, tj. wprowadził konstrukcję podwójnego terminu do wystąpienia z roszczeniem.

Warto dodać, że przyznane wierzycielom dłużnika-spadkobiercy uprawnienie żądania bezskuteczności oświadczenia o odrzuceniu spadku powoduje stan niepewności dla wtórpowołanych. Nie wiadomo bowiem, czy wierzyciel skorzysta z uprawnienia, a tym samym pomniejszy realną wartość spadku⁵⁷. Natomiast stwierdzenie bezskuteczności odrzucenia spadku rodzi, w szczególności dla wtórpowołanego, negatywne konsekwencje. Na tym tle J. Kosik podnosi postulat ograniczenia odpowiedzialności wtórpowołanego spadkobiercy względem wierzycieli tego, kto spadek odrzucił, poprzez wprowadzenie fikcji przyjęcia spadku z dobrodziejstwem inwentarza⁵⁸. Małgorzata Pyziak-Szafnicka kontrargumentując wskazuje, że i tak zgodnie z przepisem art. 532 k.c. wierzyciel może się zaspokoić tylko z tego, co weszło do majątku osoby trzeciej w wyniku czynności krzywdzącej⁵⁹. Czyli odpowiedzialność wtórpowołanego jest ograniczona do przedmiotów stanowiących majątek spadkowy, a proponowane przez J. Kosika rozwiązanie nie zmieniłoby sytuacji wtórpowołanego. Sytuacja nie jest jednak tak klarowna. Jak wskazuje

⁵⁶ B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10, s. 425.

⁵⁷ J. Ignaczewski, op. cit., s. 259.

⁵⁸ J. Kosik, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 4, s. 291.

⁵⁹ M. Pyziak-Szafnicka, *Zaskarżenie...*, s. 46.

B. Kordasiewicz, komplikacje rodzą się, gdy weźmiemy pod uwagę odpowiedzialność za długi spadkowe⁶⁰. Wówczas nawet przyjęcie spadku z dobrodziejstwem inwentarza nie ogranicza dostępu wierzycieli spadkowych do całego majątku spadkobiercy. Tym samym przepis art. 1024 k.c. nie chroni wótopwołanego przed niebezpieczeństwem odziedziczenia spadku o ujemnej ekonomicznie wartości, a postulat J. Kosika nabiera cech trafności.

5. Zakończenie

Podjęte zagadnienie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku zasadniczo nie wywołuje wątpliwości ani w doktrynie, ani w judykaturze. Aczkolwiek aktualność omawianej materii stanowi asumpt do kilku przedstawionych powyżej refleksji.

Należy pozytywnie ocenić kodeksową regulację zagadnień związanych z oświadczeniem o przyjęciu lub odrzuceniu spadku. Ustawodawca jasno przedstawił omawianą instytucję, m.in. jej formę, treść, terminy, skutki. Nawet przewidział takie okoliczności, jak złożenie oświadczenia pod wpływem błędu lub groźby (art. 1019 k.c.). Można jedynie podnosić, że wartościową inicjatywą byłoby zorganizowanie kampanii propagującej wśród społeczeństwa informacje o skutkach przyjęcia spadku, w szczególności gdy spadek jest obciążony długami.

Nieśmiało podnoszona koncepcja o ustanowieniu przez ustawodawcę „pokrzywdzenia wierzycieli” jako motywu odrzucenia spadku, zaś nieuszanowaniu woli spadkobiercy polegającej na ochronie majątku spadkowego, nie znajduje uzasadnienia. Ustawodawca po prostu przyznał pierwszeństwo instytucji ochrony wierzycieli w razie niewypłacalności dłużnika, co wynika z konieczności zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego.

Summary

Declaration of succession rejection

Key words: succession, rejecting succession, protection of creditor in the case of debtor insolvency, actio paulini.

Provided by art. 924 and 925 of Polish Civil Code (PCC), acquisition of succession by virtue of law has been limited by the successor's subjective right to declare either acceptance or rejection of the succession. From a legal point of view the reason for the decision does not matter, but it is not unimportant for the person who declares it.

⁶⁰ B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10, s. 428 i nast.

The motives for rejecting succession might be economic or moral. A specific reason for rejection is to protect inheritance against “loss” from being taken over – fully or partly – by previous successor creditors. In this paper, art. 1024 PCC (rejection to the detriment of creditors) was particularly considered. It should be concluded that the institution of protection for the creditor in the case of debtor insolvency has priority over the successor’s will to reject succession.

Agnieszka Malarewicz-Jakubów

Katedra Prawa Cywilnego – Zakład Prawa Handlowego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Roszczenie względem obdarowanego o uzupełnienie zachowku

Wstęp

Zgodnie z przepisami prawa polskiego, uprawnionymi do zachowku są zstępni, małżonek oraz rodzice spadkodawcy, którzy byliby powołani do spadku z ustawy. Zgodnie z treścią art. 991 § 1 k.c., jeżeli uprawniony jest trwale niezdolny do pracy albo jeżeli zstępny uprawniony jest małoletni – przysługują mu dwie trzecie wartości udziału spadkowego, który by mu przypadął przy dziedziczeniu ustawowym, w pozostałych przypadkach – połowa wartości tego udziału. Natomiast zgodnie z brzmieniem art. 991 § 2 k.c., jeżeli uprawniony nie otrzymał przysługującego mu zachowku w postaci darowizny uczynionej przez spadkodawcę lub powołania do spadku w postaci zapisu, przysługuje mu przeciwko spadkobiercy roszczenie o zapłatę sumy pieniężnej potrzebnej do pokrycia zachowku lub do jego uzupełnienia.

Należy podkreślić, że roszczenie o uzupełnienie zachowku ma charakter subsydiarny. Mamy z nim do czynienia wtedy, gdy uprawniony nie może otrzymać należnego zachowku od spadkobiercy. Zgodnie z treścią art. 1000 § 1 k.c., w takim wypadku może on żądać od osoby, która otrzymała od spadkodawcy darowiznę doliczoną do spadku, sumy pieniężnej potrzebnej do uzupełnienia zachowku. Obdarowany jest zobowiązany do zapłaty powyższej sumy tylko w granicach wzbogacenia będącego skutkiem darowizny. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2008 r.¹ uprawniony może dochodzić od obdarowanego roszczenia o zachówek w granicach określonych w art. 1000 k.c. i tylko od tych obdarowanych, którzy otrzymali darowiznę doliczoną do spadku.

¹ Sygn. III CSK 255/07, OSNIC 2009/3/47.

Powyższe roszczenie w praktyce sądowniczej realizowane jest rzadko, choć pełni istotną funkcję prewencyjną, bowiem samo jego istnienie zapobiega omijaniu uregulowań dotyczących zachowku za pomocą dokonywanych za życia darowizn².

Przesłanki odpowiedzialności obdarowanego

W treści art. 1000 k.c. wprowadzony został wyjątek od zasady, że za dług spadkowy odpowiadają spadkobiercy. Nie wszystkie osoby obdarowane w przeszłości przez spadkodawcę mogą być zobowiązane do uzupełnienia zachowku. W myśl art. 1000 § 1 k.c. otrzymana darowizna musi być doliczona do zachowku³. Odpowiedzialnymi na zasadzie przewidzianej w art. 1000 § 1 k.c. nie mogą być osoby przyjmujące zwyczajowo przyjęte drobne darowizny, spadkobiercy oraz osoby nieuprawnione do zachowku, jeżeli otrzymały darowiznę dawniej niż przed dziesięciu laty od otwarcia spadku, co wynika z faktu, że roszczenia te przedawniają się z upływem lat dziesięciu. Zatem do kręgu osób, które mogą na mocy art. 1000 § k.c. odpowiadać za uzupełnienie zachowku, należą: osoby uprawnione do zachowku (niezależnie od daty otrzymania darowizny) oraz osoby, które nie są spadkobiercami ani uprawnionymi z tytułu zachowku, jeżeli otrzymały darowiznę w ciągu dziesięciu lat, licząc wstecz od otwarcia spadku⁴.

Odpowiedzialność obdarowanego zależna jest od kilku przesłanek. W doktrynie prawa wskazuje się, że uprawniony nie może otrzymać od spadkobiercy należnego mu zachowku, gdy:

– spadkobierca zobowiązany do zapłaty zachowku jest sam uprawniony do zachowku, kwota zaś, którą odpowiada, czyli nadwyżka ponad własny zachówek, nie wystarcza do zaspokojenia w całości roszczenia osoby uprawnionej;

– ogólna kondycja majątkowa spadkobiercy zobowiązanego do zapłaty zachowku jest zła, skutkiem czego egzekucja kierowana przez uprawnionego do majątku tego spadkobiercy okazuje się bezskuteczna;

– wartość stanu czynnego spadku spadkobiercy przyjmującego spadek z dobrodziejstwem inwentarza nie wystarcza na zaspokojenie zachowku⁵.

Roszczenie o uzupełnienie zachowku można realizować wtedy, gdy uprawniony nie może otrzymać należnego mu zachowku od żadnego ze spad-

² B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe*, Warszawa 2009, s. 901.

³ Zobacz też art. 994 § 1 k.c. odnoszący się do obliczania zachowku.

⁴ Tak: B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe...*, s. 902.

⁵ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa 1967, s. 331; B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe...*, s. 902.

kobierców oraz wtedy, gdy uprawniony otrzymał część należnego zachowku od spadkobierców. Ustawa wprowadza pierwszeństwo odpowiedzialności spadkobierców przez obdarowanymi. Uprawniony musi wykazać okoliczności w odniesieniu do każdego ze spadkobierców. Jeśli choć jeden z nich może pokryć zachówek, odpowiedzialność obdarowanego nie powstaje. W wypadku, w którym od jednego lub kilku spadkobierców można uzyskać tylko część należnego zachowku, odpowiedzialność obdarowanego obejmuje jedynie niepokrytą część⁶. Subsydiarność odpowiedzialności obdarowanych za zachówek polega na tym, że uprawniony do zachowku powinien swoje roszczenie skierować w pierwszej kolejności względem spadkobierców, następnie do zapisobierców windykacyjnych, a dopiero w razie niemożności otrzymania zachowku od powyższych może mieć zastosowanie odpowiedzialność obdarowanych.

Odpowiedzialność spadkobierców za zachowki do chwili działu spadku jest odpowiedzialnością solidarną, natomiast po dokonaniu działu spadku odpowiedzialność ta stanowi proporcję wynikającą z wielkości ich udziałów spadkowych. Zakres odpowiedzialności obdarowanych za uzupełnienie zachowku może zależeć także od tego, w którym momencie uprawniony wystąpił ze swoim roszczeniem. Z punktu widzenia obdarowanego zobowiązanego subsydiarnie do uzupełnienia zachowku najlepiej jest, gdy uprawniony zgłosi swoje roszczenie przed działem spadku. Solidarna odpowiedzialność współspadkobierców powoduje szeroki zakres możliwości zaspokojenia roszczenia uprawnionego, ale już z chwilą działu spadku sytuacja ulega zmianie wskutek zaniku odpowiedzialności solidarnej spadkobierców. Uprawniony nie może uzyskać zachowku od spadkobiercy, choćby inni spadkobiercy byli w stanie roszczenie z tytułu zachowku zaspokoić⁷. Spadkobiercy po działu spadku odpowiadają bowiem wyłącznie za część roszczenia o zachówek, która przypada na nich stosownie do wielkości ich udziałów w spadku⁸. Z chwilą działu spadku kończy się solidarna odpowiedzialność spadkobierców za długi spadkowe, w tym za zachowki. Z uwagi na powyższe dział spadku, jeżeli zostanie dokonany przed przedawnieniem roszczenia o zachówek, może zwiększać zakres odpowiedzialności obdarowanego wynikającej z art. 1000 § 1 k.c.

Przepisy kodeksu cywilnego nie regulują kwestii współodpowiedzialności kilku obdarowanych za zachowki. Nieuregulowana została także sytuacja, w której kilka osób zostało obdarowanych jednocześnie. Uważam, że należałoby przyjąć rozwiązanie, gdzie wielkość darowizny nie ma znaczenia, a wszyscy obdarowani są co do zasady zobowiązani. Jeśli zdarzy się, że kilku obdarowanych odpowiada równocześnie, nie zmniejsza to odpowiedzialności żadnego z nich. Uprawniony może dochodzić całego roszczenia od każdego

⁶ A. Szwagrzyk, *Wpływ umowy darowizny nieruchomości na roszczenia spadkobierców, cz. II*, „Nieruchomości” 2012, nr 6, s. 13 i nast.

⁷ B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe...*, s. 903.

⁸ Zob. art. 1034 § 2 k.c.

z obdarowanych według swego wyboru i w granicach wzbogacenia. Odpowiedzialność kilku obdarowanych równocześnie będzie zatem solidarna. Roszczenie regresowe przysługiwało będzie natomiast w sytuacji, kiedy odpadnie przesłanka, która stała się podstawą uruchomienia odpowiedzialności subsydiarnej, a zatem ustała niemożliwość uzyskania zachowku od pierwotnie zobowiązanego. Ciężar zachowku powinien być rozłożony między jednocześnie obdarowanych według proporcji, w jakiej pozostają do siebie zakresy ich odpowiedzialności w stosunku do uprawnionego. Jeśli zaś było kilku równocześnie obdarowanych, roszczenie regresowe może pojawić się od razu po spełnieniu świadczenia przez jednego z nich bądź też dopiero wtedy, gdy ustaną okoliczności, które wyłączały roszczenie względem innego⁹.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 stycznia 2008 r.¹⁰ stwierdził, że jeżeli spadkodawca dokonał darowizny wyczerpującej cały spadek, uprawniony do zachowku może dochodzić od obdarowanego roszczenia o zachówek w granicach określonych w art. 1000 k.c. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu tezy wyroku podkreślił, że niemożliwość realizacji uprawnień o zachówek na podstawie art. 991 § 2 k.c. nie pozbawia ochrony osoby uprawnionej do zachowku. Nie można bowiem w takich przypadkach pomijać wyjątkowej („awaryjnej” – jak to nazwał Sąd Najwyższy) regulacji zawartej w art. 1000 k.c., przyznającej uprawnionemu do zachowku roszczenie względem osoby obdarowanej, jeżeli uprawniony nie może otrzymać od spadkobiercy należnego mu zachowku. Status spadkobiercy nie wyklucza możliwości wystąpienia – stosownie do dyspozycji art. 1000 k.c. – z roszczeniem o zachówek wobec podmiotu obdarowanego przez spadkodawcę. Pominięcie przez sądy regulacji zawartej w art. 1000 k.c. zostało trafnie dostrzeżone przez Sąd Najwyższy, gdyż w rozpoznawanej sprawie zaistniał przypadek, który mieści się w hipotezie normy wyprowadzonej z art. 1000 k.c. Wprawdzie spadkobierca, należący do kręgu osób uprawnionych do zachowku, został powołany do dziedziczenia testamentowego, jednakże przypadający mu spadek okazał się pusty po stronie aktywów. Ponieważ takie powołanie do spadku nie pokrywało zachowku należnego uprawnionemu, a przy tym nie mógł on realizować swoich roszczeń według dyspozycji art. 991 § 2 k.c., przeto znalazł się w sytuacji, w której uprawniony nie może otrzymać od spadkobiercy należnego mu zachowku (art. 1000 k.c.). Jeżeli więc w stosunku zobowiązaniowym zachowku zabrakło dłużnika głównego, tj. innego spadkobiercy (testamentowego, ustawowego), roszczenia wierzyciela mogą być „wymierzone również przeciwko korzyści wynikającej z darowizny”, co oznacza odpowiedzialność w zakresie ustalonym w art. 1000 k.c. osoby obdarowanej. Roszczenie względem obdarowanego ma więc charakter subsydiarny.

⁹ Zob. P. Księżak, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2010, s. 269.

¹⁰ Sygn. III CSK 255/07, Biul. SN 2008, nr 4, poz. 13.

Ograniczenie odpowiedzialności obdarowanego

Subsydiarna odpowiedzialność obdarowanych jest ograniczona. Zgodnie z treścią art. 1000 § 2 k.c., jeżeli obdarowany sam jest uprawniony do zachowku, ponosi odpowiedzialność względem innych uprawnionych do zachowku tylko do wysokości nadwyżki przekraczającej jego własny zachówek. Mamy tu do czynienia z dwoma ograniczeniami wskazanymi przez ustawodawcę. Pierwsze z nich dotyczy wyłącznie obdarowanych, którzy mają własne uprawnienie do zachowku. Ich odpowiedzialność ogranicza się do nadwyżki ponad własny zachówek. Drugie ograniczenie pozwala wszystkim obdarowanym ograniczyć swą odpowiedzialność za zachowki jedynie do granic wzbogacenia będącego skutkiem darowizny. W doktrynie przyjęto bezspornie, że w celu określenia „granicy wzbogacenia” należy posiłkowo zastosować *per analogiam* przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Jednak nie można tych przepisów zastosować wprost, ponieważ obdarowany przez spadkodawcę nie zostaje wzbogacony bezpodstawnie¹¹. Przy posiłkowaniu się do bezpodstawnego wzbogacenia należy wziąć pod uwagę różnice konstrukcyjne, jakie istnieją pomiędzy bezpodstawnym wzbogaceniem a instytucją uzupełnienia zachowku¹².

Zgodnie z poglądami prezentowanymi w doktrynie, czasem przyjmowanym do oceny istniejącego w majątku obdarowanego wzbogacenia jest chwila zgłoszenia żądania zapłaty. Ale jeżeli obdarowany po otwarciu spadku, lecz przed zgłoszeniem żądania zużył korzyść będącą efektem darowizny, wiedząc o ciążyącym na nim obowiązku zaspokojenia roszczenia o zachówek, to zużycia tego nie bierze się pod uwagę, zatem ponosiłby on odpowiedzialność w granicach wzbogacenia istniejącego przed zużyciem korzyści. Jeżeli przed dowiedzeniem się o odpowiedzialności za zachówek obdarowany zużył lub utracił korzyść uzyskaną z darowizny w taki sposób, że nie jest już wzbogacony, staje się wolny od odpowiedzialności z tytułu zachowku¹³.

Obdarowany jest zobowiązany do zapłaty sumy potrzebnej do uzupełnienia zachowku tylko w granicach wzbogacenia będącego skutkiem darowizny. Wartość darowizny wyznacza górną granicę odpowiedzialności obdarowanego, nie wyznacza zaś granicy dolnej¹⁴.

¹¹ E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, ks. IV: *Spadki*, Warszawa 2008, s. 221; J. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, Warszawa 1972, s. 1917; J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1985, s. 278; B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe...*, s. 905.

¹² Więcej na ten temat: B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe...*, s. 905–906.

¹³ Tak: E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013; C. Tabęcki, *Zachówek według kodeksu cywilnego*, „Nowe Prawo” 1965, nr 10, s. 1129; J. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz* (1972), s. 1917; J. Kosik, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. IV: *Prawo spadkowe*, Wrocław 1986, s. 566; E. Skowrońska-Bocian, [w:] *Komentarz...*, s. 221; M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, s. 1182.

¹⁴ A. Szwagrzyk, op. cit., s. 13 i nast.

Zwolnienie się obdarowanego z obowiązku pokrycia zachowku

Zgodnie z treścią art. 1000 § 3 k.c., obdarowany może zwolnić się od obowiązku zapłaty sumy potrzebnej do uzupełnienia zachowku przez wydanie przedmiotu darowizny. Jest to klasyczna konstrukcja upoważnienia przemiennego *facultas alternativa*, umożliwiająca obdarowanym zwolnienie się z obowiązku świadczenia z tytułu zachowku przez wydanie uprawnionemu przedmiotu darowizny¹⁵. Możliwość przewidziana w powyżej przywołanym przepisie stanowi wyjątek od podstawowej konstrukcji zachowku jako roszczenia pieniężnego. Podkreślenia wymaga fakt, że upoważnienie to nie obejmuje wydania surogatów uzyskanych za przedmiot darowizny. Jest to istotna kwestia z uwagi na to, że najczęściej surogatem otrzymanej darowizny jest suma pieniężna, za jaką obdarowany zbył uzyskany przedmiot. W takich sytuacjach ścisła interpretacja treści art. 1000 § 3 k.c. prowadzi do wniosku, że w razie zbycia przedmiotu darowizny granice odpowiedzialności obdarowanego ustala się na podstawie cen wynikających z zastosowania art. 995 k.c. Jeżeli obdarowany otrzymał kilka darowizn podlegających doliczeniu do spadku na potrzeby obliczania zachowku, zwolnienie z obowiązku poprzez skorzystanie z upoważnienia alternatywnego może nastąpić tylko w wyniku wydania przedmiotu wszystkich podlegających doliczeniu darowizn, jak gdyby stanowiły one jedną darowiznę. Jeżeli jest to niemożliwe choćby w odniesieniu do jednej otrzymanej darowizny, świadczenie zawsze przybiera postać pieniężną. Odmiennie jest jednak wtedy, gdy obdarowany odpowiada poszczególnymi darowiznami w różnej kolejności – wynikającej z art. 1001 k.c. Wówczas tak jak jedną darowiznę należy traktować te, którymi obdarowany odpowiada za uzupełnienie zachowku w danej kolejności. Zatem obdarowany nie może ograniczyć swej odpowiedzialności do kwoty, za którą zbył przedmiot darowizny¹⁶.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że obdarowany może zwolnić się ze swego obowiązku jedynie poprzez zwrot przedmiotu darowizny, a nie poprzez wydanie surogatów uzyskanych w zamian za przedmiot darowizny.

Przedmiot darowizny wydaje się uprawnionemu w takim stanie, w jakim się on znajduje w chwili żądania uzupełnienia zachowku. Obdarowany nie odpowiada zatem za pogorszenie i zmniejszenie jego wartości przed powstaniem obowiązku świadczenia z tytułu zachowku. Twierdzenie to odnosi się również do sytuacji, gdy wprowadzie zmniejszenie wartości przedmiotu darowizny nastąpiło już po powstaniu wspomnianego obowiązku, lecz jest efek-

¹⁵ Szerzej: W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1994, s. 88; T. Dybowski, A. Pirzyńska, *System Prawa Prywatnego*, t. 5: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 269.

¹⁶ Zob. B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe*, s. 908.

tem normalnego korzystania z tego przedmiotu. Gdyby natomiast już po powstaniu obowiązku w zakresie zachowku obdarowany swoim działaniem doprowadził do znacznego pogorszenia stanu przedmiotu darowizny lub zmniejszenia jego wartości, skorzystanie przez niego z upoważnienia przemiennego należałoby oceniać według kryteriów nadużycia prawa podmiotowego¹⁷.

Wykonanie przewidzianego w art. 1000 § 3 upoważnienia przemiennego jest dopuszczalne do chwili, gdy przedmiot darowizny istnieje i zachowuje swoją tożsamość. Ustalenie, czy przesłanka ta jest spełniona, możliwe jest tylko na tle okoliczności konkretnego przypadku. Jeżeli przedmiotem darowizny jest rzecz, z której obdarowany usunął części składowe, bez jakich jest ona bezużyteczna, przesłanka tożsamości przedmiotu darowizny nie zostanie spełniona.

Zakończenie

Swoboda testowania to jedna z podstawowych zasad obowiązujących w polskim prawie, jednak może prowadzić do sytuacji, w których interesy osób najbliższych zmarłego zostaną naruszone. Dlatego też celem instytucji zachowku jest ochrona tych interesów. Wyraża się to poprzez udział w majątku podlegającym spadkobranii w sytuacji, gdy został sporządzony testament, ale nikt z najbliższej rodziny nie został powołany na spadkobiercę bądź niektórzy zostali pominięci.

Jeżeli otrzymanie zachowku od spadkobierców jest niemożliwe, zobowiązanymi do uregulowania roszczeń wynikających z omawianego prawa mogą być także obdarowani, tzn. osoby, które otrzymały od zmarłego darowizny doliczone do spadku. Obdarowani powinni wypłacić uprawnionym sumę pieniężną potrzebną do uzupełnienia zachowku. Obowiązek spoczywający na obdarowanym ogranicza się tylko do sumy wzbogacenia, które nastąpiło na skutek otrzymania darowizny. W przypadku jednak gdy obdarowany sam jest uprawniony do zachowku, odpowiada on tak samo jak spadkobierca – tzn. do wysokości nadwyżki przekraczającej jego własny zachówek. Jeżeli spadkodawca dokonał kilku darowizn, za zachówek odpowiadają wszyscy obdarowani. Nie jest to odpowiedzialność solidarna. Uzależnia się ją od czasu, w jakim darowizna została dokonana. Obdarowany najpóźniej jest zobowiązany do spełnienia roszczenia jako pierwszy. Jeżeli nie jest w stanie, obowiązek ten przechodzi na obdarowanego wcześniej. Ustawodawca zostawia także pewną furtkę dla obdarowanego. Otóż może on zwolnić się z obowiązku uzupełnienia zachowku, ale musi wówczas wydać przedmiot darowizny uprawnionemu.

¹⁷ Tak: E.Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Warszawa 2013, s. 192; E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 345.

Zgodnie z treścią art. 1007 k.c., roszczenia uprawnionego z tytułu zachowku oraz roszczenia spadkobierców o zmniejszenie zapisów zwykłych i poleceń przedawniają się z upływem lat pięciu od ogłoszenia testamentu. Roszczenie przeciwko osobie obowiązanej do uzupełnienia zachowku z tytułu otrzymanego od spadkodawcy zapisu windykacyjnego lub darowizny przedawnia się z upływem lat pięciu od otwarcia spadku. Początek biegu terminu przedawnienia wyznacza sąd, umieszczając na testamencie wzmiankę o dacie otwarcia i ogłoszenia testamentu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 kwietnia 2009 r.¹⁸, wniesienie pozwu z żądaniem zapłaty zachowku przerywa bieg przedawnienia całego roszczenia, nawet jeżeli kwota zachowku okaże się wyższa od żądanej w pozwie.

Zgodnie z tezą wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 maja 1999 r.¹⁹, zgłoszenie przez uczestnika postępowania w sprawie o stwierdzenie nabycia spadku zarzutu nieważności testamentu przerywa bieg przedawnienia jego roszczenia o zachówek. Nie oznacza to, że do czasu wyjaśnienia sprawy ważności testamentu termin z art. 1007 § 1 k.c. w ogóle nie zaczyna biec. Przerwanie terminu dotyczy tylko własnego roszczenia o zachówek uczestnika postępowania sprawy o stwierdzenie nabycia spadku, w której kwestionowana była ważność testamentu, a nie innych osób, ewentualnie uprawnionych, np. zstępnych tego uczestnika.

Bieg terminu przedawnienia roszczenia o zachówek rozpoczyna się w dacie uprawomocnienia postanowienia kończącego postępowanie o zmianę postanowienia o stwierdzeniu nabyciu spadku, które obaliło domniemanie, że powód dochodzący zachowku jest spadkobiercą. Jednocześnie – jak określa Sąd Najwyższy – bieg przedawnienia roszczenia o zachówek nie rozpocznie się, jeśli uprawniony nie wie o swoim prawie²⁰.

Jak widać, prawo spadkowe zostało bardzo mocno oparte na więziach rodzinnych, a instytucja zachowku służy ochronie interesów najbliższych osób spadkodawcy.

Summary

The claim on the heir to supplement a legitim

Key words: legitim, inheritance, civil law, inheritance law, will.

Inheritance law is strongly based on the family ties, and the institution of legitim serves a purpose to protect the interests of testator relatives. Freedom of drawing up a will is one of the fundamental rules of the Polish

¹⁸ Sygn. III CSK 298/2008, Legalis.

¹⁹ Sygn. III CKN 251/98, Legalis.

²⁰ Por. wyrok SN z dnia 17 września 2010 r., sygn. II CSK 178/10.

law. However, this may result in the situation, when the interests of testator relatives would be affected. Therefore, the aim of the institution of legitim is to protect those interests. Entitled to legitim, in accordance with Polish law are the descendants, spouse, and parents who would be called to coming into inheritance by the will. It deals with the claim on the heir to supplement a legitim when authorised to inheritance can not receive to due legitim from heir. In practice, this claim is of importance as preventive function.

Katarzyna Ciućkowska-Leszczewicz
Katedra Prawa Cywilnego
Wydział Prawa i Administracji UWM

Spółka cicha jako typ spółki cywilnej? Rozważania na gruncie prawa Polski, Austrii, Niemiec i Francji

Wprowadzenie

Spółka cicha, uprzednio uregulowana w kodeksie handlowym¹, obecnie stanowi umowę nienazwaną zawieraną przez strony w oparciu o wyrażoną w art. 353¹ k.c.² zasadę swobody umów. Tradycyjnie rozumiana jest jako umowa, na podstawie której jeden ze wspólników (wspólnik cichy) zobowiązuje się do wniesienia wkładu o charakterze majątkowym do przedsiębiorstwa prowadzonego przez drugiego wspólnika, przy czym wspólnik cichy nie odpowiada wobec wierzycieli za zobowiązania przedsiębiorcy. Tak pojmowana umowa spółki cichej łączy w sobie funkcje charakterystyczne dla spółki cywilnej oraz umowy pożyczki.

Ten rodzaj umownego zobowiązania stron znany jest w prawie austriackim i niemieckim pod nazwą *Sille Gesellschaft*, a w prawie francuskim jako *société en participation occulte*. Charakterystycznym jest to, że powołane porządki prawne uznają, co do zasady³, spółkę cichą za jeden z typów spółki cywilnej konstruującej czysto wewnętrzny stosunek zobowiązaniowy pomiędzy wspólnikami, który nie odnosi skutków w stosunkach z osobami trzecimi. Zatem wspólnik w stosunkach zewnętrznych działa we własnym imieniu, sam też odpowiada za powstałe z tego tytułu zobowiązania.

W prawie polskim podział spółek cywilnych na te o charakterze zewnętrznym i wewnętrznym funkcjonuje wyłącznie w rozważaniach teoretycz-

¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. nr 57, poz. 502 z późn. zm.) – dalej: k.h.

² Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.) – dalej: k.c.

³ Spośród wymienionych francuska *société en participation* cechuje się nieco innym charakterem, o czym w dalszej części.

nych. Wobec treści przepisów art. 860 k.c. i następnych ustawodawca polski wykluczył możliwość zawierania nazwanych spółek cywilnych o charakterze wewnętrznym. W szczególności wyartykułowana w art. 864 k.c. zasada solidarnej odpowiedzialności wspólników nie pozostawia wątpliwości co do charakteru prawnego tej umowy.

Niniejszy artykuł omawia problematykę spółki cichej w prawie polskim. Jego celem jest określenie charakteru prawnego spółki cichej, a także ukazanie wątpliwości oraz trudności w funkcjonowaniu tej umowy w obrocie gospodarczym. Chociaż, jak to zauważono powyżej, spółka cicha w prawie polskim nie stanowi obecnie umowy nazwanej, pojawia się pytanie, czy może ona stanowić typ spółki cywilnej. Istotne narzędzie poznawcze stanowi komparatystyka, dlatego też rozważania w tym zakresie oparto o doświadczenia innych państw europejskich, takich jak Niemcy, Austria i Francja⁴.

Zewnętrzny i wewnętrzny typ spółki cywilnej

W prawie rzymskim znany był stosunek umowny (*societas*), którego treść stanowiła zobowiązanie wspólnego dążenia do osiągnięcia obranego celu, w szczególności poprzez wniesienie wkładów. Spółka w prawie rzymskim miała postać czystego stosunku obligacyjnego pomiędzy poszczególnymi wspólnikami, nie posiadała ani osobowości prawnej, ani zdolności prawnej, ani w jakikolwiek inny sposób nie odnosiła skutku wobec osób trzecich⁵. W związku z tak skonstruowanym stosunkiem umownym odpowiedzialność wspólników za zobowiązania kształtowała się inaczej niż w znanej współcześnie spółce cywilnej. Wspólnicy, realizując zadania spółki, działali we własnym imieniu i na własny rachunek, a dopiero na podstawie łączącej ich umowy spółki byli zobowiązani do rozliczenia się z dokonanych transakcji. Zatem odpowiedzialność za zaciągnięte zobowiązania i ich wykonanie spoczywała, co do zasady, tylko na wspólniku, który był stroną umowy z osobą trzecią⁶.

⁴ Szerzej na temat metody prawa porównawczego zob. J. Szczerbowski, *Ekonomiczna analiza prawa a metodologia prawa porównawczego. Wybrane zagadnienia*, [w:] *Człowiek pomiędzy prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej*, UWM, Olsztyn – Bari 2008, s. 93–97.

⁵ Odmienny charakter w prawie rzymskim posiadała spółka publikańska (*societas publicanorum*), która stanowiła odrębny od wspólników podmiot prawa wyposażony w *corpus habere*. Szerzej na temat spółek publikańskich zob. U. Malmendier, *Societas publicanorum: Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Böhlau, Köln – Weimar – Wien 2002.

⁶ Por. D.17,2,74 (Paul. 62 *ad edictum*); D.17,2,67pr. (Paul. 32 *ad edictum*); D.17,2,28 (Paul. 60 *ad edictum*); zob. również Z. Służewska, *D.17,2,82 a zasada odpowiedzialności wobec osób trzecich wspólników konsensualnej rzymskiej societas*, [w:] A. Sokala, E. Gajda, *Honeste vivere... Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, Wydawnictwo Naukowe UMK, Toruń 2001. Zaznaczyć należy, że uzyskanie przez wspólników stosunku prawnego na wzór współczesnej reprezentacji było możliwe, jednak wymagało nawiązania przez nich, obok kontraktu spółki, jeszcze innego stosunku prawnego, na podstawie którego wspólnik działał nie tylko w imieniu własnym, ale też pozostałych wspólników.

Rzymska *societas* stanowi klasyczny przykład tzw. spółki wewnętrznej. Obok spółki wewnętrznej można wyróżnić spółkę zewnętrzną, posiadającą majątek i zdolność do występowania we wspólnym imieniu i na wspólny rachunek wspólników. Podział na spółki cywilne wewnętrzne i zewnętrzne jest powszechnie przyjmowany przez doktrynę w większości państw europejskich⁷. Natomiast w polskiej doktrynie istnieje w tym zakresie różnica poglądów, gdyż część badaczy kwestionuje dopuszczalność oraz zasadność podziału spółki cywilnej na jej typ zewnętrzny i wewnętrzny. Za wyróżnieniem takiego podziału opowiadają się m.in. Anna Jędrzejewska⁸, Andrzej Dyoniak⁹, poglądy przeciwko wyrażają Krzysztof Pietrzykowski¹⁰, Dariusz Pawłyszczę¹¹.

Wśród zwolenników podziału na spółki zewnętrzne i wewnętrzne dominuje pogląd, że przesłanką kwalifikacji spółki cywilnej jako wewnętrznej jest jej niewystępowanie w obrocie w charakterze odrębnego podmiotu prawa. Wchodząc jednak w szczegóły prezentowanych przez zwolenników spółki wewnętrznej koncepcji, można dostrzec pewne różnice poglądów. Anna Jędrzejewska uznaje, że nie ma tu znaczenia reżim majątkowy występujący między wspólnikami¹². W związku z tym można wyróżnić spółkę wewnętrzną *sensu stricto*, czyli pozbawioną zarówno struktury organizacyjnej pozwalającej na występowanie na zewnątrz, jak i wspólnego majątku, oraz spółkę wewnętrzną *sensu largo*, która wprawdzie nie posiada struktury organizacyjnej, ale ma wspólny majątek¹³. Andrzej Dyoniak stoi z kolei na stanowisku, że spółka wewnętrzna może pojawić się między wspólnikami wyłącznie wówczas, gdy nie posiada majątku o charakterze wspólności łącznej¹⁴. Z istnieniem w spółce majątku autor ten wiązał bowiem podmiotowość prawną spółki cywilnej¹⁵.

Przeciwnicy rozróżnienia spółek zewnętrznych i wewnętrznych powołują się przede wszystkim na jednolitość regulacji art. 860 i nast. k.c., która nie pozostawia wątpliwości co do charakteru spółki cywilnej. Przede wszystkim zauważa się, że spółka cywilna, chociaż nie posiada osobowości prawnej, jest uznawana za korporację, a zatem za zrzeszenie osób mające na celu realizację określonych wspólnych zadań¹⁶. Z kolei spółka wewnętrzna, rozu-

⁷ Zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Heymanns Verlag, Köln – Berlin – Bonn – München 2002, s. 1766 i nast.

⁸ A. Jędrzejewska, *Typy spółki cywilnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1993, nr 3, s. 10.

⁹ A. Dyoniak, *Umowa spółki cywilnej ze skutkiem wewnętrznym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994, nr 6, s. 16 i nast.

¹⁰ K. Pietrzykowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450–1088. Tom II*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 828.

¹¹ D. Pawłyszczę, *Reprezentacja w spółce cywilnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 11, s. 28.

¹² A. Jędrzejewska, *Typy spółek...*, s. 10.

¹³ A. Herbet, *Spółka cywilna. Konstrukcja prawna*, C. H. Beck, Warszawa 2008, s. 244.

¹⁴ A. Dyoniak, op. cit., s. 16 i nast.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ K. Pietrzykowski, op. cit., s. 827.

miana jako wielostronny stosunek zobowiązaniowy¹⁷, odnosi się wyłącznie do stosunków między współnikami, którzy nie występują na zewnątrz jako organizacja, ale jako pojedyncze osoby samodzielnie odpowiadające za zobowiązania. W konsekwencji spółka wewnętrzna może być traktowana wyłącznie jak swoista umowa nienazwana, do której jedynie w drodze analogii można stosować niektóre przepisy o spółce cywilnej¹⁸. Krzysztof Pietrzykowski wskazuje, że jako przykład takiej spółki najczęściej podaje się spółkę cichą¹⁹.

Konstrukcja spółki cichej w Austrii, w Niemczech i we Francji

Prawo austriackie i niemieckie dopuszcza funkcjonowanie spółek cywilnych zarówno w formie tzw. spółki zewnętrznej (*Außengesellschaft*), jak i tzw. spółki wewnętrznej (*Innengesellschaft*), chociaż zaznaczyć należy, że ten drugi typ spółki ma mniejsze znaczenie w obrocie gospodarczym.

Austriacki kodeks cywilny²⁰ nie zawiera szczególnych regulacji odnoszących się wprost do spółki wewnętrznej. Powszechnie akceptuje się pogląd, że zawieranie tego typu spółek wynika z treści § 1175 ABGB, w którym austriacki ustawodawca definiuje spółkę cywilną. Zgodnie z treścią tego przepisu, spółka cywilna stanowi umowę, w której dwie albo więcej osób uzgadnia połączenie swoich starań lub rzeczy dla osiągnięcia wspólnej korzyści, polegającej na wspólnym zarobku. Z definicji zawartej w § 1175 wynika, że spółka stanowi dwu- lub wielostronny stosunek zobowiązaniowy, nie posiada osobowości prawnej ani zdolności prawnej, nie może być zatem podmiotem praw i obowiązków. Zawarta w § 1175 ABGB dość szeroka definicja spółki cywilnej daje stronom możliwość tworzenia spółek wewnętrznych i zewnętrznych w ramach umowy nazwanej.

Austriacki ustawodawca zawarł szczególną regulację odnoszącą się do spółki cichej (*Sille Gesellschaft*) – § 1204 ABGB określa zasady, na jakich odpowiedzialność za zobowiązania ponoszą współnicy takich spółek. Wówczas uczestnik spółki, który nie został ujawniony jako współnik w stosunkach zewnętrznych, a jego rola sprowadza się wyłącznie do wniesienia kapitału do spółki, ponosi odpowiedzialność za zobowiązania jednak tylko do wysokości wniesionych środków, natomiast pozostali współnicy odpowiadają z całego majątku. Szczególna regulacja odnosząca się do spółki cichej nie oznacza, że stanowi ona odrębną od zdefiniowanej w § 1175 ABGB spółki umowę nazwaną. Spółka cicha uznawana jest za szczególny typ tzw. spółki wewnętrznej.

¹⁷ Zob. J. Ciszewski, *Spółka cywilna*, Ars boni et aequi, Poznań 2000, s. 96.

¹⁸ K. Pietrzykowski, op. cit., s. 828.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* – ustawa wprowadzona patentem cesarskim z 1 czerwca 1811 r. (JGS nr 946/1811) – dalej: ABGB.

Niemiecki kodeks cywilny²¹, konstruując umowę spółki przede wszystkim za pomocą przepisów o charakterze dyspozytywnym, w rezultacie dopuszcza funkcjonowanie w obrocie prawnym różnych typów *BGB-Gesellschaft* oraz pozwala na szerokie kształtowanie *in concreto* treści tego stosunku prawnego na podstawie zasady swobody umów²². W ten sposób w prawie niemieckim, podobnie jak w prawie austriackim, ugruntowany jest podział spółek cywilnych na spółki zewnętrzne (*Außengesellschaft*) i spółki wewnętrzne (*Innengesellschaft*).

Doktryna niemiecka za zasadnicze kryterium odróżniające typ wewnętrzny od zewnętrznego typu *BGB-Gesellschaft* uznaje występowanie wspólnego majątku. W przypadku niemieckich spółek wewnętrznych nie dochodzi co do zasady do wykształcenia majątku spółki, chociaż nie jest to wykluczone. Wówczas powstały w ramach takiej spółki majątek stanowi może wyłącznie współwłasność wspólników w częściach ułamkowych²³. Z kolei w ramach spółki zewnętrznej dochodzi do wykształcenia majątku opartego na wspólności łącznej²⁴.

Za szczególny typ spółki wewnętrznej uważa się spółkę cichą (*Sille Gesellschaft*), rozumianą jako umowa, w ramach której wspólnik cichy zobowiązuje się do wniesienia wkładu do majątku wspólnika głównego w zamian za udział w zysku z jego działalności. Doktryna niemiecka odróżnia przy tym spółkę cichą wynikającą z przepisów niemieckiego kodeksu cywilnego od spółki cichej uregulowanej w kodeksie spółek handlowych²⁵ w § 230–236. Podstawowym kryterium odróżniającym spółkę cichą „cywilną” od „handlowej” stanowi charakter prowadzonej działalności przez wspólnika głównego. W konsekwencji, jeżeli prowadzona działalność wspólnika głównego polega na prowadzeniu działalności gospodarczej w rozumieniu §§ 1–7 HGB, będziemy mieli do czynienia ze spółką cichą wynikającą z regulacji prawa handlowego²⁶.

²¹ *Bürgerliches Gesetzbuch* – ustawa z 18 sierpnia 1896 r. (RGBl. 1896 I S. 195) – dalej: BGB.

²² Por. M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle prawa polskiego i niemieckiego*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008, s. 189.

²³ Por. K. Schmidt, *Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteil fähig*, NJW 2001, nr 14, s. 1001.

²⁴ W niemieckiej spółce cywilnej wykształciła się konstrukcja wspólności do niepodzielnej ręki (*Gesamthand* albo *Gemeinschaft zur gesamten Hand*), konstruująca współwłasność łączną i niepodzielną, szerzej zob. B. Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 2: *Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil*, R. v. Decker, Berlin 1989, s. 989. Konstrukcja wspólności do niepodzielnej ręki została zaczerpnięta z prawa niemieckiego do polskiej spółki cywilnej, chociaż nie w takim samym kształcie jak w niemieckim BGB. Szerzej zob. M. Podleś, op. cit., s. 104.

²⁵ *Handelsgesetzbuch* – ustawa z 10 maja 1897 r. (RGBl. 1897, 219) – dalej: HGB.

²⁶ Por. M. Podleś, op. cit., s. 190 i literatura tam powoływana w przypisie 136. Szerzej na temat spółki cichej uregulowanej w HGB zob. F. Wooldridge, *The German limited and silent partnerships*, „Amicus Curiae Issue” 2009, nr 80, s. 29–32.

Prawo francuskie obok *société civile* za szczególny typ francuskiej spółki uregulowanej w kodeksie cywilnym²⁷ uznaje spółkę partycypacyjną (*société en participation* – *SEP*). Przede wszystkim – w odróżnieniu od *société civile* – spółka partycypacyjna nie posiada osobowości prawnej i nie jest objęta obowiązkiem ujawnienia w rejestrze. Spółce partycypacyjnej nie została także przyznana zdolność prawna czy zdolność do czynności prawnych, nie posiada także własnego majątku. Wspólnicy spółki partycypacyjnej mają sporą swobodę przy określaniu obowiązujących między nimi stosunków majątkowych. Wkłady oraz nabyte w toku wspólnej działalności rzeczy mogą stanowić ich współwłasność w częściach ułamkowych bądź własność tylko jednego wspólnika. Jeżeli umowa nie zawiera postanowień w tym zakresie, każdy wspólnik pozostaje właścicielem rzeczy, które zobowiązał się przeznaczyć na cele związane działalnością spółki (art. 1872 ust. 1 *Code Civil*)²⁸.

W stosunkach z osobami trzecimi wspólnicy spółki partycypacyjnej, co do zasady, działają we własnym imieniu i samodzielnie odpowiadają za zobowiązania powstałe z tego tytułu (art. 1872-1), jednak obowiązują tu pewne wyjątki. Zgodnie z treścią art. 1872-1 ust. 2 *Code Civil*, każdy ze wspólników ponosić będzie odpowiedzialność za wykonanie zobowiązania, jeżeli w chwili zawierania umowy z osobą trzecią ujawniono istnienie stosunku spółki, a czynność dokonana została na cele z nią związane. Przy czym odpowiedzialność ta będzie solidarna, jeżeli prowadzona działalność ma charakter gospodarczy, a w innych przypadkach proporcjonalna do wysokości posiadanego udziału (1872-1 ust. 2 *Code Civil*). Osobiście zobowiązanym będzie także wspólnik, który wywołał u osoby trzeciej przekonanie, że zamierza się związać skutkami czynności dokonanej przez innego wspólnika, a także ten, który aczkolwiek nie był stroną umowy, to uzyskał z niej osobistą korzyść (art. 1872-1 ust. 3 *Code Civil*).

W konsekwencji doktryna francuska wyróżnia dwa typy francuskiej spółki partycypacyjnej: *SEP occulte* (ukryta), kiedy w stosunkach z osobami trzecimi wspólnicy nie powołują się na istnienie pomiędzy nimi spółki, i *SEP ostensible* (widoczna), gdy istnienie spółki jest ujawniane w stosunkach zewnętrznych. Spośród wymienionych spółka partycypacyjna ukryta najbardziej odpowiada konstrukcji spółki cichej.

Konstrukcja spółki cichej w Polsce

Spółka cicha swego czasu uregulowana była w prawie w art. 682–695 k.h., w tej jego części, która odnosiła się do czynności handlowych, a nie spółek. Normy te uchylone zostały przez art. VI § 1 ustawy z 23 kwietnia

²⁷ *Code Civil* – ustawa z 21 marca 1804 r. (Code civil des Français: édition originale et seule officielle. A Paris, de l’Imprimerie de la République, An XII 1804).

²⁸ Na temat *société en participation* zob. J. Vallansan, E. Desmorieux, *Société en participation et société créée de fait – Aspects juridiques et fiscaux*, GLN JOLY, Paris 1996.

1964 r. – Przepisy wprowadzające kodeks cywilny²⁹. Jak wynika z art. 682 § 1 i 2 k.h., treść umowy spółki cichej zawierała zobowiązanie jednego ze wspólników (wspólnik cichy) do wniesienia wkładu o charakterze majątkowym do przedsiębiorstwa prowadzonego przez drugiego wspólnika (kupca), przy czym wspólnik cichy nie odpowiadał wobec wierzycieli za zobowiązania kupca. Uczestnictwo wspólnika cichego sprowadzało się *de facto* wyłącznie do wniesienia wkładu. Wspólnik cichy nie był stroną stosunków prawnych z kontrahentami kupca, nie odpowiadał też za powstałe z takich stosunków zobowiązania³⁰. Spółka cicha odpowiadała zatem w swej konstrukcji wewnętrznemu typowi spółki cywilnej.

W związku z tym, że regulacja tej umowy w kodeksie handlowym zawierała była w części, która odnosiła się do czynności handlowych, a nie spółek, powyższe uzasadniało traktowanie spółki cichej jako typu umowy handlowej, a w rezultacie prowadziło do uznania, że stanowi ona jedną z form spółki cywilnej³¹. Po uchyleniu przepisów dotyczących spółki cichej w kodeksie handlowym, co nastąpiło z chwilą wejścia w życie kodeksu cywilnego, część przedstawicieli doktryny nadal wysuwała postulat o uznaniu tego typu umowy za rodzaj spółki cywilnej³². Powyższe wynikało z wyczerpania przez spółkę cichą *essentialia negotii* umowy spółki cywilnej, a mianowicie działania wspólników w sposób oznaczony w celu realizacji wspólnego zamierzenia gospodarczego, w szczególności poprzez wniesienie wkładów.

Obecnie wydaje się przeważać odmienny pogląd, uznający spółkę cichą za umowę nienazwaną, podlegającą ogólnym regułom właściwym dla zobowiązań³³. Przedstawiciele takiego stanowiska wskazują, że w spółce cichej – poza nazwą, która *de facto* ma uzasadnienie historyczne i pojęciem udziału – nie pozostaje nic z umowy spółki cywilnej uregulowanej w art. 860 i nast. k.c.³⁴ Część przedstawicieli doktryny formułuje mniej radykalne poglądy i dopuszcza możliwość stosowania *per analogiam*, w braku odmiennej regulacji umownej, tych postanowień dotyczących nazwanej spółki cywilnej, które nie kolidują z istotą spółki cichej³⁵.

²⁹ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Przepisy wprowadzające kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 94 z późn. zm.).

³⁰ Zob. K. Żurek, *Spółka cicha. Charakter prawny, forma, i zalety, wzory pism*, Zakamycze 1999, s. 36–72; A. Jędrzejewska, *Ogólne założenia typowej spółki cichej na tle przedwojennej regulacji k.h.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1995, nr 2, s. 7–14.

³¹ Z. Fenichel, [w:] T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Kraków 1936, s. 1055; S. Michalski, *Spółka cicha*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1993, nr 7–8, s. 32.

³² Tak A. Jędrzejewska, *Istota spółki cywilnej o charakterze wewnętrznym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994, nr 10, s. 14.

³³ Por. m. in. P. Grzesiok, *Spółka cicha na tle pojęcia spółki (rozważania na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2003 r., III CZP 64/03)*, „Rejent” 2006, nr 10, s. 89–90; S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, Ossolineum, Wrocław 1976, s. 889; A. Koronkiewicz, *Spółka cicha w praktyce*, „Prawo Spółek” 2007, nr 7–8, s. 55–62.

³⁴ Zob. M. Pałtynowicz, *Spółka cicha wczoraj i dziś*, „Prawo Spółek” 1997, nr 2, s. 16.

³⁵ Tak A. Koronkiewicz, op. cit., s. 60.

Podzielić należy pogląd, że spółka cicha w obecnym stanie prawnym stanowi umowę nienazwaną, która podlega ogólnemu reżimowi kontraktowemu. Nie można zgodzić się jednak z twierdzeniem, że treść spółki cichej nie wyczerpuje definicji spółki cywilnej. Zarówno w jednym, jak i drugim przypadku mamy bowiem do czynienia ze zobowiązaniem się współników do działania w sposób oznaczony w celu realizacji wspólnego zamierzenia gospodarczego, w szczególności poprzez wniesienie wkładów. Przy czym zaznaczyć należy, że w spółce cichej, obok przywołanego wyżej celu, pojawia się także funkcja kredytowa, pozwalająca współnikowi na doinwestowanie swojego przedsiębiorstwa.

Wnioski

Uznanie spółki cichej za wewnętrzny typ spółki cywilnej uregulowanej normami prawa cywilnego nie wywołuje wątpliwości w prawie austriackim i niemieckim. W prawie francuskim obok klasycznej *société civile*, posiadającej osobowość prawną, z powodzeniem funkcjonuje spółka partycypacyjna, a w jej ramach spółka cicha, odpowiadająca w swej konstrukcji wewnętrznej spółce cywilnej. Z kolei na gruncie prawa polskiego zarówno zasadność konstruowania podziału spółki cywilnej na jej typ wewnętrzny i zewnętrzny, jak i możliwość uznania spółki cichej za typ spółki cywilnej stanowi przedmiot licznych kontrowersji.

Rozróżnienie spółek cywilnych wewnętrznych i zewnętrznych uznać należy za uzasadnione. Taki podział jest uzasadniony z dogmatycznego i praktycznego punktu widzenia³⁶. Niewątpliwie obrany przez ustawodawcę polskiego sposób regulacji spółki cywilnej wyklucza pojawienie się w jej ramach spółki o charakterze wewnętrznym, jednak nie ma przeszkód, żeby tego typu spółki były zawierane przez strony w oparciu o wyrażoną w art. 353¹ k.c. zasadę swobody umów. W sytuacji, gdy zawarta w art. 860 k.c. minimalna definicja spółki cywilnej nie jest na tyle wyraźna, żeby wynikało z niej w sposób jednoznaczny wykreowanie przez strony stosunku prawnego odnoszącego skutki względem osób trzecich, podział na wskazane typy spółki cywilnej daje możliwość uporządkowania i zrozumienia istoty każdej form zjawiskowych spółki. Dopuszczając podział spółki cywilnej na jej typ wewnętrzny i zewnętrzny, nie ulega wątpliwości, że spółka cicha stanowi jedną z postaci cywilnej spółki wewnętrznej, która w obecnym stanie prawnym stanowi umowę nienazwaną.

³⁶ Podobne stanowisko zajmuje A. Herbet, op. cit., s. 246.

Summary

Silent partnership as the type of civil law partnership? Considerations on the basis of Polish, Austrian, German and French law

Key words: silent partnership, société en participation, inner partnership, unnamed contract.

Silent partnership gives partner a possibility to participate in business carried out by the other partner without the risk of incurring liability for obligations arising in connection with the company. This contractual relationship may be regarded as an attractive way to invest capital. The legal construction of silent partnership is similar to civil-law partnership, which in practice raises a number of controversies. Too vague agreement of silent partnership may result in creating civil-law partnership, including of joint and several liability for the obligations of the partners. This article attempts to identify the essential elements of silent partnership and determine its position in relation to a civil-law partnership.

Sylwia Łazarewicz

Katedra Prawa Gospodarczego

Wydział Praw i Administracji UWM

Kilka uwag o charakterze sankcji sprzecznych z ustawą uchwał wspólników spółek kapitałowych

Uwagi wprowadzające

Przepisy kodeksu spółek handlowych¹ umożliwiają zaskarżanie wadliwych uchwał wspólników spółek kapitałowych w drodze powództwa o stwierdzenie nieważności oraz powództwa o uchylenie uchwały. Zgodnie z zamierzeniem ustawodawcy, ukształtowanie dwóch odrębnych instrumentów miało wprowadzać klarowny podział na uchwały zaskarżalne oraz uchwały nieważne z mocy prawa. Po latach obowiązywania nowego kodeksu w dalszym ciągu toczy się spór, jaką w istocie sankcję przewidziano dla sprzecznych z ustawą uchwał wspólników spółek kapitałowych. Czy art. 252 § 1 (art. 425 § 1) k.s.h.² odwołuje się do **sankcji nieważności bezwzględnej**, o jakiej mowa w art. 58 § 1 k.c., czy też wprowadza **odrębny rodzaj sankcji** cywilnoprawnej, kwalifikowanej nawet jako nieważność względna (wzruszalność)? Polaryzacja stanowisk w doktrynie znalazła swój wyraz również w orzecznictwie, które pozostaje podzielone, i to pomimo uchwały 7 sędziów z 1 marca 2007 r.³, gdzie SN opowiedział się za drugim z omawianych stanowisk, tj. brakiem możliwości zastosowania art. 58 § 1 k.c. do oceny skutków prawnych wadliwych uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych⁴.

¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 1030) – dalej: k.s.h.

² Stosownie do treści art. 252 § 1 (art. 425 § 1) k.s.h. podmiotom wymienionym w art. 250 (art. 422 § 2) k.s.h. przysługuje prawo do wytoczenia przeciwko spółce powództwa o stwierdzenie nieważności sprzecznej z ustawą uchwały wspólników spółki z o.o. oraz spółki akcyjnej.

³ Uchwała (7) SN z 1 marca 2007 r., III CZP 94/06, OSNC 2007, nr 7–8, poz. 95. To orzeczenie wyznaczyło konsekwentną linię orzecznictwa; por. np. wyrok SN z 13 maja 2011 r., V CSK 361/10, Lex 10013; wyrok SN z 24 lutego 2011 r., III CSK 150/10, „Palestra” 2011, nr 5–6, s. 157.

⁴ M. Pyka, *Niedopuszczalność stosowania art. 58 k.c. do oceny skutków prawnych nieważności uchwały zgromadzeń spółek kapitałowych*, „Glosa” 2013, nr 1, s. 65.

Jedyną okolicznością bezsporną, zarówno w opinii przedstawicieli nauki prawa, jak i judykatury, jest fakt, że wyrok stwierdzający nieważność uchwały wspólników sprzecznej z ustawą ma charakter *ex tunc*, tj. wywiera skutek od momentu jej podjęcia. Niemniej już charakter tego wyroku (deklaratoryjny bądź konstytutywny), a także status uchwały w okresie poprzedzającym jego wydanie jest wysoce sporny⁵.

Wbrew pozorom charakter prawny sankcji wadliwych uchwał wspólników spółek kapitałowych nie jest wyłącznie kwestią doktrynalnego zaszeregowania, ale ma daleko idące konsekwencje praktyczne. Stąd też w dniu 7 lutego 2013 r. Pierwszy Prezes SN wniósł o podjęcie przez skład 7 sędziów SN uchwały w przedmiocie charakteru prawnego sprzecznych z ustawą uchwał wspólników spółki z o.o. i akcjonariuszy spółki akcyjnej, pytając: czy są one bezwzględnie nieważne, czy też należy przyjąć ich wzruszalność, orzekaną konstytutywnie przez sąd?

W przededniu ogłoszenia stanowiska Sądu Najwyższego warto się zatem pokusić o wskazanie argumentów, które przy rozstrzygnięciu przedmiotowego zagadnienia powinny być brane pod uwagę.

Sankcja bezwzględnej nieważności uchwał wspólników sprzecznych z ustawą

W polskiej nauce prawa zasadniczo wskazuje się na cztery rodzaje nieważności czynności prawnych: czynności **nieważne bezwzględnie**, czynności **nieważne względnie** (nazywane też wzruszalnymi lub unieważnialnymi), czynności **niezupełne** (których bezskuteczność jest zawieszona, zwane też „kulejącymi”), czynności **względnie bezskuteczne**⁶. Poza tą klasyfikacją pozostają przypadki, w których nie sposób oceniać ważność podjętej czynności prawnej⁷, ponieważ jest ona dotknięta tak ciężkimi wadami, iż nie może być traktowana jako oświadczenie woli⁸.

Przepis art. 58 § 1 k.c. stanowi, iż: „czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy”. Choć cytowany przepis nie wskazuje, jakie cechy powinna mieć nieważność

⁵ T. Szczurowski, *Wadliwość czynności prawnych spółek kapitałowych na tle sankcji kodeksu cywilnego*, Warszawa 2012, s. 301–302.

⁶ Por. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998, s. 327 i nast.; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1999, s. 292 i nast.

⁷ Por. Z. Radwański, op. cit., s. 292–293.

⁸ J. Szwaja, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 301–458 k.s.h.*, wyd. 2, Beck 2008, Legalis, komentarz do art. 425 k.s.h., Nb 3.

bezwzględna, to na ogół przyjmuje się, że charakteryzują ją: nieważność czynności prawnej z mocy prawa od początku, tj. od momentu jej dokonania (*ipso iure*), możliwość powołania się na nią przez każdego, kto ma interes prawny w dowolnym czasie oraz uwzględnianie tego stanu przez sąd z urzędu w każdym postępowaniu, co do zasady definitywny charakter⁹, a zatem brak możliwości konwalidacji nieważności¹⁰.

Wypowiedzi zwolenników przypisania sprzecznym z prawem uchwałom spółników spółek kapitałowych sankcji bezwzględnej nieważności oparte są na podobnej argumentacji. Traktują oni przepisy kodeksu spółek handlowych dotyczące zaskarżania uchwał (tj. ograniczenie kręgu legitymowanych do wytoczenia powództwa oraz terminu, w którym można taki pozew złożyć) wyłącznie jako regulacje proceduralne, materialnoprawnej podstawy nieważności upatrując w art. 58 § 1 k.c.

Na poparcie takiego stanowiska przytaczane są argumenty wynikające z wykładni literalnej, systemowej oraz funkcjonalnej regulacji powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały. Przedstawiciele doktryny wskazują na niecelowość wyodrębniania powództwa o uchylenie (które niewątpliwie skutkuje wzruszeniem uchwały) od powództwa o stwierdzenie nieważności, jeśli by w obu przypadkach obarczać uchwałę tą samą sankcją¹¹. Tę argumentację wspiera wykładnia literalna art. 252 § 1 (art. 425 § 1) k.s.h., gdzie mowa jest jedynie o stwierdzeniu nieważności uchwały¹². Taka redakcja przepisów przemawia za stanowiskiem, iż sąd swym orzeczeniem nie unieważnia uchwały, lecz jedynie stwierdza, tj. urzędowo i oficjalnie ustala, że uchwała już wcześniej nie była ważna¹³.

Zwolennicy przypisania uchwałom sprzecznym z ustawą sankcji nieważności bezwzględnej przyjmują również, że przemawia za nią także przepis art. 252 § 4 (art. 425 § 4) k.s.h., który zezwala na podniesienie zarzutu nieważności uchwały, mimo że nie została ona stwierdzona wyrokiem sądowym. Skoro bowiem ustawodawca zezwolił na powołanie się na nieważność uchwały, mimo braku uprzedniego rozstrzygnięcia sądowego tej kwestii, oznacza to, że nieważność istnieje z mocy prawa. Trzeba też zauważyć, iż gdyby rzeczywiście do unieważnienia uchwały dochodziło jedynie poprzez wydanie orzeczenia, to brak wyroku oznaczałby, że uchwała pozostaje w mocy – podniesienie wówczas zarzutu nieważności byłoby bezpodstawne¹⁴.

⁹ Poza wyjątkami zob. np. art. 14 § 2 k.c., art. 945 § 2 k.c., art. 17 § 2 k.s.h.

¹⁰ Por. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, op. cit., s. 328–329; Z. Radwański, op. cit., s. 293–294; S. Rudnicki, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2001, t. 1, s. 191–192; P. Księżak, [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Część ogólna*, Warszawa 2009, komentarz do art. 58 k.c.

¹¹ T. Szczurowski, op. cit., s. 301–302.

¹² M. Gutowski, *Sankcja nieważności na tle uchwał organów spółek kapitałowych*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2007, nr 12, s. 22.

¹³ J. Szwaja, op. cit., komentarz do art. 425 k.s.h., Nb 5.

¹⁴ T. Szczurowski, op. cit., s. 304–306.

Za poglądem, w myśl którego w art. 252 § 1 i w art. 425 § 1 k.s.h. ustawodawca przewidział sankcję bezwzględnej nieważności, najmocniej jednak przemawia argument, iż konieczność respektowania bezprawnej uchwały do czasu stwierdzenia jej nieważności przez sąd¹⁵ (przy z reguły długim okresie oczekiwania na uprawomocnienie się wyroku) skłania do podejmowania bezprawnych rozstrzygnięć, które w okresie sporu wiązać będą spółkę i jej organy oraz wywoływać skutki wobec osób trzecich¹⁶.

Na gruncie obowiązującej regulacji kodeksu spółek handlowych większość przedstawicieli nauki prawa uznaje zatem, że w przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia z sankcją nieważności bezwzględnej (w rozumieniu art. 58 § 1 k.c.) bądź z jej zmodyfikowaną postacią¹⁷. Zgodnie z tym poglądem, uchwała sprzeczna z ustawą jest więc nieważna z mocy prawa, a wyrok sądu zapadły na skutek powództwa wniesionego na podstawie art. 252 lub art. 425 k.s.h. ma powyższą okoliczność jedynie potwierdzić orzeczeniem o charakterze deklaracyjnym¹⁸.

Prawdą jest, że trudno uznać sankcję wynikającą z art. 252 (art. 425) k.s.h. za nieważność bezwzględną w rozumieniu art. 58 § 1 k.c. Rację mają ci przedstawiciele doktryny, którzy wskazują, że nieważność uchwały nie spełnia przynajmniej trzech podstawowych cech charakteryzujących nieważność bezwzględną: nie może być przez sąd uwzględniona z urzędu, do skutecznego

¹⁵ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 17B, s. 593–594. Por. polemiki co do skutków dla ochrony obrotu: S. Sołtysiński, *Nieważne i wzruszalne uchwały zgromadzeń spółek kapitałowych*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2006, nr 1, s. 8–9; M.S. Tofel, *Nieważność uchwał na gruncie art. 252 § 1 k.s.h. i art. 425 § 1 k.s.h.*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2006, nr 8, s. 20–22; A. Zbiegień-Turzańska, *Sankcje wadliwych uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych i spółdzielni*, Warszawa 2012, s. 174–175.

¹⁶ M. Spyra, [w:] S. Włodyka (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 2: *Prawo spółek handlowych*, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 1286–1287.

¹⁷ Tak m.in. S. Sołtysiński, *Nieważne i wzruszalne uchwały...*, s. 10–12; idem [w:], *System Prawa Prywatnego*, t. 17B, s. 592 i nast.; M. Gutowski, op. cit., s. 19 i nast.; J.P. Naworski, [w:] R. Potrzeszcz, T. Siemiątkowski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Spółka akcyjna*, Warszawa 2003, s. 808; K. Strzelczyk [w:], R. Potrzeszcz, T. Siemiątkowski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Spółka z o.o.*, Warszawa 2011, s. 500; A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. I, Warszawa 2007, s. 1047; R. Czerniawski, *Komentarz do art. 425 kodeksu spółek handlowych*, Warszawa 2004, s. 570; R. Pabis, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski i in., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 2, Beck 2012, Legalis, komentarz do art. 252 k.s.h., Nb 9; A. Szajkowski, M. Tarska, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. II, komentarz do art. 252 k.s.h., Nb 2; J. Bieniak, M. Bieniak, [w:], J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski i in., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, komentarz do art. 425 k.s.h., Nb 1; M. Litwińska-Werner, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 666–667; E. Marszałkowska-Krzyszewska, [w:] J. Okolski (red.), *Spółka akcyjna. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 294; M. Wilejczyk, *Stosowanie przepisów kodeksu cywilnego do wadliwych uchwał zgromadzeń wspólników spółek kapitałowych*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2012, nr 4, s. 24; T. Szczurowski, op. cit., s. 306–308; M. Spyra, [w:] S. Włodyka (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 2, s. 1286–1287; M. Rodzyniecki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 468; W. Jurcewicz, *Nieważność uchwał w spółkach kapitałowych*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2008, nr 5, s. 17–20.

¹⁸ A. Zbiegień-Turzańska, op. cit., s. 172–173.

powołania się na nią konieczne jest co do zasady uzyskanie wyroku sądowego stwierdzającego tę nieważność, a nie jest on też wydawany wskutek powództwa opartego na art. 189 k.p.c.¹⁹ Niemniej jednak należy przyjąć, że nieważność uchwał organów właścicielskich spółek kapitałowych stanowi zmodyfikowaną w stosunku do tradycyjnej sankcję bezwzględnej nieważności, zmodyfikowaną, lecz spełniającą zarazem jej zasadniczą cechę, którą jest nieważność uchwały *ex lege*, tj. od chwili jej podjęcia (*ab initio*)²⁰.

Odmienne od nieważności bezwzględnej sankcja uchwał wspólników sprecznych z ustawą

W nauce prawa wyrażane jest także odmienne zapatrywanie, zgodnie z którym ustawodawca przewidział w art. 252 i 425 k.s.h. sankcję nieważności względnej²¹. Trzeba jednak zaznaczyć, że część przedstawicieli doktryny, sprzeciwiając się kwalifikowaniu sankcji ustanowionej we wspomnianych przepisach jako nieważności bezwzględnej, nie posługuje się pojęciem wzruszalności²², poprzestając na zanegowaniu skutku w postaci nieważności z mocy prawa.

Co ciekawe, na poparcie i tego stanowiska przywoływane są argumenty wywiedzione z wykładni literalnej, funkcjonalnej i systemowej regulacji dotyczącej zaskarżenia sprecznych z ustawą uchwał organów właścicielskich spółek kapitałowych.

Wbrew wcześniej przedstawionym poglądom zwolennicy sankcji odmiennej od nieważności bezwzględnej argumentują, że samo literalne brzmienie przepisów nie pozwala na akceptację poglądu, że uchwała spreczna z ustawą jest nieważna *ex lege*. Choć *prima facie* posłużenie się zwrotami mówiący-

¹⁹ T. Szczurowski, op. cit., s. 304.

²⁰ M. Wilejczyk, op. cit., s. 24–25.

²¹ Tak m.in. J. Frąckowiak, [w:] W. Pyziół (red.), *Kodeks spółek handlowych*, komentarz do art. 425 k.s.h., Nb 1; idem, [w:] K. Kruczałak (red.), *Kodeks spółek handlowych*, komentarz do art. 425 k.s.h., s. 687, Nb 1; J. Szwaja, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. III, komentarz do art. 425 k.s.h., Nb 5; A. Rachwał, [w:] S. Włodyka (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 2A, s. 998, Nb 298; K. Zawada, *Zaskarżenie uchwał wspólników spółki z o.o. oraz uchwał wlanego zgromadzenia akcjonariuszy*, [w:] A. Nowicka (red.), *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, Poznań 2005, s. 600; M. S. Tofel, *Nieważność uchwał...*, s. 19 i nast.; M. S. Tofel, A. Pęczyk-Tofel, *Sprzeczne z ustawą uchwały zgromadzeń w spółkach kapitałowych*, cz. II, „Prawo Spółek” 2008, nr 10, s. 36 i nast.; G. Cern, *Problem nieważności uchwał z mocy prawa*, „Prawo Spółek” 2010, nr 7–8, s. 38; A. Zbiegień-Turzańska, op. cit., s. 176–177; A. Bilewska, *Dopuszczalność stwierdzenia nieważności uchwały zgromadzenia wspólników na podstawie art. 58 KC – glosa – I CSK 94/09*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 18, s. 1029.

²² Por. J. Frąckowiak, *Uchwały zgromadzeń wspólników spółek kapitałowych sprzeczne z ustawą*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 11, s. 11 i nast.

mi o nieważności i stwierdzeniu nieważności sprzecznej z ustawą uchwały mogłoby sugerować sankcję nieważności bezwzględnej, to **o charakterze sankcji nie przesądza użyta przez ustawodawcę terminologia**. Wykładnia literalna art. 252 § 1 i art. 425 § 1 k.s.h. prowadzi jedynie do wniosku, iż możliwe jest stwierdzenie nieważności uchwały, nie daje natomiast odpowiedzi na pytanie, od jakiego momentu istniałaby potencjalna nieważność oraz nie determinuje charakteru orzeczenia stwierdzającego sprzeczność uchwały z ustawą²³.

Za niestosowaniem najostrejszej sankcji prawa materialnego do sprzecznych z prawem uchwał wspólników jednoznacznie przemawia także **względ na bezpieczeństwo obrotu gospodarczego**²⁴. Przewidziane w art. 252 (art. 425) k.s.h. powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały zostało wprowadzone przez ustawodawcę właśnie po to, by w odniesieniu do uchwał wspólników uniknąć działania klasycznej sankcji nieważności bezwzględnej z art. 58 § 1 k.c. Rozwiązanie to gwarantuje stabilność obrotu, bowiem do momentu stwierdzenia nieważności w postępowaniu sądowym uchwała funkcjonuje w obrocie prawnym i wywołuje skutki prawne²⁵. Przyjęcie dopuszczalności zastosowania art. 58 § 1 k.c. jako podstawy bezwzględnej nieważności uchwały, a zatem dopuszczenie możliwości powoływania się na nią w sytuacji, gdy nie został wydany prawomocny wyrok stwierdzający tę wadliwość, rodzi niebezpieczeństwo manipulowania zarzutem sprzeczności uchwały z prawem. Jest ono tym poważniejsze, że kodeks spółek handlowych nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych unormowań, na podstawie których można wskazać przyczyny nieważności uchwały²⁶. Przeciw sankcji nieważności bezwzględnej w odniesieniu do uchwał wspólników zdają się zatem przemawiać względy funkcjonalne oraz *ratio legis* mechanizmu zaskarżania uchwał uregulowanego w kodeksie spółek handlowych. Trudno sobie bowiem wyobrazić konsekwencje, do jakich prowadziłyby podważenie uchwał wspólników podjętych w ciągu kilku lat istnienia spółki²⁷.

Autorzy kwestionujący pogląd o nieważności bezwzględnej sprzecznych z ustawą uchwał wspólników podnoszą także, że art. 252 § 1 i art. 425 § 1 k.s.h.

²³ A. Pęczyk-Tofel, M.S. Tofel, *Wpływ wadliwych aktów głosowania na ważność uchwał zgromadzeń w spółkach kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 8, s. 23.

²⁴ Taki argument został podniesiony w wyroku SN z dnia 13 lutego 2004 r., II CK 438/02, OSP 2006, z. 5, poz. 53. Tak też: J. Frąckowiak, *Uchwały...*, s. 9 i nast.; A. Koch, *Sankcja nieważności niektórych czynności prawnych spółek kapitałowych, dokonanych bez uchwały wspólników*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian...*, s. 6; K. Zawada, op. cit., s. 600 za: B. Stelmach, *Zaskarżanie uchwał wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i walnego zgromadzenia akcjonariuszy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012, z. 2, s. 376–377.

²⁵ M. Pyka, op. cit., s. 69–70.

²⁶ A. Koch, *Charakter sankcji wobec sprzecznych z prawem uchwał spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 2, s. 6; por. także J. Frąckowiak, *Głosa do wyroku SN z 22.04.1999 r., II CKN 266/98*, OSP 2000, nr 4, poz. 64.

²⁷ K. Osajda, *Wadliwe uchwały organów spółek kapitałowych w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Głosa” 2012, nr 2, s. 17.

są tymi przepisami szczególnymi, o których wspomina ustawodawca w art. 58 § 1 *in fine* k.c., stanowiąc, że właściwy przepis może przewidywać inny skutek dokonania czynności niezgodnej z ustawą lub celem jej obejścia²⁸. Zważywszy bowiem, iż ustawodawca przewidział odmienny katalog przesłanek nieważności oraz stwierdzenia nieważności odpowiednio w świetle kodeksu cywilnego i kodeksu spółek handlowych²⁹, należy zatem przyjąć, że art. 252 § 1 i art. 425 § 1 k.s.h. stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego.

Także dopuszczalność powoływania się na zarzut nieważności (art. 252 § 4 i art. 425 § 4 k.s.h.) nie może stanowić argumentu na rzecz uznania, że sprzeczne z ustawą uchwały są dotknięte sankcją nieważności *ex lege*. Podniesienie zarzutu nieważności uchwały nie oznacza bowiem, że jako nieważna zniknie ona z obrotu. Wręcz przeciwnie – zostanie ona pozbawiona skutków prawnych jedynie w stosunkach pomiędzy spółką a osobą, która taki zarzut podniosła i tylko w postępowaniu, w ramach którego podniesiono zarzut. Ponieważ sąd nie może uwzględnić z urzędu nieważności uchwały, wobec pozostałych podmiotów uchwała będzie ważna. Zarzut z art. 252 § 4 i art. 425 § 4 k.s.h. ma bowiem charakter jedynie obronny i z całą pewnością nie może stanowić podstawy powództwa. Jego funkcja sprowadza się więc wyłącznie do możliwości obrony przed negatywnymi konsekwencjami wynikającymi z funkcjonowania w obrocie sprzecznej z prawem uchwały³⁰.

Najdonioślejszym argumentem przywoływanym przez przeciwników sankcji bezwzględnej nieważności uchwał jest jednak powołanie się na istnienie w kodeksie spółek handlowych kompleksowego i autonomicznego systemu usuwania z obrotu wadliwych uchwał wspólników spółek kapitałowych. Zgodnie z art. 2 k.s.h., w sprawach z zakresu organizacji i funkcjonowania spółek przesłanką stosowania przepisów kodeksu cywilnego jest brak regulacji tej kwestii w kodeksie spółek handlowych³¹. Art. 252 (art. 425) k.s.h. ujmuje regulację kwestionowania prawidłowości uchwał zgromadzeń wspólników w sposób kompleksowy pod względem podmiotowym, przedmiotowym

²⁸ Tak J. Frąckowiak, *Uchwały...*, s. 9; J. Frąckowiak, [w:] J. Frąckowiak, A. Kidyba, W. Popiołek, W. Pyziół, A. Witosz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 856–857; A. Koch, *Charakter sankcji...*, s. 9; K. Zawada, *op. cit.*, s. 601–602; M.S. Tofel, *Nieważność uchwał w świetle art. 252 § 1 k.s.h. i art. 425 § 1 k.s.h.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 8, s. 20–23; uzasadnienie uchwały SN z 1 marca 2007 r., III CZP 94/06, OSN 2007, nr 7–8, poz. 95.

²⁹ A. Pęczyk-Tofel, M.S. Tofel, *Wpływ wadliwych aktów głosowania...*, s. 23.

³⁰ B. Stelmach, *op. cit.*, s. 377–378.

³¹ Por. M. Pazdan, *Kodeks spółek handlowych a Kodeks cywilny*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 2, s. 32–33. Autor ten wskazuje, że stosowanie norm kodeksu cywilnego można dopuścić jedynie wtedy, gdy przedmiotowa kwestia nie została uregulowana w kodeksie spółek handlowych w ramach materii, w której się pojawiła i nie zachodzą przesłanki do zastosowania analogii do innych przepisów k.s.h. (*analogia legis*), brak jest również podstaw do przyjęcia tzw. regulacji negatywnej w k.s.h.

i czasowym, wskazując precyzyjnie i wyczerpująco przesłanki, tryb, terminy, osoby uprawnione oraz skutki zaskarżenia uchwały³². Zbieżność hipotezy art. 252 § 1 i art. 425 § 1 k.s.h. z hipotezą art. 58 § 1 wyklucza zatem twierdzenie o braku regulacji w kodeksie spółek handlowych, a w konsekwencji możliwość stosowania normy art. 58 § 1 k.c. za pośrednictwem art. 2 k.s.h.³³ Ponieważ rodzaj wadliwości i towarzysząca jej sankcja dają się wywieść wprost z art. 252 i 425 k.s.h., nie ma więc potrzeby sięgania do art. 58 § 1 k.c.³⁴

Przy okazji rozważania dopuszczalności zastosowania art. 58 § 1 k.c. do uchwały wspólników sprzecznej z ustawą podnoszony jest także argument oparty na wyłączeniu przez ustawodawcę w treści art. 252 § 1 i art. 425 § 1 k.s.h. możliwości stosowania w odniesieniu do uchwał art. 189 k.p.c. stanowiącego podstawę do ustalenia nieistnienia prawa lub stosunku prawnego. Brak trybu proceduralnego do uzyskania orzeczenia stwierdzającego nieważność uchwały na podstawie art. 58 k.c. uniemożliwia tym samym jego zastosowanie³⁵.

Konkluzje co do charakteru sankcji

Niewątpliwie przyjęta w kodeksie spółek handlowych regulacja dla sprzecznych z ustawą uchwał wspólników spółek kapitałowych nie przystaje do tradycyjnej figury nieważności. Przeciwnicy teorii zastosowania do uchwał wspólników sankcji bezwzględnej nieważności wskazują na niedopuszczalność poddawania nieważności bezwzględnej znaczącym modyfikacjom, a co za tym idzie – łączenia jej z nieograniczoną w czasie możliwością powołania się na nieważność przez każdego oraz brakiem obowiązku uwzględnienia przez sąd nieważności czynności prawnej z urzędu³⁶. Z kolei zwolennicy przyjęcia sankcji bezwzględnej nieważności sprzecznych z ustawą uchwał wspólników wskazują na brak normatywnego wyliczenia cech nieważności bezwzględnej, co umożliwia kwalifikowanie regulacji nawet znacznie odbiegających od tradycyjnego ujęcia tej sankcji. Można też rozważać, czy uchwała zgromadzenia spółki kapitałowej sprzeczna z ustawą dotknięta jest którąkolwiek z tradycyjnych sankcji cywilnoprawnych, czy też może ustawodawca skonstruował w tym przypadku nowy, dotychczas niespotykany typ sankcji?³⁷

³² A. Bilewska, op. cit., s. 1027.

³³ Tak też wyrok SN z 24 listopada 2004 r., II CK 210/04, Biul. SN 2005, nr 3, s. 13.

³⁴ A. Bilewska, op. cit., s. 1027–1028.

³⁵ Ibidem, s. 1027–1028. Zob. również J. Szwaja, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. t. III: Komentarz do artykułów 301–458*, Warszawa 2008, s. 1335.

³⁶ A. Zbiegień-Turzańska, op. cit., s. 173–174.

³⁷ T. Szczurowski, op. cit., s. 306. O możliwości określenia sankcji sprzecznych z ustawą uchwał wspólników jako „ważności zawieszonyj” wspomina K. Osajda, op. cit., s. 18.

Summary

A few remarks on the nature of sanction for shareholders' meeting resolutions in breach of the law

Key words: resolution of a company, sanction of nullity, absolute invalidity, challengeability.

The Code of Commercial Companies provides for two statements of claim for eliminating defective resolutions of company shareholders – for invalidation of the resolution and for its repeal. Despite clearly specified assumptions of legislators, disputes concerning the nature of the sanction imposed on the resolution of the shareholders of a company have continued. Actually, the only unquestionable circumstance, both among the representatives of the legal science and the judicatory, is the fact that the judgement establishing the nullity of such a resolution has an *ex tunc* result. However, the nature of such judgements (declaratory or constitutive), as well as the status of the resolution in the period preceding delivery of the judgement, has been the subject of numerous disputes. This article is an attempt to indicate arguments in favour of associating the resolution that breaches the law with the sanction of absolute invalidity, as well as arguments suggesting its different nature, even qualified as relative invalidity (challengeability).

Michał Krzykowski

Katedra Prawa Gospodarczego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Nadużywanie pozycji dominującej na polskim rynku energetycznym w świetle wybranego orzecznictwa Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Wprowadzenie

Skuteczna konkurencja¹ na rynku jest jednym z podstawowych instrumentów efektywnej alokacji dostępnych zasobów. Truizmem wydaje się szczegółowe uzasadnianie tej tezy, niemniej warto podkreślić, że praktyki ograniczające konkurencję (które w świetle obowiązujących regulacji prawnych rozumiane są jako antykonkurencyjne porozumienia oraz nadużywanie pozycji dominującej) mogą prowadzić w skrajnym przypadku nawet do monopolizacji rynku. Ze względu na specyfikę sektora energetycznego, który przez dziesięciolecia charakteryzował się dominacją przedsiębiorstw państwowych²

¹ Zgodnie z dorobkiem doktryny i orzecznictwa skuteczna konkurencja to taki poziom intensywności konkurencji na danym rynku, który nie odpowiada co prawda postulatowi konkurencji doskonałej, ale pozwala stwierdzić, że uzyskiwane są w wystarczającym stopniu korzyści związane z konkurencją między przedsiębiorcami. T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 39; zob. także Z. Brodecki (red.), *Traktat o Unii Europejskiej. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2006, s. 308.

² Stan ten wynikał w przeważającej mierze z przypisywania energetyce strategicznego charakteru dla bezpieczeństwa państwa. Z jednej strony bowiem mamy do czynienia z kwestią zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa energetycznego, z drugiej natomiast z przeświadczeniem, że energia elektryczna i gaz ziemny mają charakter usługi publicznej, a zatem powinny być dostępne na określonych warunkach, w praktyce nieuwzględniających rzeczywistych kosztów jej dostawy. W przeszłości specyfika ta stanowiła uzasadnienie dla całkowitego jej wyłączenia spod reżimu konkurencji rynkowej i poddania jej kontroli z strony organów publicznych, obecnie natomiast stanowi argument za wprowadzaniem regulacji umożliwiających konkurencję.

oraz pionowym zintegrowaniem, jest on szczególnie podatny na praktyki polegające na nadużywaniu pozycji dominującej.

Tematyka artykułu koncentruje się na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku energetycznym ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) na przestrzeni lat 2008–2012. Przyjęcie takiego zakresu czasowego związane jest z potrzebą weryfikacji skuteczności podejmowanych przez Prezesa UOKiK działań na podstawie nowego reżimu prawnego, tj. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³ (dalej: u.o.k.k.) oraz swego rodzaju diagnozy w zakresie podstawowych tendencji, jakie towarzyszą nadużywaniu pozycji dominującej na rynku energetycznym.

Nadużywanie pozycji dominującej – uwarunkowania prawne

Jedną z podstawowych funkcji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, obok podejmowanej w interesie publicznym⁴ ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów, jest ochrona konkurencji. Tym samym dobrem prawnie chronionym jest samo istnienie konkurencji jako atmosfery, w jakiej prowadzona jest działalność gospodarcza. Równocześnie niejako przy okazji funkcjonowania samej konkurencji prowadzona jest ochrona konsumentów jako nabywców oferowanych dóbr i usług. Nie sposób przy tym pominąć faktu, że ustawodawca nie definiuje pojęcia konkurencji, co skutkuje niejednokrotnie wątpliwościami interpretacyjnymi. Zasadniczo w doktrynie i orzecznictwie współistnieją dwa nurty: tzw. strukturalny (podmiotowy, wolnościowy) i tzw. funkcjonalny (podmiotowy). Pierwszy z nich należy rozumieć jako proces rynkowej rywalizacji (współzawodnictwa rynkowego) samodzielnych przedsiębiorców. Drugi natomiast opiera się na uznawaniu konkurencji za mechanizm regulujący zachowania rynkowe przedsiębiorców i prowadzący do maksymalizacji efektywności (alokacyjnej, produkcyjnej i dynamicznej) działań przedsiębiorców⁵.

³ Dz.U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 ze zm.

⁴ Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym i w każdej sprawie powinien on być ustalony i skonkretyzowany. Prezes UOKiK powinien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony jest interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku. Zob. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. XVII Ama 108/00; wyrok SN z dnia 29 maja 2001 r., sygn. I CjN 1217/98.

⁵ T. Skoczny (red.), op. cit., s. 40–41.

Kazimierz Strzyczkowski wskazuje, że zasada konkurencji „jest zasadą prawa gospodarczego publicznego, gdyż konkurencja jako podstawowy mechanizm gospodarki rynkowej orientuje proces oddziaływania organów władzy publicznej na gospodarke”⁶. Należy przy tym nadmienić, że w świetle Konstytucji RP⁷ konkurencja nie stanowi *experssis verbis* jednej z zasad polskiego ustroju gospodarczego. W ocenie autora luka prawna w tym obszarze nie prowadzi jednakże *expicite* do wyłączenia konkurencji z katalogu zasad ustrojowych. Możliwe jest bowiem jej zrekonstruowanie w oparciu o inne postanowienia Konstytucji, w tym przede wszystkim art. 76, zgodnie z którym „władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi”. Warto także zwrócić uwagę na związek, jaki zachodzi pomiędzy wartościami leżącymi u podstaw społecznej gospodarki rynkowej jako fundamentu ustroju gospodarczego RP, tj. wolnością działalności gospodarczej i własnością prywatną⁸. W tym kontekście konkurencja została zagwarantowana konstytucyjnie jako konsekwencja powyższych wartości oraz związanych z nimi instytucji prawnych, a w szczególności swobody umownej, które tworzą ustrój gospodarki konkurencyjnej⁹.

Zarówno w świetle prawa Unii Europejskiej, jak i krajowego nadużywanie pozycji dominującej to jedna z dwóch zakazanych praktyk ograniczających konkurencję. Na gruncie prawa polskiego zakaz nadużywania pozycji dominującej został ustanowiony w art. 9 u.o.k.k. Jednocześnie w wyniku decentralizacji uprawnień w zakresie stosowania unijnego prawa konkurencji¹⁰ krajowe organy ochrony konkurencji oraz sądy zostały wyposażone w kompetencje do stosowania art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹¹, stanowiącego odpowiednik art. 9 u.o.k.k. Normą o charakterze kolizyjnym, która przesądza o zastosowaniu prawa unijnego, jest potencjalny lub rzeczywisty odczuwalny wpływ na handel między państwami członkowskimi¹². Punktem ciężkości jest w tym przypadku ustalenie, czy struktura

⁶ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 112.

⁷ Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.

⁸ Zob. art. 20 Konstytucji RP.

⁹ K. Strzyczkowski, op. cit., s. 113.

¹⁰ Potrzeba wprowadzenia zmian w tym obszarze podyktowana była przede wszystkim koniecznością modyfikacji dotychczasowego systemu, który utrudniał stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji przez sądy i organy ochrony konkurencji państw członkowskich, uniemożliwiając jednocześnie efektywne przeciwdziałanie naruszeniom konkurencji przez Komisję Europejską. Zob. pkt 3 Preambuły do Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. WE z dnia 4 stycznia 2003 r., L 1/1).

¹¹ Dz.U. UE z dnia 9 maja 2008 r., C 115/47.

¹² Obwieszczenie Komisji – Wytyczne dotyczące koncepcji handlu zawartej w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Ur. WE z dnia 27 kwietnia 2004, C 101).

konkurencji na wspólnym rynku w jakikolwiek sposób ulegała zmianie w wyniku zachowań dominanta¹³, *ergo* w sytuacji, gdy czynnik ten nie wystąpi, a zachowanie określonych podmiotów będzie zmierzać (celem lub skutkiem) do wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia konkurencji, wówczas zastosowanie znajdzie ustawodawstwo krajowe.

Podstawą stosowania przepisów zakazujących nadużywania pozycji dominującej jest w pierwszej kolejności ustalenie posiadania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na określonym rynku właściwym. W przeciwieństwie do prawodawcy unijnego polski ustawodawca wprowadza normatywną definicję pozycji dominującej¹⁴ w art. 4 pkt 10 u.o.k.k., określając ją jako „pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%”. Z powyższego wynika, że czynnikiem decydującym o istnieniu pozycji dominującej jest nie tyle kryterium ilościowe – udział w rynku, a raczej jakościowe – możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji poprzez działanie w dużej mierze niezależne od innych podmiotów. W tym kontekście pojawia się pytanie o sens prawny takiego ujęcia tej kwestii. Jak się wydaje, podyktowane jest to niedoskonałością testu udziału w rynku. Nie obejmuje on bowiem sytuacji, w których mamy do czynienia z wysokim rozproszeniem konkurentów na rynku, np. na poziomie 1–2%. W takich stanach faktycznych udział przedsiębiorcy na poziomie niższym niż 40% nie wyklucza posiadania przez niego pozycji dominującej, o ile realnie udowodnione zostanie, że na jego zachowanie nie ma wpływu otoczenie rynkowe.

Fundamentalne znaczenie w procesie weryfikacji, czy doszło do nadużycia przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, jest wyznaczenie rynku właściwego (relewantnego)¹⁵. Od tego bowiem, jaki zakres asortymentowy i geograficzny będzie obejmował ów rynek, uzależnione jest, czy w ogóle przedsiębiorcy

¹³ Zob. orzeczenie ETS w sprawie 30/87, *Bodson v. Pompes funebres des régions libérées*, [online] <www.curia.europa.eu/en/content/juris/c1.htm>, dostęp: 2.05.2013.

¹⁴ Konieczne jest zaakcentowanie, że choć brak legalnej definicji w prawie UE, to jednak została ona sformułowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE. W istocie definicja ta została w niemalże dosłownej formie przeniesiona do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Samo orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE stanowi szczególną kategorię źródeł prawa unijnego. Zob. orzeczenie ETS w sprawie 85/76, *Hoffman v. La Roche & Co. AG v Commission*, [line] <www.curia.europa.eu/en/content/juris/c1.htm>, dostęp: 2.05.2013.

¹⁵ W polskim systemie prawnym pojęcie to zostało uregulowane w art. 4 pkt 9 u.o.k.k. Przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu panują zbliżone warunki konkurencji.

można przypisać pozycję dominującą, a w rezultacie zakazać jej nadużywania. Ze względu na uwarunkowania techniczne sektora energetycznego jest to zasadniczo obszar prowadzenia działalności gospodarczej przez poszczególnych operatorów systemów (np. dystrybucyjnych energii elektrycznej lub gazu ziemnego). W praktyce będzie on ograniczony istniejącą infrastrukturą sieciową (np. elektroenergetyczną lub gazową).

Trzeba również zaznaczyć, że ani przepisy krajowe, ani unijne nie zakazują posiadania pozycji dominującej *per se* (choć podmioty te powinny zachować szczególną ostrożność w swoim zachowaniu), niedozwolone natomiast jest jej nadużywanie na rynku właściwym (zakaz ten ma charakter bezwzględny). Podobnie jak w przypadku pojęcia pozycji dominującej, jej nadużywanie ma niedookreślony charakter prawny. Punktem odniesienia jest tu pogorszenie efektywnych struktur konkurencji, które mogą zostać zagrożone przez pozycję dominującą przedsiębiorcy. Zgodnie z orzecznictwem, nadużywanie pozycji dominującej obejmuje zachowania przedsiębiorców mogące wpłynąć na strukturę rynku, na którym konkurencja właśnie z powodu obecności dominanta jest już osłabiona¹⁶.

Przepis art. 9 ust. 2 u.o.k.k. formułuje otwarty katalog najcięższych z perspektywy konkurencji i najbardziej typowych praktyk polegających na nadużywaniu pozycji dominującej¹⁷. Jak można domniemywać, że *ratio legis* takiego rozwiązania związane jest z postępującą ewolucją rynków, na których zachowania przedsiębiorców przybierają nieustannie nową formę. Toteż otwarty katalog ma zagwarantować pełną ochronę skutecznej konkurencji.

¹⁶ Na tle dorobku orzeczniczego można przyjąć także podział na praktyki wykluczające (antykonkurencyjne) – szkodliwe dla konkurentów oraz eksploatacyjne – szkodliwe dla kontrahentów, a w konsekwencji dla konsumentów. Zob. orzeczenia ETS w sprawie 85/76, *Hoffman v. La Roche & Co. AG v Commission* oraz w sprawie 27/76, *United Brands v. Commission*, [online] <www.curia.europa.eu/en/content/juris/c1.htm>, dostęp: 2.05.2013.

¹⁷ W świetle przytoczonego przepisu nadużywanie pozycji dominującej może podlegać w szczególności na:

- bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów;
- ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów;
- stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
- uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
- przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;
- narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści;
- podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych.

Wybrane orzecznictwo Prezesa UOKiK w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej na rynku energetycznym

Prowadzone przez Prezesa UOKiK w ostatnich latach postępowania skierowane przeciwko dominantom na rynku energetycznym wskazują zasadniczo, że niedozwolone praktyki najczęściej przejawiały się w:

- ograniczaniu zbytu ze szkodą dla kontrahentów i konsumentów (art. 9 ust. 2 pkt 2 u.o.k.k.);
- przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 9 ust.2 pkt 5 u.o.k.k.);
- narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści (art. 9 ust 2 pkt 6 u.o.k.k.);
- ograniczaniu swobody wyboru sprzedawcy energii elektrycznej (art. 9 ust. 1 u.o.k.k.).

Dokonując przeglądu orzecznictwa w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej w sektorze energetycznym, warto na wstępie odnieść się do postępowania, w którym Prezes UOKiK rozpatrywał zgodność z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktyki stosowanej przez ENEA OPERATOR Sp. z o.o. na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej¹⁸. Wybór ten nie jest przypadkowy, bowiem na tego przedsiębiorcę zostały nałożone dwie kary pieniężne (w stosunkowo krótkim odstępie czasu) w związku z nadużywaniem pozycji dominującej na rynku energetycznym.

Pierwsze postępowanie zostało wszczęte w związku z podejrzeniem naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. Operatorowi zarzucono stosowanie procedur utrudniających proces przyłączania do sieci elektroenergetycznej farm wiatrowych, zakłócając w ten sposób rozwój konkurencji na rynku wytwarzania energii z OZE (którego funkcjonowanie jest zależne od zachowań dystrybutora energii elektrycznej). W tym kontekście trzeba podkreślić, że obszar przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej stanowi sferę, w której podmioty te prowadzą działalność gospodarczą w warunkach monopolu naturalnego. Taki stan rzeczy podyktowany jest wysokimi barierami wejścia na rynek, w tym kosztami budowy, długotrwałością inwestycji i nieefektywnością wznoszenia równoległych sieci energetycznych. Jednocześnie specyfika ta sprawia, że na tzw. operatorów systemów zostały nałożone obowiązki o charakterze publicznoprawnym. Jednym z nich jest obligacja o charakterze względnym (unormowana w art. 7 ust. 1 pr.en.¹⁹) do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci

¹⁸ Decyzja Prezesa UOKiK 30 września 2008 r., RPZ 34/2008.

¹⁹ Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U. z 2006 r., nr 89, poz. 625 z późn. zm.) – dalej: pr.en.

elektroenergetycznej (z podmiotami ubiegającymi się o przyłączenie do sieci). Sedno sprawy stanowił zarzut niedotrzymania terminów wydania inwestorowi warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznej²⁰. ENEA uzasadniała zaistniałą sytuację m.in. lawinowym wzrostem liczby składanych wniosków o wydanie warunków przyłączenia w ostatnich latach. Taka argumentacja nie spotkała się jednak z akceptacją organu antymonopolowego. Wskazał on m.in., że znaczące opóźnienia występowały już w 2005 r., a zatem jeszcze przed okresem, w którym ów wzrost miał nastąpić.

Zebrane informacje skutkowały wydaniem przez Prezesa UOKiK decyzji uznającej praktykę stosowaną przez ENEA za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k., tzn. przeciwdziałanie rozwojowi konkurencji na krajowym rynku wytwarzania energii elektrycznej poprzez rażące naruszanie określonych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie ustawy – Prawo energetyczne terminów wydania warunków przyłączenia oraz określania zakresu ekspertyzy wpływu projektowanej farmy na system elektroenergetyczny. Równocześnie na spółkę nałożona została kara pieniężna w wysokości 11 626 160 zł.

Problematyka przyłączania do systemu elektroenergetycznego farm wiatrowych była jeszcze wielokrotnie przedmiotem postępowania zarówno przed Prezesem UOKiK, jak i Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki²¹. Pomimo iż każdy przyłączany do systemu elektroenergetycznego podmiot to potencjalny kontrahent, osiągnięcie konsensusu jeszcze na etapie wydania warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznej jest w wielu przypadkach obwarowane licznymi trudnościami, przede wszystkim natury technicznej. Z perspektywy operatora systemu fundamentalne znaczenie ma wpływ potencjalnej elektrowni wiatrowej na system elektroenergetyczny. W istocie z tego punktu widzenia obawy podmiotu zarządzającego infrastrukturą sieciową o bezpieczeństwo funkcjonowania systemu wydają się być uzasadnione. Elektrownie napędzane siłą wiatru są przecież uzależnione od zmieniających się warunków atmosferycznych. W skrajnej sytuacji pogodowej mogą wprowadzić do systemu elektroenergetycznego znaczną ilość energii elektrycznej, czego konsekwencją może być jego awaria (tzw. *blackout*). Jednocześnie każda zwłoka w wydaniu warunków przyłączenia nie tylko pogarsza sytuację inwestorów, ale również bezpośrednio wpływa na stan aktualnej i potencjalnej konkurencji na rynku wytwarzania energii elektrycznej. Niemożność

²⁰ Warunki te określają aspekty techniczne przyłączenia konkretnego podmiotu do sieci z uwzględnieniem bezpieczeństwa jej funkcjonowania. W istocie stanowią one warunek przyłączenia do sieci energetycznej. Podstawowym aktem wykonawczym do ustawy – Prawo energetyczne, normującym przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, jest tzw. rozporządzenie systemowe – rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz.U. nr 93, poz. 623 z późn. zm.).

²¹ Zob. wyroki SOKiK z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. XVII AmE 206/08 oraz z dnia 23 marca 2010 r., sygn. XVII AmE 113/09.

uzyskania warunków przyłączenia w zagwarantowanych prawem terminach prowadzi bowiem do ograniczania inwestycji w tym obszarze. Tym samym konkurencja na rynku zostaje zniekształcona poprzez istnienie bariery utrudniającej wejście na rynek nowych podmiotów, które mogłyby podjąć konkurencję z innymi, funkcjonującymi już na rynku wytwórcami energii. Wobec powyższego konieczna jest niejednokrotnie ocena sprzecznych ze sobą interesów. Z jednej strony mamy bowiem do czynienia z dysponentem infrastruktury kluczowej, który jest ustawowo obowiązany do utrzymania zdolności urządzeń sieciowych do realizacji zaopatrzenia w sposób ciągły i niezawodny przy zachowaniu wymagań jakościowych²², z drugiej natomiast z potrzebą zagwarantowania skutecznej konkurencji przed niedozwolonymi praktykami. Decyzja organu antymonopolowego musi być zatem wypadkową wszystkich tych elementów, przy czym w pierwszej kolejności powinna zapewniać realizację podstawowego celu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. rozwoju i ochrony konkurencji oraz podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

Jak już podkreślono, nie jest to jedyna sprawa przeciwko spółce ENEA OPERATOR Sp. z o.o. w analizowanym przedziale czasowym, jaka była przedmiotem zainteresowania Prezesa UOKiK. W październiku 2009 r. po informacjach uzyskanych od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki wszczęto kolejne postępowanie w obliczu podejrzenia o stosowanie przez spółkę praktyk ograniczających konkurencję²³. W trakcie prowadzonego postępowania organ ochrony konkurencji ustalił, że spółka ta narzucała swoim kontrahentom uciążliwe warunki umów, przynoszące jej nieuzasadnione korzyści²⁴. Prezes UOKiK (formalnie dyrektor delegatury UOKiK w Poznaniu)²⁵ zakwestionował w tym przypadku postanowienia umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, zgodnie z którymi w sytuacji określenia w umowie dystrybucji (zawieranej także ze spółką ENEA) mocy umownej niższej niż przyłączeniowa, ta niższa wartość stawała się automatycznie mocą przyłączeniową, mimo iż za przyłączenie do sieci została pobrana opłata od wyższej mocy przyłączeniowej (jednym ze składników opłaty przyłączeniowej jest wielkość mocy przyłączeniowej)²⁶. Jednocześnie podmiot, który poniósł do-

²² Art. 4 ust. 1 pr.en.

²³ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 4 sierpnia 2010 r., RPZ 17/2010.

²⁴ W świetle orzecznictwa uciążliwym warunkiem umowy/transakcji jest każdy warunek oznaczający dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju, a także warunek, którego dominant w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, tj. realizacji swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, nie byłby w stanie wynegocjować dla danej umowy. Zob. wyroki SOKiK z dnia 29 grudnia 1993 r., sygn. XVII Amr 68/93 oraz z dnia 23 czerwca 1999 r., sygn. XVII Ama 28/99.

²⁵ Zob. art. 33 ust. 6 u.o.k.k.

²⁶ Warto przy tym wskazać, że w umowach (przyłączeniowej i dystrybucyjnej) zawieranych ze spółką określana jest moc przyłączeniowa i moc umowna. Pierwsza z nich to moc planowana do pobierania lub wprowadzania do sieci służąca do zaprojektowania przyłącza. Moc

tychczasowy koszt opłaty przyłączeniowej z uwzględnieniem określonej wielkości mocy przyłączeniowej i zamierzał uzyskać ją w przyszłości, był zobligowany do ponownej opłaty za zwiększenie mocy przyłączeniowej do pierwotnej wielkości. „Praktyka ta była szczególnie szkodliwa dla przedsiębiorców rozpoczynających dopiero swoją działalność. Zazwyczaj nie są oni bowiem w stanie wykorzystywać pełnych mocy produkcyjnych w pierwszym roku swojej działalności (np. w związku z rozbudową swojego zakładu czy pozyskiwaniem kontraktów). Określenie większej mocy przyłączeniowej powinno im gwarantować, że po okresie tzw. rozruchu będą mogli pobierać więcej energii bez ponoszenia szczególnych nakładów finansowych”²⁷.

W konsekwencji Prezes UOKiK uznał praktykę stosowaną przez ENEA OPERATOR za nadużywanie pozycji dominującej na regionalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej (określoną w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 u.o.k.k.) poprzez narzucanie uciążliwych warunków umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej (w świetle których następuje zmniejszenie mocy przyłączeniowej do wysokości mocy umownej w przypadku zamówienia na podstawie umowy dystrybucji energii elektrycznej mocy umownej niższej niż od mocy przyłączeniowej) i nałożył na spółkę karę pieniężną w wysokości 477 976,50 zł.

Pozostając w tematyce związanej ze stosowaniem uciążliwych warunków w umowach przyłączeniowych, nie sposób nie odnieść się do postępowania wszczętego w sierpniu 2010 r. przeciwko PGE Zakłady Energetyczne Okręgu Radomsko-Kieleckiego Dystrybucja Sp. z o.o. (przekształcona w PGE Dystrybucja S.A.)²⁸. Podejrzanie nadużywania pozycji dominującej na regionalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej obejmowało narzucanie w umowach z odbiorcami większej mocy przyłączeniowej od zgłaszanej przez podmioty ubiegające się o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej. Praktyka ta wyrażała się w automatycznym ustalaniu przez przedsiębiorcę w umowie o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej minimalnej mocy przyłączeniowej na poziomie 6 kW.

Wyjaśnienia przedsiębiorcy wskazywały, iż przyłączany podmiot we wniosku o wydanie warunków przyłączenia wybiera wartość mocy przyłączeniowej zgodną z wartością przypisanego do niej zabezpieczenia przedlicznikowego. Minimalna wartość zabezpieczenia przedlicznikowego proponowana przez przedsiębiorcę wynosiła natomiast 16 A dla mocy przyłączeniowej na poziomie min. 6 kW. Interesujący był fakt, że spółka przyznała, że z technicznego punktu widzenia istnieje możliwość rozszerzenia szeregu mocy przyłą-

umowna natomiast to moc pobierana lub wprowadzana do sieci. Określenie wielkości mocy przyłączeniowej wpływa na koszty przyłączenia, jakie ponosi potencjalny odbiorca. Zob. § 2 pkt 9 i 10 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz.U. nr 93, poz. 623 z późn. zm.).

²⁷ Dokument kp_06_10_10, [online] <www.uokik.gov.pl>, dostęp: 7.05.2013.

²⁸ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 21 września 2011 r., RŁO 27/2011.

zeniowych o mniejsze wartości. Zdaniem jednak PGE, przyjęte rozwiązania były korzystne dla podmiotów ubiegających się o przyłączenie, np. przy nominalnej mocy przyłączeniowej 6 kW i stosowanym zabezpieczeniu 16 A wysokość mocy czynnej faktycznie możliwej do pobierania (bez zadziałania bezpiecznika) wynosi 11,1 kW, czyli o 85% więcej (w układzie trójfazowym).

Wobec powyższej argumentacji Prezes UOKiK zwrócił się do Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki o opinię w zakresie oceny przyjętych przez przedsiębiorcę zasad określania mocy przyłączeniowej. Z informacji uzyskanych przez regulatora wynikało, że nie istnieją takie rozwiązania prawne, które umożliwiałyby jednoznaczne powiązanie wielkości zabezpieczeń z mocami przyłączeniowymi lub umownymi. Według Urzędu Regulacji Energetyki proponowane zabezpieczenie 16 A odpowiadającej mocy przyłączeniowej 6 kW jako minimalnej może być uznane za narzucanie uciążliwych warunków umów. Z obowiązujących przepisów (tzw. rozporządzenia systemowego) wynika bowiem, że moc przyłączeniowa ustalana jest przez przyszłego odbiorcę energii elektrycznej na podstawie jego faktycznego zapotrzebowania i nie może być zmieniana przez operatora.

Otrzymana opinia, łącznie z ankietami skierowanymi do innych operatorów dystrybucyjnych, które w przeważającej mierze potwierdziły, iż nie ma przeszkód dla przyłączeń o niski mocach, skutkowałą uznaniem przez Prezesa UOKiK komentowanej praktyki za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k. Nadużywanie pozycji dominującej przez PGE polegało na narzucaniu uciążliwych warunków umowy poprzez określenie w umowach o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej minimalnej wartości mocy przyłączeniowej 6 kW (w układzie zasilania trójfazowego), pomimo istnienia warunków technicznych i prawnych do przyłączeń o mocach niższych. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. organ ochrony konkurencji nałożył karę grzywny w wysokości 260 794 zł.

Oceny przedstawionej wyżej sprawy należy dokonać przez pryzmat opłaty przyłączeniowej. Trzeba zauważyć, że wysokość mocy przyłączeniowej jest jednym ze składników tejże opłaty. Chociaż stosowana praktyka w pewnych okolicznościach była pozornie korzystna dla odbiorcy, to w rzeczywistości ograniczała jego swobodę do określenia zapotrzebowania na moc przyłączeniową, prowadząc do osiągania nieuzasadnionych korzyści przez dominanta w postaci wyższych opłat przyłączeniowych.

Na tle orzecznictwa niezwykle interesujące wydają się także decyzje organu antymonopolowego dotyczące nadużywania pozycji dominującej na rynku infrastruktury oświetleniowej. Problematyka ta jest o tyle istotna, że do zadań własnych gminy należy m.in. planowanie i finansowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy²⁹, których

²⁹ Zob. art. 18 pr.en.

niejednokrotnie właścicielem lub dysponentem jest operator systemu dystrybucyjnego. W wielu sytuacjach ów fakt skutkuje konfliktem interesów poszczególnych stron.

Analizy wymagają w szczególności dwa postępowania antymonopolowe prowadzone w latach 2009–2011. Pierwsze z nich dotyczyło podejrzenia nadużywania przez EnergiaPro S.A. pozycji dominującej na lokalnym rynku oświetlenia ulic, placow i dróg publicznych na terenie jednej z gmin³⁰. Praktyka dominanta miała polegać na narzucaniu uciążliwych warunków umów w sprawie wykonywania, eksploatacji i konserwacji opraw oświetlenia ulicznego poprzez nakładanie na gminę obowiązku ponoszenia kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z awariami punktów świetlnych. W przedmiotowej sprawie przedsiębiorca twierdził, że gmina powinna ponosić nie tylko koszty budowy i utrzymania punktów świetlnych, lecz również zobowiązać się do ponoszenia kosztów eksploatacji i usuwania uszkodzeń całej instalacji oświetleniowej zalicznikowej. Gmina podnosiła natomiast, że takie postanowienia umowy miały charakter narzucony ze względu na brak możliwości skorzystania z alternatywnego rozwiązania niż zwrócenie się do spółki-dominanta i właściciela urządzeń o usunięciu awarii.

W celu właściwego zrozumienia omawianej sprawy niezbędne jest odniesienie się do przepisów ustawy – Prawo energetyczne. Na gruncie art. 18 ust. 1 pr.en. „do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną, ciepło i paliwa gazowe należy:

- 1) planowanie i organizacja zaopatrzenia w ciepło, energię elektryczną i paliwa gazowe na obszarze gminy;
- 2) planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy;
- 3) finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy [...]”.

Jednocześnie na podstawie art. 3 pkt 22 pr.en. określenie „finansowanie oświetlenia” oznacza „finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania”. Z powyższego wynika, iż gmina powinna ponosić koszty budowy i utrzymania tzw. punktów świetlnych. Ergo gmina będzie zobowiązana niezależnie od tego, czyją własność stanowią te urządzenia, do ponoszenia kosztów dostaw energii elektrycznej niezbędnej do oświetlania ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na jej terenie, jak również kosztów ich eksploatacji łącznie z instalacjami związanymi z tym oświetleniem. Jak wskazał Prezes UOKiK, kluczowe znaczenie w sprawie ma pojęcie punktu świetlnego. Według definicji zawartej w Instrukcji eksploatacji urządzeń oświetlenia zewnętrznego punkt świetlny

³⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 19 lipca 2010 r., RKT 17/2010.

to jedna oprawa oświetleniowa ze źródłem światła oraz konstrukcją wsporczą (nośną). W ocenie organu antymonopolowego (dokonanej po zasięgnięciu opinii Prezesa UOKiK) przy braku legalnej definicji tego pojęcia należy kierować się definicją techniczną, która została określona przez Polski Komitet Oświetleniowy Stowarzyszenia Elektryków Polskich. Wedle niej punkt świetlny to kompletna oprawa oświetleniowa, a oprawą oświetleniową jest urządzenie służące do rozsyłania, filtrowania lub przekształcania światła wysyłanego przez źródło światła, zawierające elementy niezbędne do mocowania i ochrony źródła światła oraz do przyłączania go do obwodu zasilającego (nie zawiera m.in. słupów oświetleniowych).

Takie ujęcie w istocie wskazuje, że na gminie ciąży obowiązek finansowania kosztów oświetlenia, w tym energii, budowy i utrzymania punktów świetlnych, do których energia ta jest dostarczana. Podmiot ten ponosi zasadniczo również koszty związane z usuwaniem awarii punktów świetlnych. Pozostałe natomiast obowiązki związane z budową i eksploatacją infrastruktury energetycznej koniecznej do sprawnego funkcjonowania punktów świetlnych, w tym koszty usuwania niesprawności w instalacji oświetlenia ulicznego ciąży na przedsiębiorcy, który wznosi się wraz z urządzeniami umożliwiającymi dystrybucję do tych punktów energii elektrycznej. Nakładanie zatem na gminę dodatkowych obowiązków, a zwłaszcza konieczności ponoszenia przez nią kosztów usuwania niesprawności niezwiązanych z awariami punktów świetlnych jest niewątpliwie wykorzystywaniem uprzywilejowanej pozycji EnergiaPro. Należy domniemywać, że celem stosowanej praktyki było uzyskanie dodatkowych korzyści w postaci przeniesienia obciążeń finansowych związanych z naprawami infrastruktury sieciowej na kontrahenta – gminę. Jednocześnie nie oznacza to braku możliwości uregulowania kwestii konserwacji i utrzymania oświetlenia ulicznego w odrębnej umowie między stronami, pod warunkiem zachowania zasady równości stron.

Prezes UOKiK uznał zachowanie EnergiaPro w komentowanej sprawie za nadużywanie pozycji dominującej poprzez narzucanie uciążliwych warunków (art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k.), w efekcie których na gminę nałożony został obowiązek ponoszenia kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z awariami punktów świetlnych. Jednocześnie organ ochrony konkurencji nałożył na spółkę karę pieniężną w wysokości 84 591 zł.

Druga z komentowanych spraw odnosiła się do postępowania prowadzonego w 2010 r. i zakończonego wydaniem przez organ antymonopolowy decyzji administracyjnej w grudniu 2011 r.³¹ Odmienny charakter tej sprawy przejawia się w braku możliwości jednoznacznego zakwalifikowania zachowania dominanta do którejkolwiek z zakazanych praktyk wskazanych

³¹ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2011 r., RGD 36/2011.

w art. 9 ust. 2 u.o.k.k. Kluczowym zarzutem było ograniczanie jednej z gmin prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej³² dostarczanej do urzędzeń oświetleniowych należących do ENERGA OPERATOR S.A., a wykorzystywanych na potrzeby oświetlenia miejsc publicznych. Jak się wydaje, praktyka ta nosi znamiona zarówno zachowań utrudniających ukształtowanie się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, tj. mających charakter dyskryminacyjny, jak i narzucających uciążliwe warunki umów przynoszących przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści. Z pewnością praktyka ta ma natomiast charakter wykluczający.

Aby uchwycić sens komentowanej sprawy, niezbędne jest w pierwszej kolejności wyjaśnienie istoty prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej, potocznie określanego jako zasada dostępu stron trzecich (*Third Party Access* – TPA). W świetle art. 4j ust. 1 pr.en. odbiorca paliw gazowych lub energii ma prawo zakupu tych paliw lub energii od wybranego przez siebie sprzedawcy. Niewątpliwie przyznanie odbiorcy prawa do wyboru sprzedawcy energii elektrycznej lub gazu ziemnego, a właściwie prawa do jego zmiany (w przypadku, gdy oferuje on korzystniejsze warunki transakcji) jest jednym z kluczowych elementów zasady dostępu stron. Nadużyciem byłoby jednak stwierdzenie, że prawo wyboru sprzedawcy w pełni wyczerpuje znamiona zasady TPA. W ocenie autora możliwość wyboru sprzedawcy stanowi konsekwencję zasady dostępu stron trzecich, uregulowanej art. 4 ust. 2 ustawy pr.en.³³ Takie podejście wydaje się naturalne, bowiem do realizacji prawa wyboru/zmiany sprzedawcy konieczne jest zagwarantowanie w pierwszej kolejności prawa dostępu stron trzecich odbiorcom (celem świadczenia usług przesyłania/ dystrybucji paliw gazowych lub energii na niedyskryminacyjnych zasadach). Jego podstawowym założeniem jest udostępnienie infrastruktury (np. sieci energetycznej) niezbędnej do prowadzenia określonej działalności gospodarczej (np. handlu energią elektryczną) innym uczestnikom rynku (np. sprzedawcom energii elektrycznej) przez jej właściciela lub dysponenta. Jest to konieczne ze względu na zintegrowaną pionowo strukturę unijnego rynku energetycznego, na którym konkurencja nie byłaby możliwa bez wprowadzenia do porządków prawnych państw członkowskich komentowanej zasady. Ukonstytuowanie zasady TPA w polskim systemie prawnym jest następstwem implementacji postanowień dyrektyw II pakietu

³² Problematyka ograniczania prawa wyboru sprzedawcy była przedmiotem postępowania antymonopolowego wszczętego jeszcze w 2006 r. Postępowanie przeprowadzone po skardze spółki Polenergia wykazało, że RWE Polska S.A., wykorzystując swoją przewagę rynkową, od 2004 do 2007 r. narzucała swoim kontrahentom na rynku dystrybucji energii elektrycznej i jednocześnie konkurentom na rynku obrotu niekorzystne warunki umów, które ograniczały pośrednio prawo wyboru sprzedawcy energii elektrycznej. Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 28 grudnia 2011 r., RWA 26/2011.

³³ Zob. szerzej M. Krzykowski, *Zasada dostępu stron trzecich w prawie Unii Europejskiej i Polski*, Diffin, Warszawa 2013.

legislacyjnego dla energetyki (2003/54/WE i 2003/55/WE)³⁴. Z treści wspomnianego już art. 4 ust 2 pr.en. wynika zobowiązanie po stronie operatorów systemów do zapewnienia wszystkim odbiorcom świadczenia usług przesyłu lub dystrybucji energii i paliw gazowych. Usługa ta powinna uwzględniać ponadto zasadę równego traktowania, odbywać się na zasadach i w zakresie określonym w ustawie i podlegać postanowieniom umowy o świadczenie usług przesyłu i dystrybucji³⁵.

W komentowanej sprawie spór pomiędzy przedsiębiorcą a jedną z gmin został zainicjowany w rezultacie decyzji jednostki samorządu terytorialnego o przystąpieniu do przeprowadzenia przetargu na wybór dostawcy energii elektrycznej do oświetlenia dróg (na jej terenie i wypowiedzeniu dotychczasowej umowy). Gmina argumentowała swoje postępowanie wymogami prawa zamówień publicznych, obligującego ją do wyłonienia dostawcy energii elektrycznej właśnie w tym trybie. Niemniej przedsiębiorstwo energetyczne negowało to stanowisko, podnosząc, że infrastruktura oświetleniowa pozostawała jej własnością, co wykluczało jakąkolwiek możliwość ingerencji w przysługujące jej w związku z tym prawa. Spółka ponadto kwestionowała przyznanie gminie statusu odbiorcy, a tym samym prawa wyboru sprzedawcy ze względu na brak tytułu prawnego do przedmiotowej infrastruktury. Wobec takiej postawy przedsiębiorcy organ antymonopolowy zwrócił się do Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki o wyrażenie opinii w budzących wątpliwości kwestiach. Kluczowy w tym kontekście jest pogląd regulatora, „zgodnie z którym brak jest uzasadnienia dla pozbawienia gminy (niezależnie od okoliczności czyją własność stanowi infrastruktura oświetleniowa) prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej nabywanej w celach oświetleniowych. Należy bowiem zauważyć, że – stosownie do art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo energetyczne – to gmina ponosi koszty z tym związane (wydając na ten cel publiczne pieniądze). Zatem irracjonalne byłoby przyjęcie, że nie może mieć żadnego wpływu na cenę nabywanej energii, w szczególności, że po liberalizacji rynku ceny te pozostają poza kontrolą Prezesa URE”.

Przytoczone stanowisko regulatora wskazuje na brak podstaw, które uzasadniałyby argumentację przedsiębiorcy. Próbując odnaleźć i ocenić rzeczywiste źródło zachowań dominanta będących przedmiotem powyższej analizy, nie można nie odnieść się do kontekstu, jaki towarzyszył tej sprawie. Chodzi w tym przypadku o powiązania kapitałowe, jakie łączą spółkę ENERGA OPERATOR z podmiotem, który dostarczał energię elektryczną (i z którym gmina miała zawartą umowę kompleksową obejmującą sprzedaż i dys-

³⁴ Ustawa z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska (Dz. U. nr 62, poz. 552).

³⁵ Zob. M. Pawełczyk, B. Pikiewicz, *Funkcjonowanie zasady TPA w elektroenergetyce w prawie polskim*, [w:] M. Wierzbowski, R. Stankiewicz (red.), *Współczesne problemy prawa energetycznego*, Warszawa 2010, s. 92.

trybucję energii) – spółką ENERGA OBRÓT S.A. Podmioty te, choć niezależne pod względem prawnym³⁶, funkcjonują w ramach jednej grupy kapitałowej ENERGA S.A. i pozostają w strukturze przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo. Tym samym można domniemywać, że przedsiębiorca, któremu zarzucono stosowanie niedozwolonej praktyki, świadomie uniemożliwił wejście na rynek sąsiedni – obrotu energią elektryczną – nowych konkurentów celem ochrony przed potencjalną konkurencją powiązanej kapitałowo spółki. Ostatecznie Prezes UOKiK uznał stosowaną przez ENERGA OPERATOR praktykę za naruszającą określony w art. 9 ust. 1 u.o.k.k. zakaz nadużywania pozycji dominującej i nałożył karę pieniężną w wysokości 260 415 zł.

In fine warto zwrócić uwagę na orzecznictwo Prezesa UOKiK dotyczące rynku gazu ziemnego. Odmienna specyfika techniczna tego rynku sprawiła, że jego liberalizacja postępowała znacznie wolniej niż rynku energii elektrycznej. Koronnym dowodem na potwierdzenie postawionej tezy jest ok. 98% udział w rynku sprzedaży gazu ziemnego w Polsce jednego przedsiębiorstwa energetycznego – Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A.³⁷ Na szczególną uwagę zasługują dwie decyzje Prezesa UOKiK dotyczące tej spółki wydane w 2012 r.³⁸ W pierwszej ze spraw wątpliwości organu antymonopolowego wzbudziły postanowienia umów, które utrudniały niektórym kontrahentom wypowiedzenie umowy dostarczania paliwa w sytuacji zmiany sprzedawcy. Zgodnie z nimi, złożenie oświadczenia o wypowiedzeniu umowy po 30 września danego roku powoduje, że ulega ona rozwiązaniu z końcem następnego roku. Tak długie terminy wypowiedzenia, które w skrajnych przypadkach sięgały 15 miesięcy, mogły potencjalnie zniechęcać partnerów handlowych przedsiębiorcy do rezygnacji z umowy i skorzystania z usług innych podmiotów. W toku prowadzonego postępowania uprawdopodobniono, że stosowane praktyki naruszały art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. oraz 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Ze względu jednak na dobrowolne zobowiązanie się PGNiG S.A. do zmiany kwestionowanych postanowień umowy Prezes UOKiK zdecydował się wydać tzw. decyzję zobowiązującą (art. 12 ust. 2 u.o.k.k.). Na jej podstawie spółka zobligowała się skrócić okres wypowiedzenia umowy w sytuacji, gdy kontrahent zamierza zmienić sprzedawcę gazu do końca następnego miesiąca, po którym została złożona rezygnacja,

³⁶ Zob. art. 9d pr.en.

³⁷ Udziały rynkowe PGNiG S.A. wynoszą: 97% w łącznej sprzedaży gazu; 98% w sprzedaży gazu odbiorcom indywidualnym; 100% (prawie) w krajowym wydobyciu gazu; 100% w magazynowaniu gazu. Poza Grupą Kapitałową PGNiG S.A. działa ok. 30 innych niedużych niezależnych podmiotów zajmujących się dystrybucją i obrotem gazem, z których największe znaczenie mają: Media-Odra-Warta, G.EN GazEnergia S.A., Gaz Technologia i Energia Sp. z o.o., KRI Sp. z o.o. zob. *Struktura polskiego rynku gazu*, [online] <www.cire.pl>, dostęp: 22.05.2013.

³⁸ Zob. decyzje Prezesa UOKiK z dnia 13 kwietnia 2012 r., DOK – 1/2012 i z dnia 5 lipca 2012 r., DOK – 2/2012.

a dodatkowo do złożenia swoim dotychczasowym kontrahentom propozycji zmiany umów zgodnie z nowymi warunkami³⁹.

W drugiej ze spraw przedsiębiorcy postawiono zarzuty nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego, które przejawiały się w:

a) ograniczaniu zbytu ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów poprzez odmowę sprzedaży tego paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży gazu ziemnego, tj. NowyGaz sp. z o.o., co stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego i naruszało zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 2 u.o.k.k.;

b) przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego poprzez odmowę sprzedaży tego paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży gazu ziemnego, tj. NowyGaz sp. z o.o., co stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego i naruszało zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.

Do potwierdzenia pierwszego z zarzutów niezbędne było ustalenie dwóch przesłanek: zaistnienia ograniczenia zbytu oraz wystąpienia szkody u kontrahentów przedsiębiorcy dominującego lub konsumentów. Ograniczenia takie są zakazane o tyle, o ile nie można ich uzasadnić racjonalnymi przesłankami, takimi jak zmiana popytu, a sam dominant dysponuje potencjałem wystarczającym do zaspokojenia tego popytu⁴⁰. Równocześnie należy wskazać, że odmowa sprzedaży na rzecz konkurenta jest sprzeczna z prawem konkurencji w takich przypadkach, w których stanowi ona próbę wykorzystania pozycji dominującej. Z taką sytuacją mamy do czynienia wówczas, gdy dominant wykorzystuje swoją pozycję na jednym rynku w celu oddziaływania na inny rynek powiązany, na jakim jest również obecny, poprzez pozbawienie konkurentów dostępu do produktów lub usług, które są im niezbędne do konkurowania z dominantem.

Punktem odniesienia do drugiego z zarzutów (który jest w rzeczywistości konsekwencją ograniczenia zbytu przez PGNiG S.A.) było zredukowanie możliwości rywalizacji, a w konsekwencji zahamowanie procesu prowadzącego do wzrostu produkcji lub sprzedaży, obniżenia cen, postępu technicznego czy poszerzenia oferty rynkowej. Istotą praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. jest negatywne oddziaływanie przedsiębiorcy dominującego, „który zapobiega ukształtowaniu się na rynku sytuacji, która pozwala na

³⁹ Celem takiego rozstrzygnięcia było skrócenie czasu prowadzonego postępowania, co w konsekwencji miało pozwolić na szybkie wyeliminowanie nieprawidłowości oraz liberalizację rynku gazu ziemnego poprzez ułatwienie mobilności odbiorców tego paliwa.

⁴⁰ T. Skoczny (red.), op. cit., s. 639.

wejście na ten rynek nowych podmiotów lub umożliwiła ekonomicznie uzasadnione funkcjonowanie i rozwój pozostałych uczestników rynku”⁴¹. Praktyka ta przejawia się zarówno w faktycznym uniemożliwieniu rozpoczęcia lub dalszego prowadzenia działalności na danym rynku, jak i uczynieniu tej działalności nieopłacalną lub mniej opłacalną niż w warunkach panujących na rynku konkurencyjnym, tudzież na podejmowaniu działań niezwiązanych z merytoryczną rywalizacją między konkurentami a ukierunkowaną na zniechęcenie konkurenta do dalszej ekspansji na rynku, na którym prowadzi działalność gospodarczą⁴². Przykładem tego rodzaju działań jest stwarzanie barier wejścia na rynek, podejmowanie działań zniechęcających konkurentów do ekspansji na rynku, na którym działają i eliminowaniu potencjalnej możliwości powstania konkurencji na rynku. W ocenie Prezesa UOKiK odmowa zawarcia umowy kompleksowej ze spółką NowyGaz sp. z o.o. przy braku alternatywnego źródła zaopatrzenia miała na celu ograniczenie konkurencji i utrzymanie *status quo* na poziomie detalicznego obrotu gazem. PGNiG S.A. działał bowiem z myślą o utrzymaniu dotychczasowych i zdobyciu nowych klientów przy jednoczesnym wykluczeniu możliwości ich przejęcia przez inny podmiot sprzedający paliwo gazowe na wyjściu z sieci dystrybucyjnej⁴³.

Powyższa sprawa unaocznia daleko idące powiązania, jakie funkcjonują na rynku gazu ziemnego w Polsce. Tym samym ograniczenia na jednym rynku – wyższego rzędu mają swoje implikacje na rynku sąsiednim – niższego rzędu. W tym konkretnym przypadku PGNiG S.A., posiadając pozycję dominującą na krajowym rynku hurtowej sprzedaży paliwa gazowego, przenosiło ją na rynek sąsiedni, tj. krajowy rynek detalicznej sprzedaży paliwa gazowego, w celu niedopuszczenia do rozwoju konkurencji na tym rynku. Wobec skali zarzutów i ich negatywnego wpływu na konkurencję Prezes UOKiK nałożył na PGNiG S.A. karę pieniężną 60 016 474,40 zł (słownie: sześćdziesiąt milionów szesnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt cztery złote i czterdzieści groszy).

Zakończenie

Analiza przytoczonego orzecznictwa daje podstawy do wskazania swoistych tendencji, które charakteryzują rynek energetyczny.

Po pierwsze, większość zakazanych praktyk dotyczyła przedsiębiorstw energetycznych świadczących usługi dystrybucji energii elektrycznej. W ocenie

⁴¹ Ibidem, s. 670.

⁴² Wyrok SN z dnia 13 maja 2008 r., sygn. III SK 30/07.

⁴³ DOK – 2/2012.

autora taki stan związany jest z dysponowaniem przez dominanta infrastrukturą kluczową, bez której nie jest możliwe prowadzenie działalności gospodarczej na rynku obrotu energią elektryczną lub gazem ziemnym. Mając świadomość swojej bezwzględnej dominacji na rynku, są one jeszcze w większym stopniu narażone na stosowanie niedozwolonych praktyk.

Po drugie, znacząca liczba przedsiębiorców będących w posiadaniu owej infrastruktury funkcjonuje w strukturze przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, w ramach którego prowadzą działalność na każdym szczeblu łańcucha *upstream – midstream – downstream*, łącząc tym samym poszukiwanie, wydobycie i produkcję energii (*upstream*), obrót hurtowy i magazynowanie (*midstream*) oraz przesyłanie, dystrybucję i obrót detaliczny (*downstream*)⁴⁴. Taki system naturalnie sprzyja dominacji poprzez uprzywilejowanie powiązanych kapitałowo ze sobą podmiotów kosztem konkurentów funkcjonujących na rynku obrotu (energią elektryczną lub gazem ziemnym). Pomimo iż przepisy ustawy – Prawo energetyczne obligują do prawnego wyodrębnienia ze struktury przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo operatora systemu dystrybucyjnego, to – jak się wydaje – nie stanowią one niepodważalnej gwarancji dla niedyskryminacyjnego dostępu stron trzecich. Toteż naturalnym postulatem *de lege ferenda* jest rozważenie, czy właściwym rozwiązaniem nie byłoby wprowadzenie ustawowego obowiązku rozdziału własnościowego przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo.

Po trzecie, najczęściej stosowane praktyki przybierały postać uciążliwych warunków umowy. Nasuwa się pytanie, co jest przyczyną takiego stanu rzeczy. Można domniemywać, że ta kategoria zakazanej praktyki jest najbardziej pojemna, a jednocześnie ze względu na swój najczęściej ukryty charakter jej udowodnienie wymaga indywidualnego i kompleksowego podejścia. Z perspektywy dominanta stanowi zatem optymalną formę nadużywania jego pozycji.

Po czwarte, jak wynika z przytoczonego orzecznictwa, organ antymonopolowy w trakcie prowadzonego postępowania zwracał się w szeregu przypadków do Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z wnioskiem o wydanie opinii w danej sprawie. Brak jest jednak szczegółowych rozwiązań prawnych, które współpracę tę regulowałyby w sposób kompleksowy. Wobec tego należałoby zastanowić się nad rozwiązaniami, które wzmacniałyby legalne podstawy współpracy Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z Prezesem UOKiK.

Wreszcie warto zwrócić uwagę, na fakt, że przeważająca część postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK dotyczyła nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku energetycznym. Naturalne jest pytanie

⁴⁴ B. Nojek, *Unbundling jako forma prawna ochrony konkurencji w sektorze energetycznym*, [w:] M. Wierzbowski, R. Stankiewicz (red.), *Współczesne problemy prawa energetycznego*, Lexis Nexis, Warszawa 2010, s. 66–67.

o przyczynę takiego stanu rzeczy. W ocenie autora wskazuje to na wysoką hermetyczność rodzimego rynku energetycznego (co jest konsekwencją ograniczonych przepustowości połączeń transgranicznych), a zarazem na ograniczony potencjał samego sektora do konkutowania na rynku Unii Europejskiej.

Summary

The abuse of a dominant position on polish energy market in context of chosen jurisdiction of The President of the Office of Competition and Consumer Protection

Key words: energy market, abuse of dominant position, energy sector, energy law, competition law.

Effective competition on the market is one of the basic instruments of effective allocation of available sources. Because of the specific character of the energy sector in Poland which was in the past dominated by state enterprises and vertical integration, it is particularly receptive for practices such as the abuse of dominant position. The author concentrate on the abusing of a dominant position on energy market especially in context of chosen jurisdiction of The President of the Office of Competition and Consumer Protection.

Maciej Bendorf-Bundorf

Katedra Prawa Gospodarczego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Instrumentalizacja zamówień publicznych w kontekście polityki społecznej Unii Europejskiej

1. Przez zamówienia publiczne rozumie się uregulowany prawnie system nabywania przez organy administracji publicznej i inne instytucje sektora publicznego dóbr i usług koniecznych do ich właściwego funkcjonowania i efektywnego wykonywania powierzonych tym jednostkom zadań. Ze względu na fakt, iż takie zakupy są w przeważającej części finansowane ze środków publicznych, ich dokonywanie wymaga stosowania przez wskazane podmioty określonych prawem procedur, mających na celu wybór najkorzystniejszej ze złożonych ofert. Co do zasady, najistotniejsza przy zamówieniach publicznych jest korzyść ustalona na podstawie rachunku ekonomicznego, z uwzględnieniem jakości i funkcjonalności nabywanych produktów. Jednakże, zgodnie z ideą społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych¹, instytucje zamawiające powinny również brać pod uwagę potencjalne korzyści natury społecznej, jakie w związku z prowadzonymi przez nie postępowaniami przetargowymi mogą zostać osiągnięte.

Instytucje publiczne stanowią na rynku europejskim istotną grupę konsumentów, wydając blisko 17% PKB Unii Europejskiej. Zasadniczym celem polityki społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych jest wykorzystanie siły nabywczej podmiotów dokonujących zakupów w drodze

¹ Pod pojęciem społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych należy rozumieć zamówienia publiczne, w ramach których uwzględniane są kwestie społeczne, takie jak w szczególności: możliwości zatrudnienia, godna praca, zgodność z prawami społecznymi i z prawem do pracy, integracja społeczna, m.in. osób niepełnosprawnych, równość szans, projektowanie dla wszystkich, z jednoczesnym zastrzeżeniem przestrzegania zasad ujętych w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz w dyrektywach regulujących procedury udzielania zamówień publicznych. Szerzej zob. Podręcznik Komisji Europejskiej *Buying social: A guide to taking account of social considerations in public procurement*, Publications Office of the European Union, Luksemburg 2010, s. 7.

postępowań przetargowych do promocji m.in. możliwości zatrudnienia, godnej pracy, zgodności z prawami społecznymi i z prawem do pracy, integracji lub reintegracji społecznej, równości szans, dostępności i projektowania dla wszystkich. Poprzez wypracowanie możliwie największego zakresu uwzględniania kryteriów społecznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dąży się do realizacji postulatu zrównoważonego rozwoju krajów członkowskich Unii Europejskiej. Biorąc pod uwagę skalę zakupów dokonywanych każdego roku przez publicznych konsumentów, uwzględnianie przez nich w procedurze przetargowej aspektów społecznych może wpłynąć na wykonawców, zachęcając ich do rozwijania społecznie odpowiedzialnego zarządzania².

2. W marcu 2000 r. w Lizbonie odbyło się posiedzenie Rady Europejskiej, podczas którego przyjęto strategię określającą program rozwoju społeczno-gospodarczego Unii Europejskiej. Jednym z głównych celów Strategii Lizbońskiej było zapewnienie spójności społecznej w drodze kształtowania nowego aktywnego państwa socjalnego. Większość zmian związanych z realizacją założeń Strategii dotyczyła modernizacji polityki zatrudnienia. Postulowane działania na rzecz pełnego urzeczywistnienia zasad wspólnego rynku obejmowały m.in. reformę systemu zamówień publicznych, co doprowadziło do przyjęcia dwóch nowych dyrektyw³, które stanowią obecnie podstawowe źródła europejskiego prawa zamówień publicznych⁴.

Kryzys zniweczył wyniki wielu lat postępu gospodarczego i społecznego oraz odsłonił strukturalne słabości europejskiej gospodarki. W związku z koniecznością wprowadzenia zmian w czerwcu 2010 r. Rada Europejska przyjęła nową Strategię na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu „Europa 2020”. Zastąpiła ona Strategię Lizbońską. Podstawowym jej założeniem jest doprowadzenie do stanu, w którym gospodarka Unii Europejskiej będzie zrównoważona, a jednocześnie przyjazna włączeniu społecznemu. Postuluje się osiągnięcie wysokich wskaźników zatrudnienia i wydajności oraz większą spójność społeczną. Wśród trzech priorytetów strategii „Europa 2020” wymienia się rozwój sprzyjający włączeniu społecznemu, obejmujący wspieranie gospodarki o wysokim

² Podręcznik Komisji Europejskiej, op. cit., s. 5.

³ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, s. 114) oraz dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, s. 1).

⁴ A. Górczyńska, *Zasady wspólnotowego prawa zamówień publicznych*, [w:] M. Królikowska-Olczak (red.), *Prawo europejskie w systemie polskiej gospodarki*, Difin, Warszawa 2005, s. 25–26.

poziomie zatrudnienia, zapewniającej spójność społeczną i terytorialną. Jednym z instrumentów, które mogą być wykorzystane w celu urzeczywistnienia wskazanych postulatów, są niewątpliwie zamówienia publiczne.

Unia Europejska podejmuje działania mające na celu upowszechnienie uwzględniania kryteriów społecznych w praktyce udzielania zamówień publicznych. W 2001 r. Komisja Europejska opracowała Komunikat dotyczący ustawodawstwa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych oraz możliwości zintegrowanego społecznego podejścia do zamówień⁵. Stanowi on kontynuację Komunikatu Komisji z 1998 r. – Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej⁶. Zasadniczym celem komunikatu jest wykazanie w odniesieniu do prawa Unii Europejskiej możliwości połączenia aspektów społecznych i zamówień publicznych w najbardziej efektywny sposób. Aspekty społeczne w tym kontekście należy rozumieć jako środki podjęte w celu zapewnienia zgodności procedur udzielania zamówień publicznych z podstawowymi zasadami i przepisami odnoszącymi się do niedyskryminacji, równego traktowania np. kobiet i mężczyzn czy z ustawodawstwem krajowym państw członkowskich UE w zakresie polityki społecznej. Aspekty społeczne przyjmować mogą również postać klauzul, które mają na celu integrację osób bezrobotnych lub niepełnosprawnych, zapobiegając ich społecznemu wykluczeniu. Komunikat wskazuje możliwości zintegrowania aspektów społecznych z zamówieniami publicznymi na różnych etapach procedur udzielania zamówień, począwszy od stadium opracowania opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie warunków, jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o dane zamówienie, oraz ustalenie kryteriów oceny złożonych ofert aż do stadium realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei w Komunikacie Komisji z 2008 r. – Odnowiona agenda społeczna: możliwości, dostęp i solidarność w Europie XXI wieku⁷ wskazano, że Unia Europejska wspiera podejście oparte na uwzględnianiu wpływów społecznych przy opracowywaniu prawa i środków dotyczących rynku wewnętrznego. W tym kontekście podkreślono, iż unijne zasady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych pozostawiają władzom wiele możliwości uwzględniania aspektów społecznych przy wyborze najkorzystniejszej oferty⁸.

3. Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozpoczyna się od dokonania opisu przedmiotu zamówienia. Zasadniczo zamawiający może swobodnie definiować przedmiot zamówienia publicznego, tak aby w pełni zaspokajał jego potrzeby. Przepisy regulujące udzielanie

⁵ KOM (2001) 566.

⁶ KOM (98) 143.

⁷ KOM (2008) 412.

⁸ „Społeczne (Społecznie Odpowiedzialne) Zamówienia Publiczne”, dokument [online] <www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1247>.

zamówień koncentrują się głównie na tym, jak się kupuje, a nie na tym, co jest kupowane. Żadna z dyrektyw odnoszących się do udzielania zamówień publicznych nie wprowadza ograniczeń odnośnie do przedmiotu zamówienia jako takiego⁹.

Jednym z podstawowych przejawów powiązania aspektów społecznych z procesem udzielania zamówień publicznych jest uwzględnianie przy opisywaniu przedmiotu zamówienia kryterium spełniania przez zamawiane dostawy, usługi lub roboty budowlane określonych standardów społecznych. Zgodnie bowiem z tezą 29 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE¹⁰, zamawiający powinni w miarę możliwości określać specyfikacje techniczne w sposób uwzględniający kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub przeznaczenie dla wszystkich użytkowników. Przykładowo chodzi tu o wprowadzenie odpowiednich zapisów, mających na celu zapewnienie osobom niepełnosprawnym dostępu do budynków publicznych, transportu publicznego, usług i informacji publicznych. Zamówienia publiczne mogą w tym kontekście stanowić istotny instrument służący promowaniu „dostępności i projektowania dla wszystkich”¹¹.

Należy jednak pamiętać, że swoboda definiowania przedmiotu zamówienia publicznego, w tym w zakresie wprowadzania wymagań natury prospołecznej, jest ograniczona przez obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. W związku z tym określone wymagania w zakresie standardów społecznych nie mogą stanowić środka, który bezpośrednio lub pośrednio utrudnia dostęp zagranicznym wykonawcom do krajowego rynku zamówień publicznych. Oznacza to przede wszystkim, że standardy społeczne, których spełnienia się wymaga, muszą pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia. Dopuszczalność wprowadzania omawianych warunków do opisu przedmiotu zamówienia uzależniona jest ponadto od sformułowania ich w sposób niedyskryminujący, umożliwiający spełnienie wymogów przez wszystkich wykonawców, niezależnie od kraju ich pochodzenia lub siedziby¹².

⁹ Podręcznik Komisji Europejskiej, op. cit., s. 24.

¹⁰ Analogicznie teza 42 preambuły do dyrektywy 2004/17/WE.

¹¹ Zgodnie z Konwencją ONZ o prawach osób niepełnosprawnych, dostępność stanowi jedną z podstawowych zasad zagwarantowanych w jej art. 3. Dodatkowo art. 9 Konwencji nakłada na państwa-strony obowiązek zapewnienia dostępu do środowiska fizycznego, transportu, informacji i komunikacji, w tym do technologii oraz systemów informacyjnych i komunikacyjnych, a także innych udogodnień i usług otwartych dla społeczeństwa lub udostępnianych społeczeństwu zarówno na obszarach miejskich, jak i wiejskich. Konwencja wzywa ponadto do podejmowania działań mających na celu „projektowanie uniwersalne”. W Europie koncepcja ta często jest określana jako „projektowanie dla wszystkich”. Szerzej zob. Podręcznik Komisji Europejskiej, op. cit., s. 9.

¹² Ibidem, s. 23–24.

4. Na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia zamawiający mają dodatkowo możliwość wykorzystania instrumentu uregulowanego w art. 26 dyrektywy 2004/18/WE¹³, który może mieć istotne znaczenie w kontekście realizacji polityki społecznej Unii Europejskiej, w szczególności w zakresie postulowanego wzrostu zatrudnienia oraz promocji m.in. godnej pracy, zgodności z prawami społecznymi oraz integracji lub reintegracji społecznej. Wskazany przepis przyznaje instytucjom zamawiającym prawo do określenia warunków szczególnych związanych z realizacją zamówienia publicznego, które mogą w szczególności dotyczyć kwestii społecznych. Wprowadzane warunki muszą być jednak zgodne z przepisami prawnymi Unii Europejskiej oraz konieczne jest ich wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacjach technicznych.

Teza 33 preambuły do wskazanej dyrektywy¹⁴ doprecyzowuje powyższy przepis, stanowiąc, iż warunki realizacji zamówienia publicznego, pod warunkiem że nie są one bezpośrednio lub nawet pośrednio dyskryminujące oraz zostały przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w jego dokumentacji, mogą w szczególności motywować podmioty ubiegające się o publiczne kontrakty do organizacji wewnętrznych szkoleń zawodowych, zwalczania bezrobocia, a także zatrudniania osób mających wyjątkowe trudności z integracją. Przykładowo wskazuje się na możliwość wprowadzenia wymogów dotyczących zatrudnienia osób długotrwale poszukujących pracy, przeprowadzenia szkoleń dla bezrobotnych lub młodocianych, zatrudnienia większej liczby osób niepełnosprawnych, niż przewiduje to ustawodawstwo krajowe, a także przestrzegania postanowień Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy, o ile przepisy te nie zostały wdrożone do prawa krajowego.

Implementacja powyższych regulacji do polskiego porządku prawnego nastąpiła nowelizacją ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.), dokonaną ustawą z dnia 7 maja 2009 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach socjalnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw¹⁵. Wprowadzony art. 29 ust. 4 p.z.p. wyposażył zamawiających w uprawnienie do wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia szczególnych wymogów związanych z jego realizacją, które mają na celu wspieranie polityki socjalnej państwa¹⁶.

Zgodnie z omawianym przepisem, zamawiający może zobowiązać wykonawców ubiegających się o dane zamówienie do spełnienia warunku w postaci zatrudnienia do realizacji zamówienia publicznego osób z określonych grup społecznych. Prawo zamówień publicznych wskazuje, iż taka klauzula może dotyczyć następujących kategorii osób:

¹³ Odpowiednio art. 38 dyrektywy 2004/17/WE.

¹⁴ Odpowiednio teza 44 preambuły do dyrektywy 2004/17/WE.

¹⁵ Dz.U. nr 91, poz. 742.

¹⁶ M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 200.

- bezrobotnych¹⁷ lub młodocianych zatrudnianych w celu przygotowania zawodowego¹⁸,
- niepełnosprawnych¹⁹,
- innych, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego²⁰.

Wymagania w zakresie polityki zatrudnieniowej powinny być określone przy uwzględnieniu zarówno polskich, jak i zagranicznych uwarunkowań prawnych. W przypadku zatem wskazywania kategorii osób, których zatrudnienia do wykonywania zamówienia publicznego się wymaga, właściwe wydaje się odnośnienie do pojęć „pracownika znajdującego się w niekorzystnej sytuacji” lub „pracownika niepełnosprawnego” w rozumieniu rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych)²¹.

¹⁷ Zgodnie z ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. nr 99 poz. 1001 z późn. zm.), pod pojęciem bezrobotnego należy rozumieć osobę, która poszukuje pracy, jest zarejestrowana w powiatowym urzędzie pracy oraz spełnia kryteria wymienione w art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy.

¹⁸ Warunek zatrudnienia młodocianych w celu przygotowania zawodowego odnosi się, w świetle art. 190 § 1 oraz art. 191 § 2 kodeksu pracy (Dz.U. z 1998 r., nr 21, poz. 94 z późn. zm.) do osób pomiędzy 16 a 18 rokiem życia, które nie posiadają kwalifikacji zawodowych. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie przygotowania zawodowego młodocianych i ich wynagradzania (Dz.U. nr 60, poz. 278) oraz rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 5 grudnia 2002 r. w sprawie przypadków, w których wyjątkowo jest dopuszczalne zatrudnianie młodocianych, którzy nie ukończyli gimnazjum, osób niemających 16 lat, które ukończyły gimnazjum, oraz osób niemających 16 lat, które nie ukończyły gimnazjum (Dz.U. nr 14, poz. 1808) zatrudnienie młodocianego w celu przygotowania zawodowego następuje w drodze zawarcia umowy o pracę w celu przygotowania zawodowego.

¹⁹ Pod pojęciem osoby niepełnosprawnej należy rozumieć osobę, która spełnia przesłanki niepełnosprawności określone w ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. nr 123, poz. 776). Zgodnie z art. 2 pkt 10 wskazanej ustawy, niepełnosprawność oznacza trwałą lub okresową niezdolność do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodującą niezdolność do pracy. Status osoby niepełnosprawnej uzyskuje się na mocy orzeczenia o niepełnosprawności wydanego przez powiatowy lub wojewódzki zespół do spraw orzekania o niepełnosprawności lub orzeczenia o całkowitej lub częściowej niezdolności do pracy wydanego przez lekarza orzecznika Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

²⁰ Są to osoby niebędące niepełnosprawnymi, bezrobotnymi lub młodocianymi zatrudnianymi w celu przygotowania zawodowego, które zostały wymienione w art. 1 ust 2 ustawy z dnia z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz.U. nr 122, poz. 1143). Są to w szczególności: osoby bezdomne realizujące indywidualny program wychodzenia z bezdomności w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej, osoby uzależnione od alkoholu po zakończeniu programu psychoterapii w zakładzie leczenia odwykowego, osoby uzależnione od narkotyków lub innych środków odurzających po zakończeniu programu terapeutycznego w zakładzie opieki zdrowotnej, osoby chore psychicznie w rozumieniu przepisów o ochronie zdrowia psychicznego, osoby zwalniane z zakładów karnych mające trudności w integracji ze środowiskiem w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej.

²¹ Dz.U. z 2008 r., L214, s. 3. Zob. zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące stosowania „klauzul społecznych” w zamówieniach publicznych, dokument [online] <www.uzp.gov.pl/cms/ws/page/?D;1248>.

Należy podkreślić, że spełnienie przez wykonawców wprowadzonego na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 1 p.z.p. wymagania w zakresie zatrudnienia określonych osób nie może polegać na zatrudnieniu danych grup pracowników w ogóle, lecz zatrudnieniu ich do realizacji konkretnego zamówienia publicznego. Celem omawianej regulacji jest bowiem powiązanie kwestii zatrudnienia wskazanych kategorii osób z realizacją danego zamówienia. Nie będziemy mieli do czynienia ze spełnieniem warunku wynikającego z tej klauzuli społecznej w przypadku samego zatrudnienia danych osób przy jednoczesnym braku ich uczestnictwa w wykonywaniu zamówienia publicznego²².

Zgodnie z art. 29 ust. 4 p.z.p., zamawiający może również zawrzeć w opisie przedmiotu zamówienia wymagania w zakresie szkoleniowym, które będą zobowiązywać wykonawców ubiegających się o dane zamówienie do:

a) utworzenia funduszu szkoleniowego, w którym wpłaty pracodawców stanowić będą co najmniej czterokrotność najniższej wpłaty określonej w odpowiednich przepisach²³, lub

b) zwiększenia wpłat na fundusz szkoleniowy do wysokości równej czterokrotności najniższej dopuszczalnej wpłaty.

Należy jednak pamiętać, że dopuszczalność wprowadzenia dodatkowych warunków realizacji zamówienia publicznego istnieje wyłącznie w sytuacji, gdy taki zabieg nie będzie bezpośrednio lub pośrednio dyskryminujący w stosunku do wykonawców zagranicznych. W związku z tym wymagania w zakresie szkoleniowym powinny zostać określone w sposób, który umożliwić będzie ich spełnienie przez podmioty mające siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Polski. Instytucja funduszu szkoleniowego może bowiem nie występować w porządkach prawnych państw członkowskich ich siedziby lub pochodzenia. Dlatego też zamawiający powinien umożliwić wykonawcom zagranicznym spełnienie tego warunku przez zwiększenie wpłat na szkolenia pracowników do wysokości zgodnej z wymaganiami wynikającymi z polskich regulacji. Ponadto specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna obejmować wskazówki dla wykonawców odnośnie do sposobu obliczenia wysokości takich wpłat, tak aby wprowadzony wymóg nie stanowił dla nich utrudnienia w udziale w postępowaniu oraz późniejszej realizacji zamówienia²⁴.

Procedurę określania wymagań na podstawie art. 29 ust. 4 p.z.p. reguluje art. 36 ust. 2 pkt 9 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku gdy zamawiający decyduje się na wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia

²² Zob. ww. zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego.

²³ Zgodnie z art. 67 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2008 r., nr 69, poz. 415 z późn. zm.), pracodawcy, w ramach posiadanych środków, mogą tworzyć zakładowy fundusz szkoleniowy, który jest przeznaczony na finansowanie lub współfinansowanie kosztów kształcenia ustawicznego pracowników i pracodawców. Z kolei art. 68 wskazanej ustawy stwierdza, iż dochody funduszu szkoleniowego obejmują wpłaty pracodawców w wysokości nie niższej niż 0,25% funduszu płac.

²⁴ Zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego.

wymagań o charakterze zatrudnieniowym, powinien w fakultatywnych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia określić:

- liczbę osób bezrobotnych, młodocianych, niepełnosprawnych lub innych, których zatrudnienia wymaga do realizacji danego zamówienia;
- okres wymaganego zatrudnienia wskazanych kategorii osób, który jednak nie może być dłuższy od okresu realizacji zamówienia publicznego;
- sposób dokumentowania zatrudnienia wymaganych osób;
- uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełnienia przez wykonawcę wymagań zatrudnieniowych oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań.

W przypadku natomiast wprowadzenia wymagań w zakresie szkoleniowym, specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać:

a) sposób dokumentowania przez wykonawcę utworzenia albo zwiększenia funduszu szkoleniowego,

b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań dotyczących funduszu szkoleniowego oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań.

Podkreślenia wymaga fakt, iż określony w art. 36 ust. 2 pkt 9 p.z.p. katalog postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia związanych z klauzulą społeczną z art. 29 ust. 4 p.z.p. nie ma charakteru katalogu zamkniętego. Przepis bowiem wskazuje, że powyższe postanowienia powinny znaleźć się w specyfikacji „w szczególności”, co oznacza, że zamawiający może w niej umieścić dodatkowe zapisy, których ustawa nie przewiduje. Przykładowo, specyfikacja może obejmować kwestie dotyczące wymogu, aby określone osoby zatrudnione były na podstawie stosunku pracy lub aby były to osoby skierowane przez powiatowy urząd pracy. Dopuszczalne jest również umieszczenie w specyfikacji postanowienia, zgodnie z którym zatrudnienie ma dotyczyć osób zwalnianych na podstawie ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników²⁵ lub wydanych w związku z dyrektywą Rady nr 98/59/WE z dnia 20 lipca 1998 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do zwolnień grupowych²⁶, analogicznych aktów prawnych państwa członkowskiego UE, w którym wykonawca ma siedzibę albo miejsce zamieszkania²⁷.

5. Najbardziej restrykcyjną oraz budzącą kontrowersje w praktyce klauzulę społeczną przewiduje art. 19 dyrektywy 2004/18/WE²⁸. Przyznaje on państwom członkowskim Unii Europejskiej prawo do ustanowienia w we-

²⁵ Dz.U. nr 90, poz. 844 z późn. zm.

²⁶ Dz.U.E z 1998 r. L 225, s. 16.

²⁷ Zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego.

²⁸ Analogicznie art. 28 dyrektywy 2004/17/WE.

wewnętrznych porządkach prawnych regulacji, na podstawie których zamawiający mogą ograniczyć krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne wyłącznie do tych spełniających warunki zatrudniania określonej ilości osób niepełnosprawnych. Chodzi mianowicie o możliwość wprowadzenia klauzul zastrzegających prawo uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zakładom pracy chronionej²⁹ lub umożliwiających realizację zamówień w ramach programów pracy chronionej, w których większość pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, które z uwagi na charakter lub stopień niepełnosprawności nie są w stanie wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach.

Zgodnie z tezą 28 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE³⁰, zatrudnienie i praca stanowią fundamentalne elementy, od których uzależnione jest zapewnienie wszystkim obywatelom Unii Europejskiej równych szans oraz doprowadzenie do pełnej integracji społeczeństwa. W tym kontekście zakłady pracy chronionej i programy pracy chronionej stanowią podstawę do skutecznej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych na rynku pracy. Jednakże w normalnych warunkach konkurencji, uzyskanie przez przedsiębiorstwa zatrudniające osoby niepełnosprawne lub zakłady pracy chronionej zamówień publicznych może być w znacznym stopniu utrudnione.

Komentowany przepis stanowi istotne odstępstwo od wynikającej z art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³¹ zasady równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne bez względu na ich przynależność państwową. Zasadniczo państwa członkowskie UE mają prawo samodzielnie ustalać zasady, na jakich zakłady pracy chronionej mogą brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednak w związku z ogólnym zakazem dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej przyjąć należy, że niedopuszczalne jest wprowadzanie warunków, które skutkowałyby rozróżnieniem sytuacji prawnej zakładów pracy

²⁹ W polskim porządku prawnym pojęcie zakładu pracy chronionej definiuje art. 28 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. nr 123, poz. 776 z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem jest to zakład utworzony przez pracodawcę, u którego zatrudnionych jest nie mniej niż 25 pracowników, z czego określona liczba to osoby niepełnosprawne. Ustawa wymaga, aby nie mniej niż 50%, a w tym co najmniej 20% ogółu zatrudnionych stanowiły osoby zaliczone do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności bądź było co najmniej 30% niewidomych lub psychicznie chorych, lub upośledzonych umysłowo zaliczonych do znacznego albo umiarkowanego stopnia niepełnosprawności. Uzyskanie statusu pracodawcy prowadzącego zakład pracy chronionej uzależnione jest dodatkowo od dysponowania obiektami i pomieszczeniami, które odpowiadają przepisom i zasadom bezpieczeństwa i higieny pracy, a także uwzględniają potrzeby osób niepełnosprawnych w zakresie przystosowania stanowisk pracy, pomieszczeń higieniczno-sanitarnych i ciągów komunikacyjnych oraz spełniają wymagania dostępności do nich. Ponadto to pracodawca ma obowiązek zapewnić pracownikom niepełnosprawnym doraźną i specjalistyczną opiekę medyczną, poradnictwo oraz usługi rehabilitacyjne.

³⁰ Analogicznie teza 39 preambuły do dyrektywy 2004/17/WE.

³¹ Dawny art. 12 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

chronionej pochodzących z różnych państw członkowskich. Bezpośrednimi adresatami przepisu art. 19 dyrektywy są państwa członkowskie, co oznacza, że sam zamawiający, bez powołania się na obowiązujące przepisy prawa krajowego, nie ma możliwości udzielać zamówień publicznych, które byłyby zastrzeżone całkowicie lub w części dla zakładów pracy chronionej³².

Polski ustawodawca dokonał implementacji powyższego przepisu w art. 22 ust. 2 p.z.p., który przyznaje zamawiającemu prawo zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie dla wykonawców, u których ponad 50% pracowników stanowią osoby niepełnosprawne. Zasadniczym celem wprowadzenia tej regulacji było zwiększenie dostępu do rynku zamówień publicznych dla wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne, przez co dąży się do osiągnięcia, postulowanego w tezie 28 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE, wyższego poziomu integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych na rynku pracy³³.

Może się jednak pojawić pytanie o słuszność wprowadzenia art. 22 ust. 2 p.z.p., jeżeli weźmiemy pod uwagę podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Stanowi ona fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych i wykazuje szczególne znaczenie ze względu na realizację podstawowych celów ustawy, tj. efektywnego wydatkowania środków publicznych oraz zagwarantowania dostępu do zamówień publicznych wszystkim podmiotom dającym rękojmię ich należytego wykonania³⁴. Z punktu widzenia wykonawców, którzy nie spełniają wskazanego warunku zatrudnieniowego, zastosowanie art. 22 ust. 2 p.z.p. zamyka bowiem definitywnie dostęp do danego zamówienia. Dodatkowo należy wskazać, że tak znaczące ograniczenie konkurencji może również pociągać za sobą negatywne konsekwencje dla zamawiającego. Zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców określonego zamówienia publicznego rodzi bowiem ryzyko, że zamawiający nie otrzyma żadnej oferty, w związku z czym będzie zmuszony do ponownego przeprowadzenia postępowania o udzielenie danego zamówienia³⁵.

6. Z punktu widzenia uwzględniania kwestii społecznych w procedurach udzielania zamówień publicznych istotną regulację zawierają przepisy dotyczące podmiotowej kwalifikacji wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. Zarówno przepisy dyrektyw unijnych, jak i ustawa – Prawo zamówień publicznych określają mechanizm ograniczenia dostępu do rynku zamówień

³² A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 165–166.

³³ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (druk sejmowy 2154), [online] <www.sejm.gov.pl>.

³⁴ M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, op. cit., s. 105.

³⁵ T. Schimanek, *Klauzule społeczne w polskim prawie zamówień publicznych*, [online] <www.isp.org.pl/uploads/filemanager/ISPKlauzulespo.wp0lpzp-T.Schimanek1.pdf>.

wień wykonawcom, którzy poprzez swoje wcześniejsze postępowanie naruszyli określone standardy zachowań społecznych³⁶.

Kryteria kwalifikacji wykonawców określa art. 45 dyrektywy 2004/18/WE³⁷. Odnoszą się one do sytuacji podmiotowej wykonawców, a ich zasadniczym zadaniem jest ustalenie wiarygodności potencjalnego kontrahenta. Wymienione kryteria, które mogą stanowić podstawę wykluczenia oferenta lub kandydata z postępowania zamówieniowego, dotyczą w głównej mierze jego prawidłowego, z punktu widzenia obowiązujących przepisów, funkcjonowania na rynku. Zgodnie natomiast z ust. 2 pkt e omawianego przepisu, z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego można wykluczyć każdego wykonawcę, który nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej³⁸.

W polskim porządku prawnym przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne reguluje art. 24 p.z.p. Ustęp 1 pkt 3 przepisu wskazuje, że wykluczeniu podlega wykonawca zalegający z uiszczeniem m.in. składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Wyjątek stanowią przypadki, w których wykonawca uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

W tym miejscu należy wskazać, że regulacja art. 24 p.z.p., w kontekście łączenia aspektów społecznych z zamówieniami publicznymi, ma charakter wyjątkowy. W odróżnieniu bowiem od omówionych wcześniej instrumentów prospołecznych, w jakie przepisy wyposażały zamawiających, zastosowanie art. 24 i wykluczenie wykonawcy stanowi obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego. W przypadku art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 4 p.z.p. zamawiający może swobodnie podjąć decyzję odnośnie ich zastosowania lub nie. W przypadku natomiast stwierdzenia wystąpienia jednej z przesłanek wskazanych w art. 24 p.z.p., wykonawca obligatoryjnie podlega wykluczeniu z postępowania, a złożoną przez niego ofertę uznaje się za odrzuconą³⁹.

7. Podstawowym celem skutecznie funkcjonującego systemu zamówień publicznych jest uzyskiwanie najlepszych efektów z ponoszonych nakładów. Należy przez to rozumieć jak najbardziej efektywne osiąganie celu zamówienia, którym zasadniczo jest zaspokojenie określonej potrzeby instytucji zamawiającej. Nowoczesny system zamówień publicznych powinien jednak być

³⁶ Podręcznik Komisji Europejskiej, op. cit., s. 21.

³⁷ Możliwość analogicznego zastosowania tego przepisu przewiduje art. 53 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE.

³⁸ Szerzej zob. A. Sołtysińska, op. cit., s. 300–311.

³⁹ Szerzej zob. M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, op. cit., s. 168 i nast.

wykorzystywany również do osiągania szerszych celów, m.in. celów natury społecznej. Mając na uwadze efektywność ekonomiczną konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, istnieje możliwość wspierania, niejako przy okazji, innych wartości i celów realizowanych przez podmioty publiczne⁴⁰. Taka praktyka może mieć istotne znaczenie z punktu widzenia polityki socjalnej Unii Europejskiej, w szczególności w zakresie realizacji postulatu zwiększenia poziomu zatrudnienia określonych grup społecznych, promocji godnej pracy, zgodności z prawami społecznymi i z prawem do pracy, integracji lub reintegracji społecznej czy też równości szans.

Prawo zamówień publicznych przewiduje szereg instrumentów, które mają na celu zintegrowanie procedur udzielania zamówień publicznych z aspektami społecznymi. Jednak ich stosowanie przez zamawiających w praktyce postępowań przetargowych jest rzadkością. W 2011 r. jedynie 2,04% zamówień publicznych w Polsce udzielonych zostało z uwzględnieniem klauzul społecznych⁴¹. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż zasadniczo obowiązujące przepisy dają zamawiającym jedynie prawo, a nie obowiązek uwzględniania kryteriów społecznych w prowadzonych postępowaniach zamówieniowych. Biorąc pod uwagę brak doświadczeń w tej materii, wynikający ze stosunkowo krótkiego okresu obowiązywania przepisów art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 4 p.z.p., jak również obawę zamawiających przed naruszeniem restrykcyjnych regulacji oraz potencjalnymi odwołaniami ze strony wykonawców, trudno się dziwić, że poziom uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach jest tak niski⁴².

Dodatkowo należy wskazać, że pierwsze przykłady zastosowania klauzul społecznych w praktyce pokazują, że ich wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia znacząco zwiększa koszty udzielanych zamówień. Wydaje się jednak, że gdy ten problem rozpatrzymy w perspektywie długoterminowej, okazać się może, że z punktu widzenia wydatków publicznych klauzule społeczne stanowią źródło oszczędności⁴³. Jednym bowiem z celów polityki uwzględniania kwestii społecznych w procedurach zamówieniowych jest zwiększenie zatrudnienia osób niepełnosprawnych lub bezrobotnych, co w związku z fundamentalną zasadą efektywności wydatkowania środków publicznych może przynosić konkretne korzyści ekonomiczne, np. w postaci zmniejszenia wydatków budżetowych na pomoc społeczną⁴⁴.

⁴⁰ D. Koba, *Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających – szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2010, s. 6–7.

⁴¹ Przewidzianych w art. 22 ust. 2 lub art. 29 ust. 4 p.z.p.

⁴² Szerzej zob. A. Gniadkowski, *Oswajanie klauzul społecznych*, „Wspólnota” 2012, nr 33–34, s. 17.

⁴³ Rozmowa z M. Komorowskim, *Klauzule podwyższają koszty*, „Wspólnota” 2012, nr 33–34, s. 18.

⁴⁴ D. Koba, op. cit., s. 6–7.

Summary

The instrumentalisation of public procurement in the context of the European Union social policy

Key words: public procurement, social aspects, procurement procedure, socially responsible public procurement.

By generating nearly 17% of the European Union (EU) gross domestic product, public authorities are its major consumers. Owing to their purchasing capacity, public entities can promote social inclusion, employment opportunities, accessibility and labour standards. Promotion of socially responsible public procurement strives for a greater compliance with social standards.

The Europe 2020 Strategy puts forward a priority to achieve an inclusive growth by fostering a high-employment economy which would deliver social and territorial cohesion. One of the instruments that can be used to achieve this goal is public procurement. The European Commission demonstrates, in relation to the EU law, how to connect social aspects and public procurement in the most efficient manner.

Social aspects can be taken into account at various stages of the procurement procedures – starting from the phase of preparing the terms of reference, followed by the phase of defining the conditions to be met by the contractor and, finally, to establishing criteria for assessing bids, up to the stage of implementation of the agreement on public procurement.

Katarzyna Jaworska

Katedra Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Standardy Międzynarodowej Organizacji Pracy i Rady Europy a polski system zabezpieczenia społecznego na wypadek bezrobocia

Dwudziesty wiek był wiekiem bezrobocia¹. Zapoczątkowana ponad sto lat temu walka z bezrobociem i jego skutkami trwa do dnia dzisiejszego. Ani rozwój gospodarczy, ani postęp technologiczny i naukowy nie pomogły w zminimalizowaniu zasięgu tego zjawiska, a nawet niekiedy przyczyniły się do jego wzrostu, powodując na niektórych obszarach masowe bezrobocie. Historia pokazuje, że niestety większość inicjatyw nie doprowadziła do stałego ograniczenia jego zasięgu, działając tylko doraźnie. W związku z tym nie dziwi, że państwa na całym świecie – oprócz starań mających na celu zmniejszenie wielkości bezrobocia – prowadzą również kampanie mające na celu łagodzenie jego skutków poprzez dostarczanie bezrobotnym środków niezbędnych do życia. Wiele spośród nich wzoruje się na rozwiązaniach przyjętych przez organizacje międzynarodowe.

Pierwsze międzynarodowe standardy w zakresie łagodzenia skutków bezrobocia zostały przyjęte przez Międzynarodową Organizację Pracy (MOP) w konwencji nr 2 z 1919 r.² W odpowiedzi na zmiany społeczno-gospodarcze w 1934 r. została uchwalona konwencja nr 44 dotycząca zapewnienia bezrobotnym nie z własnej winy odszkodowań i zasiłków. Obecnie obydwie konwencje są już zamknięte do ratyfikacji.

Wśród ogromnego dorobku normatywnego MOP w chwili obecnej największe znaczenie w zakresie łagodzenia skutków bezrobocia mają dwie konwencje: nr 102 – dotycząca minimalnych norm zabezpieczenia społecznego z 1952 r. oraz nr 168 – dotycząca popierania zatrudnienia i ochrony przed

¹ M. Kabaj, *Strategie i programy przeciwdziałania bezrobociu w Unii Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2004, s. 11.

² Konwencja nr 2 została ratyfikowana przez Polskę 11 czerwca 1924 r. (Dz.U. z 1925 r., nr 54, poz. 364).

bezrobociem, która weszła w życie w 1991 r.³ Standardy zabezpieczenia społecznego na wypadek bezrobocia są również przedmiotem normatywnej działalności Rady Europy, chodzi w szczególności o Europejski Kodeks Zabezpieczenia Społecznego z 1964 r. (EKZS) oraz Zrewidowany Europejski Kodeks Zabezpieczenia Społecznego z 1990 r. (ZEKZS)⁴.

Dokumenty MOP i Rady Europy w różny sposób definiują ryzyko bezrobocia, którego zaistnienie powoduje konieczność wypłaty świadczenia, np. ryzyko utraty zatrudnienia, utraty dochodu, utraty zarobków lub braku zarobków. Przyjęta definicja niesie poważne konsekwencje w zakresie określenia zakresu podmiotowego ochrony oraz metody łagodzenia skutków bezrobocia. Ryzyko określone jako utrata dochodu wskazuje na metodę ubezpieczeniową, a ochroną objęci są wszyscy pracownicy. Natomiast ryzyko braku zarobków związane jest z metodą zaopatrzeniową, dotyczącą wszystkich mieszkańców państwa lub tylko wybranych grup zawodowych⁵. Mimo różnic w określaniu ryzyka, między tymi dokumentami jest bardzo dużo podobieństw. Wynika to z faktu, iż EKZS wzorowany był na konwencji nr 102, a jego zrewidowana wersja na konwencji nr 168. Jednak nie da się ukryć, że największą różnicę stanowi intensywność, z jaką realizowana jest funkcja dochodowa świadczenia dla bezrobotnych. Nie pozostaje to bez wpływu na liczbę ratyfikacji tych dokumentów w części poświęconej realizacji zabezpieczenia społecznego na wypadek braku pracy⁶.

Spśród wskazanych wyżej dokumentów prawa międzynarodowego Polska ratyfikowała jedynie konwencję nr 102 w częściach dotyczących opieki lekarskiej, świadczeń na starość, świadczeń rodzinnych, świadczeń macierzyńskich⁷ oraz świadczeń w razie śmieci żywiciela⁸, z pominięciem m.in. norm o łagodzeniu skutków bezrobocia. W związku z tym istnieje potrzeba przeanalizowania polskiego systemu zabezpieczenia na wypadek bezrobocia pod kątem standardów ustanowionych przez MOP i Radę Europy.

Kwestie związane z zabezpieczeniem społecznym na wypadek bezrobocia w polskim systemie prawa zostały uregulowane ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy⁹ (dalej: u.p.z.).

³ Teksty konwencji w języku polskim dostępne są na stronie <www.mop.pl>.

⁴ Teksty kodeksów zob. w: R.A. Henczel, J. Maciejewska, *Podstawowe dokumenty Rady Europy z dziedziny polityki społecznej*, Warszawa 1997.

⁵ Więcej o metodach m.in. J. Piotrowski, *Zabezpieczenie społeczne. Problematyka i metody*, Warszawa 1964.

⁶ W Europie konwencję nr 102 ratyfikowało 21 państw, konwencję nr 168 – 6, EKZS – 16, a ZEKZS jedynie 1 państwo.

⁷ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o ratyfikacji Konwencji nr 102 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej minimalnych norm zabezpieczenia społecznego, przyjętej w Genewie dnia 28 czerwca 1952 r. (Dz.U. z 2003 r., nr 113, poz. 1065).

⁸ Oświadczenie rządowe z dnia 18 lutego 2005 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji nr 102 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej minimalnych norm zabezpieczenia społecznego, przyjętej w Genewie dnia 28 czerwca 1952 r. (Dz.U. z 2005 r., nr 93, poz. 776).

⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2008 r., nr 69 poz. 415 z późn. zm.

Od zapoczątkowania przemian gospodarczo-politycznych w 1989 r. jest to już czwarta ustawa regulująca kwestię wypłaty zasiłków dla bezrobotnych. Podobnie jak jej poprzedniczki, ustawa ta była wielokrotnie nowelizowana, co pokazuje, że ustawodawca ciągle poszukuje optymalnego rozwiązania w zakresie łagodzenia skutków bezrobocia.

Pierwsze uwagi należy poczynić w zakresie definiowania pojęcia „bezrobotny”¹⁰. Ustawodawca w 1989 r. w ustawie o zatrudnieniu przyjął koncepcję, zgodnie z którą definicja ta składa się z dwóch części. Pierwsza część zawiera szereg przesłanek pozytywnych nabycia statusu bezrobotnego. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 2 u.p.z., za bezrobotną może zostać uznana osoba, która:

- 1) jest niezatrudniona i nie wykonuje innej pracy zarobkowej,
- 2) jest zdolna i gotowa do podjęcia zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązującym w danym zawodzie lub służbie albo innej pracy zarobkowej¹¹,
- 3) nie uczy się w szkole¹²,
- 4) zarejestrowała się we właściwym dla miejsca zameldowania stałego lub czasowego powiatowym urzędzie pracy,
- 5) poszukuje zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej.

W znacznej mierze pokrywają się one z przesłankami zawartymi w dokumentach prawa międzynarodowego, z tym że polski ustawodawca rozszerzył ten katalog. Konwencja nr 168 MOP oraz ZEKZS wskazują na: zdolność do pracy, dyspozycyjność (gotowość), faktyczne poszukiwanie pracy, brak odpowiedniego zatrudnienia oraz utratę zarobków. W ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy przesłanka braku odpowiedniego zatrudnienia została przeniesiona do warunków nabycia prawa do zasiłku dla bezrobotnych. Co więcej, nieprzyjęcie odpowiedniej pracy powoduje utratę prawa do zasiłku i statusu bezrobotnego, a w związku z tym pojęcie to ma kluczowe znaczenie. Zgodnie z art. 2 ust 1 pkt 16 u.p.z., odpowiednia praca to taka praca, za którą przysługuje co najmniej minimalne wynagrodzenie i podlega ubezpieczeniom społecznym oraz do wykonywania której bezrobotny ma wystarczające kwalifikacje lub doświadczenie zawodowe lub może ją wykonywać po uprzednim szkoleniu albo przygotowaniu zawodowym doro-

¹⁰ Szerzej o definicji bezrobotnego Z. Góral, *Definicja bezrobotnego w ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2011, nr 5, s. 23 i n.; K. Jaworska, *Prawna konstrukcja pojęcia bezrobotnego*, [w:] B. Sitek, M. Szwejkowska (red.), *Podmiotowość w prawie*, Olsztyn 2012, s. 47 i nast.; M. Śmigiel, *Definicja bezrobotnego w ujęciu normatywnym*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1994, nr 2, s. 53 i nast.

¹¹ W przypadku osoby niepełnosprawnej wymóg ten ogranicza się do zdolności i gotowości do podjęcia zatrudnienia co najmniej w połowie wymiaru czasu pracy obowiązującego w danym zawodzie lub służbie.

¹² Wyjątek stanowi nauka w szkole dla dorosłych lub przygotowywanie się do egzaminu eksternistycznego z zakresu tej szkoły oraz nauka w szkole wyższej w trybie studiów niestacjonarnych.

słych, a stan zdrowia pozwala mu na jej wykonywanie, zaś łączny czas dojazdu do miejsca pracy i z powrotem środkami transportu zbiorowego nie przekracza 3 godzin. W tym znaczeniu odpowiednia praca nie musi być pracą w pełnym wymiarze czasu pracy, mimo że bezrobotny jest gotowy do podjęcia zatrudnienia w takim wymiarze. W pojęciu odpowiedniej pracy nie mieści się również wykonywanie pracy w ramach umowy o dzieło, ponieważ od tej umowy potrącana jest jedynie zaliczka na podatek dochodowy¹³.

Odmierna koncepcja odpowiedniej pracy znajduje się w dokumentach prawa międzynarodowego. Dla przykładu można wskazać, iż świetle konwencji nr 168 MOP przy ocenie, czy praca jest odpowiednia dla bezrobotnego, należy brać pod uwagę wiek, staż pracy w dotychczasowym zawodzie, zdobyte doświadczenie, długość okresu bezrobocia, sytuację na rynku pracy, wpływ nowego zatrudnienia na sytuację rodzinną i osobistą. Łatwo zauważyć, iż z tego punktu widzenia polski ustawodawca opiera się głównie na ocenie, czy bezrobotny ma wystarczające kwalifikacje, a nie czy praca odpowiada jego kwalifikacjom¹⁴. Ta na pozór subtelna różnica może w niektórych przypadkach na gruncie polskiego prawa doprowadzić do degradacji zawodowej bezrobotnego, który w obawie przed utratą prawa do zasiłku i statusu bezrobotnego podejmie zatrudnienie na stanowisku, które będzie wymagało znacznie niższych kwalifikacji niż te, którymi dysponuje.

Warto zauważyć, że przesłanka utraty zarobków również związana jest z nabyciem prawa do zasiłku. Jednak nie została ona wyeksponowana w należyty sposób, co z pewnością jest mankamentem polskiego systemu zabezpieczenia społecznego na wypadek braku pracy, ponieważ nie ukazuje historycznej więzi między statusem bezrobotnego a statusem pracowniczym.

Druga część ustawowej definicji bezrobotnego zawiera przesłanki negatywne, które uniemożliwiają nabycie tego statusu, mimo spełniania przesłanek pozytywnych. Ta część jest bardzo rozbudowana i jej celem jest zawężenie zakresu podmiotowego prawnego pojęcia bezrobotnego, a w związku z tym także ograniczenie bezrobocia w rozumieniu prawnym. Większość przesłanek zawartych w tej części związana jest z brakiem dochodu po stronie bezrobotnego (np. niepobieranie zasiłku chorobowego lub macierzyńskiego) lub z nabyciem przez niego prawa do świadczeń (np. prawa do emerytury lub renty). Jak się wydaje, ustawodawca wyszedł z założenia, że bezrobotny to osoba, która nie ma żadnego źródła utrzymania, bez względu na to, czy

¹³ Wyjątek stanowi umowa zawarta z pracodawcą, z którym wykonawca pozostaje w stosunku pracy, lub jeżeli w ramach takiej umowy wykonuje pracę na rzecz pracodawcy, z którym pozostaje w stosunku pracy, a umowa ta jest zawarta z osobą trzecią – art. 8 ust 2a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., nr 205, poz. 1585 z późn. zm.) i art. 104 ust. 1 pkt 1 lit c u.p.z. Por. wyrok SN z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. I UK 252/09, LEX nr 577824.

¹⁴ Zob. M. Włodarczyk, *Pojęcie odpowiedniego zatrudnienia w ustawie o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1999, t. LIX, s. 41.

wykonywała poprzednio pracę, czy nie. W związku z tym pominął osoby, które nie mają prawa do zasiłku dla bezrobotnych, a jednocześnie mogą mieć minimalny dochód, lecz potrzebna jest im pomoc w znalezieniu zatrudnienia, więc możliwość korzystania z usług rynku pracy byłaby w tym zakresie niezbędna.

Drugą płaszczyzną tych rozważań są warunki nabycia prawa do świadczenia z tytułu bezrobocia. W tym zakresie dokumenty MOP i Rady Europy można określić jako lakoniczne. Sprowadzają się one generalnie do stwierdzenia, że warunkiem nabycia prawa do zasiłku powinno być posiadanie przez bezrobotnego okresu kwalifikacyjnego, który nie może być dłuższy niż okres uważany za niezbędny do zapobieżenia nadużyciom. W większości państw europejskich okres kwalifikacyjny określany jest jako minimalny okres opłacania składek na obowiązkowe ubezpieczenie na wypadek bezrobocia. Mimo że polski ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie modelu ubezpieczenia na wypadek bezrobocia¹⁵, to i tak warunkiem nabycia prawa do zasiłku na podstawie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy jest okres opłacania składki na Fundusz Pracy, który musi wynosić nie mniej niż 365 dni w okresie 18 miesięcy poprzedzających dzień rejestracji we właściwym urzędzie pracy. Na tle innych państw warunek ten jest stosunkowo surowy¹⁶. Przykładowo okres opłacania składki w Austrii wynosi 52 tygodnie w ciągu 2 lat, w Estonii – 12 miesięcy w ciągu 36 miesięcy, Finlandii – 34 tygodni w ciągu 28 miesięcy, Francji – 4 miesiące w ciągu 28 miesięcy i na Litwie – 18 miesięcy w ciągu 3 lat¹⁷. Nie ma żadnych wątpliwości, iż ustalając tak surowy warunek nabycia prawa do zasiłku dla bezrobotnych, polski ustawodawca chciał z jednej strony znacznie ograniczyć krąg osób uprawnionych do świadczenia, a co za tym idzie ograniczyć wydatki, a z drugiej strony zwiększyć aktywność zawodową na krajowym rynku pracy. Jednak rezultatem tego jest fakt, że aż 83,5% zarejestrowanych bezrobotnych nie ma prawa do zasiłku¹⁸. Pozostają tym samym na utrzymaniu gmin, pobierając świadczenia z pomocy społecznej.

Kolejną uwagę należy poczynić w zakresie przesłanek utraty prawa do zasiłku. Konwencja nr 168 MOP wskazuje m.in. na świadome przyczynienie się bezrobotnego do zwolnienia z pracy, dobrowolne rozwiązanie umowy o pracę, niekorzystanie z pośrednictwa pracy, poradnictwa zawodowego, niepodjęcie odpowiedniego zatrudnienia oraz otrzymanie lub usiłowanie otrzy-

¹⁵ Zob. K. Jaworska, *Charakter prawny zasiłku dla bezrobotnych*, [w:] Z. Góral (red.), *Bezrobocie i polityka zatrudnienia*, Warszawa 2013, s. 91.

¹⁶ J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Kraków 2006, s. 297.

¹⁷ Zob. A. Świątkowski, *Europejskie prawo socjalne*, t. III: *Europejskie prawo ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2000, s. 462 i nast.; G. Uścińska, *Ubezpieczenia społeczne i pomoc w razie bezrobocia w ustawodawstwach państw UE*, Warszawa 2011, s. 9 i nast.

¹⁸ Zob. [online] <http://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/PW_miesie_inf_o_bezrob_rejestr_w_pol-sce_05m_2013.pdf>, dostęp: 20.06.2013.

mania świadczenia w drodze oszustwa. Co do zasady, przesłanki te mają swoje odwzorowanie w ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Przewiduje ona, że zasiłek dla bezrobotnych nie będzie przysługiwał m.in. w przypadku: utraty pracy w okresie 6 miesięcy przed rejestracją we właściwym urzędzie pracy z powodu rozwiązania jej bez wypowiedzenia przez pracodawcę z winy pracownika (art. 75 ust. 1 pkt 3 u.p.z.), rozwiązania umowy o pracę przez bezrobotnego za wypowiedzeniem lub za porozumieniem stron, z pewnymi wyjątkami (art. 75 ust. pkt 2) oraz odmowy bez uzasadnionej przyczyny przyjęcia odpowiedniej pracy, szkolenia, stażu, wykonywania prac interwencyjnych czy robót publicznych (art. 75 ust. 1 pkt 1). W przeciwieństwie do MOP polski ustawodawca odmiennie zaklasyfikował nabycie i pobieranie świadczenia w drodze oszustwa. Takie zachowanie bezrobotnego nie jest sankcjonowane utratą prawa do zasiłku i utratą statusu bezrobotnego, lecz jedynie koniecznością zwrotu nienależnie pobranego świadczenia (76 ust. 2 pkt u.p.z.). W takim przypadku bezrobotny mógłby utracić swój status tylko w razie wykazania przez powiatowy urząd pracy, iż rejestracja w charakterze bezrobotnego miała na celu uzyskanie prawa do świadczenia i bezrobotnemu nie można przypisać gotowości do podjęcia zatrudnienia¹⁹.

Z punktu widzenia świadczeniobiorcy jedną z najbardziej istotnych kwestii jest długość okresu przysługiwania zasiłku z tytułu bezrobocia. Standardy międzynarodowe w tej kwestii są zgodne, że zasiłek powinien przysługiwać przez cały czas pozostawania bez pracy. Mimo to konwencja nr 168 pozwala na ograniczenie czasu wypłaty świadczenia do 26 tygodni (182 dni) w każdym przypadku bezrobocia lub do 39 tygodni (273 dni) w okresie 24 miesięcy, a według ZEKZS okres ten może być ograniczony do 39 tygodni (273 dni) w każdym przypadku lub 39 tygodni (273 dni) w okresie 24 tygodni. Natomiast polski ustawodawca przewidział dwa okresy pobierania zasiłku – 6 i 12 miesięcy (180 dni i 360 dni, przy założeniu, że jeden miesiąc to 30 dni) w zależności od poziomu bezrobocia na lokalnym rynku pracy. Jeżeli na obszarze, na którym ma miejsce zamieszkania bezrobotny, w dniu 30 czerwca roku poprzedzającego dzień nabycia prawa do zasiłku, stopa bezrobocia nie przekraczała 150% przeciętnej stopy bezrobocia w kraju, zasiłek będzie przysługiwał przez 6 miesięcy, natomiast jeżeli stopa bezrobocia przekraczała 150% przeciętnej stopy bezrobocia w kraju, zasiłek będzie wypłacany przez 12 miesięcy. W metodzie tej można dopatrzeć się socjalnego charakteru zasiłku dla bezrobotnych. Na terenach, na których bezrobocie jest wyższe, a w związku z tym trudniej o zatrudnienie, zasiłek będzie przysługiwał dłużej, a na terenach o niższym bezrobociu, gdzie teoretycznie łatwiej znaleźć pracę, odpowiednio krócej.

¹⁹ T. Olejarz, *Prawa i obowiązki bezrobotnych*, „Prawo Pracy” 1997, nr 5, s. 12.

Mimo tej specyficznej metody ustania długości przysługiwania zasiłku dla bezrobotnych, można powiedzieć, iż pod tym względem standardy MOP z konwencji 168 zostały spełnione. Natomiast w stosunku do ZEKZS okres wypłaty zasiłku dla bezrobotnych w Polsce jest znacznie krótszy.

Bez wątplenia równie ważna jest kwestia wysokości świadczenia dla bezrobotnych. Ustalenie jego wysokości jest niezmiernie trudne²⁰ ze względu na dwie funkcje, jakie ma ono spełniać. Po pierwsze, ma motywować do podjęcia zatrudnienia, najlepiej w pełnym wymiarze czasu pracy. Po drugie, ma zapewnić bezrobotnemu i jego rodzinie niezbędny dochód pozwalający przetrwać trudny okres pozostawania bez pracy w godny sposób²¹. Przerzucenie ciężaru na jedną z tych funkcji będzie powodowało niewłaściwą realizację drugiej. Np. zbyt wysoki zasiłek nie mobilizuje do podjęcia zatrudnienia, a zbyt niski nie gwarantuje przeżycia, ale jednocześnie bardzo mobilizuje do zintensyfikowania działań zmierzających do podjęcia zatrudnienia²².

Polski ustawodawca zdecydował, iż wysokość zasiłku dla bezrobotnych będzie ustalana kwotowo, co w sposób bezsprzeczny nie spełnia standardów międzynarodowych w tym zakresie²³. Żaden z dokumentów nie przewidują sztywnego określania jego wysokości. Zasadniczo konwencja nr 168 MOP oraz ZEKZS wskazują na dwa sposoby ustalania wysokości świadczenia dla bezrobotnych. Pierwszy z nich jest pochodną stosowania systemu ubezpieczenia na wypadek utraty zatrudnienia, a w związku z tym zasiłek stanowi pewien procent wynagrodzenia otrzymywanego przed utratą pracy, które było jednocześnie podstawą do obliczania obowiązkowej składki ubezpieczeniowej. Drugi z nich wynika z objęcia ludności systemem zaopatrzenia na wypadek braku pracy, a wysokość zasiłku pozostaje w korelacji z minimalnym wynagrodzeniem, na poziomie nie niższym niż minimum socjalne²⁴. Ze względu na różny standard życia w poszczególnych państwach, kwoty zasiłków znacznie będą się od siebie różnić. Jednak większość państw członkowskich Unii Europejskiej objęła swoich obywateli obowiązkowym ubezpieczeniem na wypadek bezrobocia, a metoda zaopatrzeniowa stosowana jest tylko pomocniczo, np. w stosunku do absolwentów. Jest to szczególna grupa na rynku pracy, która w związku z tym, że nigdy nie pracowała, nie jest w stanie wykazać się ani opłacaniem składek przez wymagany okres, aby nabyć pra-

²⁰ P. Kubiak, *Zasiłki dla bezrobotnych i ich wpływ na bezrobocie w Polsce*, [w:] E. Kwiatkowski, L. Kucharski (red.), *Rynek pracy w Polsce – tendencje, uwarunkowania i polityka państwa*, Łódź 2010, s. 148.

²¹ S. Golinowska, *Zasiłki dla bezrobotnych. Motywacja do wyjścia z bezrobocia czy pozostania w nim?*, [w:] S. Golinowska (red.), *Zmiany i reformy w systemie zabezpieczenia społecznego w kierunku wzrostu indywidualnej odpowiedzialności*, Warszawa 1999, s. 107.

²² E. Kwiatkowski, *Czy zasiłki dla bezrobotnych generują wzrost bezrobocia? Stare dylematy w świetle nowych badań*, „Dialog” 2011, nr 1, s. 127.

²³ Por. obliczenia zawarte w: H. Markowska, H. Zalewska, G. Uścińska, *Addendum. Obliczenia porównawcze. Standardy zabezpieczenia społecznego*, Warszawa 2005, s. 36–37 i 96–98.

²⁴ Zob. A. Tymowski, *Minimum socjalne. Metodyka i próba określenia*, Warszawa 1973.

wo do zasiłku, ani wynagrodzeniem, które byłoby podstawą do obliczenia zasiłku dla bezrobotnych. Polski ustawodawca nie przewidział zasiłku dla bezrobotnych absolwentów, dlatego w celach porównawczych lepiej odnieść się do metody ubezpieczeniowej określania wysokości zasiłku dla bezrobotnych.

Konwencja nr 168 MOP określiła wysokość zasiłku dla bezrobotnych na poziomie nie niższym niż 50% wynagrodzenia otrzymywanego przed utratą pracy. Natomiast zgodnie z ZEKZS zasiłek powinien wynieść 50% wynagrodzenia w przypadku osób prowadzących samodzielnie gospodarstwo domowe, zaś 65% tego wynagrodzenia powinny otrzymywać osoby mające na utrzymaniu małżonka i dwoje dzieci. Zakładając, że bezrobotny przed utratą zatrudnienia pobierał pensję w wysokości najniższej, tj. 1600 zł²⁵, to zgodnie z konwencją nr 168 pobierałby zasiłek w wysokości 800 zł, a na podstawie ZEKZS, jeżeli prowadzi samodzielnie gospodarstwo domowe, również w kwocie 800 zł lub 1040 zł, jeżeli ma na utrzymaniu rodzinę, podczas gdy bez względu na sytuację rodzinną na podstawie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy otrzymywałby zasiłek w wysokości 823,60 zł przez pierwsze trzy miesiące i 646,70 zł przez pozostały okres pobierania zasiłku. W związku z tym – przy założeniu, że bezrobotny zarabia nie więcej niż minimalne wynagrodzenie za pracę oraz nie ma na utrzymaniu innych członków rodziny – w okresie pierwszych 3 miesięcy pobierania zasiłku standardy międzynarodowe są spełnione.

Nie da się jednak nie zauważyć, iż wskazane wyżej kwoty zasiłku są kwotami podstawowymi przysługującymi osobom, których okres uprawniający do zasiłku, o którym mowa w art. 72 u.p.z., wynosi nie mniej niż 5 lat i nie więcej niż 20 lat. Osobom, które legitymują się tym okresem nieprzekraczającym 5 lat, zasiłek będzie przysługiwał w obniżonej wysokości, tj. 80% kwoty podstawowej (658,90 zł i 517,40 zł), a w związku z tym o zgodności ze standardami MOP i Rady Europy nie może być mowy. Natomiast w sytuacji posiadania dłuższego niż 20 lat okresu uprawniającego do zasiłku świadczenie to będzie przysługiwało w podwyższonej wysokości, czyli w wysokości 120% kwoty podstawowej (988,40 zł i 776,10 zł).

Podsumowując należy stwierdzić, że polski system zasiłków dla bezrobotnych nie spełnia w pełni standardów międzynarodowych zawartych w konwencji nr 168 MOP i w ZEKZS. Niektóre zmiany mające dostosować polskie przepisy miałyby charakter kosmetyczny, jednak znaczna większość wymagałaby gruntownej przebudowy systemu. Mimo iż okres wypłaty zasiłku dla bezrobotnych nie odbiega znacznie od tych ustalonych w prawie międzynarodowym, to sposób jego ustalania pozostawia dużo do życzenia. Jak już wspomniano, jest on uzależniony od sytuacji na lokalnym rynku pracy, podczas

²⁵ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2012 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2013 r. (Dz.U. nr 0, poz. 1026).

gdy powinien mieć na niego wpływ okres podlegania ubezpieczeniu na wypadek bezrobocia i opłacania składek. Podobnej przebudowy wymaga sposób określania wysokości świadczenia²⁶. Wydaje się racjonalne uzależnienie wysokości świadczenia od poprzednich dochodów, skoro zasiłek finansowany jest z obowiązkowych składek, które stanowią 2,45% wynagrodzenia, podobnie jak ma to miejsce w obowiązkowym ubezpieczeniu chorobowym. Jednak problemy te są nierozwiązywalne, jeżeli ustawodawca nie zdecyduje się ostatecznie na wprowadzenie obowiązkowego i klarownego ubezpieczenia na wypadek braku pracy²⁷, zamiast wielokrotnie dokonywać zmian w systemie, powodując, iż przepisy są niezrozumiałe, charakter prawny zasiłku trudny do określenia, a oczekiwania społeczne w dalszym ciągu niespełnione.

Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy od chwili jej wejścia w życie była już nowelizowana blisko 30 razy, co z pewnością dowodzi, iż państwo nie ma żadnego pomysłu, w jaki sposób w Polsce powinno się łagodzić skutki bezrobocia oraz ograniczać jego zasięg. Jednocześnie wizja ratyfikacji jakichkolwiek międzynarodowych standardów w zakresie systemu wypłaty zasiłków dla bezrobotnych, mimo zapewnień rządu²⁸, jest bardzo daleka.

Summary

Standards of the International Labour Organisation and the Council of Europe and the Polish social security system of unemployment

Keywords: labor law, social security, unemployment, unemployment, unemployment benefits.

The twentieth century is the century of unemployment, and the fight against unemployment and its consequences, which started over one hundred years ago, continues to this day. Unfortunately, history shows that most of undertaken activities has not lead to permanent reduction of the extent of unemployment. It is not surprising that countries respecting human rights, including the right to work, introduce national systems of social treatment of unemployment in order to mitigate the effects of unemployment by means of pecuniary benefits. These systems are mostly based on international standards set by the International Labour Organisation and the Council of Europe. Currently, among enormous ILO normative output the most important in

²⁶ G. Uścińska, *Świadczenia z zabezpieczenia społecznego w regulacjach międzynarodowych i polskich*, Warszawa 2005, s. 319.

²⁷ Por. A. Szurmak, *Propozycje zmiany ustawy o zatrudnieniu*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1991, nr 2–3.

²⁸ J. Maciejewska, *Perspektywy ratyfikacji Konwencji MOP*, „Polityka Społeczna” 2005, nr 3, s. 29–30.

mitigating the effects of unemployment are two conventions: Convention No 102 concerning Minimum Standards of Social Security and the 1952 Convention No 168 on the support of employment and protection against unemployment, which entered into force in 1991. Alongside the International Labour Organisation, standards of social treatment of unemployment are also the object of normative activities of the Council of Europe, in particular the 1964 European Code of Social Security and the revised European Code of Social Security of 1990. Poland is a member of both the ILO and the Council of Europe. Therefore, the fact that Polish legislature follows the solutions adopted in aforementioned documents in spite of the absence of their ratification is of key importance.

Marcin Smolski

Indykpol S.A. w Olsztynie

Kontrola pracowników w świetle unormowań wewnątrzzakładowych

We współczesnym świecie możliwości przeprowadzania kontroli w miejscu pracy są bardzo szerokie. Począwszy od przeszukania osobistego, kontroli stanu trzeźwości czy kontroli wizerunku pracowników, poprzez szeroko pojęty monitoring (np. pozycjonowanie GPS, monitoring audio-wideo, kontrola poczty elektronicznej), na podsłuchu i badaniach wariografem skończywszy. Faktyczna kontrola pracowników może być obostrzona z jednej strony barierami technicznymi lub finansowymi pracodawcy, a z drugiej wytyczonymi przez prawo granicami jej stosowania. Biorąc pod uwagę obecny rozwój nauki, zakres i szczegółowość kontroli ograniczają tylko możliwości specjalistycznych urządzeń czy dostępności na rynku odpowiednich narzędzi, co w najbardziej skrajnych sytuacjach może przybrać charakter kontroli i inwigilacji totalnej.

Pracodawca, dokonując wyboru metod i form kontroli, często w pierwszej kolejności kieruje się własnymi mniej lub bardziej usprawiedliwionymi interesami, stosując przy tym subiektywne kryteria, z których to zastosowania wynika potrzeba kontroli podległych mu osób. Rzadziej brana jest pod uwagę zgodność tego typu działań z prawem.

Dopuszczalność kontroli pracowników wynika z relacji prawnej łączącej strony stosunku pracy i zawiera się w podporządkowaniu pracownika pracodawcy w procesie świadczenia pracy na jego rzecz oraz posiadanych przez tego drugiego uprawnieniach kierowniczych wyrażonych w art. 22 § 1 kodeksu pracy¹. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 19 lutego 1987 r. podkreślił, że „pracownik w ramach art. 100 § 1 k.p. obowiązany jest podporządkować się poleceniu kierownictwa zakładu pracy”². Stanowisko doktryny w tej kwestii

¹ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 1998 r., nr 21, poz. 95 z późn. zm.) – dalej: k.p.

² Wyrok SN z dnia 19 lutego 1987 r., sygn. I PR 6/87, OSNC 1988, nr 4, poz. 52.

nie jest jednoznaczne³. Dominuje pogląd, według którego uprawnienie pracodawcy do kontroli i nadzoru nad pracownikami w granicach przyjętego przez nich zobowiązania do świadczenia umówionego rodzaju pracy pod kierownictwem pracodawcy jest częścią składową uprawnień kierowniczych pracodawcy⁴. Z drugiej strony, zgodnie z art. 100 § 2 pkt 4 k.p., pracownik zobowiązany jest „dbać o dobro zakładu pracy, chronić jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę”. Stąd też prawne możliwości (w sensie ogólnym) kontroli pracownika nie budzą moim zdaniem wątpliwości.

Obok podporządkowania pracownika pracodawcy oraz spoczywającym na nim obowiązku dbałości o dobro zakładu nie sposób pominąć przysługujących zatrudnionemu elementarnych praw, takich jak: poszanowanie godności, prywatności i ochrony dóbr osobistych. Waga i znaczenie tej problematyki dla prawidłowych relacji w procesie świadczenia pracy powoduje, że materia ta gwarantowana jest zarówno przez przepisy rangi międzynarodowej, jak i krajowej, gdzie umieszczona została na poziomie ustawy zasadniczej oraz ustaw zwykłych. Przykładowo wskazać tu można art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ⁵ czy art. 30, 47 i 49 Konstytucji RP⁶.

Prawo cywilne ochronę dóbr osobistych reguluje w art. 23 i 24 k.c.⁷, gdzie ustawodawca przykładowo wypunktował dobra osobiste podlegające ochronie, takie jak: zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. Powyższy katalog nie jest zamknięty. Przykładowo, w wyroku z dnia 9 lipca 2009 r. Sąd Najwyższy, nawiązując do regulacji ochrony dóbr osobistych zawartych w kodeksie pracy, wskazał, że „przedstawione w art. 11¹ k.p. i art. 23 k.c. wyliczenie dóbr osobistych ma jedynie przykładowy charakter, bowiem praktyka życia codziennego stale wykształca nowe kategorie dóbr osobistych, co znajduje uznanie w orzecznictwie”⁸. W piśmiennictwie podobnie podkreśla się, że kodeks pracy nie reguluje tej materii w sposób kompletny, stąd też w oparciu o art. 300 k.p. przepisy art. 23 i 24 k.c. są odpowiednio stosowane⁹.

³ Por. J. Skoczyński, [w:] L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2011, art. 104¹, Nb. 6.

⁴ H. Lewandowski, *Możliwości kontrolowania pracownika w ramach uprawnień kierowniczych pracodawcy – zagadnienia ogólne*, [w:] Z. Góral (red.), *Kontrola pracownika. Możliwości techniczne i dylematy prawne*, Warszawa 2010, s. 29 i nast.

⁵ Ratyfikowana umowa Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167).

⁶ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

⁸ Wyrok SN z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. II PK 311/08, LEX nr 533041.

⁹ Szerzej: D. Dörre-Nowak, *Ochrona godności i innych dóbr osobistych pracownika*, Warszawa 2005, s. 37 i nast.

Na tle wspomnianych gwarancji prawnych pojawiają się pewne wątpliwości dotyczące zakresu przeprowadzania oraz umiejscowienia przepisów kontroli wśród regulacji wewnętrzzakładowych. Powiązane jest to ściśle z potrzebą wskazania podmiotu mającego legitymację do reprezentowania interesów pracowniczych w procesie tworzenia i wdrażania tego typu procedur. Punktem wyjścia do dalszych rozważań na temat kontroli pracowników staje się w pierwszej kolejności umieszczenie regulacji kontrolnych wśród innych procedur wewnętrzzakładowych oraz wskazanie reprezentanta pracowników do jej uzgodnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe założenia, w mojej ocenie to regulamin pracy ze względu na swoją rangę (będąc źródłem unormowania zagadnień z zakresu organizacji i porządku w zakładzie) oraz obowiązującą procedurę, pozwalającą uzgadniać go z partnerami społecznymi, jakimi są związki zawodowe (o ile funkcjonują), jest odpowiednim miejscem dla tak wrażliwej materii.

Regulamin pracy spośród innych unormowań mogących obowiązywać na terenie zakładu wyróżnia się charakterem prawnym (statuującym go jako samoistne, normatywne źródło prawa pracy – szczególny akt prawa wewnętrzzakładowego), zakresem regulacji szeroko określającym prawa i obowiązki pracodawcy oraz pracowników, ustawowym nakazem informacyjnym (z regulaminem musi zapoznać się każdy przystępujący do pracy pracownik) oraz trybem uzgadniania jego treści z zakładową organizacją związkową (w przypadku funkcjonowania związków zawodowych u danego pracodawcy).

Pojęcie źródeł prawa jest w przedmiocie teorii prawa pojęciem wielowątkowym i skomplikowanym. Dla określenia hierarchii źródeł prawa pracy znaczenie mają (ujmując to w pewnym uproszczeniu) regulacje umieszczone w rozdziale III „Źródła prawa” Konstytucji RP, jak również w art. 59 ust. 2 Konstytucji i art. 9 k.p. Regulamin pracy zajmuje najniższe miejsce w hierarchii źródeł prawa pracy i nie może zawierać postanowień mniej korzystnych dla pracownika niż przepisy wyższej rangi¹⁰. Jest on wewnętrzzakładowym aktem normatywnym wydawanym przez pracodawcę na podstawie upoważnienia wynikającego z art. 104 k.p., który „ustala organizację i porządek w procesie pracy oraz związane z tym prawa i obowiązki pracodawcy i pracownika”. Umieszczenie przepisów dopuszczających kontrolę pracowników właśnie w akcie o randze swoistego źródła prawa pracy nadać im może niebagatelne znaczenie, m.in. poprzez podkreślenie istoty materii w nim obowiązującej czy uwypuklenie zasad, jakich wypełnienie ma wartość dla firmy i jest warunkiem bezpiecznego działania itp. Ponadto wszyscy pracodawcy zatrudniający co najmniej 20 pracowników są zobligowani do wydania

¹⁰ Szerzej na temat źródeł zbiorowego prawa pracy, w tym miejsca m.in. regulaminu pracy w ich systemie: M. Seweryński, *Konstytucyjne podstawy zbiorowego prawa pracy*, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*, Warszawa 2001, s. 81 i nast.

regulaminu pracy, co jest dodatkowym argumentem za umieszczeniem w nim regulacji dotyczących kontroli. Stwarza to możliwość umieszczenia procedury kontroli w tych zakładach pracy, które ze względu na np. wielkość oraz specyfikę produkcji lub usług powinny mieć to zagadnienie jasno opracowane.

Zakres spraw składających się na treść regulaminu można podzielić na dwie części: normatywną (art. 104¹ § 1 k.p.) i informacyjną (104¹ § 2 k.p.). Przepis art. 104¹ § 1 k.p. zawiera wyliczenie katalogu spraw, które powinny być uregulowane w części normatywnej regulaminu. Wyliczenie to nie jest wyczerpujące, na co wskazuje użyty zwrot „w szczególności”, który oznacza, że w regulaminie pracy mogą być uregulowane także inne zagadnienia, co jest zależne od potrzeb konkretnego pracodawcy. W części normatywnej regulaminu pracy powinny znaleźć się m.in. zagadnienia dotyczące organizacji pracy, warunków przebywania na terenie zakładu pracy w czasie pracy i po jej zakończeniu. Szerokie ujęcie praw i obowiązków pracodawcy i pracownika składające się na treść regulaminu pracy (art. 104¹ k.p.) umożliwia kształtowanie w nim wszystkich warunków pracy, które składają się na treść stosunku pracy. Stąd też regulamin pracy jako wewnątrzzakładowy akt normatywny ustalający organizację i porządek w procesie pracy może moim zdaniem w części normatywnej zawierać również określenie zasad dopuszczalności i sposobu przeprowadzania kontroli pracowników.

W przeszłości w piśmiennictwie wyraźnie podkreślano, że w regulaminie pracy mogą znaleźć się normy przewidujące obowiązek poddania się przez pracowników osobistej kontroli przed opuszczeniem zakładu pracy¹¹. Obecnie również akcentuje się, że można tam zawrzeć zasady dokonywania profilaktycznego przeszukania pracowników opuszczających zakład pracy w celu chronienia mienia pracodawcy¹², jak też postanowienia dotyczące zachowania pracowniczego obowiązku trzeźwości wraz z przejawami i konsekwencjami jego naruszania¹³. Regulamin pracy jest ponadto szczególnie dogodnym miejscem do poinformowania pracowników o możliwości poddania ich określonym formom monitoringu¹⁴. W regulaminie pracy może znaleźć się również dopuszczenie kontroli pracowników na obecność środków odurzających lub psychotropowych na zasadzie analogii do czynności kontrolnych polegających na badaniu trzeźwości¹⁵.

¹¹ T. Zieliński, *Prawo pracy. Zarys systemu. Część II. Prawo stosunku pracy*, Warszawa – Kraków 1986, s. 186.

¹² J. Skoczyński, [w:] L. Florek (red.), op. cit., art. 104¹, Nb. 6; podobnie M. Nałęcz, [w:] W. Muszalski (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2005, art. 104¹, Nb. 1.

¹³ A. Kosut, *Z problematyki naruszenia pracowniczego obowiązku trzeźwości*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2001, nr 3, s. 34.

¹⁴ Z. Góral, *Kontrola pracownika a zasada ochrony jego godności i innych dóbr osobistych – zagadnienia wybrane*, [w:] Z. Góral (red.), op. cit., s. 51.

¹⁵ Szerzej: M. Gładoch, *Kontrola pracownika ze względu na stosowanie środków odurzających lub substancji psychotropowych*, [w:] Z. Góral (red.), op. cit., s. 139 i nast.

Judykatura akceptuje możliwość zastosowania ww. rozwiązań. Sąd Najwyższy w podkreślił, że „regulaminy pracy normują tryb kontroli dokonywanej w ramach przestrzegania porządku i dyscypliny pracy”¹⁶ i wyraził pogląd, że „regulamin pracy może zakazywać pracownikom przebywania na terenie zakładu pracy w stanie nietrzeźwości także po zakończeniu świadczenia pracy lub w czasie, gdy korzystają ze zwolnień od pracy (art. 104¹ § 1 k.p.)”¹⁷. Ponadto w cytowanym już wyroku z dnia 19 lutego 1987 r. Sąd Najwyższy wyraźnie zaakcentował obok podporządkowania pracownika poleceniom kierownictwa, również jego podległość postanowieniom regulaminu pracy: „Kodeks pracy, normując różne rodzaje stosunków pracy, wszystkie te stosunki prawne opiera m.in. na zasadzie podporządkowania pracownika przepisom regulaminu pracy oraz poleceniom kierownika dotyczącym pracy”.

Rozwiązania powyższe uważam za korzystne również dla pracodawcy z praktycznego punktu widzenia, tj. minimalizowania ryzyka przystąpienia do pracy osób o ograniczonej lub zaburzonej motoryce oraz osłabionych zdolnościach psychofizycznych, co stanowiłoby zagrożenie dla bezpieczeństwa pracy, a tym samym dla mienia pracodawcy oraz innych zatrudnionych pracowników. W przeciwnym bowiem razie pracodawca pozbawiony zostałby instrumentu sprawdzającego, a tym samym obciążony ryzykiem dopuszczania do pracy osób mogących stanowić potencjalne niebezpieczeństwo. Uprawnienie takie jest istotne o tyle, że pracownik ma prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, a na pracodawcy ciąży obowiązek zapewnienia ich pracownikom zgodnie z art. 15 k.p., będącym jednocześnie zasadą prawa pracy, a więc normą o szczególnym charakterze dla całego systemu prawa pracy.

Szczególny tryb uzgadniania jest kolejną cechą charakterystyczną regulaminu pracy. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 13 kwietnia 1972 r. podkreślił, iż jednym z warunków skuteczności dokonywania kontroli jest jej przeprowadzanie w porozumieniu z przedstawicielami załogi. Uzgodnienie przedmiotowej regulacji następuje obecnie *de iure* z jedynymi uprawnionymi przedstawicielami pracowników, jakimi są związki zawodowe. W prawodawstwie polskim ustawodawca przewidział dominującą pozycję związków zawodowych jako głównego reprezentanta ogółu zatrudnionych w zakładzie pracy. Wyraził to w normach konstytucyjnych art. 59 ust. 2 w związku z art. 20 Konstytucji i ustawowych art. 1 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych¹⁸. W piśmiennictwie podkreśla się, że tylko związki zawodowe, a nie żadna inna organizacja zrzeszająca pracowników lub będąca ich reprezentacją za-

¹⁶ Wyrok SN z dnia 13 kwietnia 1972 r., sygn. I PR 153/72, OSNC 1972, nr 10, poz. 184.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 23 stycznia 2001 r., sygn. I PKN 207/00, OSNP 2002, nr 19, poz. 455.

¹⁸ Ustawa o związkach zawodowych z dnia 23 maja 1991 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., nr 79, poz. 854 z późn. zm.) – dalej: u.z.z.

wodową, są uprawnione do reprezentowania i obrony praw i interesów ludzi pracy¹⁹.

Istotne z tego punktu widzenia jest ustalenie, czy u danego pracodawcy funkcjonuje zakładowa organizacja związkowa, gdyż wówczas zgodnie z art. 104² k.p. regulamin pracy uzgadniany jest właśnie z nią. Należy podkreślić, że chodzi o zakładową organizację związkową spełniającą kryteria wskazane w art. 25¹ ust. 1 u.z.z., czyli zrzeszającą co najmniej 10 członków będących pracownikami lub osobami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę nakładczą.

W sytuacji, gdy u danego pracodawcy nie działają związki zawodowe, a zgodnie z przepisami kodeksu pracy jest on zobligowany do wprowadzenia regulaminu pracy, jego wydanie w świetle dzisiejszych przepisów będzie czynnością o charakterze jednostronnym. W obecnym stanie prawnym reprezentacja załogi nie posiada możliwości realnego wpływania na ustalanie treści regulaminu pracy, a o ile jest wyłaniana, ma wobec pracodawcy słabą pozycję. Może prowadzić to do powstania patologicznych sytuacji w relacjach załoga–pracodawca. W praktyce pracodawcy podejmują kroki pozorujące konsultacje z załogą, np. jednostronnie desygnując przedstawicieli ogółu zatrudnionych. Jednocześnie przyjmują, że poprzez tego typu działania następuje legitymizacja i akceptacja treści przedłożonego pracownikom regulaminu. W ten sposób uzyskują psychologiczny argument do ewentualnego wywierania nacisku na pracowników w sytuacjach spornych. Wspomnieć tu warto, że problematyka możliwych patologii i nadużyć w praktyce stosunków przemysłowych związanych z wyłanianiem przedstawicielstwa pracowniczego została w doktrynie prawa pracy zauważona²⁰.

Jednakże okoliczności, w których pracodawca faktycznie wpływa na wyznaczanie przedstawicielstwa pracowników, są często wynikiem m.in. bierności, braku inicjatywy, jak również nikłej znajomości swoich uprawnień przez pracowników oraz – co zauważyć można szczególnie w dużych podmiotach gospodarczych – anonimowości załogi. Ponadto do zajmowania się często trudnymi gatunkowo sprawami dotyczącymi ogółu zatrudnionych nie zachęca zakres ochrony przedstawicieli pracowników²¹. Obecnie w polskim prawodawstwie jest on minimalny, nie licząc np. uprawnień członków rady pracow-

¹⁹ Z. Salwa, *Uprawnienia związków zawodowych*, Bydgoszcz 1998, s. 17. Podobnie: G. Goździewicz, *Reprezentacja praw i interesów pracowniczych (ogólna charakterystyka)*, [w:] G. Goździewicz (red.), *Reprezentacja praw i interesów pracowniczych*, Toruń 2001, s. 13 i nast.

²⁰ Por. E. Baran, K. W. Baran, *Zwolnienia grupowe w systemie ustawodawstwa polskiego na tle prawodawstwa wspólnotowego*, „Radca Prawny” 2004, nr 3, s. 79.

²¹ Szerzej: E. Podgórska-Rakiel, *Rekomendacje MOP dotyczące wolności koalicji związkowej i ochrony działaczy*, „Monitor Prawa Pracy” 2013, nr 2, s. 71 i nast. W artykule przybliżone zostały przesłanki skargi z lipca 2011 złożonej przez NSZZ Solidarność do Komitetu Wolności Związkowej Rady Administracyjnej MOP w związku z naruszeniem przez Polskę m.in. Konwencji nr 135 MOP poprzez pozbawienie ochrony przed zwolnieniem niektórych przedstawicieli mających prawo koalicji związkowej i ograniczenie jej *de facto* i *de iure* tylko do członków zarządów zakładowych organizacji związkowych.

ników²² czy europejskiej rady zakładowej²³. Z drugiej strony w wielu wypadkach sam pracodawca nie jest zainteresowany inicjowaniem działań nie nakazywanych przez przepisy prawa lub nie widzi w przedstawicielach pracowników równoprawnego partnera do rozmów. Stąd też regulamin pracy jest opracowywany i wydawany wyłącznie przez niego. W doktrynie prawa pracy zauważane są ww. tendencje, co prowadzi do wniosków, że w rzeczywistości to związki zawodowe pozostają obecnie jedynym poważnym partnerem w rokowaniach z pracodawcą²⁴, a ich brak w zakładzie pracy powoduje, że pracownicy pozbawieni są ochrony, jaką gwarantuje im zbiorowe prawo pracy²⁵.

Reasumując, w kodeksie pracy nie istnieją obecnie przepisy pozwalające reprezentacji załogi innej niż zakładowa organizacja związkowa wpływać na treść regulaminu pracy. Konsultacje z przedstawicielami pracowników przewidziane są wyłącznie w wyraźnie skonkretyzowanych przypadkach – np. art. 9¹ k.p. (porozumienie o zwieszeniu stosowania zakładowych przepisów prawa pracy), art. 67⁶ k.p. (telepraca), czy art. 237^{11a} k.p. (konsultacje bhp).

Rozpatrując kwestie kontroli pracowników i ich umiejscowienie pośród procedur wewnątrzzakładowych, należałoby moim zdaniem dokonać rozróżnienia dwóch jej aspektów. Mianowicie rozdzielić możliwość dokonywania kontroli wraz ze wskazaniem jej ram od samej procedury kontrolnej *sensu stricto*, czyli podejmowania bezpośrednich, „fizycznych” czynności kontrolnych wobec pracownika. Obydwie te kwestie powinny zostać uregulowane w regulaminie pracy. Odrębnym zagadnieniem jest natomiast umieszczenie procedury kontrolnej czy to w ramach treści normatywnej regulaminu pracy, czy też jako załącznika, na którego tworzenie strona związkowa powinna mieć również wpływ.

Propozycja powyższa obejmuje umieszczenie w części normatywnej regulaminu pracy dopuszczonych sposobów kontroli wraz z ich wyliczeniem, np. kontrola stanu trzeźwości, monitoring wideo, pozycjonowanie GPS samochodów służbowych czy przeszukiwanie pracowników. W dalszej treści normatywnej regulaminu lub w załączniku podlegałyby opracowaniu szczegółowe zasady dotyczące sposobu przeprowadzania kontroli, np. określenie praw i obowiązków kontrolowanego oraz uprawnień kontrolującego, sposobu badania stanu trzeźwości, użycia alkomatu i narkotestu, zasad kierowania pracownika na komisariat lub do laboratorium diagnostycznego w celu badania na obecność

²² Ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o informowaniu pracowników i przeprowadzaniu z nimi konsultacji (Dz.U. nr 79, poz. 550 z późn. zm.).

²³ Ustawa z dnia 5 kwietnia 2002 r. o europejskich radach zakładowych (Dz.U. nr 62, poz. 556 z późn. zm.).

²⁴ M. Gładoch, *Uczestnictwo pracowników w zarządzaniu przedsiębiorstwem w Polsce. Problemy teorii i praktyki na tle prawa wspólnotowego*, Toruń 2005, s. 74.

²⁵ L. Florek, *Zalety i wady działalności związków zawodowych na szczeblu zakładowym*, [w:] Z. Hajn (red.), *Związkowe przedstawicielstwo pracowników zakładu pracy*, Warszawa 2012, s. 210.

alkoholu we krwi²⁶, jak również odnoszące się do skutków niewpuszczenia pracownika na teren zakładu, podejmowania czynności na okoliczność odmowy poddaniu się przez niego badaniom, przywoływania świadków, procedury kontroli osobistej, sposobu kontroli aktywności pracownika w sieci lub bilin-gów telefonicznych itp.

Sugestia przejrzystego opracowania wskazanej powyżej materii wpływa w praktyce bezpośrednio od związków zawodowych. Wiąże się to z zauważalnym coraz większym zaangażowaniem organizacji związkowych w proces współdziałania w ustalaniu procedur kontrolnych i domagających się stanowczego wpływu na ich opracowywanie. Uzasadniane jest to faktem, że kontrola pracowników to zagadnienie drażliwe i nigdzie wyraźnie nie uregulowane, stąd też szczegółowe jej zaprojektowanie na poziomie zakładu pracy wydaje się być koniecznością. Podnoszony jest przy tym argument, że to na organizacjach związkowych ciąży szczególnie obowiązek obrony pracowników, w tym ochrona ich godności.

Kolejnym niezbędnym elementem przeprowadzania kontroli jest obowiązek poinformowania pracownika o zakresie i potencjalnej możliwości jej dokonania. Uważam to za elementarną przesłankę do zgodnego z prawem zastosowania jakichkolwiek czynności kontrolnych.

W doktrynie prawa pracy wskazuje się jednoznacznie, iż np. warunkiem przeprowadzenia legalnej kontroli osobistej jest wcześniejsze poinformowanie zatrudnionego, tak aby mógł on liczyć się z ewentualnością bycia poddanym kontroli lub miał świadomość tego, że u pracodawcy stosowane są periodyczne, wrywkowe kontrole osobiste zatrudnionych pracowników²⁷. Podobnie w cytowanym orzeczeniu z dnia 13 kwietnia 1972 r. Sąd Najwyższy wskazał przesłanki legalności dokonania kontroli osobistej: „stosowane szeroko w ramach przepisów regulaminów pracy lub ustalonych zwyczajów przeszukanie członków załogi w celu zapobiegania wynoszeniu mienia zakładów pracy jest zgodne z prawem z przyczyn wyżej wskazanych i nie narusza ich dóbr osobistych (art. 23 i 24 k.c.) wówczas, gdy pracownicy zostali uprzedzeni o możliwości stosowania tego rodzaju kontroli w celu ochrony mienia społecznego i gdy kontrola ta jest wykonywana w porozumieniu z przedstawicielstwem załogi”. Pomimo że wskazany powyżej wyrok Sądu Najwyższego w swojej esencji odnosi się do możliwości przeszukania pracownika, to moim zdaniem można i należy rozpatrywać go w szerszym kontekście, tj. jako orzeczenie, w którym zawarte są jasne wskazówki do przeprowadzania legalnej i szeroko rozumianej kontroli. Postulat informowania pracowników o mogącej mieć miejsce kontroli uważam za warunek *sine qua non* przeprowadzania kontroli w ogóle. W przeciwnym razie istniałoby ryzyko zbyt szeroko-

²⁶ Por. wyrok SN z dnia 15 października 1999 r., sygn. I PKN 309/99, OSNP 2001, nr 5, poz. 147.

²⁷ D. Dörre-Nowak, op. cit., s. 198–199.

kiej i niedopuszczalnej kontroli pracowników, a nawet ich ukrytej inwigilacji. Zaznaczyć należy, że podobny punkt widzenia zaprezentował, pomimo zawężenia stanowiska do kontroli poczty elektronicznej, Minister Pracy i Polityki Społecznej, który podkreślił, że pracownik powinien zostać uprzedzony o możliwości kontroli²⁸.

Biorąc pod uwagę ww. wskazówki, umiejscowienie regulacji kontrolnych w regulaminie pracy spełnia warunek poinformowania pracowników. Zaakcentować tu należy podkreślane w piśmiennictwie stanowisko, zgodnie z którym regulamin pracy nie korzysta z domniemania, że normy w nich ustanowione są znane pracownikom²⁹. Zgodnie z art. 104³ § 2 k.p., „pracodawca jest obowiązany zapoznać pracownika z treścią regulaminu pracy przed rozpoczęciem przez niego pracy”. Obowiązek zapoznania pracownika z regulaminem pracy wynika nie tylko z wskazanych przepisów kodeksowych, ale uszczegółowiony jest dodatkowo w aktach wykonawczych, tj. rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie zakresu prowadzenia przez pracodawców dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz sposobu prowadzenia akt osobowych pracownika³⁰. Rozporządzenie nakazuje: „pracodawca przed dopuszczeniem pracownika do pracy uzyskuje jego pisemne potwierdzenie zapoznania się z treścią regulaminu pracy” (§ 3). W przypadku pracodawców nie mających obowiązku wydawania regulaminu pracy, treść informacji, jaką zgodnie z art. 29 § 3 k.p. zobowiązany jest podać w takich przypadkach pracodawca, mogłaby zostać poszerzona o wzmiankę dotyczącą możliwości poddawania pracowników kontroli. Uregulowanie przepisów o dopuszczalności przeprowadzania kontroli w regulaminie pracy uważam za korzystne z punktu widzenia dostępności takiej informacji dla pracownika, zwiększającej jego świadomość możliwości bycia poddanym czynnościom kontrolnym.

Spotykaną w praktyce i według mnie skuteczną metodą dotarcia do pracownika jest umieszczania wyciągu z regulaminu pracy jako załącznika do umowy o pracę. W świetle § 2 ust. 1 wskazanego rozporządzenia „pracodawca sporządza umowę o pracę co najmniej w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, z których jeden doręcza się pracownikowi, a drugi włącza do jego akt osobowych”. Zawarcie informacji o dopuszczalności kontroli w takim załączniku może stanowić decydującą wartość dowodową w razie sporu lub wątpliwości, czy informacja o przeprowadzaniu u danego pracodawcy kontro-

²⁸ Zob. pismo Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 24 stycznia 2008 r. (DPR-I-0712-6/JS/MF/07) stanowiące odpowiedź na wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 20 grudnia 2007 r. (RPO-561580-III/07/MPR).

²⁹ T. Zieliński, *Prawo pracy. Zarys systemu. Część I. Ogólna*, Warszawa – Kraków 1986, s. 174.

³⁰ Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 28 maja 1996 r. (Dz.U. nr 62, poz. 286).

li skutecznie została pracownikowi przekazana. Możliwe jest również zastosowanie innych sposobów powiadamiania pracowników o podejmowanych przez pracodawcę czynnościach kontrolnych, np. poprzez umieszczanie takiej informacji w formie obwieszczenia na tablicach ogłoszeń czy rozsyłanie odpowiedniej wiadomości w wewnętrznej sieci intranet. Nie daje to jednak gwarancji, że wszyscy pracownicy z nią się zapoznali. W tym ostatnim wypadku działania takie mogą mieć ograniczony skutek, jako że – szczególnie w dużych zakładach lub fabrykach – dostępność szeregowych pracowników produkcyjnych do poczty elektronicznej lub intranetu bywa ograniczona.

Podsumowując podkreślić należy, że rozważania niniejsze nie wyczerpują poruszonego tematu. Mam jednak nadzieję, że uwagi tu poczynione mogą przyczynić się do dalszej dyskusji w przedmiocie umiejscowienia procedury kontroli pracowników wśród regulacji wewnątrzzakładowych. Uważam, że zlokalizowanie regulacji kontrolnych w regulaminie pracy jest korzystne zarówno z punktu widzenia interesu pracownika, jak i pracodawcy. Nie stoi na przeszkodzie, aby regulamin pracy ze względu na swoją rangę i charakter stał się aktem dodatkowo obejmującym swoją treścią materię kontroli pracownika. Umieszczenie postanowień dotyczących kontroli w regulaminie pracy pozwala ponadto na jasne określenie zakresu i legalnych ram dopuszczalnej kontroli, opracowywanych przy udziale partnerów społecznych.

Pamiętać przy tym należy, że kontroli w zakładzie pracy nie można rozpatrywać tylko i wyłącznie poprzez pryzmat godności pracownika, ale równolegle należy brać pod uwagę interes pracodawcy. Musi on mieć zapewnioną możliwość nie tylko kontroli bieżącej, ale i prewencyjnej, gdyż to właśnie jego ustawodawca obciążył wieloma obowiązkami, w tym np. zapewnienia bezpiecznych warunków pracy. Warto jednak, aby sam pracodawca był świadomy tego, że kontrola powinna być proporcjonalna do celu, któremu ma służyć, a w żadnym wypadku nie może naruszać dóbr osobistych pracownika. Ważne staje się tu uczestnictwo związków zawodowych w konstruowaniu regulacji kontrolnych oraz w procesie ich wdrażania zarówno w konsultacjach z pracodawcą, jak i poprzez przeprowadzanie akcji uświadamiających wśród samych pracowników. Ponadto z uwagi na fakt, iż skala kradzieży i oszustw w zakładach pracy w Polsce szacowana jest obecnie na miliardy złotych³¹, współdziałanie związków z pracodawcą staje się nie tyle propagandowym zabiegiem, ile koniecznością wspólnej ochrony funkcjonowania i istnienia samego miejsca pracy.

Z drugiej strony udział związków zawodowych w opracowywaniu procedur kontroli pracowników zawartej w regulaminie pracy może mieć dodatkowo zastosowanie prewencyjne i hamować zbyt daleko idącą ingerencję praco-

³¹ Dane uzyskane z raportu pt. *Anomia pracownicza w Polsce 2012. Raport: Skala oszustw i kradzieży w firmach*, [online] <www.pracodawcyrp.pl>, dostęp: 30.10.2013.

dawcy, mogąca powodować naruszenie dóbr osobistych pracownika poprzez np. wykorzystanie danych biometrycznych³² czy prezentowanie przed sądem potajemnie dokonanych nagrań³³. Nie należy w tym miejscu zapominać o polubownej funkcji norm zbiorowego prawa pracy, polegającej na zachowaniu pokoju społecznego w stosunkach pracy³⁴, która wraz z koniecznością prowadzenia dialogu między partnerami społecznymi (pracodawcą a związkami zawodowymi) w przypadku tak drażliwej kwestii, jaką jest kontrola pracowników, ma istotne znaczenie dla utrzymania dobrej atmosfery w zakładzie pracy.

Niezależnie od powyższych rozważań, w mojej ocenie zwiększanie kontroli czy zaostrzanie kar nie jest panaceum na zlikwidowanie nadużyć czy kradzieży. Działań kontrolnych w firmie nie należy traktować jako cudownego środka uzdrawiającego, automatycznie chroniącego przed malwersacjami. Kontrola powinna zostać wpisana w szersze, kompleksowe postępowanie, aby łącznie z innymi elementami, takimi jak np. tworzenie etosu pracy, ciągłe uświadamianie pracownikom misji i wizji firmy, budowanie poczucia odpowiedzialności za mienie przedsiębiorstwa, kreować pozytywny klimat i poczucie odpowiedzialności za miejsce pracy. W kształtowaniu takiej postawy, charakteryzującej się dbałością zarówno o dobro całego zakładu, jak i najbliższego otoczenia miejsca pracy, pomocne być powinno zwiększanie wśród załogi świadomości nie tylko jej praw, ale i obowiązków, do czego przyczynić się może współpraca pracodawcy z zakładowymi organizacjami związkowymi.

Summary

The control of workers in the light of provisions of internal company

Key words: the control procedures, the collective labor law, personal rights of the employee, the rules of procedure, the trade unions, dialogue with the employer.

This article applies to issues of placement procedures for the control of norms in-house employees. The author draws an attention to the multifaceted and complexity of the employee control, touching of law, including in particular of the collective labor law and analyzes the problems of locus of control staff of in-house regulations.

³² Por. wyrok NSA z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. I OSK 249/09, ONSAiWSA 2011, nr 2, poz. 39.

³³ Szerzej: I. Boruta, *Godność człowieka – kategorią prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2001, nr 8, s. 6.

³⁴ Szerzej: K. W. Baran, *Polubowna funkcja prawa pracy*, „Polityka Społeczna” 2005, nr 1, s. 8 i nast.

It is noted that the admissibility of carrying out by the employer control as such does not arouse doubts now, it is its freedom, too general guidelines to carry out, of not informing employees about it and lack clear regulations in the workplace can lead to a result of a violation of personal rights of the employee.

In this article the author underlines the need clear and detailed concepts in the workplace admissibility of control together with the procedure of the examination and the correct placement of the in-house regulations. As the regulation of the right, because of its particular nature, the author shows the rules of procedure. It discusses its construction and mode of issue and cites examples from case law and the views of the doctrine of labor law in favor of placement in the expanded procedures, informing the employee about ways and control. At the same time it draws an attention to the fact that the issue of control of employees is an essential function laid down for the collective labor law, namely the maintain of social peace in the employment relations.

Therefore it is necessary to take into account the participation of trade unions (if they exist in the company) the establishment and implementation of such procedure. The author accentuates that organizations are now factual the representatives of the interests of the crew and the only real partner for talks to the employer. It Emphasizes that their involvement may on the one hand protect the interests of both workers (e.g. increased awareness and sense of the responsibility) and employers (such as protecting of the company properties), and on the other hand, through dialogue with the employer prevent the formation of conflicts in the place of work.

Krystyna Ziólkowska

Katedra Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Prawne podstawy nabycia prawa do renty rodzinnej na tle orzecznictwa sądowego

Wstęp

Wśród pieniężnych świadczeń wypłacanych z ubezpieczenia społecznego można wyróżnić emerytury, renty inwalidzkie (obecnie nazywane rentami z tytułu niezdolności do pracy) oraz renty rodzinne. W polskim ustawodawstwie dopiero ustawa scaleniowa z 1993 r. podjęła temat ochrony rodziny w razie śmierci żywiciela. Na jej podstawie wprowadzono w ubezpieczeniu rentowym poinwalidzkie renty wdowie i poinwalidzkie renty sieroce, a w ubezpieczeniu wypadkowym renty wdowie wypadkowe, renty sieroce wypadkowe oraz renty wypadkowe dla dalszej rodziny¹.

Rentę rodzinną traktowano w przeszłości jako pochodną prawa do emerytury lub renty inwalidzkiej². Obecnie wynika ona z ochrony ryzyka śmierci żywiciela – emeryta, rencisty lub ubezpieczonego. Podstawa obliczenia renty rodzinnej ustalana jest według „świadczenia, które przysługiwałoby zmarłemu”. Celem renty rodzinnej jest głównie zagwarantowanie najbliższemu członkowi rodziny zmarłego środków pieniężnych, które zapewniają możliwość zaspokojenia niezbędnych potrzeb życiowych. Aby uzyskać to świadczenie, podmioty muszą spełnić przesłanki wymienione w określonych przepisach prawnych.

Niekiedy podnosi się, że renta rodzinna może stanowić przyczynek do rozwiązywania problematyki bezrobocia na rynku pracy. Według Aliny Wypych-Żywickiej nie jest zasadne umacnianie i poszerzanie rozwiązań polegających na uzdrawianiu sytuacji na rynku pracy przez fakt przyznawania rent

¹ T. Bińczycka-Majewska, *Wybrane zagadnienia prawa do renty rodzinnej*, [w:] J. Stelina, A. Wypych-Żywicka (red.), *Człowiek – Obywatel – Pracownik. Studia z zakresu prawa. Księga Jubileuszowa poświęcona Prof. U. Jackowiak*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2007, s. 404.

² J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Zakamycze 2006, s. 136.

rodziny grupom uprawnionym, zagrożonym bezrobociem, szczególnie wdowom (wdowcom) czy członkom rodziny tych osób³. W ciągu ostatnich lat pojawiało wiele wątpliwości w kwestii przyznania prawa lub odmowy do uzyskania świadczenia, jakim jest renta rodzinna. W newralgicznych przypadkach aspekt ten był podejmowany przez Sąd Najwyższy, który dokonywał wykładni przepisów prawnych.

Podmioty uprawnione do nabycia renty rodzinnej

Prawo do renty rodzinnej na podstawie art. 65 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych⁴ uzyskują członkowie rodziny w przypadku śmierci żywiciela. Renta rodzinna przysługuje uprawnionym członkom rodziny osoby, która w chwili śmierci miała ustalone prawo do emerytury lub renty z tytułu niezdolności do pracy albo spełniała warunki wymagane do uzyskania jednego z tych świadczeń. Przy ocenie prawa do renty przyjmuje się, że osoba zmarła była całkowicie niezdolna do pracy. Renta rodzinna przysługuje także uprawnionym członkom rodziny osoby, która w chwili śmierci pobierała zasiłek przedemerytalny, świadczenie przedemerytalne lub nauczycielskie świadczenie kompensacyjne. W takim przypadku przyjmuje się, że osoba zmarła spełniała warunki do uzyskania renty z tytułu całkowitej niezdolności do pracy⁵.

Podmiotami uprawnionymi do uzyskania renty rodzinnej według art. 67 ww. ustawy są:

- 1) dzieci własne, dzieci drugiego małżonka oraz dzieci przysposobione;
- 2) przyjęte na wychowanie i utrzymanie przed osiągnięciem pełnoletności wnuki, rodzeństwo i inne dzieci – z wyłączeniem dzieci przyjętych na wychowanie i utrzymanie w ramach rodziny zastępczej lub rodzinnego domu dziecka;
- 3) małżonek (wdowa lub wdowiec);
- 4) rodzice (za rodziców w rozumieniu ustawy uważa się również ojczyma i macochę oraz osoby przysposabiające).

W tym kręgu nie ma członków faktycznej rodziny złożonej z konkubentów, ich własnych i wspólnych oraz innych dzieci – własne dzieci są natomiast uprawnione do renty rodzinnej po zmarłym rodzicu lub jego małżonku na zasadach ogólnych⁶. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 12 grudnia 2007 r.⁷ wyraźnie stwierdza, że renta rodzinna należy się

³ A. Wypych-Żywicka, *Problem bezrobocia w świetle renty rodzinnej*, [w:] *Rola prawa pracy i ubezpieczeń społecznych w przeciwdziałaniu bezrobociu*, Gdańsk 2005, s. 135.

⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2009, nr 153, poz. 1227 z późn. zm.

⁵ Zob. [online] <www.zus.pl>, dostęp: 23.06.2013.

⁶ J. Jończyk, op. cit., s. 141.

⁷ Wyrok WSA z dnia 12 grudnia 2007 r., sygn. II SA/Wa 1545/07.

wyłącznie małżonkowi, a nie konkubentowi pozostałemu po ubezpieczonym. W prawie polskim instytucja tzw. konkubinatu, czyli niesformalizowanego związku dwojga osób, nie została uregulowana, a konsekwencją tego jest brak możliwości wyprowadzania jakichkolwiek roszczeń z pozostawania w takim związku. Nie ma znaczenia również fakt, że zmarły ubezpieczony miał zamiar zawrzeć związek małżeński, jednakże przeszkodziła mu w tym śmierć, zaś chorując przed śmiercią nie był w stanie złożyć oświadczenia o zawarciu związku małżeńskiego. Podstaw do odmiennej interpretacji powyższej sytuacji nie dają także przepisy innych ustaw. Trudna sytuacja materialna konkubiny nie stanowi bowiem przesłanki przyznania świadczenia nawet w drodze wyjątku, ponieważ świadczenie to nie jest świadczeniem socjalnym, uzależnionym wyłącznie od statusu finansowego. Nadto ustawa wiąże przyznanie świadczenia w tym trybie z brakiem niezbędnych środków utrzymania, a niezbędne środki utrzymania nie są tożsame z niewystarczającymi środkami, na co również zwracają uwagę sądy administracyjne w swoich orzeczeniach.

Innym problematycznym zagadnieniem jest pozostawanie w tzw. konkubinacie kwalifikowanym (inaczej: „małżeństwo faktyczne”) oraz prawo do uzyskania renty rodzinnej. Przede wszystkim chodzi w tym przypadku o lukę pozostawioną przez ustawodawcę w regulacji prawnej dotyczącej osób, które zawarły związek małżeński w formie wyznaniowej w latach od 1946 do 1997. Ślub zawarty w obrządku rzymskokatolickim nie wywoływał wówczas skutków prawnych. Zgodnie z art. 12 § 2 obowiązującego w tym czasie dekretu z dnia 15 września 1945 r. – Prawo małżeńskie⁸, w obliczu państwa ważne było tylko małżeństwo zawarte przed urzędnikiem stanu cywilnego. Małżeństwo wyznaniowe nie wywoływało natomiast skutków prawnych, co oznacza w interpretacji prawnej, że taki związek posiada cechy konkubinatu. Gdy do polskiego systemu prawa wprowadzono tzw. małżeństwo konkordatowe, ustawodawca nie dokonał w przepisach intertemporalnych konwersji kwalifikowanych konkubinatów wynikających z zawartego związku wyznaniowego.

Pojęcie małżeństwa jednoznacznie definiuje art. 1 § 1–3 k.r.o. w związku z przepisami regulującymi stosunki państwa do poszczególnych kościołów w Rzeczypospolitej Polskiej. Jasno z nich wynika, że osoba pozostająca w „konkubinacie kwalifikowanym” nie może być uznana za wdowę lub wdowca w rozumieniu art. 67 ust. 1 i art. 70 ust. 1 ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Zatem osoba, która po zawarciu ślubu wyznaniowego do dnia śmierci małżonka pozostaje z nim przez okres kilkudziesięciu lat we wspólności małżeńskiej, prowadząc wspólne gospodarstwo domowe, wychowując dzieci oraz pozostając w przekonaniu

⁸ Dz.U. z 1945 r., nr 48, poz. 270.

o pozostawaniu w ważnym związku małżeńskim, nie ma prawa do renty rodzinnej⁹. Takiej samej interpretacji prawnej dokonał Sąd Najwyższy, który wyraźnie wskazał, iż osoba niemająca w wyroku rozwodowym ustalonego prawa do alimentów, a w okresie pomiędzy 10 grudnia 1958 r. i 15 listopada 1998 r. zawarła z rozwiedzionym małżonkiem będącym inwalidą wojennym ponowny związek małżeński wyłącznie w formie przewidzianej przez prawo kanoniczne, nie jest po jego śmierci uprawniona do renty rodzinnej¹⁰. Zatem zgodnie z art. 10 Konkordatu między Stolicą Apostolską a Rzeczypospolitą Polską, ratyfikowanego w Warszawie dnia 23 lutego 1998 r.¹¹ – małżeństwo kanoniczne od chwili zawarcia wywiera takie skutki, jakie pociąga za sobą zawarcie małżeństwa zgodnie z prawem polskim. W świetle tego przepisu oczywiste jest, że strony Konkordatu uzgodniły zrównanie małżeństw kanonicznych tylko z małżeństwami zawartymi zgodnie z polskim prawem, natomiast konwersja „kwalifikowanych konkubinatów” czy związków osób, którym duchowny udzielił ślubu religijnego wbrew obowiązującemu prawu polskiemu, nie leżała w intencjach ani Stolicy Apostolskiej, ani polskiego ustawodawcy. Toteż w ustawie z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny¹² nie znalazły się uregulowania intertemporalne, odnoszące się do małżeństw wyznaniowych zawartych przed 15 listopada 1998 r.

Uprawnionym do renty rodzinnej jest współmałżonek, jednakże należy podkreślić, że sam fakt wdowieństwa nie przesądza o prawie wdowy (wdowca) do uzyskania renty rodzinnej. Przesłankami branymi pod uwagę przez ustawodawcę są wiek oraz niezdolność do pracy, a także to, czy dzieci będące pod pieczęą wdowy lub wdowca spełniają warunki do uzyskania renty rodzinnej. Nabycie prawa do renty rodzinnej przysługuje również małżonce rozwiedzionej oraz wdowie, która do dnia śmierci męża pozostawała we wspólności małżeńskiej (oraz spełniała przesłanki określone w art. 70 ust. 1 lub 2 ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych), miała prawo do alimentów z jego strony w dniu śmierci męża na podstawie wyroku lub ugody sądowej z art. 60 k.r.o.¹³ Obowiązek alimentacyjny wobec małżonka rozwiedzonego zależy od niedostatku bądź istotnego pogorszenia sytuacji materialnej małżonka niewinnego i nie musi być nieograniczony czasowo, gdyż wygasa z zawarciem nowego małżeństwa lub po określonym czasie. Inna jest sytuacja wdowy, której w art. 70 ust. 1 i 2 stawia się warunek wieku lub wychowania dzieci, jednak z drugiej strony jej prawo do środków utrzymania ze strony męża (art. 27 k.r.o.) nie zależy od warunków opisanych w art. 60 k.r.o. W sytuacji wdowy uzyskane przez nią prawo do renty rodzin-

⁹ Postanowienie SN z dnia 9 października 2012 r., sygn. II UK 129/12.

¹⁰ Wyrok SN z dnia 19 lutego 2004 r., sygn. II UK 264/03.

¹¹ Dz.U. nr 51, poz. 318.

¹² Dz.U. nr 117, poz. 757.

¹³ Wyrok SN z dnia 9 marca 2011 r., sygn. III UK 84/10.

nej nie ustaje ze względu na wiek, czego nie gwarantuje się małżonce rozwiedzionej. Należy podkreślić, że orzeczenie sądowe o separacji wyklucza prawo wdowy do renty rodzinnej na podstawie art. 70 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, chyba że miała ona w dniu śmierci męża prawo do alimentów z jego strony ustalone wyrokiem lub ugodą sądową¹⁴. Zgodnie z art. 70 ust. 3 ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, prawo do renty uzależnione jest od pozostawania małżonków w stanie faktycznej wspólności małżeńskiej, ale nie w jakimkolwiek okresie trwania małżeństwa, lecz istniejącej w dniu śmierci jednego z małżonków¹⁵.

Sąd Najwyższy dokonał interpretacji „pozostawania we wspólności małżeńskiej”, stwierdzając, że pozostawanie we wspólności małżeńskiej, która stanowi przesłankę nabycia prawa do renty rodzinnej w myśl art. 70 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, nie może być postrzegane jako następstwo jedynie formalnie zawartego związku małżeńskiego, ale również jako wspólność małżeńska wynikająca lub powiązana z rzeczywistym korzystaniem z praw i realizowaniem powinności małżeńskich, które do dnia śmierci ubezpieczonego współmałżonka kreują faktyczną wspólnotę małżeńską w jej rozmaitych wymiarach: duchowym, materialnym lub rodzinnym, a następnie – wskutek wystąpienia ryzyka ubezpieczeniowego (śmierci ubezpieczonego) – uruchamiają prawo ustawowo wskazanych osób bliskich do renty rodzinnej¹⁶. Inaczej rzecz ujmując, wymaganie pozostawania w faktycznej wspólności małżeńskiej sprawia, że dla spełnienia tego dodatkowego warunku nabycia prawa do wdowiej renty rodzinnej nie wystarcza samo występowanie zewnętrznych oznak w postaci istnienia małżeństwa potwierdzonego formalnym aktem małżeńskim, ale konieczne jest zachowanie do dnia śmierci ubezpieczonego realnych więzi małżeńskich w ich rozmaitych wspólnotowych przejawach. W tym miejscu warto podkreślić, że oddzielne zamieszkiwanie małżonków nie jest równoznaczne z ustaniem wspólności małżeńskiej w rozumieniu art. 70 ust. 3. ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Określając wzajemne obowiązki małżonków, przepisy art. 23 i 27 k.r.o. nie wymagają, aby małżonkowie mieli wspólne miejsce zamieszkania¹⁷.

Należy podkreślić, że taki przypadek jak zabójstwo męża jest okolicznością wyłączającą prawo wdowy do renty rodzinnej, gdyż w momencie popełnienia tego czynu nie pozostawała z nim we wspólności małżeńskiej w rozumieniu art. 70 ust. 3 ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń

¹⁴ Postanowienie SN z dnia 19 listopada 2012 r., sygn. II UK 176/12.

¹⁵ Postanowienie SN z dnia 13 października 2011 r., sygn. II UK 123/11.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 11 lutego 2011 r., sygn. II UK 273/10.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 5 grudnia 2006 r., sygn. II UK 8/06.

Spółecznych¹⁸. Brak wspólności małżeńskiej to trwały rozkład pożycia i za taki należy uznać sytuację, gdy zamiar zerwania tej wspólności wynika wyraźnie z postępowania małżonków. Skoro zatem małżonka podjęła zamiar „pozbycia się jedyne go żywiciela rodziny” i zamiar ten zrealizowała, za co została skazana wyrokiem sądu, to oczywiście jest, że to jej działanie spowodowało zerwanie więzi małżeńskiej w chwili śmierci męża. Z uwagi na alimentacyjny charakter renty rodzinnej, której zadaniem jest zaspokojenie podstawowych potrzeb materialnych uprawnionych członków rodziny po śmierci osoby, która tych środków stale dostarczała, przyznanie prawa do tego świadczenia osobie, która działając umyślnie „pozbyła się” tego żywiciela, godzi w społeczne poczucie sprawiedliwości.

Prawo do renty rodzinnej podmiotów pobierających naukę – wybrane orzecznictwo Sądu Najwyższego

Prawo dzieci do renty rodzinnej jest uzależnione od podjęcia nauki szkolnej, jej kontynuowania bądź zaprzestania jej kontynuacji. Dzieci własne, drugiego małżonka i przysposobione mają prawo do renty rodzinnej do ukończenia 16 lat, a w razie nauki w szkole – do ukończenia 25 lat, gdy zaś ukończenie tego wieku przypada na ostatni rok studiów w szkole wyższej – do ukończenia tego roku studiów¹⁹. Jednakże orzecznictwo sądowe często dokonuje interpretacji przepisów prawnych w kwestiach wątpliwych, tj. takich, kiedy dochodzi do wyłudzania nienależnych świadczeń rentowych. Jako przykład można tu podać sytuację, gdy osoba zapisała się do szkoły policealnej po to, aby otrzymać zaświadczenie o kontynuacji nauki, które następnie przedstawiła zakładowi ubezpieczeniowemu i na tej podstawie otrzymała świadczenie renty rodzinnej, a po dostarczeniu stosownego zaświadczenia nie uczęszczała na żadne zajęcia przewidziane w programie nauczania. Samo zapisanie się do szkoły nie daje bowiem prawa do świadczeń, zaś renta rodzinna ma charakter wyjątkowy – przysługuje w sytuacji, gdy dziecko nie może podjąć pracy, a ciąży na nim ustawowy obowiązek kształcenia. Zgodnie z przepisem art. 68 ust. 1 pkt 2 ustawy emerytalnej, renta rodzinna przysługuje dziecku, które ma „ukończyć” naukę w szkole. Przesłanką wynikającą z tego przepisu jest zatem kontynuowanie nauki, a kontynuacja taka jest możliwa jedynie w razie jej faktycznego rozpoczęcia. Należy podkreślić, że rozpoczęta nauka może nie być ukończona lub w czasie jej pobierania mogą występować nieprzewidziane przerwy.

Całokształt przepisów regulujących prawo do renty rodzinnej dla dzieci wskazuje, że zasadniczym celem tego świadczenia jest dostarczanie środków

¹⁸ Wyrok SA z dnia 10 lutego 2010 r., sygn. III AUa 698/09.

¹⁹ J. Jończyk, op. cit., s. 142.

utrzymania tym dzieciom pracownika (rencisty), które w związku z kształceniem się w szkole nie wykonują pracy stanowiącej źródło utrzymania²⁰. Identyczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 lipca 2012 r. Stwierdził bowiem, że samo zapisanie się do szkoły pomaturalnej nie wystarczy, aby uzyskać prawo do renty rodzinnej, szczególnie gdy ubezpieczony w ogóle nie uczestniczy w zajęciach (lekcjach), nie pisze prac kontrolnych, nie uzyskuje zaliczeń i nie przystępuje do egzaminów, co ostatecznie powoduje skreślenie go z listy uczniów²¹.

Wiele problemów interpretacyjnych pojawia się w sytuacji, gdy student na ostatnim roku studiów kończy 25 lat. Zgodnie z przyjętą regułą, dzieci mają prawo do renty rodzinnej do ukończenia nauki w szkole, nie dłużej jednak niż do osiągnięcia 25 lat życia (art. 68 ust. 1 pkt 2). Wyjątek odnosi się do sytuacji, gdy dziecko osiągnęło 25 rok życia, będąc na ostatnim roku studiów w szkole wyższej – wówczas prawo do renty rodzinnej przedłuża się do zakończenia tego roku studiów (art. 68 ust. 2). Jednakże może pojawić się problem prawny w sytuacji, gdy student nie zaliczył wszystkich przedmiotów w sesji egzaminacyjnej letniej, a tym samym nie został wpisany na ostatni rok studiów przed ukończeniem 25 lat. Ostatni egzamin z przedostatniego okresu studiów oraz wpis na ostatni rok studiów uzyskał już po ukończeniu 25 lat. Wobec ustalonej organizacji studiów, w której zdanie egzaminów w sesji letniej warunkowało wpis na kolejny (ostatni) rok studiów, nie można stwierdzić, że student w chwili ukończenia 25 lat był na ostatnim roku studiów. W jej sytuacji spełniła się reguła z art. 68 ust. 1 pkt 2 i w kolizji z nią byłoby jednoczesne stosowanie wyjątku z art. 68 ust. 2. Przedmiotem zainteresowania jest wyjątek od reguły, który za podstawę przyjmuje dwie konkretne przesłanki występujące łącznie, tj. osiągnięcie wieku 25 lat na ostatnim roku studiów. Celem regulacji z art. 68 ust. 2 jest zapewnienie renty rodzinnej tylko na czas ostatniego roku studiów i tylko na ten okres można przedłużyć ochronę rentową po osiągnięciu przez studenta 25 roku życia. W przeciwnym wypadku ta wyjątkowa dalsza renta musiałaby obejmować przedostatni rok studiów i kończyłaby się nawet niekórtno po osiągnięciu 26 lat²².

Prawa do renty rodzinnej jest pozbawiony również ten, kto w okresie pobierania nauki z powodu nałożenia kary dyscyplinarnej został zawieszony w prawach studenta. Należy podkreślić, że podczas zawieszenia student nie pobiera w tym czasie nauki, zatem nie uczęszcza na zajęcia i nie ma możliwości zaliczenia przedmiotów ani zdania egzaminów²³. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 maja 2006 r. stwierdził, iż student, który dobrowolnie

²⁰ Wyrok SN z dnia 6 listopada 2012 r., sygn. III UK 153/11.

²¹ Wyrok SN z dnia 5 lipca 2012 r., sygn. I UK 65/12.

²² Wyrok SN z dnia 12 stycznia 2011 r., sygn. II UK 201/10.

²³ Wyrok SA z dnia 9 września 2010 r., sygn. III AUa 228/10.

podjął decyzję o zaprzestaniu studiów i został skreślony z listy studentów, nie może skutecznie powoływać się na przynależne do okresu nauki prawo do wakacji ani na to, że w czasie letniego okresu na uczelniach i w szkołach nie kontynuuje się nauczania i dlatego winien nadal otrzymywać rentę rodzinną²⁴.

Ciekawym zagadnieniem prawnym jest problematyka możliwości pobierania renty rodzinnej w trakcie odbywania aplikacji radcowskiej. Pojawiają się pytania: czy przepisy prawne dają uprawnienie do przedłużenia pobierania renty rodzinnej? Czy odbywanie aplikacji radcowskiej można zaliczyć do pobierania nauki w szkole wyższej? Zdaniem osoby skarżącej kontynuowanie edukacji w ramach tej aplikacji stanowi pozaszkolną formę kształcenia i doskonalenia zawodowego, która może być uznana za naukę w szkole, uprawniającą do dalszego pobierania renty rodzinnej. Aplikację radcowską należy bowiem traktować jako kontynuację nauki rozpoczętej na studiach prawniczych. Skarżący powołał się na treść art. 35 i art. 36¹ ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych²⁵ i podkreślił, że w trakcie kształcenia na studiach doktoranckich i podyplomowych przysługuje prawo do renty rodzinnej do ukończenia 25 roku życia. W drodze analogii należy zatem uznać, iż kontynuowanie nauki w ramach aplikacji radcowskiej także uprawnia do renty rodzinnej. Pozbawienie prawa do tego świadczenia tylko dlatego, że aplikację prowadzi okręgowa izba radców prawnych, a nie uczelnia, stanowi naruszenie zasady równości wobec prawa. Według interpretacji Sądu Najwyższego, granicą kształcenia się w szkole w rozumieniu art. 68 ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych jest ukończenie studiów wyższych definiowanych w art. 2 ust. 1 pkt 5 ustawy o szkolnictwie wyższym, równoznaczne ze zdobyciem określonego zawodu i uzyskaniem możliwości samodzielnego utrzymania się. Dalsze zaś podnoszenie kwalifikacji celem uzyskania stopnia naukowego lub określonej specjalizacji w zawodzie stanowi następny etap podwyższenia uzyskanych już wcześniej możliwości zarobkowania. Dlatego też ukończenie studiów prawniczych, równoznaczne z uzyskaniem zawodu prawnika, oznacza zakończenie procesu „kształcenia się w szkole”, w okresie którego przysługuje renta rodzinna. Odbycie którejkolwiek aplikacji prawniczej nie jest środkiem do uzyskania możliwości samodzielnego utrzymania się, lecz służy podwyższeniu kwalifikacji zawodowych i uprawnia do ubiegania się o najwyższej kwalifikowane w tym zawodzie funkcje czy specjalizacje (oczywiście po pomyślnie zdanym egzaminie)²⁶.

²⁴ Wyrok SA z dnia 17 maja 2006 r., sygn. III AUa 389/06.

²⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r., nr 10, poz. 65 ze zm.

²⁶ Wyrok SN z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn. I UK 189/10.

Podsumowanie

Przesłanki prawne odnoszące się do uzyskania prawa do renty rodzinnej zostały jasno wskazane w przepisach ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych w dziale 2 „Renta rodzinna”. Należy podkreślić, że pomimo interpretacji przepisów przez różnych autorów z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, ciągle pojawiają się problemy prawne w tym zakresie. Orzecznictwo sądowe wskazuje na aspekty sporne w poszczególnych, indywidualnych sprawach. Interpretacja ta stanowi pewne uzupełnienie oraz rozszerzenie wiedzy w zakresie nabywania uprawnień do renty rodzinnej. Najwięcej wątpliwości odnosiło się do zagadnienia, czy dany podmiot był uprawniony do uzyskania takiego świadczenia oraz czy osoba podejmująca naukę w szkole musi spełniać inne kryteria, takie jak np. obecność na zajęciach, zaliczanie przedmiotów w zakresie przedzianym przez program nauczania. Artykuł nie wyczerpuje wszystkich kontrowersyjnych aspektów w tej materii, ale daje przyczynek do dalszego pogłębiania tematyki.

Summary

Legal basis for entitlement to a survivor's pension on the background of judicial decisions

Key words: survivor's pension, the insured, a widow, learning in school, college.

Family pension is one of the benefits received from the social security insurance. The insurance also includes retirement pension or disability pension. All above mentioned pension are also called work incapacity pension. According to current legislation family pension was established to be paid in case of breadwinner death. The breadwinner can be a retired person, pensioner or any other insured individual. The article presents and enumerates “types” of people eligible for receiving family pension. Many law cases has been presented in relation to people currently studying and widows. In the article the author uses current jurisprudence to present exceptional situations which are difficult in interpretation in present law regulations.

Magdalena Sitek

Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Ochrona środowiska naturalnego w basenie Morza Śródziemnego. Inicjatywa Komisji Europejskiej „Horyzont 2020”

1. Dynamiczny rozwój sektora usług turystycznych w basenie Morza Śródziemnego

Przyjazny klimat oraz konfiguracja terenu sprawia, że basen Morza Śródziemnego jest nie tylko kolebką europejskiej cywilizacji, ale również światowej turystyki. Ludzie od dawna podróżowali nie tylko w celach handlowych, religijnych, ale również wypoczynkowych czy zdrowotnych. Zachowały się liczne pozostałości po ośrodkach uzdrowiskowych i wypoczynkowych z czasów greckich i rzymskich. Początkowo, a praktycznie aż do końca XIX wieku, oferta turystyczna skierowana była zasadniczo do przedstawicieli najbogatszych warstw społeczeństwa. Dużą popularnością cieszyły się wyjazdy do tzw. wód, czyli do uzdrowisk. W konsekwencji infrastruktura turystyczna ograniczała się do wszelkiego rodzaju sanatoriów rozrzuconych po wyspach Morza Śródziemnego oraz wspaniałych willi w ciekawych klimatycznie i krajobrazowo miejscach (np. *villa Romana* na Sycylii nieopodal miejscowości Pizza Armerina)¹.

Rozwój turystyki rozpoczął się po II wojnie światowej, co było powiązane z tworzeniem społeczeństwa masowego oraz wprowadzeniem nowych, szybszych środków transportu, w szczególności samolotów dalekosiężnych oraz budową sieci autostrad. W skali makro ruch turystyczny wzmożił się w szczególności w basenie Morza Śródziemnego. W 2004 r. przebywało tam 30% turystów całego świata. Roczny przyrost turystów wynosi 2,2%. W liczbach

¹ Więcej o turystyce w starożytnym Rzymie zob. U.E. Paoli, *Das Leben in Alten Rom*, Bern 1948, s. 92 nast.

bezwzględnych liczba turystów w basenie Morza Śródziemnego do roku 2025 wzrośnie do 350 milionów w sezonie letnim. Najwięcej z nich pochodzi z takich krajów, jak Francja, Hiszpania, USA, Chiny czy Włochy. Polska znajduje się na 15 miejscu².

Powyższe dane należy widzieć w kontekście coraz dynamiczniej rozwijającego się sektora usług turystycznych oraz potrzebnej infrastruktury, która obejmuje hotele, drogi, transport i inne urządzenia potrzebne dla obsługi ruchu turystycznego. Basen Morza Śródziemnego można traktować makroregion świata, który posiada swoją własną charakterystykę, niezależnie od ustroju politycznego czy przynależności do poszczególnych państw³.

Rozwój sektora usług turystycznych niesie ze sobą efekty pozytywne i negatywne. Do pozytywnych należy zaliczyć znaczące ograniczenie bezrobocia, wzrost poziomu życia lokalnej ludności, a przede wszystkim rozwój gospodarczy państw i regionów położonych w tym basenie. Turystyka jest jedynym sektorem gospodarczym odnotowującym wzrost liczby miejsc pracy. Przykładem pozytywnego wpływu turystyki na rozwój gospodarki, a zwłaszcza rynku pracy są takie kraje, jak Turcja, Grecja, Tunezja, Egipt, Izrael. Do negatywnych konsekwencji należy zaliczyć pogłębianie różnicowania w poziomie rozwoju gospodarczego poszczególnych państw i regionów (szybciej rozwijają się regiony turystyczne) oraz degradację środowiska naturalnego. Dla potrzeb naszego wywodu ograniczę się do drugiego aspektu tj. negatywnego wpływu turystyki na stan środowiska naturalnego.

Degradacja środowiska wywołana rozwojem turystyki występuje nie tylko w państwach czy regionach słabo rozwiniętych gospodarczo, ale również w państwach o wysokim stopniu rozwoju gospodarczego, jak Francja, Włochy czy Hiszpania. Przykładem może być zabudowanie setek kilometrów wybrzeża Morza Śródziemnego w sposób ciągły, np. od Wenecji do Pescary, od Genui do Marsylii, oraz całe wybrzeże katalońskie, gdzie w sposób stały doszło do zubożenia istniejącej wcześniej różnorodności biologicznej, a tym samym do naruszenia istniejących tam biosystemów. Od ponad 30 lat podejmowane są różne działania zmierzające do powstrzymania degradacji środowiska w tym regionie.

Wypracowana polityka zrównoważonego rozwoju oraz koncepcja zrównoważonej turystyki w prawie i praktyce Unii Europejskiej nie była aplikowana jednakowo nie tylko w krajach partnerskich, ale również w wielu regionach Unii. Czynniki ekonomiczne, polityczne i społeczne nie zawsze pozwalały na

² Dane podają za T. Tirelli, *La domanda di turismo culturale e ambientale: le tendenze nell'area del Mediterraneo*, [online] <www.dps.mef.gov.it/documentazione/qsn/seminari/28_sett_05/5_tirelli.pdf>, dostęp: 5.02.2008.

³ Zob. J. Poniedziałek, *Rola władz regionalnych w procesach kreowania pozaekonomicznych czynników rozwoju regionalnego*, [w:] A. Organiściak-Krzykowska, B. Balcerzak-Paradowska (red.), *Spoleczno-ekonomiczne problemy regionów*, Olsztyn 2011, s. 146.

uwzględnienie potrzeb środowiska naturalnego. Stąd Komisja Europejska wyszła z inicjatywą „Horyzont 2020”, celem której jest synergia działań państw Unii i państw partnerskich w zakresie ochrony środowiska, a zwłaszcza zmniejszenie zanieczyszczenia basenu Morza Śródziemnego przy wykorzystaniu istniejących już instrumentów prawnych, finansowych i organizacyjnych.

2. Działania poprzedzające utworzenie inicjatywy „Horyzont 2020”

Pierwszym korkiem w kierunku stworzenia inicjatywy „Horyzont 2020” była konwencja barcelońska. W 1995 r. w Barcelonie przedstawiciele państw UE podpisali Konwencję o partnerstwie między krajami położonymi wzdłuż wybrzeża Morza Śródziemnego⁴. Jej celem było wprowadzenie politycznego dialogu między państwami na temat ekonomicznego rozwoju oraz współpracy w wymiarze społecznym kulturowym i ludzkim w basenie Morza Śródziemnego⁵.

Kolejnymi etapami do stworzenia inicjatywy „Horyzont 2020” były liczne konferencje z udziałem przedstawicieli państw basenu Morza Śródziemnego. Podczas spotkania ministrów państw UE położonych w obrębie Morza Śródziemnego w 1997 r. w Helsinkach stwierdzono duży postęp w realizacji współpracy na polu ochrony środowiska, co znalazło odzwierciedlenie w dokumencie *Short and Medium-term Priority Environmental Action Programme* (SMAP). Dalszą konieczność współpracy na tym polu wyrażono w 2002 r. w Atenach podczas drugiej konferencji ministrów ds. wody państw UE. Położono wówczas nacisk na realizację założeń polityki zrównoważonego rozwoju, zdefiniowanej podczas światowego szczytu w 2002 r. w Johannesburgu. Podczas tego spotkania wyrażono uznanie dla dotychczasowych osiągnięć przy realizacji Śródziemnomorskiego Planu Działania (*Mediterranean Action Plan* – MAP). Największe jednak znaczenie dla kształtu inicjatywy „Horyzont 2020” miało trzecie spotkanie ministrów odpowiedzialnych za gospodarkę wodną (3rd Conference of the Water Directors of the Euro-Mediterranean and South Eastern European Countries – EMWDF), które odbyło się w Atenach w dniach 6–7 listopada 2006 r. Podczas tego spotkania zajmowano się sprawami stanu wody w tym obszarze, w szczególności nad krokami zmierzającymi do zachowania obecnego stanu faktycznego obszaru Morza Śród-

⁴ Konwencja o Ochronie Środowiska Morskiego i Regionu Przybrzeżnego Morza Śródziemnego.

⁵ Zob. O. Costa, *Dos Barcelonas para un mar: La transformación de la cooperación ambiental en el Mediterráneo*, „Documentos CIDOB. Mediterráneo y Oriente Medio” 2008, nr 10, s. 1.

ziemnego. Uczestnicy tego spotkania uświadomili sobie potrzebę podejmowania wspólnych działań, przekraczających możliwości finansowe i logistyczne jednego kraju, w celu ratowania zasobów wodnych Morza Śródziemnego. Działania te winny być podejmowane zarówno przez podmioty publiczne, jak i prywatne

Kolejnym etapem w doprecyzowaniu treści inicjatywy „Horyzont 2020” był szczyt, który odbył się 20 listopada 2006 r. w Kairze, gdzie przyjęto *Cairo Declaration of the Euro-Mediterranean Ministerial Conference on the Environment*. W dokumencie tym potwierdzono postanowienia przyjęte na spotkaniach wcześniejszych, zwłaszcza w konwencji barcelońskiej z 1995 r. Ponadto podkreślono konieczność podjęcia wspólnych działań zmierzających do ograniczenia zanieczyszczeń Morza Śródziemnego pochodzących ze źródeł lądowych, w tym z infrastruktury turystycznej. Konieczna zatem stała się realizacja założeń zrównoważonego rozwoju zarówno przez państwa, jak i regiony czy podmioty prywatne. Taka wytyczna wynikała z widocznego konfliktu pomiędzy ekonomią a polityką zrównoważonego rozwoju w basenie Morza Śródziemnego⁶.

Z inicjatywy rządu Algierii Zgromadzenie Narodów Zjednoczonych 23 grudnia 2003 r. na mocy rezolucji 58/211 ogłosiło rok 2006 Międzynarodowym Rokiem Pustyni i Pustynnienia (*International Year of deserts and desertification*). Miało to ogromne znaczenie dla południowych wybrzeży basenu Morza Śródziemnego, gdzie z jednej strony zachodzi ekspansja Sahary, a z drugiej procesy pustynnienia pogłębiane są przez nadmierny i nieodpowiednio zarządzany rozwój infrastruktury turystycznej. Stąd konieczne jest podjęcie działań zmniejszających do zahamowania tych procesów.

Sama inicjatywa „Horyzont 2020” została przyjęta podczas spotkania ministrów państw basenu Morza Śródziemnego w Barcelonie 29 listopada 2005 r. zorganizowanego z okazji dziesiątej rocznicy partnerstwa eurośródziemnomorskiego. Wówczas potwierdzono proces zacieśniania partnerstwa i współpracy na rzecz ochrony zasobów Morza Śródziemnego oraz przyjęto pięcioletni program prac (*Five Year Work Programme for the Euro-Mediterranean Partnership*) określony jako inicjatywa „Horyzont 2020”⁷.

Działania Unii Europejskiej w zakresie ochrony środowiska w obszarze basenu Morza Śródziemnego zostały określone również w Zielonej Księdze *Przyszła unijna polityka morska: europejska wizja oceanów i mórz* z dnia 7 czerwca 2006 r. oraz w komunikacie Komisji *Strategia tematyczna dotycząca ochrony i zachowania środowiska morskiego* z dnia 24 października 2005 r.⁸

⁶ Zob. M. Jerch, L.V. Alejandro, E. Gonzalo, *De Barcelona a Luxemburgo: la política euro-mediterránea*, „Política Exterior” 2005, s. 59–70.

⁷ „Dziesiąta rocznica partnerstwa eurośródziemnomorskiego: program prac mający na celu sprostanie wyzwaniom najbliższych pięciu lat” COM (2005) 139 wersja ostateczna.

⁸ COM (2005) 504 wersja ostateczna.

Podstawę prawną dla inicjatywy „Horyzont 2020” stanowi komunikat Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego z dnia 5 września 2006 r. „Ustanowienie Strategii dotyczącej środowiska dla obszaru Morza Śródziemnego”⁹. Wydanie tego aktu prawnego było poprzedzone badaniami naukowymi i analizą przypadków, dzięki którym stwierdzono nieefektywność dotychczasowych działań. Wyjątkowy ekosystem tego basenu morskiego nadal ulega degradacji. Do 2025 r. planuje się zabudowane do 50% linii brzegowej Morza Śródziemnego, co przyczyni się do jeszcze większej niż obecnie degradacji środowiska morskiego. Największe zagrożenie dla ekosystemów pochodzi z Egiptu, Algierii i Maroka. Dotychczasowe działania, pomimo niskiej skuteczności, pozwoliły jednak określić przyczyny degradacji i sposoby walki. Dotyczy to również sektora usług turystycznych¹⁰.

Analiza przypadków wskazuje na spychanie potrzeby ochrony środowiska morskiego i terenów nabrzeżnych na plan dalszy w hierarchii podstawowych priorytetów polityki poszczególnych państw. Na pierwszym miejscu znajduje się efekt ekonomiczny, zaś założenia polityki zrównoważonego rozwoju, wypracowane podczas szczytu Ziemi w Rio de Janeiro z 1992 r., nie są w ogóle albo nie w pełni realizowane.

Państwa położone w basenie Morza Śródziemnego można podzielić na te, które w dużej mierze przestrzegają zasady polityki zrównoważonego rozwoju (np. Włochy, Francja, Hiszpania) i te, które dążą do stopniowego wdrożenia tych zasad w życie (np. Grecja, Turcja, Portugalia, Izrael). Wiele jednak państw położonych na południowej stronie basenu nie posiada innych bogactw naturalnych poza dogodnymi warunkami do rozwoju turystyki. Brak odpowiedniego wsparcia finansowego dla tych krajów powoduje, że rozwój infrastruktury turystycznej znacząco szkodzi środowisku morskemu.

3. Cele inicjatywy „Horyzont 2020”

Podstawowym celem inicjatywy „Horyzont 2020” jest stworzenie spójnego systemu ochrony środowiska naturalnego we wszystkich obszarach aktywności gospodarczej, szczególnie w zakresie budowy i rozbudowy infrastruktury turystycznej. Konieczność ta jest pochodną świadomości, że zanieczyszczenia przemieszczają się niezależnie od granic. Stąd istnieje współzależność między krajami położonymi w basenie Morza Śródziemnego, a ponadto zasoby naturalne, takie jak woda, powietrze, gleba i bioróżnorodność, są powiązane w złożone ekosystemy, między którymi istnieją niezliczone współzależności wymagające zintegrowanego i skoordynowanego działania¹¹.

⁹ COM(2006) 475 wersja ostateczna.

¹⁰ Zob. [online] <www.metap.org/main.php?id_menu=12>, dostęp: 8.02.2008.

¹¹ A. Abrantes, *Plano do Turismo Espanol Horizonte 2020, Cogitur*, „Journal of Tourism Studies“ 2009, nr 2(2), s. 67–77.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że obszar Morza Śródziemnego może być chroniony jedynie poprzez spójny system ochrony i odnowy środowiska obejmujący cały region. Organem odpowiedzialnym za realizację tej polityki w basenie Morza Śródziemnego jest Komisja Europejska. Do podstawowych celów współpracy Komisji z krajami basenu Morza Śródziemnego w dziedzinie środowiska należą:

1. Wspieranie krajów partnerskich w tworzeniu dobrze działających instytucji zajmujących się środowiskiem, rozwijanie solidnej i skutecznie wdrażanej polityki w dziedzinie środowiska, a także ustanowienie podstawy prawnej umożliwiającej włączanie kwestii związanych ze środowiskiem do polityk sektorowych, w tym sektora usług turystycznych.

2. Doprowadzenie do znacznego obniżenia poziomu zanieczyszczenia w całym regionie, przynoszącego odpowiednie korzyści dla zdrowia, a także ograniczenie wpływu niekontrolowanej działalności na nasze środowisko naturalne.

3. Wspieranie przygotowania administracji zajmującej się środowiskiem do postępowania w sytuacjach kryzysowych, obejmujących zarówno zagadnienia punktowe, jak i kwestie dotyczące środowiska o charakterze długoterminowym.

4. Upowszechnianie bardziej zrównoważonego (ekonomicznie efektywnego, dostosowanego do potrzeb społecznych i ekologicznie wydajnego) wykorzystania gruntów i obszarów morskich w regionie Morza Śródziemnego.

5. Promowanie zwiększania roli społeczeństwa obywatelskiego, w którym obywatele mają dostęp do informacji na temat środowiska, uczestniczą w procesie decyzyjnym w kwestiach środowiska i mają coraz większą świadomość kwestii środowiskowych.

6. Wspieranie współpracy regionalnej wśród krajów partnerskich dla osiągnięcia tych celów.

Cele inicjatywy „Horyzont 2020” wskazują na możliwość pogodzenia ze sobą interesów gospodarczych i ochrony środowiska, w dalszej kolejności celów politycznych i społecznych, które w wielu wypadkach wydają się być sprzeczne. Spójna polityka zrównoważonego rozwoju wszystkich krajów basenu Morza Śródziemnego, również tych spoza UE, pozwoli na podejmowanie wielu cennych działań zmierzających do ochrony środowiska w sektorze usług turystycznych¹².

¹² Zob. G. Escribano, L. Alejandro, *La Unión Mediterránea: una unión en busca de proyecto*, „Documento de Trabajo” 2008, nr 3, s. 3 nast.

4. Środki konieczne do osiągnięcia celów inicjatywy „Horyzont 2020”

Realizacja działań podejmowanych w ramach inicjatywy „Horyzont 2020” wymaga stosowania odpowiednich środków. Komisja Europejska wykorzystuje instrumenty finansowe, dialog, poprawę koordynacji oraz przeniesienie, dostosowanie i wykorzystanie doświadczeń.

4.1. Pomoc finansowa

Pomoc finansowa dla działań w basenie Morza Śródziemnego może pochodzić z funduszy europejskich, pożyczek udzielnych przez międzynarodowe instytucje finansowe, środków darczyńców oraz wkładów własnych państw i regionów.

Do finansowania działań inicjatywy „Horyzont 2020” stosowany jest również Europejski Instrument Sąsiedztwa i Partnerstwa¹³. Wybór tego projektu wynika z konieczności podejmowania wspólnych działań w obszarze basenu Morza Śródziemnego przez państwa członkowskie UE i inne kraje partnerskie (ENP). Projekty zaś muszą mieć wyraźny związek z europejską polityką sąsiedztwa, partnerstwem eurośródziemnomorskim (EMP) i przyjętymi planami działań ENP.

Innym programem wykorzystywanym do realizacji działań tej inicjatywy jest program tematyczny „Środowisko i zrównoważone zarządzanie zasobami naturalnymi, w tym energią (ENRTP)”. Z tego programu mogą być finansowane działania ogólnosiwiatowe realizowane w obrębie Morza Śródziemnego.

Strumień finansowania z funduszy europejskich inicjatyw proekologicznych w sektorze usług turystycznych jest zbyt słaby, aby objąć wszystkie działania w basenie Morza Śródziemnego, stąd konieczne jest wsparcie pochodzące z pożyczek udzielanych przez międzynarodowe instytucje finansowe (IFIs), wkładów innych darczyńców, zasobów krajowych i innych źródeł.

Wskazanie przez Komisję Europejską na różne sposoby finansowania działań w ramach inicjatywy „Horyzont 2020” ma na celu maksymalizację efektów katalitycznych. Mianowicie chodzi o to, aby strumień finansowy efektywnie

¹³ Europejski Instrument Sąsiedztwa i Partnerstwa (EISP) stanowi inicjatywę Komisji Europejskiej, której zasadniczym celem jest rozwój współpracy pomiędzy Unią Europejską a państwami partnerskimi spoza UE poprzez zapewnienie zintegrowanego i zrównoważonego rozwoju regionalnego. Zasięg terytorialny: Algieria, Armenia, Azerbejdżan, Białoruś, Egipt, Gruzja, Izrael, Jordania, Liban, Libia, Mołdawia, Maroko, Autonomia Palestyńska, Syria, Tunezja, Ukraina. Kluczowe obszary wsparcia w ramach tego programu, ważne z punktu widzenia inicjatywy „Horyzonty 2020”: to: promowanie dialogu politycznego i reform, wzmocnienie instytucji krajowych i innych instytucji odpowiedzialnych za przygotowanie i efektywne wdrażanie polityk, promowanie ochrony środowiska i dobrego zarządzania zasobami naturalnymi, wspieranie współpracy transgranicznej oraz promowanie zrównoważonego rozwoju ekonomicznego, społecznego i środowiskowego w regionach przygranicznych. Zob. [online] <www.interreg.gov.pl/20072013/instrument+sasiedztwa/>, dostęp: 11.02.2008.

wspierał działania zsynchronizowane w zakresie pomocy technicznej i dopłat do oprocentowania. W ten sposób Komisja dąży do podniesienia poziomu wsparcia w formie pożyczek. Wspierane również winny być dofinansowania działań na rzecz tworzenia zdolności administracyjnych, bez których nie jest możliwe prowadzenie działań zintegrowanych w całym basenie Morza Śródziemnego.

4.2. Pogłębianie dialogu i świadomości ekologicznej

Jednym z instrumentów realizacji wspólnotowej polityki ekologicznej w działaniach gospodarczych, w tym i w turystyce, jest kreowanie dialogu i określonych zachowań proekologicznych podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Poprzez dialog kształtowana jest świadomość potrzeby ochrony środowiska. Sensybilizacja społeczeństwa, tj. tworzenie wrażliwości społecznej na problemy ekologiczne w działalności gospodarczej, w tym i w turystyce, winna zmierzać do ugruntowania przekonania o konieczności takiego wykorzystywania środowiska, aby nie uległo ono degradacji i mogło służyć następnym pokoleniom¹⁴. Wspólnotowa polityka w zakresie sensybilizacji społeczeństwa na problemy ekologiczne zaczęła kształtować się już w pierwszym wspólnotowym programie działania w zakresie środowiska naturalnego. W części drugiej tego programu rozdział szósty został poświęcony sposobom uwrażliwienia społeczeństwa na problemy ekologiczne¹⁵.

Unia Europejska włącza się w dialog polityczny z krajami partnerskimi poprzez partnerstwo eurośródziemnomorskie i europejską politykę sąsiedztwa. W celu ułatwienia tego dialogu w ciągu ostatnich lat utworzona została formalna struktura posiedzeń podkomitetów na mocy dwustronnych układów stowarzyszeniowych. Celem tych działań jest podniesienie świadomości zagadnień środowiskowych również poza ministerstwami ds. środowiska (w szczególności odpowiedzialnymi za planowanie i finanse) oraz włączanie zagadnień środowiskowych do wszystkich polityk sektorowych, w tym polityki sektora usług turystycznych.

Rozwój dialogu i świadomości ekologicznej sprawiają, że działania Komisji w krajach trzecich obszaru Morza Śródziemnego muszą zgadzać się z celami europejskiej polityki sąsiedztwa i wszelkimi zobowiązaniami prawnymi wobec krajów trzecich, które wynikają z istoty prawa UE. Ważną rolę odgrywają tutaj zobowiązania międzynarodowe wynikające m.in. z Johannesburgskiego Planu Działania przyjętego podczas Światowego Szczytu w sprawie Zrównoważonego Rozwoju w 2002 r. W świetle tych celów i zobowiązań najważniejsze są działania mające na celu poprawę systemu zarządzania

¹⁴ Zob. Z. Cienko, J.M. Dołęgi, *Ochrona środowiska i edukacja ekologiczna w Unii Europejskiej i Polsce*, Olecko 2003, s. 12.

¹⁵ Zob. M. Sitek, *Polityka ochrony środowiska w sektorze usług turystycznych w świetle prawa Unii Europejskiej*, Olsztyn 2007, s. 174.

środowiskiem, rozwiązywanie specyficznych problemów dotyczących środowiska oraz promowanie międzynarodowej i regionalnej współpracy w tym zakresie. Ważną rolę odgrywa również konwencja barcelońska oraz plan działania dotyczący inicjatywy na rzecz środowiska opracowany w ramach Nowego Partnerstwa dla Rozwoju Afryki (NEPAD) i Unii Afrykańskiej (AU). Z tymi organizacjami Unia Europejska utrzymuje stały dialog od kilku lat¹⁶.

Do kształtowania świadomości ekologicznej włączają się organizacje pozarządowe. Biorą one udział w rozwijaniu i wdrażaniu polityki w dziedzinie środowiska, podejmując często działania, którymi agencje rządowe nie chcą się zająć lub nie są w stanie interweniować. Problemem podstawowym jest jednak fakt, że organizacje pozarządowe nie ma zbyt wiele w omawianym regionie, zwłaszcza w krajach południowego wybrzeża basenu Morza Śródziemnego. Stąd Komisja Europejska zobowiązała się do wspierania tworzenia i funkcjonowania regionalnych sieci organizacji pozarządowych oraz nawiązywania kontaktów w celu wzmacniania społeczeństwa obywatelskiego poprzez opracowanie spójnego podejścia regionalnego i wymianę dobrych praktyk.

4.3. Mechanizmy poprawy koordynacji

Jedną z podstawowych polityk Unii jest polityka spójności. Działania podejmowane przez Komisję i inne organy Unii winny być ze sobą skoordynowane tak, aby nie zachodziły na siebie. Konieczne jest zatem, aby Komisja – jako główny organ odpowiedzialny za politykę partnerstwa w basenie Morza Śródziemnego – ściśle współpracowała z różnymi partnerami i zadbała o to, by jej działania były ukierunkowane na dziedziny, w których może wnieść wyraźną wartość dodaną. Podstawę prawną dla działań polityki spójności Komisji w tym regionie stanowi plan działania na rzecz Morza Śródziemnego (MAP)¹⁷ oraz program działania Komisji Europejskiej podpisany w 2005 r. Te akty prawne pozwalają na:

- wdrażanie Europejskiej Strategii Morskiej;
- wdrażanie Europejskiej Strategii na rzecz Zintegrowanego Zarządzania Strefą Przybrzeżną (ICZM) oraz zagwarantowanie spójności z bieżącymi pracami nad protokołem ICZM w ramach konwencji barcelońskiej;
- realizację celów związanych z zapobieganiem zanieczyszczeniom oraz ochroną bioróżnorodności.

Polityka spójności wymaga kontynuacji współpracy pomiędzy Bankiem Światowym a Europejskim Bankiem Inwestycyjnym w ramach Europejskiego Programu Wsparcia Technicznego dla obszaru Morza Śródziemnego (ME-TAP). Ponadto protokoły uzgodnień z międzynarodowymi instytucjami finansowymi są w pełni wykorzystywane do zapewnienia lepszej koordynacji

¹⁶ KOM (2006) 475 wersja ostateczna.

¹⁷ Śródziemnomorski Plan Działania został opracowany w 1975 r. w Barcelonie przy współudziale 16 krajów pod auspicjami Programu Środowiskowego ONZ (UNEP).

działań w dziedzinie środowiska w basenie Morza Śródziemnego. Ważne jest również podjęcie kroków mających na celu wzmocnienie współpracy z Funduszem na rzecz globalnego środowiska (GEF) oraz ze Strategicznym Funduszem Inwestycyjnym¹⁸.

Współpraca pomiędzy tymi instytucjami oraz różnymi darczyńcami została wzmocniona poprzez utworzenie Grupy Sterującej „Horyzont 2020”. W ten sposób zapewniono lepszą koordynację pomiędzy działaniami promowanymi w ramach siódmego programu ramowego na rzecz badań naukowych i technologii (FP7) oraz działaniami w ramach zewnętrznego instrumentu UE, z uwzględnieniem potrzeby tworzenia zdolności administracyjnych i infrastruktury badawczej oraz wykorzystania badań naukowych.

4.4. Przeniesienie i wykorzystanie doświadczenia UE

Unia Europejska posiada najbardziej rozwiniętą politykę ochrony środowiska. Wyznacznikiem tego jest istnienie spójnego systemu uregulowań prawnych ochrony środowiska naturalnego oraz szeregu instytucji *sensu stricto* odpowiedzialnych za stan środowiska. Unia posiada spore doświadczenie z łączeniu ze sobą różnych polityk, także ochrony środowiska z polityką rozwoju gospodarczego, w tym i sektora usług turystycznych. Bogaty dorobek Unii w tym zakresie może być przedmiotem dzielenia się doświadczeniami z innymi krajami i organizacjami.

Podstawowym środkiem przekazu doświadczeń jest program Instrument Pomocy Technicznej i Wymiany Informacji (TAIEX), który m.in. wspiera tworzenie zdolności administracyjnych w krajach kandydujących i innych krajach południowo-wschodniej Europy, umożliwia ukierunkowane przekazywanie doświadczenia oraz wiedzy fachowej UE w dziedzinie środowiska stosownie do potrzeb krajów partnerskich poprzez działania takie jak warsztaty, wizyty studyjne i wizyty ekspertów w określonych krajach. Do przekazywania doświadczeń Unii Europejskiej innym krajom służy program LIFE oraz program działań krótko- i średnioterminowych SMAP. Dzięki tym programom możliwe stało się pomyślne wdrożenie wielu projektów w dziedzinie środowiska. Z doświadczeń tych korzystać mogą kraje partnerskie i zainteresowane strony.

Proces przekazywania doświadczeń obejmuje również wymianę wyników badań naukowych prowadzonych nad środowiskiem naturalnym, osiągniętych głównie dzięki 5. i 6. Programowi ramowemu. W ramach tych programów realizowano liczne projekty o szczególnym znaczeniu dla obszaru Morza Śródziemnego, m.in. dotyczące rozwiązywania problemów z wodą na podsta-

¹⁸ Działania pomiędzy tymi instytucjami zostały też ukazane w Komunikacie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego pt. *Ustanowienie Strategii dotyczącej środowiska dla obszaru Morza Śródziemnego*. KOM (2006) 475 wersja ostateczna.

wie części Inicjatywy Wodnej UE odnoszącej się do basenu Morza Śródziemnego, a także obejmujące przypadkowe zanieczyszczenie wód morskich, badania wód morskich i przybrzeżnych oraz skutki zmiany klimatu. Wyniki projektów są ogólnodostępne i korzystać z nich mogą wspólnie kraje partnerskie i Komisja za pośrednictwem istniejących sieci i narzędzi rozpowszechniania informacji, w tym Internetu.

Największe znaczenie ma wymiana doświadczeń w zakresie zarządzania rozwojem sektora usług turystycznych w basenie Morza Śródziemnego. To właśnie w polityce Unii dotyczącej tego obszaru zrodziło się pojęcie „zrównoważona turystyka”¹⁹. Główne jej założenia zostały zawarte w dokumencie „Podstawowe kierunki dotyczące zrównoważonego rozwoju turystyki europejskiej”²⁰. Ponadto została utworzona grupa ekspertów ds. zrównoważonego rozwoju turystyki (TSG) z udziałem przedstawicieli zrzeszeń przemysłu, związków zawodowych, miejscowości turystycznych oraz administracji państw członkowskich i organizacji międzynarodowych.

5. Działania podejmowane w ramach inicjatywy „Horyzont 2020”

Inicjatywa „Horyzont 2020” opiera się na istniejących instytucjach i dotychczas osiągniętych wynikach. Wypełnia braki dotychczasowych działań, przynosząc wartość dodaną tam, gdzie to możliwe. Realizowana jest w ramach istniejących i stworzonych instrumentów polityki w dziedzinie środowiska oraz wspiera wdrażanie podjętych w ramach konwencji barcelońskiej zobowiązań dotyczących zmniejszenia zanieczyszczeń. Na podstawie rozmów Komisji z różnymi partnerami z obszaru basenu Morza Śródziemnego działania podejmowane w ramach inicjatywy „Horyzont 2020” ułożono w cztery grupy:

1. **Projekty ograniczania zanieczyszczeń** dążą do zmniejszenia ilości odpadów miejskich, ścieków komunalnych i innych zanieczyszczeń pochodzenia przemysłowego. Te właśnie zanieczyszczenia mają największy wpływ na stopień czystości wody w morzu. Nie bez znaczenia jest ograniczenie ilości zanieczyszczeń pochodzących z sektora usług turystycznych. Działania w tym obszarze są podejmowane we współpracy z krajami-beneficjentami, odnośnymi międzynarodowymi instytucjami finansowymi, MAP i innymi uczestnikami.

2. **Środki tworzenia zdolności administracyjnych** mają na celu stworzenie niezbędnych warunków zrównoważonej ochrony środowiska w obszarze Morza Śródziemnego, w tym poprzez rozwój prawodawstwa, two-

¹⁹ Zob. M. Sitek, *Polityka ochrony środowiska...*, s. 36 i nast.; D. Pyć, *Prawo zrównoważonego rozwoju*, Gdańsk 2006, s. 45.

²⁰ KOM (2003) 716.

rzenie instytucji oraz wsparcie władz lokalnych i społeczeństwa obywatelskiego. Szczególną uwagę poświęca się środkom tworzenia zdolności administracyjnych na poziomie lokalnym. Działania te wykraczają poza trzy sektory priorytetowe związane ze zmniejszeniem poziomu zanieczyszczenia.

3. **Badania naukowe** zmierzają do tworzenia, dzielenia i przekazywania wiedzy naukowej wspierającej cele inicjatywy „Horyzont 2020”. Działania obejmą szerzenie wiedzy zdobytej w ramach najnowszych programów badawczych, tj. 5. i 6. Programu ramowego i programu LIFE. Ponadto zakłada się współpracę naukową w ramach realizowanego 7. Programu ramowego w dziedzinie badań naukowych, działania bezpośrednie Wspólnego Centrum Badawczego (WCB) Komisji oraz międzynarodowe działania w obszarze potencjału ludzkiego.

4. **Monitorowanie i nadzór** nad prowadzonymi akcjami w ramach ochrony środowiska morskiego i nabrzeży Morza Śródziemnego prowadzi Europejska Agencja Środowiska. Agencja ta we współpracy z Urzędem Statystycznym Komisji Europejskiej (EUROSTAT), Programem Monitorowania i Badania Zanieczyszczenia Obszaru Śródziemnomorskiego (MEDPOL), Eurośródziemnomorskim Systemem Informacji o Wodzie (EMWIS), Komisją Europejską i innymi właściwymi organami będzie rozwijać „tabelę osiągnięć” w celu określenia postępów w zakresie redukcji poziomu zanieczyszczenia Morza Śródziemnego.

6. Wnioski

Ze względu na wzrastające natężenie ruchu turystycznego Komisja Europejska opracowała strategię ekologiczną dla basenu Morza Śródziemnego pod nazwą „Horyzont 2020”. Inicjatywa ta miała przełamać impas w zakresie wypracowywania wspólnej polityki ochrony środowiska w tym regionie. Od ponad 30 lat podejmowano bezskutecznie liczne działania. W efekcie wzrósł stopień zanieczyszczenia Morza Śródziemnego, odnotowano zwłaszcza degradację jego niepowtarzalnego ekosystemu. Budowa coraz to nowszych urządzeń infrastruktury turystycznej wymaga wycinania bowiem lasów przybrzeżnych i niszczenia niepowtarzalnych skał nabrzeżnych.

W ramach inicjatywy „Horyzont 2020” Komisja Europejska zaproponowała podjęcie działań zmierzających do ograniczenia zanieczyszczenia Morza Śródziemnego, takich jak: wdrożenie programów ograniczających zanieczyszczenie, tworzenie zdolności administracyjnych, prowadzenie badań naukowych, monitorowanie i nadzór. Działania te mają być realizowane przez wszystkie kraje Basenu Śródziemnomorskiego. Ich realizacja nie powinna powodować zahamowania rozwoju gospodarczego poszczególnych państw.

Inicjatywa „Horyzont 2020” zmierza do rewitalizacji i wzmocnienia współpracy między Unią Europejską a śródziemnomorskimi sąsiadami oraz organizacjami międzynarodowymi w celu ochrony środowiska regionu i zasobów naturalnych w perspektywie długoterminowej²¹.

Summary

Environment protection in the Mediterranean region. The initiative of the European Commission “Horizon 2020”

Key words: European law, tourism, the Mediterranean Sea, environment protection, law of environmental protection, sustainable development, environmental security.

Due to the increasing intensity of tourist traffic, The European Commission has developed an environmental strategy for the Mediterranean Sea under the name “Horizon 2020”. This initiative was meant to break the impasse in the scope of developing a common environmental policy in this region. For more than 30 years a number of taken actions failed. As a result, the degree of pollution of the Mediterranean Sea increased and especially its unique ecosystem was ruined. The construction of newer and newer devices of tourism infrastructure requires coastal deforestation and destruction of unique coastal rocks. As a part of the “Horizon 2020” initiative the European Commission proposed to take action to reduce pollution of the Mediterranean Sea, such as: the implementation of programs to reduce pollution, building administrative capacity, scientific research, monitoring and surveillance. These activities are to be implemented by all member of the Mediterranean Basin. Their implementation should not result in stopping the economic development of each country. “Horizon 2020” initiative aims to revitalize and strengthen cooperation between the EU and Mediterranean neighbors as well as international organizations, in order to protect the region’s environment and natural resources in the long-term perspective.

²¹ Zob. [online] <www.biolog.pl/article3283.html>, dostęp: 13.02.2008.

Beata Szwejkowska*

Elżbieta Zębek**

* Katedra Agrotechnologii i Zarządzania Produkcją Roślinną

Wydział Kształtowania Środowiska i Rolnictwa UWM

** Katedra Kryminalistyki i Kryminologii

Wydział Prawa i Administracji UWM

Stan i trendy rozwoju w zakresie produkcji i wykorzystania żywności funkcjonalnej w kontekście prawnym

Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie na podstawie aktów prawnych oraz literatury stanu i trendów zmian w zakresie produkcji i wykorzystania żywności funkcjonalnej w aspekcie organizacyjnym i prawnym Unii Europejskiej i Polski.

W wyniku rozwoju cywilizacyjnego i wzrostu liczby mieszkańców na Ziemi wzrasta również zapotrzebowanie na żywność. W związku z masową produkcją artykułów żywnościowych, często polegającą na wysokim stopniu ich przetworzenia i modyfikowania, nie zawsze zawierają one odpowiednie składniki odżywcze. Zaistniała zatem potrzeba wprowadzenia regulacji prawnych dotyczących jakości i bezpieczeństwa żywności niezależnie od miejsca jej powstawania i przetwarzania. W systemie prawa Unii Europejskiej istnieje spójne prawo żywnościowe, określone w rozporządzeniu (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r., ustanawiającym ogólne zasady i wymagania, powołującym Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz określającym procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności¹. W art. 2 cytowanego rozporządzenia zdefiniowano żywność jako „jakiegokolwiek substancje lub produkty, przetworzone, częściowo przetworzone lub nieprzetworzone, przeznaczone do spożycia przez ludzi lub których spożycia przez ludzi można się spodziewać”. Na podstawie powyższej definicji

¹ Dz.Urz. WE L 31 z 1 lutego 2002 r. – dalej jako rozporządzenie WE nr 178/2002.

można stwierdzić, iż głównym kryterium kwalifikacji danej substancji czy produktu jako żywności jest ich „przeznaczenie do spożycia przez ludzi”. Przy czym chodzi tutaj o przeznaczenie nadane przez podmiot, który wprowadził dany produkt czy substancję do obrotu. Kryterium to jest uzupełnione przez wskazanie, że żywnością są także te wszystkie produkty i substancje, „których spożycia przez ludzi można się spodziewać”. Dotyczy to sytuacji, gdy dany produkt może mieć zarówno zastosowanie spożywcze jak i niespożywcze. Ma to pełnić dodatkową funkcję ochronną, wystarczy bowiem potencjalna możliwość spożycia danego produktu czy substancji przez ludzi, by zostały one objęte wymogami i kontrolą przewidzianą w krajowych i europejskich regulacjach prawnożywnościowych. Możliwość ta powinna zaś być oceniana przez pryzmat racjonalności przeciętnego użytkownika (przedsiębiorstwa spożywczego, konsumenta finalnego). Jeśli zatem dana substancja może być – z racjonalnego punktu widzenia – użyta zarówno do celów spożywczych, jak i innych celów przemysłowych (np. olej palmowy), musi spełniać standardy bezpieczeństwa i jakości stawiane środkiem spożywczym, przynajmniej do czasu wykazania ich pozaspożywczego przeznaczenia².

W celu zachowania bezpieczeństwa żywności rozporządzenie WE nr 178/2002 określa system funkcjonowania prawa żywnościowego. Podaje ogólne zasady, takie jak: zasada analizy ryzyka, zasada ostrożności, zasada ochrony interesów konsumentów oraz zasada przejrzystości, służące realizacji podstawowego celu, jakim jest skuteczny poziom ochrony zdrowia i życia ludzi oraz interesów konsumentów (żywności) przy uwzględnieniu sprawnego funkcjonowania wewnętrznego rynku UE (art. 5). Duże znaczenie dla zachowania bezpieczeństwa żywności ma zasada ostrożności. Polega ona na tym, że w szczególnych okolicznościach – jeżeli po dokonaniu oceny dostępnych informacji stwierdzono niebezpieczeństwo zaistnienia skutków szkodliwych dla zdrowia, ale nadal brakuje pewności naukowej – w oczekiwaniu na dalsze informacje naukowe umożliwiające bardziej wszechstronną ocenę ryzyka mogą zostać przyjęte tymczasowe środki zarządzania ryzykiem, konieczne do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony zdrowia określonego we Wspólnocie. Środki te powinny być proporcjonalne i nie bardziej restrykcyjne dla handlu, niż jest to wymagane do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony zdrowia określonego w UE, z uwzględnieniem wykonalności technicznej i ekonomicznej oraz innych czynników uznawanych za stosowne w rozważanej sprawie (art. 7). Przepisy te zostały implementowane do prawodawstwa polskiego³.

² A. Szymecka-Wesołowska (red.), *Bezpieczeństwo żywności i żywienia. Komentarz*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 56–57; zob. także: P. Czechowski, A. Niewiadomski, *Tendencje rozwoju polskiego prawa rolnego w związku z uzyskaniem członkostwa w Unii Europejskiej*, „*Studia Iuridica Agraria*” 2009, t. 7, s. 30–44; A. Oleszko, B. Jeżyńska, R. Pastuszko, *Prawo żywnościowe – zbiór przepisów*, Zakamycze 2005.

³ Ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 136, poz. 914 ze zm.) – dalej jako u.b.ż.ż.

Wysoką zawartością i korzystnym dla zdrowia zestawem składników odżywczych charakteryzuje się tzw. żywność funkcjonalna. W historii rozwoju cywilizacji najstarszymi przykładami tego typu żywności były nasiona, owoce (np. orzechy) oraz mięso suszone na słońcu lub pieczone w ognisku. Koncepcja żywności funkcjonalnej wywodzi się z tradycji filozoficznej Wschodu. Na rynku w tym względzie przodowała Japonia, gdzie już w latach 80. ubiegłego stulecia zapoczątkowano badania, a kilka lat później wprowadzono odpowiednie regulacje prawne i rozpoczęto produkcję żywności funkcjonalnej na skalę przemysłową. Obecnie w krajach wysoko rozwiniętych żywność funkcjonalna reprezentowana jest przez liczne produkty otrzymywane powszechnie, spełniające zróżnicowane oczekiwania konsumentów, a rynek tej żywności rozwija się szybko. Powstają wyspecjalizowane firmy współpracujące z ośrodkami naukowymi w celu projektowania i wdrażania do produkcji nowych rodzajów żywności funkcjonalnej. Wielkie kompanie branży spożywczej we współpracy z przemysłem farmaceutycznym przygotowują globalne strategie i wprowadzają produkty na rynki światowe. Wartość ogólnosiwiatowego rynku żywności funkcjonalnej liczona jest w setkach miliardów dolarów, a tempo wzrostu rocznie sięga 20% (w zakresie tej dynamiki przoduje Japonia). W Stanach Zjednoczonych Ameryki szacuje się, że prawie połowa żywności kupowana jest z powodów zdrowotnych, a w najbliższej przyszłości żywność funkcjonalna będzie stanowiła połowę całego rynku żywności (ok. 250 mld dolarów). Główne kategorie żywności funkcjonalnej w Europie to nabiał (50% obrotu) i produkty zbożowe (30%), natomiast w USA i Japonii napoje (60%), produkty zbożowe (20%) oraz wyroby cukiernicze (15%)⁴.

W Europie stan prawny żywności funkcjonalnej nie jest jeszcze do końca uregulowany, pomimo że już w 1996 r. Komisja Europejska zaczęła zlecać w krajach Unii podstawowe badania dotyczące tego rodzaju żywności oraz dokonywać wskazań co do kryteriów i kierunków jej wdrażania. Istotną częścią programu było i nadal pozostaje ukierunkowanie i rozwinięcie współpracy między różnymi ośrodkami naukowymi i producentami żywności w krajach członkowskich w celu ustalenia dobrej praktyki produkcyjnej. W ostatnim czasie w Szwecji przedstawiono propozycje modyfikacji unijnego prawa żywnościowego, uwzględniające kategorię żywności funkcjonalnej, uściślające pojęcia i wymagania dla tego typu produktów spożywczych. W prawodawstwie polskim i unijnym pojęcie żywności funkcjonalnej nie zostało dotychczas zdefiniowane. Tylko część żywności funkcjonalnej, którą stanowią środki spożywcze specjalnego przeznaczenia (tzw. PARNUTS), ma już uregulowany unijny status prawny określony w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/39/WE z dnia 6 maja 2009 r. w sprawie środków

⁴ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego (Dz.U. z 2003 r., nr 239, poz. 2050).

spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego⁵, a w prawodawstwie polskim w ustawie o bezpieczeństwie żywności i żywienia. W myśl art. 3 pkt 43 u.b.ż.ś środek spożywczy specjalnego przeznaczenia żywieniowego to środek spożywczy, który ze względu na specjalny skład lub sposób przygotowania wyraźnie różni się od środków spożywczych powszechnie spożywanych i zgodnie z informacją zamieszczoną na opakowaniu jest wprowadzany do obrotu z przeznaczeniem do zaspokajania szczególnych potrzeb żywieniowych:

a) osób, których procesy trawienia i metabolizmu są zachwiane lub osób, które ze względu na specjalny stan fizjologiczny mogą odnieść szczególne korzyści z kontrolowanego spożycia określonych substancji zawartych w żywności – taki środek spożywczy może być określany jako „dietetyczny”;

b) zdrowych niemowląt i małych dzieci w wieku od roku do 3 lat.

Aktem wykonawczym do cytowanej ustawy w zakresie tego rodzaju żywności jest rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 26 kwietnia 2004 r. w sprawie środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego⁶.

Trendy zmian w produkcji żywności funkcjonalnej

Zachodzące bardzo szybko przemiany ekonomiczne, socjalne i kulturowe oraz wzrastające zagrożenie chorobami cywilizacyjnymi, takimi jak: nadciśnienie tętnicze, miażdżyca, zaburzenia układu krążenia prowadzące do zawału serca lub udaru mózgu, cukrzyca, marskość wątroby i nowotwory⁷, spowodowały dynamiczny rozwój nowego rynku żywnościowego, dostosowanego do coraz to większych, zróżnicowanych wymagań i potrzeb współczesnego konsumenta. Niejednokrotnie wpływ na te zmiany mają także zakazy światopoglądowe oraz żywieniowe przyzwyczajenia regionalne. Zachodzące zmiany wpłynęły na styl życia współczesnego człowieka, nie zawsze jednak korzystnie ze zdrowotnego punktu widzenia. Aby zapobiec niebezpiecznym chorobom i niewłaściwym nawykom żywieniowym, poszukuje się skutecznych metod przeciwdziałania. W wielu krajach podjęto na szeroką skalę produkcję żywności opartej na produktach pochodzenia roślinnego.

Wielu autorów podkreśla, że na dynamiczny rozwój rynku żywnościowego istotny wpływ miały takie czynniki, jak⁸:

⁵ Dz.Urz. L 124/21 z 20 maja 2009 r. – dalej jako dyrektywa 2009/39/WE.

⁶ Dz.U. z 2004 r., nr 104, poz. 1094.

⁷ M. Kiedrowski, *Żywność funkcjonalna – charakterystyka, trendy perspektywy*, „Poradnik Medyczny” 2007, nr 127 (3), s. 407–416.

⁸ P. Cygan, W. Waszkiewicz-Robak, F. Świdorski, *Żywność funkcjonalna. Przyszłość, perspektywy, trendy*, „Przemysł Spożywczy” 2003, nr 12, s. 32–36; E. Lange, *Produkty owsiane jako żywność funkcjonalna*. *Żywność*, „Nauka. Technologia. Jakość” 2010, nr 3 (70), s. 7–24; K. Krygier, *Żywność funkcjonalna – żywność XXI wieku*, „Przemysł Spożywczy” 2002, nr 12, s. 32–36.

- wzrost zatrudnienia kobiet;
- zwiększająca się liczba gospodarstw domowych jedno- lub dwuosobowych;
- coraz większy udział w populacji osób w podeszłym wieku;
- większy status zamożności społeczeństwa, szczególnie w krajach uprzemysłowionych, umożliwiający zakup droższej żywności o wyższej jakości;
- warunki gospodarstw domowych sprzyjające nasyceniu sprzętem ułatwiającym przygotowywanie posiłków;
- zwiększający się udział żywności spożywanej poza domem w ramach różnych form żywienia zbiorowego;
- zwiększenie popularności żywności przeznaczonej do podjadania pomiędzy głównymi posiłkami (tzw. przekąski);
- częstsze podróże związane ze zmianą sposobu spędzania wolnego czasu oraz dużą ruchliwością zawodową, sprzyjające poznawaniu potraw pochodzących z innych obszarów kulturowych;
- zwiększenie popytu konsumentów na żywność gotową, produkowaną metodami przemysłowymi, przeznaczoną do bezpośredniego spożycia lub po krótkiej obróbce termicznej.

Oferta przemysłu żywności funkcjonalnej powinna uwzględniać również zwiększającą się świadomość konsumentów, że jakość życia i stan zdrowia zależą m.in. od sposobu odżywiania i czystości środowiska. Obserwowane niekorzystne zmiany stylu życia przy jednoczesnym wzroście świadomości zdrowotnej konsumentów oraz dążenie do utrzymania dobrego stanu zdrowia, w tym np. spowolnienia procesów starzenia przyczyniły się do zwiększenia popytu na produkty o specjalnie zaprojektowanym składzie, wykazujące korzystne, udokumentowane oddziaływanie zdrowotne, a jednocześnie charakteryzujące się wysoką jakością sensoryczną i wygodą w stosowaniu. Produkty tego rodzaju są (i powinny być) cennym uzupełnieniem zrównoważonej i urozmaiconej diety w odżywianiu się ludzi.

Żywność funkcjonalna to produkty spożywcze specjalnie zaprojektowane o nabytym i udowodnionym korzystnym oddziaływaniu na organizm człowieka, a w konsekwencji na jego zdrowie. Produktom tym przypisuje się rolę wspomagającą organizm w utrzymywaniu dobrej kondycji fizycznej, psychicznej oraz pomocniczą w zapobieganiu, a nawet leczeniu niektórych schorzeń, ponad efekt wynikający z naturalnej wartości odżywczej⁹. Ulepszona jakość zdrowotna żywności funkcjonalnej wynika głównie z obecności w jej składzie substancji bioaktywnych, stymulujących pożądany przebieg procesów metabolicznych, a także z optymalnej proporcji fizjologicznie odpowiednio dobranych, często synergistycznie oddziałujących składników odżywczych. Bioaktywne składniki żywności funkcjonalnej, które korzystnie wpływają na zdrowie, to przede wszystkim błonnik pokarmowy, oligosachary-

⁹ E. Lange, op. cit., s. 7–24.

dy, polifenole, białka, aminokwasy, peptydy, nienasycone kwasy tłuszczowe, glikozydy, witaminy (szczególnie C i E), koenzym Q, flawonoidy, antocyjany, substancje mające charakter antyoksydantów, składniki mineralne, cholina, lecytyna, L-karnityna, bakterie fermentacji mlekowej, substancje fitochemiczne, probiotyki itp. Najbogatszym źródłem tych składników są rośliny kapustne, strączkowe, oleiste, warzywa i owoce. Ich znaczenie zdrowotne polega nie tylko na właściwościach przeciwutleniających, ale także uczestniczeniu w wielu procesach metabolicznych wzmacniających układ immunologiczny¹⁰.

Na podstawie najnowszych, światowych badań i doświadczeń naukowych wdrożono do produkcji kilkaset rodzajów żywności zaliczanej do żywności funkcjonalnej i dietetycznych środków spożywczych. W technologii tego typu ważną rolę odgrywają również substancje dodatkowe, które wpływają na teksturę, jakość sensoryczną oraz przedłużają trwałość. Substancje wzbogacające i bioaktywne składniki wykorzystywane głównie w produkcji żywności funkcjonalnej, minimalnie przetworzonej, produkowane są według najnowszych metod i systemów z zastosowaniem technologii kombinowanych i wykorzystaniem termoodpornych opakowań¹¹. Jednakże dużą grupę żywności funkcjonalnej stanowią półprodukty i potrawy gotowe, utrwalane metodą obróbki termicznej w niskich lub wysokich temperaturach, w czasie suszenia lub poprzez zastosowaniu ekstruzji¹² i ekspandowania¹³. Wiele kontrowersji budzi natomiast stosowanie tłuszczów smażalniczych w żywności wygodnej, a zwłaszcza w żywności typu *fast food*.

Należy odróżniać termin „żywność funkcjonalna” od stosowanego dość często w literaturze polskiej pojęcia „dodatki funkcjonalne” określającego zarówno substancje, jak i składniki dodatkowe wpływające na poprawę cech technologicznych i trwałości produktu. W dokumencie końcowym FUFOSSE z 1999 r. przyjęto, iż żywność może być uznana za funkcjonalną, jeśli udowodniono jej korzystny wpływ na jedną lub więcej funkcji organizmu ponad

¹⁰ H. Gertig, *Żywność, a zdrowie*, PZWL, Warszawa 1990; E. Lampart-Szczapa, *Nasiona roślin strączkowych w żywieniu człowieka. Wartość biologiczna i technologiczna*, „Zeszyty Problemowe Postępów Nauk Rolniczych” 1997, nr 446, s. 61–81; A. Rutkowski, S. Gwiazda, K. Dąbrowski, *Substancje dodatkowe i składniki funkcjonalne żywności*, „Agro and Food Technology”, Czeladź 1997; M. Wiśniewska, E. Malinowska, *Zarządzanie jakością żywności. Systemy, koncepcje, instrumenty*, Difin, Warszawa 2011.

¹¹ D. Górecka, *Nowe kierunki produkcji żywności funkcjonalnej i instrumenty jej promocji*, „Przemysł Spożywczy” 2007, nr 6, s. 20–25.

¹² Przetwarzanie surowców i materiałów pochodzenia biologicznego na cele spożywcze lub paszowe, polegające na ich przetłaczaniu przez ekstrudery pod wysokim ciśnieniem i w wysokiej temperaturze (140–180°C) do komory schładzającej. Ekstruzja poprawia strawność składników pokarmowych.

¹³ Procesy ekspandowania żywności polegają na uwolnieniu lub ekspansji gazu wewnątrz produktu, dzięki różnicy ciśnień: wewnętrznego i zewnętrznego. Umożliwia to stworzenie wewnętrznej struktury bądź też rozszerzenie lub rozerwanie istniejącej struktur.

efekt odżywczy polegający na poprawie stanu zdrowia, samopoczucia, zmniejszenia ryzyka chorób, powrotu do zdrowia po przebytych ciężkich chorobach. Spełniając w ten sposób oczekiwania konsumentów o szczególnie wysokiej świadomości zdrowotnej, specjalne produkty spożywcze o korzystnym działaniu zdrowotnym, zawierające substancje odżywcze lub nieodżywcze, a także żywność, z której usunięto składniki zdrowotnie niepożądane, powinny być spożywane jako część codziennej diety i wpływać na jedną lub więcej funkcji organizmu w sposób pożądaný i zamierzony.

Żywność funkcjonalna może być zarówno żywnością konwencjonalną, jak i modyfikowaną technologicznie, natomiast surowce do jej produkcji często są otrzymywane ze specjalnych hodowli lub upraw prowadzonych w specyficznych warunkach środowiska, z udziałem wyselekcjonowanych odmian i ras, niejednokrotnie modyfikowanych biotechnologicznie, w tym również genetycznie. Działania te prowadzą do uzyskania optymalnej zawartości w surowcu składników pożądaných lub znacznego zredukowania zawartości składników niepożądanych. Żywność funkcjonalną modyfikowaną technologicznie otrzymuje się zazwyczaj w wyniku wzbogacania w poszczególne substancje bioaktywne lub całe ich kompozycje odpowiednio zestawiane w składniki recepturowe, po wyeliminowaniu lub zastosowaniu zamienników związków niepożądanych (tłuszczu, cholesterolu, soli, cukru, sodu), zwiększeniu biodostępności składników odżywczych przez wprowadzenie substancji o działaniu synergistycznym lub eliminującym substancje antyodżywcze¹⁴.

Działanie żywności funkcjonalnej polega na poprawie stanu zdrowia oraz samopoczucia i/lub zmniejszenia ryzyka wystąpienia chorób. Tego typu żywność musi przypominać tradycyjną i wykazywać korzystne oddziaływanie w ilościach, które – jak się oczekuje – będą normalnie spożywane z dietą¹⁵. Nośnikami substancji bioaktywných są zwykle grupy produktów spożywczych często kupowane i zazwyczaj regularnie konsumowane (przetwory mleczne, zbożowe, napoje owocowe, jogurty). Zapewnia to systematyczne przyjmowanie określonych ilości substancji bioaktywných. W tym zakresie wyróżnia się następujące podstawowe kierunki oddziaływania żywności funkcjonalnej, mające wpływ na poprawę psychofizycznego komfortu życia konsumentów¹⁶:

- hamowanie zmian degeneracyjnych ustroju,
- działanie lecznicze w przebiegu niektórych schorzeń,

¹⁴ I. Nadolna, H. Kunachowicz, U. Rutkowska *Wzbogacanie żywności – aktualne propozycje krajowe*, „Żywność, Żywnienie a Zdrowie” 1997, nr 1, s. 31–36.

¹⁵ T. Kubiński, *Żywność funkcjonalna*, „Życie Weterynaryjne” 2010, nr 85(11), s. 932–935; M. Wiśniewska, E. Malinowska, op. cit.

¹⁶ K. Szoltysek, S. Dziuba, *Właściwości funkcjonalne żywności ekologicznej*, „Journal of Research and Application in Agricultural Engineering” 2006, nr 51 (22), s. 186–181; E. Lange, op. cit., s. 7–24.

- zwiększanie podaży składników odżywczych w stanach fizjologicznych zwiększonego zapotrzebowania (intensywny wzrost, ciąża, okresy rekonwalescencji, sport),
- komponowanie prawidłowej diety w specyficznych stanach chorobowych (w alergiach, nietolerancji pokarmowej, cukrzycy),
- poprawa nastroju i zwiększenie wydolności psychofizycznej organizmu.

Znaczna część funkcjonalnych produktów spożywczych ma działanie wielokierunkowe i może być zaliczana jednocześnie do wielu z wymienionych grup.

Regulacje prawne UE i Polski w zakresie produkcji żywności funkcjonalnej

W literaturze przedmiotu dużo uwagi poświęca się aspektom prawnym w zakresie bezpieczeństwa produkcji żywności, w tym żywności funkcjonalnej. Ogólne zasady produkcji żywności na poziomie unijnym zostały sformułowane w rozporządzeniu WE nr 178/2002 obejmującym przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne regulujące sprawy żywności w ogólności, a ich bezpieczeństwo w szczególności, zarówno na poziomie Wspólnoty, jak i krajowym. Rozporządzenie jest wyrazem globalnego i zintegrowanego podejścia w regulacji całego łańcucha produkcji i dystrybucji żywności (*food supply chain*), który bierze swój początek w produkcji rolnej, a kończy się na dostarczeniu gotowego produktu konsumentowi („od pola do stołu”). Swoim zakresem obejmuje wszystkie etapy produkcji, przetwarzania, dystrybucji żywności oraz pasz produkowanych dla zwierząt hodowlanych. Określa ono więc obowiązki i zakres odpowiedzialności każdego podmiotu będącego uczestnikiem tego łańcucha: producentów pasz, rolników, hodowców, producentów żywności, przetwórców, dystrybutorów i innych podmiotów działających na rynku spożywczym i pasz. Definiuje zadania stojące przed instytucjami publicznymi państw członkowskich UE, a także państw trzecich, ustanawia procedury przeciwdziałania kryzysom i procedury zarządzania kryzysowego oraz powołuje Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności (*European Food Safety Authority – EFSA*)¹⁷. Prawo żywnościowe ma realizować ogólne cele dotyczące wysokiego poziomu ochrony zdrowia i życia ludzi oraz interesów konsumentów, z uwzględnieniem uczciwych praktyk w handlu żywnością, biorąc pod uwagę, tam gdzie jest to właściwe, ochronę zdrowia i warunków życia zwierząt, zdrowia roślin i środowiska naturalnego (art. 7).

Istotnym instrumentem służącym temu celowi jest analiza ryzyka (*risk analysis*) zdefiniowanego jako „proces składający się z trzech powiązanych

¹⁷ A. Szymecka-Wesołowska (red.), *Bezpieczeństwo żywności i żywienia. Komentarz*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 26–28.

elementów: oceny ryzyka, zarządzania ryzykiem i informowania o ryzyku” (art. 3 pkt 10). Analiza ryzyka wskazuje w istocie na sposób tworzenia norm i standardów prawa żywnościowego, polegający na uwzględnianiu nauki (ocena ryzyka) w procesie tworzenia środków prawnych w dziedzinie żywności (zarządzanie ryzykiem) i przekazywaniu informacji w tym zakresie m.in. opinii publicznej i zainteresowanym podmiotom (informowanie o ryzyku). Stanowi ona jedną z zasad ogólnych prawa żywnościowego. Zasadę analizy ryzyka konkretyzuje art. 6 ust. 1 rozporządzenia, zgodnie z którym: „W celu osiągnięcia ogólnego celu, jakim jest wysoki poziom ochrony zdrowia i życia ludzkiego, prawo żywnościowe powinno opierać się na analizie ryzyka, z wyjątkiem sytuacji, w której nie jest to właściwe ze względu na okoliczności lub charakter środka”. Co do zasady, tworzenie norm prawa żywnościowego, mających na celu ochronę życia i zdrowia, powinno opierać się na przeprowadzeniu rozbudowanego procesu analizy ryzyka, w tym na analizie badań naukowych. Proceduralne wytyczne zostały opracowane na poziomie międzynarodowym w pracach ekspertów ONZ *Food and Agricultural Organisation* (FAO) oraz *World Health Organisation* (WHO)¹⁸. Innym równie ważnym instrumentem w zakresie bezpieczeństwa żywności jest monitorowanie jakości żywności poprzez kontrolę przemieszczania się żywności, paszy, zwierzęcia hodowlanego lub substancji przeznaczonej do dodania lub która może być dodana do żywności lub paszy na wszystkich etapach produkcji, przetwarzania i dystrybucji (art. 3 pkt 15).

Rozporządzenie WE nr 178/2002 określa również ogólne wymogi w zakresie bezpieczeństwa żywności, według których żaden niebezpieczny środek spożywczy nie może być wprowadzany na rynek. Należy tutaj zaznaczyć, iż środek spożywczy jest uznawany za niebezpieczny, jeżeli jest szkodliwy dla zdrowia oraz nie nadaje się do spożycia przez ludzi. Podczas podejmowania decyzji, że dany środek spożywczy jest niebezpieczny, należy mieć na względzie:

a) zwykłe warunki korzystania z żywności przez konsumenta oraz wykorzystywania jej na każdym etapie produkcji, przetwarzania i dystrybucji;

b) informacje przeznaczone dla konsumenta, z uwzględnieniem informacji na etykiecie oraz inne informacje zwykle dostępne dla konsumenta dotyczące unikania konkretnych negatywnych skutków dla zdrowia związanych z daną żywnością lub rodzajem żywności.

Ponadto podczas podejmowania decyzji o tym, że środek spożywczy jest szkodliwy dla zdrowia, trzeba wziąć pod uwagę nie tylko prawdopodobne natychmiastowe i/lub krótkotrwałe i/lub długofalowe skutki tej żywności dla zdrowia spożywającej jej osoby, ale także dla następnych pokoleń, ewentualne skutki skumulowania toksyczności oraz szczególną wrażliwość zdrowotną

¹⁸ Ibidem, s. 108–109.

określonej kategorii konsumentów, jeżeli środek spożywczy jest przeznaczony dla tej kategorii konsumentów (art. 14).

W prawodawstwie polskim ogólne zasady produkcji i bezpieczeństwa żywności zostały określone w ustawie o bezpieczeństwie żywności i żywienia, która bezpieczeństwo żywności definiuje jako ogół warunków, jakie muszą być spełnione, a dotyczących w szczególności:

- a) stosowanych substancji dodatkowych i aromatów,
- b) poziomów substancji zanieczyszczających,
- c) pozostałości pestycydów,
- d) warunków napromieniania żywności,
- e) cech organoleptycznych i działań, które muszą być podejmowane na wszystkich etapach produkcji lub obrotu żywnością – w celu zapewnienia zdrowia i życia człowieka (art. 3 pkt 5).

Żywność produkowana i wprowadzana do obrotu na terenie Polski musi spełniać odpowiednie wymagania zdrowotne określone w ww. przepisach cytowanej ustawy wdrażających dyrektywy UE i wymagania rozporządzeń UE dotyczących bezpieczeństwa żywności. W przypadku uzasadnionego podejrzenia, że środek spożywczy może zagrażać zdrowiu lub życiu człowieka, właściwy organ urzędowej kontroli żywności żąda przedstawienia przez podmiot działający na rynku spożywczym w wyznaczonym terminie informacji potwierdzających spełnianie równoważnych wymagań zdrowotnych, w tym dokumentów wydanych przez właściwe władze państwa pochodzenia (art. 6). Ponadto środki spożywcze niespełniające wymagań zdrowotnych nie mogą być stosowane do produkcji innych środków spożywczych. Środki spożywcze zawierające zanieczyszczenia lub inne substancje w ilościach szkodliwych dla zdrowia mogą być wykorzystane do produkcji środków spożywczych oraz wprowadzane do obrotu, ale dopiero po obniżeniu poziomu zanieczyszczeń lub substancji do dopuszczalnych poziomów lub po ich usunięciu, pod warunkiem że:

a) uzyskanie dopuszczalnego poziomu nie będzie wynikiem mieszania tych środków spożywczych ze środkami spożywczymi spełniającymi wymagania zdrowotne;

b) właściwy organ urzędowej kontroli żywności stwierdzi, w drodze decyzji, ich przydatność do spożycia lub do produkcji innych środków spożywczych (art. 6a).

Jeżeli na podstawie nowych informacji lub po dokonaniu ponownej oceny dotychczasowych informacji zaistnieją dostateczne podstawy do stwierdzenia, że środek spożywczy może zagrażać zdrowiu lub życiu człowieka, pomimo spełniania wymagań zdrowotnych określonych w przepisach niniejszego działu wdrażających dyrektywy UE lub w rozporządzeniach UE dotyczących bezpieczeństwa żywności, to obrót takim środkiem spożywczym może być zawieszony lub ograniczony albo mogą zostać ustanowione szczególne wymagania dla tego środka spożywczego (art. 7 ust. 1).

W celu zapewnienia tych wymogów stosowane są oświadczenia zdrowotne i żywnościowe zdefiniowane (art. 3 pkt 20a i 21 u.b.ż.ż.) w rozporządzeniu (WE) nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności¹⁹. Zgodnie z art. 52 u.b.ż.ż., środki spożywcze mogą być znakowane oświadczeniami żywieniowymi i zdrowotnymi, pod warunkiem spełniania wymagań określonych w rozporządzeniu nr 1924/2006. Główny Inspektor Sanitarny jest właściwym organem krajowym – w rozumieniu art. 13 ust. 5, art. 14, art. 15 ust. 2 oraz art. 16–19 rozporządzenia nr 1924/2006 – w zakresie odnoszącym się do przyjmowania i przekazywania do Europejskiego Urzędu ds. Bezpieczeństwa Żywności (EFSA) wniosków podmiotów działających na rynku spożywczym w celu udzielenia zezwolenia na wpisanie oświadczenia o zmniejszeniu ryzyka choroby lub oświadczenia odnoszącego się do rozwoju i zdrowia dzieci lub oświadczenia zawierającego wniosek o ochronę zastrzeżonych danych do wspólnotowego rejestru oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności (art. 52b).

Ponadto w Polsce funkcjonują dwa systemy dotyczące bezpieczeństwa żywności (art. 3 pkt 41 i 42 u.b.ż.ż.):

a) system analizy zagrożeń i krytycznych punktów kontroli (*Hazard Analysis and Critical Control Points* – HACCP).

b) system wczesnego ostrzegania o niebezpiecznej żywności i paszach (*Rapid Alert System for Food and Feed* – RASFF).

System HACCP jest szczególnie ważny nie tylko w samym procesie produkcji, ale także w aspekcie prawnym dotyczącym kontroli jakości. Odnosi się on bowiem do postępowania mającego na celu zapewnienie bezpieczeństwa żywności przez identyfikację i oszacowanie skali zagrożeń z punktu widzenia wymagań zdrowotnych żywności oraz ryzyka wystąpienia zagrożeń podczas przebiegu wszystkich etapów produkcji i obrotu żywnością, jak również określa metody eliminacji lub ograniczania zagrożeń oraz ustala działania korygujące²⁰. Natomiast system RASFF dotyczy postępowania organów urzędowych uprawnionych do kontroli żywności i innych podmiotów realizujących zadania z zakresu bezpieczeństwa żywności, zgodnie z zasadami określonymi w art. 50–52 rozporządzenia nr 178/2002.

Jak już uprzednio wspomniano, jedną z grup żywności funkcjonalnej stanowią środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego. Ogólne zasady bezpieczeństwa produkcji tego rodzaju żywności zostały określone

¹⁹ Dz.Urz. UE L 12 z 18 stycznia 2007 r. – dalej jako rozporządzenie nr 1924/2006; zobacz także: M. Korzycka-Iwanow, *Prawo żywnościowe*, LexisNexis, Warszawa 2005.

²⁰ Zobacz także: M. Wiśniewska, *Procedury i instrukcje zakładowego systemu HACCP z formularzami do zapisu*, ODDK Wydawnictwo dla Biznesu, Gdańsk 2004; M. Korzycka-Iwanow, *Kilka uwag o ryzyku rozwoju w regulacjach żywności zmodyfikowanej genetycznie (GMO), nowej żywności i suplementu diety*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 3, s. 3–19.

w dyrektywie 2009/39/WE. Środki spożywcze objęte niniejszą dyrektywą są środkami spożywczymi, których skład i przygotowanie musi być opracowane w specjalny sposób, aby zaspokoić szczególne wymagania żywieniowe osób, dla których produkty te są głównie przeznaczone. Dlatego może być niezbędne ustanowienie odstępstw od ogólnych lub szczególnych przepisów mających zastosowanie do środków spożywczych. Środkami spożywczymi specjalnego przeznaczenia żywieniowego są środki spożywcze, które dzięki specjalnemu składowi lub procesowi wytwórczemu wyraźnie odróżniają się od środków spożywczych przeznaczonych do normalnego spożycia, odpowiadają deklarowanemu celom żywieniowym i są sprzedawane w sposób wskazujący na ich właściwość. Środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego spełniają szczególne wymagania żywieniowe:

a) niektórych kategorii osób cierpiących na zaburzenia procesów trawiennych lub metabolizmu;

b) niektórych kategorii osób, które odznaczają się specjalnymi warunkami fizjologicznymi i w związku z tym są w stanie odnieść szczególną korzyść dzięki kontrolowanemu spożyciu niektórych substancji zawartych w środkach spożywczych;

c) zdrowych niemowląt lub małych dzieci.

Produkty objęte art. 1 ust. 3 lit. a oraz lit. b można określić jako „dietyczne” lub „do stosowania w diecie”.

W prawodawstwie polskim, zgodnie z art. 24 u.b.ż.ż., środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego muszą spełniać wymagania określone dla środków spożywczych powszechnie spożywanych oraz szczególne wymagania w zakresie składu oraz sposobu produkcji, zapewniające, że środki te będą zaspokajały specjalne potrzeby żywieniowe konsumentów finalnych zgodnie ze swoim przeznaczeniem. Szczegółowe wymagania, jakie powinny spełniać poszczególne grupy środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego, określa rozporządzenie w sprawie środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego.

Ustawodawca w art. 7 u.b.ż.ż. sformułował szczególne zasady bezpieczeństwa w odniesieniu do obrotu takimi środkami spożywczymi. Jeżeli istnieją dostateczne podstawy do stwierdzenia, że środek spożywczy specjalnego przeznaczenia żywieniowego, znajdujący się w obrocie w państwach członkowskich Unii Europejskiej, dla którego nie określono szczegółowych wymagań zdrowotnych, nie jest odpowiedni do zaspokajania szczególnych potrzeb żywieniowych zgodnie z jego przeznaczeniem lub zagraża zdrowiu lub życiu człowieka, to obrót takim środkiem spożywczym może być zawieszony lub ograniczony albo mogą zostać ustanowione szczególne wymagania dla takiego środka spożywczego. W przypadku środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego albo suplementu diety, produktu, który nie spełnia wymagań określonych dla tych środków spożywczych, właściwy pań-

stwowy powiatowy inspektor sanitarny, w drodze decyzji, zakazuje wprowadzania do obrotu lub nakazuje wycofanie z obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 8 u.b.ż.ż.).

Podsumowanie

Reasumując należy nadmienić, że żywności funkcjonalnej nie można traktować jako panaceum na wszystkie choroby, bowiem jej główną rolą jest wspomaganie układu immunologicznego organizmu w utrzymaniu dobrej kondycji fizycznej, psychicznej i profilaktyce. Żywność funkcjonalna powinna stanowić uzupełnienie zrównoważonej, urozmaiconej, bogatej w składniki codziennej diety. Patrząc optymistycznie w przyszłość, należy mieć nadzieję, że będzie wzrastało spożycie produktów będących komponentami żywności funkcjonalnej, co przyczyni się do poprawy zdrowia społeczeństwa. Należy przy tym zauważyć, że jednym z głównych aspektów w produkcji żywności są zasady bezpieczeństwa określone w omawianych aktach prawnych UE i Polski. W produkcji szczególną uwagę zwraca się również na przestrzeganie standardów jakości produktów odżywczych biorących udział w procesie przetwarzania.

Summary

The state and trends in the range of the production and using functional food in the legal context

Key words: the safety and quality of food, functional food, procedures in the safety of the food, the law regulations concerning the food.

Functional food means food products especially designed, with the obtained and proven beneficial influence on the human body and health. A supporting role in keeping the good physical and psychological condition of the organism is assigned to these products, also supportive one in preventing and curing some diseases above the effect resulted from the natural sustenance. The improved health quality is mainly the effect of the presence of the composed bioactive substances, stimulating the desirable course of metabolic processes, as well as from the optimum proportion of physiologically properly selected, often of a synergistic effect, nutrients.

Social, cultural and economic transformations which occur very quickly and the growing threat of the society with the civilization diseases, such as: arterial hypertension, atherosclerosis, disorders of the cardiovascular system causing heart attack or cerebral stroke, diabetes, cirrhosis and cancers, caused the dynamic development of the food market, adapted from more and more diversified requirements and needs.

The offer of the functional food industry should also consider the increasing of the consumer's awareness that the quality of life and health depends, among others, on the way of feeding and the cleanness of the environment. At present, functional food is represented by numerous products received universally, fulfilling the diversified consumer's expectation and the market of functional food is developing more quickly, than the other food market. In the process of manufacturing preserve the safety is an important factor. That is why the decree No. 178 / 2002 of the EC was implemented. It describes the system of functioning the food law, bonded together with general rules, such as the principle of the risk analysis, carefulnesses, the protection of the consumers' interests and transparency, aiming to achieve the basic aim, which is a high level of people's health and lives protection and the protection of the consumers' interests, including the efficient functioning of the internal market of the UE.

Paweł Lewandowski

Katedra Prawa Gospodarczego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Podmioty legitymowane czynnie do udzielenia prokury

1. Uwagi ogólne

Specjalizacja obrotu gospodarczego oraz liczne rygory nakładane na profesjonalnych jego uczestników sprawiają, iż coraz częściej korzystają oni z pełnomocników działających w ich imieniu i na ich rzecz. Pełnomocnik nie jest elementem struktury organizacyjnej mocodawcy, lecz pozostaje na zewnątrz, będąc „osobą trzecią”. Źródło umocowania dla tych podmiotów wynikać może zarówno z ustawy, jak i z oświadczenia mocodawcy. Kodeks cywilny¹ rozróżnia trzy kategorie pełnomocnictwa w zależności od jego zakresu, a mianowicie pełnomocnictwo ogólne, szczególne i rodzajowe. Ustawą z dnia 14 lutego 2003 r.² do kodeksu cywilnego wprowadzony został specjalny rodzaj pełnomocnictwa, tzw. prokura. Charakteryzuje się ona licznymi odmiennościami, szczególnie w zakresie umocowania i w kwestiach podmiotowych leżących po stronie podmiotów uprawnionych do jej udzielania oraz osób mogących tę funkcję pełnić.

Niniejsze rozważania mają na celu przybliżenie zagadnienia podmiotów legitymowanych czynnie do udzielenia prokury. Przyjmując za rozstrzygający w tej materii przepis art. 109¹ § 1 k.c., w pracy wskazano na definicję przedsiębiorcy, ze szczególnym uwzględnieniem kręgu podmiotów podlegających obowiązkowemu wpisowi do rejestru przedsiębiorców. Zwrócono uwagę na elementy decydujące o przysługującym lub nie uprawnieniu do udzielenia prokury (wykonywanie działalności gospodarczej i/lub zawodowej we wła-

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.) – dalej: k.c.

² Ustawa z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 49, poz. 408).

snym imieniu, moment wpisu do rejestru). Ponadto analizie poddano kwestię braku legitymacji czynnej do udzielenia prokury po stronie osób fizycznych będących przedsiębiorcami.

2. Przedsiębiorca jako podmiot udzielający prokury

Definicję legalną prokury zawiera przepis art. 109¹ § 1 k.c., zgodnie z którym jest ona pełnomocnictwem udzielanym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców. Obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

Zatem prokura jest pełnomocnictwem, które może być udzielone przez wąską grupę podmiotów. Może jej udzielić jedynie przedsiębiorca prowadzący przedsiębiorstwo. Sformułowanie to użyte zostało w znaczeniu funkcjonalnym, tzn. jako synonim prowadzenia działalności gospodarczej³. Zaaprobowanie wskazanej definicji uzasadnione jest charakterystycznym dla prokury upoważnieniem do dokonywania czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa⁴. Niezasadne zatem byłoby jej udzielenie przez podmiot, który nie wykonuje działalności gospodarczej, z uwagi na brak ustawowej przesłanki oraz substratu przedmiotowego, którym prokurent mógłby się zajmować.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia kręgu podmiotów uprawnionych do udzielenia prokury ma definicja przedsiębiorcy. Pojęcie to nie jest jednoznaczne z uwagi na mnogość definicji legalnych terminu „przedsiębiorca” w polskim porządku prawnym⁵, często tworzonych na potrzeby konkretnego aktu prawnego. Wydaje się jednak, iż decydujące znaczenie dla niniejszych rozważań mają tożsame pojęcia wskazane w kodeksie cywilnym oraz ustawie o swobodzie działalności gospodarczej⁶. Zgodnie z ww. aktami prawnymi, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną (art. 33¹ § 1 k.c.) wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą i/lub zawodową, tzn. wykonująca działalność w sposób za-

³ S. Rudnicki, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza*, Warszawa 2009, s. 475.

⁴ J. Szwaia, *Pojęcie przedsiębiorcy a instytucja prokury (Przedsiębiorca jako podmiot udzielający prokury)*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, Poznań 2005, s. 290.

⁵ Definicje przedsiębiorcy z różnych aktów prawnych polskiego porządku prawnego przedstawia M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim oraz prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2012, s. 286–296.

⁶ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 220, poz. 1447 z późn. zm.) – dalej: u.s.d.g.

wodowy, ciągły i zorganizowany (art. 2 u.s.d.g.), uczestnicząc w obrocie gospodarczym⁷.

Niezbędnym dopełnieniem przyjętej definicji przedsiębiorcy jako podmiotu legitymowanego czynnie do udzielenia prokury jest przepis art. 109¹ § 1 k.c., wskazujący na przymiot podlegania obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców. W związku z tym koniecznym jest przede wszystkim odwołanie się do przepisu art. 36 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym⁸. Komentarza wymaga nadto przepis art. 14 u.s.d.g., zgodnie z którym przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi podlegają wpisowi do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

3. Legitymacja czynna do udzielenia prokury

3.1. Znaczenie wpisu do rejestru przedsiębiorców KRS

Przepis art. 36 u.k.r.s. w sposób enumeratywny wylicza podmioty podlegające obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców KRS. Ogólnie wskazać można, iż są to podmioty „instytucjonalne”, utworzone i działające na podstawie przepisów prawa. Przepis ten wyłącznie w oparciu o kryterium podmiotowe tworzy definicję przedsiębiorcy na potrzeby u.k.r.s. Sam wpis w rejestrze decyduje o nabyciu statusu przedsiębiorcy. Nie jest konieczne spełnianie dodatkowych przesłanek. Rozwiązanie to nie jest kompatybilne z definicją przedsiębiorcy zawartą w k.c. i u.s.d.g., które opierają się na kryterium funkcjonalnym. Zatem nie wszystkie podmioty spośród wymienionych w przepisie art. 36 u.k.r.s. są przedsiębiorcami według k.c. i u.s.d.g.⁹ Najbardziej wymownym przykładem są handlowe spółki kapitałowe (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna), które mogą być związane w każdym celu prawnie dozwolonym, niekoniecznie gospodarczym¹⁰. Kolejnym, równie znaczącym przykładem, mogą być oddziały przedsiębiorców zagranicznych działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, które chociaż podlegają obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, nie mogą być uznawane za przedsiębiorców¹¹ ze względu na brak przepisu prawa nadającego im podmiotowość prawną¹².

⁷ Por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 11 maja 2005 r., sygn. III CZP 11/05.

⁸ Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., nr 168, poz. 1186 z późn. zm.) – dalej: u.k.r.s.

⁹ M. Tarska, *Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym – Komentarz*, Warszawa 2009, s. 337–338.

¹⁰ A. Kidyba jako przykładowe cele wskazuje m.in. naukowe, kulturalne, charytatywne, polityczne, religijne, socjalne. Zob. A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 7-13; idem, *Prawo handlowe*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 437.

¹¹ T. Szanciło, *Formy prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce przez podmioty zagraniczne*, Warszawa 2006, s. 232.

¹² J. Szwaja, I. Mika, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 1: *Prawo handlowe – część ogólna*, (red. S. Włodyka), Warszawa 2009, s. 894.

3.2. Przedsiębiorcy *not for profit*

Podkreślenia wymaga stwierdzenie, że dla możliwości przyznania uprawnienia do udzielania prokury konieczne jest posiadanie statusu przedsiębiorcy w znaczeniu k.c. lub u.s.d.g., a zatem wykonywanie działalności gospodarczej i/lub zawodowej we własnym imieniu. Nie jest konieczne, by działalność ta była podstawową aktywnością podmiotu rejestrowego.

Należy zauważyć, że prokury mogą udzielać przedsiębiorcy *not for profit*, m.in. stowarzyszenia i fundacje. Co do zasady podmioty te podlegają obowiązkowi wpisu do drugiego z rejestrów KRS, tj. rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Podstawowym ich celem nie jest prowadzenie działalności gospodarczej¹³, mogą jednak ją wykonywać, przy czym winna ona mieć jedynie charakter akcesoryjny, a dochody z niej nie mogą być dzielone pomiędzy członków¹⁴. W odniesieniu do fundacji działalność ta ma charakter służebny wobec celów statutowych i powinna jedynie zapewnić pozyskiwanie środków finansowych na jej prowadzenie¹⁵. Podejmując działalność gospodarczą, w myśl przepisu art. 50 u.k.r.s., podlegają one obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców i stają się podmiotami, do których zastosowanie znajduje u.s.d.g.¹⁶

W doktrynie brakuje zgodności co do statusu Europejskiego Zgrupowania Interesów Gospodarczych (EZIG). Pomimo wpisu do rejestru przedsiębiorców, podmiot ten co do zasady nie może być uznany za przedsiębiorcę według k.c. lub u.s.d.g., ponieważ jego celem jest jedynie ułatwianie lub rozwój działalności gospodarczej jego członków. Ponadto EZIG nie jest nastawiony na osiągnięcie zysków dla siebie¹⁷. Z kolei zdaniem Krzysztofa Oplustila EZIG może być przedsiębiorcą według k.c. lub u.s.d.g., jeżeli spełnia wskazane w tych aktach przesłanki, tzn. we własnym imieniu podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą i/lub zawodową¹⁸. Jednak z uwagi na pomocniczy

¹³ Zgodnie z Preambułą do ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., nr 79, poz. 855 z późn. zm.), stowarzyszenia mają zapewnić obywatelom czynny udział w życiu publicznym oraz możliwość wyrażania poglądów i realizacji zainteresowań. Natomiast cel fundacji, zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach, musi być społecznie bądź gospodarczo użyteczny.

¹⁴ Uchwała SN (7) z dnia 27 lutego 1990 r., sygn. III PZP 59/89. Ponadto WSA we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 października 2009 r. (sygn. III SA/Wr 333/09) uznał słusznie, iż gospodarczego celu działalności stowarzyszenia nie niweczy przeznaczenie dochodu na działalność statutową.

¹⁵ M. Modrzejewska, [w:] J. Okolski, M. Modrzejewska (red.), *Prawo handlowe*, Warszawa 2012, s. 387; por. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 26 kwietnia 2006 r., sygn. I SA/Bk 68/06.

¹⁶ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 27 maja 2009 r., sygn. II FSK 163/08; A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, s. 784.

¹⁷ Art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rady (EWG) nr 2137/85 w sprawie europejskiego zgrupowania interesów gospodarczych (Dz.Urz. WE L nr 199).

¹⁸ K. Oplustil, *Europejskie Zgrupowanie Interesów Gospodarczych i Spółka Europejska*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo spółek handlowych*, t. 2B, Warszawa 2007, s. 778.

charakter tejże działalności przesłanki te nie muszą być zawsze spełnione. Wydaje się, iż sytuacja taka będzie okazjonalna, gdyż EZIG koncentruje się na działalności gospodarczej jego członków¹⁹, którzy sami będą posiadali ten status.

Do kategorii przedsiębiorców *not for profit* zaliczyć należy instytuty badawcze²⁰, których celem podstawowym jest prowadzenie badań naukowych oraz ich wdrażanie i stosowanie w praktyce. Podmioty te nie są powoływane do prowadzenia działalności gospodarczej, mogą ją wykonywać jedynie akcesoryjnie, na zasadach wyjątku²¹. Możliwe, by oprócz podstawowych celów świadczyły również inną działalność, która ma być wyodrębniona pod względem finansowym i rachunkowym od działalności podstawowej. Nie są one, podobnie jak stowarzyszenia czy fundacje, rejestrowane w drugim rejestrze KRS, lecz pomimo braku celu gospodarczego jako głównego celu istnienia, wpisywane są do rejestru przedsiębiorców.

3.3. Spółki kapitałowe w organizacji

Momentem początkowym posiadania legitymacji czynnej do udzielenia prokury jest data rejestracji w rejestrze przedsiębiorców²². Pogląd taki wyklucza z kręgu podmiotów czynnie legitymowanych spółki kapitałowe w organizacji²³, bowiem ze względu na czasowy z założenia okres ich istnienia nie podlegają one obowiązkowi wpisu do rejestru. Odmienny pogląd prezentuje Jerzy Strzebińczyk, który twierdzi, iż skoro spółki kapitałowe w organizacji mogą wykonywać działalność gospodarczą przed uzyskaniem wpisu, to również na tym etapie mogą udzielać prokury²⁴. Nie sposób zgodzić się z poglądem, iż spółka kapitałowa mogłaby udzielić prokury na etapie „w organizacji” przy jednoczesnym zgłoszeniu jej po uzyskaniu wpisu²⁵. Założenia takiego nie legalizuje deklaratoryjny charakter wpisu prokury do rejestru²⁶. Ustawa wprost mówi o udzieleniu prokury przez przedsiębiorców podlegających obowiązkowi wpisu do rejestru. Skoro spółka kapitałowa w organizacji nie podlega takiemu obowiązkowi, to również nie może udzielić w sposób skuteczny prokury. Nie będzie zatem dopuszczalne złożenie wniosku

¹⁹ M. Modrzejewska, op. cit., s. 399.

²⁰ Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz.U. nr 96, poz. 618 z późn. zm.).

²¹ A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, s. 738.

²² L. Moskwa, *Nowe przepisy o prokurze*, „Rejent” 2001, nr 9, s. 29; por. T. Siemiątkowski, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, Warszawa 1999, s. 24; J. Szwaja, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 294.

²³ A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, s. 151.

²⁴ J. Strzebińczyk, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 264.

²⁵ D. Wajda, *Prokura – problemy praktyczne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6, s. 40.

²⁶ J. Grykiel, *Skutki wpisu prokury do rejestru przedsiębiorców*, „Studia Prawnicze” 2007, nr 4, s. 40; T. Siemiątkowski, op. cit., s. 45.

o dokonanie wpisu prokury do rejestru jednocześnie z wnioskiem o zarejestrowanie podmiotu w rejestrze, gdyż w takiej sytuacji prokura udzielona zostałaby na etapie przed uzyskaniem stosownego wpisu²⁷.

Możliwość występowania w obrocie przed uzyskaniem wpisu nie ma wpływu na możliwość udzielania prokury, a sposób reprezentacji spółek kapitałowych w organizacji regulują odpowiednio przepisy art. 161 § 2 oraz art. 323 § 2 k.s.h.²⁸ Po uzyskaniu wpisu do rejestru spółka w organizacji z mocy samego prawa ulega przekształceniu w spółkę właściwą²⁹, a zatem prokura musiałaby wygasnąć, zgodnie z przepisem art. 109⁷ § 2 k.c. Przepis ten nie zastrzega bowiem, by przekształcenie następowało jedynie na skutek aktywności przedsiębiorców. Dopuszczalne byłoby przyznanie spółkom kapitałowym w organizacji uprawnienia do udzielania prokury w sytuacji ich zgłoszenia do rejestru przedsiębiorców w pewnym krótkim (np. tygodniowym) terminie od podjęcia przez nie działalności gospodarczej, pomimo późniejszego, konstytutywnego wpisu nadającego spółce osobowość prawną³⁰.

3.4. Osoby fizyczne wykonujące działalność gospodarczą

Spór doktrynalny budzi kwestia dopuszczalności udzielenia prokury przez osoby fizyczne wykonujące działalność gospodarczą. Część doktryny³¹ pozytywnie opowiedziała się za przyznaniem przedsiębiorcom indywidualnym możliwości korzystania z prokury. Pogląd ów opiera się na wykładni funkcjonalnej przepisów o prokurze oraz braku uzasadnienia dla wyłączenia osób fizycznych z możliwości korzystania z tej instytucji, jednakże *de lege lata* stoi w sprzeczności z literalnym brzmieniem przepisu art. 109¹ § 1 k.c., zastrzegającym wyraźnie to uprawnienie dla przedsiębiorców podlegających obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców.

Zasygnalizować jedynie wypada, iż polski system gromadzenia danych o przedsiębiorcach nie jest jednolity i działa w oparciu o rejestr przedsiębiorców KRS, prowadzony przez wydziały gospodarcze sądów rejonowych oraz Centralną Ewidencję i Informację o Działalności Gospodarczej (CEIDG),

²⁷ Odmienne J. Szwaja, *Ustanowienie, udzielenie oraz odwołanie prokury przez spółkę handlową*, „Prawo Spółek” 2003, nr 7–8, s. 10.

²⁸ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037 z późn. zm.) – dalej: k.s.h.

²⁹ S. Włodyka, *Kodeksowe spółki atypowe*, Warszawa 2004, s. 212.

³⁰ A.W. Wiśniewski, *Stan prywatnego prawa gospodarczego a optymalna wizja kodeksu cywilnego – zagadnienia podmiotowe*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6, dodatek, s. 16.

³¹ Por. M. Hejbudzki, *Instytucja prokury w świetle nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Radca Prawny” 2004, nr 6, s. 77–78; A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, s. 149; M. Dumkiewicz, [w:] A. Kidyba (red.), *Prawo spółek 2006/2007*, Warszawa 2006, s. 183–184; U. Promińska, [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 996; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009, s. 330.

gdzie organem ewidencyjnym jest organ administracji publicznej – minister właściwy do spraw gospodarki. Przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi podlegają obowiązkowi wpisu do ewidencji i to niezależnie od rozmiaru prowadzonej działalności gospodarczej (art. 14 ust 2 u.s.d.g.). Ustawodawca zastosował w tej materii odmienne rozwiązania niż na gruncie kodeksu handlowego³² z 1934 r., zgodnie z którym kupiec prowadzący przedsiębiorstwo zarobkowe w większym rozmiarze był kupcem rejestrowym, a zatem obowiązany był do wpisania się do rejestru handlowego. Podobne rozwiązania zaproponowane zostały w projekcie księgi pierwszej kodeksu cywilnego³³, który w przepisie art. 59 § 1 mówi o drobnym przedsiębiorcy, którym jest osoba fizyczna osiągająca przychody z prowadzenia działalności gospodarczej nie przekraczające wartości powodującej obowiązek prowadzenia ksiąg rachunkowych³⁴. Zgodnie zaś z § 2 tego art., do drobnego przedsiębiorcy nie stosuje się m.in. przepisów dotyczących rejestru przedsiębiorców i prokury. Co istotne jednak podmiot taki może żądać wpisu do rejestru z wszystkimi tego konsekwencjami, także z możliwością korzystania z prokury. Obecny stan prawny nie rozróżnia takich sytuacji i jedynie podmiotowo, w oderwaniu od rozmiaru prowadzonej działalności, klasyfikuje przedsiębiorców pod względem przynależności do odpowiedniego rejestru.

Przychylić się jednak należy do stanowiska, iż KRS jest odmiennym od CEIDG rodzajem rejestru i nie należy obu tych instytucji traktować jednolicie³⁵. Pomimo reformy ewidencja nie urzeczywistnia w pełni zasady jawności materialnej czy formalnej oraz prawdziwości danych w niej zawartych³⁶. Jednocześnie warto wspomnieć, iż jest to mimo wszystko „ewidencja”, a nie „rejestr”, o którym wspomina art. 109¹ § 1 k.c., kontrolowany przez sąd powszechny³⁷.

Pomijając racje celowościowe i funkcjonalne, literalna wykładnia przepisu art. 109¹ § 1 k.c. skłania do wniosku, iż osoby fizyczne nie są uprawnione

³² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. nr 57, poz. 502) – dalej: k.h.

³³ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, *Księga Pierwsza Kodeksu Cywilnego – projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2009.

³⁴ Obecnie, zgodnie z art. 2 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 września 1994 r., o rachunkowości (tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., nr 152, poz. 1223 z późn. zm.), przepisy o rachunkowości w odniesieniu do osób fizycznych stosuje się, jeżeli ich przychody netto ze sprzedaży towarów, produktów i operacji finansowych za poprzedni rok obrotowy wyniosły co najmniej równowartość w walucie polskiej 1 200 000 euro.

³⁵ K. Koziół, *Rejestracja osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą – ewidencja działalności gospodarczej czy Krajowy Rejestr Sądowy?*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 9, s. 47; M. Szydło, *Ewidencja działalności gospodarczej w nowej ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2006, nr 3, s. 64; odmiennie m.in. U. Promińska, op. cit., s. 996.

³⁶ W. Katner, *Różnicowanie rejestrowania przedsiębiorców to brak rozsądku*, „Gazeta Prawna” nr 77 (3215) z dnia 19 kwietnia 2012.

³⁷ A. Herbet, *Czy przedsiębiorca indywidualny może udzielić prokury?*, [online] <www.lawblog.pl/2012/10/13/czy-przedsiębiorca-indywidualny-moze-udzielic-prokury/>.

do udzielania prokury. Gdyby ustawodawca chciał obdarzyć wszystkich przedsiębiorców dobrodziejstwem korzystania z prokury, przepis art. 109¹ § 1 k.c. nie konkretyzowałby przedsiębiorców poprzez przymiot obowiązku wpisu do rejestru przedsiębiorców. Przeciwną wręcz wolę wyinterpretować można z treści projektu księgi pierwszej kodeksu cywilnego, który w przepisie art. 170 stanowi, iż udzielenie prokury wpisywane jest do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez sądy rejestrowe. Zapatrywania tego nie zmienia jednocześnie fakt, iż projekt ten ustanawia instytucję pełnomocnictwa handlowego, którego udzielić może każdy przedsiębiorca – bez względu na rejestr, w którym dane o nim figurują.

Obecne brzmienie przepisu art. 25 u.s.d.g. regulującego treść wpisu do CEIDG nie wskazuje na dane dotyczące prokury czy też osoby prokurenta. Jednocześnie uznać należy, iż katalog danych zawartych w cytowanym przepisie nie ma charakteru otwartego i w sposób enumeratywny wskazuje wszystkie dane podlegające ujawnieniu. CEIDG nie przewiduje zatem miejsca na umieszczenie danych o udzielonej prokurze³⁸. Co prawda przepis art. 25 ust. 1 pkt 11 traktuje o pełnomocniku upoważnionym do prowadzenia spraw przedsiębiorcy, jednak nie może on być utożsamiany z prokurentem³⁹. Formularz „CEIDG-1 Wniosek o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej” nie zawiera pola nazwanego *expressis verbis* „prokura”, zaś w rubryce 30.1 dotyczącej udzielonego pełnomocnictwa do prowadzenia spraw przedsiębiorcy przewiduje zakreślenie pola o udzieleniu pełnomocnictwa osobie prawnej, co pozostaje w sprzeczności z przepisem art. 109² § 2 k.c., zgodnie z którym prokurentem może być wyłącznie osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Ponadto jedna instytucja nie może być w różny sposób opisywana i definiowana w systemie prawnym⁴⁰. Gdyby zatem ustawodawca chciał, aby osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą mogła udzielać prokury, zawarłby taki zapis, jeśli nie wprost w k.c., to użyłby zapewne takiego stwierdzenia, nowelizując u.s.d.g.

Zamieszanie interpretacyjne wprowadza ponadto brzmienie przepisu art. 109⁷ § 4 k.c., zgodnie z którym śmierć przedsiębiorcy nie powoduje wygaśnięcia prokury. Bezsprzecznie śmierć dotyczy jedynie osób fizycznych, gdyż podmioty instytucjonalne nie mogą w taki sposób zakończyć swego bytu prawnego. Nie jest to jednak argument dopuszczający przedsiębiorców będących osobami fizycznymi do kręgu podmiotów mogących udzielać prokury. Przede wszystkim zapis ten sprzeczny jest z definicją legalną prokury zawartą w art. 109¹ § 1 k.c. Prym przyznać należy art. 109¹ § 1 k.c., zgodnie z zapatrywaniem, iż rozmieszczenie przepisów w tekście aktu prawnego nie

³⁸ D. Wajda, op. cit., s. 39.

³⁹ M. Pazdan, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2: *Prawo cywilne – część ogólna* (red. Z. Radwański), Warszawa 2008, s. 538.

⁴⁰ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 117–119.

jest przypadkowe⁴¹, a kolejność ich umieszczenia w tekście aktu prawnego ma znaczenie interpretacyjne. Uznać należy za zasadny argument, iż ustawodawca jedynie przez przeoczenie nie uchylił przepisu art. 109⁷ § 4 k.c. Przepis ten w związku z treścią art. 109¹ § 1 k.c. oraz funkcjonowaniem dualistycznego modelu rejestracji przedsiębiorców jest normą martwą, nie mającą zastosowania⁴². Stwierdzić jednocześnie należy, iż ww. projekt w art. 179 § 2 zawiera przepis będący odpowiednikiem obecnie obowiązującego art. 109⁷ § 4 k.c. Uzasadnieniem dla jego obecności jest jednak możliwość fakultatywnego uzyskania wpisu do rejestru przedsiębiorcy drobnego, stosownie do przepisu art. 59 § 3 projektu k.c.

Zwolennikiem przyznania osobom fizycznym legitymacji czynnej do udzielenia prokury jest m.in. Andrzej Kidyba⁴³. W rozważaniach tego autora zauważalna jest jednak pewna niekonsekwencja i wewnętrzna sprzeczność. Odmawia on prawa do udzielenia prokury spółkom kapitałowym w organizacji, pozwalając na to osobom fizycznym. W obu przypadkach dane o tych podmiotach nie są ujawniane w rejestrze przedsiębiorców. Spółka w organizacji kończy bowiem swój byt prawny z momentem uzyskania wpisu do rejestru i z założenia nie jest podmiotem rejestrowym. Przyznając rację pogładowi o niedopuszczalności udzielenia prokury przez spółki kapitałowe w organizacji, odrzucić należy argument o przyznaniu legitymacji czynnej do udzielenia prokury osobie fizycznej wykonującej działalność gospodarczą.

Dla takiego stanu rzeczy brak jednak uzasadnienia. Nie może nim być na pewno argument, iż prokura jest przydatna przedsiębiorcom rejestrowym z uwagi na rozmiar prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Sytuacje analizowane *ad casum* wskazywać mogą, iż podmioty ewidencjonowane w CEIDG prowadzą czasem działalność w większym rozmiarze niż podmioty rejestrowe. Ustawodawca nie posługuje się obecnie kryterium rozmiaru prowadzonej działalności gospodarczej dla ustalenia statusu prawnego przedsiębiorcy i nie łączy z tą okolicznością jakichkolwiek skutków prawnych, jak miało to miejsce w k.h. czy też jest postulowane w projekcie k.c. Za przykład tej tendencji posłużyć może również nowelizacja przepisu art. 24 § 6 k.s.h.⁴⁴ i uchylenie obowiązku nałożonego na współników spółki cywilnej do złożenia wniosku o zgłoszenie jej do sądu rejestrowego, jeżeli jej przychody netto ze sprzedaży towarów lub świadczenia usług w każdym z dwóch kolejnych lat obrotowych osiągnęły równowartość w walucie polskiej co najmniej 400 000 euro (przedsiębiorstwo większych rozmiarów). Z chwilą wpisu do rejestru spółka ta stawała się spółką jawną. Obecnie zmiana formy prawnej wykony-

⁴¹ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 4 maja 2004 r., sygn. OSK 55/04; por. także L. Morawski, op. cit., s. 152–153.

⁴² M. Kasprzyk, *Prokura*, Kraków 1999, s. 38.

⁴³ A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, s. 149 i 151.

⁴⁴ Ustawa z dnia 12 grudnia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 229, poz. 2276).

wania działalności gospodarczej ze spółki cywilnej w spółkę jawną ma charakter fakultatywny, zależny jedynie od woli współników spółki cywilnej i jest oderwana od rozmiaru prowadzonej działalności gospodarczej.

Według Andrzeja Powalowskiego sytuacja taka jest przejawem nierównego traktowania przedsiębiorców⁴⁵. Osoby fizyczne są w tej materii dyskryminowane, co wynika z zestawienia osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą i jednoosobowej spółki kapitałowej „przekształconej z osoby fizycznej”. Ta ostatnia może udzielać prokury, mimo iż wykonuje działalność gospodarczą w identycznym zakresie i rozmiarze jak osoba fizyczna przed zmianą formy prawnej. Stanowi to naruszenie zasady równego traktowania podmiotów bez wskazania istotnej odmienności w ich sytuacji prawnej. Identycznie jest w przypadku wykonywania działalności gospodarczej w ramach spółki cywilnej, w której to właśnie wspólnicy mają status przedsiębiorcy (art. 4 ust. 2 u.s.d.g.), a zatem każdy z nich wykonuje działalność gospodarczą w identycznym zakresie. Pomimo tego podmiot, który podlega obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, będzie mógł udzielić prokury, zaś osoba fizyczna nie będzie mogła z tej instytucji skorzystać.

4. Podsumowanie

Reasumując należy zauważyć, iż interpretacja przepisu art. 109¹ § 1 k.c. wymaga szczególnej ostrożności. Przede wszystkim bowiem zaaprobowana na jej potrzeby definicja przedsiębiorcy nie jest kompatybilna z katalogiem podmiotów podlegających obowiązkowemu wpisowi do rejestru przedsiębiorców. Nie wszystkie podmioty wpisywane do KRS, choć na potrzeby u.k.r.s. definiowane jako przedsiębiorcy, będą legitymowane czynnie do udzielenia prokury.

Natomiast dla możliwości przyznania uprawnienia do udzielania prokury nie jest konieczne, by prowadzenie przez określony podmiot działalności gospodarczej i/lub zawodowej we własnym imieniu było podstawową aktywnością podmiotu rejestrowego. Dlatego m.in. wskazano, iż przedsiębiorcy *not for profit* mają legitymację czynną do udzielenia prokury. Z kolei wyznaczenie daty rejestracji w rejestrze przedsiębiorców jako momentu, od którego przysługuje legitymacja czynna do udzielenia prokury, przemawia za wyłączeniem z kręgu podmiotów uprawnionych spółek kapitałowych w organizacji.

Ważnym zagadnieniem jest sytuacja osób fizycznych będących przedsiębiorcą podlegającym obowiązkowi wpisu do CEIDG. W obecnym stanie prawnym, którego nie należy oceniać jako optymalny, nie mogą oni udzielić prokury. Pomimo postulatów większej jej dostępności, niemożność udzielania

⁴⁵ A. Powalowski, *Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej – ocena regulacji prawnej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2012, t. XXVIII, s. 268.

prokury przez osoby fizyczne ocenić można nawet jako krok wstecz w porównaniu do regulacji k.h., zgodnie z którym podmioty te mogły z niej korzystać⁴⁶. Dlatego też osoby fizyczne wykonujące działalność gospodarczą powinny na zasadzie równości mieć możliwość udzielania prokury. Dane te mogłyby znajdować się na stronach internetowych Ministerstwa Sprawiedliwości bądź Ministerstwa Gospodarki jako podstawowe dane charakteryzujące przedsiębiorcę i wskazujące sposób jego reprezentacji w obrocie. *De lege ferenda* zasadne byłoby dopuszczenie osób fizycznych do kręgu podmiotów legitymowanych czynnie do udzielania prokury⁴⁷. Niezbędne do tego są zmiany przepisu art. 109¹ § 1 k.c. Zasadne byłoby, jak to zaproponowano w przepisie art. 168 projektu księgi pierwszej kodeksu cywilnego, wykreślenie z definicji prokury słów ograniczających ją jedynie dla przedsiębiorców rejestrowych i wskazanie, iż prokura jest pełnomocnictwem udzielanym przez przedsiębiorcę – bez bliższej jego charakterystyki. Dopiero lektura innych przepisów mówiłaby o konieczności wpisania do rejestru przedsiębiorców prowadzonego w sądzie rejestrowym. Słusznym rozwiązaniem może być również zastąpienie sformułowania „do rejestru przedsiębiorców” zwrotem „do właściwego rejestru”⁴⁸, na podobieństwo chociażby przepisu art. 43² § 2 k.c. mówiącego o jawności firmy.

Konieczna byłaby również nowelizacja u.s.d.g. poprzez dodanie do przepisu art. 25 ust. 1 punktu umożliwiającego dokonanie wpisu prokury w CEIDG oraz, będąca następstwem ww. nowelizacji, zmiana treści formularza wniosku o wpis do ewidencji. W związku z powyższym nie jest konieczny i zasadny postulat uchylecia przepisu art. 109⁷ § 4 k.c.⁴⁹, który w zmienionej rzeczywistości prawnej miałby sens i nie byłby normą martwą.

Zmiany stanu prawnego w zakresie możliwości udzielania prokury umożliwiłyby uchYLENIE nie znajdującej racjonalnego uzasadnienia nierówności przedsiębiorców, spowodowanej formą organizacyjno-prawną wykonywanej działalności gospodarczej. Zabieg ten będzie tym bardziej zasadny, iż jeszcze na gruncie k.h. postulowano rozszerzenie kręgu przedsiębiorców uprawnionych do udzielania prokury również na osoby fizyczne. Obecny stan prawny wprowadza bowiem w tej materii zbędne ograniczenia, nie znajdujące uzasadnienia w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁵⁰ oraz przepisu art. 6 ust. 1 u.s.d.g.

⁴⁶ J. Krauss, [w:] J. Okolski, M. Modrzejewska (red.), *Prawo handlowe*, Warszawa 2012, s. 126–127.

⁴⁷ J. Szwaia (op. cit., s. 297) proponuje, by również osoby wykonujące działalność, o której mowa w art. 3 u.s.d.g., mogły udzielać prokury.

⁴⁸ J. Stadnik-Jędruch, *Możliwość ustanowienia prokury przez przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną na tle zmian wprowadzonych w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 1, s. 56.

⁴⁹ D. Wajda, op. cit., s. 39.

⁵⁰ Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.; zob. także K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 97.

Summary

Entities authorized to grant a commercial proxy

Key words: commercial proxy, entrepreneur, commercial register.

According to Art. 109¹ § 1 of the Polish Civil Code (PCC), a commercial proxy is a kind of power of attorney granted by an entrepreneur that is a subject to an obligation to be entered in the commercial register. Such a commercial proxy includes authorization to act in and out of court in respect to running an enterprise.

The catalogue of entities authorized to grant a commercial proxy is not so obvious. It is accepted that the proper definition of an entrepreneur is expressed in PCC and in the Freedom Act of Business Activity. However, not every subject that should be entered in the commercial register is an entrepreneur according to the meaning presented in PCC and in the Act Freedom of Business Activity. Therefore, the elements (such as running a business activity, moment of entry to register) deciding authorization to grant commercial proxy were discussed. It was considered whether a natural person who is an entrepreneur should or should not be authorized to grant a commercial proxy.

This paper maintains that there is no reasonable justification to differ between entrepreneurs due to legal forms of business activities. Important amendments in the present legal status of entities authorized to grant a commercial proxy are required.

Hanna Frąckowiak

Katedra Postępowania Cywilnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Zaświadczenie Wojewódzkiej Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych jako szczególny tytuł wykonawczy

Zagadnienia ogólne

Polskie prawo oferuje narzędzia ochrony praw pacjenta i są to przede wszystkim instrumenty, jakie pacjenci uzyskali po wejściu w życie ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹. Jednakże w przypadku wystąpienia błędu medycznego i dochodzenia odszkodowania jedyną możliwą drogą jego uzyskania był do tej pory proces sądowy z powództwa cywilnego o odszkodowanie lub zadośćuczynienie. Dochodzenie tego rodzaju spraw przed sądem trwa zwykle kilka lat, co legło u podstaw stworzenia pozasądowego sposobu dochodzenia tego typu roszczeń.

Ustawą z 28 kwietnia 2011 r. znowelizowano ustawę o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, wprowadzając rozdział 13a zatytułowany „Zasady i tryb ustalania odszkodowania i zadośćuczynienia w przypadku zdarzeń medycznych”. Od chwili więc wejścia w życie powyższej ustawy roszczeń z tytułu szkód medycznych dochodzić można bądź w procesie cywilnym przed sądami powszechnymi (na zasadach, które obowiązywały dotychczas), bądź w postępowaniu prowadzonym przed powołanymi nowelą wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Wybór drogi należy w tym wypadku tylko i wyłącznie do poszkodowanego (ewentualnie jego przedstawicieli ustawowych czy spadkobierców). Celem zaś postępowania przed wojewódzką komisją jest ustalenie, czy zdarzenie, którego następstwem była szkoda majątkowa lub niemajątkowa, stanowiło zdarzenie medyczne.

¹ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2012 r., nr 52, poz. 417 z późn. zm.) – dalej: u.p.p.

Procedura dochodzenia roszczeń przed komisjami budzi wiele wątpliwości i poddana została szerokiej krytyce zarówno przez przedstawicieli zawodów medycznych, jak i samych pacjentów (przede wszystkim jednak przez prawników), zanim jeszcze ustawa nowelizująca weszła w życie.

Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych

Przepisy wprowadzonego do u.p.p. rozdziału 13a stosuje się do zakażenia pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pacjenta albo śmierci pacjenta będącego następstwem stwierdzonego przez komisję zdarzenia medycznego².

Procedura przed komisją sprowadza się w skrócie do:

– złożenia w zakreślonym ustawą terminie wniosku przez pacjenta (jego przedstawiciela ustawowego) bądź jego spadkobierców o stwierdzenie zdarzenia medycznego wraz ze wskazaniem żądanej wysokości odszkodowania i zadośćuczynienia;

– postępowania rozpoznawczego, w ramach którego komisja przeprowadza postępowanie dowodowe;

– narady, po której komisja wydaje w formie pisemnej orzeczenie o zdarzeniu medycznym albo jego braku wraz z uzasadnieniem;

– ogłoszenia orzeczenia, a następnie jego doręczenia stronom;

– ewentualnego postępowania z wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy przez komisję w zmienionym składzie;

– przedstawienia przez ubezpieczyciela bądź podmiot leczniczy prowadzący szpital propozycji odszkodowania lub zadośćuczynienia, które ubezpieczyciel (podmiot leczniczy prowadzący szpital) ma wypłacić poszkodowanemu, w przeciwnym bowiem wypadku ubezpieczyciel będzie związany zaproponowaną przez wnioskodawcę wysokością roszczeń wynikającą z wniosku;

– wystawienia przez komisję zaświadczenia w razie nieprzedstawienia przez ubezpieczyciela (podmiot leczniczy prowadzący szpital) propozycji wypłaty odszkodowania i zadośćuczynienia;

– ewentualnego postępowania (prowadzonego przed komisją w powiększonym, sześciuosobowym składzie) wywołanego wniesieniem przez strony skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem orzeczenia komisji wojewódzkiej.

² Za zdarzenie medyczne ustawodawca uznał niezgodną z aktualną wiedzą medyczną: a) diagnozę, jeżeli spowodowała ona niewłaściwe leczenie albo opóźniła właściwe leczenie, przyczyniając się do rozwoju choroby; b) leczenie, w tym wykonanie zabiegu operacyjnego; c) zastosowanie produktu leczniczego lub wyrobu medycznego, w wyniku których doszło do zakażenia pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, do uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pacjenta albo jego śmierci.

Tytuł wykonawczy w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego

Przepis art. 67k ust. 4 u.p.p. stanowi, że w przypadku gdy ubezpieczyciel nie przedstawi w terminie zakreślonym ustawą propozycji zadośćuczynienia i odszkodowania, wojewódzka komisja wystawia zaświadczenie, w którym stwierdza złożenie wniosku o ustalenie zdarzenia medycznego, wysokość odszkodowania lub zadośćuczynienia oraz fakt nieprzedstawienia przez ubezpieczyciela propozycji. Takie zaświadczenie stanowi tytuł wykonawczy. Ustawodawca dodał również zapis, zgodnie z którym przepisy działu II tytułu I części trzeciej kodeksu postępowania cywilnego³ stosuje się do powyższych zagadnień.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 776 k.p.c., podstawą egzekucji jest tytuł wykonawczy. Tytułem wykonawczym zaś jest tytuł egzekucyjny zaopatrzony w klauzulę wykonalności, chyba że ustawa stanowi inaczej. Przepis ten został zmieniony nowelą z dnia 16 września 2011 r.⁴, albowiem jego poprzednia treść⁵ nie odpowiadała rzeczywistości. Obecnie więc ustawa stanowi, że tytułem wykonawczym są również inne dokumenty, jeżeli ustawa tak stanowi, a zatem m.in. takie, które nie wymagają nadania klauzuli wykonalności, a mimo to mogą i stanowią podstawę wszczęcia egzekucji⁶ Maciej Muliński sformułował jednak koncepcję, według której zasadą jest, że podstawą egzekucji stanowi tytuł wykonawczy oraz że tytułem tym jest tytuł egzekucyjny zaopatrzony w klauzulę wykonalności, jednakże nowela z 2011 r. wprowadza od tej zasady wyjątki⁷. Tytułem wykonawczym, jeśli ustawa tak stanowi, może być bowiem orzeczenie będące tytułem egzekucyjnym bez nadania mu klauzuli wykonalności bądź dokument lub akt niebędący tytułem egzekucyjnym po nadaniu mu przez sąd klauzuli wykonalności lub po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności. Dalej autor stwierdza, iż powyższa definicja dotyczy wszystkich obecnie występujących możliwości prowadzenia egzekucji, podając jako przykłady m.in. prawomocne postanowienie komornika o ukaraniu grzywną (art. 768¹ k.p.c.), prawomocne postanowienie komornika w sprawie kosztów (art. 770¹ k.p.c.), orzeczenie o wymierzeniu

³ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 296 z późn. zm.) – dalej: k.p.c.

⁴ Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 233, poz. 1382).

⁵ Art. 776 k.p.c. Podstawą egzekucji jest tytuł wykonawczy, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Tytułem wykonawczym jest tytuł egzekucyjny zaopatrzony w klauzule wykonalności – treść przepisu obowiązująca do dnia 3 maja 2012 r.

⁶ H. Pietrkowski, [w:] T. Erciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. IV: *Postępowanie egzekucyjne*, Warszawa 2012, s. 91.

⁷ M. Muliński, [w:] J. Jankowski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 208–209.

grzywny w postępowaniu przed sądem administracyjnym (art. 228 p.p.s.a.⁸), ugodę zawartą przed mediatorem po zatwierdzeniu jej przez nadanie klauzuli wykonalności (art. 183¹⁵ k.p.c.), a także wyrok sądu polubownego oraz ugodę przed nim zawartą (art. 1214 § 2 k.p.c.). Powstaje jednak pytanie, gdzie wśród tych dwóch grup, tj. tytuły egzekucyjne bez nadanej klauzuli wykonalności czy inne dokumenty po nadaniu klauzuli, mieści się zaświadczenie komisji, które ustawodawca nazywa wprost tytułem wykonawczym.

Doktryna dokonuje podziału na tytuły wykonawcze zwykłe, które mogą powstać w sądowym postępowaniu cywilnym lub karnym oraz tytuły wykonawcze szczególne, które w przeciwieństwie do tych poprzednich nie składają się z tytułu egzekucyjnego i klauzuli wykonalności⁹.

Wśród tytułów wykonawczych szczególnych autorzy wymieniają: bankowe tytuły wykonawcze tj. wyciągi z ksiąg Bankowego Funduszu Gwarancyjnego spełniające warunki określone w art. 37 ustawy o BFG¹⁰, administracyjne tytuły wykonawcze (art. 27 u.p.e.a.¹¹, te jednak stanowią tylko podstawę do żądania nakazania dłużnikowi wyjawienia majątku, zgodnie z przepisami k.p.c.), orzeczenia lub ugody w sprawie aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej, której samorządowe kolegium odwoławcze nadało klauzulę wykonalności (art. 79 ust. 9 u.g.n.¹²), ostateczne postanowienia izby morskiej nakładające karę pieniężną, obowiązek zwrotu kosztów powstałych z tytułu niestawiennictwa świadka, biegłego lub tłumacza, odmowy złożenia zeznań lub przyrzeczenia oraz ostateczne postanowienie izby morskiej wydane w przedmiocie zwrotu kosztów postępowania, zaopatrzone w zaświadczenie przewodniczącego izby morskiej, iż podlega ono wykonaniu (art. 60 u.i.m.¹³), ugoda zawarta przed mediatorem po

⁸ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 270).

⁹ Tak m.in.: A. Marciniak, [w:] K. Piasecki, A. Marciniak (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. III: *Postępowanie nieprocesowe, w razie zaginięcia lub zniszczenia akt, zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz do artykułów 506–1088*, Warszawa 2012, s. 736–737; M. Muliński, op. cit., s. 210–211.

¹⁰ Ustawa z dnia 14 grudnia 1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., nr 84, poz. 711). Do 1 stycznia 1998 r. wyciągi z ksiąg banków oraz inne dokumenty związane z dokonywaniem czynności bankowych, stwierdzające zobowiązania na rzecz tych banków i zaopatrzone w oświadczenie, że oparte na nich roszczenia są wymagalne, miały moc tytułów wykonawczych, bez obowiązku uzyskania sądowych klauzul wykonalności. Obecnie banki na podstawie dokumentów związanych z dokonywaniem czynności bankowych, w tym ksiąg bankowych, mogą wystawiać bankowe tytuły egzekucyjne. Po spełnieniu szeregu warunków im stawianych, a zawartych m.in. w ust. 2 art. 96 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1376), BTE może być zaopatrzone przez sąd w klauzulę wykonalności, stając się tym samym tytułem wykonawczym.

¹¹ Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1015).

¹² Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 518).

¹³ Ustawa z dnia 1 grudnia 1961 r. o izbach morskich (tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., nr 69, poz. 599).

jej zatwierdzeniu przez sąd, wyrok sądu polubownego lub ugoda przed nim zawarta po stwierdzeniu ich wykonalności przez sąd, orzeczenia sądów państw obcych lub rozstrzygnięcia innych organów państw obcych w sprawach cywilnych nadające się do wykonania w drodze egzekucji po nadaniu im klauzuli wykonalności przez sąd (art. 1150, 1151, 1151⁴ k.p.c.), ugody w sprawach cywilnych zawarte przed sądami państw obcych i innymi organami państw obcych lub przez nie zatwierdzone po nadaniu im klauzuli wykonalności przez sąd (art. 1152 k.p.c.).

Zbigniew Szczurek zmiany wprowadzone do przepisu art. 776 k.p.c. z dniem 3 maja 2012 r. interpretuje w ten sposób, iż ustawa może stanowić, że podstawą egzekucji będzie sam tytuł egzekucyjny lub dokument z nim zrównany niezaopatrzonej w klauzulę wykonalności¹⁴. Strony postępowania sądowego nie mogą jednak dowolnie kreować dokumentów będących podstawą egzekucji sądowej, gdyż rangę tytułu egzekucyjnego nadaje dokumentom wyłącznie przepis prawa¹⁵. Tytułem egzekucyjnym zaś jest dokument urzędowy stwierdzający istnienie i zakres nadającego się do egzekucji roszczenia wierzyciela i jednocześnie istnienie oraz zakres obowiązku prawnego dłużnika¹⁶. Z tytułu egzekucyjnego lub innego dokumentu urzędowego powinno jednoznacznie wynikać, kto jest wierzycielem, kto jest dłużnikiem oraz jaka jest treść roszczenia wierzyciela, a zarazem obowiązku świadczenia dłużnika¹⁷.

Przepis art. 776 k.p.c. stanowi zatem o podstawie egzekucji – wynika z niego podstawowa i bezwzględna jej przesłanka. Przesłanka ta ma charakter bezwzględny w tym znaczeniu, że bez tytułu wykonawczego nie może się ważne toczyć postępowanie egzekucyjne. Tytuł wykonawczy to centralna oś postępowania egzekucyjnego, a jego brak powoduje nieważność postępowania¹⁸.

Zaświadczenie komisji oraz zaakceptowana przez wnioskodawcę propozycja odszkodowania jako tytuły wykonawcze

Wracając do treści przepisu art. 67k ust. 4 zd. 2 u.p.p., stwierdzić należy, iż uznając zaświadczenie komisji za tytuł wykonawczy, ustawodawca przyznał temu organowi bardzo duże przywileje. Uprawnienie do wystawiania tytułu wykonawczego, a więc aktu, który stanowi podstawę wszczęcia egze-

¹⁴ Z. Szczurek, *Egzekucja sądowa w sprawach cywilnych. Część ogólna*, Sopot 2011, s. 293.

¹⁵ A. Marciniak, *Podstawa egzekucji sądowej (tytuł wykonawczy)*, Łódź 1991, s. 46.

¹⁶ E. Wengerek, *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz do części II i III k.p.c.*, Warszawa 2009, s. 165; M. Romańska, [w:] J. Ignaczewski (red.), *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Sądowe komentarze tematyczne*, Warszawa 2010, s. 141.

¹⁷ A. Stangret-Smoczyńska, [w:] J. Gołaczyński (red.), *Wybrane zagadnienia egzekucji sądowej*, Warszawa 2008, s. 88.

¹⁸ E. Wengerek, op. cit., s. 164–165.

kucji sądowej, bez uprzedniego zatwierdzenia go przez sąd powszechny w postępowaniu klauzulowym, jest w obecnym stanie prawnym bardzo wyjątkowe. Jak już wyżej wskazano, prerogatywy takie nadano Bankowemu Funduszowi Gwarancyjnemu, podmiotowi prawa publicznego wykonującemu zadania publiczne i wyposażonemu w zdolność prawną, a nadzorowanemu przez ministra właściwego do spraw instytucji finansowych, a więc instytucji zaufania publicznego. Jednocześnie samym bankom takie uprawnienie odebrano w dniu wejścia w życie nowej ustawy – Prawo bankowe. W tym miejscu przypomnieć również należy treść przepisu art. 67e ust. 2 u.p.p., zgodnie z którym wykonywanie zadań wojewódzkiej komisji nie stanowi wykonywania władzy publicznej.

Powodów przyznania tak szerokich prerogatyw komisjom dopatrywać się można bądź w przyświecającej ich powołaniu przesłance szybkości i nieskomplikowania procedury dochodzenia roszczeń przez poszkodowanych pacjentów, bądź – co niestety jest bardziej prawdopodobne – niedopatrzaniu ustawodawcy. Postulować bowiem należy zmianę w tym zakresie i przyznanie zaświadczeniu komisji waloru tytułu egzekucyjnego wykonalnego po nadaniu mu, w efekcie sprawdzenia prawidłowości w zakresie wymogów formalnych tego dokumentu klauzuli, wykonalności przez sąd.

Jeszcze mniej zrozumiałe i z punktu widzenia prawa zupełnie wyjątkowe jest uznanie przez ustawodawcę za tytuł wykonawczy zaakceptowanej przez wnioskodawcę propozycji odszkodowania i zadośćuczynienia przedstawionej przez ubezpieczyciela (podmiot leczniczy prowadzący szpital). Jak słusznie zauważa Michał Ziemiak, wprowadzając taki zapis, ustawodawca doprowadził do sytuacji, w której podmioty te występować będą jako *iudex in causa sua*¹⁹.

Kodeks postępowania cywilnego do jednostronnego oświadczenia woli dłużnika o poddaniu się egzekucji wymaga formy aktu notarialnego oraz zatwierdzenia go przez sąd w postępowaniu klauzulowym. Klauzulę również sąd nadaje na pozasądową ugodę zawartą przez strony, albowiem i w tym aspekcie można by takie zaakceptowane oświadczenie rozpatrywać. Michał Ziemiak trafnie obrazuje powyższą sytuację i stwierdza, że akceptacja przez wnioskodawcę propozycji ubezpieczyciela (podmiotu leczniczego prowadzącego szpital) oznacza, że może on wystąpić o wszczęcie egzekucji (dysponuje bowiem tytułem wykonawczym) w tym samym dniu, w którym propozycję zaakceptował i to nawet zanim o tym fakcie dowie się ubezpieczyciel (podmiot leczniczy), czyli dłużnik²⁰. Z całą mocą więc zaznaczyć należy, iż ustawodawca świadomie (lub nie) dopuścił do sytuacji, w której podmiot jednostronnie będzie kreował swój obowiązek jako dłużnika, wydając niejako

¹⁹ M. Ziemiak, *Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Wybrane aspekty*, [w:] E. Kowalewski (red.), *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, Toruń 2011, s. 189.

²⁰ Ibidem.

przeciwko sobie akt wykonawczy, na mocy którego będzie prowadzona ważna egzekucja, a jednocześnie w żaden sposób niezwyfikowany pod względem formalnym czy zatwierdzony przez sąd oraz przez jakikolwiek inny podmiot.

Tytuły wykonawcze w postępowaniu przed komisjami – problemy praktyczne

Jak wyżej wskazano, tytuł egzekucyjny (a tym bardziej wykonawczy) nie może być dowolnie kreowany przez strony i musi spełniać pewne wymogi. Tytułem egzekucyjnym jest określony ustawowo akt prawny ustalający istnienie normy indywidualno-konkretnej o charakterze nakazującym lub zakazującym, tj. normy nakładającej na dany podmiot obowiązek określonego zachowania się (świadczenia), niezbędny do przymusowego urzeczywistnienia tej normy w drodze egzekucji²¹.

Do obligatoryjnych składników tytułu egzekucyjnego należą zatem wskazanie świadczenia, które ma być spełnione. W przypadku oświadczenia ubezpieczyciela (zakładu leczniczego) będzie to kwota odszkodowania i zadośćuczynienia w granicach stawianych przez przepisy u.p.p oraz wydane na ich podstawie rozporządzenie²², jak również oznaczenie wierzyciela i dłużnika. Może dojść zatem do sytuacji, w której ubezpieczyciel (podmiot leczniczy) jako autor tego szczególnego tytułu wykonawczego dopuści się błędów formalnych powodujących, że świadczenie, pomimo przekazania go organowi egzekucyjnemu, nie będzie mogło być wyegzekwowane z uwagi na brak niezbędnych składników tytułu wykonawczego. Co prawda przepis art. 804 k.p.c. stanowi, że organ egzekucyjny nie jest uprawniony do badania zasadności i wymagalności obowiązku objętego tytułem wykonawczym, nie oznacza to jednak, że organ egzekucyjny (w tym wypadku komornik) nie bada tego aktu w ogóle. Wręcz przeciwnie, jest bowiem zobligowany do sprawdzenia go właśnie pod kątem możliwości jego wykonania, tj. określenia świadczenia i stron postępowania. Gdyby tytuł taki pochodził od sądu i organ egzekucyjny powzięłby wątpliwości co do jego treści, mógłby w oparciu o przepis art. 352 k.p.c. żądać jego wykładni, w przypadku zaś oświadczenia ubezpieczyciela (podmiotu leczniczego) możliwość taka jest wykluczona.

Nieprawidłowo sporządzone oświadczenie, które po jego zaakceptowaniu przez wnioskodawcę (z jednoczesnym zrzeczeniem się roszczenia w tym zakresie) staje się nieprawidłowo sporządzonym tytułem wykonawczym, spowoduje w konsekwencji brak możliwości wyegzekwowania świadczenia

²¹ A. Marciniak, *Postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 2008, s. 112.

²² Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 10 lutego 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu oraz warunków ustalania wysokości świadczenia w przypadku zdarzenia medycznego (Dz.U. z 2012 r., poz. 207).

i umorzenie postępowania egzekucyjnego. Jest to zatem kolejny argument przemawiający za tym, by takim dokumentom prywatnym odmówić waloru tytułu wykonawczego, albowiem w przypadku opisanym powyżej postulowana szybkość postępowania przez komisjami, a zatem szybkość otrzymania przez poszkodowanego pacjenta albo jego spadkobierców świadczenia z tytułu orzeczonego zdarzenia medycznego, jest złudna.

W treści cytowanego wyżej przepisu art. 804 k.p.c. dostrzec należy również kolejne niebezpieczeństwo, jakim jest brak możliwości weryfikacji materialnoprawnej prawidłowości takich tytułów wykonawczych (mam tu na myśli zarówno zaświadczenie komisji, jak i zaakceptowane przez wnioskodawcę oświadczenie ubezpieczyciela czy podmiotu leczniczego prowadzącego szpital). Przepis art. 67k ust. 4 i ust. 8 nakazują bowiem stosować (i to wprost, co jest kolejnym niedopatrzaniem prawodawcy) przepisy części trzeciej, tytułu I, działu II k.p.c. (tj. tytuły egzekucyjne i klauzula wykonalności), zaś przepis art. 67o w zakresie nieuregulowanym przepisami rozdziału 13a nakazuje stosować (tym razem) odpowiednio enumeratywnie wymienione przepisy k.p.c. Już pobieżna analiza wymienionych tam artykułów może budzić zdziwienie. Ustawa bowiem nie wymienia wśród nich przepisów odnoszących się do powództw przeciwegzekucyjnych, czyli jedynej dopuszczalnej przez prawo możliwości merytorycznego zwalczania tytułów wykonawczych. W sytuacji, gdyby np. dłużnik (ubezpieczyciel czy podmiot leczniczy) spełnił świadczenie objęte tytułem wykonawczym, a mimo to wierzyciel (wnioskodawca) wszcząłby egzekucję, dłużnikowi nie przysługiwałby zarzut spełnienia świadczenia, co wydaje się być absurdalne.

Jeszcze większe zdziwienie budzi fakt, iż nowela do u.p.p. w ogóle nie odsyła stron do przepisów części trzeciej k.p.c. (poza oczywiście wymienionym działem II tytułu I). Jednakże nie do przyjęcia byłoby prowadzenie egzekucji z wyłączeniem wszystkich pozostałych przepisów postępowania egzekucyjnego uregulowanych w k.p.c., skoro sama ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta tym postępowaniem się nie zajmuje. Mogłoby to prowadzić do wniosku, że organ egzekucyjny może jednak badać tytuł wykonawczy pod względem materialnym, stronom nie przysługuje skarga na naruszenie procedury przez komornika, a sam organ prowadzi postępowanie według własnego uznania. Taka sytuacja jest niedopuszczalna, w związku z czym przyjąć należy, iż pozostałe przepisy procedury cywilnej w zakresie postępowania egzekucyjnego stosować należy odpowiednio do postępowania wszczętego na podstawie tytułów wykonawczych opisanych w u.p.p., a skoro tak, to również dopuszczalne są powództwa z art. 840–843 k.p.c.

Pojawić się jednak mogą pytania, co w takim razie z pozostałymi przepisami kodeksu, do których art. 67o u.p.p. nie odsyła? Czy je również należy stosować w drodze analogii, czy też są wyłączone, jako że przepis odwołujący ma charakter katalogu zamkniętego?

Odpowiedzi mogą być oczywiście dwie, przy czym żadna z nich nie jest doskonała. Jedna przemawiałaby za zakazem stosowania k.p.c. do procedury uregulowanej przez znowelizowaną u.p.p., jako że sama ustawa ją reguluje, zaś uproszczenie jest celowym zabiegiem ustawodawcy mającym sprzyjać szybkości postępowania przed komisjami oraz że racjonalny ustawodawca, gdyby chciał analogicznego stosowania przepisów k.p.c., to by takie odpowiednie stosowanie przewidział wprost w nowelizacji. Druga zaś – moim zdaniem bardziej racjonalna – przemawia za tym, iż z uwagi na niekompletność procedury uregulowanej w rozdziale 13a u.p.p. i przez to niekiedy na niemożliwość procedowania bądź rozbieżności w procedowaniu, a jednocześnie powoływanie się na przepisy k.p.c., stosowanie pozostałych przepisów w formie analogii jest prawidłowe i pożądane (jak chociażby w przypadku postępowania egzekucyjnego).

W chwili obecnej, pomimo tak nieprecyzyjnych, a niejednokrotnie wręcz wadliwych uregulowań wprowadzonej nowelą procedury, pozostaje jedynie stosować przepisy ustawy w zakresie uregulowań dotyczących tytułów wykonawczych wprost, zaś samą egzekucję prowadzić zgodnie z odpowiednio stosowanymi przepisami części trzeciej k.p.c., pomimo braku odesłania w tym zakresie.

Wnioski de lege ferenda

Ustawa budzi wiele zastrzeżeń i wątpliwości, jednakże ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na ich nawet pobieżną analizę. Wnioskiem, który nasuwa się wprost, jest konieczność zmiany procedury dochodzenia roszczeń przez poszkodowanych w wyniku zdarzeń medycznych poprzez zastosowanie odwołania do kodeksu postępowania cywilnego w sprawach nieuregulowanych ustawą o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Problematiczne jednak wtedy stanie się sprostanie wymogom szybkości postępowania przed komisjami, a w szczególności dochowanie czteromiesięcznego terminu rozstrzygnięcia sprawy.

Summary

Certificate of Regional Committee for Certifying Medical Events as a special writ of execution

Key words: writ of execution, enforcement title, procedure in Regional committees for Certifying Medical Events, execution, claims of patients, medical events.

In force since 1st January 2012 the new procedure allows patients injured during medical treatment pursue medical claims in Regional committees

for Certifying Medical Events brought a lot of confusion and chaos, not only among doctors and patients, but especially among lawyers. From the point of view of Civil Procedure new procedure solutions raise a number of doubts and discrepancies in their application. One of the many widely criticized issues is treating the grant of certificate – issued by the Regional committee and proposal of compensation or redress submitted by the insurer approved by the applicant – as the writ of execution.

The author in this paper shows the problems that, in practice, may arise in connection with these specific writs of execution and analyze the provisions of the Code of Civil Procedure from the perspective of a civil trial in this matter.

Anna Franusz

Katedra Postępowania Cywilnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Charakter prawny ugody sądowej oraz skutki prawne jej zawarcia

Uwagi ogólne

W ostatnich latach zaobserwować można wyraźną tendencję do popularyzowania wszelkich form ugodowego rozwiązywania sporów rozpoznawanych przez sąd w postępowaniu cywilnym. Z uwagi na względy aksjologiczne doniosła rola ugody w regulowaniu spornych stosunków prawnych nie budzi zastrzeżeń, zaś walory wynikłe z faktu jej zawarcia stały się przedmiotem licznych opracowań przedstawicieli doktryny, stąd zbędne wydaje się prezentowanie ich w ramach niniejszego artykułu.

Zawarcie ugody sądowej w procesie cywilnym dopuszczalne było już w dawnym kodeksie postępowania cywilnego z 1932 r., jednakże dopiero w art. 10 k.p.c. z 1964 r.¹ ustawodawca dał wyraz zasadzie prymatu ugodowego „załatwienia” sporów. Okoliczność umiejscowienia tegoż przepisu w tytule wstępnym, zawierającym normy o charakterze ogólnym, wydaje się przesądzać o doniosłej roli, jaką pełnić ma interesująca nas instytucja w rozwiązywaniu sporów prawnych. W przepisie tym zawarto wyraźny postulat, aby w sprawach, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne, sąd w każdym stanie postępowania dążył do ich ugodowego załatwienia.

Pomimo ciężącego na sędzię (w szczególności zaś na osobie przewodniczącego) obowiązku nakłaniania stron do zawarcia ugody, podkreślić należy, że ustawodawca nie sformułował definicji ugody sądowej, zaś samym pojęciem „ugoda” posługuje się on na gruncie k.p.c. w sposób nader dowolny. W konsekwencji w interesującej nas ustawie prawodawca wspomina się o: „ugodzie” (np. art. 10, art. 73 § 2, art. 91 pkt 4, art. 104, art. 104¹, art. 158

¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 296 z późn. zm.) – dalej: k.p.c.

§ 1, art. 184, art. 468 § 2 pkt 2, art. 469, art. 470, art. 477¹², art. 479⁴¹ § 2); „ugodzie zawartej przed sądem” (np. art. 223 § 1, art. 183¹⁵ § 1, art. 598¹⁵, art. 598¹⁷, art. 598¹⁹, art. 777 § 1 pkt 1, art. 795¹ § 1, art. 1141¹, art. 1152, art. 1153¹, art. 1212 § 1); „ugodzie zawartej przed mediatorem” (art. 10, art. 183¹² § 2, art. 183¹⁴ § 1, § 3, art. 183¹⁵ § 1, art. 355 § 2, art. 394 § 1 pkt 10¹, art. 777 § 1 pkt 2¹); „ugodzie zawartej przed sądem polubownym” (np. art. 777 § 1 pkt 2, art. 1196 § 1, art. 1212 § 1 i § 2, art. 1213, art. 1214 § 1–3, art. 1215 § 1–3).

Podkreślić należy, że termin „ugoda sądowa” jest raczej właściwy doktrynie prawa cywilnego procesowego niż językowi prawnemu, gdyż jedynymi przepisami, w których zastosowano ten związek frazeologiczny, są art. 1153¹⁰ k.p.c. oraz art. 1157 k.p.c. Niemniej wydaje się, że zamiennie posługiwanie się przez ustawodawcę wymienionymi powyżej określeniami daje podstawę do sformułowania tezy, iż w rzeczywistości stanowią one względem siebie synonimy oraz że w powołanych przepisach mowa jest o ugodzie sądowej, tj. ugodzie zawartej przed sądem w toku procesu (postępowania nieprocesowego) lub w postępowaniu pojednawczym. Uwaga ta nie ma, rzecz jasna, zastosowania do ugody zawartej przed mediatorem oraz przed sądem polubownym, gdyż żadna z nich nie jest ugodą sądową, choć każda – po zatwierdzeniu przez sąd – może być z nią zrównana pod względem mocy prawnej. Sytuacja, w której prawodawca zamiennie posługuje się pojęciami „ugoda”, „ugoda zawarta przed sądem” oraz „ugoda sądowa”, znacząco utrudnia określenie istoty interesującej nas instytucji, wskutek czego skomplikowane staje się wskazanie jej charakteru prawnego. Tymczasem oczywiste jest, iż problem natury prawnej jakiegokolwiek umowy (a także pozostałych czynności prawnych) pozostaje w bezpośrednim związku z zagadnieniem, któremu poświęcono niniejszy artykuł, a mianowicie z kwestią skutków prawnych wywołanych w związku z jej zawarciem. Nieistnienie legalnej definicji ugody sądowej uzasadnia potrzebę poszukiwania sposobu na ustalenie jej istoty, co najczęściej polega na odwołaniu się do analogicznej instytucji uregulowanej w innej ustawie. W wypadku posiłkowania się (choćby subsydiarnie) normami, które współtworzą odmienny obszar regulacji, powstaje pytanie o charakter prawny instytucji, którą opisano za pomocą przepisów należących do odrębnego obszaru normatywnego. Z oczywistych powodów kwestia ta jest szeroko dyskutowana wśród przedstawicieli doktryny. Warto zatem przytoczyć poglądy dotyczące natury prawnej interesującej nas umowy, które w literaturze przedmiotu ocenia się jako przeważające.

Charakter prawny ugody sądowej – uwagi wprowadzające

Jak wskazano, przyczyn niejasnej natury prawnej ugody sądowej upatrywać należy w okoliczności braku jej legalnej definicji na gruncie k.p.c. Stąd zgodnie z zapatrywaniem większości przedstawicieli doktryny, poprzez zastosowanie właściwej nomenklatury („ugoda”), ustawodawca w sposób zamierzony nawiązał do instytucji ugody będącej przedmiotem regulacji art. 917 k.c.² Stosownie do tego przepisu „przez ugodę strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego, aby uchylić niepewność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonanie, albo uchylić spór istniejący lub mogący powstać”.

Odwołanie się do art. 917 k.c. czyni uzasadnionym rozstrzygnięcie kolejnej spornej kwestii, związanej z potrzebą wyraźnego wskazania zakresu zastosowania przepisów k.c. w odniesieniu do ugody sądowej. Ustosunkowania się wymaga ponadto następujący problem: czy ugoda sądowa jest zarazem umową prawa prywatnego i czynnością wywołującą skutki procesowe, czy normy k.c. mają w tym względzie co najwyżej subsydiarne zastosowanie, np. w zakresie wad oświadczenia woli itp.? Właściwe oznaczenie charakteru ugody sądowej pozwala na ustalenie reżimu prawnego, któremu podlega interesująca nas instytucja, co w konsekwencji umożliwia określenie tego, z jaką czynnością prawną mamy do czynienia (czy wyłącznie z czynnością wywołującą skutki w sferze prawnoprocesowej, do której w sposób jedynie pomocniczy odnoszą się przepisy k.c., czy z aktem o dwoistej, hybrydowej naturze)³.

Podkreślić należy, iż ważkość interesującej nas materii przyczyniła się do powstania znacznej liczby koncepcji, w których podjęto się próby wskazania natury prawnej ugody sądowej. Jak słusznie skonstatowano, w literaturze przedmiotu, „jest właściwie tyle różnych poglądów [dotyczących charakteru prawnego ugody sądowej – przyp. A.F.], ilu jest piszących”⁴. Obszerny charakter omawianej materii sprawił, iż w ramach niniejszego artykułu – z oczywistych przyczyn – skoncentrowałam się na syntetycznym omówieniu natury jurydycznej ugody sądowej wedle tej koncepcji, która w moim przekonaniu, najlepiej odzwierciedla istotę ugody sądowej, pomijając zarazem teorie konkurencyjne. Rozważania te dadzą, jak sądzę, podstawę do sformułowania kluczowych, mając na uwadze cel artykułu, wniosków odnoszących się do skutków prawych zawarcia ugody sądowej.

² Ustawa z dnia 18 maja 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1966 r., nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

³ W literaturze przedmiotu już w okresie socjalizmu zasadniczo odrzucone zostały teorie o czysto materialnoprawnym bądź prawnoprocesowym charakterze ugody sądowej. Współcześnie za zasadniczo utrwalone uznać należy zapatrywanie, iż ugoda sądowa jest bądź instytucją o podwójnej naturze prawnej, bądź czynnością wywołującą skutki prawnoprocesowe, która może być zarazem umową materialnoprawną (po spełnieniu określonych przesłanek).

⁴ J. Lapiere, *Ugoda sądowa w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 1968, s. 56.

Uгода sądowa jako czynność o podwójnej naturze prawnej

W polskiej literaturze przedmiotu najpowszechniej reprezentowany wydaje się być pogląd, że ugodę sądową postrzegać należy jako akt o dwojakim skutku prawnym⁵. Zapatrywanie to w pełni podzielił również Sąd Najwyższy (w tym względzie można z pewnością mówić o utrwalonej linii orzeczniczej), określając ją jako umowę o „podwójnej”⁶, „dwoistej”⁷, mieszanej⁸ naturze, w której zazębiają się tak elementy procesowe, jak i materialnoprawne⁹. Zgodzić się ponadto należy ze stanowiskiem tych autorów, którzy uważają, iż ustawodawca „recypował do procesu pojęcie ugody z prawa materialnego”¹⁰. Brak odwołania się do norm cywilnoprawnych uniemożliwiłoby wskazanie

⁵ Tak R. Czarnecki, *Uгода*, „Nowe Prawo” 1967, nr 10, s. 1290; P. Dąbek, *Sądowa kontrola dopuszczalności ugody sądowej jako przejaw ograniczenia swobody kontraktowania*, [w:] B. Gnela (red.), *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2010, s. 492; H. Dolecki, [w:] H. Dolecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I: *Artykuły 1–366*, Lex nr 103762; Z. Fenichel, *Uгода sądowa*, „Nowy Proces Cywilny” 1933, nr 10, s. 295. Powołane za: W. Berutowicz, *Zasada dyspozycyjności w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1957, s. 167; M. Jędrzejewska, [w:] T. Erciński, (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, cz. I: *Postępowanie rozpoznawcze*; cz. II: *Postępowanie zabezpieczające*, Warszawa 2006, s. 99; J. Jezioro, *Tytuł XXXV. Uгода*, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 1467; K. Piasecki, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I: *Komentarz do artykułów 1–366*, Warszawa 2010, s. 124; H. Pietrzkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2009, s. 267 i nast.; M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I: *Komentarz do artykułów 1–505*¹⁴, Warszawa 2007, s. 148; A. Zieliński, [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I: *Komentarz do artykułów 1–505*¹⁴, Warszawa 2006, s. 75.

⁶ E. Gniewek, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 2010, Nb. 1627; R. Kulski, *Umowy procesowe w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2006, s. 100 i nast.

⁷ O „podwójnej” naturze lub charakterze ugody sądowej SN wspominał m.in. w następujących orzeczeniach: postanowienie SN z dnia 15 marca 1967 r., II PZ 5/67, Lex nr 6126; wyrok SN z dnia 9 maja 1997 r., IPKN 143/97, OSNP 1998, nr 6, poz. 181, OSP 1998, nr 7–8, poz. 128, Lex nr 31657.

⁸ O „dwoistym” charakterze ugody wspomina zaś SN w orzeczeniach: wyrok SN z dnia 15 października 1999 r., III CKN 388/98, OSNC 2000, nr 4, poz. 75, Lex nr 38564; postanowienie SN z dnia 14 czerwca 2005 r., V CK 691/04, Lex nr 177225; wyrok SN z dnia 8 grudnia 2010 r., V CSK 157/10, Lex nr 688708.

⁹ Np. wyrok SN z dnia 25 lutego 1998 r., II CKN 618/97, OSNC 1998, nr 10, poz. 166; Lex nr 33749; postanowienie SN z dnia 26 października 1998 r., III CKN 824/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 78, Lex nr 35074; wyrok SN z dnia 8 grudnia 2010 r., V CSK 157/10, Lex nr 688708.

¹⁰ Tak SN w uchwale z dnia 20 grudnia 1969 r., II PZP 43/69, OSNCP 1970, nr 3, poz. 40. Por. również: postanowienie SN z dnia 28 stycznia 2005 r., II CK 341/04, Lex nr 619591; uchwała SN z dnia 11 września 1991 r., III CZP 80/91, Lex nr 179278; wyrok z dnia 1 lutego 2000 r., I PKN 503/99, OSNP 2001, nr 12, poz. 411, Lex nr 41190; wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2002 r., V CKN 953/00, Lex nr 57200; postanowienie z dnia 14 czerwca 2005 r., V CK 691/04, Lex nr 177225.

¹¹ J. Lapierre, op. cit., s. 61. Autor w tym zakresie posiłkuje się również poglądami wyrażonymi m.in. przez: Z. Fenichela, op. cit., s. 297; H. Trammera, *Uгода wedle przepisów kodeksu postępowania cywilnego*, Kraków 1933, s. 9 i nast.; W. Siedleckiego, *Postępowanie cywilne. Część szczegółowa*, Warszawa 1959, s. 66 i nast.

treści ugody sądowej, co z kolei przyczyniłoby się do zbyt dużej dowolności oraz subiektywizmu w postrzeganiu tego, co zostało „ugodzone” oraz skutkowałoby powstawaniem wątpliwości, czy spór został „ugodzony w jakikolwiek sposób”¹¹. Słuszność analizowanego poglądu uzasadnia, zdaniem wybranych autorów, jednolitość systemu prawnego: „instytucje o tych samych nazwach powinny posiadać tę samą treść także i wówczas, gdy występują w różnych gałęziach prawa wchodzących w skład tego samego systemu, chyba że w konkretnym wypadku z ustawy wyraźnie co innego wynika”¹². Jednocześnie krytyce poddano zapatrywania przeciwne¹³, zarzucając ich autorom błąd w postaci nienależytego rozróżnienia ugody i pojednania¹⁴.

Ugoda sądowa stanowi zatem zarówno umowę materialnoprawną, zmierzającą do usunięcia przez strony sporu wynikłego ze stosunku cywilnoprawnego, jak i czynność o doniosłych konsekwencjach prawnoprocesowych, gdyż skutek jej podjęcia za zbędne należy uznać rozstrzygnięcie sprawy przez sąd. Jednakże, aby móc umorzyć postępowanie, „czynność materialnoprawna musi pozostawać w bezpośrednim związku z żądaniem pozwu i kształtować treść roszczenia lub określać jego podstawę”¹⁵. Na akt zawarcia ugody sądowej składają się w istocie procesowe, jak też materialnoprawne oświadczenia woli stron¹⁶.

W literaturze przedmiotu nie kwestionuje się zatem hybrydowej natury interesującej nas instytucji, w szczególności zaś nie poddaje się w wątpliwość cechy w postaci implikowania przez nią skutków prawnoprocesowych. Podkreślić bowiem należy, iż ewentualne spory doktrynalne dotyczą co najwyżej zakresu wzajemnego przenikania się obydwu pierwiastków współlistniejących w ramach jednej czynności prawnej.

O materialnoprawnym charakterze (obok procesowego) ugody sądowej przesądza, jak się wydaje, możliwość uregulowania za jej pomocą sporów nieobjętych pozwem, a ponadto treść oraz istota zawartych w niej oświadczeń, za pomocą których strony kształtują wiążący je stosunek prawny. Ugo-

¹¹ J. Lapiere, op. cit., s. 61.

¹² Ibidem, s. 62.

¹³ J. Lapiere powołuje się m.in. na: R. Longchams de Beriera, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 625; F. Zolla, *Zobowiązania w zarysie*, Warszawa 1948, s. 89 i nast. oraz na W. Czachórskiego, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 690.

¹⁴ Ostatnie pojęcie jest, zdaniem J. Lapiere’a, szersze, bowiem nie każde pojednanie kończy się zawarciem ugody, lecz np. cofnięciem pozwu. Por. J. Lapiere, op. cit., s. 64 i nast.

¹⁵ Tak SN w postanowieniu z dnia 28 stycznia 2005 r., II CK 341/04, Lex nr 619591. W orzeczeniu tym SN stwierdził ponadto, iż czynność „materialnoprawna może być dokonywana tylko między stronami procesu, ponieważ włączenie do osnowy ugody osoby trzeciej jako strony czynności materialnoprawnej (czyniącej ustępstwo) nie pozwala na umorzenie wobec niej procesu, a dla zaistnienia ugody sądowej związek między czynnością procesową i materialnoprawną jest tak ścisły, że zakończenie procesu jest równie istotne jak zakończenie sporu na płaszczyźnie materialnej, i ze względu na miejsce unormowania (k.p.c.) należy uznać, że aspekt proceduralny ma co najmniej znaczenie równe materialnemu”.

¹⁶ R. Czarnecki, op. cit., s. 1290.

da sądowa „odnosi się do istniejącego między stronami stosunku prawnego, ustalając bądź kształtując na nowo prawa i obowiązki wynikające z tego stosunku”¹⁷. Przedmiot ugody powinien dotyczyć *meritum* sporu, nie zaś kwestii procesowych¹⁸. Dokonywana przez sąd kontrola ugody jako umowy cywilnoprawnej sprowadza się przede wszystkim do oceny jej treści z uwzględnieniem istoty stosunku prawnego, którego owa ugoda dotyczy¹⁹. Jednocześnie Sąd Najwyższy zaznaczył, że treść ugody stanowi tylko to, co zostało wciągnięte do protokołu sądowego oraz podkreślił, iż jedynie te oświadczenia woli, które znalazły swój wyraz w protokole, staną się przedmiotem oceny odnośnie do dopuszczalności ugody²⁰. Wydaje się ponadto, iż sprawa, której dotyczy ugoda sądowa, należeć musi do spraw cywilnych w ujęciu materialnym. Za niedopuszczalne uznać przeto należy zawarcie interesującej nas umowy w sporach niewynikających ze stosunków cywilnoprawnych, np. w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych, będących z natury administracyjnoprawnymi. Dopuszczalność zawarcia ugody sądowej, określana w literaturze przedmiotu mianem zdatności ugodowej, sprowadza się do możliwości dysponowania czy rozporządzania prawem, którego dotyczy spór²¹. Jeśli podmioty konkretnego stosunku prawnego mogą swobodnie kształtować swoje prawa i obowiązki za pomocą czynności prawnych, bez potrzeby uzyskania rozstrzygnięcia państwowego organu wymiaru sprawiedliwości, stwierdzić należy, iż sprawa taka może zostać „ugodzona”²². Z tego właśnie względu w sprawach cywilnych w ujęciu formalnym (art. 1 k.p.c.), np. dotyczących ubezpieczeń społecznych, nie można zawrzeć ugody sądowej, gdyż nie podlegają one swobodnej dyspozycji stron. Wprawdzie w świetle opinii niektórych autorów w sporach takich dopuszczalne jest podpisanie ugody sądowej, będącej raczej faktem społecznym niż zdarzeniem prawnym²³, jednakże wydaje się, iż z opisanych powyżej względów pogląd ten należy jednoznacznie odrzucić.

Wracając do zagadnienia szerszego zakresu przedmiotowego ugody sądowej w stosunku do przedmiotu rozpoznawanej sprawy, podkreślić należy, że

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ T. Wojciechowski, *Charakter prawny ugody sądowej*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 6, s. 64.

¹⁹ Tak SN w uchwale z dnia 20 grudnia 1969 r., II PZP 43/69, OSNCP 1970, nr 3, poz. 40.

²⁰ Ibidem.

²¹ Tak W. Berutowicz, *Zasada dyspozycyjności w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1957, s. 172; F. Zedler, *Mediacja w sprawach cywilnych*, [w:] D. Czura-Kalinowska (red.), *Mediacja i arbitraż jako sposoby polubownego rozstrzygania sporów*, Poznań 2009, s. 13; W. Siedlecki, *Zarys postępowania cywilnego*, Warszawa 1968, s. 563; A. Szpunar, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 1999, I CKN 205/98*, „Rejent” 2000, nr 9, s. 109; K. Weitz, [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2012, s. 678.

²² Por. W. Berutowicz, *Zasada dyspozycyjności...*, s. 174. Por. również: postanowienie SN z dnia 21 maja 2010 r., II CSK 670/09, OSNC 2010, nr 12, poz. 170, Biul. SN 2010, nr 7, poz. 12, Lex nr 589813.

²³ T. Wojciechowski, op. cit., s. 59.

w świetle poglądów wybranych przedstawicieli doktryny, treść ugody sądowej nie tylko może wykraczać poza granice pozwu, lecz dopuszczalne jest także zawarcie w niej takich postanowień, które nie mogłyby się znaleźć w wyroku (np. dotyczących świadczeń niewymagalnych). Wynika to z następującej okoliczności: ugoda może zostać zawarta z zastrzeżeniem warunku, co należy wykluczyć w przypadku wyroku²⁴.

Podkreślić należy, że nie każda ugoda materialnoprawna stanowi zarazem ugodę sądową, gdyż na treść tej ostatniej składają się tylko takie postanowienia, które zostały wciągnięte do protokołu. Analizowana umowa stanowi przejaw dyspozytywności stron procesowych²⁵. Zazębianie się w ugodzie sądowej pierwiastków materialnoprawnego oraz procesowego sprawia, iż w celu jej ważnego i skutecznego zawarcia na stronach ciąży powinność dochowania warunków przewidzianych zarówno przez prawo cywilne materialne, jak i przez prawo procesowe. Ważność i skuteczność ugody sądowej uzależniona jest zatem od przesłanek wskazanych w k.p.c. (art. 184, art. 203 § 4, art. 469) oraz w k.c. (art. 58 § 1)²⁶. Weryfikacja ugody dokonywana przez sąd powinna odnosić się do jej zbadania pod kątem ewentualnych wad oświadczenia woli, zgodności z prawem bądź zamiaru obejścia ustawy. W wypadkach, gdy przepis szczególnie tak stanowi, sąd może uznać ugodę za niedopuszczalną, jeśli narusza ona słuszny interes strony (np. pracownika lub ubezpieczonego – art. 469 k.p.c.). Sąd ocenia ugodę, mając na uwadze pozostałe wymagania przewidziane w k.p.c., od zachowania których uzależniona jej skutki procesowe (np. odpowiednia forma ugody)²⁷.

Materialnoprawne skutki zawarcia ugody sądowej

Materialnoprawne następstwa ugody sądowej pozostają w bezpośrednim związku z jej funkcją, polegającą na „załatwieniu” sprawy cywilnej poprzez poczynienie przez strony wzajemnych ustępstw. Cel ugody w postaci zlikwidowania sporu uzasadnia, zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny, tezę

²⁴ L. Ostrowski, *Ugoda sądowa*, „Nowe Prawo” 1972, nr 7–8, s. 1124 i nast.

²⁵ R. Czarnecki, op. cit., s. 1290.

²⁶ Ibidem, s. 1291.

²⁷ „Sąd, przyjmując ugodę do protokołu, ma obowiązek dopilnowania należytej jej redakcji. Ugoda powinna zawierać sformułowania jasne, nie budzące wątpliwości i umożliwiające jej realizację w drodze egzekucji. Treść ugody powinna określać dokładnie rozmiar świadczeń, sposób i termin ich wykonania oraz wskazać, jakie roszczenia objęte procesem mają te świadczenia zaspokajać. Osnowa ugody zawartej przed sądem powinna być wciągnięta do protokołu rozprawy i stwierdzona podpisami stron. W razie niemożności podpisania przez stronę sąd stwierdza tę niemożność w protokole (art. 158 § 1 pkt 3 i 223 § 1 k.p.c.). Do treści ugody sądowej wchodzi tylko to, co zostało wciągnięte do protokołu sądowego”. Tak, SN w uchwale z dnia 20 grudnia 1969 r., II PZP 43/69, OSNCP 1970, nr 3, poz. 40.

o uznaniu jej za odpowiednik wyroku²⁸. Z poglądem tym można się zgodzić z zastrzeżeniem, że podobieństwo dotyczy wyłącznie substratu ugody (tj. oświadczeń stron, w których samodzielnie kształtują łączący je stosunek prawny), nie zaś formy bądź skutków prawych, te bowiem zasadniczo odróżniają wyrok od ugody sądowej. „Uгода ma zastąpić orzeczenie co do istoty sprawy, a nie rozstrzygnięcie incydentalne”²⁹. Wydaje się zatem, że brak elementu materialnoprawnego w ugodzie uniemożliwia przypisanie jej cech ugody sądowej.

Podpisanie interesującej nas umowy, stosownie do zasady *pacta sunt servanda*, zobowiązuje strony do realizacji jej postanowień, zaś zachowanie strony niezgodne z treścią ugodą, tj. niewykonanie bądź nienależyte wykonanie określonych w ugodzie obowiązków, rodzi odpowiedni stosunek zobowiązaniowy. Materialnoprawne konsekwencje ugody związane są przysługującym stronom prawem podniesienia zarzutu rzeczy ugodzonej (*exceptio rei transactae*) w sytuacji wytoczenia powództwa w sprawie, w której w tych samych granicach przedmiotowo-podmiotowych zawarto ugodę³⁰. Skuteczne podniesienie owego zarzutu skutkowałoby oddaleniem przez sąd powództwa³¹.

Cywilnoprawny charakter analizowanej umowy nasuwa pytanie o możliwość cofnięcia elementu ugody sądowej, będącego czynnością procesową. Podkreślić bowiem należy, że czynności te – w przeciwieństwie do cywilnoprawnych – charakteryzują się fakultatywnością i odwoalnością³². Wydaje się, iż materialnoprawne skutki ugody sądowej czynią niedopuszczalnym cofnięcie jej w toku postępowania, pomimo że pozostaje ona zarazem czynnością procesową. Z punktu widzenia prawa cywilnego materialnego uгода jest skuteczną umową, zachowującą moc wiążącą do momentu, w którym nie zostanie podważona³³. „Odwołanie takie jest – w istocie – uchYLENIEM się od skutków złożonego w ugodzie oświadczenia woli, a zatem nie może się sprowadzać do dowolnego, jednostronnego »odstąpienia« od zawartej w ugodzie umowy”³⁴. Dopuszczalne jest uchYLENIE się od skutków złożonego oświadcze-

²⁸ Por. A. Bartz, *Istota ugody sądowej według k.p.c.*, „Głos Prawa” 1936, nr 10–12, s. 472; idem, *Uwagi o znaczeniach i skutkach prawnych ugody sądowej według k.p.c.*, „Głos Prawa” 1936, nr 4–6, s. 192. Powołane za: T. Wojciechowski, op. cit., s. 39.

²⁹ Tak T. Wojciechowski, op. cit., s. 64.

³⁰ Tak SN w wyroku z dnia 9 maja 1997 r., IPKN 143/97, OSNP 1998, nr 6, poz. 181; OSP 1998, nr 7–8, poz. 128, Lex nr 31657. Por także: wyrok SN z dnia 25 lutego 1998 r., II CKN 618/97, OSNC 1998, nr 10, poz. 166; Lex nr 33749.

³¹ Tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 12 października 2010 r., III AUa 263/10, Lex nr 1001382.

³² Por. J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2007, s. 285.

³³ Tak SN w wyroku z dnia 13 października 1972 r., III PRN 66/72, Lex nr 602642. Por. również: wyrok SN z dnia 11 września 1990 r., II CR 420/90 (niepubl.), Lex nr 9036.

³⁴ Tak SN w wyroku z dnia 13 października 1972 r., III PRN 66/72, Lex nr 602642.

nia woli, jednakże – jak wskazuje Sąd Najwyższy – muszą istnieć ku temu uzasadnione postawy, polegające na powstaniu okoliczności wskazanych w art. 918 oraz art. 82–88 k.c. Strona powołująca się na materialnoprawne wady oświadczenia woli winna nie tylko wskazać przyczyny wadliwości, lecz również należycie je uzasadnić³⁵ (np. z uwagi na błąd, pozorność, przymus, niedorozwój umysłowy, chorobę psychiczną lub inne zaburzenia czynności psychicznych³⁶). Stosownie do zapatrywań niektórych przedstawicieli doktryny, samo uchylenie się od następstw cywilnoprawnych ugody sądowej przybiera formę powództwa o ustalenie nieważności ugody³⁷. Powyższy skutek można wywołać dopiero po uprawomocnieniu się postanowienia o umorzeniu postępowania³⁸. Z tą bowiem chwilą, w świetle poglądów doktrynalnych, interesująca nas umowa implikuje prawnoprocesowe konsekwencje. Wydaje się jednak, iż uchylenie się od skutków prawnych ugody sądowej nie musi każdorazowo przybierać formy powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa z art. 189 k.p.c. Po zawarciu ugody cofnięcie oświadczeń woli ze wskazanych powyżej oraz należycie uzasadnionych powodów może mieć miejsce również przed uprawomocnieniem się postanowienia umarzającego postępowanie³⁹. Bez wątpienia dopuszczalne jest natomiast zgodne oświadczenie woli stron w przedmiocie cofnięcia ugody, który to akt unicestwienia skutki pozaprocesowe przedsięwziętej czynności prawnej w taki sposób, że spór ujawnia się na nowo i ponownie zachodzi potrzeba wydania wyroku w sprawie⁴⁰.

Prawnoprocesowe skutki zawarcia ugody sądowej

Zawarcie ugody przed sądem wpływa nie tylko na stosunek cywilnoprawny między stronami, lecz wywiera znaczące skutki dla ich relacji prawnoprocesowych, a zatem dla procesu cywilnego (postępowania nieprocesowe-

³⁵ Por. postanowienie SN z dnia 16 lutego 1968 r., II CZP 129/67, OSNC 1968, nr 8–9, poz. 158, Lex nr 72; postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 1982 r., IV CZP 62/82 (niepubl.), Lex nr 8417.

³⁶ Tak SN w uchwale z dnia 29 września 1969 r., III CZP 74/69, OSNC 1970, nr 6, poz. 98, Lex nr 1011. Por. również: postanowienie SN z dnia 14 czerwca 2005 r., V CK 691/04, Lex nr 177225.

³⁷ Tak SN w uchwale z dnia 11 września 1991 r., III CZP 80/91, Lex nr 179278. Por. również: wyrok SN z dnia 8 grudnia 2010 r., V CSK 157/10, Lex nr 688708; wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2002 r., V CKN 953/00, Lex nr 57200. Odmienne stanowisko, wedle którego uchylenie się od materialnoprawnych skutków oświadczenia woli – z uwagi na ekonomikę procesową – powinno nastąpić w dotychczasowym procesie, stało się udziałem SN w następujących orzeczeniach: postanowienie z dnia 16 lutego 1968 r., II CZP 129/67, OSNC 1968, nr 8–9, poz. 158, Lex nr 72; postanowienie z dnia 26 kwietnia 1982 r., IV CZP 62/82 (niepubl.), Lex nr 841.

³⁸ R. Czarnecki, op. cit., s. 1292. Inaczej SN w postanowieniu z dnia 26 października 1998 r., III CKN 824/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 78, Lex nr 35074.

³⁹ Tak, SN w uchwale z dnia 29 września 1969 r., III CZP 74/69, OSNC 1970, nr 6, poz. 98, Lex nr 1011. Por. również: postanowienie SN z dnia 14 czerwca 2005 r., V CK 691/04, Lex nr 177225.

⁴⁰ Ibidem.

go), w związku z którym czynność ta została dokonana⁴¹. Poprzez zawarcie analizowanej umowy strony dają wyraz woli zakończenia udziału w sprawie i wpływają na rozstrzygnięcie sądu w ten sposób, że wydanie wyroku (postanowienia co do istoty) jest zbędne. W obliczu takiej sytuacji sąd na podstawie art. 355 § 1 k.p.c. postanowieniem umorzy postępowanie (chyba że sprzeciwi się zawarciu ugody)⁴². Przesłankę uzasadniającą formalne zakończenie postępowania stanowi okoliczność „załatwienia” przez strony sporu, przez co potrzeba rozstrzygnięcia w postaci orzeczenia merytorycznego wydaje się być nieaktualna. Ugoda rozwiązuje spór, dlatego dalsze prowadzenie procesu co do istoty jest zbędne⁴³, powinno nastąpić jego umorzenie na mocy orzeczenia o charakterze formalnym⁴⁴.

Warto w tym miejscu podkreślić, że choć obowiązek umorzenia postępowania (w oparciu o art. 355 § 1 k.p.c.) w sytuacji zawarcia ugody sądowej nie budził zasadniczo zastrzeżeń na gruncie literatury przedmiotu, przyczyna tegoż umorzenia uchodzi za sporną. Wspomniany przepis stanowi, iż sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, jeśli powód ze skutkiem prawnym cofnął pozew lub jeśli wydanie wyroku stało się z innych przyczyn zbędne lub niedopuszczalne. Poglądy przedstawicieli doktryny kształtują się w tym zakresie rozmaicie. Jedni autorzy powołują się na art. 355 § 1 k.p.c. bez wskazywania, czy powodem umorzenia ma być zbędność lub niedopuszczalność wydania wyroku⁴⁵. Odnotować trzeba poglądy, w świetle których brak sporu (można przyjąć, że tak się przecież dzieje w przypadku zawarcia ugody sądowej) nie zawsze wpływa na przebieg postępowania w taki sposób, że nie zachodzi potrzeba wydania wyroku (np. uznanie żądań pozwu czy spełnienie przez pozwanego całego świadczenia przed zakończeniem procesu). Nie istnieje zatem podstawa do zaniechania rozstrzygnięcia sprawy przez sąd⁴⁶. Stąd aby ugoda sądowa wywołała skutek prawny w postaci umorzenia postępowania, musi być w niej zawarte wyraźne bądź dorozumiane oświadczenie powoda o cofnięciu pozwu⁴⁷. Uznanie, że ugoda zawiera

⁴¹ W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1998, s. 215.

⁴² *Ibidem*, s. 156–160, 215.

⁴³ Tak SN w uchwale z dnia 20 grudnia 1969 r., II PZP 43/69, OSNCP 1970, nr 3, poz. 40. Por. również: postanowienie SN z dnia 15 marca 1967 r., II PZ 5/67, Lex nr 6126; postanowienie SN z dnia 6 sierpnia 1965 r., I PZ 43/65, OSNC 1966, nr 10, poz. 163; wyrok SN z dnia 15 października 1999 r., III CKN 388/98, OSNC 2000, nr 4, poz. 75, Lex nr 38564.

⁴⁴ Tak SN w postanowieniu z 28 stycznia 2005 r., II CK 341/04, Lex nr 619591. Por także: postanowienie SN z 14 czerwca 2005 r., V CK 691/04, Lex nr 177225; wyrok SN z dnia 8 grudnia 2010 r., V CSK 157/10, Lex nr 688708.

⁴⁵ J. Lapierre, *op. cit.*, s. 89-92; T. Trammer, *Następcza bezprzedmiotowość procesu cywilnego*, Kraków 1950, s. 58; T. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 43; E. Waškowski, *System procesu cywilnego. Wstęp teoretyczny*, Wilno 1932, t. I, s. 97 i nast.

⁴⁶ J. Lapierre, *op. cit.*, s. 96–97.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 92–94 i nast.

dorozumiane (w praktyce jednak składane często w sposób wyraźny) oświadczenie woli stron o rezygnacji z żądania udzielenia ochrony prawnej i życzenie umorzenia przez sąd postępowania⁴⁸, usprawiedliwia, zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny, tezę o istnieniu uzasadnionej ku temu podstawy, wynikającej z art. 355 § 1 k.p.c.⁴⁹

Powyższego stanowiska wydaje się nie podzielać Sąd Najwyższy, twierdząc, iż choć w praktyce sądy żądają od stron, które zawarły ugode, oświadczeń o cofnięciu pozwu bądź zgodnego wniosku o umorzenie postępowania, nie ma ku temu podstaw. Brak takich oświadczeń nie stoi na przeszkodzie do podjęcia przez sąd postanowienia o umorzeniu postępowania⁵⁰. W świetle orzecznictwa tegoż organu, ugoda sądowa to akt dyspozycyjny uprawnionych podmiotów (stron), dokonany w formie przewidzianej prawem procesowym⁵¹ i o skutkach w prawie tym określonych. Wprawdzie Sąd Najwyższy podniósł, że w art. 355 § 1 k.p.c. nie wspomina się o zawarciu ugody sądowej jako przesłance umorzenia postępowania, jednak organ ten wywiódł, że za jej pomocą strony same „załatwiły” spór, a ugoda stanowi wyrażoną prawnie wolę zaniechania dalszego procesu (odstąpienia od postępowania w odniesieniu do istoty sporu⁵²). Brak ze strony zainteresowanych podmiotów chęci kontynuacji postępowania powoduje zbędność (w niektórych judykatach mowa jest o niedopuszczalności⁵³) wydania wyroku⁵⁴. W takim wypadku, zdaniem Sądu Najwyższego, zapada „rozstrzygnięcie o skutku procesowym powodowane ugoda sądowa, nie zaś rozstrzygnięcie o skutkach materialnych ugody”⁵⁵.

Wydaje się, iż ugoda sądowa, poddana uprzedniej ocenie przez sąd, stanowi wystarczającą podstawę prawną do umorzenia postępowania z art. 355 § 1 k.p.c. z powodu zbędności wydania wyroku (lub postanowienia co do istoty w postępowaniu nieprocesowym) w sprawie. Adresatami takiej ugody pozostają nie tylko strony, lecz również sąd, który nierzadko skutek wła-

⁴⁸ Ibidem, s. 98.

⁴⁹ Ibidem, s. 110 i nast.

⁵⁰ Tak SN w uchwale z dnia 20 grudnia 1969 r., II PZP 43/69, OSNCP 1970, nr 3, poz. 40.

⁵¹ Tak SN w uchwale z dnia 11 września 1991 r., III CZP 80/91, Lex nr 179278.

⁵² Tak SN w wyroku z dnia 15 października 1999 r., III CKN 388/98, OSNC 2000, nr 4, poz. 75, Lex nr 38564. Por. także: postanowienie SN z dnia 26 października 1998 r., III CKN 824/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 78, Lex nr 35074.

⁵³ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 1 lutego 2012 r., III Apa 39/11, Lex nr 1124828.

⁵⁴ Tak SN w uchwale z dnia 11 września 1991 r., III CZP 80/91, Lex nr 179278. Por. także: postanowienie SN z 15 marca 1967 r., III PZ 5/67, Lex nr 6126; wyrok SN z dnia 25 lutego 1998 r., II CKN 618/97, OSNC 1998, nr 10, poz. 166; Lex nr 33749. Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 1 lutego 2012 r., III Apa 39/11, Lex nr 1124828.

⁵⁵ Tak SN w uchwale z dnia 20 grudnia 1969 r., II PZP 43/69, OSNCP 1970, nr 3, poz. 40. Por. również: wyrok SN z dnia 15 października 1999 r., III CKN 388/98, OSNC 2000, nr 4, poz. 75, Lex nr 38564.

snych zabiegów pojednawczych został niejako „zwolniony” z obowiązku orzekania co do *meritum*. Okoliczność zawarcia ugody nie stanowi podstawy do umorzenia postępowania z powodu niedopuszczalności, lecz z uwagi na zbędność wydania orzeczenia merytorycznego. Niedopuszczalność orzekania co do *meritum* ma miejsce w sytuacji zaistnienia tzw. przeszkód procesowych, zwanych także ujemnymi przesłankami procesowymi (np. niedopuszczalność drogi sądowej, powaga rzeczy osądzonej, zawisłość sporu). W wypadku zawarcia przez strony ugody sądowej dochodzi do „ugodzenia” sporu, którego istnienie jest warunkiem *sine qua non* merytorycznego rozpoznania sprawy. Nie ma przeto podstaw do twierdzenia, że ugodzie sądowej musi towarzyszyć oświadczenie o cofnięciu pozwu.

Kolejnym skutkiem procesowym zawarcia przed sądem ugody, który – co należy podkreślić – ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia realizacji przez strony obowiązków określonych w jej treści, jest wykonalność ugody sądowej. Ugoda, której treść nadaje się do wykonania, stanowi tytuł egzekucyjny (art. 777 § 1 pkt 1 k.p.c.)⁵⁶. Umowa ta jest skuteczna o tyle, o ile takim tytułem się stanie. Brak pewności w tym zakresie z powodu istnienia warunku dotyczącego ważności ugody uzasadnia, zdaniem Sądu Najwyższego, odmowę wpisania jej treści do protokołu⁵⁷, co oznacza, iż nie wywołuje ona skutków przewidzianych prawem procesowym⁵⁸.

Po nadaniu klauzuli wykonalności ugoda sądowa staje się tytułem wykonawczym. W tym miejscu w sposób szczególny uwypukla się procesowa natura interesującej nas instytucji. Zaznaczyć należy, że „zwykła” ugoda materialnoprawna nie jest objęta tak silnymi gwarancjami ochronnymi, bowiem bez odpowiedniego rozstrzygnięcia sądu nie ma możliwości wykonania jej postanowień za pomocą środków przymusu. Po uprawomocnieniu się postanowienia o umorzeniu postępowania nieskuteczne jest uchylenie się od skutków prawnych zawartej ugody. Strona może natomiast wnieść powództwo o pozbawienie ugody – jako tytułu wykonawczego – wykonalności na podstawie art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c.

Zawarcie ugody sądowej wpływa nie tylko na formę zakończenia postępowania, lecz również na kwestię kosztów procesowych⁵⁹. Zgodnie z art. 104 k.p.c., koszty procesu, w którym zawarto ugodę, znoszą się wzajemnie, jeśli strony nie postanowiły inaczej. Oznacza to, że każda ze stron pokrywa koszty związane z własnym udziałem w sprawie. Ponadto zwolnienie sądu z powinności merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy skutkuje obowiązkiem zwrotu połowy

⁵⁶ Por. uchwała SN z dnia 22 listopada 1968 r., III CZP 108/68, OSNC 1969, nr 11, poz. 190, Lex nr 905; wyrok SN z dnia 9 maja 1997 r., I PKN 143/97, OSNP 1998, nr 6, poz. 181, Lex nr 3165; postanowienie SN z 28 stycznia 2005 r., II CK 341/04, Lex nr 619591; wyrok SA w Katowicach z dnia 12 października 2010 r., III AUa 263/10, Lex nr 1001382.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Por. postanowienie SN z dnia 4 marca 1985 r. III CRN 40/85, Lex nr 8693.

⁵⁹ T. Wojciechowski, op. cit., s. 42, 67.

należnej opłaty od pozwu lub wniosku w sprawie, w której zawarto ugody sądową⁶⁰ (art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. c ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁶¹).

Uwagi końcowe

Wyrażony w art. 10 k.p.c. postulat nakłaniania stron do zawarcia ugody w postępowaniu cywilnym dał podstawę sędziom do inicjowania oraz aktywnego uczestniczenia w procedurze jej zawarcia. Sędzia nie jest już biernym obserwatorem podejmowanych przez strony prób ugodowych, zaś rola sądu nie ogranicza się tylko do kontroli interesującej nas umowy. Ugodowe rozwiązywanie sporu ma szczególne znaczenie z punktu widzenia zachowania poprawności w relacjach między stronami, gdyż nie mamy tu do czynienia z narzuconym rozstrzygnięciem, lecz z samodzielnym uregulowaniem spornego stosunku prawnego przez jego podmioty. Wydaje się, iż cecha ta sprzyja dobrowolnej realizacji postanowień zawartych w takiej ugodzie. Dlatego ugodowe regulowanie sporów polecane jest w sporach rodzinnych lub w sprawach z zakresu prawa pracy. Niemniej w przeciwieństwie do jej czysto materialno-prawnego odpowiednika wykonanie obowiązków określonych w treści ugody sądowej zagwarantowane jest ustawą procesową. W konsekwencji instytucja ta, obok irenicznego charakteru, stała się niezwykle efektywnym sposobem regulowania sporów prawnych.

Summary

Legal nature and legal consequences of the court settlement

Key words: court settlement, legal consequences, mediation, alternative dispute resolution.

The aim of the essay is to present the problem of legal consequences of the court settlement under given provisions of Polish legal system. Determination of legal consequences of the settlement concluded in the court requires defining many important issues like the concept of court settlement (including the idea of right to dispose freely of the subject-matter) and its legal nature. Finally the article presents problem of substantive and procedural effects of drafting the analyzed settlement.

⁶⁰ Tak SN w postanowieniu z dnia 6 sierpnia 1965 r., I PZ 43/65, OSNC 1966, nr 10, poz. 163.

⁶¹ Ustawa z 28 lipca 2005 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 90, poz. 594).

Janusz Ostrowski

Katedra Prawa Kanonicznego

Wydział Teologii UWM

L'indagine previa nel processo penale giudiziario in riferimento alla dimissione dallo stato clericale nel Codice di Diritto Canonico di 1983

Le disposizioni del Codice indicano l'obbligatorietà della via giudiziale per infliggere la pena espiatoria della dimissione dallo stato clericale. Suddetta esigenza risulta dalle seguenti affermazioni della legislazione attuale: il can. 1336 § 1, 5^o stabilisce che la dimissione dallo stato clericale è una pena espiatoria e come tale viene applicata per natura *in perpetuo*, anche se la norma del can. 293 parla della possibilità di essere nuovamente ascritto tra i chierici per rescritto della Sede Apostolica. Le pene perpetue possono essere soltanto *ferendae sententiae* (can. 1336 § 2), cioè costringono il reo, dopo essere state inflitte (can. 1314). Essendo pena perpetua che non si può infliggere per decreto (can. 1342 § 2), la dimissione dallo stato clericale, quindi, è sottoposta all'obbligo di trattare esclusivamente per via giudiziale. Tuttavia, a seguito della concessione in favore della Congregazione per la Dottrina della Fede della facoltà di dispensare dalla via processuale giudiziale, e cioè di procedere per decreto extragiudiziale, suddetta Congregazione, valutata la singola fattispecie, decide di volta in volta, ex officio o su istanza dell'Ordinario, quando autorizzare il ricorso alla via extragiudiziale. In ogni caso, per l'irrogazione delle pene espiatorie perpetue occorre il mandato della Congregazione per la Dottrina della Fede¹.

Le norme specifiche dell'attuale processo penale canonico comprendono tre capitoli: l'indagine previa, lo svolgimento del processo e l'azione contenziosa per risarcimento dei danni. I canoni che riguardano il processo penale offrono soltanto alcune norme specifiche, da integrare nelle rispettive procedure che sono contemplate e rego-

¹ Cfr. Congregatio Pro Doctrina Fidei, *Normae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis*, di 21 maggio 2010, "Acta Apostolicae Sedis" 2010, vol. 102, art. 21 § 2, 1^o, p. 428.

late in altre sezioni del Codice. Esplicitamente lo stabilisce il can. 1728 § 1, riguardo al processo giudiziario.

Il presente articolo si incentrerà sul primo capitolo cioè indagine previa in riferimento al eventuale processo per applicare la pena della dimissione dallo stato clericale. L'indagine previa (can. 1717 § 1) è un procedimento penale preparatorio, previo al processo penale, fatto a norma di legge, allo scopo di dimostrare la fondatezza del fatto delittuoso e le circostanze nelle quali è stato commesso e, infine, la fondatezza dell'imputabilità del soggetto. L'indagine, descritta nel Codice con il termine "inquisitio", in senso ampio si riferisce ad ogni specie di azione che mira a chiarire le circostanze incerte. L'indagine invece, in senso stretto e giuridico, è quella fatta a norma di legge, allo scopo di scoprire il delitto e il suo autore, e viene chiamata indagine previa².

Gli atti preliminari dell'indagine previa

Per dare inizio ad un'indagine indirizzata ad accertare se esistano indizi sufficienti per poter promuovere il processo per l'applicazione di una pena, è evidentemente necessario avere previamente notizia del delitto che è stato commesso (can. 1717 § 1). La notizia del delitto deve essere almeno probabile. Essa non può essere semplicemente una supposizione ma deve essere confermata dai dati e dalle prove ottenuti che confermano il fatto del delitto. La probabilità si riferisce non solamente all'esistenza dell'atto ma anche al fatto che questa abbia le caratteristiche dell'atto delittuoso punibile con una sanzione penale. La notizia deve indicare la persona dell'indiziato, le prove e la presunzione della sua imputabilità.

Il Legislatore non prescrive quali possano essere le fonti della notizia del delitto. Si può affermare che le fonti della notizia possono essere la denuncia giudiziale fatta da una persona, la querela della parte lesa per la riparazione dei danni, il rumore e la pubblica fama, ed altre fonti possibili. La denuncia di cui si tratta è detta giudiziaria, perché è fatta al superiore ecclesiastico, però non costituisce un atto giudiziale; essa promuove soltanto l'investigazione e il denunciante non entra nel giudizio come attore³. La denuncia ha carattere puramente informativo e, in ogni modo, la presentazione della denuncia non suppone l'esercizio dell'azione criminale riservata unicamente all'Ordinario e per ordine di lui al promotore di giustizia (can. 1430 e 1721 § 1), mai alla parte lesa⁴. La notizia del delitto deve essere almeno probabile (can. 1717 § 1) e deve essere valutata con osservanza della normativa data nel can. 1717 § 2. La denuncia del delitto deve trattare di un fatto reale, basarsi su una verità ed essere ben

² Cfr. T. Pawluk, *Kanoniczny proces karny*, Warszawa 1978, p. 118.

³ Cfr. F. D'Ostilio, *Prontuario del Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano 1995, p. 613.

⁴ Cfr. J. Sanchis, *De Processu poenali. Introducción. De praevia investigatione*, [in:] AA.VV., *Comentario exegetico al código de derecho canónico*, a cura di A. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña, Pamplona 1996, vol. 4/2, pp. 2063.

motivata. In caso contrario essa diverrebbe semplicemente una calunnia e una diffamazione⁵.

La fonte di notizia del delitto può essere anche la querela della parte lesa per il risarcimento dei danni subiti. Se la querela fatta da parte lesa si debba considerare come la notizia del delitto, la decisione a questo riguardo spetta all'Ordinario. Di rumore si può parlare nel caso in cui un certo numero di persone parlasse di un delitto senza avere dati precisi⁶. È una notizia incerta, ma se viene data da una persona credibile, l'Ordinario può considerarla, a norma del can. 1717 § 1, come sufficiente per intraprendere l'attuazione dell'indagine previa. Della pubblica fama, invece, si può dire quando la notizia di un delitto si è diffusa e almeno la maggior parte di una certa società, ne parla⁷. Le fonti di una notizia, almeno probabile di un delitto, possono essere tutte le altre circostanze che provano che il fatto compiuto da qualcuno contiene le caratteristiche descritte nel can. 1321 §§ 1–2, cioè quelle di un atto delittuoso e punibile.

In ogni momento, l'Ordinario deve vigilare sull'osservanza della disciplina ecclesiastica nella Chiesa particolare a lui affidata, prima di tutto nel ministero della parola, nella celebrazione dei sacramenti, nel culto di Dio (can. 392), perché gli abusi, fra l'altro in questo campo del ministero sacerdotale, possono costituire la materia delittuosa sanzionata con la pena della dimissione dallo stato clericale (can. 1364 § 2, 1367, 1387). Questa vigilanza dell'Ordinario riguarda anche la valutazione delle notizie che siano almeno probabili, e soprattutto se sia ammissibile intraprendere contro l'indiziato l'indagine previa.

L'oggetto dell'indagine previa

L'oggetto dell'indagine previa è triplice: fatti, circostanze, imputabilità (can. 1717 § 1). Perché la violazione esterna della legge sia delittuosa si richiede, inoltre, che tale azione sia gravemente imputabile al suo autore per dolo o per colpa (can. 1321 § 1). Pertanto nello svolgimento dell'indagine devono essere tenute presenti tutte le circostanze del delitto e le cause attenuanti, aggravanti ed esimenti contemplate nei cann. 1322–1325, e quelle altre che la normativa particolare abbia potuto stabilire a tenore del can. 1327. Il materiale raccolto dall'investigatore deve dare risposta alle domande: se il delitto sia stato compiuto realmente, quando e in quali circostanze, se il vero autore del delitto sia la persona che viene sospettata e quale sia l'imputabilità dell'autore⁸. L'autore dell'indagine deve, in base a queste domande, dare non le risposte definitive (can. 1428 § 3 in riferimento al can. 1717 § 3) ma raccogliere il materiale

⁵ Cfr. T. Pawluk, *Kanoniczne przestępstwo zniewagi i zniesławienia*, „*Studia Warmińskie*” 1981, vol. 18, pp. 445–465.

⁶ Cfr. T. Pawluk, *Kanoniczny proces ...*, p. 125.

⁷ Cfr. *ibidem*.

⁸ Cfr. *id.*, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, Olsztyn 1990, vol. 4, p. 379.

necessario (can. 1718 § 1). L'autore dell'indagine deve personalmente badare ai fatti e raccogliere il materiale e, nei limiti del possibile, gli elementi che esistono a conferma del delitto e della sua imputabilità. La determinazione della data del delitto è molto importante per chiarire se l'azione delittuosa non è andata in prescrizione; in questo caso il processo sarebbe impossibile (can. 1362).

Avendo affermato l'esistenza del fondamento oggettivo e soggettivo della possibilità e dell'opportunità d'inizio dell'indagine previa, cioè il delitto e l'imputabilità, è necessario determinare l'esistenza della possibilità legale per iniziare il processo penale. Di regola è punibile soltanto il delitto consumato. Il tentativo di delitto, invece, o le sole azioni preparatorie a questo, sono punibili eccezionalmente. La possibilità di iniziare un processo penale contro l'autore di azioni preparatorie al delitto o contro l'autore del tentativo di delitto, è possibile soltanto quando la norma espressamente stabilisce la punibilità del tentativo o dell'azione preparatoria. In questo punto è da ricordare che nel Codice troviamo i delitti che non debbono realizzarsi completamente per essere puniti e in questa situazione il tentativo del delitto corrisponde alla sua consumazione ed è possibile la punizione. Si può dare l'esempio dei delitti commessi dai chierici che possano condurre alla dimissione dallo stato clericale: delitto per *sollicitationem ad turpia* (can. 1387) e per attentato matrimonio (can. 1394). La punibilità dei delitti di questo tipo è la stessa che il delitto consumato, perché in questo caso la consumazione consta nell'invito. L'inizio del procedimento penale contro l'autore del delitto che include in sé tutte le esigenze normative date dai cann. 1387 e 1394 si deve considerare necessario, come nel caso del delitto consumato.

La normativa del Codice stabilisce che in caso della partecipazione di più persone al delitto, possano essere puniti mandante o autore principale, realizzatore materiale e complici necessari, essendo tutti sullo stesso livello di imputabilità (can. 1329), salvo che per qualcuno di essi non intervengano particolari elementi o circostanze che aggravino. Tutti gli altri complici stanno su un livello inferiore, ma tra essi c'è chi ha maggiore e chi minore imputabilità⁹. Tale situazione può riguardare i delitti contro il sesto comandamento, descritti nel can. 1395.

I soggetti dell'indagine previa

A norma del can. 1717 § 1 soggetti attivi dell'indagine previa sono l'Ordinario e la persona alla quale l'Ordinario ha affidato il compito di svolgere l'indagine, che ha diritto di essere aiutato dal notaio. I soggetti passivi sono l'imputato e la parte lesa. Nel caso della dimissione penale dallo stato clericale, sembra che la parte lesa può avanzare pretese in riferimento ai delitti contro il sesto comandamento compiuti con violenza, o minacce (can. 1395 § 2). L'autorità competente ad eseguire l'indagine previa è l'Ordinario. Su di esso ricade ogni responsabilità nell'indagine preliminare, che può

⁹ Cfr. A. Calabrese, *Diritto penale canonico*, Alba 1990, pp. 82-83.

compiere sia personalmente sia per mezzo di una persona idonea. A lui compete decidere sull'inizio o meno dell'indagine stessa e sulla sua conclusione, sull'avvio del processo, sulla scelta della via da seguire, sull'archiviazione¹⁰. I testi dei canoni che trattano dell'indagine utilizzano sempre di proposito il termine Ordinario, volendo con esso includere fra gli altri anche quelli che stanno a capo degli Istituti religiosi e Società di vita apostolica clericali di diritto pontificio e il prelado personale (cann. 134 § 1 e 295 § 1). A questo elenco degli Ordinari si deve aggiungere ancora l'Ordinario militare, equiparato nel diritto al vescovo diocesano¹¹. Il vicario giudiziale non viene nominato nell'ordinamento con il nome d'Ordinario, perciò non può compiere l'indagine previa in forza del suo ufficio. Di regola l'Ordinario non dovrebbe delegarlo a compiere l'indagine perché, se ciò avvenisse, egli non potrebbe, in caso di processo giudiziario, svolgere la funzione di giudice (can. 1717 § 3). Quale sia l'Ordinario competente, in ogni singolo caso, viene determinato dalle norme di competenza riguardanti le cause penali, stabilite in ragione del territorio, delle persone e della materia.

In base al criterio territoriale, è competente: secondo il "*forum delicti*", l'Ordinario del luogo in cui il delitto è stato commesso (can. 1412); secondo il *forum domicilii*, l'Ordinario del luogo in cui l'indiziato ha il domicilio o il quasi-domicilio, o se ne è privo, dove si trova di fatto (cann. 1408-1409). In base al criterio personale, come già è stato rilevato, per i religiosi degli Istituti religiosi clericali e per membri delle Società di vita apostolica clericali, entrambi di diritto pontificio, gli Ordinari competenti sono i loro Superiori maggiori (cann. 134 § 1 e 1427 § 1). Ci sono, inoltre, in ragione delle qualità della persona, altri criteri di competenza riguardanti, ad esempio, i Cardinali, i Legati, i Vescovi i quali possono essere giudicati soltanto da Romano Pontefice (cann. 1405 e 1444). In base al criterio della materia del delitto, la competenza è stabilita dal can. 1411 § 2, secondo il quale se la causa verta su obblighi che provengono da altro titolo, diverso da quello del contratto, la parte può essere chiamata in giudizio avanti al tribunale del luogo dove l'obbligo è sorto o deve essere adempiuto. Questa disposizione riguarda ad esempio la situazione dei chierici che si trovano fuori della loro circoscrizione ecclesiastica e vi commettono il delitto. In tali casi potrebbe conoscere il delitto l'Ordinario del luogo della loro incardinazione, cioè l'Ordinario proprio. Altro criterio, in ragione della materia, è stabilito dalla Costituzione Apostolica *Pastor Bonus*, nell'art. 52, che affida alla Congregazione per la Dottrina della Fede il giudizio dei delitti contro la fede e i delitti più gravi commessi sia contro la morale, sia nella celebrazione dei sacramenti, che vengono ad essa segnalati.

L'Ordinario, anche se può personalmente compiere l'indagine previa, è meglio che l'affidi a un'altra persona idonea che viene denominata investigatore (can. 1718 § 4). Questo può essere richiesto dalla necessità di eliminare il sospetto o la possibilità di parzialità, come anche può essere necessario per proteggere l'Ordinario dall'eventuale

¹⁰ Cfr. J. Sanchis, *L'indagine previa al processo penale (cann. 1717-1719)*, [in:] AA.VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano 1992, p. 242.

¹¹ Cfr. Giovanni Paolo II, Costituzione Apostolica *Spirituali militum curae*, di 21 aprile 1986, art. 1, § 1, "Acta Apostolicae Sedis" 1986, vol. 78, p. 481.

odio da parte dell'indiziato. Inoltre, chi ha svolto il ruolo dell'investigatore non può fare da giudice in esso, se in seguito sia avviato un processo giudiziario (can. 1717 § 3). Per questa ragione non si è ritenuto opportuno che il promotore di giustizia, in quanto tale, intervenga in questa fase previa del processo.

Il can. 1717 § 3 stabilisce che l'investigatore ha gli stessi poteri ed obblighi che ha l'uditore nel processo. In tal senso all'uditore e nella stessa misura all'investigatore spetta, secondo il mandato del giudice, in campo penale si tratta dell'Ordinario, raccogliere le prove e trasmetterle al giudice. L'investigatore può anche, a meno che non si opponga il mandato del giudice, decidere quali prove debbano essere raccolte e secondo quale metodo, se eventualmente sorga controversia in proposito durante l'esercizio delle sue funzioni (can. 1428 § 3). Gli obblighi generali dell'investigatore li possiamo ricavare dai canoni che si riferiscono direttamente agli obblighi del giudice (cann. 1446–1457) e, con opportuno adattamento, le norme riguardanti le prove (cann. 1526–1583). A motivo della natura e caratteristiche del suo compito, l'investigatore deve promettere di adempiere fedelmente l'incarico e di osservare il segreto nei limiti e secondo le modalità determinate dal diritto o dal vescovo¹². La nomina dell'investigatore compete all'Ordinario che, nello scegliere la persona idonea, è completamente libero.

I soggetti passivi dell'investigazione previa sono l'indiziato e la parte lesa. L'indiziato è una persona sulla quale ricade sospetto di aver commesso il delitto. Durante la fase dell'indagine previa, il termine tecnico più esatto per indicare la persona sulla quale ricade il sospetto di aver commesso il delitto o di essere complice in esso, è quello di indiziato¹³. Il probabile l'autore del delitto fino all'atto formale d'accusa, non può essere, dal punto di vista giuridico, considerato come accusato. L'indagine previa entra nella vita privata della persona indiziata come pure degli altri. D'altronde, non va dimenticato che uno dei principi informativi su cui poggia lo svolgimento dell'inchiesta è quello di evitare che qualcuno, anche indiziato, possa essere danneggiato infondatamente nella sua buona fama (can. 1717 § 2). L'indagine intrapresa troppo precipitosamente, o con indizi insufficienti, potrebbe causare gravi danni personali e sociali¹⁴. L'indiziato durante lo svolgimento dell'indagine resta sostanzialmente un soggetto passivo di essa. Il processo penale è diretto a dimostrare la colpevolezza dell'indiziato e non a provare l'innocenza di lui, come era nella normativa precedente. In tal senso, l'obbligo della prova spetta al giudice.

Il Codice intende per parte lesa la persona o persone che hanno subito il danno causato dal delitto. Esse possono dare notizia del delitto mediante denuncia e facilitare la raccolta dei mezzi di prova; tuttavia ciò non suppone l'esercizio dell'azione penale, che è riservata al promotore di giustizia (can. 1721 § 1). L'intervento della parte lesa nell'indagine previa e nel processo penale si limita ad offrire o proporre gli elementi tendenti a difendere il suo diritto e ad esercitarlo, se lo ritenga opportuno. Inoltre, essa

¹² Cfr. cann. 471 § 1; 1454; 1455; 1717 § 2.

¹³ Cfr. J. Sanchis, *L'indagine previa al processo penale...*, p. 246.

¹⁴ Cfr. T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu...*, p. 380.

ha diritto di promuovere, nel corso del processo penale stesso, un'azione contenziosa per la riparazione dei danni causati dal delitto (can. 1729 § 1), e alla quale può rinunciare in qualsiasi stadio del processo.

Le fasi dell'indagine previa

Prima che l'Ordinario prenda una decisione riguardo all'inizio dell'indagine, deve assicurarsi che esistano le premesse che permettono di iniziare e svolgere contro l'indagato l'indagine previa, e che la notizia di un delitto sia almeno probabile (can. 1717 § 1). Non è possibile iniziare un processo penale e neanche un'indagine previa se:

- il delitto o l'autore di esso non siano sottoposti alla giurisdizione della Chiesa;
- il suddetto delitto non entra nella giurisdizione dell'Ordinario;
- l'azione criminale sia estinta a causa della prescrizione (can. 1362);
- per lo stesso delitto sia stata già irrogata una pena;
- lo stesso delitto sia oggetto di un altro processo penale.

L'indagine ha inizio con decreto dell'Ordinario (can. 1718). Il can. 1717 § 1 dispone che ogniqualvolta l'Ordinario abbia notizia, almeno probabile, di un delitto, indaghi con prudenza. La condizione per non dover svolgere l'indagine, viene data quando, a giudizio dell'Ordinario, questa sembri assolutamente superflua: quando gli indizi raccolti siano inconsistenti e risulti altamente improbabile l'esistenza del delitto, o quando il delitto commesso sia pubblico o notorio. Anche se in questo caso non è necessaria l'indagine, sarà comunque necessaria la raccolta degli elementi indispensabili per poter avviare il processo penale.

Perché si possa dare inizio all'indagine previa non basta la notizia del delitto, quasi fosse un atto automatico, ma si richiede, in ogni caso, la decisione dell'Ordinario il quale, mediante un atto giuridico formale, darà inizio all'indagine, dando contestualmente indicazione dell'investigatore nel caso in cui non voglia compierla personalmente (can. 1717 § 1). In questa prima fase introduttiva dell'indagine, l'Ordinario designa il notaio con il compito di redigere il verbale, durante lo svolgimento dell'indagine (can. 483 § 1). Il Codice dice poco sullo svolgimento dell'indagine. È chiaro che si deve indagare con prudenza e riservatezza, non solo per non compromettere l'esito della stessa indagine, ma soprattutto per non danneggiare l'indiziato, mettendone in pericolo la buona fama a cui egli ha sempre diritto. All'investigatore spetta la raccolta del materiale sui fatti e le circostanze del delitto e sull'imputabilità dell'indiziato, decidendo, ai sensi del can. 1428 § 2, quali elementi debbano essere raccolti e secondo quale metodo, perché l'Ordinario possa decidere alla luce di essi le misure da prendere. Nello svolgimento dell'indagine, l'investigatore deve osservare la normativa giuridica prescritta nei cann. 1526–1583 sulle prove, ed agire sotto la discrezione dell'Ordinario. Il ruolo dell'investigatore si limita solo a raccogliere il materiale e a trasmetterlo all'Ordinario¹⁵. Bisogna tenere presente che le prove raccolte negli atti

¹⁵ Can. 1717 § 3 in relazione con il can. 1428 § 3.

dell'indagine non costituiscono le prove in senso giudiziario vero e proprio; perché queste abbiano valore e forza probante, in ordine alla sentenza, dovranno essere allegatte e riprodotte in giudizio.

La fase conclusiva dell'indagine previa non ha stabilito alcun limite di tempo alla durata. Sembra che il tempo sia prescritto nel can. 1362, dove si stabilisce che l'azione criminale si estingue per prescrizione nel termine generale di tre anni, salvo alcune eccezioni. Queste eccezioni riguardano i delitti per attentato matrimonio (can. 1394), contro il sesto comandamento (can. 1395 § 1), contro la vita e la libertà umana (can. 1397 e can. 1398) per i quali l'azione criminale si prescrive in cinque anni (can. 1362 § 1, 2°). I delitti contro la fede, contro l'Eucaristia, contro il sacramento di penitenza come pure per *solicitationem ad turpia*, contro il sesto comandamento (can. 1395 § 2) entrano nella categoria della eccezione, se essi siano più gravi, ed siano segnalati alla Congregazione per la Dottrina della Fede, che riserva a sè la trattazione di questi delitti (can. 1362 § 1, 1°). In questi casi l'azione criminale si prescrive in vent'anni¹⁶. Trascorso il tempo previsto per la prescrizione dell'azione criminale, l'indagine non può essere intrapresa e nello stesso tempo la continuazione di essa è illogica.

L'indagine previa si concluderà mediante il decreto dell'Ordinario (can. 1719) che decide se gli elementi raccolti sembrano bastare (can. 1718 § 1). Prima della decisione finale dell'indagine, secondo la disposizione del can. 1339 § 1 l'Ordinario può fare, personalmente o tramite un altro, l'ammonizione rivolta a colui che versa nell'occasione prossima di commettere il delitto o a non commetterne di nuovi e al pentirsi di colui che, da un'indagine svolta, sia sospettato di averlo commesso. L'ammonizione è uno dei provvedimenti o mezzi pastorali, in quanto rimedio penale, di cui può far uso l'Ordinario, al fine di avvertire il presunto delinquente della sua situazione e di tentare in tal modo di ottenere il suo emendamento con la conseguente riparazione del danno e dello scandalo. Parlando dell'ammonizione nell'indagine previa, in caso di applicazione delle pene medicinali o censure e le pene espiatorie, fra di loro la dimissione dallo stato clericale (cann. 1394 § 1, 1395 § 1), l'ammonizione costituisce una condizione necessaria (can. 1347 § 1).

L'Ordinario, ancora prima di decidere sul futuro della causa, deve esaminare se non sia conveniente dirimere la questione dei danni secondo il giusto e l'onesto – per evitare giudizi inutili (cann. 1446 e 1718 § 4). Tale norma riguarda, ovviamente, soltanto le cause private il cui oggetto è di libera disposizione delle parti. Nel caso di cause che vertano sul bene pubblico della Chiesa, come sono quelle della dimissione penale dallo stato clericale, nelle quali non è nemmeno ipotizzabile la transazione o il compromesso (can. 1715 § 1), la norma che riguarda la soluzione di questione dei danni secondo giusto e onesto non può essere applicata.

L'investigatore, dopo aver compiuto l'indagine, trasmette il materiale all'Ordinario. Nel momento della trasmissione degli atti cessa la potestà dell'investigatore che era delegata per il caso concreto. L'Ordinario può, a norma del can. 1718 § 3, rivolgersi

¹⁶ Cfr. Congregatio Pro Doctrina Fidei, art. 7 § 1, p. 424.

ai periti o ai giudici per avere una valutazione più approfondita del materiale raccolto, e quando ritenga di poter decidere, prudentemente e fondatamente, su una delle due possibilità da seguire: l'archiviazione degli atti o l'avvio del processo, lo fa mediante un decreto con cui conclude l'indagine previa.

Decisione finale dell'Ordinario

Per giudicare sulla possibilità del processo, l'Ordinario dovrà valutare tutti gli indizi del delitto, così come essi si presentano negli atti dell'indagine. Deve inoltre decidere se vi sia materia sufficiente per procedere o no. È anche importante ricordare che il comportamento dell'indiziato influisce, in modo essenziale, sulla decisione dell'Ordinario, riguardo all'intrapresa successiva del processo penale. L'indiziato, non comportandosi nel modo richiesto dal legislatore, fa sì che la punizione diventi nei suoi confronti necessaria. La certezza sui fatti, richiesta per poter iniziare il processo, non è la stessa che per emettere la sentenza. Per iniziare il processo si richiedono gravi indizi, invece, per emanare la sentenza di condanna, si esige la certezza morale sulla colpevolezza dell'accusato¹⁷. L'indagine previa non porta necessariamente al processo penale. L'Ordinario può rinunciare al processo penale successivo se si considera che, alla riparazione dello scandalo, al ristabilimento della giustizia e all'emendamento del reo, si possa provvedere in altro modo e, cioè, con la correzione fraterna, con la riprensione e con altri mezzi dettati dalla sollecitudine pastorale (can. 1341)¹⁸. Così l'opportunità della punizione, decide direttamente della necessità o della rinuncia al processo penale per applicare la pena (can. 1718 § 1, 2^o). Con questa norma infatti la giustizia penale viene considerata come *ultima ratio*, da usare solo quando altri mezzi meno coercitivi si siano rivelati inefficaci¹⁹. La Chiesa, di fronte al delitto, non può rimanere indifferente. Il delitto infatti ha gli aspetti o connotati di una particolare gravità, sia di fronte a Dio, sia di fronte alla comunità, alla quale si reca danno, introducendo turbamento e scandalo. Di qui si capisce l'obbligo che incombe ad ogni Ordinario di perseguire la punizione dei delitti²⁰.

L'Ordinario che ha valutato conveniente l'avvio del provvedimento penale per l'accertamento del delitto e l'irrogazione o dichiarazione della pena, deve decidere quale via scegliere: amministrativa o giudiziaria (can. 1718 § 1, 3^o). Nonostante l'ampio spazio di discrezionalità lasciato all'Ordinario nella scelta della via da seguire nell'applicazione della pena, il Codice indica i casi in cui deve essere seguita la via

¹⁷ Cfr. M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale canonico*, Roma 1993, p. 419.

¹⁸ Cfr. T. Pawluk, *Pravo kanoniczne według Kodeksu ...*, p. 380.

¹⁹ Cfr. R. Coppola, *La tutela dei diritti nel processo penale canonico*, "Monitor Ecclesiasticus" 1988, n. 113, p. 79.

²⁰ Cfr. V. De Paolis, *Il processo penale nel nuovo Codice*, [in:] AA.VV., *Dilexit Iustitiam. Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani*, a cura di Z. Grochowski, V. Cárcel Ortí, Città del Vaticano 1984, pp. 480-481.

giudiziaria. La pena espiatoria della dimissione dallo stato clericale, essendo perpetua per sua natura²¹, deve essere inflitta soltanto in via giudiziaria, dal tribunale collegiale di tre giudici (can. 1425 § 1, 2°). Tuttavia, alla Congregazione per la Dottrina della Fede è lecito nei singoli casi, d'ufficio o su istanza dell'Ordinario, decidere di procedere per decreto extragiudiziale, di cui al can. 1720, con l'intendimento che le pene espiatorie perpetue siano irrogate soltanto dietro mandato di questa Congregazione²². C'è lecito anche a questa Congregazione di deferire i casi più gravi direttamente alla decisione del Sommo Pontefice in merito alla dimissione dallo stato clericale, insieme alla dispensa dalla legge del celibato, quando consta manifestamente il compimento del delitto, salvo restando il diritto di difendersi²³.

Poiché la finalità dell'indagine previa e della procedura penale è l'accertamento della verità in ordine alla giustizia, l'Ordinario può revocare o modificare il decreto con il quale ha iniziato il processo, ogni qualvolta che sembri necessario o opportuno stabilire diversamente a causa di nuovi elementi, non conosciuti precedentemente dall'Ordinario o non ancora presenti nel momento della decisione (can. 1718 § 2). L'eventuale revoca del decreto, della quale dice il can. 1718 § 1, si fa per mezzo di un altro atto amministrativo (can. 47) e il decreto precedentemente emanato cessa di avere vigore (can. 58 § 1) dal momento della legittima notificazione. La modifica è una correzione del decreto, che conserva i suoi elementi validi. Queste due possibilità di cambiare il decreto possono essere fatte per iniziativa dell'Ordinario oppure su istanza di parte interessata (cann. 57 § 1 e 1734 § 1). La revoca e la modifica possono riferirsi alla decisione di avviare o meno il processo. Tuttavia non sempre né in qualsiasi momento si può cambiare il contenuto del decreto. Se il promotore di giustizia vuole rinunciare all'istanza per mandato dell'Ordinario, perché la rinuncia sia valida, occorre che sia accettata dall'imputato (can. 1724). Inoltre, se durante il giudizio compaiono nuovi elementi per i quali consta con evidenza che il delitto non fu commesso dall'imputato, il giudice lo deve dichiarare con sentenza e assolvere l'imputato (can. 1726).

Se l'Ordinario decreta doversi avviare il processo giudiziario, gli atti dell'indagine devono essere trasmessi al promotore di giustizia, il quale presenterà al giudice il libello di accusa (can. 1721 § 1). Se la decisione dell'Ordinario è stata quella di non avviare il processo, allora si procede all'archiviazione degli atti, come dispone il can. 1719. Il materiale che deve essere archiviato riguarda tutti gli atti dell'indagine previa, cioè la documentazione raccolta durante lo svolgimento di essa, i decreti dell'Ordinario mediante i quali si è dato inizio e si è conclusa, e tutto ciò che la precede: la notizia del delitto, la possibile denuncia e le informazioni raccolte in precedenza.

²¹ Cfr. V. De Paolis, *L'applicazione della pena canonica*, "Monitor Ecclesiasticus" 1989, n. 114, p. 92. Una proposta di abolire del tutto le pene perpetue fu respinta durante il periodo della elaborazione del nuovo diritto penale della Chiesa: cfr. *ibidem*, p. 78.

²² Cfr. Congregatio Pro Doctrina Fidei, art. 21 § 1, p. 428.

²³ *Ibidem*, art. 21 § 2, p. 428.

Conclusioni in sintesi

La pena espiatoria della dimissione dallo stato clericale può essere inflitta in via giudiziale, salvo restando la facoltà della Congregazione per la Dottrina della Fede di dispensare dalla via processuale giudiziale. Il provvedimento penale giudiziario si svolge in due fasi, cioè, l'indagine previa e il processo vero e proprio, se alla base di esso si trovi una motivata e prudente ipotesi, per cui la punizione dell'autore del delitto, come *ultima ratio*, è inevitabile. L'esistenza dell'indagine previa diventa così elemento obbligatorio per l'inizio del processo penale in ordine all'eventuale applicazione della pena, tranne che tale indagine appaia del tutto superflua.

L'oggetto dell'indagine riguarda i diversi elementi costitutivi del delitto: i fatti, le circostanze e l'imputabilità. I soggetti dell'indagine sono: l'Ordinario, l'investigatore, l'imputato e la parte lesa. L'indagine deve essere fatta con prudenza, avvertendo di non mettere in pericolo la buona fama di alcuno. Non vi sono norme precise per condurre l'indagine previa. Però, l'Ordinario, il quale è unico competente per iniziare l'indagine, deve emanare i decreti, sia per dare inizio sia per concluderla. Se il processo risulta possibile e si giudica conveniente l'applicazione della pena, si passerà all'avvio del processo.

Summary

The preliminary investigation in the judicial penal process in relation to dismissal from the clerical state in the Code of Canon Law of 1983

Key words: preliminary investigation, judicial penal process, dismissal from the clerical state, defendant, accused.

In this article the author discusses the rules of the preliminary investigation in the judicial penal process included in Code of Canon Law of 1983 with regard to clerics who committed the crime for which is provided the expiatory penalty of dismissal from the clerical state. Were shown the essential elements of a preliminary investigation in order to detect the crime and its perpetrator, as well as to verify the need for initiation of judicial process.

Valeria Santo

Avvocato del Foro di Taranto e mediatore accreditato presso
Ministero Italiano di Giustizia

La società moderna e le nuove esigenze di accesso alla giustizia

Introduzione

Il cambiamento socio-economico che ha interessato le realtà di tutti gli Stati Membri dell'Unione Europea ha reso necessario il riconoscimento, a livello internazionale, dei diritti e delle libertà fondamentali.

Con la conseguenza che gli interessi a questi sottesi hanno determinato un aumento della conflittualità e, per essa, un aumento del contenzioso giudiziario fino al raggiungimento di livelli ormai insostenibili per l'amministrazione della giustizia¹.

Da qui la ricerca di metodi alternativi di risoluzione delle controversie volti a scongiurare il ricorso alla giustizia ormai troppo onerosa, oltre che inadeguata a garantire una rapida ed effettiva tutela dei diritti, ma soprattutto, finalizzata a ridurre la conflittualità mediante la sollecitazione di comportamenti realmente collaborativi tra le parti che siano finalizzati a ristabilire l'equilibrio compromesso.

La situazione sommariamente delineata è una chiara manifestazione di come sino ad oggi, la giustizia sia stata amministrata dai singoli Stati, ma, soprattutto, di come sia stata percepita ed esercitata dai soggetti di diritto².

¹ Per approfondimenti si veda F. Sitzia, *Mediazione il ricorso al giudice nella società postmoderna*, [in:] a cura di C. Pilia, *Quaderni di conciliazione*, Cagliari 2010, p. 13 e ss, il quale pone in evidenza le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'eccessivo ricorso alla giustizia, che, da un lato, si traducono in un incremento della conflittualità e, dall'altro, evidenziano una inadeguatezza del processo a soddisfare gli interessi ormai plurimi e mutevoli della società moderna che si contrappongono non perché "portatori di un disvalore, bensì" in quanto "portatori di valori in conflitto tra loro". L'autore evidenzia, quindi, la necessità di dar vita ad una cultura giuridica che sia in grado di superare la visione del diritto quale limite imposto ai singoli individui in favore di una nuova concezione che, al contrario, ponga il diritto come fonte di rapporti tra i diversi soggetti dell'ordinamento e, quindi, come elemento essenziale per il progresso sociale.

² In proposito si veda S. Tafaro (*Mediazione e processo. Crisi del processo e ricorso alla conciliazione*, "Białostockie Studia Prawnicze" 2010, n. 8, pp. 317–335). Secondo l'a. la mediazione "diventa espressione di una visione che investe il modo di concepire l'organizzazione della società (cioè dello Stato e delle aggregazioni di Stati) a tutto tondo, ivi compresi gli aspetti legati all'amministrazione della Giustizia. In altre parole,

Le parti di un conflitto hanno, infatti, perso il ruolo attivo nella composizione delle controversie delegato a professionisti i quali, dinanzi ad organi giudiziari o arbitrali, sono i soli che, di fatto, tutelano attivamente gli interessi rappresentati. Ciò accade in quanto il conflitto non è visto come naturale evolversi delle relazioni sociali, ma come un “evento patologico”³.

Ecco che, in tale ottica il ruolo dei professionisti, quali avvocati, periti e di coloro che a vario titolo prendono parte attiva al processo, risulta determinante. In tal modo le parti di esso, lungi dall’assumere un atteggiamento costruttivo e finalizzato al recupero dei rapporti compromessi in una logica collaborativa, si pongono in netta contrapposizione tra loro in un’ottica competitiva finalizzata unicamente all’attribuzione di colpe, al solo fine di poter ottenere una pronuncia giudiziale o arbitrale a sé favorevole⁴. In tal modo, lungi dal raggiungere una reale soddisfazione degli interessi della parte vincitrice del giudizio, si ottiene solo una mera verifica della rispondenza o meno di una situazione di fatto alla fattispecie astratta prevista da una norma⁵. La soluzione del conflitto ottenuta perseguendo le vie giudiziarie si impone, quindi, alle parti e queste sono obbligate ad accettarla senza alcuna possibilità di adattarla alle proprie esigenze e prospettive reali⁶.

È stato posto in evidenza come il diritto e la giustizia si caratterizzino secondo “tre dimensioni”⁷: quella “costituzionale”, quella “transnazionale” e quella “sociale”. La prima determina i valori fondamentali a tutela dei quali il nostro legislatore ha posto gli organi giurisdizionali e che hanno trovato pieno riconoscimento in diversi Stati. La seconda dimensione, sovraordinandosi ai confini dei singoli Stati, giunge sino

le motivazioni che oggi giustificano il ricorso alla mediazione mettono in discussione il modello di organizzazione dello Stato, non foss’altro che per il fatto che i modi d’interazione dei cittadini con le istituzioni, impostati al modello della *democrazia rappresentativa*, sono in crisi, sicché di ciò risente anche la Giustizia (*tout court*) e l’accesso alla Giustizia”.

³ Vedi G. Così, *Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione*, [in:] *Ars Interpretandi*, n. 92004. “Ordine negoziato e ordine imposto: post-modernità e limiti del diritto”, Aa. Vv., D. Farias, *Omaggio alla memoria*, Giuffrè, Milano 2005, p. 3.

⁴ Cfr. S. Tafaro, op. cit.: “In casi sempre più numerosi il commercio ed i contratti investono privati e grandi imprese ed è ovvio che queste ultime dispongono di avvocati e di mezzi molto superiori ai privati, avendo per ciò stesso maggiori probabilità di prevalere davanti ai Tribunali”.

⁵ Cfr: G. Così, op. cit., p. 5: “diversa appare almeno nelle intenzioni, la pace perseguita attraverso il diritto. È la ricerca o il ripristino di un ordine basato sulla certezza dei rapporti: sulla nitida individuazione della separazione della pretesa dall’obbligo, della ragione dal torto. Tale natura della pace che discende dalla sentenza o dal lodo arbitrale o anche dalla transazione, specie se frutto di un mero compromesso intorno a posizioni rigidamente inconciliabili”. In sostanza, l’autore pone in evidenza come il diritto, lungi dal determinare una reale e peculiare soddisfazione dei rapporti intercorrenti tra le parti di un conflitto persegua il solo fine di garantire “ordine e sicurezza” dei rapporti giuridici in ottemperanza al dispositivo di norme disciplinanti fattispecie astratte.

⁶ Cfr: ibidem: il quale evidenzia come nella moderna società prevalgano “sistemi di gestione dei conflitti basati sui sistemi di ordine imposto che non quelli dell’ordine negoziato”. In particolare, mentre nei sistemi del primo tipo le parti non possono determinare l’andamento della procedura dovendosi limitare a soggiacere alle regole procedurali preesistenti ad essa, nel secondo tipo di sistema, invece, le parti si riappropriano del proprio ruolo nella gestione del conflitto.

⁷ M. Cappelletti, *Accesso alla giustizia*, voce *Giustizia, accesso alla*, [online] <www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla_giustizia_%28Enciclopedia_delle_Scienze_Sociali%29/> (21.05.2012).

alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948. Infine, la terza dimensione interessa, in specie, l'accesso alla giustizia ed al diritto mediante la diffusione della mediazione quale metodo alternativo di risoluzione delle controversie.

Il diritto alla ragionevole durata del processo

Evidenti sono gli ostacoli di carattere sia oggettivo che soggettivo di accesso alla giustizia⁸. In particolare, tra i primi sono stati annoverati i tempi della giustizia ordinaria notoriamente lunghi, nonché l'eccessivo carico di spese legali gravante sulle parti cui spesso non corrisponde un reale vantaggio conseguente alla vittoria del giudizio.

Tra gli ostacoli soggettivi, invece, è stata annoverata l'assenza di cognizione circa la titolarità dei propri diritti, nonché la percezione da parte dei cittadini della propria estraneità agli ambienti giudiziari caratterizzati, come è noto, da un eccessivo formalismo⁹.

Il processo, quale modello di ordine imposto, si pone nella moderna società come strumento di risoluzione delle controversie cui i soggetti di diritto maggiormente ricorrono a fronte di un rapporto tra *ius* e *remedium*¹⁰ che garantisca la rispondenza delle situazioni sostanziali ad un diritto preesistente ad esse. Oggi, però, tale rapporto non è più rinvenibile nella realtà in quanto con lo sviluppo della società si assiste alla nascita di nuovi diritti meritevoli di tutela e all'incrementarsi di situazioni di conflitto che approdano inevitabilmente innanzi agli organi giudiziari. In tal modo si è determinata la crisi della giustizia che va analizzata sotto un duplice aspetto: la ragionevole durata del processo ed il ruolo del giudice in riferimento al nostro ordinamento giuridico.

In proposito è necessario chiarire la portata di alcune norme al fine di poter meglio comprendere la problematica in esame.

In particolare, l'art. 24 della Costituzione stabilisce che "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi".

È necessario, in proposito verificare il rapporto esistente tra la norma ora citata e l'art. 111, co. 2, Cost. In particolare, mentre la prima disposizione riconosce un diritto soggettivo ad agire in giudizio, la seconda è rivolta al solo legislatore stabilendo che "ogni processo si svolge in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata"¹¹.

⁸ Si veda F. Galgano, *Giustizia civile e litigiosità*, "Contratto e Impresa" 1993, I, p. 326.

⁹ La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (si vedano in particolare le pronunce sul ricorso n. 62361/2000 e sul ricorso n. 64897/2001) ha stimato la ragionevole durata del processo in tre anni per il giudizio di primo grado e due anni per il giudizio di secondo grado.

¹⁰ In proposito si veda E. Silvestri, *Controversie, risoluzione delle*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, [online] <www.cedam.com/statici/dir_processuale_2_2006.pdf> (21.05.2012).

¹¹ La norma in esame è stata modificata dalla Legge costituzionale del 23 Novembre 1999, n. 2. L'innovazione apportata consiste nell'aver disposto a carico del legislatore nazionale l'obbligo di introdurre una normativa che garantisca il rispetto del principio in esame e, per esso, l'attribuzione ai giudici della Consulta del potere di dichiarare incostituzionale le disposizioni che determinino lungaggini processuali.

Il principio di “ragionevole durata del processo”, di cui all’art. 111, comma 2, Cost. costituisce una riserva di legge e costituzionalizza il principio di economia processuale in quanto è volto a garantire un risparmio di spese ed energie nella tutela dei diritti durante ogni singolo processo e, contestualmente, assicura una più corretta amministrazione della giustizia in senso ampio. In tal modo, il principio in esame è perfettamente in linea con l’art. 6, § 1, della Convenzione Europea del 1950 il quale stabilisce che: “ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole...”. Si tratta di un diritto soggettivo la cui lesione consente al titolare di adire la Corte Europea la quale, ai fini risarcitori, sarà tenuta a valutare sia l’esercizio di poteri da parte del giudice, sia la contrarietà del processo alle norme, nonché ulteriori elementi caratterizzanti il caso concreto sottoposto all’attenzione della Corte stessa¹².

In merito alla questione relativa la riserva di legge sussistente in riferimento al principio di economia processuale, giova evidenziare come la Corte Costituzionale non possa sindacare le modalità di esercizio dei poteri da parte del giudice, né la condotta assunta dalle parti, ma il compito che la Corte è chiamata a svolgere è unicamente finalizzato a verificare la legittimità di quelle disposizioni normative, dalle quali possano scaturire conseguenze pregiudizievoli per eccessive lungaggini processuali o per inutili formalismi.

Ne consegue che è di tutta evidenza lo stretto legame che sussiste con il principio di difesa di cui all’art. 24 della nostra Carta Costituzionale in riferimento al quale il diritto all’azione, garantito dalla norma da ultimo richiamata, non può non essere strettamente connesso con il principio di ragionevole durata del processo, volto a garantire la tutela effettiva dei propri diritti a mezzo dell’esercizio dell’azione giudiziaria¹³.

In riferimento all’Italia giova evidenziare l’importante ruolo svolto dalla Legge del 21 Marzo 2001, n. 89 (Legge Pinto). Poiché, infatti, il nostro Stato ha subito dalla Corte Europea numerose condanne per violazioni inerenti il principio in esame, il nostro legislatore ha previsto per i cittadini, in via pregiudiziale rispetto al ricorso alla Corte Europea, la necessità di adire direttamente la Corte di Appello appartenente ad un diverso distretto rispetto a quello nel cui ambito pende il processo nel quale si sono verificate le violazioni, sulla base di una tabella allegata alla legge stessa. Contro la decisione emessa in appello è stata poi prevista la possibilità di impugnazione innanzi alla Corte di Cassazione.

L’intento perseguito dal legislatore nazionale con l’emanazione della Legge Pinto è stato chiaramente quello di predisporre una tutela giurisdizionale interna per le violazioni del principio di ragionevole durata del processo, in modo da garantire attraverso gli organi giurisdizionali nazionali il rispetto di quei diritti per i quali il nostro Paese più volte è stato condannato dalla Corte Europea.

¹² Per approfondimenti G. Tarzia, *l’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, [in:] *Riv. Dir. Proc.* 2001, pp. 1–22.

¹³ Si veda Corte Cost., 22 ottobre 1999, n. 388, “Foro it.” 2000, I, pp. 1075–1078.

Il giudice adito, al fine di determinare la violazione del principio in esame, dovrà applicare criteri di valutazione analoghi a quelli adottati dalla Corte Europea quali, ai sensi dell'art. 2, comma 2, L.n. 89/2001: 1) la complessità del caso; 2) il comportamento delle parti e del giudice nel corso del processo; 3) il comportamento di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o comunque a contribuire alla sua definizione.

Proseguendo nella nostra analisi, è fondamentale evidenziare il ruolo che il legislatore ha attribuito al giudice nel tentativo, purtroppo rivelatosi vano, di garantire l'attuazione del principio di ragionevole durata del processo.

Gli organi giurisdizionali, infatti, non sono più in grado di fornire le garanzie di speditezza e celerità della giustizia e, per questo, il legislatore ha posto in capo al giudice la titolarità di ulteriori poteri processuali. In proposito vi è stato chi¹⁴ ha individuato due correnti, l'una "endoprocessuale" volta a garantire che il processo si svolga in tempi ragionevoli, l'altra "esterna" al processo volta a sollecitare il ricorso a forme di tutela in sede non contenziosa.

È stato osservato come gli interventi del legislatore volti a garantire "il giusto processo" e la "ragionevole durata" dello stesso, sia siano rivelati inidonei ad intervenire sulle cause della crisi della giustizia, al fine di garantirne l'efficienza¹⁵.

Nell'ottica di ridurre il carico di contenzioso giudiziario e nel tentativo di garantire un processo "equo" e "giusto", finalizzato all'uguaglianza delle parti nel contraddittorio, nonché il controllo della durata del processo, il legislatore è intervenuto a disciplinare l'*officium iudicis* mediante la previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione disposto dal giudice mediante l'ordine di comparizione delle parti¹⁶.

Ma lo scopo perseguito non ha trovato attuazione in quanto questo metodo di risoluzione delle controversie è stato percepito dalle parti in causa come un mero

¹⁴ Si veda L.P. Comoglio, *Il giudizio e le forme alternative di risoluzione delle controversie*, [in:] *Relazione predisposta per l'incontro di studio sul tema "Giudicare, conciliare, mediare"*, organizzato dal C.S.M. in Roma nei giorni 4-6 Dicembre 2006.

¹⁵ Per approfondimenti M. Cappelletti, op. cit., l'autore sottolinea come, sebbene il legislatore sia intervenuto a garantire l'uguaglianza, in realtà si sia limitato a disciplinarla solo da un punto di vista "giuridico-formale", tralasciando, invece, l'aspetto "economico-sociale" afferente, sia le possibilità economiche dei soggetti di diritto di adire la giustizia, sia la coscienza che questi hanno circa la titolarità dei propri diritti. Aspetto quest'ultimo che resta sconosciuto al comune cittadino in quanto conosciuto solo da coloro che abitualmente frequentano le aule giudiziarie, quali i giudici, gli avvocati e tutti coloro che a diverso titolo prendono parte attiva nei procedimenti giudiziari. L'autore sottolinea, quindi, l'importanza al perseguimento di tre fondamentali obiettivi, quali la garanzia dell'accesso alla giustizia mediante la previsione di procedure "più semplici e razionali, più economiche, efficienti e specializzate per certi tipi di controversie", la diffusione delle procedure conciliative e forme di controllo più pregnanti sull'attività pubblica.

¹⁶ Si veda R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*, [online] <<http://www.diritto.it/docs/30912-mediazione-obbligatoria-e-sistema-di-tutela-giurisdizionale-riflessioni-sulla-costituzionalita-del-decreto-legislativo-4-marzo-2010-n-28?page=3>> (21.05.2012), l'autore osserva come "La concezione che vede nell'amministrazione della giustizia una funzione essenziale propria dello Stato moderno al servizio della attuazione della "volontà della legge", con i crismi della relativa incontestabilità sul piano del diritto sostanziale e nel corso dei futuri processi, si rende interprete di una tradizione, ma relega sullo sfondo l'utilità che le parti del processo ricavano dall'esercizio della giurisdizione. Lo scopo del processo tende ad essere colto attualmente, piuttosto, nell'attuazione dei diritti soggettivi dei privati. Se questo è vero si profila in primo luogo l'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono un processo".

obbligo procedurale che, quindi, non è in grado di garantire la partecipazione di queste ultime in un'ottica di collaborazione, quanto, piuttosto, è visto come un ostacolo ulteriore per giungere ad una decisione giudiziale¹⁷.

Si rinviene una particolare differenza intercorrente tra la procedura di mediazione innanzi al mediatore ed il tentativo di conciliazione esperito dal giudice.

Infatti, mentre nella prima, a garanzia del buon esito della procedura, vi è, non solo, la maggiore professionalità del mediatore, rispetto al giudice, nell'utilizzo delle tecniche di mediazione, quanto, soprattutto, il diverso ruolo che le due figure ricoprono nel perseguire l'intento di conciliare i contrapposti interessi. È, infatti, innegabile che le parti si pongano in un diverso approccio alla conciliazione, a seconda che questa si svolga innanzi al giudice o innanzi al mediatore. Mentre innanzi al giudice esse si mostrano solitamente ben poco collaborative nella ricerca di una risoluzione della controversia, in quanto consapevoli che, nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione, il processo proseguirà sino alla decisione giudiziale, saranno restie a palesare i propri reali interessi, nonché i punti di forza ed i punti deboli della propria strategia difensiva ciò al fine di poter meglio influenzare il convincimento del giudice circa la fondatezza delle rispettive ragioni nel prosieguo del processo.

Nel caso della procedura di mediazione, invece, poiché il mediatore è privo di potere decisionale e stante il fatto che il processo è solo una eventualità futura conseguente al fallimento della stessa, ecco che le parti saranno maggiormente propense ad una reale e proficua collaborazione, sia pur con le dovute difficoltà dettate dalla comprensibile sfiducia iniziale nei confronti della controparte, così come pure del mediatore. Ma potranno convincersi più facilmente della necessità di farsi reciproche concessioni in un'ottica collaborativa che, lungi dal risultare pregiudizievole per le proprie strategie, sia, in realtà, necessaria a facilitare la composizione della lite, in grado di ristabilire l'equilibrio compromesso dal conflitto.

Mediazione quale metodo alternativo di accesso alla giustizia

Emerge dalla situazione attuale che il rispetto del principio di ragionevole durata del processo, i costi contenuti ed il "giusto" processo sono gli obiettivi che sia a livello nazionale che comunitario è necessario garantire ai cittadini. Nel Libro Verde del 2002 vengono individuati i principi necessari al perseguimento di tali obiettivi che si sono tradotti nella consapevolezza di individuare l'attuazione mediante l'adozione di metodi

¹⁷ L.P. Comoglio, op. cit., il quale, inoltre, osserva che "al di fuori dei poteri di iniziativa, attribuiti al giudice »dir ettore« del processo per favorire, con la comparizione personale delle parti, la conciliazione giudiziale della causa – non appartenga sul piano istituzionale all'*officium judicis*, nei sistemi processuali di *civil law* (e tantomeno nel nostro), la potestà di stimolare le parti a valersi, ove possibile, di mezzi *alternativi* di tutela stragiudiziale. Al contrario, negli ordinamenti processuali di lingua inglese, le cui radici culturali e tecniche si rinvergono nelle tradizioni di *common law*, siffatta potestà appare, oggi, come una componente del tutto *normale* del c.d. *active case management*".

alternativi di risoluzione delle controversie che abbiano ad oggetto i diritti disponibili in materia civile e commerciale. Ha, quindi, fatto seguito l'emanazione della Direttiva 2008/52/CE che, per la prima volta, dispone l'adozione della procedura di mediazione quale metodo privilegiato nella risoluzione delle controversie ora richiamate in quanto, come esplicitamente enunciato nel considerando 5, l'obiettivo è di garantire nell'ambito della politica comunitaria uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia che si concretizzi in una migliore garanzia al diritto di accesso alla giustizia, ma, soprattutto, ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie, con particolare favore espresso per la procedura di mediazione (considerando 6).

In attuazione di tali obiettivi il considerando 8 specifica che, pur facendo riferimento alle controversie transfrontaliere, la Direttiva comunque consente agli Stati Membri di adottare la procedura di mediazione anche per i procedimenti interni, quindi in ambito civile e commerciale, purchè relativi ai soli diritti disponibili. Il favor espresso dall'Unione Europea per tale procedura trova giustificazione nella peculiarità che presenta rispetto agli altri metodi alternativi di risoluzione delle controversie, che consiste nella volontarietà della procedura cui si affianca la professionalità del mediatore.

In tal modo, la giustizia recupererebbe la sua funzione ordinatoria, oggi fortemente messa in crisi a causa del carico del contenzioso che inficia la garanzia del risultato. Affiora tra i soggetti del diritto solo la convinzione che essa non sia in grado di garantire risultati soddisfacenti in tempi ragionevoli, né a costi sostenibili per i cittadini. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie ed, in particolare, la mediazione hanno l'indubbio vantaggio di essere scevre dal rigido formalismo processuale e, quindi, di indurre le parti a riappropriarsi della gestione del conflitto in un'ottica collaborativa nella quale sono le parti stesse a determinare sostanzialmente la composizione dei propri reali interessi configgenti. Tali regole hanno il solo scopo di garantire che i fatti di causa siano riconducibili ad una fattispecie normativa astratta, in modo da determinare quale parte sia soccombente e quale vincitrice in una logica di attribuzione di responsabilità. In tal modo, però, le parti in causa restano sostanzialmente estranee al processo che si svolge alla sola presenza di professionisti delegati. Il contrario accade nella mediazione che, invece, si svolge in un'ottica collaborativa¹⁸.

Si è inteso dare attuazione alla direttiva dell'UE 2008/52/CE dando delega al Governo affinché provvedesse ad introdurre e disciplinare la mediazione e conciliazione¹⁹; assunto attuato con il successivo decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28²⁰.

¹⁸ Si veda M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Mondadori 2005, p. 195.

¹⁹ L. 19 giugno 2009, n. 69 *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*. Art. 60 *Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali*. La direttiva 2008/52/CE è pubblicata nella "Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea" serie L 136/3 del 24 maggio 2008.

²⁰ Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28. *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*. Per approfondimenti L.P. Comoglio, op. cit., il quale sottolinea come nell'ambito del quadro delle riforme il legislatore sia intervenuto, al fine di garantire la celerità e speditezza del processo, ad attribuire al giudice

Da un punto di vista meramente personale le parti di una controversia dovrebbero guardare alla mediazione come una vera opportunità per la tutela dei propri interessi personali. È stato, infatti, sottolineato il ruolo che la mediazione ricopre nell'ambito dell'autonomia privata in quanto gli accordi che tramite questo metodo le parti di una controversia raggiungono sono l'esito di una diretta regolamentazione dei propri interessi²¹. Si sottolinea, in proposito, che la mediazione, lungi dall'essere finalizzata alla determinazione di colpe e alla attribuzione di responsabilità, mira, come ora evidenziato, alla reale soddisfazione degli interessi che avviene lontano dal rigido formalismo processuale e nell'ottica di una reale collaborazione delle parti le quali, piuttosto che dirsi soddisfatte dalla condanna della controparte, mirano, in un'ottica di collaborazione, al recupero del rapporto mediante forme di riparazione in favore del danneggiato che, spesso, possono anche essere meramente simboliche²². In sostanza evidenzia come nella procedura di mediazione vi sia una maggiore attenzione agli interessi sostanziali delle parti ed una sensibile attenuazione del formalismo della procedura²³.

Le controversie che si prestano ad essere risolte più proficuamente mediante la procedura di mediazione sono quelle di modico valore. Si tratta di quelle in cui una delle parti è il consumatore o l'utente di un pubblico servizio. Particolarmente, queste tipologie di cause evidenziano la funzione della mediazione quale è quella di garantire l'accesso alla giustizia a tutti i soggetti che in tal modo evitano di sostenere costi senza dubbio maggiori e contestualmente l'esito incerto della decisione finale del giudizio²⁴.

La mediazione assume, quindi, un ruolo funzionale di deflazione del contenzioso civile e commerciale e di rallentamento dell'accesso alla giustizia. Ma è innegabile la funzione sociale cui essa assolve in quanto promuove il dialogo tra i soggetti portatori di opposti interessi, incentivandone l'impegno ad una reale e proficua collaborazione.

ulteriori poteri ad esse finalizzati. L'a. ripercorre, poi, le figure di conciliazione esistenti nel nostro codice di procedura civile, in particolare, quella di natura giudiziale, esperita nel corso del procedimento o in sede di trattazione o, successivamente, durante l'attività istruttoria e persino nel secondo grado di giudizio. Di segno contrario S. Tafaro secondo il quale: "la direttiva europea e lo spirito della mediazione sono stati traditi dalla normativa italiana. Infatti, mentre la direttiva, pur nella sua ottica ristretta al contenzioso giudiziario, ipotizza una mediazione a tutto campo, in Italia, proprio per la predetta finalità pre-processuale (tendente a ridurre i processi civili), la mediazione è poco libera, essendo imposta in via obbligatoria, ed ha margini ristretti, poiché interviene solo sulla stessa materia dell'eventuale futura lite. Di conseguenza, viene meno allo scopo principale: quello di consentire una valutazione che travalichi gli aspetti di legge, per esperire accomodamenti di reciproco gradimento". Sul punto v. altresì, le caustiche osservazioni di G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione. Le cose che non vanno*, [in:] *Judicium il processo civile in Italia e in Europa*, 2010 [online] <www.judicium.it>.

²¹ Si veda C. Troisi, *Conflitto, mediazione e diritto*, [in:] *Riv. it. di conflittologia*, n. 1-3, Labrys 2007.

²² Sul punto v. anche R. Caponi, *Autonomia privata e processo civile (appunti sul possibile ruolo del notaio e della crisi coniugale)*, "Foro it." 2008, p. 162.

²³ Sull'assimilazione della procedura di mediazione al procedimento giudiziario si registrano in dottrina opposte opinioni tra le quali: S. Giavarrini, [in:] *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A. Castagnola e F. Delfini, Padova 2010, commento all'art. 8, p. 130, ne sottolinea la natura strettamente processuale.

²⁴ Si veda F.P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, [in:] *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, p. 1203, critica la visione dei metodi alternativi delle controversie quale strumento deflativo del carico giudiziario. Si tratterebbe, infatti, del principio di sussidiarietà per il quale il ricorso alla tutela giurisdizionale sarebbe l'*extrema ratio* a disposizione delle parti in caso di fallimento della procedura di mediazione.

Il nostro Stato si è affacciato a questa esperienza, già in passato in ambiti diversi e di non scarso rilievo giuridico, quali la procedura di conciliazione in ambito lavoristico, quella in sede di Camere di Commercio, Industria e Artigianato. Ma l'adesione alla scelta comunitaria è innegabile che abbia una valenza sociale. La scelta comunitaria, infatti, si è concretizzata nella emanazione nel 2002 del Libro Verde con cui tale strumento di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale veniva privilegiato quale valida alternativa alla giustizia ordinaria in ragione della valenza sociale di cui è portatrice, posto che, come innanzi evidenziato, induce i soggetti di diritto ad intraprendere la strada della proficua collaborazione per la soluzione dei conflitti. Sembrano privi di rilievo i dubbi di costituzionalità sollevati in riferimento alla introduzione nel nostro ordinamento giuridico della procedura di mediazione. Già con l'introduzione della obbligatorietà della conciliazione in ambito lavoristico, la Corte Costituzionale aveva espresso il suo orientamento favorevole in quanto condizione di proponibilità e di procedibilità della domanda giudiziale. Infatti, la previsione del metodi conciliativi in via obbligatoria quale soluzione stragiudiziale delle controversie, non contrasta con i principi costituzionali purché non renda difficoltoso l'accesso alla giustizia. Nel caso di specie, la procedura di mediazione, in riferimento alla questione di procedibilità della domanda giudiziale, non pone alcun rilievo negativo. Quindi, come anche statuito dalla Corte di Giustizia (Corte di Giust. CE 18 Marzo 2010 n. 318/08) "l'accesso obbligatorio alla fase stragiudiziale, oltre a non limitare le garanzie del diritto di azione e difesa in giudizio, neppure deve essere eccessivamente oneroso per le parti. Stabilisce, infatti, la Corte di Giustizia nella sentenza n. 317 del 10 Marzo 2010, che "i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, non ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a questa procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone".

Nonostante tale pronuncia, sembra difficilmente superabile il dubbio circa la rispondenza dell'obbligatorietà della procedura di mediazione all'art. 24 della Costituzione che stabilisce il diritto alla sentenza. Tale diritto, infatti, sarebbe ostacolato dalla norma di legge che frapponga al suo libero esercizio l'obbligo di previa esplicazione della procedura conciliativa.

Conclusioni

In conclusione, dall'analisi svolta è evidente la funzione sociale che la procedura di mediazione è chiamata a svolgere. Il superamento tanto da parte del legislatore

comunitario quanto da parte del legislatore nazionale della visione che vede nel conflitto un evento patologico in favore di un orientamento che, al contrario, intende le controversie come il naturale evolversi dei rapporti che tra i soggetti di diritto si instaurano, ha favorito la scelta della procedura di mediazione quale metodo alternativo al ricorso alla giustizia ordinaria per la risoluzione delle controversie sorte in ambito civile e commerciale.

È evidente che tale scelta risponde alla volontà del legislatore di consentire alle parti di recuperare il ruolo attivo nella risoluzione dei conflitti, sino ad oggi delegato ai validi professionisti, veri protagonisti dei procedimenti giudiziari, ma che rende la giustizia una realtà estranea ad esse.

Poiché la tutela giurisdizionale si manifesta in questi termini, spesso le decisioni dell'autorità giudiziaria, lungi dall'essere il risultato della ricerca dei reali motivi sottesi al conflitto, mirano solo ed unicamente a garantire che una condotta sia o meno rispondente alla norma cui essa è ricondotta. Al contrario, nella procedura di mediazione, le parti, partecipando attivamente alla procedura, recuperano un ruolo attivo nella ricerca delle motivazioni che hanno determinato il sorgere del conflitto, nonché dei loro interessi ed aspettative ed alla necessaria ricerca di una o più soluzioni possibili al fine di garantire tra loro la durevolezza del rapporto stesso.

È evidente che l'aver introdotto tale procedura come obbligatoria nell'ambito di materie tassativamente elencate evidenzia la necessità di garantire ai soggetti del conflitto la ripresa dei rapporti che si sostanzia nella soddisfazione dei reali interessi da esse perseguiti proprio affinché la risoluzione del conflitto, raggiunta con la procedura di mediazione, possa rivelarsi durevole nel tempo e realmente riparatoria della conflittualità²⁵.

Sebbene i vantaggi che le parti in lite riceverebbero dall'espletamento della procedura di mediazione siano pregnanti, ad oggi sono molte le perplessità espresse da più parti circa l'adeguatezza di tale procedura a tutelare gli interessi che di volta in volta emergono dalle situazioni conflittuali.

Così come dubbi sono stati espressi in merito alla possibilità, pure auspicata dal legislatore nazionale, che tale metodo possa ridurre il carico di contenzioso dinanzi alle autorità giudiziarie.

Si è parlato in proposito di ordine dato, quale è quello del diritto che si pone come "rigido, verticale e gerarchizzato" al quale si contrappone "l'ordine negoziato" nel quale ben può ricondursi la mediazione, che, invece, è "orizzontale e consensuale", in cui le parti si riappropriano della gestione del conflitto²⁶.

²⁵ Per approfondimenti F.P. Luiso, op. cit., critica la visione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie quale strumento deflativo del carico giudiziario. Si tratterebbe, infatti, del principio di sussidiarietà per il quale il ricorso alla tutela giudiziaria sarebbe l'*extrema ratio* a disposizione delle parti in caso di fallimento della procedura di mediazione.

²⁶ Si veda in proposito M. Bouchard e G. Mierolo, op. cit., pp. 194–195, i quali sottolineano come il ricorso alla procedura di mediazione consenta al diritto di recuperare "la sua forza ordinatrice restituendo la giustizia ad una dimensione più umana nei rapporti con la cittadinanza costretta a scegliere percorsi burocratici e altamente formalizzanti solo in mancanza di soluzioni alternative consensuali". Una interessante riflessione è,

Nonostante siano state avanzate da più parti perplessità circa la possibilità che la scelta di tale procedura come obbligatoria nella risoluzione delle controversie in ambito civile e commerciale possa raggiungere gli obiettivi auspicati dal legislatore comunitario e per conseguenza dai legislatori degli Stati Membri, non può, comunque, negarsi il fondamento di tale scelta che, come evidenziato, mira a garantire che i soggetti di diritto si riappropriino del loro ruolo nella gestione del conflitto posto che è innegabile che questo trovi la propria causa proprio nei soggetti del rapporto stesso.

Summary

The modern society and the changing needs of access to justice

Key words: mediation, development, justice, interest, resolution.

The development of modern society is revealed with a socioeconomic change which necessitated the recognition of fundamental rights. From knowledge of the ownership of such rights they have resulted in increased conflict, resulting in increased load of controversy within the judicial authorities. This has led to a sharp slowdown in legal proceedings and increased costs and time required to obtain a final judicial decision which, although aimed at ensuring the compliance of a factual situation in this case provided for in the abstract rules of law, resulting in mere announcement of the winner and an unsuccessful court proceedings without, however, provide no real composition of the interests underlying the conflict. Here, in this social context, the Community legislature has intervened with the Directive 2008/52/EC by means of which, by requiring Member States to adopt the procedure of mediation as an alternative method to the ordinary justice to resolve conflicts, returned to the subjects of law, have become strangers to the reality of the courtroom because of the strict formalism, active role in conflict management. The purpose of this paper is therefore to analyze the access to justice against the development of modern society and the consequences that this development occurs on the principle of reasonable duration of the process and, therefore, the right of the parties in conflict to have justice quickly, cost-effective and, above all, both the composition of the underlying real interest to any dispute. Within this reality, will be considered in particular the mediation procedure.

inoltre, svolta in merito alla distinzione della giustizia in "impositiva" e "compositiva". In particolare, la mediazione consentirebbe il recupero di un "finalismo sostanziale" che il ricorso al procedimento giudiziario non è più in grado di garantire in quanto, piuttosto, che consentire la ricostruzione dei fatti che hanno determinato il sorgere del conflitto, la tutela giurisdizionale sembra maggiormente incentrarsi sulla ricostruzione dei fatti al solo fine di verificarne la riconducibilità a fattispecie astratte ipotizzate dalle norme di diritto ed, in tal modo, giungere all'attribuzione di responsabilità meramente giuridiche. Al contrario, la mediazione consentirebbe alle parti di ricostruire la verità naturale dei fatti, scevra dai meri aspetti giuridici e, per questo, più adatta a far emergere gli interessi sottesi al conflitto affinché la soluzione cui le parti dovessero giungere rispecchi i loro reali interessi e non la mera rispondenza a norme giuridiche.

Michał Norbert Faszczka
Uniwersytet Warszawski

Kara dziesiątkowania w późnorepublikańskiej armii rzymskiej*

Według tradycji kara dziesiątkowania, czyli decymacji (łac. *decimatio*), po raz pierwszy została zastosowana w armii rzymskiej w 471 r.¹ U schyłku republiki uchodziła już jednak za archaiczną². Podobną opinię wyraził w II wieku po Chr. Publiusz Korneliusz Tacyt Cecyna³, podkreślając starożytność decymacji⁴. Wszystko to wskazuje, że dziesiątkowanie należało do najwcześniejszego katalogu rzymskich kar republikańskich, co nie oznacza jednak, że w toku dziejów nie podlegało daleko idącym modyfikacjom. Decydujący pod tym względem okazał się I w., znacząco wpływając na formę wykonywania decymacji w późniejszych latach.

Pomimo tego, że dziesiątkowanie od lat wzbudza zainteresowanie, to do tej pory nie ukazała się żadna monografia czy nawet artykuł przekrojowy, którego autor próbowałby usystematyzować wspomniane zjawisko. Badacze koncentrujący swoje zainteresowania na rzymskiej dyscyplinie wojskowej ograniczali się zazwyczaj do przytoczenia przekazu Polibiusza z Megalopolis, uzupełniając go co najwyżej stwierdzeniem o wyjątkowości tego typu kary na tle systemów prawnych innych społeczeństw antycznych⁵. Zabrakło nato-

* Za lekturę niniejszego artykułu oraz przekazane uwagi pragnę serdecznie podziękować prof. Adamowi Ziółkowskiemu z Instytutu Historycznego Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ Dion., *Hal.*, 9.50.3; Liv., 2.59.9-11. Wszystkie podane w tekście daty odnoszą się do czasów przed narodzeniem Chrystusa, chyba że zaznaczono inaczej.

² Plut., *Crass.*, 10.2.

³ Na temat *praenomen*, *nomen gentile* (*gentilicium*) oraz *cognomen* Tacyta: G. Alföldy, *Bricht der Schweigsame sein Schweigen? Eine Grabinschrift in Rom*, „Mitteilungen des Deutschen Archäologischen Instituts” 1995, Bd. 102, s. 251–268. Por. R.A. Oliver, *The praenomen of Tacitus*, „American Journal of Philology” 1977, vol. 98, s. 64–70.

⁴ Tac., *Ann.*, 3.21.1.

⁵ Zob. G. W. Currie, *The military discipline of the Romans from the founding of the city to the close of the Republic*, Indiana University (niepubl. skrót rozprawy doktorskiej), Bloomington 1928, s. 37; E. Sander, *Das römische Militärstrafrecht*, „Rheinisches Museum für Philologie” 1960, Bd. 103, s. 290–291; G. Kuleczka, *Studia nad rzymskim wojskowym prawem karnym*,

miast szerszej refleksji na temat warunków kształtowania się decyzji na przestrzeni wieków, z uwzględnieniem kontekstu zmian zachodzących w wojskowości rzymskiej pod wpływem wojen domowych z lat 49–30.

Powodem takiego stanu rzeczy jest przede wszystkim całkowity brak tekstów jurydycznych pochodzących z tego okresu⁶. W konsekwencji badacze starają się zrekonstruować ogólne zasady rzymskiej dyscypliny wojskowej wyłącznie w oparciu o źródła narracyjne. Wymaga to prowadzenia badań interdyscyplinarnych, co nie cieszy się popularnością ani wśród historyków wojskowości, ani romanistów. Liczbę poświęconych temu zagadnieniu publikacji ogranicza ponadto żywiona przez większość gremiów redakcyjnych niechęć wobec tego typu tekstów, uznawanych za „zbyt prawnicze dla historyków” i „zbyt historyczne dla prawników”⁷. Tymczasem badanie przez różne środowiska naukowe elementów tej samej rzeczywistości wymusza niejako sięgnięcie po efekty dociekań badawczych przedstawicieli innych dziedzin. Niestety, pomimo upływu wielu lat od momentu ukazania się kluczowych opracowań w tym zakresie⁸, dyskurs poświęcony republikańskiej dyscyplinie wojskowej wciąż trudno uznać za w pełni rozwinięty⁹.

Dokładny opis dziesiątkowania przeprowadzanego w II wieku zawdzięczamy Polibiuszowi. Istota kary polegała na wylosowaniu spośród żołnierzy wchodzących w skład oddziału, który dopuścił się tchórzostwa na polu bitwy, co dziesiątego legionisty i uśmierceniu go poprzez ukamienowanie lub zatłu-

Wydawnictwo UAM, Poznań 1974, s. 100–101; G.R. Watson, *The Roman soldier*, Thames and Hudson, London 1982, s. 121; J.H. Jung, *Die Rechtsstellung der römischen Soldaten. Ihre Entwicklung von den Anfängen Roms bis auf Diokletian*, [w:] H. Temporini (hrsg.), *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, t. II, Bd. 14, de Gruyter, Berlin – New York 1982, s. 967–973; J. Rüpke, *Domus Militariae: Die religiöse Konstruktion des Krieges in Rom*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1990, s. 92–93; S. E. Phang, *Roman military service. Ideologies of discipline in the late republic and early principate*, Cambridge University Press 2008, s. 115–116, 122–123.

⁶ Pierwszym rzymskim jurystą, który wobec wprowadzenia przez cesarza Augusta w pełni zawodowych sił zbrojnych poświęcił się pracy nad stworzeniem rzymskiego wojskowego prawa karnego, był Lucjusz Cincius. Zob. Aul. Gell., 16.4.1-6 = Cinc., 3-6; V. Giuffrè, *Il “diritto militare” dei Romani*, “Studi e materiali per gli insegnamenti storico-giuridici”, Prtron editore, Bologna 1980, s. 20.

⁷ Zob. J. Vendrand-Voyer, *Origine et développement du «droit militaire» romain*, „Labeo” 1982, vol. 28, no. 3, s. 259–277.

⁸ J. Marquard, *Römische Staatsverwaltung*, Bd. II (Handbuch der Römischen Altertümer, Bd. V), Verlag von S. Hinzel, Leipzig 1876; Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig 1899.

⁹ Powodem takiego stanu rzeczy jest niewątpliwie skupienie się współczesnych badaczy na okresie cesarskim oraz przyjęcie przez niektórych naukowców błędnego założenia o wykształceniu się u schyłku republiki w pełni zawodowych sił zbrojnych, bezwzględnie obalonego już na przełomie lat 60. i 70. XX wieku (J. Harmand, *L’armée et le soldat à Rome de 107 à 50 avant notre ère*, A.J. Picard et Cie, Paris 1967, s. 15–18; P.A. Brunt, *Italian Manpower 225 B.C.–A.D. 14*, Clarendon Press, Oxford 1971, s. 430–514). Jego akceptacja implikowała przeniesienie na I wiek znacznie późniejszych rozwiązań prawnych, typowych dla pryncypatu, zgodnie z tym, co postulował w 1906 r. Albert Müller w: *Die Straffjustiz im römischen Heere*, „Neue Jahrbücher für das Klassische Altertum, Geschichte und Deutsche Literatur und für Pädagogik”, 1906, Bd. XVII, s. 550–577.

czenie kijami (*ξυλοκοπείται, fustuarium*)¹⁰. Ocaleni byli kwaterowani poza obozem oraz otrzymywali gorsze racje żywnościowe – z jęczmienia zamiast pszenicy. Kara trwała tak długo, aż wyróżnili się w akcji bojowej¹¹.

Pomiędzy 199 a 193 r. została uchwalona ustawa *lex Porcia de capite civium (lex Porcia de provocatione?)*, gwarantująca każdemu rzymskiemu obywatelowi prawo do odwołania się (*ius provocationis*) do komicji centurialnych od wyroku śmierci wydanego w pierwszej instancji w oparciu o *coercitio*¹². Niedługo potem uchwalono *lex Porcia de tergo civium*, zawierającą podobne uregulowania dotyczące kary chłosty¹³.

Współcześnie przypuszcza się, że wprowadzenie *leges Porciae* było podyktowane koniecznością dostosowania rozwiązań prawnych do zmieniającej się sytuacji polityczno-administracyjnej, tak aby *ius provocationis* przysługiwało również obywatelom przebywającym poza *pomoerium*, czyli głównie w prowincjach¹⁴. Do tej pory bowiem prawo do odwołania się od decyzji urzędnika obowiązywało w granicach pierwszego kamienia milowego od Rzymu¹⁵. Oznaczało to, że teoretycznie żaden dowódca nie mógł zarządzić przeprowadzenia egzekucji, o ile skazany żołnierz postanowił odwołać się do komicji centurialnych¹⁶.

Specyfika wojen toczonych u schyłku republiki, spośród których istotne znaczenie należy przypisać wojnom domowym z lat 88–30, wymuszała na dowódcach przyjęcie rozwiązań gwarantujących utrzymanie odpowiedniego poziomu dyscypliny. W pełni zdawali sobie z tego sprawę także antyczni

¹⁰ Polyb., 6.37.1-4. Pozostałe znane przykłady przeprowadzenia *fustuarium*: Cic., *Phil.*, 3.14.2; Liv., 5.6.14; idem, *Per.*, 57; Vell., 2.78.3; Tac., *Ann.*, 3.21.1.

¹¹ Polyb., 6.38.1-4.

¹² Cat., frg. 59 = Aul. Gell., 13.25.14; Cic., *Pro Rab.*, 8; idem, *Pro Sest.*, 30.65, 34.73; idem, *De rep.*, 2.31.54; idem, *De leg.*, 3.4.11, 3.19.44; Sall., *Cat.*, 51.20; Liv., 10.9.4; E. A. Sydenham, *The Roman Republican Coinage*, Spink, London 1952, s. 513, 571; M. Crawford, *Roman Republican Coinage*, Vol. II, Cambridge University Press, Cambridge 1974, s. 270/1, 301/1.

¹³ Cat., frg. 59 = Aul. Gell., 13.25.14; Cic., *In Verr.*, 2.5.163; idem, *Pro Rab.*, 12; idem, *De rep.*, 2.31.54; Sall., *Cat.*, 51.20; Liv., 10.9.4.

¹⁴ Th. Mommsen, *Römische Staatsrecht*, Bd. II, 1. Abt. (Handbuch der Römischen Alterthümer, Bd. II, 1. Abt.), Verlag von S. Hirzel, Leipzig 1877, s. 111–113; idem, *Römisches Strafrecht*, s. 235–238; A.H.J. Greenidge, *The legal procedure of Cicero's time*, Clarendon Press, Oxford 1901, s. 320–321; J. S. Reid, *On some questions of Roman Public Law*, „The Journal of Roman Studies”, 1911, vol. 1, s. 92; J.L. Strachan-Davidson, *Problems of the Roman Criminal Law*, vol. I, Clarendon Press, Oxford 1912, s. 116–119; W. Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, C.H. Beck, München 1962, s. 28–31; M. Crawford, *Rzym w okresie republiki*, przeł. J. Rohoziński, Prószyński i S-ka, Warszawa 2004, s. 102–103.

¹⁵ Liv., 3.20.7.

¹⁶ Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, s. 35, 470; A.H.J. Greenidge, op. cit., s. 289; J.L. Strachan-Davidson, op. cit., s. 115; E. Levy, *Die römische Kapitalstrafe*, [w:] idem, *Gesammelte Schriften*, Bd. II, Köln – Graz 1963, s. 329; J. Harmand, op. cit., s. 273; C.E. Brand, *Roman Military Law*, University of Texas Press, Austin 1968, s. 67–68; A. Magdelain, *De la coercion capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple*, „Labeo” 1987, vol. 33, s. 151–153; C. Woolf, *Déserteurs et transfuges dans l'armée romaine à l'époque républicaine*, Jovene editore, Napoli 2009, s. 129.

autorzy¹⁷. W związku z tym lekceważenie przepisów zawartych w *leges Porciae* było nagminne. Niemożność przeprowadzenia egzekucji nawet wobec jawnego przestępcy wpłynęłaby bowiem negatywnie na autorytet przełożonych, co bezpośrednio mogłoby się przełożyć na respektowanie wydawanych przez nich rozkazów¹⁸.

Polibiański opis przebiegu decymacji został potwierdzony w ogólnych zarysach przez Lucjusza Kasjusza Diona Kokcejanusa, Sekstusa Juliusza Frontinusa oraz Gajusza Swetoniusza Trankwillusa¹⁹. Kontrowersje budzi jednak sposób typowania żołnierzy przeznaczonych na stracenie. Arkadyjski historyk uważał, że odbywało się to poprzez losowanie²⁰. Przeczy temu przebieg tłumienia *seditio* w Placentii w 49 r., gdzie uśmiercono prowodyrów, a zatem w najlepszym razie ciągnięcie losów zostało poddane manipulacji²¹. (Publiusz?) Flawiusz Wegecjusz Renatus stwierdził wprost, iż w przypadku buntów należy stracić najbardziej krnąbrnych legionistów, lecz tak aby pozostali byli nieświadomi własnego bezpieczeństwa i poczuli się zastraszeni²². Ustalenie źródła, na którym opierał się Wegecjusz, wobec braku dostatecznego materiału porównawczego nie jest współcześnie możliwe²³, jednakże powyższy fragment daje pewne wyobrażenie na temat mechanizmów przeprowadzania *decimatio*. W odróżnieniu od Wegecjusza Polibiusz mógł nie zdawać sobie sprawy z manipulacji, której istnienie było o tyle prawdopodobne, że eliminowanie prowodyrów każdorazowo uzasadniano chęcią zminimalizowania wpływu elementów buntowniczych i niepokornych na pozostałych żołnierzy. Źródło rozbieżności obu przekazów mogło się również kryć w odmiennych typach przestępstw, za które groziło dziesiątkowanie.

O tym, iż selekcja żołnierzy przeznaczonych na śmierć odbywała się niekiedy poprzez wybór, może świadczyć wydarzenie z 413 r., kiedy to Marek Postumiusz Albinus Regillensis skazał na śmierć winnych buntu, lecz w trakcie egzekucji został ukamieniowany przez wzburzonych legionistów. Spośród sprawców nowej *seditio* jedynie prowodyrzy ponieśli odpowiedzialność karną w postaci *poena capitis*²⁴. Dwukrotnie zatem mamy do czynienia

¹⁷ Postulat rozszerzenia kompetencji dowódcy na prawo karania żołnierzy śmiercią; Cic., *De leg.*, 3.3.6. Na temat zjawiska upadku dyscypliny w okresie wojen domowych: Tac., *Hist.*, 1.51.1; App., *Bell. civ.*, 5.2.17.

¹⁸ C.E. Brand, op. cit., s. 67.

¹⁹ Suet., *Div. Aug.*, 24.3; Front., *Strat.*, 4.1.37; Cass. Dio, 49.27.1, 49.38.4.

²⁰ Polyb., 6.38.2-3.

²¹ Cass. Dio, 41.26.1-2.

²² Veg., 3.4.

²³ Zob. D. Schenk *Flavius Vegetius Renatus: Die Quellen der Epitoma rei militaris* („Klio”, Bd. XXII), Leipzig 1930; H.M.D. Parker, *The Antiqua Legio of Vegetius*, „Classical Quarterly” 1932, vol. 26, Pt. 3/4, s. 137–149; E. Sander, *Die Hauptquelle der Bücher 1–3 der Epitoma rei militaris des Vegetius*, „Philologus” 1932, Bd. 87, s. 369–375; N.P. Milner, *Introduction*, [w:] *Vegetius, Epitome of military science*, ed. & trans. N.P. Milner, Liverpool University Press 1997, s. 13–30, 69–70.

²⁴ Liv., 4.49.4-7, 4.51.1-3.

z arbitralnym wyborem żołnierzy w celu wykonania na nich egzekucji, przy czym drugi przypadek nie może zostać uznany za w pełni reprezentatywny, ponieważ postępowanie zostało przeprowadzone przez dwóch konsulów, zobligowanych do tego na mocy uchwały zgromadzenia ludowego²⁵. Co więcej, wobec żołnierzy nie została orzeczona kara decymacji.

Odmiernym wytłumaczeniem może być rozszerzenie dziesiątkowania na nowe typy czynów zabronionych. W początkowym etapie istnienia republiki *decimatio* było stosowane wobec żołnierzy, którzy uciekli z pola walki bądź w inny sposób okazali tchórzostwo²⁶. W takich przypadkach procedura losowania była jak najbardziej zasadna, ponieważ trudno było wskazać dowódców, a funkcja wychowawcza kary była skutecznie realizowana. Z czasem decymacją być może zaczęto karać wszelkie poważne przestępstwa o charakterze grupowym, w tym m.in. bunty, a wówczas w interesie dowództwa leżało spacyfikowanie inspiratorów. Sprzeczność pomiędzy przekazami Polibiusza a Kasjusza Diona czy Appiana z Aleksandrii może być zatem pozorna, ponieważ dotyczyła wydarzeń o odmiennej kwalifikacji prawnej, a co więcej mających miejsce na innym etapie rozwoju rzymskiej dyscypliny wojskowej.

Choć nic nie wskazuje na to, aby w okresie republiki, podobnie jak w pryncypacie, formalnie stopniowano dolegliwość sankcji w zależności od okoliczności popełnienia czynu zabronionego²⁷ oraz wieku i doświadczenia sprawców²⁸, to krańcowa surowość *decimatio* była pozorna. Według Ericha Sander'a już samo dziesiątkowanie stanowiło złagodzoną formę kary śmierci, ponieważ dotyczyło jedynie co dziesiątego przestępcę²⁹. Trudno zgodzić się z takim ujęciem problemu, niemniej zwraca uwagę celowe minimalizowanie liczby żołnierzy przeznaczonych na stracenie.

Zmiany, jakie objęły karę dziesiątkowania w I wieku, są możliwe do prześledzenia poprzez uważną lekturę przekazów źródłowych. Skazuje to badacza na przyjęcie zasady analizy historycznej, albowiem brak tekstów jurydycznych pochodzących z tego okresu, wynikający z wykształcenia się *ius militiae* po 27 r.³⁰, wyklucza inne możliwości. Działanie takie pozwala ponadto zweryfikować hipotezę o zmianie formy typowania żołnierzy przeznaczonych na śmierć (z losowania na wybór) poprzez rozszerzenie zakresu obowiązywania *decimatio* na przestępstwa innego typu niż tchórzostwo. Przedstawienie okoliczności przeprowadzania dziesiątkowania może się przy tym okazać pomocne do odtworzenia warunków, w jakich decydowano się na

²⁵ Liv., 4.51.1-2.

²⁶ Polyb., 6.38.1-4; G. Kuleczka, op. cit., s. 101; J. H. Jung, op. cit., s. 964.

²⁷ Callist. 5 *de cogn.* = D. 48.3.12 pr.; Modest. 4 *de poen.* = D. 49.16.3.5; Menen. 2 *de re milit.* = D. 49.16.5 pr., 49.16.5.3.

²⁸ Menen. 3 *de re milit.* = D. 49.16.9.

²⁹ E. Sander, *Das römische Militärstrafrecht...*, s. 291.

³⁰ Zob. przyp. 6.

orzeczenie najwyższego wymiaru kary, czyli każdorazowego określenia faktycznych możliwości oddziaływania wodza na podwładnych.

Pierwszym przykładem zastosowania decymacji po długoletniej przerwie była sytuacja z 71 r. Od 73 r. trwało bowiem powstanie niewolników pod wodzą Spartakusa, który wraz z grupą gladiatorów zbiegł ze szkoły znajdującej się w Kapui³¹. Jeszcze w tym samym roku pokonane zostały oddziały pod dowództwem pretorów Gajusza Klaudiusza Glabera³² oraz Publiusza Waryniusza³³. Rok później porażkę poniosły dwa legiony, na czele których stali konsulowie Lucjusz Gelliusz Publikola i Gnejusz Korneliusz Lentulus Klodianus³⁴. Sytuacja stała się na tyle poważna, że w wyborach przeprowadzonych w 72 r. zabrakło kandydatów na urząd pretora. Jego objęcie wiązało się automatycznie z dowodzeniem legionami wysłanymi przeciwko niewolnikom, a ponoszone dotychczas klęski dobitnie świadczyły o trudności zadania. Jedyłą osobą dobrowolnie zgłaszającą chęć zostania pretorem był Marek Licyniusz Krassus i to on wyruszył na czele ośmiu legionów na południe³⁵. Nie ulegało wówczas wątpliwości, że morale oddziałów stacjonujących na terenie Italii znajduje się na bardzo niskim poziomie, zaś wstydlive porażki ponoszone przez Rzymian w „wojnie niewolniczej” dają Krassusowi dużą swobodę w zakresie przedsięwziętych działań.

Armia Krassusa stanęła na granicy Picenum, zamierzając zablokować Spartakusowi drogę do stolicy. Pretor nakazał dwóm legionom pod dowództwem Mummiusza zejść przeciwnika od tyłu i podążać jego śladem, aby w decydującym momencie uderzyć na niego z dwóch stron. Mummiusz nie wykonał rozkazu, samowolnie wdając się w bitwę, podczas której poniósł porażkę³⁶. Krassus udzielił mu surowej reprymendy, zaś od jego żołnierzy odebrał przysięgę, iż nie uciekną więcej z pola walki³⁷. Zdaniem Plutarcha z Cheronei 500 żołnierzy, którzy zostali uznani za najbardziej tchórzliwych, zostało dla przykładu poddanych karze dziesiątkowania³⁸. Oznacza to, że egzekucję wykonano na 50 legionistach. Jest to wersja znacznie bardziej prawdopodobna niż skazanie na decymację wszystkich ośmiu legionów, co doprowadziłoby do uśmiercenia ok. 4000 żołnierzy³⁹. Ucieczka z pola walki,

³¹ Liv., *Per.*, 95; Vell., 2.30.5; Plut., *Crass.*, 8.2-9.3; Flor., 2.8.3-4; App., *Bell. civ.*, 1.14.116-117; Oros., 5.24.1.

³² Sall., *Hist.*, 3.64; Plut., *Crass.*, 9.2; Flor., 2.8.4; App., *Bell. civ.*, 1.14.118.

³³ Sall., *Hist.*, 3.64-67; Plut., *Crass.*, 9.2-3; Flor., 2.8.4; Oros., 5.24.1.

³⁴ Sall., *Hist.*, 3.64-67; Liv., *Per.*, 96; Plut., *Crass.*, 9.2-3; App., *Bell. civ.*, 1.14.116-117.

³⁵ Liv., *Per.*, 96; Vell., 2.30.6; Plut., *Crass.*, 10.1; Flor., 2.8.12; App., *Bell. civ.*, 1.14.118; Oros., 5.24.5.

³⁶ Plut., *Crass.*, 10.1-2. Appian podał inną, mniej wiarygodną wersję wydarzeń: do bitwy miałyby rzekomo dojść z inicjatywy samego Krassusa i uczestniczyłaby w niej całość sił rzymskich (App., *Bell. civ.*, 1.14.118).

³⁷ Plut., *Crass.*, 10.2; App., *Bell. civ.*, 1.14.118.

³⁸ Plut., *Crass.*, 10.2; App., *Bell. civ.*, 1.14.118.

³⁹ App., *Bell. civ.*, 1.14.118. W drugiej wersji przytoczonej przez Appiana w bitwie wzięło udział osiem legionów.

której dopuścili się legioniści, już sama w sobie kwalifikowała ich czyn jako przestępstwo, ale szczególnego znaczenia nabierała okoliczność, iż uciekli w obliczu kontaktu bojowego z niewolnikami, co stanowiło dodatkową hańbę⁴⁰.

Należy zaznaczyć, że przywrócenie kary dziesiątkowania po latach dotyczyło tradycyjnego przewinienia, czyli tchórzostwa. Niemniej przeprowadzenie egzekucji żołnierzy z pogwałceniem *ius provocationis* stanowiło otwarte złamanie prawa. Co więcej, Polibiusz opisał procedurę decymacji odbywającą się bez udziału wodza⁴¹, co było formą obejścia *leges Porciae* poprzez stworzenie fikcji „sądu koleżeńskieg”⁴², zaś Krassus bezpośrednio wydał rozkaz stracenia podwładnych. Jego śmiałość łatwo można wytłumaczyć specyficznymi okolicznościami toczonej wojny oraz oczekiwaniami opinii społecznej, by bez względu na koszty jak najszybciej stłumił powstanie, co dawało mu gwarancję bezpieczeństwa. Był to jednak o tyle niebezpieczny precedens, że od tego czasu kolejni rzymscy wodzowie zwykli postępować tak samo.

Od 71 r. musiały upłynąć 22 lata, aby któryś z rzymskich dowódców zdecydował się na przeprowadzenie dziesiątkowania. W 49 r. stacjonujące nieopodal Placentii legiony Gajusza Juliusza Cezara odmówiły dalszego udziału w dopiero co rozpoczętej wojnie domowej. Powracający z pomyślnie zakończonej kampanii hiszpańskiej i przebywający pod Marsylią Cezar udał się do buntowników, aby poznać przyczynę wymówienia przez nich posłuszeństwa i zażegnać powstały kryzys⁴³. Żaden z autorów nie wspomniał przy tym o jakichkolwiek oddziałach podążających wraz z wodzem, co nie wyklucza jednoznacznie ich obecności, mogącej stanowić element nacisku. Zdaniem Appiana powodem wybuchu buntu było niewypłacenie przez Cezara nagród obiecanych kilka miesięcy temu pod Brundyzjum w wysokości 100 denarów⁴⁴. Odmienne motywację legionistów przedstawił Kasjusz Dion – miała nimi rzekomo powodować chęć ograbienia okolicy, a surowy zakaz zwierzchników w tej sprawie sprowokował ich do reakcji. Podając jako oficjalny powód zmęczenie wojnami i przetrzymywanie części żołnierzy ponad ustalony prawem okres, liczyli na ustępstwa ze strony dowódcy⁴⁵. Według Marka Anneusa Lukana zawiniła z kolei długa beczynność i chęć otrzymania od

⁴⁰ Na temat postrzegania armii niewolniczej przez Rzymian: Flor., 2.8.2-4; App., *Bell. civ.*, 1.14.118.

⁴¹ Polyb., 6.38.2-4.

⁴² J.S. Reid, op. cit., s. 85–86, 89–90; C.E. Brand, op. cit., s. 106; A.W. Lintott, *Provocatio: from the struggle of the orders to the Principate*, [w:] H. Temporini (hrsg.), *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, t. I, Bd. 2, de Gruyter, Berlin – New York 1972, s. 251; C. Nicolet, *The world of the citizen in Republican Rome*, trans. P.S. Falla, University of California Press, Berkeley – Los Angeles 1980, s. 108–109; A. Megdelain, op. cit., s. 154; M. Crawford, *Rzym w okresie...*, s. 102–103.

⁴³ Luc., *Phar.*, 5.237-238; App., *Bell. civ.*, 2.7.47.

⁴⁴ App., *Bell. civ.*, 2.7.47.

⁴⁵ Cass. Dio, 41.26.1-2.

Cezara dodatkowych pieniędzy, co może sugerować, że poecie chodziło o obiecaną niedawno nagrodę⁴⁶.

Żaden z antycznych autorów nie podał liczby ani numerów legionów uczestniczących w buncie, choć wiadomo, że czołową rolę odegrali żołnierze służący w IX legionie⁴⁷. Cezar nie ugiął się przed żądaniami podkomendnych, zapowiadając decymację całego IX legionu⁴⁸. Wobec błagań oficerów, ostatecznie zgodził się na przeprowadzenie losowania wśród 120 najbardziej aktywnych żołnierzy⁴⁹. Chodziło oczywiście o to, aby uśmiercić prowodyrów buntu⁵⁰. Wśród wylosowanych według Appiana był jeden legionista, który nie uczestniczył w opisywanych wydarzeniach, gdyż przebywał w tym czasie poza obozem. Zirytowany ujawnieniem manipulacji Cezar nakazał podobno stracić centuriona, który o tym doniósł⁵¹. Frontinus stwierdził ogólnie, że słynny wódz wykorzystał okazję i pozbył się elementów niepokornych, nie precyzując jednak, czy nastąpiło to w drodze decyzji, czy też poprzez losowanie⁵². W związku z tym bez większego ryzyka można przyjąć za Appianem i Kasjuszem Dionem, że zastosowano tradycyjną procedurę losowania, którą zorganizowano w ten sposób, by poddać decymacji wytypowanych przez Cezara żołnierzy. Istotne *novum* polegało na tym, że *seditio* z Placentii była pierwszym wymienionym w źródłach przykładem zdziesiątkowania legionistów winnych popełnienia innego przestępstwa niż tchórzostwo.

Pozostali legionieści wchodzący w skład IX legionu zostali karnie zwolnieni do cywila. Była to ze strony Cezara jedynie manifestacja surowości, ponieważ niedługo potem dał się uprosić winowajcom, przywracając ich do służby⁵³. Rozpuszczenie całego legionu w obliczu konieczności zmierzania się z wojskami Gnejusza Pompejusza Wielkiego byłoby krokiem nieracjonalnym, z czego Cezar doskonale musiał zdawać sobie sprawę. Manifestacyjne zwolnienie żołnierzy miało służyć przywróceniu dyscypliny i cel ów został w pełni osiągnięty⁵⁴.

Po przeniesieniu w grudniu 49 r. działań wojennych na Półwysep Bałkański rozpoczęła się długa i wyczerpująca dla obu stron wojna manewrowa. 10 kwietnia obie armie operowały w pobliżu Dyrrachium, gdzie założyły obozy i rozpoczęły prace fortyfikacyjne zmierzające do zablokowania prze-

⁴⁶ Luc., *Phar.*, 5.245-249; E. Fantham, *Caesar and the Mutiny: Lucan's reshaping of the historical tradition in De bello civili 5.237-373*, „Classical Philology” 1985, vol. 80, no. 2, s. 120.

⁴⁷ Suet., *Div. Iul.*, 69.1-2; App., *Bell. civ.*, 2.7.47.

⁴⁸ Luc., *Phar.*, 5.355-363; App., *Bell. civ.*, 2.7.47.

⁴⁹ Front., *Strat.*, 4.5.2; Suet., *Div. Iul.*, 69.1-2; App., *Bell. civ.*, 2.7.47; Cass. Dio, 41.35.5.

⁵⁰ App., *Bell. civ.*, 2.7.47; Cass. Dio, 41.35.5.

⁵¹ App., *Bell. civ.*, 2.7.47.

⁵² Front., *Strat.*, 4.5.2.

⁵³ Luc., *Phar.*, 5.355-363; Front., *Strat.*, 4.5.1; Suet., *Div. Iul.*, 69.1-2; Cass. Dio, 41.35.5.

⁵⁴ J. Carcopino, *Jules César*, Libraires Associés, Paris 1968, s. 398; A. Goldsworthy, *Cezar. Życie giganta*, przeł. K. Kuraszkiewicz, Rebis, Warszawa 2007, s. 390; A. Keaveney, *The army in the Roman Revolution*, Routledge, London – New York 2007, s. 83.

ciwnika⁵⁵. Trwający kilka miesięcy pat został przełamany przez legiony Pompejusza, które poinformowane przez galijskich dezertersów o słabości obwarowań cezariańskich przylegających do morza 6 lipca 48 r. przypuściły udany szturm⁵⁶. Po bitwie część żołnierzy Cezara domagała się surowego ukarania wszystkich oddziałów biorących udział w przegranym starciu⁵⁷. Przekaz Appiana zawiera informację, że padła nawet propozycja poddania winnych decymacji⁵⁸. Wobec odmowy Cezara przedstawiono odmienną koncepcję, zakładającą ukaranie *signiferi* (nosicieli znaków manipularnych – *signa*), których obarczano winą za wywołanie paniki. Niektórzy z nich faktycznie zostali poddani karze, choć była nią degradacja, nie zaś pozbawienie życia⁵⁹.

Po zwycięstwie odniesionym nad Pompejuszem 9 sierpnia 48 r. pod Farsalos wojna była kontynuowana w Afryce Północnej. Wśród legionów pozostawionych w Italii, z których część miała zostać niebawem przetransportowana na nowy teatr działań wojennych, wybuchła *seditio*. Stacjonujące w Kampanii oddziały domagały się wypłacenia obiecanych im nagród oraz zwolnienia do cywila⁶⁰. Wysłany w celu rozładowania sytuacji pretor Gajusz Sallustiusz Krispus musiał salwować się ucieczką⁶¹.

Aby wymóc spełnienie postulatów, żołnierze pomaszerowali w stronę stolicy, zabijając po drodze dwóch senatorów⁶². Świadczy to o gwałtownej radykalizacji nastrojów, dlatego też nie powinno dziwić, że Cezar nakazał wiernym sobie żołnierzom zablokować bramy wjazdowe do Rzymu⁶³. Buntownicy rozbili obóz na Polu Marsowym, dokąd udał się Cezar w celu zażegnania niebezpieczeństwa. Ku ich zaskoczeniu zgodził się spełnić przedstawione mu żądania i rozwiązał legiony. Zwrócił się przy tym do nich słowem *quirites* („kwiryści”, a w tym kontekście: „obywatele”), nie zaś *militēs* („żołnierze”) lub *commilitiones* („towarzysze”), co wywarło na żołnierzach piorunujące wprost wrażenie⁶⁴.

Czy to z powodu wstydu i żalu po potencjalnych łupach, które spodziewano się zdobyć podczas kampanii afrykańskiej⁶⁵, czy to z powodu strachu⁶⁶ dopiero co zwolnieni żołnierze zaczęli domagać się ponownego wcielenia do wojska. Cezar pozwolił na to, ale początkowo odmówił przyjęcia na służbę X legionu, z którym był silnie związany emocjonalnie. Członkowie X legionu zaproponowali dobrowolne poddanie się decymacji, aby móc ponownie dołączyć do armii Cezara⁶⁷. Wódz odrzucił tę sugestię, wkrótce zresztą nastąpiło pojednanie i wszystkie jednostki wypłynęły do Afryki Północnej⁶⁸.

⁵⁵ Caes., *Bell. civ.*, 3.41-62; Liv., *Per.*, 110-111; Vell., 2.51.1; Plut., *Pomp.*, 64-65; idem, *Caes.*, 38-39; Flor., 2.13.35-37; App., *Bell. civ.*, 2.7.60-62; Cass. Dio, 41.50.4; Zon., 10.8; Oros., 6.15.18.

⁵⁶ Caes., *Bell. civ.*, 3.62-63; Vell., 2.51.2-3; Plut., *Pomp.*, 6.3-8; idem, *Caes.*, 39.4-7; App., *Bell. civ.*, 2.7.61; Cass. Dio, 41.51.5-51.1; Zon., 10.9-10; Oros., 6.15.18-21.

⁵⁷ Suet., *Div. Iul.*, 68.1; App., *Bell. civ.*, 2.7.63.

⁵⁸ App., *Bell. civ.*, 2.7.63.

W późniejszych latach przeprowadzenie dziesiątkowania dwukrotnie zarządził Marek Antoniusz. Są to o tyle interesujące przykłady, że dotyczyły dwóch różnych kategorii czynów zabronionych, osądzonych przez tego samego wodza i ukaranych w podobny sposób. Za pierwszym razem przyczyną zastosowania *decimatio* była negatywna postawa żołnierzy służących w legionach: II, IV, XXXV oraz *Martia* wobec złożonej im obietnicy przyznania 100 denarów tytułem nagrody. Jesienią 44 r. oddziały te przybyły z Macedonii do Brundyzjum, gdzie dotarli również agenci Gajusza Juliusza Cezara Młodsze⁶⁹, chcący wysondować panujące wśród nich nastroje, by móc ewentualnie przeciągnąć je na stronę adoptowanego syna Cezara⁷⁰. Cezar Młodszy wykorzystał przy tym okoliczność, że sprawujący konsulat Antoniusz zablokował jego wybór na trybuna plebejskiego, co dało mu silny argument w walce propagandowej⁷¹.

Po przybyciu Antoniusza do Brundyzjum legionieści zarzucili mu, że nie pomścił do tej pory morderstwa Cezara, natomiast wódz wyraził wobec nich pretensje, iż nie wydano mu agentów przysłanych przez Cezara Młodsze⁷². Obietnica przyznania każdemu żołnierzowi po 100 denarów została wyszydzona, ponieważ liczone na większe *donativa*, a poza tym posiadano informacje na temat wysokości nagród wypłacanych przez Cezara Młodsze⁷³ weteranom osiedlonym w Kampanii⁷³. Antoniusz zareagował z najwyższą surowością, nakazując dostarczyć trybunom wojskowym nazwiska najmniej zdyscyplinowanych legionistów i przeprowadzić wśród nich decymację, tak jakby to oni

⁵⁹ Caes., *Bell. civ.*, 3.74.1-2. Ogólnie na temat ukarania *signiferi* bez podania szczegółów dotyczących zastosowanych wobec nich sankcji: App., *Bell. civ.*, 2.7.63.

⁶⁰ Suet., *Div. Iul.*, 70.1; Polyae., 8.23.15; App., *Bell. civ.*, 2.9.92; Cass. Dio, 42.52-53.

⁶¹ App., *Bell. civ.*, 2.9.92; Cass. Dio, 42.52.2.

⁶² Plut., *Caes.*, 51.2; Cass. Dio, 42.52.1-2.

⁶³ App., *Bell. civ.*, 2.9.92. Podobno Cezar nosił się z zamiarem zbrojnego spacyfikowania wystąpienia, jednak odstąpił od tego zamiaru, obawiając się połączenia wysłanych oddziałów z buntownikami (Cass. Dio, 42.52.3-4).

⁶⁴ Liv., *Per.*, 113; Suet., *Div. Iul.*, 70.1; Plut., *Caes.*, 51.2; Polyae., 8.23.15; App., *Bell. civ.*, 2.9.93; Cass. Dio, 42.53-54.

⁶⁵ Suet., *Div. Iul.*, 70.1; Plut., *Caes.*, 51.2; Polyae., 8.23.15; App., *Bell. civ.*, 2.9.93.

⁶⁶ Cass. Dio, 42.53.5-6.

⁶⁷ App., *Bell. civ.*, 2.9.94.

⁶⁸ *Bell. Afr.*, 34, 53; Cic., *ad Att.*, 11.21.2; Suet., *Div. Iul.*, 70.1; Polyae., 8.23.15; App., *Bell. civ.*, 2.9.94. Podżegacze mieli być później ukarani odebraniem 1/3 łupów oraz obiecanych przydziałów ziemi (Suet., *Div. Iul.* 70.2).

⁶⁹ Od momentu pośmiertnej adopcji przez Gajusza Juliusza Cezara Gajusz Oktawiusz przyjął imię i nazwisko rodowe przybranego ojca, występując odtąd jako Gajusz Juliusz Cezar (Młodszy). Jak zaświadcza Swetoniusz, testament został sporządzony przez dyktatora 13 września 45 r. (Suet., *Div. Iul.*, 63.1).

⁷⁰ App., *Bell. civ.*, 3.5.31, 3.6.39; Dio Cass., 45.12.4-6.

⁷¹ Liv., *Per.*, 117; Suet., *Div. Aug.*, 10.1; Plut., *Ant.*, 16.1-3; App., *Bell. civ.*, 3.5.31.

⁷² App., *Bell. civ.*, 3.7.43.

⁷³ App., *Bell. civ.*, 3.7.43; Cass. Dio, 45.12-13.

przyczynili się do buntowniczej postawy towarzyszy broni⁷⁴. Uderza zatem chęć pozbycia się z szeregów armii elementów niepokornych pod pozorem ich czynnego uczestnictwa w *seditio*. Ofiarą decymacji padło rzekomo 300 żołnierzy, w tym pewna liczba centurionów⁷⁵. Losowania nie przeprowadzono jednak wśród wszystkich wytypowanych do poniesienia kary, ponieważ Antoniuszowi zależało na uzyskaniu efektu zastraszenia, nie zaś drastycznym obniżeniu stanu osobowego podległych sobie oddziałów⁷⁶. Egzekucję wykonano poprzez *fustuarium*⁷⁷. Skutek był jednak odwrotny od zamierzonego, ponieważ żołnierze nie wydali agentów Cezara Młodszeo, choć przyjęli ofiarowaną im przez Antoniusza donację⁷⁸.

Po wyjeździe Antoniusza do Rzymu posłuszeństwo wypowiedziały mu legiony IV oraz *Martia*⁷⁹, jak również część żołnierzy wchodzących w skład legionów II i XXXV⁸⁰, przechodząc jednocześnie na stronę Cezara Młodszeo. Antoniusz próbował interweniować, ale został odpędzony od murów Alba Fucens⁸¹. Aby zapobiec kolejnym buntom, nagroził pozostałych żołnierzy 500 denarami, ale ostatecznie utracił większość oddziałów, które przybyły z Macedonii⁸².

W 38 r. na tron królestwa Partów wstąpił Fraates IV, wchodząc jednocześnie w konflikt z innymi przedstawicielami dynastii Arsakidów. Egzekucje objęły także część partyjskiej arystokracji, której przedstawiciele schronili się u Antoniusza⁸³. Dało to rzymskiemu wodzowi wymówkę, aby dokonać w Partii zbrojnej interwencji. Wiosną 36 r. rozpoczął zakrojoną na szeroką skalę inwazję⁸⁴. Rzymianie przystąpili do oblężenia Fraaspy⁸⁵, jednakże kolumna taborów wioząca zaopatrzenie, w tym również maszyny oblężnicze, została zniszczona przez Partów. Oblegający musieli zatem samodzielnie skonstruować nowe maszyny oraz zaangażować znaczną część sił w poszukiwanie odpowiednich materiałów oraz żywności⁸⁶. Ułatwiało to obrońcom przeprowadzanie skutecznych wypadów, z których jeden zakończył się spale-

⁷⁴ App., *Bell. civ.*, 3.7.43.

⁷⁵ Cic., *Phil.*, 3.14.2, 13.33.1-3. Por. Cass. Dio, 45.13.2-3. Wiarygodność przekazu autorstwa Marka Tulliusza Cyncerona jest dość wątpliwa, albowiem informacja o 300 ofiarach znalazła się w jednej z mów propagandowych wymierzonych przeciwko Antoniuszowi. Gdyby jednak Arpinata miał rację, byłoby to najkrwawsze *decimatio* w historii republiki rzymskiej.

⁷⁶ App., *Bell. civ.*, 3.7.43-44.

⁷⁷ Cic., *Phil.*, 3.14.2.

⁷⁸ App., *Bell. civ.*, 3.7.43.

⁷⁹ Cic., *Phil.*, 3.4.1, 3.9.1-2, 5.19.5-10; Liv., *Per.*, 117; App., *Bell. civ.*, 3.7.45; Cass. Dio, 45.13.3.

⁸⁰ Cic., *Phil.*, 5.19.5-10.

⁸¹ Cic., *Phil.*, 3.4.1; App., *Bell. civ.*, 3.7.45.

⁸² App., *Bell. civ.*, 3.7.45.

⁸³ Iust., 42.5; Plut., *Ant.*, 37.1; Cass. Dio, 49.23.3-5.

⁸⁴ Plut., *Ant.*, 37-38; Flor., 2.20.6; Cass. Dio, 49.24.1; Zon., 10.26.

⁸⁵ Strab., 9.5.24; Plut., *Ant.*, 38.2; Cass. Dio, 49.25.3.

⁸⁶ Plut., *Ant.*, 38-39; Cass. Dio, 49.25-26.

niem części obwarowań i sprzętu oblężniczego. Wściekły z powodu niepowodzenia Antoniusz skazał żołnierzy odpowiedzialnych za ochronę na karę dziesiątkowania, zarzucając im tchórzostwo w obliczu wroga⁸⁷. Według Kasjusza Diona decyzja objęła całe wojsko rzymskie⁸⁸, co nie jest możliwe, ponieważ część oddziałów była zaangażowana w tym czasie w działania prowadzone na innym odcinku. Ponadto Antoniusz nie mógł sobie pozwolić na osłabienie stanu osobowego legionów o 1/10 w trakcie ciężkich walk na terytorium nieprzyjaciela. Plutarch nie sprecyzował, ilu żołnierzy zostało skazanych na śmierć⁸⁹, natomiast Frontinus pisał o zdiesiątkowaniu dwóch kohort⁹⁰, co wydaje się najbardziej prawdopodobną wersją. Zgładzonych zostałyby wówczas maksymalnie 120 żołnierzy⁹¹. Ocalałym wydano racje jęczmienia zamiast pszenicy, co odpowiada opisowi pozostawionemu przez Polibiusza⁹². Nie skierowano ich jednak do kwaterowania poza obozem, co należy uznać za w pełni zrozumiałe, ponieważ narażałoby to legiony na kolejne niepotrzebne straty – tym razem ze strony wroga. Frontinus twierdził, że ukarani zostali również centurionowie, choć nie sprecyzował, na czym polegała nałożona na nich kara. Zdegradowany został natomiast dowódca legionu, prawdopodobnie w stopniu legata⁹³.

Zastosowanie tak drastycznych środków z punktu widzenia Antoniusza wydawało się zapewne uzasadnione trudnościami w zdobyciu materiałów niezbędnych do wykonania machin oblężniczych. Ich strata była niemożliwa do szybkiego uzupełnienia, co stawiało perspektywę zdobycia Fraaspy pod dużym znakiem zapytania. Ostatecznie nie udało się zająć twierdzy i z początkiem października Rzymianie rozpoczęli odwrót w kierunku Syrii⁹⁴.

W 35 r. operację na znacznie mniejszą skalę rozpoczął Cezar Młodszy. Obawiając się skutków bezczynności, która mogłaby wpłynąć negatywnie na

⁸⁷ Front., *Strat.*, 4.1.37; Plut., *Ant.*, 39.6; Cass. Dio, 49.27.1.

⁸⁸ Cass. Dio, 49.27.1.

⁸⁹ Plut., *Ant.*, 39.6.

⁹⁰ Front., *Strat.*, 4.1.37.

⁹¹ Ówczesny legion składał się z 10 kohort, 30 manipułów oraz 60 centurii (Vell., 2.20.4; Aul. Gell., 16.4.6). Maksymalną liczebność legionu wynoszącą 6000 żołnierzy w odniesieniu do schyłku republiki przyjęli: A. von Domaszewski, *Die Heere der Bürgerkriege in den Jahren 49 bis 42 von Christus*, „Neue Heidelberger Jahrbücher” 1894, Bd. IV, s. 179; Th. Steinwender, *Zur Kohortentaktik*, „Rheinisches Museum für Philologie” 1915, Bd. 70, s. 423; H. Delbrück, *Geschichte der Kriegskunst im Rahmen der politischen Geschichte*, Bd. I: *Das Altertum*, Verlag von Georg Stilke, Berlin 1920, s. 550; H.M.D. Parker, *Roman Legions*, Clarendon Press, Oxford 1928, s. 30; P. A. Brunt, op. cit., s. 692–693; A. Ziółkowski, *Historia Rzymu*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2004, s. 320. Stan etatowy kohorty wynosiłby wówczas 600 ludzi, co daje straty rzędu 60 ludzi w każdej kohorcie, czyli łącznie 120 osób. Trudno jednak zakładać, aby w toku prowadzonych działań wojennych legiony zachowały pełne stany osobowe, a zatem faktyczna liczba zabitych musiała być niższa.

⁹² Front., *Strat.*, 4.1.37; Cass. Dio, 49.27.1.

⁹³ Front., *Strat.*, 4.1.37.

⁹⁴ Plut., *Ant.*, 40.1-5; Cass. Dio, 49.27-28.

poziom dyscypliny oraz wyszkolenia legionistów, zorganizował inwazję na Pannonię, mimo że tamtejsze plemiona zachowywały się spokojnie⁹⁵. Wyprawa nie dawała nadziei na zdobycie satysfakcjonujących łupów, ponieważ ludy pannońskie nie należały do zamożnych, niemniej istotną kwestią było także przerzucenie ciężaru utrzymywania legionów na przeciwnika. O inwazji zdecydowały zatem w dużej mierze czynniki finansowe⁹⁶.

Walki w Dalmacji okazały się wyczerpujące, a osobisty udział Cezara Młodszeo w starciach z 34 r. dwukrotnie zakończył się odniesieniem przez niego ran⁹⁷. Zdarzało się, że oddziały nie wytrzymały naporu przeciwnika i opuszczały zajmowane pozycje. Aby zapobiec dalszym sytuacjom tego typu, uciekające jednostki były skazywane na dziesiątkowanie, a pozostali przy życiu legionieści otrzymywali jęczmień zamiast pszenicy⁹⁸.

Nie wiadomo, ile razy Cezar Młodszy zdecydował się zastosować karę decymacji i wobec jakich jednostek. Swetoniusz wspominał o kohortach, co mogło jednak oznaczać po prostu „oddziały”⁹⁹. Kilkukrotna ucieczka z pola walki oznacza, że niespodziewanie trudne warunki walki miały destrukcyjny wpływ na morale wojska, które nie mogło przy tym liczyć na gratyfikację w postaci łupów¹⁰⁰. Zwycięskie zakończenie kampanii było jednak dla Cezara Młodszeo kwestią prestiżową ze względu na możliwość przeciwstawienia własnych dokonań porażce Antoniusza, przez co nie mógł pozwolić sobie na rezygnację z podboju¹⁰¹. Ostateczne pokonanie powstańców nastąpiło prawdopodobnie jeszcze w 34 r.¹⁰²

Podobnym typem konfliktu było powstanie Cerretańczyków w rejonie Asturii, z którym w 37 r. musiał się zmierzyć Gnejusz Domicjusz Kalwinus¹⁰³. Zanim ostatecznie pokonał rebeliantów, jeden z jego oddziałów wpadł w zasadzkę i uciekł w popłochu, pozostawiając dowódcę na pastwę wroga. Kiedy wieści o tym zdarzeniu dotarły do Kalwinusa, rozkazał zwołać wiec żołnierski i otoczyć legionistów, których ucieczka z pola walki została zakwalifikowana jako dezercja¹⁰⁴. Dwie centurie zostały poddane dziesiątkowaniu, a dowodzących nimi centurionów ukarano w inny, bliżej niezmany sposób¹⁰⁵.

⁹⁵ Suet., *Div. Aug.*, 20.1; Cass. Dio, 49.36.1.

⁹⁶ Cass. Dio, 49.36.1.

⁹⁷ W pierwszym przypadku został trafiony kamieniem z procy w kolano, natomiast za drugim razem w trakcie szturmowania załamała się pod nim kładka prowadząca z wieży oblężniczej. W wyniku tego zdarzenia Cezar Młodszy odniósł rany w oba ramiona oraz gołę (Suet., *Div. Aug.*, 20.1). Por. Cass. Dio, 49.38.4.

⁹⁸ Suet., *Div. Aug.*, 24.1-2; App., *Ill.*, 26; Cass. Dio, 49.38.4.

⁹⁹ Suet., *Div. Aug.*, 24.2.

¹⁰⁰ Cass. Dio, 49.36.1.

¹⁰¹ App., *Ill.*, 16.

¹⁰² Liv., *Per.*, 131; *Res gest.*, 29; App., *Ill.*, 27; Cass. Dio, 49.38.4.

¹⁰³ Cass. Dio, 48.42.1-2.

¹⁰⁴ *Ibidem*, 48.42.2.

¹⁰⁵ Kasjusz Dion nie opisał kary, która dotknęła centurionów, ale można podejrzewać, że była nią degradacja.

Wśród wspomnianych centurionów znalazł się także jeden *primus pilus*¹⁰⁶. Stracono zatem ok. 12 legionistów¹⁰⁷.

Poza pojedynczym epizodem z 71 r. wszystkie znane przypadki dziesiątkowania w I wieku odnoszą się do okresu wojen domowych. Kampania prowadzona przez Krassusa była jednak o tyle wyjątkowa, że zapewniała dowódcy daleko idącą swobodę w zakresie egzekwowania dyscypliny. Warto przy tym zauważyć, że tego typu działania, pomimo ich bezprawności, stały się normą dopiero w latach 49–30, a więc w momencie, gdy kontrola poczynań wodzów ze strony Senatu, komicji centurialnych oraz zgromadzenia plebejskiego była minimalna. Sugeruje to, że przełomem w zakresie orzekania decymacji był właśnie I wiek, kiedy to zaczęto otwarcie lekceważyć treść *leges Porciae*, rezygnując ostatecznie z iluzji samosądów.

Daleko idąca swoboda decyzyjna wodzów, nieskrępowanych w toku wojen domowych tradycyjnymi procedurami, sprawiła, iż po raz pierwszy w źródłach pojawiły się przykłady stosowania decymacji wobec sprawców innych przestępstw niż tchórzostwo w obliczu wroga. Decymacja w kontekście nagannej postawy przejawianej przez żołnierzy na polu bitwy była wymieniana względem wydarzeń z lat: 71, 48, 37, 36 oraz 34. W przypadku buntów natomiast w 49, 48 oraz 44 r. Rzecz jasna można się zastanawiać, na ile liczba przykładów zaliczanych do drugiej kategorii wynikała z faktycznej możliwości oddziaływania wodzów na żołnierzy, którzy niejednokrotnie przeważali podczas *seditiones* nad oddziałami, które zachowały wierność dowódcom¹⁰⁸, ale nie ulega wątpliwości, że była to całkowicie nowa kategoria zachowań karanych dziesiątkowaniem.

Brak kodyfikacji większości norm odnoszących się do rzymskiej dyscypliny wojskowej powodował, że decydującego znaczenia nabierał zwyczaj. Ten zaś można było modyfikować poprzez serię precedensów powielanych przez kolejnych wodzów. Pod tym względem decydującą rolę w zakresie zmian dotyczących orzekania *decimatio* odegrali niewątpliwie Krassus oraz Cezar.

Analiza zachowanych przekazów źródłowych nie potwierdza za to praktyki stosowania odmiennej procedury typowania skazańców, uzależnionej od rodzaju popełnionego przestępstwa¹⁰⁹. Zdarzały się wprawdzie przypadki

¹⁰⁶ Cass. Dio, 48.42.2. *Primus pilus* był dowódcą pierwszej centurii pierwszej kohorty danego legionu i podczas bitwy faktycznie dowodził całym legionem. Była to niezwykle prestiżowa funkcja, stanowiąca zwieńczenie kariery legionisty. Zob. A. von Domaszewski, *Die Rangordnung des Römischen Heeres*, Verlag von A. Marcus und E. Weber, Bonn 1908, s. 91–93; J. Harmand, *op. cit.*, s. 330–331; G. R. Watson, *op. cit.*, s. 88; L. Keppie, *The making of the Roman army. From Republic to Empire*, Batsford, London 1984, s. 178–179; A. Goldsworthy, *The Roman army at war 100 BC–AD 200*, Clarendon Press, Oxford 1998, s. 14–15, 132.

¹⁰⁷ Zob. przyp. 91.

¹⁰⁸ Zob. E. Gabba, *Le rivolte militari romane del IV secolo a. C. ad Augusto*, Sansoni, Firenze 1975.

¹⁰⁹ Koncepcję taką przedstawiła: C. Woolf, *op. cit.*, s. 112–113.

poddawania losowania manipulacji (49 oraz 44 r.), co faktycznie równało się desygnacji przeznaczonych na stracenie żołnierzy, jednakże formalnie nigdy nie odstępiono od tradycyjnej procedury. Wobec niedostatecznych przesłanek pytaniem otwartym musi pozostać, czy legioniści mieli świadomość ingerowania przez dowódców w przebieg typowania sprawców.

Sposób przeprowadzania dziesiątkowania w okresie pryncypatu zawierał wszystkie elementy typowe dla I wieku., co oznacza, że August i jego następcy nie zdecydowali się na powrót do wcześniejszej formuły¹¹⁰. Przyczyna takiego stanu rzeczy była zapewne prozaiczna i wiązała się z uczestnictwem przybranego syna Cezara w wojnach domowych toczonych w latach 44–30. Musiało się to wiązać z przyswojeniem sobie przez niego obowiązujących wówczas wzorców. O ile zatem August doprowadził do ustanowienia w latach 30 przed Chr. – 5 po Chr. armii zawodowej, co wiązało się z opracowaniem niezbędnych regulaminów służby¹¹¹, o tyle większość rozwiązań w zakresie dyscypliny polegała po prostu na zalegalizowaniu dotychczasowego stanu rzeczy¹¹². Kara dziesiątkowania nie była pod tym względem wyjątkiem.

Summary

Decimation in the late republican Roman army

Key words: decimation, military discipline, Roman army.

Current researches on the Roman military discipline have usually concentrating on the imperial period. It is mainly a result of the lack of republican juridical sources. As a consequence, modern scholars could reconstruct the republican military discipline based mainly on narrative sources. This situation gives particularly extensive possibilities to examine Roman military punishments, of which the most famous was decimation. Surprisingly, no one has yet mad comprehensive analysis of this punishment.

Through the analysis of the ancient sources the author made an attempt to present the changes which have occurred in the decimation in the 1st century B.C. Roman military leaders had started to use this punishment not only in traditional case of cowardice but also for seditions. The second modification was the liquidation of the fake military courts of arbitration in

¹¹⁰ J. Marquard, op. cit., s. 553–554; E. Sander, *Das römische Militärstrafrecht...*, s. 290–291; G.R. Watson, op. cit., s. 121; S.E. Phang, op. cit., s. 123–129.

¹¹¹ *Res gest.*, 17; Suet., *Div. Aug.*, 49.1-3; Herod., 2.11; Cass. Dio, 40.23-25.

¹¹² V. Giuffrè, op. cit., s. 22–25; J. B. Campbell, *The Emperor and the Roman Army 31 BC–AD 235*, Clarendon Press, Oxford 1984, s. 300–314. S.E. Phang, op. cit., s. 120–131. Por. odmienne stanowisko zaprezentowane przez: J.H. Jung, op. cit., s. 973–974.

connection with the transfer of whole juridical power to the commanders which was the breaking of the *leges Porciae*. Such amendments have been preserved during the principate so it clearly shows that the 1st century B.C. was a decisive period for changes in using the decimation in the Roman military history.

Glosy

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. akt III CZP 37/10.

Bieg przedawnienia roszczeń o zwrot nienależnie pobranych opłat za kartę pojazdu na podstawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 28 lipca 2003 r. w sprawie wysokości opłat za kartę pojazdu (Dz.U. nr 137, poz. 1310) rozpoczyna się od dnia spełnienia świadczenia.

Powyższa teza stanowiła odpowiedź na pytanie prawne postawione przez Sąd Okręgowy rozpoznający apelację od wyroku zasądzającego od pozwanego Starostwa Powiatowego kwotę dochodzoną pozwem z tytułu zwrotu nienależnego świadczenia, w związku z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego uznającego niekonstytucyjność opłaty w wysokości 500 zł.

Pytanie prawne powodowane było wątpliwościami związanymi ze stanem faktycznym, w którym powód dochodzący zwrotu pobranych opłat w kwotach po 500 zł za wydanie kart pojazdów został nimi obciążony mocą § 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 28 lipca 2003 r. w sprawie wysokości opłat za kartę pojazdu (Dz.U. nr 137, poz. 1310) w sprawie wysokości opłat za kartę pojazdu. Wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 17 stycznia 2006 r. (sygn. U 6/04, OTK-A 2006, nr 1, poz. 3) stwierdzono, że § 1 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury jest niezgodny z art. 77 ust. 4 pkt 2 i ust. 5 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2005 r. nr 109, poz. 908 ze zm.) i z art. 92 ust. 1 i art. 217 Konstytucji RP. Z kolei w postanowieniu z 10 grudnia 2007 r. Trybunał Sprawiedliwości UE (sprawa C-134/07) dopatrył się w tej samej regulacji naruszenia prawa wspólnotowego. Uznano bowiem, że opłata pobierana za wydanie karty pojazdu dla aut sprowadzonych do Polski miała cechy ukrytego podatku, którego wprowadzenie naruszało swobodę przepływu towarów. W związku z powyższym wyrokiem Minister Transportu i Budownictwa wydał w dniu 28 marca 2006 r. nowe rozporządzenie (Dz.U. nr 59, poz. 421), w którym ustalił wysokość opłaty za kartę pojazdu na kwotę 75 zł.

Jako że powód prowadził działalność gospodarczą, w ramach której uiszczal opłaty za karty pojazdu w wysokości po 500 zł od pojazdu, domagając się w opisywanym postępowaniu różnicy między uiszczonymi opłatami a określonymi rozporządzeniem z dnia 28 marca 2006 r., podniesiony został zarzut

przedawnienia roszczenia określony na 3 lata. Sąd Okręgowy w pytaniu do Sądu Najwyższego powziął wątpliwości, czy w wymienionej sytuacji bieg przedawnienia roszczeń rozpoczyna się od dnia spełnienia świadczenia, czy też od dnia wejścia w życie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 stycznia 2006 r. (sygn. U 6/04), czy od dnia wejścia w życie rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 marca 2006 r. w sprawie wysokości opłat za wydanie karty pojazdu.

Odpowiedź Sądu Najwyższego, cytowana na wstępie, uzasadniona została m.in. argumentacją, w której uznano, że nakładanie opłaty za kartę pojazdu było od początku sprzeczne z prawem unijnym, co oznacza, że kupujący nie był zobowiązany do uiszczenia tej opłaty. Wskazano, że zasada pierwszeństwa prawa unijnego zobowiązuje organ administracyjny i sąd krajowy do stosowania tego prawa i do odstąpienia od stosowania sprzecznych z nim przepisów krajowych niezależnie od wyroku krajowego sądu konstytucyjnego, który odracza utratę mocy obowiązującej tych przepisów, uznanych za niekonstytucyjne. Określając chwilę początkową biegu przedawnienia roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, a w szczególności z tytułu dochodzonego roszczenia o zwrot nienależnego świadczenia, zdaniem Sądu Najwyższego należało mieć na uwadze art. 120 § 1 zdaniem 2 k.c., jako że regulacja ta ma zastosowanie do tzw. zobowiązań bezterminowych, w których zakres wchodzi stosunki, których przedmiotem jest zwrot nienależnego świadczenia. Z brzmienia powołanego przepisu zdaniem Sądu Najwyższego jednoznacznie wynika, że przedawnienie może rozpocząć bieg, mimo że roszczenie nie jest jeszcze wymagalne, bowiem decyduje możliwość podjęcia przez wierzyciela czynności warunkującej wymagalność roszczenia w najwcześniejszym terminie. Dniem spełnienia świadczenia według Sądu Najwyższego jest dzień wniesienia opłaty za wydanie karty pojazdu.

Ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w cytowanej na wstępie tezie oraz argumentacji powołanej w powyższym akapicie trudno się zgodzić. Rozważania nad uzasadnieniem tego poglądu należy jednak poprzedzić uwagą, że przyczyn bezpodstawnego wzbogacenia należy poszukiwać w sferze jurydycznej, które zostały stosunkowo ściśle sprecyzowane w grupie przypadków nienależnego świadczenia. Wedle normy art. 410 k.c. brak podstawy prawnej do świadczenia oznacza brak lub odpadnięcie „celu prawnego”, tj. *causa* świadczenia, a pozostałe przypadki nakazują każdorazowo badać, czy podstawa prawna wzbogacenia się znajduje swoje usprawiedliwienie w ustawie lub w umowie stron. Przy instytucji bezpodstawnego wzbogacenia wymagalność owego roszczenia rozumiana jest jako pewnego rodzaju stan potencjalny, w którym uaktywnić się może wierzytelność, a dodatkowo łączy się z momentem uzyskania korzyści majątkowej nieuprawnionego. Dlatego nie wydaje się właściwe, by przy terminie żądania zwrotu nienależnego świad-

czenia to świadczenie spełnione przez domagającego się jego zwrotu zaczynało bieg terminu przedawnienia, jak to przyjął Sąd Najwyższy.

Patrząc przez pryzmat treści art. 455 k.c., regulującego kwestie terminu spełnienia świadczenia, przy świadczeniu bezterminowym niezbędne jest przecież wezwanie do spełnienia świadczenia w najwcześniejszym możliwym terminie (realnym, bez zbędnej zwłoki). Objęcie natomiast hipotezą normy art. 120 § 1 zdanie drugie k.c. (w którym Sąd Najwyższy argumentował swoją głosowaną tezę) roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych konsekwentnie prowadzi do przyjęcia, że czynnością uprawnionego, od podjęcia, której zależy wymagalność roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych, jest przewidziane w art. 455 *in fine* k.c. owe wezwanie dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania, a bieg przedawnienia tych roszczeń rozpoczyna się w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel wezwał dłużnika do wykonania zobowiązania w najwcześniejszym możliwym terminie.

W okolicznościach objętych przedmiotowym problemem nie chodzi o wezwanie do spełnienia świadczenia w postaci uiszczenia opłaty za kartę pojazdu, gdyż świadczenie to było i jest uzależnione od okoliczności chęci właściciela pojazdu do wprowadzenia auta do „obrotu” na terytorium RP. Innymi słowy, gdyby to spełnienie świadczenia właściciela pojazdu początkowało bieg terminu przedawnienia o zwrot tej opłaty jako nienależnej, musiałyby być poprzedzone jego wezwaniem do uiszczenia takiej opłaty. Taka sytuacja w sprawach objętych przedmiotowym problemem nie zachodzi. To na skutek samodzielnych czynności posiadaczy pojazdów dochodziło do opłacania kart pojazdu według stawek określonych rozporządzeniem.

Kolejny argument przeciwko tezowanemu orzeczeniu wymaga odwołania się do stanowiska prof. Safjana, który uznaje, że stwierdzenie niekonstytucyjności nie może być wyjaśniane w kategoriach wyroku deklaratywnego, gdyż w zasadzie tworzy nowy stan prawny od chwili wejścia wyroku w życie. Do momentu wydania wyroku niekonstytucyjność może być jedynie traktowana jako przesłanka materialnoprawna orzeczenia sądu konstytucyjnego¹. Profesor wyjaśnił rzeczowo, że jeśli przepis traktowany był jako obowiązujący, do stwierdzenia jego niekonstytucyjności niezbędne jest rozstrzygnięcie merytoryczne, gdyż tylko takie usuwa wszelkie wątpliwości na przyszłość. Za powyższym zdaniem Prezesa Trybunału przemawia fakt, że utracić moc może przepis, który wcześniej obowiązywał. Zatem utrata mocy obowiązującej przepisu nie mogła nastąpić wcześniej, tj. przed wejściem wyroku w życie, bo stałoby to w sprzeczności z dyspozycją art. 190 ust. 3 Konstytucji. Powyższe można jedynie uzupełnić uwagą porządkującą, że wydanie wyroku

¹ M. Safjan, *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, referat wygłoszony 6 stycznia 2003 r. w Komitecie Nauk Prawnych PAN, [online] <www.trybunal.gov.pl/Wiadom/Prezes/002.htm>.

o niekonstytucyjności uchyla domniemanie konstytucyjności aktu normatywnego. W zasadzie od wydania orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego wiadomo dopiero na pewno, że określona regulacja prawna jest wadliwa.

Przyjmując, że w chwili uiszczenia opłaty za kartę pojazdu w kwocie 500 zł istniała regulacja prawna obowiązująca, gdyż dopiero wskutek orzeczenia Trybunału utraciła moc, to nie może być mowy o konkluzji, że już w chwili uiszczenia opłaty posiadacz pojazdu spełniał świadczenie nienależne i od tego dnia biegnie termin dochodzenia roszczenia z art. 410 k.c. Niewłaściwym jest zatem liczenie początku biegu terminu przedawnienia od chwili uiszczenia opłaty, która została wykonana w oparciu o co prawda ostatecznie niekonstytucyjne przepisy, ale która w momencie uiszczenia opierała się na przepisach korzystających z domniemania konstytucyjności.

Uzasadnienie głosowanego orzeczenia nasuwa wniosek, że obywatele obciążeni są obowiązkiem samodzielnego badania, czy normy prawa nie są obciążone błędami godzącymi w inne przepisy wyższej rangi. To jednak podważałoby prawo do wiary w racjonalność ustawodawcy oraz władzy wykonawczej. Nie można tracić z pola widzenia faktu, że właściciele pojazdów samochodowych po raz pierwszy rejestrujący pojazdy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zobowiązani byli do uiszczenia opłaty pozostającej w rażącej dysproporcji do uzasadnionej wysokością kosztów. Tym samym w zasadzie przymuszano ich niejako do świadczeń, które opłat nie stanowiły, a były w rzeczywistości podatkiem, nałożonym jednak bezprawnie, bowiem materia ta zastrzeżona jest dla ustawy. W przypadku prowadzenia działalności gospodarczej w tym zakresie z pewnością czas był wiodącym czynnikiem niepozwalającym na skarżenie decyzji o ustaleniu wysokości opłaty.

Zgodzić się należy częściowo ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, że początek biegu przedawnienia roszczeń dochodzonych przez stronę powodową należy określić stosownie do art. 120 § 1 zdania drugiego, gdyż stanowisko to pozostaje w zgodzie z dwoma szeroko akceptowanymi w piśmiennictwie i orzecznictwie założeniami: o zastosowaniu wymienionego przepisu do tzw. zobowiązań bezterminowych, tj. takich, w których termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania (art. 455 *in fine* k.c.), oraz o wchodzeniu w zakres zobowiązań bezterminowych stosunków, których przedmiotem jest zwrot nienależnego świadczenia². Niemniej jednak dokonać należy odmiennej wykładni pojęć zawartych w powołanej normie.

Z brzmienia art. 120 § 1 k.c. niedwuznacznie wynika, że przepis zawarty w zdaniu drugim przewiduje wyjątek od wyrażonej w zdaniu pierwszym reguły łączącej rozpoczęcie biegu przedawnienia z nadejściem dnia wymagal-

² Uchwała SN z dnia 6 marca 1991 r., sygn. III CZP 2/91, OSNC 1991, nr 7, poz. 93 i wyrok z dnia 22 marca 2001 r., sygn. V CKN 769/00, niepubl

ności roszczenia. Bieg terminu przedawnienia roszczeń, których wymagalność zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, rozpoczyna się nie od dnia, w którym roszczenie stało się wymagalne, lecz od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie. Celem tej regulacji jest uwolnienie dłużnika od pozostawania w niepewności przez nieograniczony czas co do swej sytuacji prawnej. Wobec bowiem tego, że dokonanie czynności warunkującej wymagalność roszczenia zależy tylko od woli wierzyciela, może on podjąć tę czynność nawet po upływie bardzo długiego okresu od powstania zobowiązania.

Zważywszy, że przed uiszczeniem opłaty za kartę pojazdu jego właściciel nie był traktowany jako zobowiązany, do którego kierowano wezwanie do zapłaty z tego tytułu, a jego świadczenie od początku uznawane jest mocą wyroku Trybunału Konstytucyjnego za uiszczane nienależnie, to zwrotu tej opłaty może żądać jako uprawniony. Z tego też względu atrybut zobowiązanego dotyczy właściwego podmiotu pobierającego opłatę w nienależnej wysokości. Zakwestionowane rozporządzenie, zgodnie z wolą wyrażoną przez Trybunał Konstytucyjny, w sposób formalny pozostawiając w obiegu prawnym, powodowało korzyść uzyskaną przez gminy, powiaty bez podstawy prawnej, gdyż czynność poboru opłaty za kartę następowała wprost w oparciu o przepis rozporządzenia niezgodnego z ustawą i normami Konstytucji. Innymi słowy, zobowiązany w stosunku wynikającym z hipotezy norm dotyczących świadczenia nienależnego czy bezpodstawnego wzbogacenia jest w niniejszej sprawie starostwo, do którego skierowane jest wezwanie do zwrotu świadczenia nienależnego. Tym samym objęcie hipotezą normy art. 120 § 1 zdanie drugie k.c. roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych powinno konsekwentnie prowadzić do przyjęcia, że czynnością uprawnionego, od podjęcia której zależy wymagalność roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych, jest przewidziane w art. 455 *in fine* k.c. wezwanie skierowane przez posiadacza pojazdu, który uiszczył opłatę za kartę w zawyżonej wysokości do zwrotu opłaty od dłużnika, tj. odpowiedniego starostwa. Tylko taki układ stron pozwala na przyjęcie, że zachodzi sytuacja, w której spełnienie świadczenia zostało poprzedzone wezwaniem do zapłaty. Zatem bieg przedawnienia tych roszczeń rozpoczyna się w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel – uprawniony do domagania się zwrotu opłaty jako nienależnie pobranej – wezwał dłużnika, tj. podmiot, który pobrał opłatę w zawyżonej wysokości, do wykonania zobowiązania w najwcześniejszym możliwym terminie.

Zważywszy na fakt, że najwcześniejszym możliwym terminem wezwania dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania jest chwila powstania zobowiązania, dłużnik zaś zgodnie z art. 455 *in fine* k.c. ma spełnić świadczenie niezwłocznie po wezwaniu, dniem rozpoczęcia biegu terminu przedawnie-

nia powinien być dzień odległy od daty powstania zobowiązania o okres niezbędny do spełnienia świadczenia przy założeniu, że dłużnik działałby – uwzględniając całokształt okoliczności rzutujących na wykonanie zobowiązania – bez nieuzasadnionej zwłoki. Wezwanie dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania bezterminowego nie jest bowiem przejawem możliwości żądania od dłużnika świadczenia, lecz aktem, który taką możliwość dopiero otwiera, „stawiając to zobowiązanie w stan wymagalności”³.

Biorąc pod uwagę, że podstawa prawna przedmiotowego przysporzenia odpadła z chwilą opublikowania w dzienniku ustaw wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 stycznia 2006 r. (sygn. U 6/04), a nastąpiło to w dniu 30 stycznia 2006 r. (Dz.U. nr 15, poz. 119), to należałoby uznać, że bieg terminu przedawnienia roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia rozpoczął się w dniu opublikowania, ponieważ wówczas stwierdzono niekonstytucyjność wskazanych w tym orzeczeniu przepisów. W tym zakresie rozstrzyga wyłącznie obiektywnie ustalony, najwcześniejszy możliwy termin wezwania dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania.

Katarzyna Cygan

³ Wyroki SN z dnia 29 listopada 1999 r., sygn. III CKN 474/98, „Wokanda” 2000, nr 2, s. 1 oraz z dnia 17 maja 2000 r., sygn. I CKN 302/00, niepubl.

Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2011 r., sygn. III CZP 79/11, OSNC 2012, nr 6, poz. 74.

Nieważna jest umowa darowizny nieruchomości ukryta pod pozorną umową sprzedaży tej nieruchomości.

Kontekst sytuacyjny, na bazie którego doszło do wydania przedmiotowej uchwały, był dość prozaiczny i powszechnie występujący w praktyce obrotu prawnego nieruchomościami, albowiem strony sporu zawarły pozorną umowę sprzedaży nieruchomości, pod którą ukryły umowę darowizny. Sąd I instancji, ustalając taki stan faktyczny, stwierdził nieważność tej umowy, motywując swoją decyzję brakiem zachowania przez strony formy aktu notarialnego umowy darowizny. Sąd II instancji, rozpoznając apelację, powziął wątpliwości, w następstwie czego przedstawił Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne ujęte w formie pytania, czy umowa darowizny nieruchomości stanowiąca czynność prawną ukrytą pod pozorną umową sprzedaży tej nieruchomości jest dotknięta nieważnością.

Znaczenie zarysowanej problematyki ujawnia się na płaszczyźnie skutków ekonomicznych i społecznych, jakie niosą ze sobą umowy przenoszące własność nieruchomości. Stąd zarówno w doktrynie¹, jak i w judyka-

¹ Zob. m.in. S. Wójcik, *Pozorność w umowach o przeniesienie własności nieruchomości*, „Nowe Prawo” 1962, nr 4, s. 512–526; J. Ignatowicz, *Jeszcze o pozorności w umowach o przeniesienie własności nieruchomości*, „Nowe Prawo” 1962, nr 4, s. 526–529; M. Kępiński, *Pozorność w umowach o przeniesienie własności nieruchomości*, „Nowe Prawo” 1969, nr 9, s. 1373–1380; B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, *Wady oświadczenia woli w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1973, s. 9–28 oraz 48–84; E. Drozd, *Pozorność w umowach przenoszących własność nieruchomości*, „Studia Cywilistyczne” 1974, t. XXII, s. 69–90; S. Breyer, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa 1975, s. 75–80; S. Breyer, *Z problematyki pozorności w obrocie nieruchomościami*, „Nowe Prawo” 1976, nr 11, s. 1502–1513; M. Kępiński, *Głosa do wyroku z dnia 26 maja 1983 r. (II CR 32/83)*, „Nowe Prawo” 1985, nr 2, s. 116–121; A. Bieranowski, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2001 r. V CKN 631/00*, „Rejent” 2002, nr 11, s. 188–198; M. Watrakiewicz, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2001 r. V CKN 631/00*, „Rejent” 2002, nr 11, s. 199–205; M. Warciński, *Głosa do wyroku SN z 12 października 2001 r. V CKN 631/00*, „Palestra” 2003, nr 9–10, s. 274–283; A. Jedliński, *Pozorność jako wada czynności prawnej i konsekwencje prawne pozorności*, „Rejent” 2005, nr 5, s. 67–84; K. Mularski, *Pozorność oświadczenia woli. Zarys problematyki semiotycznej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 2007, z. 3, s. 611–644; B. Łojewski, *Problematyka oświadczeń woli składanych bez zamiaru wywołania skutków prawnych według projektu części ogólnej kodeksu cywilnego*, „Rejent” 2010, nr 3, s. 127–152; K.P. Sokołowski, *Zatajenie w akcie notarialnym części ceny*

turze² już od dawna problematyka pozorności takich czynności prawnych jest przedmiotem pogłębionych badań. Doniosłość glosowanego orzeczenia szczególnie wyraźnie rysuje się na tle analizy dotychczasowego dorobku nauki i orzecznictwa poprzez perspektywę dokonanej tam ewolucji poglądów w tej materii.

Początkowo Sąd Najwyższy stał na stanowisku, że forma aktu notarialnego umowy pozornej służy jednocześnie umowie ukrytej, do zachowania formy aktu notarialnego wymaganej dla umowy ukrytej wystarcza zatem zawarcie w tej formie umowy pozornej³. Poglądy Sądu Najwyższego były wyrazem kontynuacji linii orzeczniczej uformowanej jeszcze w okresie zaborów. I tak pod rządami Kodeksu Napoleona na obszarze byłego Królestwa Polskiego sądy uznawały skuteczność przeniesienia własności nieruchomości w opisany wyżej sposób z tym zastrzeżeniem, że pozorna umowa sprzedaży traktowana była jako ważna umowa darowizny⁴. Na terenach zaboru austriackiego w praktyce oddawano pierwszeństwo czynności ukrytej również wtedy, gdy nie odpowiadała ona obowiązującym przepisom, w tym przepisom o formie umów przenoszących własność nieruchomości⁵. Jedynie w byłym zaborze pruskim z uwagi na § 313 k.c.n. umowa w przedmiocie przeniesienia własności nieruchomości wymagała formy urzędowej, a umowa ukryta nie odpowiadała tej przesłance, nie mogła więc stanowić wpisu w księdze gruntowej (w tym systemie prawnym dopiero spełnienie wymogu wpisu do takiej

nieruchomości a pozornosc sprzedaży i „negotium mixtum cum donatione”, „Rejent” 2010, nr 4, s. 107–131; A. Sylwestrzak, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 maja 2009, III CZP 21/09*, „GSP – Przegląd Orzecznictwa” 2010, nr 1, s. 85–96; K.P. Sokołowski, *Glosa*, OSP 2010, z. 6, s. 438–443; M. Warciński, *Glosa do uchwały z 9.12.2011 r., sygn. III CZP 79/11*, OSP 2012, z. 7–8, s. 523–526.

² Zob. m.in. uchwała SN z dnia 21 lipca 1954 r., sygn. I CO 22/54, OSNCK 1955, nr 1, poz. 1; wyrok SN z 16 marca 1955 r., sygn. III CR 2100/54, OSNCK 1956, nr 1, poz. 13; uchwała SN z dnia 18 października 1955 r., sygn. I C.O. 33/55, „Nowe Prawo” 1957, nr 2, s. 117–118; orzeczenie SN z dnia 22 października 1956 r., sygn. II CR 557/55, „Nowe Prawo” 1957, nr 9, s. 118–120; wyrok SN z dnia 18 marca 1966 r., sygn. II CR 123/66, OSNC 1967, nr 2, poz. 22; wyrok SN z dnia 26 maja 1983 r., sygn. II CR 32/83, System Informacji Prawnej Lex nr 8539; wyrok SN z dnia 23 czerwca 1986, sygn. I CR 45/86, System Informacji Prawnej Lex nr 8766; wyrok SN z dnia 25 lutego 1998 r., sygn. II CKN 816/97, System Informacji Prawnej Lex 56813; wyrok SN z dnia 8 marca 2001 r., sygn. IV CKN 290/00, OSNC 2002, nr 1, poz. 9; wyrok SN z dnia 12 października 2001 r., sygn. V CKN 631/00, OSNC 2002, nr 7–8, poz. 91; wyrok SN z dnia 12 lipca 2002 r., sygn. V CKN 1547/00, System Informacji Prawnej Lex 56054; wyrok SN z dnia 27 kwietnia 2004 r., sygn. II CK 191/13, System Informacji Prawnej Lex nr 399727; wyrok z dnia 8 marca 2005 r., sygn. IV CK 630/04, System Informacji Prawnej Lex nr 277091; wyrok SN z dnia 13 kwietnia 2005 r., sygn. IV 684/04, System Informacji Prawnej Lex nr 284205; postanowienie SN z dnia 25 października 2006 r., sygn. III CSK 214/06, System Informacji Prawnej Lex nr 407141; uchwała SN z dnia 22 maja 2009 r., sygn. III CZP 21/09, OSNC 2010 nr 1, poz. 13.

³ Zob. wyrok SN z 16 marca 1955 r., sygn. III CR 2100/54, OSNCK 1956, nr 1, poz. 13; orzeczenie SN z dnia 22 października 1956 r., sygn. II CR 557/55, „Nowe Prawo” 1957, nr 9, s. 118–120; wyrok SN z dnia 18 marca 1966 r., sygn. II CR 123/66, OSNC 1967, nr 2, poz. 22; wyrok SN z dnia 26 maja 1983 r., sygn. II CR 32/83, System Informacji Prawnej Lex nr 8539.

⁴ J. Ignatowicz, op. cit., s. 527.

⁵ S. Breyer, *Z problematyki...*, s. 1504.

księgi, jak też przeniesienie własności nieruchomości przesądzały o nabyciu własności nieruchomości⁶. Również później, tj. po wejściu w życie kodeksu zobowiązań⁷ oraz przepisu art. 44 § 1⁸ pr. rz. z 1946 r.⁹, przyjmowano w praktyce, że do ważności umowy wystarczało, gdy umowa pozorna była zawarta w formie notarialnej¹⁰. Stanowisko judykatury znajdowało poparcie także wśród przedstawicieli doktryny¹¹, aczkolwiek należy odnotować, że były również wyrażane poglądy¹², w myśl których czynności prawne, dla których wymagana jest forma szczególna, pod rygorem nieważności nie mogą być ważne jako czynności ukryte, nawet wówczas, gdy dla umowy pozornej zachowano tę samą formę, jaka jest wymagana dla umowy ukrytej, gdyż w formie szczególnej powinny się znaleźć nie jakiegokolwiek oświadczenia, ale te, które mają wywołać skutek. Przedstawiona wykładnia nie uległa zmianie po wejściu w życie przepisów k.c.¹³

Zmiana wytyczonej linii orzeczniczej została zapoczątkowana wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2001 r.¹⁴ Sąd dostrzegł, że dotychczasowe stanowisko często było przyjmowane bez głębszego uzasadnienia. Stwierdził, że czynność pozorna i czynność ukryta są odrębnymi czynnościami prawnymi, co powoduje, że „użyczenie” przez czynność pozorną formy czynności ukrytej musiałoby mieć podstawę w specjalnym przepisie. Zwrócił także uwagę, że „ratowanie” ważności ukrytej czynności prawnej, któremu służyła koncepcja o „użyczeniu” jej formy czynności pozornej, nie urzeczywistnia celów leżących u podstaw zastrzeżenia formy aktu notarialnego dla czynności ukrytej. Następnie pogląd ten został przyjęty w wyroku z dnia 27 kwietnia 2004 r.¹⁵ wydanym w sprawie, w której strony wskazały w umowie notarialnej sprzedaży nieruchomości inną cenę niż rzeczywiście przez nie uzgodniona. W rozważaniach Sądu Najwyższego znalazło się stwierdzenie, że konsekwencją przyjęcia w tym wypadku, iż w formie notarialnej zawarta została czynność pozorna, ukrywająca inną, dyssymulowaną czynność prawną, byłaby nieważność tej innej czynności z powodu niezacho-

⁶ Ibidem.

⁷ Zob. art. 34 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. nr 82, poz. 598 ze zm.), który traktował o pozorności jako o wadzie oświadczenia woli.

⁸ Przepis ten brzmiał: „Umowa o przeniesienie własności nieruchomości winna obejmować podstawę prawną świadczenia”.

⁹ Dz.U. z 1946 r., nr 57, poz. 319.

¹⁰ S. Breyer, *Z problematyki...*, s. 1505.

¹¹ Zob. J. Ignatowicz, op. cit., s. 528 i 529; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, op. cit., s. 70.

¹² Zob. E. Drozd, op. cit., s. 71; S. Wójcik, op. cit., s. 523; M. Kępiński, *Glosa...*, s. 120.

¹³ Dz.U. z 1964 r., nr 16, poz. 93 ze zm.

¹⁴ Wyrok SN z dnia 12 października 2001 r., sygn. V CKN 631/00, OSNC 2002, nr 7–8, poz. 91.

¹⁵ Wyrok SN z dnia 27 kwietnia 2004 r., sygn. II CK 191/03, System Informacji Prawnej Lex nr 399727.

wania formy aktu notarialnego, skoro bowiem ustawa uzależnia ważność takiej umowy od zachowania formy notarialnej (art. 158 k.c.), to w tej formie musi być określona co najmniej istotna treść umowy. Kolejnym orzeczeniem potwierdzającym zapoczątkowaną nową linię orzeczniczą była uchwała z dnia 22 maja 2009 r.¹⁶, w której został wyrażony pogląd, że umowa o dożywocie ukryta pod pozorną umową sprzedaży nieruchomości zawartą w formie aktu notarialnego jest nieważna, jeżeli istotne postanowienia umowy o dożywocie nie zostały objęte tą formą szczególną. Nowy kierunek judykatury został w większości zaakceptowany przez przedstawicieli doktryny¹⁷.

Głosowane orzeczenie należy uznać za kontynuację utrwalonej już – jak się zdaje – nowej linii orzeczniczej. Z drugiej jednak strony sam fakt, że omawiana kwestia po raz kolejny trafiła na wokandę Sądu Najwyższego, skłania do refleksji, że wciąż jeszcze pozostają kwestie wymagające wyjaśnienia. Przedmiotowe orzeczenie zasługuje na uwagę z kilku ważnych względów.

Rozważania należy rozpocząć od zasygnalizowania różnicy pomiędzy wadą oświadczenia woli prowadzącą do nieważności czynności prawnej oraz inną wadą czynności prawnej, która prowadzi do skutku w postaci nieważności czynności prawnej. Aby lepiej zobrazować tę odmienność, należy zauważyć, że oświadczeniem woli jest takie zachowanie, które wyraża w sposób dostateczny zamiar wywołania skutku w postaci ustanowienia zmiany lub ustania stosunku prawnego. Wadami oświadczenia woli nie są wszystkie nieprawidłowości występujące w toku jego podejmowania i wyrażania, lecz tylko takie, które zostały uznane za wady przez ustawodawcę. Zatem poza zakresem tego pojęcia pozostają np. nieprawidłowości dotyczące treści lub formy, w związku z czym zawarcie umowy przenoszącej własność nieruchomości bez zachowania formy aktu notarialnego stanowi wadę czynności prowadzącą do jej nieważności (art. 158 k.c.), ale nie jest wadą oświadczenia woli.

Godzi się również zauważyć, że pozornosc występuje wtedy, gdy oświadczenie woli jest złożone drugiej stronie dla pozorów, tj. bez zamiaru wywołania skutków prawnych, zaś druga strona ma świadomość, że oświadczenie składane jest w takim celu, a także zaakceptuje brak zamiaru wywołania skutków prawnych. Brak najistotniejszego składnika oświadczenia woli, czyli elementu tworzącego prawo, tj. zamiaru wywołania zwykłych skutków prawnych, jakie wiążą się z takim oświadczeniem, powoduje, że nie jest to oświadczenie woli rzeczywiste, lecz występuje tu tylko pozór oświadczenia woli i w konsekwencji pozór czynności prawnej.

Zdarza się jednak – i tak było w przedmiotowej sprawie – że strony mogą w porozumieniu potajemnym złożyć także oświadczenie wyrażające

¹⁶ Uchwała SN z dnia 22 maja 2009 r., sygn. III CZP 21/09, OSNC 2010, nr 1, poz. 13.

¹⁷ Zob. M. Watrakiewicz, op. cit., s. 199–205; M. Warciński, *Glosa do wyroku SN z 12 października 2001 r.*, s. 274–283; A. Sylwestrzak, op. cit., s. 85–96; K.P. Sokołowski, *Glosa...*, s. 438–443; odmienne, krytyczne stanowisko zajął A. Bieranowski, op. cit., s. 188–198.

wolę innego uregulowania ich sfery prawnej, niż to zostało ujawnione. Taka pozornosc (tzw. symulacja względna, relatywna) występuje wtedy, gdy strony zawierają czynność prawną pozorną dla ukrycia innej, rzeczywiście przez nie zamierzonej i dokonanej. Potajemne porozumienie stron jest określane jako czynność prawna ukryta lub dyssymulowana i do niej odnosi się art. 83 § 1 zdanie drugie k.c., który stanowi, że jeżeli oświadczenie pozorne złożone zostało dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności. Trzeba przy tym wyraźnie zastrzec, że przepis ten dotyczy innej ukrytej czynności prawnej, a nie ukrycia elementu treści tej samej czynności prawnej, np. rzeczywistej ceny w umowie sprzedaży.

Powołując się na wspomniany wcześniej przepis, Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że ważność oświadczenia woli jako składnika czynności ukrytej zależy od właściwości tej czynności, czyli od tego, czy zostały spełnione wszystkie przesłanki ustawowe jej skuteczności, wynikające z przepisów bezwzględnie obowiązujących. Niewątpliwie chodzi tu o wymagania zarówno co do treści, jak i formy. Refleksja ta prowadzi do jednej z najistotniejszych konstatacji zawartych w glosowanej uchwale, a mianowicie, że ukryta czynność darowizny nieruchomości nie zachowuje formy szczególnej pod rygorem nieważności, tj. formy aktu notarialnego i z tego względu jest nieważna (art. 158 k.c.).

Na zmianę powyższego stanowiska nie mogła skutecznie wpłynąć koncepcja¹⁸ przenoszenia formy szczególnej zachowanej dla czynności symulowanej na czynność dyssymulowaną przede wszystkim z tego względu, że w pojęciu pozorności, która jest wadą oświadczenia woli, nie mieści się wadliwość czynności prawnej w postaci niezachowania formy. W omawianym wypadku forma aktu notarialnego została zachowana dla innej czynności prawnej, tj. pozornej umowy sprzedaży nieruchomości i nie może być użyzona dla ukrytego oświadczenia woli nieodpłatnego przeniesienia jej własności, gdyż ustawodawca w art. 83 § 1 zdanie drugie k.c. uzależnił jego ważność od tego, czy dyssymulowana czynność prawna, np. umowa darowizny nieruchomości, odpowiada wszystkim dalszym wymaganiom wynikającym z przepisów bezwzględnie obowiązujących, a więc także od tego, czy została zawarta w wymaganej formie. Wprawdzie obydwie czynności – pozorna i ukryta – dotyczą tych samych podmiotów i tej samej nieruchomości, niemniej dokonane przez strony ukryte oświadczenie woli o nieodpłatnym przeniesieniu jej własności nie zostało wyrażone z zachowaniem formy *ad solemnitatem*. Jednocześnie Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że umowę sprzedaży różni od umowy darowizny nie tylko odpłatność charakteru czynności prawnej, ale też całkiem inny reżim prawny.

¹⁸ Zob. m.in. M. Kępiński, *Pozornosc...*, s. 1375 i nast.; idem, *Glosa...*, s. 119–121; A. Bieranowski, op. cit., s. 194–196; M. Watrakiewicz, op. cit., s. 203–205; M. Warciński, *Glosa do wyroku SN z 12 października 2001 r...*, s. 278–281; K.P. Sokołowski, *Glosa...*, s. 439–443; M. Warciński, *Glosa do uchwały z 9.12.2011 r...*, s. 523–526.

Nie bez znaczenia dla przyjętego w tym orzeczeniu poglądu jest fakt, że zgodnie z ujęciem bezwzględnej nieważności jako sankcji czynności prawnej, czynność nieważna nie wywołuje żadnych skutków prawnych poza wynikającymi wprost z ustawy (por. np. art. 496 w związku z art. 497 k.c.). Sprzeczne z tym ujęciem jest zatem twierdzenie, że jednak forma czynności prawnej czynności bezwzględnie nieważnej wywołuje skutki prawne jako element ważnej czynności prawnej ukrytej.

Wreszcie za prezentowanym kierunkiem wykładni przemawiają ważne argumenty systemowe wynikające z ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie¹⁹. Według art. 92 § 1 ww. ustawy akt notarialny ma zawierać oświadczenia stron z powołaniem się w razie potrzeby na okazane przy akcie dokumenty i być odczytany. Niedopuszczalne jest więc przyjęcie, że można zachować formę aktu notarialnego w sytuacji, w której strony czynności nie złożyły przed notariuszem oświadczenia woli określającego elementy przedmiotowo istotne dla zawieranej umowy. Przy odczytaniu aktu notariusz powinien się przekonać, że osoby biorące udział w czynności nie tylko dokładnie rozumieją treść i znaczenia aktu, ale że jest on zgodny z ich wolą (art. 94 § 1). Notariusz odmawia dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem (art. 81), nie można więc zgodzić się z podniesionym w literaturze kontrargumentem, że wyrażone stanowisko godzi w bezpieczeństwo obrotu już z tego względu, że forma aktu notarialnego z istoty swej służy temu celowi, gdyż zmusza strony do dojrzałego namysłu i zapewnia przewencyjną kontrolę dokonywanej czynności z prawem. Poza tym z aktu notarialnego jako dokumentu urzędowego (art. 2 § 2) wynika domniemanie autentyczności i zgodności z prawdą zawartych w nim oświadczeń. Przyjęcie stanowiska, że czynności dyssymulowane zachowują formę notarialną, jeżeli czynność pozorna była sporządzona w formie aktu notarialnego, stawiałoby pod znakiem zapytania występowanie tych domniemań.

Przyjęta przez Sąd Najwyższy interpretacja jest uzasadniona również z uwagi na względy funkcjonalne. Jak wielokrotnie i od dawna podnoszono w literaturze przedmiotu, motywy skłaniające strony do ukrywania rzeczywistej woli przy przenoszeniu własności nieruchomości są różne i są to np. względy natury podatkowej²⁰, próby obejścia przepisów prawa spadkowego o zaliczaniu darowizn²¹ czy przy obliczaniu zachowku²², dążenie do skorzystania z rękopisów wiary publicznej ksiąg wieczystych lub utrudnianie przez dłużników wierzycielom odzyskania ich wierzytelności przy wykorzystaniu instytucji skargi pauliańskiej²³. Trudno jednakże byłoby doszukać się racjo-

¹⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2008 r., nr 189, poz. 1158 ze zm.

²⁰ Zob. S. Wójcik, op. cit., s. 514; A. Jedliński, op. cit., s. 75.

²¹ Zob. M. Kępiński, *Pozorność...*, s. 1377.

²² M. Warciński, *Glosa do wyroku SN z 12 października 2001 r.*, s. 275.

²³ R. Longchamps de Berier, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, Lwów 1939, reprint Poznań 1999, s. 83.

nalnych i przekonujących argumentów dla tolerowania tych niegodziwych w swej istocie celów.

Podsumowując, powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że stanowisko zajęte w glosowanym orzeczeniu zasługuje na akceptację. Wpisuje się ono w zapoczątkowany od 2001 r. nurt nowej, odważnej, ale też – jak się wydaje – trafnej wykładni problematyki oceny prawnej ważności ukrytych umów przy zawieraniu przez strony pozornych umów przenoszących własność nieruchomości. Podnoszone wyżej argumenty zdają się o tym przekonywać. Oczywiście prezentowana w tym orzeczeniu wykładnia przepisu art. 83 § 1 zdanie drugie k.c. ogranicza krąg czynności prawnych mogących być uznawanymi za ważne w świetle tej normy. Niemniej jednak skutki prawne tej interpretacji nie dotyczą wszystkich tych czynności prawnych, które dla swojej ważności nie wymagają formy *ad solemnitatem*, przez co przepis art. 83 § 1 zdanie drugie k.c. nadal zachowuje swoje znaczenie praktyczne.

Michał Hejbudzki

Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2013 r., sygn. VII SAB/Wa 201/12.

Nie ma racjonalnego powodu, aby traktować oświadczenie pacjenta upoważniające osobę bliską do uzyskiwania jej dokumentacji jako sporządzone tylko na użytek świadczeniodawcy, który założył historię choroby, w której oświadczenie takie się znalazło.

Glosowany wyrok podejmuje bardzo istotne zagadnienie dotyczące dostępu do dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta. Prawo pacjenta do dokumentacji medycznej jest jednym z najistotniejszych praw, które mu przysługują. Można bowiem traktować je jako swoiste przedłużenie innego, równie ważnego, prawa do informacji. Kwestia dostępu do dokumentacji za życia pacjenta nie budzi większych wątpliwości. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹, dostęp do dokumentacji może mieć on sam, jego przedstawiciel ustawowy bądź osoba przez niego upoważniona. Po śmierci pacjenta prawo wglądu w dokumentację medyczną ma osoba upoważniona przez pacjenta za życia (art. 26 ust. 2 u.p.p.). Mimo stosunkowo nieostrych sformułowań, należy przyjąć, iż katalog podmiotów uprawnionych do dostępu do danych zawartych w dokumentacji medycznej jest zamknięty². Z punktu widzenia praktyki najwięcej problemów i kontrowersji dotyczy przypadków dostępu do dokumentacji po śmierci pacjenta. Powyższa kwestia będzie przedmiotem opracowania. Pominięte zostaną natomiast rozważania dotyczące zagadnień związanych z dopuszczalnością skargi oraz możliwością jej rozpoznania przez Wojewódzki Sąd Administracyjny³.

¹ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz 159 z późn. zm.) – dalej: u.p.p.

² R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 255.

³ Za takim rozwiązaniem przemawia m.in. wyrok NSA z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. I OSK 667/11 oraz postanowienie NSA z dnia 8 listopada 2012 r., sygn. II OZ 958/12, wyrok NSA z dnia 19 maja 2003 r., sygn. OSA 1/03, OSP 2003, nr 11, poz. 136. W doktrynie prezentowane jest również stanowisko odmienne, zgodnie z którym w przypadku odmowy udostępnienia dokumentacji medycznej roszczenie o jej udostępnienie mogłoby zostać zrealizowane na gruncie art. 189 k.p.c. w ramach powództwa o ustalenie prawa. Zob. *Glosa do wyroku NSA z dnia 19 maja 2003 r., OSA 1/03*, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 11–12, s. 173, podobnie D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2012, s. 368. Osoba uprawniona ma również możliwość skierowania sprawy do Rzecznika Praw Pacjenta z wnioskiem o wszczęcie postępowania wyjaśniającego, którego następstwem może być złożenie pozwu do sądu cywilnego, zob. T. Filarski, T. Sikora, *Zrozumieć prawa pacjenta*, Warszawa 2013, s. 45.

W przedmiotowej sprawie żona skarżącego w dniu 1 czerwca 2010 r. została przyjęta w trybie nagłym do szpitala, w którym kolejnego dnia piśmiennie upoważniła swojego męża do uzyskiwania dokumentacji medycznej na wypadek swojej śmierci. W trakcie leczenia dnia 20 czerwca pacjentka została przewieziona helikopterem do drugiego szpitala, gdzie tego samego dnia zmarła. Skarżący dnia 28 lipca 2010 r. wystąpił do dyrektora szpitala, do którego przetransportowana była jego żona, o udostępnienie dokumentacji medycznej. Pismem z dnia 10 sierpnia kierownik Archiwum Zakładowego na podstawie pełnomocnictwa uzyskanego od dyrektora odmówił udostępnienia dokumentacji medycznej, powołując się na cytowany wcześniej art. 26 u.p.p. Dnia 6 września 2010 r. pełnomocnik skarżącego skierował kolejne pismo do kierownika Archiwum Zakładowego z wnioskiem o wydanie kserokopii protokołu sekcji zwłok. Dnia 22 września, odpowiadając na powyższy wniosek, kierownik Archiwum Zakładowego utrzymał swoje stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 10 sierpnia 2010 r., twierdząc, że upoważnienie żony skarżącego dotyczy dokumentacji medycznej wytworzonej przez podmiot, w którym owe upoważnienie zostało złożone.

Skarżący wskazał ponadto, że szpital, do którego przetransportowano jego żonę, przyjmując przytomną, zdolną do samodzielnego myślenia pacjentkę, nie pobrał od niej zgody na podjęcie leczenia ani nie wypełnił niezwłocznie dokumentacji związanej z przyjęciem na oddział. Powyższe zaniechanie ze strony szpitala skutkowało tym, iż pacjentce uniemożliwiono potwierdzenie oświadczenia woli złożonego we wcześniejszym szpitalu, co do kręgu osób uprawnionych do wglądu w jej dokumentację medyczną po jej śmierci.

W odpowiedzi na skargę szpital podniósł, że pełnomocnictwo udzielone przez zmarłą swojemu mężowi do uzyskania dokumentacji medycznej na wypadek śmierci mocodawcy nie ma charakteru generalnego, zatem nie odnosi się do każdej dokumentacji z jakiegokolwiek szpitala czy zakładu opieki zdrowotnej. Udzielone pełnomocnictwo dotyczyło jedynie dokumentacji medycznej wytworzonej w szpitalu, w którym złożono oświadczenie.

W tych okolicznościach Sąd uznał, że oświadczenie pacjenta o upoważnieniu osoby bliskiej do uzyskiwania dokumentacji medycznej jest skuteczne również w innym podmiocie leczniczym niż ten, w którym zostało złożone.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny oraz okoliczności złożonego oświadczenia, nie sposób nie podzielić tego stanowiska. Zauważyć przede wszystkim należy, że pojawiają się rozbieżności w zakresie samej interpretacji oświadczenia, w którym pacjent upoważnia osobę bliską do uzyskania dokumentacji medycznej. Z jednej strony, co zostało wskazane w głosowanym wyroku, oświadczenie pacjenta stanowi oświadczenie woli, do którego zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego⁴. Wydaje mi się jednak, że należy po-

⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

dzielić odmienne stanowisko, wskazujące, iż „upoważnienie”, o którym mowa w art. 26 u.p.p., stanowi odrębną instytucję stworzoną na potrzeby tej ustawy. Nie jest to rodzaj pełnomocnictwa w rozumieniu przepisów k.c. Najistotniejszą kwestią rozróżniającą te dwie instytucje jest to, że upoważnienie udzielone przez pacjenta nie wygasa wraz z jego śmiercią i nadal wywołuje skutki prawne, podczas gdy klasyczne pełnomocnictwo wygasa wraz ze śmiercią mocodawcy⁵.

Ustawodawca nie przewidział żadnej formy upoważnienia – może ono być złożone zarówno w formie ustnej, jak i pisemnej. Na podmiot leczniczy nałożony jest natomiast obowiązek dokonania stosownego wpisu⁶. Należy zatem podzielić pogląd, iż w razie wątpliwości co do dokonania wpisu, podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych powinien być zobowiązany do uprawdopodobnienia, że pomimo podjętych przez niego działań, upoważnienie lub oświadczenie o jego braku nie zostało złożone⁷.

Z uwagi na możliwość ustnego upoważnienia dokonanie stosownej adnotacji w dokumentacji medycznej co do osoby upoważnionej ułatwia dowodzenie jej prawa do wglądu w dokumentację⁸. Bez wątpienia jednak, chcąc uniknąć nieporozumień, najprościej jest dokonać pisemnego upoważnienia⁹. Powyższe jednoznacznie wskazuje, co podkreślił Sąd, iż pacjent może sporządzić stosowne oświadczenie zarówno w ramach, jak i poza dokumentacją medyczną i tylko od jego woli zależało będzie, jaką treść i jaki zakres upoważnienia obejmie to oświadczenie. Obecnie obowiązujące rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania¹⁰ w § 8 pkt 2 wskazuje, że w dokumentacji indywidualnej wewnętrznej zamieszcza się lub dołącza do niej oświadczenie pacjenta o upoważnieniu osoby bliskiej do uzyskiwania dokumentacji z podaniem imienia i nazwiska osoby upoważnionej albo oświadczenia o braku takiego upoważnienia. Odpowiednio § 15 pkt 3 przewiduje dołączenie do historii choroby powyższych oświadczeń, jeżeli nie zostały w tej historii zamieszczone.

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca odstąpił od wcześniejszego rozwiązania, które przewidywało dwa odrębne upoważnienia: do udostępniania dokumentacji za życia pacjenta oraz wglądu w tę dokumentację po jego śmierci¹¹.

⁵ Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. II SAB/Rz 29/10, LEX nr 602398; zob. D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta...*, s. 368.

⁶ D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta...*, s. 365.

⁷ Ibidem, s. 369.

⁸ D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 383

⁹ M. Kapko, [w:] E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Kraków 2008, s. 595.

¹⁰ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz.U. nr 252, poz. 1697).

¹¹ Takie rozwiązanie przewidziane było w § 12 pkt 7 i 9 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2006 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz.U. nr 247, poz. 1819).

W doktrynie wskazuje się, że „obecna wersja ustawy o prawach pacjenta i rozporządzenia wykonawczego powinna być interpretowana, zgodnie z zasadą ochrony prawa pacjenta, także po jego śmierci”¹².

Sąd, dokonując analizy przedstawionego stanu faktycznego, podkreślił, iż nie przedstawiono dokumentacji, z której wynikałoby, że pacjentka odwołała zgodę znajdującą się w dokumentacji pierwszego szpitala, do którego trafiła. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż pacjent i jego przedstawiciel ustawowy mają nieograniczony dostęp do dokumentacji medycznej, w przypadku natomiast osoby upoważnionej udzielone upoważnienie może ograniczyć zakres dostępu. W dokumencie zawierającym upoważnienie pacjent może zatem wskazać nie tylko osobę upoważnioną, ale również zakres jej uprawnień. Istotne jest, że pacjent nie jest ograniczony w doborze osób upoważnionych. Może zatem upoważnić jedną lub więcej osób, dla każdej wskazując zakres upoważnienia. Decyzja pacjenta w powyższej kwestii nie musi być przez niego w żaden sposób uzasadniana, a lekarz nie ma uprawnień do jej weryfikacji. Upoważnienie udzielone przez pacjenta jest dla lekarza wiążące, z czego wynika, że jest on uprawniony i jednocześnie zobowiązany udostępniać dokumentację medyczną wskazanym osobom i powinien to czynić w takim zakresie, na jaki zezwolił sam pacjent¹³. Z drugiej strony pamiętać należy, że osoba upoważniona, podobnie jak pacjent i jego przedstawiciel ustawowy, nie musi uzasadniać swego żądania udostępniania dokumentacji, co skutkuje tym, że podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych nie mają prawa tego oczekiwać¹⁴.

Ustawodawca przewidział różne formy dostępu do dokumentacji medycznej. Zgodnie z art. 27 u.p.p., dokumentacja medyczna jest udostępniana:

1) do wglądu w siedzibie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych;

2) poprzez sporządzenie jej wyciągów, odpisów lub kopii;

3) poprzez wydanie oryginału za pokwitowaniem odbioru i z zastrzeżeniem zwrotu po wykorzystaniu, jeżeli uprawniony organ lub podmiot żąda udostępnienia oryginałów tej dokumentacji.

Decyzja o sposobie dostępu do dokumentacji leży po stronie podmiotu uprawnionego. Kontrowersje budzi zapis art. 26 ust. 2 u.p.p. ograniczający po śmierci pacjenta dostęp do dokumentacji jedynie poprzez wgląd do niej. W doktrynie powyższe ograniczenie jest szeroko komentowane. Z jednej strony podkreśla się, że ustawodawca, wprowadzając wskazane ograniczenie, przyjmuje zasadę, w myśl której z chwilą śmierci pacjenta upoważnienie częściowo wygasa, co jest błędem w samym założeniu. Jest to zachowanie

¹² D. Karkowska, *Ustawa o prawach...*, s. 367.

¹³ R. Kubiak, *op. cit.*, s. 257.

¹⁴ D. Karkowska, *Prawa pacjenta...*, s. 380; zob. M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 104.

nieracjonalne, które prowadzi do nienależytej ochrony dóbr osobistych zmarłego pacjenta oraz narusza uprawnienia procesowe osób bliskich pacjentowi, utrudniając np. zebranie stosownego materiału dowodowego¹⁵. Wskazuje się również, iż przyjęte brzmienie przepisu jest następstwem niefortunnnych sformułowań, a osoba upoważniona do dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta ma prawo do uzyskania jej we wszystkich formach przewidzianych w art. 27 u.p.p.¹⁶ Należy podzielić drugie stanowisko i przyjąć, że osoba upoważniona ma możliwość dostępu do dokumentacji w taki sam sposób, jak pacjent za życia bądź jego przedstawiciel. Powyższy problem został dostrzeżony również przez ustawodawcę, co znalazło odzwierciedlenie w Założeniach do projektu ustawy o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz niektórych innych ustaw¹⁷. Ze względu na wątpliwości interpretacyjne zaproponowano bowiem doprecyzowanie brzmienia ustawy, polegające na jednoznacznym wskazaniu, że w razie śmierci pacjenta dokumentacja medyczna jest udostępniana we wszystkich przewidzianych w ustawie formach. Obecne rozwiązanie, przewidujące wgląd w dokumentację, nie jest bowiem zgodne z intencją ustawodawcy w tym zakresie.

Powołane założenia do projektu ustawy przewidują również inne zmiany. Proponuje się m.in. określenie w ustawie sposobów udostępniania dokumentacji medycznej prowadzonej w postaci papierowej, jak też elektronicznej. Ta druga ma być udostępniana przez elektroniczną transmisję danych lub na informatycznym nośniku danych. Dodatkowo przewidziane jest wykonywanie papierowych wydruków na żądanie uprawnionych organów lub podmiotów. Możliwy byłby również wgląd w dokumentację w miejscu udzielania świadczeń zdrowotnych. Proponowane są także zmiany obecnie obowiązujących przepisów odnoszących się do dokumentacji papierowej. Byłaby ona udostępniana do wglądu lub przez sporządzenie odpisów albo wyciągów, a w wyjątkowych sytuacjach także przez wypożyczenie oryginału. Z uwagi na to, że obecnie wypożyczenie oryginału budzi liczne kontrowersje i często nastęrcza dodatkowych trudności (m.in. podmiot wypożyczający dokumentację ma obowiązek sporządzenia jej kopii dla własnych potrzeb), projekt zakłada, że oryginał dokumentacji byłby wydawany tylko w tych przypadkach, gdy sporządzenie kopii mogłoby spowodować zwłokę w udzieleniu świadczenia zdrowotnego zagrażającą życiu lub zdrowiu pacjenta. Należy zatem podkreślić, iż wskazane ograniczenie uniemożliwi otrzymanie oryginału dokumentacji osobie upoważnionej po śmierci pacjenta. Takie ujęcie zaprzecza zatem wcześniej powołanej propozycji, zgodnie z którą w razie śmierci pa-

¹⁵ D. Karkowska, *Prawa pacjenta...*, s. 381.

¹⁶ A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 174.

¹⁷ Zob. [online] <www.mz.gov.pl>.

ejenta dokumentacja udostępniana byłaby we wszystkich przewidzianych w ustawie formach.

Ze względu na wątpliwości interpretacyjne proponuje się również doprecyzowanie przepisów dotyczących udostępniania kopii, odpisu oraz wyciągu dokumentacji medycznej. Ustawa nie definiuje tych pojęć i podniesiono jednocześnie zbliżone znaczenie wyrazów „kopia” i „odpis”. W związku z tym zaproponowano pozostawienie tylko formy „odpis”, „wyciąg” natomiast ma być rozumiany jako skrótowy tekst zawierający najważniejsze dane z całości dokumentacji medycznej. Przewidziano również dodatkowy sposób udostępniania dokumentacji prowadzonej w postaci papierowej, tj. jej cyfrowe odwzorowanie (skan), które byłoby wykonywane na wniosek pacjenta, a następnie przekazywane przez elektroniczną transmisję lub na nośniku. Ostatni z wymienionych sposobów traktowany ma być jako fakultatywny i podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych mógłby go wprowadzić w swoim regulaminie organizacyjnym, jeżeli będą na to pozwalały warunki organizacyjne i techniczne, jakimi dysponuje.

Podjęte rozważania wskazują na doniosłość problemu udostępniania dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta. Problem ten został zauważony również przez Rzecznika Praw Obywatelskich, który pismem z dnia 12 stycznia 2011 r. zwrócił się do Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, podając jako przykład sytuację, w której osoby bliskie po śmierci pacjenta zamierzają dochodzić od podmiotu leczniczego przysługujących im roszczeń na podstawie art. 446 k.c.¹⁸ Wskazano, że art. 26 ust. 3 pkt 3 u.p.p., przewidujący udostępnienie dokumentacji medycznej sądom w związku z prowadzonym postępowaniem, nie rozwiązuje powyższego problemu, gdyż już na etapie wnoszenia pozwu należy czynić zadość warunkom pisma procesowego. Wnoszący pozew winien zatem wskazać dowody potwierdzające okoliczności w nim wskazane. W sytuacji braku dostępu do dokumentacji medycznej jest to nader utrudnione bądź wręcz niemożliwe. W związku z opisaną sytuacją Rzecznik zwrócił się z zapytaniem, czy w przedmiotowej sprawie wystarczającą podstawą do udostępnienia dokumentacji medycznej osobom najbliższym może być art. 27 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych¹⁹, który dopuszcza przetwarzanie danych o stanie zdrowia w przypadku, gdy są one niezbędne do dochodzenia praw przed sądem. W odpowiedzi podkreślono, iż ustawa o ochronie danych osobowych nie ma zastosowania do informacji o osobach zmarłych. Przemawia za tym przede wszystkim art. 2 ust. 1 powołanej ustawy, który wskazuje jej przedmiotowy zakres, tj. ochronę danych osób fizycznych, czyli tylko i wyłącznie żyjących.

¹⁸ Pismo z dnia 12 stycznia 2011 r., znak RPO-632759-V-II/ST.

¹⁹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r., nr 101, poz. 926 z późn. zm.).

Dostęp do dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta mieści się również w obszarze zainteresowań Rzecznika Praw Pacjenta, do którego zgłaszanych jest wiele przypadków naruszenia tego prawa. Powyższe sprawiło, iż wystosował on wniosek do Ministra Zdrowia, w którym zasygnalizował rozważenie możliwości dostosowania prawa polskiego do rozwiązań przyjętych w innych krajach UE, które są bardziej elastyczne i łatwiej je stosować do sytuacji losowych²⁰. Zdaniem Rzecznika stworzenie odpowiednich regulacji prawnych zapewni podtrzymanie istniejącego obecnie wysokiego standardu ochrony danych osobowych z równoczesnym uwzględnieniem woli pacjenta. W większości krajów UE dostęp do dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta z mocy prawa mają osoby spokrewnione z pacjentem i małżonek²¹. Ministerstwo Zdrowia, ustosunkowując się do wniosku Rzecznika, wskazało, że obowiązujący stan prawny w wystarczającym stopniu zabezpiecza interesy pacjenta, jak również jego bliskich i nie ma uzasadnienia dla dokonywania zmian legislacyjnych w omawianym zakresie²². W uzasadnieniu podano, iż ustawowe ograniczenia wskazujące krąg podmiotów uprawnionych do dokumentacji są realnym zabezpieczeniem tajemnicy lekarskiej oraz służą poszanowaniu woli zmarłego pacjenta. Podkreślono również, że dostęp do dokumentacji medycznej jest prawem pacjenta, a nie osób bliskich. W związku z tym obowiązujące regulacje prawne chronią i zabezpieczają w pierwszej kolejności interesy pacjenta, również po jego śmierci. Nie jest to jednak równoznaczne z bezwzględnym pozbawieniem osoby bliskiej dostępu do dokumentacji medycznej zmarłego pacjenta. W braku stosownego upoważnienia będzie to możliwe w drodze postępowania sądowego.

Podjęta analiza szeregu zagadnień związanych z dostępem do dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta jednoznacznie wskazuje na doniosłość rozstrzygnięcia podjętego przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w głosowanym wyroku. Sytuacja opisana w przedmiotowej sprawie zdarza się bardzo często. W praktyce zazwyczaj przyjmuje się, że każdy podmiot leczniczy zobowiązany do prowadzenia dokumentacji medycznej winien odbierać od pacjenta stosowne oświadczenie dotyczące osób upoważnionych do tej dokumentacji. Zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Zdrowia²³, nie można przyjąć, że oświadczenie o upoważnieniu do dokumentacji medycznej złożone w jednym zakładzie opieki zdrowotnej obowiązuje także w innych placówkach. Zakres świadczeń zdrowotnych udzielanych w różnych placówkach może bowiem być różny i wolą pacjenta może być ujawnienie osobom bliskim tylko niektórych swoich problemów zdrowotnych. Podkreślić jednak należy,

²⁰ Pismo z dnia 2 marca 2011 r., znak RzPP-ZPR-076-7-1/JK/11

²¹ I. Jeleń, *Dokumentacja medyczna i dane osobowe pacjenta. Praktyczne wskazówki*, Warszawa 2011, s. 26.

²² Pismo z dnia 26 kwietnia 2011 r., znak MZ-OZZ-0201-24146-6/AWI/11.

²³ Ibidem.

iż w przedmiotowej sprawie chodziło o tę samą jednostkę chorobową, a świadczeniodawca, do którego została przetransportowana pacjentka, miał kontynuować jedynie leczenie podjęte wcześniej. W takiej sytuacji należy uznać za ważne i skuteczne upoważnienie, którego udzielił pacjent poza zakładem opieki zdrowotnej. Dopuszczalność udostępnienia dokumentacji medycznej w konkretnej sytuacji zależy wówczas od zakresu udzielonego upoważnienia, tzn. czy dotyczy ono pełnej dokumentacji, czy tylko dokumentacji z konkretnego leczenia. W opisanym przypadku nie było żadnego ograniczenia w dostępie do dokumentacji medycznej. W związku z tym, co słusznie podniósł Sąd, nie można wnioskować, że zmiana dostawcy usług medycznych skutkuje jednocześnie unieważnieniem wcześniej złożonych przez pacjenta oświadczeń woli o charakterze generalnym.

Mając na uwadze powyższe argumenty, tezę, że nie ma racjonalnego powodu, aby traktować oświadczenie pacjenta upoważniające osobę bliską do uzyskiwania jej dokumentacji jako sporządzone tylko na użytek świadczeniodawcy, który założył historię choroby, w jakiej oświadczenie takie się znalazło, uważam za trafną.

Agnieszka Kowalska

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 14 lutego 2012 r., sygn. III UZP 4/11, OSNP 2012, nr 15–16, poz. 198.

Wynagrodzenie za pracę z tytułu nabycia przez pracodawcę z mocy prawa (art. 12 ust. 1 lub art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 2004 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jednolity tekst: Dz.U. z 2006 r., nr 90, poz. 631 ze zm.) autorskich praw majątkowych do utworu stworzonego przez pracownika w wykonywaniu obowiązków ze stosunku pracy stanowi podstawę wymiaru składek na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe i chorobowe określone w art. 18 ust. 1 pkt 1, art. 4 pkt 9, art. 11 ust. 1 i art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2009 r., nr 205, poz. 1585 ze zm.).

Głosowane orzeczenie Sądu Najwyższego, gdyby poprzestać na jego tezie, nie zasługiwałoby na analizę i komentarz. Stanowisko zaprezentowane w uchwale, choć nie jest tak oczywiste na tle obowiązującego prawa, nie wymaga moim zdaniem jakiejś szczególnej, wspierającej je argumentacji¹. Zważywszy jednak, że winno być rozstrzygnięciem zagadnienia prawnego: „czy otrzymane przez pracownika wynagrodzenie z tytułu zawartej z pracodawcą umowy o przeniesienie autorskich praw majątkowych do utworu dydaktycznego stanowi podstawę wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne, emerytalne, rentowe, wypadkowe i chorobowe [...]”, przekazanego Sądowi Najwyższemu postanowieniem Sądu Apelacyjnego, to wydaje się, że nie sprostało ono temu zadaniu. Nie odpowiada przecież ani na postawione pytanie, ani też nie rozstrzyga w sposób przydatny dla praktyki żadnej z kontrowersyjnych kwestii związanych z zawieraniem przez pracodawców z pracownika-

¹ Teza byłaby trafna ,gdyby dotyczyła utworów zbiorowych, programów komputerowych (stworzonych w ramach obowiązków ze stosunku pracy) i Norm Polskich, bowiem stworzenie tych produktów intelektu *ex lege* powoduje nabycie praw autorskich majątkowych przez inny niż autor podmiot. Także *ex lege* instytucja naukowa uzyskuje pierwszeństwo opublikowania utworu naukowego pracownika, który stworzył go w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy. Nie zawsze jednak nabywane przez instytucję naukową uprawnienie będzie autorskim prawem majątkowym (w razie gdy utwór naukowy nie spełnia przesłanek wskazanych w przepisie art. 1 pr. aut.). We wszystkich pozostałych przypadkach pierwotnie uprawnionym jest twórca (art. 8 ust. 1 pr. aut.), toteż następstwo prawne nie jest możliwe *ex lege*.

mi umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych do – ogólnie rzecz ujmując – stworzonych przez nich utworów dydaktycznych (a w szerszym planie również innych). Bez specjalnego trudu można bowiem postawić szereg pytań szczegółowych, które związane są z postawionym przez Sąd Apelacyjny zagadnieniem prawnym i które pozostały bez odpowiedzi. Z uzasadnienia komentowanej uchwały nie wynika bowiem, z jakiego powodu Sąd Najwyższy ograniczył się do utworów pracowniczych (art. 12 i art. 14 pr.aut.), a więc utworów powstałych w wyniku wykonywania obowiązków określonych umową o pracę. Skoro zagadnienie prawne obejmowało „umowy o przeniesienie praw autorskich majątkowych do utworu dydaktycznego”, to dotyczyło nie tylko utworu powstałego w czasie związania twórcy z pracodawcą stosunkiem pracy, lecz także innych utworów, w tym powstałych wcześniej lub poza aktywnością autora związaną z wykonywaniem obowiązków ze stosunku pracy.

W pierwszej kolejności przybliżenia wymaga regulacja prawna powołana przez Sąd Najwyższy w tezie głosowanej uchwały, zawarta w przepisach prawa autorskiego. Sąd odwołuje się do art. 12 ust. 1 i art. 14 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Przepis art. 12 ust. 1 mówi, że jeżeli ustawa lub umowa o pracę nie stanowią inaczej, pracodawca, którego pracownik stworzył utwór w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy, nabywa z chwilą przyjęcia utworu autorskie prawa majątkowe w granicach wynikających z celu umowy o pracę i zgodnego zamiaru stron. Łatwo zauważyć, że **cytowany przepis dotyczy wyłącznie takich utworów, niezależnie od ich rodzaju, które stworzył pracownik (utwór pracowniczy) w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy**². Inne utwory tego pracownika, choćby powstały w czasie trwania takiego stosunku pracy (przewidujący w sposób nie budzący wątpliwości konkretny obowiązek tworzenia określonych utworów), nie są objęte dyspozycją przepisu art. 12 ust. 1 pr. aut. Oznacza to, że pracodawca, chcąc nabyć majątkowe prawa autorskie do tych innych utworów, musiałyby zawrzeć z pracownikiem odrębną (poza stosunkiem pracy), co do zasady odpłatną umowę o przeniesienie tych praw, zwykle łącznie z umową o stworzenie utworu. Nie mógłby bowiem domagać się stworzenia utworu „niepracowniczego” na podstawie umowy o pracę. Honorarium pracownika otrzymane z tego tytułu bez wątpienia nie byłoby też w takim przypadku wynagrodzeniem za pracę.

W sprawie, w której Sąd Najwyższy podjął głosowaną uchwałę, utwór dydaktyczny został stworzony w ramach wyraźnie sprecyzowanych w załączniku do umowy o pracę obowiązków pracownika, z których wykonywaniem łączyło się ustalanie wysokości wynagrodzenia zasadniczego, obejmującego także honorarium z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych do

² Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*. Komentarz, Warszawa 2011, s. 146.

utworu naukowego (w postaci wyników badań niezbędnych do przeprowadzenia procesu dydaktycznego³) i utworu dydaktycznego. Był więc utworem pracowniczym i podlegał regułom zawartym w przepisie art. 12 ust. 1 pr. aut. Sąd Najwyższy trafnie wskazał w uzasadnieniu uchwały, że **sedno problemu** (tj. zagadnienia prawnego) **polega na ustaleniu podstawy prawnej przeniesienia autorskich praw majątkowych na pracodawcę i pod tym kątem trzeba analizować relacje między stronami, a w szczególności ustalić znaczenie umowy o przeniesienie autorskich praw majątkowych**. Diagnoza ta, być może inaczej zredagowana ze względu na formę tezy/uchwały, nie została jednak w żaden sposób wyróżniona czy to w toku wyводу, czy też w samej uchwale. Stanowi to w mojej ocenie nieusprawiedliwioną usterkę orzeczenia. W praktyce przecież tak oznaczone kryterium jest niezbędnym narzędziem „diagnostyki jurydycznej”, pozwalającej na ustalenie, czy mamy do czynienia z utworem pracowniczym, czy też innym. Łączy się to z oceną, czy zawarcie z pracownikiem dodatkowej umowy, niezależnie od umowy o pracę, o przeniesienie praw autorskich majątkowych do utworu, który jest niewątpliwie pracowniczym, stanowi obejście prawa (w celu uniknięcia składek na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe i chorobowe) i jako takie jest dotknięte sankcją nieważności (art. 58 k.c.).

Nie ulega wątpliwości, że w powyższym przypadku dodatkowa umowa byłaby nieważna, co nie przeszkadzałoby przyjęciu, że prawa autorskie majątkowe i tak nabyły pracodawca w oparciu o umowę o pracę. Nie zamyka to wszak kwestii, albowiem konstatacja nieważności rodzi pytanie, jaki jest los dodatkowo uzyskanego przez pracownika wynagrodzenia, w szczególności zaś: czy jest ono podstawą wymiaru składek „ubezpieczeniowych”? Moim zdaniem, rozwiązanie tej kwestii w pierwszym planie musiałyby uwzględnić to, czy pracownik zwrócił je pracodawcy. Jeśliby tak było, to podstawa wymiaru tych składek przestałaby istnieć. W przeciwnym razie istniałaby nadal. Przedstawiona obserwacja nie zamyka uruchomionej tu sekwencji pytań związanych z instytucją bezpodstawnego wzbogacenia i nienależnego świadczenia (art. 405 i nast. k.c.) oraz możliwych, teoretycznie, rozwiązań. Oczywiście pozostawały one poza kognicją sądów orzekających w sprawie, w której podjęto głosowaną uchwałę.

Wracając do głównego nurtu rozważań, konieczne staje się wskazanie, że uznanie utworu za pracowniczy wymaga przede wszystkim, by został on stworzony w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy. Podzielim stanowisko Janusza Barty i Ryszarda Markiewicza, że obowiązki te

³ Przywołany fragment załącznika do umowy o pracę budzić może spore wątpliwości. Co do zasady bowiem same wyniki badań naukowych nie spełniają przesłanek utworu w rozumieniu art. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, toteż nie sposób mówić o prawach autorskich do tych wyników.

mogą być określone bezpośrednio w umowie, w układach zbiorowych czy normach wewnątrzzakładowych⁴. Zbyt daleko idące jest dość rygorystyczne zaliczanie do źródeł takiego obowiązku bezpośrednich poleceń służbowych, chyba że dotyczą one konkretyzacji/ indywidualizacji dzieła (np. spotu reklamowego, ilustracji, oprawy plastycznej) w ramach ogólnego obowiązku tworenia takich utworów⁵.

Zbyt kategoriyczne jest, moim zdaniem, twierdzenie zawarte w uchwale, że pracodawca „z mocy prawa” nabywa autorskie prawa majątkowe do utworu pracowniczego. Pierwotnym nabywcą tych praw jest twórca-pracownik, nabycie ich przez pracodawcę wymaga przyjęcia utworu („pracodawca [...] nabywa z chwilą przyjęcia utworu” – art. 12 ust. 1 pr. aut.). Jeśli pracodawca nie przyjmie utworu, to nie nabędzie do niego miał praw autorskich majątkowych. Jak można twierdzić, w praktyce fakt taki nie zdarza się często, zwłaszcza że milczenie co do tej kwestii przez sześć miesięcy od dostarczenia utworu oznacza jego przyjęcie bez zastrzeżeń (art. 13 pr. aut.). Można zadać w związku z tym pytanie: czy skutek prawny (nabycie praw autorskich majątkowych) następuje po upływie sześciu miesięcy z mocą wsteczną (*ex tunc* – od dostarczenia utworu), czy z chwilą upływu tego terminu (*ex nunc*⁶), czy wreszcie z chwilą zapłaty wynagrodzenia za pracę w czasie, kiedy utwór powstawał i został ustalony w jakiegokolwiek postaci? Przedstawione warianty rozwiązań przeczą lub co najmniej znacznie osłabiają, moim zdaniem, twierdzenie o nabyciu przez pracodawcę wspomnianych praw z mocy ustawy. Byłoby tak, gdyby zarówno pracodawca, jak i pracownik nie mieli żadnego wpływu na zaistnienie tego skutku.

W uzasadnieniu głosowanej uchwały Sąd Najwyższy odnosi się również do regulacji zawartej w przepisie art. 14 ust. 2 pr. aut. Wywodząc, że: „w odniesieniu do zajęć (utworów) dydaktycznych, które odpowiadałyby warunkom utworu naukowego, nabycie praw autorskich przez uczelnię (instytucję naukową), chociaż w zakresie węższym niż to przewiduje art. 12 ustawy o prawie autorskim, przecież także na podstawie *cessio legis* obejmuje wcale nie miały zakres praw, skoro chodzi tu o prawo pierwszego opublikowania utworu naukowego stworzonego przez pracownika, a przede wszystkim o prawo »korzystania z materiału naukowego zawartego w utworze«” uważa, że uczelnia ma prawo do bezpłatnego korzystania z utworu dydaktycznego spełniającego przesłanki utworu naukowego. Przepis art. 14 ust. 2 stanowi, że instytucja naukowa może bez odrębnego wynagrodzenia korzystać z materiału naukowego zawartego w utworze, o którym mowa w ust. 1 (utwór naukowy pracownika, który stworzył ten utwór w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy), oraz udostępniać ten utwór osobom trzecim,

⁴ J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 149.

⁵ Ibidem.

⁶ Podobnie J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 150–151.

jeśli to wynika z uzgodnionego przeznaczenia utworu lub zostało postanowione w umowie.

Z oczywistych względów nie podzielam przywołanego stanowiska Sądu Najwyższego. Przede wszystkim trzeba zauważyć, że utwory powstające jako produkty intelektu pracowników naukowo-dydaktycznych trudno uznać za utwory pracownicze (powstające w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy). Teoretycznie, jak również w praktyce możliwe jest wykonywanie obowiązków pracownika naukowo-dydaktycznego oraz osiąganie kolejnych tytułów i stopni naukowych bez stworzenia jakiegokolwiek utworu naukowego spełniającego przesłanki utworu w rozumieniu art. 1 pr. aut. (warunek *sine qua non* powstania praw autorskich). Równocześnie w piśmiennictwie, zaznaczając możliwość kwestionowania takiego poglądu, zalicza się do naukowych utworów pracowniczych prace doktorskie i habilitacyjne oraz utwory przygotowywane w ramach planów danej jednostki organizacyjnej lub tworzone z polecenia i pod nadzorem przełożonego danego pracownika⁷. Moim zdaniem obowiązek tworzenia takich prac ma co najwyżej charakter podobny do obowiązku dłużnika wynikającego z zobowiązania naturalnego (niezaskarżalnego). Niewykonanie go przez pracownika naukowo-dydaktycznego może jedynie prowadzić do ustania stosunku pracy po upływie terminu wskazanego w ustawie o szkolnictwie wyższym lub statucie szkoły wyższej, w której pracownik powinien taką pracę przedstawić czy obronić. Pogląd cytowanych autorów jest dodatkowo trudny do obronienia w przypadku, gdy przewod habilitacyjny odbywa się w oparciu o dorobek naukowy bez obowiązku przedstawiania stosownej rozprawy. Do krytycznego stanowiska wobec omawianego twierdzenia Sądu Najwyższego skłania też zakres możliwych zachowań instytucji naukowej, wskazany w przepisie art. 14 ust. 2 pr. aut. Może ona bez odrębnego wynagrodzenia korzystać z materiału naukowego zawartego w utworze. Zwykle materiał naukowy nie jest bowiem tożsamy z utworem i nie podlega ochronie autorskoprawnej⁸. Ponadto zakres ten może być ograniczony uzgodnionym przeznaczeniem utworu lub postanowieniami umowy o pracę. Umowa taka może przecież wyłączyć to uprawnienie instytucji naukowej. Ze względu na to, że przepis art. 14 pr. aut. jest *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 12 pr. aut., ten ostatni nie znajduje zastosowania do utworów naukowych.

Konsekwencją przedstawionych wywodów jest ocena, że utwory naukowe oraz dydaktyczne, co do zasady, nie są utworami pracowniczymi, toteż nie znajdują w stosunku do nich zastosowania przepisy art. 12 i 14 pr. aut. Obowiązek ich tworzenia nie wynika ze stosunku pracy, chyba że w umowie

⁷ Ibidem, s. 157.

⁸ Ibidem, s. 35. Por. też E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 126–127.

o pracę wyraźnie został on określony. Chcąc nabyć prawa autorskie do takich utworów, zwykle łącznie z uzyskaniem utworu, instytucja naukowa musi zawrzeć ze swoim pracownikiem odrębną umowę o stworzenie utworu i przeniesienie na nią praw autorskich majątkowych (art. 41 i nast. pr. aut.) za odrębnym wynagrodzeniem nie wchodzącym w skład wynagrodzenia za pracę, a więc nie stanowiącym podstawy wymiaru składek ubezpieczeniowych. Taka umowa nie jest tożsama z umową o dzieło w rozumieniu przepisu art. 627 k.c. W istocie jest to bowiem umowa o stworzenie utworu (i przeniesienie praw autorskich majątkowych), a więc przedmiotu niematerialnego spełniającego przesłanki przedmiotu prawa autorskiego (będącego każdym przejawem działalności twórczej o indywidualnym charakterze). Umowa o dzieło w ujęciu przepisu art. 627 k.c. dotyczy w zasadzie przedmiotów materialnych, w pełni skonkretyzowanych przez zamawiającego, a więc wyłącza ona działalność twórczą o indywidualnym charakterze i wywołuje jedynie skutek rzeczowy (nabycie własności rzeczy w rozumieniu art. 140 i nast. k.c.). Przypomnienie tej kwestii, pośrednio tylko zasygnalizowanej w uzasadnieniu komentowanej uchwały, uznałem za konieczne ze względu na założoną przeze mnie funkcję niniejszej wypowiedzi – ogólnie porządkującą zagadnienia związane z treścią glosowanego orzeczenia.

Jan A. Piszczek

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2012 r., sygn. IV CSK 459/11, OSNC 2012, nr 10, poz. 122, LEX nr 1168733.

Legitymacja do wytoczenia powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa (art. 78 § 1 k.r.o.) przysługuje także mężczyźnie, który uznał ojcostwo, wiedząc, że nie jest biologicznym ojcem dziecka.

Niniejsza teza przesądziła o uwzględnieniu przez Sąd Najwyższy skargi kasacyjnej prokuratora okręgowego wniesionej od wyroku Sądu Okręgowego w Siedlcach w sprawie o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa. W rzeczonyj skardze podniesiono dwa zarzuty. Po pierwsze, powołano się na niewłaściwą wykładnię przepisu art. 78 § 1 k.r.o., sprowadzającą się do przyjęcia, że mężczyzna, który w chwili uznania ojcostwa wiedział, że nie jest ojcem biologicznym dziecka, nie może wystąpić z powództwem o ustalenie bezskuteczności uznania. Po drugie, zarzucono błędną wykładnię przepisu art. 78 § 1 k.r.o., polegającą na przyjęciu, że rozpoczęcie biegu sześciomiesięcznego terminu do wniesienia powództwa może nastąpić zarówno przed dniem uznania ojcostwa, jak i przed narodzeniem się dziecka. Uwzględniając skargę kasacyjną, Sąd Najwyższy kierował się argumentami, które w ocenie glosatora nie w pełni zasługują na uwzględnienie.

Priorytetowe znaczenie przy ustalaniu stosunków rodzicielskich ma więź biologiczna. Wynika to nie tylko z nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 2008 r.¹, ale też z europejskiej konwencji o statusie dziecka pozamałżeńskie². W świetle powyższego, zdaniem Sądu Najwyższego, legitymację do wytoczenia powództwa o bezskuteczność uznania ojcostwa posiada każdy mężczyzna nie będący ojcem biologicznym dziecka, który uznał ojcostwo, niezależnie od tego, czy uznanie to miało miejsce w dobrej, czy w złej wierze.

Sąd Najwyższy porównał sytuację prawną, jaka miała miejsce przed nowelizacją k.r.o., wskazując, że w świetle dotychczas obowiązujących przepisów prawnych istniała możliwość powołania się przez mężczyznę, który

¹ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 220, poz. 1431).

² Konwencja sporządzona w Strasburgu w dniu 15 października 1975 r. (Dz.U. z 1999 r., nr 79, poz. 888).

uznał dziecko, na wadę oświadczenia woli celem unieważnienia uznania. Nadto wskazywano, że co do zasady uznający nie mógł dochodzić unieważnienia uznania, powołując się na fakt, że nie jest on biologicznym ojcem dziecka. W obecnym stanie prawnym jedyną przesłanką uzasadniającą dochodzenie bezskuteczności uznania ojcostwa, jest wykazanie, że uznający nie jest biologicznym ojcem uznanego.

W ocenie Sądu Najwyższego zarówno wykładnia językowa, celowościowa, jak i historyczna przepisu art. 78 § 1 k.r.o. sprowadza się do tego, że „legitymacja do wytoczenia powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa (art. 78 § 1 k.r.o.) przysługuje mężczyźnie, który uznał ojcostwo, niezależnie od tego, czy wiedział, czy nie wiedział o tym, że nie jest biologicznym ojcem dziecka”. Tego rodzaju interpretacja, jak podkreśla Sąd Najwyższy, jest niezwykle istotna, gdyż opiera się na zasadzie tzw. prawdy obiektywnej, tj. „zgodnej z prawdą genetyczną więzi z dzieckiem”.

Stanowisko Sądu Najwyższego nie wydaje się do końca spójne. Analizując regulację art. 78 k.r.o., raz odwołano się do wykładni językowej niniejszego przepisu, innym zaś razem wskazano, że wykładnia gramatyczna powołanego przepisu pozostaje sprzeczna z zasadą racjonalności ustawodawcy. To ostatnie twierdzenie dotyczy kwestii związanej z terminem dochodzenia przez uznającego bezskuteczności uznania dziecka. Z treści art. 78 § 1 k.r.o. wynika wprost, że mężczyzna taki ma termin 6 miesięcy od momentu, kiedy dowiedział się o tym, że dziecko od niego nie pochodzi. Sąd Najwyższy uznał zaś, że „założenie racjonalności ustawodawcy wymaga przyjęcia, że nie może on rozpocząć się wcześniej niż w dniu złożenia oświadczenia w tym przedmiocie”.

Moim zdaniem, sprzeczne z regułą racjonalności polskiego prawodawcy pozostaje uznanie, że mężczyzna, który uznał ojcostwo, wiedząc, że nie jest biologicznym ojcem dziecka, ma prawo temu zaprzeczyć, korzystając z powództwa o bezskuteczność uznania ojcostwa. W tym celu należy odwołać się do wykładni literalnej przepisu art. 73 k.r.o., wedle której uznać ojcostwo może mężczyzna, który jest przekonany o tym, że dziecko pochodzi właśnie od niego. Prawodawca używa bowiem następujących zwrotów: „uznanie ojcostwa następuje, gdy mężczyzna, od którego dziecko pochodzi...”. Sądzę zatem, że tylko mężczyzna przekonany w momencie uznania o tym, że dziecko genetycznie od niego pochodzi, może dochodzić w przyszłości bezskuteczności uznania³. Wobec tego nasuwa się pytanie: czy samo uznanie przez mężczyznę będącego świadomym tego, że dziecko od niego nie pochodzi, będzie wówczas zgodne z prawem? Zdaniem Jacka Ignaczewskiego, czynność taką należy traktować jako sprzeczną z ustawą. Autor wskazuje jednak, że w związku ze zmianą sankcji w tej materii (z nieważności na bezskuteczność) należy przy-

³ Por. H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Komentarz do art. 78 k.r.o.*, [online] <<http://lex.online.wolterskl.uwer.pl>>, dostęp: 15.09. 2010.

jąc, że uznanie dziecka przez mężczyznę przeświadczony o tym, że dziecko od niego nie pochodzi, nie skutkuje bezwzględną nieważnością uznania. W związku z tym należy uznać za trafne stanowisko, zgodnie z którym mężczyzna taki nie traci prawa do wniesienia powództwa o bezskuteczność uznania ojcostwa⁴. Z kolei Tadeusz Smyczyński uważa, że zamiast nieważności bezwzględnej mamy w takim przypadku do czynienia z nieistnieniem uznania ojcostwa. Powództwo w tym zakresie powinno być zatem wytoczone w oparciu o przepis art. 453 k.p.c.⁵

W związku z tym, że ustawodawca w analizowanym przepisie nie wskazał wprost, że legitymacja do wniesienia powództwa o bezskuteczność uznania ojcostwa przysługuje również mężczyźnie, który dokonując uznania był przekonany o tym, że dziecko od niego nie pochodzi, tym samym możliwe są dwa odmienne rozwiązania. Według pierwszego należy przyjąć, że legitymacja czynna w przedmiotowym zakresie przysługuje każdemu mężczyźnie dokonującemu uznania, niezależnie od jego przeświadczenia w tym zakresie (w literaturze mowa jest o dobrej i złej wierze). W świetle drugiego zaś legitymacja nie przysługuje mężczyźnie, który świadomie uznał cudze dziecko. Przedstawiciele doktryny wskazują, że za trafnością pierwszego rozwiązania mogą przemawiać następujące argumenty⁶:

– dążenie przede wszystkim do ustalenia pochodzenia dziecka zgodnie z prawdą biologiczną;

– brak wątpliwości etycznych, które pojawiają się przy drugiej koncepcji, a związane są z pytaniem: czy stosowanie takich ograniczeń byłoby właściwe w sferze najściślej osobistej, dotyczącej stanu cywilnego nie tylko osoby działającej w złej wierze, lecz również innej osoby – dziecka?

Opowiadając się za słusznością drugiej koncepcji, można wskazać względ na ochronę mężczyzny, który dokonał uznania „w dobrej wierze”. Ponadto zawarte przez ustawodawcę sformułowanie „mężczyzna, który uznał ojcostwo” pozwala przyjąć, że tylko dowiedzenie się o braku więzi biologicznej między uznającym mężczyzną a dzieckiem po uznaniu dziecka rodzi skutki prawne⁷.

Osobiście opowiadam się za drugim rozwiązaniem. Przekonują mnie przedstawione wyżej argumenty, natomiast nie do końca uznają poglądy tych przedstawicieli doktryny oraz Sądu Najwyższego w głosowanym orzeczeniu, które opowiadają się za słusznością pierwszej koncepcji. Zgodzić należy się z tym, że nowelizując przepisy k.r.o., ustawodawca zmierzał do ustalania pochodzenia dziecka zgodnie z prawdą genetyczną. Zastanowić się jednak należy, czy założenie to zostało w rzeczywistości w pełni zrealizowane przez

⁴ J. Ignaczewski, *Pochodzenie dziecka i władza rodzicielska po nowelizacji. Art. 619–1136 k.r.o. Komentarz*, Warszawa 2009, System Informacji Prawnej Legalis.

⁵ T. Smyczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 12, System Informacji Prawnej Legalis.

⁶ H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), op. cit.

⁷ Ibidem.

ustawodawcę. Prawodawca bowiem w przepisach k.r.o. dotyczących powództwa o bezskuteczność uznania ojcostwa wprowadza terminy ograniczające możliwość wniesienia go do sądu, a także pozostawia swobodną decyzję w zakresie jego wniesienia określonym podmiotom.

Przykładowo mężczyzna, który uznał cudze dziecko, działając w „dobrej wierze”, ma możliwość wniesienia powództwa o bezskuteczność uznania w ciągu 6 miesięcy od momentu, gdy dowiedział się o tym, że dziecko od niego nie pochodzi. Nieskorzystanie przez niego z tego uprawnienia we wskazanym terminie spowoduje, że nadal stan cywilny dziecka będzie niezgodny z prawdą genetyczną. Poza tym mężczyzna, dowiedziawszy się po fakcie uznania o tym, że nie jest genetycznie związany z dzieckiem, może nie chcieć wnieść powództwa o bezskuteczność uznania z uwagi na to, że pomiędzy nim a dzieckiem wykształciły się silne więzi emocjonalne. Zatem nie tylko wiedza, ale także, a może przede wszystkim wola uznającego mężczyznę ma istotne znaczenie w tej materii. Pamiętać jednak należy, że ustawodawca uprawnia jeszcze trzy kolejne podmioty do wniesienia powództwa o bezskuteczność uznania ojcostwa, tj. matkę dziecka, prokuratora oraz samo dziecko. Skoro zamierzeniem ustawodawcy, które winno być w praktyce realizowane, jest dbałość o zgodność pochodzenia dziecka z prawdą biologiczną, to można by przyjąć, że prokurator jest osobą, która to założenie może w pełni zrealizować – z tym zastrzeżeniem, że wnosząc przedmiotowe powództwo, winien on zawsze kierować się dobrem dziecka i ochroną interesu społecznego (art. 86 k.r.o.).

Konsekwencje aprobaty stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w glosowanym wyroku w praktyce mogą rodzić niekorzystne następstwa, „jeśli bowiem mężczyzna godzi się na istnienie formalnej prawnorodzinnej więzi pomiędzy nim i dzieckiem, o którym wie, że nie pochodzi od niego, a potem ma prawo z tego zrezygnować, to stwarza to już z góry zagrożenie naruszenia dobra tego dziecka”⁸. W moim odczuciu może ono prowadzić do efektów społecznie niepożądanych, np. poprzez otwarcie szerokiej drogi do kwestionowania uznania ojcostwa przez uznających mężczyzn. Uważam, że takie działanie narusza zasady współżycia społecznego oraz jedną z podstawowych zasad chronionych konstytucyjnie, podniesioną w prawie rodzinnym do rangi klauzuli, czyli zasadę dobra dziecka. Mężczyzna, będąc świadomy, że nie jest biologicznym ojcem dziecka, a dodatkowo pouczony przez kierownika urzędu stanu cywilnego o konsekwencjach prawnych swojej decyzji w tej materii, dokonując uznania powinien godzić się ze wszystkimi tego konsekwencjami.

Po nowelizacji k.r.o. uznanie ojcostwa należy wiązać zawsze z aktem wiedzy mężczyzny o jego genetycznym powiązaniu z uznawanym⁹. Na kanwie niniejszego orzeczenia należałoby raczej uznać, że tak uznanie ojcostwa,

⁸ Por. postanowienie TK z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. Ts 287/09, Z.U. 2012/1B/48.

⁹ Uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektóre inne ustawy, Sejm VI kadencji, druk nr 888, Warszawa 12 sierpnia 2008 r. Spory w tej

jak dochodzenie jego bezskuteczności są zależne tylko od swobodnej decyzji mężczyzny dokonującego uznania.

Zdaniem Sądu Najwyższego, „funkcja ochrony dziecka, ujmowana w ramy zasady stabilności jego stanu cywilnego, na tle art. 78 § 1 k.r.o. nie jest realizowana na płaszczyźnie przesłanek warunkujących istnienie legitymacji do wytoczenia przez mężczyznę, który nie jest ojcem dziecka, powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa, lecz w drodze temporalnego ograniczenia możliwości wystąpienia z przedmiotowym powództwem, poprzez wprowadzenie relatywnie krótkiego, bo sześciomiesięcznego, terminu na jego wytoczenie”, zaś art. 78 § 1 k.r.o. „stanowi [...] wyraz kompromisu pomiędzy eksponowaną na gruncie kodeksowym zasadą ustalenia ojcostwa zgodnie z prawdą genetyczną a zasadą ochrony dziecka przez stabilizację jego stanu cywilnego”.

Nie sposób bezkrytycznie podzielić powołane stwierdzenie. Warto odnotować, że w ocenie Trybunału Konstytucyjnego, „uznanie dziecka powinno prowadzić do powstania trwałych, a tym samym stabilnych skutków prawnych, bowiem dobro dziecka wymaga, aby raz ustalony jego stan cywilny nie ulegał zmianom”¹⁰. Stabilizacja stanu cywilnego zasadniczo powinna oznaczać jego niezmiennność. Jedynie w wyjątkowych, szczególnych sytuacjach mogą być dopuszczalne zmiany, np. uwzględnienie powództwa o zaprzeczenie macierzyństwa, ojcostwa. Czy za wyjątkową sytuację można uznać fakt, gdy mężczyzna, który będąc świadomy tego, że dziecko od niego nie pochodzi, uznaje je, a następnie rozmyśla się i podnosząc przesłankę braku więzi genetycznej, występuje z powództwem o bezskuteczność uznania ojcostwa?

Moim zdaniem odpowiedź na tak postawione pytanie powinna być negatywna. Celowe, świadome działanie mężczyzny dokonującego uznania, poprzedzone stosownym pouczeniem o wszystkich konsekwencjach takiego oświadczenia udzielonym przez kierownika urzędu stanu cywilnego, nie stwarza w mojej ocenie dostatecznej podstawy do późniejszego dochodzenia przezeń bezskuteczności uznania.

Uwzględniając powyższe wywody nie podzielam stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego na kanwie głosowanego wyroku.

Magdalena Rzewuska

materii występowały przed nowelizacją k.r.o. i występują nadal wśród przedstawicieli doktryny – patrz m.in.: G. Wolak, *O ustaleniu bezskuteczności uznania ojcostwa*, [onl;ine] <www.pedkat.pl/images/czasopisma/po2/art12.pdf>; K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2012, System Informacji Prawnej Legalis; K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, Warszawa 2009, s. 681; T. Smoczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 12, System Informacji Prawnej Legalis.

¹⁰ Wyrok TK z dnia 17 kwietnia 2007 r., sygn. SK 20/05.

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2012 r., sygn. III CZP 71/12, Lex nr 1230049.

Wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych w sprawie o ubezwłasnowolnienie sąd rozpoznaje na posiedzeniu niejawnym w składzie jednego sędziego.

Niniejsza uchwała została podjęta przez Sąd Najwyższy w odpowiedzi na przedstawione przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku zagadnienie prawne z dnia 12 lipca 2012 r. następującej treści: „czy w sprawie o ubezwłasnowolnienie sąd okręgowy rozpoznaje wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych w składzie jednego sędziego, czy też w składzie trzech sędziów zawodowych?”.

Wskazana wątpliwość zrodziła się na etapie rozpoznawania przez sąd II instancji zażalenia wnioskodawczyni na postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie w przedmiocie oddalenia wniosku wymienionej o zwolnienie od kosztów sądowych. Przedmiotowe orzeczenie zostało wydane w sprawie o ubezwłasnowolnienie w składzie trzech sędziów zawodowych.

Glosator w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone na gruncie niniejszej sprawy. W dalszej części pracy postaram się wskazać dodatkowe argumenty przemawiające za trafnością rzeczzonego rozstrzygnięcia. W pierwszej kolejności należy jednak, choćby pokrótce, odnieść się do wywodów przedstawionych w uzasadnieniu uchwały.

Na wstępie rozważań Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na szczególny charakter spraw o ubezwłasnowolnienie, wynikający z faktu bezpośredniej ingerencji jurydycznej w dobra osobiste człowieka, w tym zwłaszcza jego godność i wolność. Z tego powodu sprawy o ubezwłasnowolnienie zostały przekazane do właściwości rzeczowej sądów okręgowych i powierzone składom liczącym po trzech sędziów zawodowych (art. 544 § 1 k.p.c.).

Następnie Sąd Najwyższy przypomniał pogląd utrwalony w doktrynie i orzecznictwie, że kolegialny skład sędziów zawodowych dotyczy ogółu spraw o ubezwłasnowolnienie, postrzeganych za jedną z kategorii spraw z zakresu prawa osobowego. Równocześnie zważono, że zgodnie z przepisem art. 47 § 3 k.p.c., stosowanym odpowiednio w postępowaniu nieprocesowym (art. 13 § 2 k.p.c.), postanowienia poza rozprawą i zarządzenia wydaje przewodniczący bez względu na to, jaki skład jest właściwy do orzekania co do istoty konkretnej sprawy.

Zbędne wydaje się zastrzeżenie poczynione przez Sąd Najwyższy, że „skoro w postępowaniu nieprocesowym orzeczenia co do istoty sprawy zapadają z reguły na posiedzeniu niejawnym (art. 514 § 1 k.p.c.; por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2012 r., III CZP 83/11¹), to odpowiednie stosowanie art. 47 § 3 k.p.c. nie może tej zasady naruszać”². Trudno tu mówić o naruszeniu, a nawet próbie naruszenia zasady, o której mowa w art. 47 § 3 k.p.c. O ile bowiem przepis ten dotyczy postanowień i zarządzeń wydawanych przez przewodniczącego, o tyle orzeczenia co do istoty sprawy wydawane są przez sąd orzekający *in casu*. Poza tym pierwsze z rozstrzygnięć dotyczą z reguły kwestii o charakterze wпадkowym, natomiast drugie przybierają najczęściej postać rozstrzygnięcia *in meriti*.

Sąd Najwyższy odwołał się również do treści art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych³, zgodnie z którym postanowienie sądu lub referendarza sądowego w przedmiocie kosztów sądowych może być wydane na posiedzeniu niejawnym. Uwzględniając fakt, że przepis ten nie rozróżnia charakteru ani kategorii spraw cywilnych, to bezspornie znajduje zastosowanie również w sprawach o ubezwłasnowolnienie. Postanowienie w tym przedmiocie, nie należąc do kategorii orzeczeń co do istoty sprawy, może być więc skutecznie wydane na posiedzeniu w składzie jednego sędziego.

Na zakończenie rozważań Sąd Najwyższy wskazał, że orzekanie w zakresie zwolnienia od kosztów sądowych nie jest szczególnie skomplikowane, nie wymaga pogłębionej wiedzy prawniczej, doświadczenia ani też nie odznacza się ważką doniosłością jurydyczną. Tym samym angażowanie do orzekania w materii wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych trzech sędziów zawodowych sądu okręgowego wydaje się niecelowe. Dodatkowo powołano się na następujące przepisy:

- art. 367 § 4 k.p.c., zgodnie z którym postanowienie o przyznaniu i cofnięciu zwolnienia od kosztów sądowych, o odmowie zwolnienia, o odrzuceniu wniosku o zwolnienie oraz o nałożeniu na stronę obowiązku uiszczenia kosztów i skazaniu na grzywnę sąd może wydać na posiedzeniu niejawnym w składzie jednego sędziego;
- art. 397 § 2 zd. drugie k.p.c., stanowiącego, że rozpoznanie zażalenia na postanowienie w przedmiocie odmowy zwolnienia od kosztów sądowych lub cofnięcia takiego zwolnienia, odrzucenia wniosku o zwolnienie oraz nałożenia na stronę obowiązku uiszczenia kosztów i skazania na grzywnę następuje w składzie jednego sędziego;
- art. 47¹ w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. i art. 118 w zw. z art. 101–111 u.k.s.c., w świetle których w obecnym stanie prawnym podejmowanie czynności

¹ OSNC 2012, nr 7–8, poz. 82.

² Tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanej uchwały.

³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r., nr 90, poz. 594 ze zm. – dalej: u.k.s.c.

w zakresie zwalniania od kosztów sądowych, a więc również orzekanie w tym przedmiocie należy do referendarzy sądowych.

Moim zdaniem, powołane w uzasadnieniu glosowanej uchwały powody zrezagowania cytowanej na wstępie tezy w zdecydowanej większości zasługują na uwzględnienie. Nie w pełni przekonuje mnie tylko twierdzenie, jakoby orzekanie w przedmiocie kosztów sądowych nie wymagało doświadczenia i nie odznaczało się doniosłością jurydyczną. Sądzę, że kwestia obciążania lub zwalniania stron (uczestników postępowania) z kosztów sądowych ma ważne znaczenie zarówno od strony praktycznej, jak i społecznej. Koszty te, jak np. opłata od pozwu lub wniosku o wszczęcie postępowania nieprocesowego, mogą bowiem skutecznie zniechęcić określony podmiot do zainicjowania danego postępowania cywilnego, także w sprawie, którą mógłby wygrać w całości. Ocena sytuacji majątkowej konkretnej osoby, jej możliwości zarobkowania i zdolności finansowych musi być więc dokonana z należytą rozważą. Nie sposób tu przecenić doświadczenia sędziego lub referendarza sądowego, orzekających w tego typu kwestiach.

Rację ma natomiast Sąd Najwyższy twierząc, że akceptacja poglądu, w myśl którego wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych w sprawie o ubezwłasnowolnienie miałyby podlegać kognicji sądu w składzie trzech sędziów zawodowych, kłóciłaby się sensem normy prawnej wynikającej z przepisu art. 397 § 2 k.p.c., zgodnie z którym zażalenie na postanowienie w przedmiocie odmowy zwolnienia od kosztów sądowych następuje w składzie jednego sędziego. W takim przypadku bowiem kontroli instancyjnej dokonywałby sąd w mniej liczebnym składzie niż ten, w którym wydano zaskarżone orzeczenie. Taki układ nie wydaje się logiczny, a tym samym właściwy.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że obowiązujący kodeks postępowania cywilnego przewiduje szereg sytuacji, w których wystarczająca jest aktywność procesowa tylko jednego sędziego. Oprócz tych wymienionych przez Sąd Najwyższy, warto powołać następujące regulacje prawne:

- art. 185 § 2 k.p.c. – postępowanie pojednawcze przeprowadza sąd w składzie jednego sędziego;
- art. 367 § 3 zd. drugie k.p.c. – postanowienia dotyczące postępowania dowodowego na posiedzeniu niejawnym wydaje sąd odwoławczy w składzie jednego sędziego;
- art. 397¹ § 1 k.p.c. – rozpoznanie zażalenia na postanowienie wydane w elektronicznym postępowaniu upominawczym następuje w składzie jednego sędziego;
- art. 398¹⁰ k.p.c. – Sąd Najwyższy w składzie trzech sędziów rozpoznaje skargę kasacyjną, a w pozostałych wypadkach orzeka w składzie jednego sędziego;
- art. 505¹⁰ § 1 k.p.c. – w postępowaniu uproszczonym sąd rozpoznaje apelację w składzie jednego sędziego;

- art. 735 § 2 k.p.c. – w sprawie, którą rozpoznaje sąd w składzie trzyosobowym, w przypadku niecierpiącym zwłoki postanowienie w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia może być wydane przez sąd w składzie jednego sędziego;
- art. 795² k.p.c. – postanowienie w przedmiocie wydania zaświadczenia europejskiego tytułu egzekucyjnego sąd wydaje w składzie jednego sędziego.

Uwzględniając powyższe zestawienie, można dojść do wniosku, że skoro jeden sędzia zawodowy może dokonywać tak wielu czynności procesowych, nierzadko o charakterze merytorycznym, to brak jest logicznych powodów, dla których miałyby zostać pozbawiony prawa samodzielnego orzekania w kwestii wpadkowej, jaką jest rozpoznanie wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych. Akceptacja poglądu przeciwnego mogłaby doprowadzić do absurdu. Skoro bowiem w sprawach o ubezwłasnowolnienie taki wniosek miałyby każdorazowo rozpoznawać sąd w składzie kolegiальnym, to w konsekwencji należałoby przyjąć, że także w sprawach z zakresu prawa pracy i ze stosunków rodzinnych, o których mowa w art. 47 § 2 pkt 1 i 2 k.p.c., wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych winien rozpoznawać sąd w składzie ławniczym itd. Takie zapatrywanie nie wydaje się prawnie relewantne ani nawet pożądane przez polskiego ustawodawcę.

Poza tym trzeba pamiętać o tendencji prawodawczej do odciążania sędziów w powierzonych im czynnościach proceduralnych i przekazania części kompetencji sędziowskich kognicji referendarzy sądowych⁴. Skoro więc organ z zakresu pomocy prawnej może skutecznie rozpoznawać wnioski o zwolnienie od kosztów sądowych w sprawach cywilnych, to trudno przyjąć, żeby w sprawach o ubezwłasnowolnienie do takiej aktywności wymagany był skład aż trzech osób o uprawnieniach jurydycznych.

Z tych wszystkich względów podzielam zapatrywanie Sądu Najwyższego przedstawione na kanwie sprawy o sygn. III CZP 71/12.

Maciej Rzewuski

⁴ Referendarze sądowi mogą obecnie wydawać nakazy zapłaty w postępowaniu upominawczym i w elektronicznym postępowaniu upominawczym (art. 3531 § 2 k.p.c.), wykonywać czynności w elektronicznym postępowaniu upominawczym (art. 50530 § 1 k.p.c.), wydawać nakazy zapłaty i zarządzenia w europejskim postępowaniu nakazowym (art. 50516 § 2 i 3 k.p.c.) oraz zarządzenia w europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń (art. 50522 § 2 k.p.c.). Posiadają też kompetencje w zakresie dokonywania czynności w postępowaniu cywilnym w sprawach o wpis w księdze wieczystej (art. 5091 k.p.c.), czynności w postępowaniu rejestrowym, z wyłączeniem prowadzenia rozprawy, a także czynności w sprawach z zakresu prawa spadkowego, z wyłączeniem prowadzenia rozprawy, zabezpieczenia spadku oraz przesłuchania świadków testamentu ustnego. Referendarze sądowi mogą również wydawać postanowienia o ustanowieniu albo odmowie ustanowienia adwokata lub radcy prawnego (art. 123 § 2 k.p.c.), postanowienia o stwierdzeniu prawomocności orzeczeń (art. 364 § 2 k.p.c.), zarządzenia w postępowaniu dotyczącym uzupełniania braków formalnych pism procesowych, w tym zarządzenia o zwrocie pisma z uwagi na nieuzupełnienie braków (art. 1305 k.p.c.).

Recenzje

Francesco Staderini, *Diritto degli enti locali*, ed. 12, Padova 2009, ss. 459.

Samorząd terytorialny odgrywa coraz ważniejszą rolę we współczesnym świecie, zarówno tym tzw. zachodnim, jak i w krajach muzułmańskich czy afrykańskich. Jest to efekt nie tylko globalizacji, ale również powolnego odchodzenia od koncepcji państwa narodowego na rzecz coraz większej swobody decydowania o sobie przez lokalne społeczności.

Na kontynencie europejskim źródeł samorządności należy szukać przede wszystkim w systemie organizacyjnym antycznego Rzymu, gdzie miasta posiadały daleko idącą autonomię nawet w sprawach sądowych. Wiele antycznych włoskich miast do dzisiaj jest gminami (*municipium*), wystarczy wspomnieć takie miasta jak Bari, Padwa, Taranto czy Neapol. Stąd warto zachęcić polskiego czytelnika interesującego się problematyką samorządu terytorialnego do zapoznania się z organizacją samorządu we Włoszech.

Francesco Staderini jest osobą bardzo znaną w świecie nauki z licznych publikacji dotyczących finansów publicznych, a jego dzieło dotyczące samorządu terytorialnego doczekało się aż 12 edycji, co wskazuje na wartość tego opracowania. Podręcznik *Diritto degli enti locali* składa się z dwunastu rozdziałów, aktów prawnych dotyczących samorządów we Włoszech oraz indeksu rzeczowego.

Pierwszy rozdział (s. 1–30) ma charakter wstępu czy wprowadzenia w omawiane zagadnienia. Rozdział drugi (s. 31–46) zawiera informacje na temat początków i historycznego rozwoju autonomii lokalnych. Autor krótko omówił poszczególne akty prawne, będące podstawą organizacji samorządu terytorialnego po II wojnie światowej. W rozdziale trzecim (s. 47–70) przedstawione zostały aktualnie obowiązujące akty prawne dotyczące samorządów, w tym statuty i inne regulacje. W rozdziale czwartym (s. 71–102) szczegółowo omówiono statuty, lokalne uchwały i zarządzenia władzy lokalnej. W rozdziale piątym (s. 103–110) przedstawiona została kwestia miast metropolitarnych oraz organizacji administracyjnej Rzymu. Przedmiotem rozdziału szóstego (s. 111–130) są instrumenty przydatne przy nawiązywaniu współpracy pomiędzy samorządami, zwłaszcza tworzeniu związków międzygminnych. Rozdział siódmy (s. 131–140) dotyczy gminnych organów zdecentralizowanych, zwłaszcza dzielnic i wsi. W rozdziale ósmym (s. 141–182) przedstawione zostały organy gminy i podstawy prawne ich funkcjonowania.

Do tych organów zalicza się radę miasta, zarząd i burmistrza. Przedmiotem rozdziału dziewiątego (s. 183–210) jest aparat biurowy, czyli urząd gminy, w tym jego organizacja i zasady funkcjonowania. Rozdział dziesiąty (s. 211–262) przybliża zadania gminy, które są określone nieco inaczej niż ma to miejsce w Polsce. W rozdziale jedenastym (s. 263–318) przedstawiony został system kontroli nad samorządami terytorialnymi we Włoszech, zwłaszcza kontroli aktów lokalnych, funkcjonowania organów. Przedmiotem rozdziału dwunastego (s. 319–364) są zasady odpowiedzialności osób będących organami gminy oraz pracowników.

Podręcznik Francesca Staderiniego jest niezwykle cennym opracowaniem zawierającym całościowe spojrzenie na samorządy lokalne we Włoszech. Lektura tego opracowania pozwoli czytelnikowi na lepsze zrozumienie organizacji i funkcjonowania samorządów terytorialnych, w tym organów, zadań gminy, tworzenia prawa lokalnego czy kontroli samorządów. Mankamentem tego opracowania jest brak szerszej literatury przedmiotu.

Bronisław Sitek

Sprawozdania

Sprawozdanie z III Ogólnopolskiej Konferencji Prawa Małżeńskiego i Rodzinnego „Jak przygotować do małżeństwa?”.

W dniach 9–10 maja 2013 r. w Olsztynie odbyła się III Ogólnopolska Konferencja Prawa Małżeńskiego i Rodzinnego pt. „Jak przygotować do małżeństwa?”. Konferencję zorganizowała Katedra Prawa Kanonicznego i Wyznaniowego Wydziału Prawa i Administracji UWM, przy współorganizacji Korpusu Adwokatów Kościelnych w Polsce oraz Studenckiego Koła Prawników Kanonistów UWM.

W skład Komitetu Organizacyjnego weszli: ks. prof. Ryszard Sztuchmiller (przewodniczący), ks. prof. Mieczysław Różański, dr Justyna Krzywkowska, mgr Aleksandra Bitowt, mgr Monika Krzywkowska, mgr Adam Żulewski oraz lic. Klaudia Akacka. Komitet Honorowy tworzyli: abp Celestino Migliore (nuncjusz apostolski w Polsce), abp Józef Michalik (przewodniczący Konferencji Episkopatu Polski, metropolita przemyski), abp Józef Kowalczyk (prymas Polski), abp Wojciech Ziemba (metropolita warmiński), abp Andrzej Dzięga (przewodniczący Rady Prawnej Konferencji Episkopatu Polski, metropolita szczecińsko-kamieński), prof. dr hab. Ryszard Górecki (rektor UWM), prof. dr hab. Bronisław Sitek (dziekan Wydziału Prawa i Administracji UWM), Marian Podziewski (wojewoda warmińsko-mazurski), Jacek Protas (marszałek województwa warmińsko-mazurskiego), bp Kazimierz Górny (przewodniczący Rady Episkopatu ds. Rodzin, biskup rzeszowski). W składzie Komitetu Naukowego znaleźli się: ks. prof. zw. dr hab. Wojciech Góralski (Wydział Prawa Kanonicznego UKSW, Sąd Biskupi Płocki), prof. dr hab. Marta Greszata-Telusiewicz (Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji KUL), prof. dr hab. Lucjan Jędrychowski (Rada ds. Rodzin Województwa Warmińsko-Mazurskiego), ks. prof. dr hab. Tomasz Rozkrut (Wydział Teologiczny Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie, Sąd Diecezjalny w Tarnowie), ks. prof. dr hab. Mieczysław Różański (Wydział Prawa i Administracji UWM), prof. dr hab. Maria Ryś (Instytut Psychologii UKSW), prof. zw. dr hab. Tadeusz Smoczyński (Instytut Nauk Prawnych PAN, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego), ks. prof. dr hab. Henryk Stawniak (Wydział Prawa Kanonicznego UKSW), prof. dr hab. Wanda Stojanowska (Wydział Prawa i Administracji UKSW), ks. prof. zw. dr hab.

Ryszard Sztuchmiller (Wydział Prawa i Administracji UWM, przewodniczący Korpusu Adwokatów Kościelnych w Polsce).

Cele, jakie zostały określone przez organizatorów konferencji, były następujące:

1) analiza norm prawnych dotyczących przygotowania do małżeństwa (w systemie prawa polskiego, w systemach prawnych innych krajów, w systemach prawnych różnych wspólnot religijnych – szczególnie zaś w prawie kanonicznym);

2) określenie i analiza problemów wynikających z braku odpowiedniego przygotowania do małżeństwa, a ujawniających się w płaszczyźnie społecznej, psychologicznej, prawnej i ekonomicznej;

3) konfrontacja teorii z praktyką oraz pogłębienie dyskusji naukowej we wskazanym zakresie;

4) wypracowanie odpowiednich propozycji legislacyjnych.

Konferencja została podzielona na cztery sesje. Pierwszego dnia zaplanowano obrady w sesji zatytułowanej „Przygotowanie do małżeństwa w świetle prawa i nauczania Kościoła katolickiego”. Panel ten został podzielony na dwie części. Obradom I części przewodniczył ks. prof. zw. dr hab. Wojciech Góralski (UKSW). Referaty wygłosili: ks. prof. zw. dr hab. Ryszard Sztuchmiller (UWM, WSiE, KAK) – *Przygotowanie do małżeństwa według Dyrektorium Duszpasterstwa Rodzin*, ks. dr Tomasz Pocałujko (UWM, WSD) – *Przyczyny kryzysu małżeństwa, principia prawa małżeńskiego oraz propozycje „innych odpowiednich środków” (kan. 1067) w przygotowaniu do ślubu*, ks. dr Robert Piega (WSH i Sąd Biskupi w Sosnowcu) – *Przygotowanie do małżeństwa w Kościele katolickim jako obowiązek i uprawnienie nupturientów*, ks. dr Stanisław Cierkowski (UMK, Sąd Biskupi Diecezji Toruńskiej) – *Przygotowanie do zawarcia małżeństwa w Diecezji Toruńskiej w świetle Instrukcji o przygotowaniu i zawieraniu sakramentu małżeństwa Pierwszego Synodu Diecezji Toruńskiej (2007–2011)*, dr Justyna Krzywkowska (UWM) – *Katechizacja przedmałżeńska w Polsce*, ks. dr Marek Zaborowski (KUL) – *Zdolność prawna nupturientów do zawarcia małżeństwa*, ks. dr Wojciech Witkowski (KUL) – *Formalno-kanoniczne znaczenie dokumentów w przygotowaniu do małżeństwa*, ks. dr Tomasz Białobrzeski (UKSW, Sąd Biskupi Płocki) – *Czasowy zakaz zawarcia małżeństwa (kan. 1077 § 1 KPK)*.

Obrady części I zakończyły się przerwą kawową, po której rozpoczęto część II pod przewodnictwem ks. prof. Mieczysława Różańskiego (UWM). Wystąpiły wówczas następujące osoby: mgr lic. Monika Gwóźdź (UŚ) – *Przygotowanie do małżeństwa w przemówieniach papieża do Roty Rzymskiej w latach 1962–2012*, mgr lic. Monika A. Nakielska (doktorantka KUL) – *Do małżeństwa przez bierzmowanie*, mgr lic. Magdalena Wojdała (Kancelaria PDB Legal w Krakowie) – *Praktyczne problemy przygotowania do małżeństwa w realiach małej parafii*, mgr lic. Joanna Betlejewska (Sąd Diecezji

Opolskiej, doktorantka KUL) – *Protokół rozmów kanoniczno-duszpasterskich z narzeczonymi. Formalność czy skuteczne rozeznanie sytuacji prawnej kandydatów do małżeństwa? Uwagi z pozycji obrońcy węzła małżeńskiego*, mgr lic. Magdalena Kołbuc (doktorantka KUL) – *Przygotowanie do małżeństwa osób związanych klauzulą zakazującą zawarcia związku małżeńskiego*, ks. mgr lic. Krzysztof Pokorski (Sąd Metropolitalny Archidiecezji Szczecińsko-Kamieńskiej, doktorant KUL) – *Przygotowanie do małżeństwa duchownych z papieską dyspensą od celibatu*. Część II sesji pierwszej zakończyła się burzliwą dyskusją. Przede wszystkim starano się wykazać, jak niezwykle istotną rolę w procesie przygotowania do zawarcia małżeństwa pełni i winien wciąż pełnić Kościół. Istotny postulat w tym zakresie zgłosił ks. prof. zw. dr hab. Ryszard Sztuchmiller, wskazując, że: „pożyteczne byłoby ponowne opracowanie kwestii związanych ze ściśle prawnym aspektem przygotowania do małżeństwa i opracowania w przyszłości nowego dyrektorium, obejmującego także wszystkie kwestie ściśle prawne, dodając praktyczne rozwiązania dotyczące wymagań zawartych w kan. 1066–1072 KPK”.

Według dr Justyny Krzywkowskiej to formacja katechetyczna jest bardzo ważnym elementem na każdym etapie przygotowania do małżeństwa. W związku z powyższym na każdym poziomie tej formacji powinno dążyć się do wyrobienia właściwej postawy wobec instytucji małżeństwa. Inni prelegenci podkreślali, jak ważną rolę w przygotowaniu do zawarcia małżeństwa odgrywiają rodzice i duszpasterze. Starano się również wykazać, iż dokumenty przedślubne pełnią istotną funkcję w procesie przygotowania do zawarcia małżeństwa oraz sugerowano potrzebę modyfikacji protokołu przedmałżeńskiego.

Drugi dzień konferencji rozpoczął się mszą świętą o godz. 8.30 w Kościele Akademickim pw. św. Franciszka z Asyżu w Olsztynie przy ul. Dybowskiego 2. Po uroczystości rozpoczęła się druga sesja obrad zatytułowana „Przygotowanie do małżeństwa w świetle prawa państwowego”. Przewodniczył jej ks. prof. zw. dr hab. Ryszard Sztuchmiller (UWM). Prelegenci zabrali głos w następującej kolejności: ks. prof. dr hab. Mieczysław Różański (UWM) – *Dokumenty do zawarcia małżeństwa wyznaniowego ze skutkami cywilnymi*, dr Jacek Mrozek (UWM) – *Wolność religijna kandydatów do małżeństwa w świetle prawa*, dr Magdalena Rzewuska (UWM) – *Wyczekiwanie jako czynność przygotowawcza do zawarcia małżeństwa – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, dr Maciej Rzewuski (UWM, sędzia Sądu Rejonowego w Bartoszycach) – *Roszczenia wynikające z zerwania zaręczyn*, dr Marcin Adameczyk (UWM) – *Rozwód jako efekt braku prawidłowego przygotowania do małżeństwa*, mgr Katarzyna Cygan (UWM) – *Zezwolenie sądu na zawarcie związku małżeńskiego przez kobietę małoletnią*, mgr Krystyna Ziółkowska (UWM) – *Problematyka przygotowania do małżeństwa w aspekcie ochrony rodzicielstwa*, mgr Mateusz Fafara (doktorant UPJP II w Krakowie, student UWCr) – *Związki partnerskie w wybranych systemach prawnych*. Sesja ta zakończyła

się burzliwą dyskusją. Najwięcej kontrowersji wywołał ostatni referent, który w istocie dotyczył sensu legalizacji związków partnerskich w systemie prawa polskiego.

O godz. 12.00 rozpoczęły się wystąpienia uczestników sesji trzeciej: „Przygotowania do małżeństwa w świetle psychologii, etyki oraz socjologii”. Przewodniczącym obrad był prof. dr hab. Piotr Krajewski (UWM). W sesji tej wzięła udział bardzo duża liczba prelegentów: dr n. med. Przemysław Cynkier, prof. dr hab. Zdzisław Majchrzyk (UKSW) – *Czy jest możliwe przygotowanie osoby z zaburzeniami histrionicznymi do małżeństwa? – studium przypadku*, ks. dr Tomasz Jakubiak (Metropolitalny Sąd Biskupi w Warszawie, PWTW Sekcja św. Jana Chrzciciela) – *Małżeństwo katoliczki z sannickim muzułmaninem – różnice kulturowe i religijne wyzwaniem, jakiemu trzeba stawić czoło*, mgr Rafał Wójcicki (doktorant UKSW) – *Znaczenie narodowości i wyznania narzeczonych*, ks. mgr lic. Marcin Królik (Sąd Biskupi Diecezji Gliwickiej, doktorant KUL) – *Narzeczeństwo – relikw czy przygotowanie do dojrzałego małżeństwa*, mgr Anna Baranowska (doktorantka UAM) – *Zapomniany fundament małżeństwa. Czystość przedmałżeńska w krzywym zwierciadle*, mgr Monika Krzywkowska (doktorantka UWM) – *Rodzina pierwszym podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie do małżeństwa*, mgr Kamila Kowal (Urząd Gminy Nowa Słupia, doktorantka KUL) – *Wpływ rodziny dysfunkcyjnej na przygotowanie do związku małżeńskiego*, mgr Olaf P. Szczyński (doktorant UWM) – *Odpowiedzialność za życie ludzkie jako istota przygotowania do małżeństwa*, mgr Marzena Żulewska (Izba Skarbowa w Olsztynie) – *Kurs przedmałżeński – założenia a rzeczywistość*, mgr Adam Żulewski (doktorant UWM) – *Odpowiedzialność mediów za przygotowanie do małżeństwa*.

Tematyka towarzysząca tej sesji była niezwykle różnorodna. Poruszono w niej szereg ciekawych aspektów, m.in. problemy w przygotowaniu do zawarcia małżeństwa osób obarczonych zaburzeniami osobowości, potrzebę odpowiedniego przygotowania do zawarcia związku małżeńskiego osób różnych kultur i wyznań (m.in. poprzez wsparcie duszpasterskie). Zwrócono również uwagę na odpowiedzialność mediów w procesie przygotowania do małżeństwa oraz przedstawiono obowiązki, jakie ciążyą na dziennikarzach katolickich.

W ostatniej czwartej sesji konferencji głos zabrali studenci, których wystąpienia były równie interesujące. Przewodniczącą tego panelu była dr Justyna Krzywkowska (UWM). Skład prelegentów był następujący: lic. Klaudia Akacka (WPiA UWM – Studenckie Koło Naukowe Prawników Kanonistów) – *Narzeczeństwo czasem poznania*, Ewelina Reczuch, Martyna Wojdyło (WPiA UWM – Studenckie Koło Naukowe Prawników Kanonistów) – *Dobre przygotowania bezpośrednio warunkiem udanego małżeństwa?*, Mateusz Rytelewski (WPiA UWM – Koło Naukowe Studencka Poradnia Prawna) – *Przygotowanie do podjęcia obowiązków małżeńskich*, Martyna Ostrowska (WPiA

UWM – Koło Naukowe Prawa Medycznego, Koło Naukowe Studencka Poradnia Prawna) – *Nauki przedmatżeńskie – formalność czy inwestycja?*, Joanna Rybicka-Ziarko (WPiA UWM – Studenckie Koło Naukowe Prawników Kanonistów, Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego) – *Konferencje dla narzeczo-nych organizowane przez Stowarzyszenie Persona Humana*, Klaudia Frągnowska (WPiA UWM – Koło Naukowe Prawa Medycznego) – *Przygotowanie do małżeństwa mieszanego*, Katarzyna Demczuk (WPiA UWM – Koło Naukowe Prawa Medycznego, Koło Naukowe Studencka Poradnia Prawna) – *Przygotowanie do małżeństwa w Kościele zielonościwkowym*, Natalia Ślaska, Marlena Szarlak (WPiA UWM – Studenckie Koło Naukowe Prawników Kanonistów) – *Znaczenie narzeczeństwa w Kościele prawosławnym*, Paweł Kępka, Anna Szczepaniak (WPiA UWM – Koło Naukowe Studencka Poradnia Prawna, Studenckie Koło Naukowe Kryminalistyki) – *Przygotowanie do małżeństwa w społeczności żydowskiej*, Kalina Truchan, Diana Wasilewska (WPiA UWM – Studenckie Koło Naukowe Prawników Kanonistów) – *Skutki braku odpowiedniego przygotowania do małżeństwa*.

Konferencja była niezwykle interesująca i doniosła, chociażby przez wzgląd na chronioną konstytucyjnie zasadę trwałości małżeństwa. Poruszona w niej problematyka okazała się wielowątkowa, przez co odpowiedź na pytanie: „jak przygotować do małżeństwa?” nie jest prosta. Właściwe przygotowanie do małżeństwa, rozumiane wieloaspektowo, winno przyczynić się do zmniejszenia rosnącej nieustannie liczby procesów o stwierdzenie nieważności małżeństwa kościelnego oraz do uszczuplenia liczby rozwodów. Miejmy nadzieję, że zgłoszone przez część prelegentów postulaty przyczynią się do pogłębienia dyskusji w przedmiotowym zakresie i być może zostaną wykorzystane w przyszłości przez polskiego legislatora. W tym celu odsyłam do publikacji z konferencji.

Magdalena Rzewuska

Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Działalność deweloperska w praktyce obrotu gospodarczego”.

Umowy deweloperskie zostały uregulowane w ustawie z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego¹. Tematyka związana z tytułowymi kontraktami budzi szereg wątpliwości natury teoretycznej, jurydycznej, jak też praktycznej.

Podejmując próbę rozwiązania przedmiotowych niejasności, Katedra Prawa Gospodarczego wspólnie z Katedrą Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego zorganizowała Ogólnopolską Konferencję Naukową w tym zakresie, która odbyła się w dniach 9–10 maja 2013 r. w Olsztynie. Przedsięwzięcie to stanowiło kontynuację cyklu corocznych spotkań przedstawicieli środowiska naukowego i praktyków specjalizujących się w dziedzinie prawa gospodarczego.

Organizatorzy postawili sobie ambitne cele, które w większości udało się zrealizować. Poza chęcią zapoznania uczestników konferencji z aktualnymi problemami dotyczącymi działalności deweloperskiej w praktyce obrotu gospodarczego czy szerzej cywilnoprawnego oraz wymianą poglądów i doświadczeń w tej materii podjęto dodatkowo próbę zwiększenia zainteresowania słuchaczy prawem gospodarczym, a także integracji środowiska akademickiego.

W skład Komitetu Naukowego Konferencji weszli wybitni przedstawiciele prawa gospodarczego i cywilnego, w tym: dr hab. Maria Królikowska-Olczak, prof. UWM, prof. zw. dr hab. Janina Ciechanowicz-McLean, prof. UŁ, dr hab. Teresa Mróz, prof. UwB oraz dr hab. Bożena Popowska, prof. UAM.

Obrany konferencji podzielono na pięć tematycznych paneli. W dniu 9 maja 2013 r. odbyły się trzy panele. Pierwszemu z nich przewodniczyła prof. Maria Królikowska-Olczak. Tego dnia przedstawiono referaty na następujące tematy: *Deweloper jako przedsiębiorca* (prof. Andrzej Powałowski z UG), *Ochrona nabywców lokali w świetle ustawy deweloperskiej* (prof. Agnieszka Malarewicz-Jakubów z UwB), *Regulacja działalności deweloperskiej w prawie niemieckim* (mgr Wojciech Plesiński z LL.M. Eur. Universität Bayreuth), *Ryzyko w działalności deweloperskiej* (mgr Monika Olszewska

¹ Dz.U. Nr 232, poz. 1377.

z UE w Poznaniu), *Działalność deweloperska w sektorze odnawialnych źródeł energii* (mgr Mateusz Izbicki z UŁ).

Pierwszego dnia Konferencji przeprowadzono także panel pod przewodnictwem prof. Teresy Mróz. Przedmiotem rozważań były tu: *Forma deweloperskiej umowy przedwstępnej i jej skutki* (mgr Ewa Lewandowska z UWM), *Umowa deweloperska w praktyce notarialnej* (mgr Adelajda Szymańska z UwB), *Umowa deweloperska jako podstawa wpisu roszczeń w księdze wieczystej* (dr Maciej Rzewuski z UWM), *Problematyka załącznika do aktu notarialnego dokumentującego umowę deweloperską z punktu widzenia bieżącej praktyki notarialnej* (dr Andrzej Szereda, notariusz w Łodzi), *Umowa rezerwacyjna w świetle przepisów tzw. ustawy deweloperskiej – o problematyce odpowiedniego stosowania przepisów ustawy* (dr Bartłomiej Gliniecki z UG), *Umowa deweloperska – postulaty de lege ferenda* (mgr Bartosz Pawlak z UWM).

Trzeci panel został przeprowadzony pod przewodnictwem prof. Andrzeja Powalowskiego. Głos zabrali: mgr Tomasz Wojech (UAM) nt. *Środki ochrony zapewniane nabywcom przez dewelopera na podstawie ustawy deweloperskiej jako szczególne zabezpieczenia wiarygodności*, dr Damian Cyman (UG) nt. *Rachunek powierniczy jako element ochrony praw nabywcy lokalu*, radca prawny Anna Kurzyńska nt. *Upadłość dewelopera*, mgr Grzegorz Kozub (KUL) nt. *Kontynuacja przedsięwzięcia deweloperskiego w postępowaniu upadłościowym wobec deweloperów*, dr Beata Pachuca-Smulska (UWM) nt. *Ochrona zbiorowych interesów konsumenckich na rynku usług deweloperskich*.

W drugim dniu Konferencji, tj. 10 maja 2013 r., odbyły się dwa kolejne panele tematyczne. Pierwszemu przewodniczył dr Adam Bieranowski. Tego dnia zostały przedstawione następujące referaty: *Dochodzenie roszczeń z umowy deweloperskiej* (mgr Sylwia Łazarewicz z UWM), *Odpowiedzialność dewelopera z tytułu rękojmi za wady fizyczne lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego* (mgr Anna Czyż z Instytutu Nauk Prawnych PAN w Warszawie), *Odbiór lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego a odpowiedzialność dewelopera za ich wady* (dr Katarzyna Ciuckowska-Leszczewicz z UWM), *Odstąpienie nabywcy lokalu mieszkalnego od umowy deweloperskiej* (mgr Paweł Lewandowski z UWM), *Prawo zamówień publicznych a umowa deweloperska* (dr Michał Krzykowski z UWM), *Rozstrzygnięcie sporów pomiędzy deweloperem a przedsiębiorstwem energetycznym na tle umów przyłączeniowych* (mgr Katarzyna Królikowska z Biura Trybunału Konstytucyjnego).

Przedmiotem rozważań ostatniego panelu, któremu przewodniczył dr Jakub Zięty, były następujące wystąpienia: *Prawo zabudowy (superficies) a proces inwestycyjny* (mgr Michał Wdowiak ze Szkoły Wyższej Prawa i Dyplomacji w Gdyni), *Roszczenia wynikające z niewykonania umowy przedwstępnej a wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2010 r., II CSK 219/2010* (mgr Hanna Frąckowiak z UWM), *Podstawy odpowiedzialności*

karnej w świetle ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (dr Kamil Frąckowiak z UWM), *Nie zgodna z prawdą i niekompletna informacja w świetle art. 33 ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego* (mgr Szymon Buczyński z UWM).

Każdy panel tematyczny kończyła niezwykle ciekawa i momentami burzliwa dyskusja z udziałem prelegentów i słuchaczy. Niestety czas przeznaczony na dyskusję okazał się zbyt krótki. Na zakończenie pierwszego dnia konferencji zorganizowano uroczystą kolację, z kolei drugi zwieńczono uroczystym obiadem. Godny odnotowania jest fakt, że w spotkaniu wzięli aktywny udział nie tylko przedstawiciele akademicy, ale też praktycy zajmujący się materią prawa gospodarczego na co dzień. Dzięki temu bezspornie wzrosła waga prowadzonych obrad.

Osoby, które nie mogły uczestniczyć w rzeczonym przedsięwzięciu naukowym, będą mogły zapoznać się z referatami w wersji pisemnej, albowiem organizatorzy konferencji zaplanowali wydanie publikacji pokonferencyjnej.

Maciej Rzewuski