



styczeń–luty

1–2/2023

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





Styczeń-Luty

1–2/2023

PALESTRA

P i s m o A d w o k a t u r y P o l s k i e j

Rok LXVIII nr 782–783



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor naczelna:

Ewa Stawicka

Sekretarz redakcji:

Klaudiusz Kaleta

Redaktorzy języka angielskiego:

Grzegorz Grątkowski, Anna Setkowitz

Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

Stanisław Baliak

Zbigniew Banaszczyk

Jacek Barcik

Wojciech Bergier

Michał Bieniak

Józef Forystek

Piotr Fiedorczyk

Lech Gardocki

Paweł Gieras

Roman Hauser

Joseph Hoffmann

Krzysztof Kostański

Andrzej Kubas

Jan Kuklewicz

Katalin Ligeti

Erik Luna

Frank Meyer

Dariusz Mucha

Marek Antoni Nowicki

Piotr Ochwat

Szymon Pawelec

Krzysztof Piesiewicz

Piotr Piesiewicz

Krzysztof Pietrzykowski

Jerzy Pisuliński

Paweł Podrecki

Janusz Raglewski

Anna Rakowska-Ireła

Stanisław Rymar

Marek Safjan

Philippe Sands

Piotr Sendecki

Elżbieta Skowrońska

Tomasz Sójka

Monika Strus-Wołos

Maciej Szpunar

Dobrosława Szumiło-Kulczycka

Dariusz Świecki

Jaromir Tauchen

Stephen C. Thaman

Andrzej Tomaszek

Józef Wójcikiewicz

Maria Zabłocka

Stanisław Zabłocki

Jerzy Zajadło

Piotr Zientarski

Jerzy Zięba

Paweł Ziętara

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA



Przez oddziały zbrojne powstania styczniowego przeżyło się 100.000 ludzi, z których 20.000 oddało życie w walce i na szubienicach. Żadna z ówczesnych formacji militarnych nie miała jednolitego umundurowania. Charakterystyczne, improwizowane elementy ubiorów uczestników zrywu stanowiły czwórgraniaste czapki ze srebrnym orłem i przypięte do stroju kokardy biało-czerwone. Naczelnik państwa wydał 21.01.1919 r. rozkaz specjalny o nadaniu weteranom lat 1863–1864 statusu żołnierzy Wojska Polskiego. Każdemu z żyjących bojowników (w tamtej dacie naliczono ich 3.644) przyznano państwową pensję; każdy z nich otrzymał również specjalne, pełne umundurowanie w kolorze fioletowym, z rogatywką. Napotkanemu wiarusowi inny żołnierz, niezależnie od posiadanego stopnia, miał obowiązek pierwszy zasalutować. W 75. rocznicę irredenty obchodzoną w 1938 r. pozostawało przy życiu jeszcze 52 jej uczestników. Jeśli uświadomić sobie, że najstarsi weterani styczniowego zrywu dożyli połowy lat 40. XX w., to staje się jasne, że wielu członków podziemnej polskiej armii, którym przyszło od 1939 r. toczyć walkę z dwoma najeźdźcami, niewątpliwie zetknęło się wcześniej z kombatantami drugiej połowy XIX w.

Po 75 latach od wybuchu powstania warszawskiego, w którym walczyło ogółem 50.000 żołnierzy, a za cały uniform służyła im nieraz biało-czerwona opaska, liczba pozostających przy życiu uczestników wynosiła około 1.000. Nie zapewniono im urzędowo stałego wsparcia, z wyjątkiem corocznej od 2018 r. nagrody w kwocie kilku tysięcy zł fundowanej przez miasto stołeczne Warszawa, a także przyznania przez władze miejskie uprawnień do darmowego pobytu w domach spokojnej starości oraz do korzystania poza kolejnością z opieki zdrowotnej. W tym samym czasie 82% Polaków deklarowało czczenie rocznic 1.08.1944 r.

foto na okładce: Weterani powstania styczniowego na dachu Pałacu Prasy. Siedzi Wiktor Malewski, stoją od lewej: Antoni Suss, Mamert Wandali, Walenty Milczarski, Kraków 1939, autor zdjęcia nieznanymi, Narodowe Archiwum Cyfrowe.

Przygotowanie okładki do druku: A.P. GRAF

Adres Redakcji:

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

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

e-mail: redakcja@palestra.pl

Internet: www.palestra.pl

Ark. wyd.: 19. Nakład: 5000 egz.

ISSN 0031-0344, indeks 36851

Spis treści

Od Redakcji

Ewa Stawicka

Państwo 5

Artykuły

Tomasz A. Zienowicz

Surveillance capitalism – rozważania prawnoteoretyczne 8

Marek Skwarcow

Obawa matactwa procesowego jako przesłanka stosowania
tymczasowego aresztowania 21

Magdalena Matusiak-Frącczak

Przymus adwokacki we Francji na tle prawa do sprawiedliwego
procesu w świetle art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka 43

Józef Forystek

Zaskarżalność postanowienia sądu drugiej instancji o odrzuceniu skargi
o wznowienie postępowania po nowelizacji Kodeksu postępowania
cywilnego z 2019 r. 58

Michał Bieniak

Wykładnia weksla i deklaracji wekslowej 82

Wojciech Gonet

Tworzenie, funkcjonowanie, zakończenie działania grupy spółek 91

Anna Bober-Kotarbińska

Zarys zagadnień i wyzwań prawnych związanych z zastosowaniem
technologii niewymienialnych tokenów w obszarze prawa własności
intelektualnej 109

Polemiki

Andrzej Malicki

W sprawie uwag krytycznych dotyczących regulacji § 36 Zbioru zasad etyki adwokackiej – polemika 123

Najnowsze orzecznictwo

Marek A. Nowicki

Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (październik–grudzień 2022 r.) wraz z obszernym omówieniem wyroku *Juszczyszyn v. Polska* – wyrok z 5.10.2022 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 35599/20 130

Tomasz Tadla

Gwarancje dyplomatyczne w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu 158

Jerzy Pisuliński, Julita Zawadzka**redakcja naukowa Jerzy Pisuliński**

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych 179

Glosy

Maciej Babula

Możliwość wykorzystania w procesie dowodu uzyskanego za pomocą tortur przez podmioty prywatne w kontekście konwencyjnej zasady wolności od złego traktowania oraz prawa do rzetelnego procesu – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 5.11.2020 r., skarga nr 31454/10, w sprawie *Ćwik przeciwko Polsce* 208

Forum adwokackie

Piotr Nowaczyk

Cóż jest niezwykłego w życiu arbitra? 220

Jacek Kędzierski

O należytej naprawie treści art. 191 § 1 Kodeksu karnego 239

Patricia Różańska-Ungur

Zasięg korporacyjnego upoważnienia aplikanta do zastępstwa 244

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

Zmiana toru ruchu przyczyną skutkowego zdarzenia drogowego 263

Table of contents 268

Lista recenzentów miesięcznika „Palestra” 270

Informacje dla Autorów 271

Od Redakcji

Ewa Stawicka

PAŃSTWO

Dysponowało strukturą administracyjną, stale rozbudowywanym wojskiem z bardzo sprawną służbą kwatermistrzowską, skarbowością, sądownictwem i aparatem egzekwującym wyroki karne, pocztą, policją spełniającą zarazem rolę kontrwywiadu, systemem opieki zdrowotnej – nade wszystko zaś miało flagę, godło, herb, prawodawstwo. Tak wyglądało polskie podziemne państwo funkcjonujące w dobie powstania styczniowego.

Papier z pieczęcią Rządu Narodowego otwierał wszystkie drzwi oraz sakiewki. Nikt nie sprawdzał jego autentyczności – rozumiało się samo przez się, że wysłannik tej władzy zasługuje na zaufanie; urzędnik taki cieszył się zresztą również dyskretną zbrojną ochroną. Ani ukrywający się konspirator, ani żołnierz w polu nie byli całkiem sami – w razie potrzeby mogli liczyć na opiekę lekarską, materialną pomoc, ochronę narodowej policji śledzącej każdy krok komendantów rosyjskich cyrkułów; w przypadku skrajnego zagrożenia – na przerzucenie przez granicę; a czasami nawet na wycofanie zarządzeń carskich urzędników, liczących się z naciskiem niejawnych wprawdzie, lecz niezwykle skutecznych niezależnych struktur.

Kiedy przed dekadą celebrowano 150. rocznicę powstania styczniowego, jeden z historyków, z którymi wówczas rozmawiałam, wyraził przekonanie, że to zapewne już ostatnie tak uroczyste obchody, ponieważ analiza dziejów pokazuje, że po upływie najdalej półtora stulecia z reguły zamiera zbiorowa pamięć po największych nawet wydarzeniach. Jeżeli tak istotnie jest, to zapewne głównie dlatego, że przez dziesięciolecia podczas obchodzenia ważnych rocznic akcentuje się emocje, nie zaś intelektualną podbudowę działań. Paradoksalnie,

świadomość społeczna również swój własny czas postrzega przez pryzmat do- brych czy złych ekscytacji, nie zauważając racjonalnych wartości, które akurat powstają, trwają, umacniają się albo słabną. Jednostki, zwłaszcza wybitne, po- trafią inspirować się mądrością poprzedników – do tego potrzebny jest rozum i wyobraźnia takiej miary, jaką reprezentował Józef Piłsudski, wzorujący dowo- dzone przez siebie działania niepodległościowe na doświadczeniu powstańców, których sam był pogrobowcem.

Bywa, że dopiero obcy obserwatorzy są zdolni do sensownych syntez i ana- liz. Tak właśnie było z pierwszym polskim podziemnym państwem. W 1866 r. szwajcarski oficer, pułkownik Hans Franz Ludwig von Erlach, który z ramienia helweckiego Sztabu Generalnego był obserwatorem wspólnych militarnych poczynań Polaków i Litwinów, a także Rusinów (jak wtedy zwano rdzennych mieszkańców ziem zachodniej Ukrainy), wydał w swojej ojczyźnie książeczkę o metodach walki zbrojnej narodu egzystującego pomiędzy wielkimi mo- carstwami; zbudowano w oparciu o nią ponadczasową doktrynę wojskową Konfederacji Szwajcarskiej. Pozycję tę w okresie międzywojennym wydano i w Polsce, a przykład ten okazał się potem, w początku lat czterdziestych, podręcznikiem bezcennym dla oficerów Armii Krajowej operujących w te- renie zmuszającym ich do samodzielnego prowadzenia walki o charakterze partyzanckim.

Chłodnego rozbioru dorobku myślowego przeciwników potrafi dokonać tak- że wróg. Reinhard Heydrich, szef Głównego Urzędu Bezpieczeństwa Rzeszy, nakazał specjalnie w tym celu utworzonemu biuru sporządzenie, na potrzeby dowodzonych przez siebie struktur, opracowania zawierającego analizę funk- cjonowania polskiego państwa podziemnego doby powstania styczniowego oraz skutecznych metod zwalczania go przez rosyjskie władze. Opasłe studium stało się obowiązkową lekturą funkcjonariuszy *Sicherheitsdienst*.

Trzeźwość myślenia osób przygotowujących organizacyjny grunt pod insu- rekcję 1863 r., a także dowodzących nią, przejawiała się w dyplomatycznych zabiegach o wsparcie krajów Zachodu w organizowaniu dostaw uzbrojenia (za- kupiono m.in. w Anglii, Belgii i Francji co najmniej osiemdziesiąt tysięcy strzelb, bez porównania nowocześniejszych od broni, jaką nosili żołnierze carscy), w pozyskiwaniu funduszy na prowadzenie operacji zbrojnych i na działanie niezależnej administracji. Zbierano w kraju podatki dobrowolne i przymuso- we (te drugie płacili – bywało – nawet carscy urzędnicy). Rozpisywano także pożyczki narodowe, przygotowując kilka emisji obligacji. Pierwszą ich część wydrukowano w Warszawie, późniejsze zaś produkowane były, na dobrym papierze i w pięknej graficznej formie, w Paryżu. We Francji również wypusz- czono gigantyczny nakład polskiego pieniądza, lecz wobec ostatecznej klęski powstania banknoty te nigdy nie weszły do obiegu i wszystkie gotowe nominały zniszczono.

Patriotycznych elit tamtej epoki nie tworzyli jedynie utopiści naiwnie pory- wający się na rzeczy niemożliwe. Byli to najczęściej ludzie starannie wykształce-

ni, niejednokrotnie potrafiący bardzo sprawnie zarządzać własnymi interesami finansowymi. Jasno postrzegali rzeczywistość i coraz tragiczniej nieuniknioną perspektywę klęski; dotyczyło to w szczególności ostatniego przywódcy powstania Romualda Traugutta, którego publiczna egzekucja przypieczętowała przegraną.

Uniwersalną zasługą tamtego czasu jest uświadomienie wagi istnienia własnego, suwerennego państwa. Nawet jeżeli jest ono niedoskonałe.

Ewa Stawicka

Redaktor naczelna miesięcznika „Palestra”.

Pojęcia kluczowe: *inwigilacja, kapitalizm, ochrona konsumentów, ochrona danych osobowych, regulacje amerykańskie, bezpieczeństwo obrotu danymi*

Artykuły

Tomasz A. Zienowicz

SURVEILLANCE CAPITALISM – ROZWAŻANIA PRAWNOTEORETYCZNE

Artykuł obejmuje problematykę związaną z obrotem danymi osobowymi, ich ochroną, zabezpieczeniem przed niepożądanym przejściem oraz wskazuje na rozwiązania amerykańskie w zakresie praw i obowiązków uczestników rynku danych osobowych.

I

Kapitalizm inwigilacji (*surveillance capitalism*) to pojęcie opisane przez Shoshanę Zuboff¹. Generalnie jest to model biznesowy, którego rozwój i przewagi konkurencyjne oparte są na zbieraniu, katalogowaniu i przetwarzaniu danych osobniczych. Zważywszy na treści zawarte w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych

¹ S. Zuboff, *The Age of surveillance capitalism – The Fight for a human future at the new frontier of power*, Profile Books Ltd. 2018. Autorka porusza problematykę największego, jej zdaniem, zwrotu w erze kapitalizmu, nazywając opisywaną sytuację mianem kolonizacji, która dotyczy i dotyka przede wszystkim konsumentów, ich zachowań oraz kwestii kierowania i wpływania na ich wolę. Książka ta nie jest antytechnologiczna, nie opowiada się za zaprzestaniem badań i prowadzenia działań nad rozwojem sztucznej inteligencji, wskazuje kwestie nieuregulowania tego typu rozwiązań biznesowych zasadzających się w głównej mierze na handlu danymi osobowymi. Autorka toczy rozważania na tematy związane z niedaleką przyszłością, w której nastąpi gwałtowny rozwój obrotu danymi i metadanymi dotyczącymi zachowań ludzkich, proponując w tym względzie publiczną debatę. Jej obszerna analiza pokazuje bezprecedensowe wyzwania dla ludzkiej autonomii, społecznej solidarności i demokracji w zakresie zmagania się z tego rodzaju kapitalizmem.

w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE² oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłającą decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW³ i ustawie z 10.05.2018 r. o ochronie danych osobowych⁴ jest to pojęcie daleko szersze niż ujawniona w przedmiotowych aktach prawnych problematyka, dotyczy bowiem ono praktycznie każdego zakresu przejawu ludzkiego działania (bez ograniczenia np. do konsumentów), takiego jak zbieranie i przetwarzanie danych m.in. dotyczących lokalizacji, emocji, wypowiedzi, pragnień, operacji finansowych, stanu zdrowia, pasji, nawyków *etc.* Wprowadzenie takiego modelu inwigilacji rodzi ogromne zagrożenia zwłaszcza wobec braku zasadniczych regulacji prawnych w przedmiotowym zakresie na płaszczyźnie prawa międzynarodowego publicznego, prywatnego i europejskiego. Pionierem w rozważaniach i wdrożeniach takiego typu postępowania w zakresie szeroko pojętych danych osobowych są Stany Zjednoczone Ameryki. Na tym rynku gwałtownie zmieniające się środowisko ekonomiczne i przedmiot obrotu w dziedzinie informatyki i teleinformatyki napędzany bardzo dużą konkurencją niewątpliwie wyprzedzają reakcję prawodawczą w omawianym zakresie. Algorytmizowanie online wszelkich przejawów ludzkiego działania bez jakichkolwiek regulacji prawnych w przedmiotowym zakresie daje pole do nadużyć, a nawet możliwość wpływania na działanie ludzkie w już uregulowanych prawnie sferach życia. Odrębną problematyką wyłaniającą się z tego zjawiska jest obrót danymi i metadanymi dotyczącymi działań ludzkich na potrzeby handlu, usług, ale także wojska, obronności, wywiadu oraz wszelkich działań podejmowanych nielegalnie nakierowanych na realizację celów niedostępnych w ramach działań konwencjonalnych oraz legalnych.

Pamiętać przy tym wypada, że metadane i dane osobowe można skomercjalizować i mogą one być przedmiotem obrotu w wielu systemach prawnych, w szczególności chodzi tu o rozwiązania i rynki amerykańskie. Głównym impulsem dla obecnej sytuacji rynkowej są zachowania zachodzące w Google Ad-

² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Tekst mający znaczenie dla EOG), <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłającą decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW, <http://data.europa.eu/eli/dir/2016/680/oj>.

⁴ Ustawa z 10.05.2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1000).

words, gdzie jak się obserwuje, odbywa się największy obrót zarówno w zakresie wolumenu, jak i wysokości transakcji na polu obrotu danymi osobowymi⁵. Gromadzenie danych może oczywiście przyczynić się do tworzenia inteligentnych miast (ruch uliczny, obsługa administracyjna *etc.*), optymalizacji handlu (aplikacje internetowe) oraz może być przydatne w tzw. samoczynnej (osobniczej) optymalizacji, czy też w ogóle do budowy szeroko pojętej sztucznej inteligencji, jednak bez regulacji na poziomie państwowym, jeśli spojrzeć z amerykańskiej perspektywy prawnej, może dojść do użycia tych zbiorów przeciw osobom, których owe dane dotyczą⁶. Zysk, jaki generowany jest z obrotu metadanymi i danymi osobniczymi, uruchomił w Stanach Zjednoczonych działalność lobbingsową na rzecz zwiększenia autonomii tego rynku oraz możliwości prawnego usankcjonowania pozyskania i przetwarzania danych na praktycznie wszelkie sposoby mogące przynieść profit z tego typu działalności⁷.

Analizując przedmiotowe zjawisko w zakresie ogólnoświatowym, wskazać jednak należy w kontekście przyszłych regulacji międzynarodowych, że nie tylko państwa uważane powszechnie za demokratyczne są na tyle uprzemysłowione technologicznie, że mogą zmagać się z przedmiotową problematyką. Także i inne kraje podejmują działania w zakresie gromadzenia i przetwarzania danych w przedmiotowym zakresie. Liderem są tu Chiny⁸. Chińska Republika Ludowa uruchomiła w dobie walki z pandemią narodową aplikację *close contact detector*, która pozwala dokonać weryfikacji osób zakazanych⁹. Tak zwany detek-

⁵ S. Zuboff, *The Age...*

⁶ *Quantifiel Self* dotyczyło we wczesnej fazie rozwoju badań typu EKG, EEG, EVG, GSR, oddechu i innych czynności ciała, które można było monitorować. Następnym etapem stało się analizowanie gromadzonych danych dotyczących praktycznie całej parametryki zachowania ludzkiego organizmu oraz możliwość analizy, przetwarzania i obrotu tymi danymi, co doprowadziło do tzw. samopoznania poprzez liczby. Obecnie przodują w tym zakresie serwisy obsługujące monitorowanie np. snu, ruchu, takie jak Fitbit lub Apple Watch, a w połączeniu ze zwiększoną dostępnością Internetu rzeczy w opiece zdrowotnej i sprzęcie do ćwiczeń sprawiło to, że samopoznanie stało się powszechne. Innymi terminami przyjętymi dla problematyki określającej wykorzystanie danych w celu poprawy codziennego funkcjonowania stały się autoanaliza, hakowanie ciała, samoocena, samokontrola, nadzór (rejestracja aktywności osobistej) i informatyka osobista, por. K. Kevin, *The inevitable: understanding the 12 technological forces that will shape our future*, Penguin 2017, s. 247; W.H. James You, *By the Numbers*, „Harvard Business Review” 2012; W. Stephen, *The Personal Analytics of My Life*, stephenwolfram.com. Stephen Wolfram, 2012.

⁷ S. Zuboff, *The Age...*

⁸ Zob. <https://www.bbc.com/news/technology-51439401>.

⁹ 中國電子科技集團公司, China Electronics Technology Group Corporation założona w 2002 r. jest chińskim przedsiębiorstwem państwowym. Jego działalność obejmuje tworzenie sprzętu komunikacyjnego, komputerowego, sprzętu elektronicznego, rozwój oprogramowania, usługi badawcze, inwestycje i zarządzanie aktywami do zastosowań cywilnych i wojskowych. W marcu 2016 r. rząd zlecił firmie opracowanie oprogramowania do identyfikacji potencjalnych terrorystów; wykorzystanie danych na temat pracy, hobby, nawyków konsumpcyjnych i innych zachowań. W czerwcu 2017 r. CETC z powodzeniem uruchomił największy na świecie rój dronów ze stałopłatami. Drony w roju były komercyjnym modelem ze stałym skrzydłem wyprodukowanym przez Skywalker Technology, firmę z siedzibą w Wuhan. W grudniu 2017 r. CETC zabiegał

tor bliskiego kontaktu informuje użytkowników, czy znajdowali się w pobliżu osoby, u której potwierdzono obecność wirusa lub podejrzewano, że jest jego nosicielem. Aplikacja działa w ten sposób, że użytkownicy skanują kod *Quick Response* (QR) na swoich smartfonach za pomocą aplikacji, takich jak usługa płatności Alipay lub platforma społecznościowa WeChat, i uzyskują informację o osobach zakażonych znajdujących się w ich pobliżu. Aplikacja jest powiązana z numerem telefonu, użytkownicy podają swoje imiona i nazwiska oraz numery identyfikacyjne (ID)¹⁰.

Wskazać jednak wypada, że wbrew twierdzeniom podmiotów niepowiązanych z rządem Chińskiej Republiki Ludowej aplikacja może stygmatyzować osoby zakażone, narażać je na rozmaite niebezpieczeństwa, co może doprowadzić do odwrotnego od zamierzonego skutku, jaki ma nieść za sobą uruchomienie aplikacji w wydaniu chińskim. Wskazuje się, że pandemia jest tylko przyczynkiem do zacieśnienia kontroli społecznej na terenie ChRL. Aplikacja bowiem nie tylko informuje o kontakcie z osobami zakażonymi lub podejrzanymi o zakażenie, ale także daje możliwość sprawdzenia trzech wybranych osób w tym zakresie, co zdaniem analityków przekracza potrzeby walki z pandemią. Podnosi się także brak definicji ostrej co do pojęcia bliskiego kontaktu oraz niemożliwość weryfikacji, czy autorzy programu na bieżąco nie manipulują przesłankami w tym zakresie. Aplikacja także nie przewiduje analizy testowanych, u których następuje wynik fałszywie ujemny lub fałszywie dodatni, co stanowi lukę, która może w zasadzie

o kontrakty rządowe na wdrażanie systemów rozpoznawania twarzy w prefekturze Hotan. W sierpniu 2020 r. Biuro Przemysłu i Bezpieczeństwa umieściło cztery spółki zależne CETC na liście podmiotów odpowiedzialnych za pracę nad zmilitaryzowaniem sztucznych wysp na Morzu Południowocchińskim.

¹⁰ Według państwowej agencji informacyjnej Xinhua aplikacja została opracowana wspólnie przez departamenty rządowe i China Electronics Technology Group Corporation i jest zasilana danymi pochodzącymi od Ministerstw Zdrowia i Transportu. Według strony rządowej w Chinach i całej Azji gromadzenie i przetwarzanie danych nie jest postrzegane jako coś, co powinno podlegać szczególnemu nadzorowi w zakresie wykorzystywania. Z punktu widzenia władz Państwa Środka jest to przydatna usługa będąca narzędziem służącym tylko dobrem celom. Chiński rząd definiuje przy tym tzw. bliski kontakt jako zbliżanie się, bez skutecznej ochrony, do potwierdzonych zakażonych i podejrzewanych o zakażenie lub gdy osoba była chora bezobjawowo. „Bliski kontakt” obejmuje kontakt osób ściśle ze sobą współpracujących, chodzących do tej samej klasy szkolnej lub zamieszkujących razem. Pojęcie to obejmuje także personel medyczny bez względu na narażanie się na kontakt oraz inne osoby, które miały bliski kontakt z pacjentami i ich opiekunami. Następną grupą są pasażerowie i załoga samolotów, pociągów i innych środków transportu z osobą zarażoną. Pojęcie bliskiego kontaktu doprecyzowane jest w ten sposób, że ów kontakt postrzega się wśród pasażerów linii lotniczych znajdujących się w trzech rzędach od osoby zakażonej, a wśród personelu pokładowego wszyscy są postrzegani jako pozostający w bliskim kontakcie. W przypadku pociągów klimatyzowanych wszyscy pasażerowie i członkowie załogi tego samego wagonu uważani są za pozostających w bliskim kontakcie w sytuacji wykrycia osoby zarażonej, http://www.xinhuanet.com/english/2020-02/10/c_138770415.htm (dostęp: 13.01.2023 r.). Powszechnie jednak wiadomo, że chiński rząd wprowadził skrajnie wysoki poziom nadzoru nad obywatelami, w tym nadzoru technologicznego, <https://www.bbc.com/news/technology-51439401> (dostęp: 11.02.2020 r.).

czynić ów system bezużytecznym¹¹. Przestrzega się także przed wystąpieniem społecznego piętna wśród społeczności chińskiej w stosunku do osób zakażonych. Wprawdzie każdy wirus czy generalnie zachorowanie, o którym społeczeństwo może lub powinno się dowiedzieć, może rodzić takie piętno, ale w zakresie koronawirusa występuje większe ryzyko utrwalenia tego stanu rzeczy. Wskazuje się, że aplikacja sprowokuje zachowania prowadzące do unikania znajomych czy też lokalnej społeczności w celu uniknięcia napiętnowania spowodowanego wykryciem koronawirusa¹². Należy bowiem pamiętać, że wraz z rozpoczęciem pandemii władze Wuhan nakazały przekazywać informacje o obywatelach z tego miasta do administracji innych miast. Normą jest w Państwie Środka publiczne piętnowanie wykroczeń, urządzenie lokalnych zebrań ludowych w celu pokazania sprawców i ich ukarania czy też wskazania, że takie zachowania są niepożądane społecznie. Ta pragmatyka działania przenosi się niejako dzięki aplikacji do sieci, a tu mogą być one przedmiotem obrotu jako zagregowane dane¹³. Wskazana aplikacja może także zawierać funkcje umożliwiające śledzenie poszczególnych podmiotów w zakresie innych aktywności związanych z czynnościami życia codziennego. Podmioty tworzące tę aplikację ściśle współpracują z wojskiem i rządem na różnych polach, więc w kraju pozbawionym demokratycznych procedur kontrolnych nie ma żadnej gwarancji, że przedmiotowa aplikacja nie jest po prostu narzędziem do inwigilacji obywateli. Podobne działania podejmuje także Google, tworząc np. Google Flu Trends – program do wykrywania grypy, która na dzień dzisiejszy daje 50% prawdopodobieństwa wykrycia jej na danym terenie albo w danej populacji¹⁴. Nie ma obecnie żadnej kontroli nad tworzeniem map nadzoru nad rozprzestrzenianiem się zjawisk obserwowanych w przedmiotowym zakresie¹⁵. Innymi podmiotami angażującymi się w sferę *surveillance capitalism* są Alexa i ntechlab – spółki zajmujące się tzw. *Augmenting Intelligence*¹⁶. Rozwiązania tych podmiotów opierają się na rozpoznawalności twarzy. Oprogramowanie softwarowe jest najczęściej dodatkiem do kamer przemysłowych i ma zastosowanie głównie w handlu detalicznym. Podmioty te gromadzą dane biometryczne, co pozwala w milisekundach rozpoznać podmiot znajdujący się w ich bazie¹⁷. Spółki te obecnie nie przetwarzają danych klientów ani nie używają pełnej gamy zastosowań swoich produktów, jednak nie ma w tej chwili żadnych

¹¹ M. Schoch-Spana, <https://www.technologyreview.com/2020/02/13/844805/coronavirus-china-app-close-contact-surveillance-covid-19-technology/> (dostęp: 13.01.2023 r.).

¹² C. Lynteris, <https://www.technologyreview.com/2020/02/13/844805/coronavirus-china-app-close-contact-surveillance-covid-19-technology/> (dostęp: 13.01.2023 r.).

¹³ C. Lynteris, <https://www.technologyreview.com/2020/02/13/844805/coronavirus-china-app-close-contact-surveillance-covid-19-technology/> (dostęp: 13.01.2023 r.).

¹⁴ D. Stellmach, <https://www.technologyreview.com/2020/02/13/844805/coronavirus-china-app-close-contact-surveillance-covid-19-technology/> (dostęp: 13.01.2023 r.).

¹⁵ Zob. <https://www.technologyreview.com/2020/02/13/844805/coronavirus-china-app-close-contact-surveillance-covid-19-technology/> (dostęp: 13.01.2023 r.).

¹⁶ Zob. www.ntechlab.com (dostęp: 20.02.2020 r.), www.alex.com (dostęp: 13.01.2023 r.).

¹⁷ www.ntechlab.com (dostęp: 20.02.2020 r.), www.alex.com (dostęp: 13.01.2023 r.).

podstaw prawnych na terenie Stanów Zjednoczonych na poziomie federalnym, aby takie usługi legalnie dostarczać wraz z przetwarzaniem i sprzedażą danych w tym zakresie.

II

Jedną z pierwszych materialnoprawnych reakcji na zmieniającą się rzeczywistość była nowelizacja kodeksu cywilnego stanu Kalifornia. Począwszy od 23.09.2018 r. nastąpiła szeroka nowelizacja art. 1798 kodeksu cywilnego Kalifornii, obejmująca zmiany dotyczące problematyki danych osobowych¹⁸ konsumentów i grup konsumentów¹⁹ w zakresie ich zbierania (gromadzenia)²⁰, przetwarzania²¹ i obrotu nimi²². Nowelizacja uregulowana pod nazwą California Consumer Privacy Act of 2018 wprowadza szereg regulacji nieznanych dotychczas ustawodawstwu amerykańskiemu. Od 1.01.2020 r. ustawa przyznaje konsumentowi w odniesieniu do jego danych osobowych obowiązkowy obowiązek

¹⁸ W zakres tego pojęcia, w myśl art. 1798.140 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act), wchodzi pojęcie informacji biometrycznych, które w rozumieniu ustawy oznaczają fizjologiczne, biologiczne lub behawioralne cechy danej osoby, w tym kwas deoksyrybonukleinowy (DNA) danej osoby, które można wykorzystać pojedynczo lub w połączeniu ze sobą lub z innymi danymi identyfikującymi w celu ustalenia indywidualnej tożsamości. Informacje biometryczne obejmują między innymi zdjęcia tęczówki, siatkówki, odcisków palców, twarzy, dłoni, wzorów żył i nagrania głosu, na podstawie których można wyodrębnić szablon identyfikacyjny lub odcisk głosu, oraz wzorce lub rytmy naciśnięć klawiszy, wzorce chodu lub rytm snu, a także dane dotyczące snu, zdrowia lub ćwiczeń, które zawierają informacje identyfikujące.

¹⁹ Zgodnie z art. 1798.140 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act) informacje o konsumentach oznaczają informacje odnoszące się do określonych grup lub kategorii konsumentów, z których usunięto tożsamość indywidualnych konsumentów, które nie są powiązane ani nie można ich w racjonalny sposób połączyć z żadnym konsumentem lub gospodarstwem domowym, w tym za pośrednictwem urządzeń zdalnych. Zagregowane informacje o konsumentach nie odnoszą się do indywidualnych rekordów konsumentów zidentyfikowanych.

²⁰ Ustawa wskazuje tu na pojęcie zbierania; na płaszczyźnie prawa polskiego występuje raczej pojęcie gromadzenia, i według art. 1798.140 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act) pojęcie to oznacza kupowanie, wypożyczanie, gromadzenie, uzyskiwanie, otrzymywanie lub uzyskiwanie dostępu do jakichkolwiek danych osobowych dotyczących konsumenta w jakikolwiek sposób. Obejmuje to czynne lub bierne otrzymywanie informacji od konsumenta lub uzyskiwanie ich poprzez obserwację zachowania konsumenta.

²¹ Według art. 1798.140 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act) przetwarzanie oznacza dowolną operację lub zestaw operacji wykonywanych na danych osobowych lub na zbiorach danych osobowych, w sposób zautomatyzowany lub nie.

²² https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180SB1121 (dostęp: 13.01.2023 r.), CHAPTER 735, An act to amend Sections 1798.100, 1798.105, 1798.110, 1798.115, 1798.120, 1798.125, 1798.130, 1798.135, 1798.140, 1798.145, 1798.150, 1798.155, 1798.185, 1798.192, 1798.196, and 1798.198 of, and to add Section 1798.199 to, the Civil Code, relating to personal information, and declaring the urgency thereof, to take effect immediately.

stosowania zgody konsumenta na gromadzenie, przetwarzanie i obrót danymi osobowymi, chyba że ustawa wskazuje cele specjalne²³, co do których zgoda nie jest wymagana²⁴. Ustawa nakłada na podmioty gospodarcze obowiązek poinformowania klienta będącego konsumentem o tym, że zbiera jego dane osobowe, musi także pouczyć go o prawie żądania usunięcia danych osobowych. Wszystkie te regulacje dotyczą m.in. plików *cookies* oraz wszelkiej aktywności na stronach internetowych i produktach online. Wskazane regulacje nie mają zastosowania, jeżeli prawa lub obowiązki naruszałyby niekomercyjną działalność osób i podmiotów opisanych w określonym przepisie konstytucji Kalifornii odnoszącym się do środków masowego przekazu. Ustawy nie stosuje się do danych osobowych gromadzonych, przetwarzanych, sprzedawanych lub ujawnianych zgodnie z określonym prawem federalnym dotyczącym m.in. banków, domów maklerskich, firm ubezpieczeniowych i agencji informacji kredytowej, a także wyłącza się jej stosowanie zgodnie z ustawą California Financial Infor-

²³ Głównym celem jest cel biznesowy, który według art. 1798.140 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act) oznacza wykorzystywanie danych osobowych do celów operacyjnych firmy lub usługodawcy lub do innych celów, pod warunkiem że wykorzystanie danych osobowych jest racjonalnie konieczne i proporcjonalne do osiągnięcia celu operacyjnego, dla którego dane osobowe zostały zebrane lub przetworzone, lub w innym celu operacyjnym zgodnym z kontekstem, w którym zebrano dane osobowe. Cele biznesowe to: audyty związane z bieżącą interakcją z konsumentem i równoległymi transakcjami, w tym między innymi zliczanie wyświetleń reklam użytkownikom, weryfikacja pozycjonowania i jakości wyświetleń reklam oraz audyt zgodności z niniejszą specyfikacją i innymi standardami, wykrywanie incydentów w zakresie bezpieczeństwa, ochrona przed złośliwą, oszukańczą lub nielegalną działalnością oraz ściganie osób odpowiedzialnych za tę działalność, monitorowanie w celu identyfikacji i naprawy błędów, które osłabiają istniejącą funkcjonalność, krótkotrwale, przejściowe użycie, pod warunkiem że dane osobowe nie są ujawniane innej stronie i nie są wykorzystywane do budowania profilu konsumenta ani w inny sposób zmieniania danych indywidualnego konsumenta poza bieżącą interakcją, w tym między innymi do dostosowywania kontekstowego reklam wyświetlanych w ramach tej samej interakcji, wykonywanie usług w imieniu firmy lub usługodawcy, w tym utrzymywanie lub obsługa rachunków, obsługa klienta, przetwarzanie lub realizacja zamówień i transakcji, weryfikacja informacji o klientach, przetwarzanie płatności, zapewnianie finansowania, świadczenie usług reklamowych lub marketingowych, świadczenie usług analitycznych lub świadczenie podobnych usług w imieniu firmy lub usługodawcy, prowadzenie wewnętrznych badań w zakresie technologii i rozwoju oprogramowania, podejmowanie działań w celu weryfikacji lub utrzymania jakości lub bezpieczeństwa usługi lub urządzenia, które są własnością danego podmiotu, są przez nią produkowane lub kontrolowane, oraz w celu ulepszenia usługi lub urządzenia, które są własnością danego podmiotu, są wytwarzane wyprodukowane dla danego podmiotu lub przez niego kontrolowane. Od celów biznesowych należy odróżnić cele komercyjne, którymi są: wspieranie interesów handlowych lub ekonomicznych danej osoby, na przykład naklanianie innej osoby do kupowania, wynajmowania, dzierżawy, przyłączania się, subskrybowania, dostarczania lub wymiany produktów, towarów, majątku, informacji lub usług, lub umożliwienie lub wykonanie, bezpośrednio lub pośrednio, transakcji handlowej. Termin ten nie obejmuje przemówień, które sądy stanowe lub federalne uznały za przemówienia niekomercyjne, w tym przemówień politycznych i dziennikarskich.

²⁴ Preambuła do California Consumer Privacy Act of 2018, https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180SB1121 (dostęp: 13.01.2023 r.).

mation Privacy Act²⁵. Co do zasady danymi osobowymi w rozumieniu ustawy są informacje, które identyfikują, dotyczą, opisują, mogą być bezpośrednio lub pośrednio powiązane z określonym konsumentem lub gospodarstwem domowym. Dane osobowe obejmują między innymi następujące informacje: identyfikatory, takie jak prawdziwe imię i nazwisko, adres pocztowy, niepowtarzalny identyfikator osobisty, identyfikator internetowy, adres protokołu internetowego, adres e-mail, nazwa konta, numer ubezpieczenia społecznego, numer prawa jazdy, numer paszportu lub inne podobne identyfikatory, informacje handlowe, w tym zapisy dotyczące mienia osobistego, produktów lub usług zakupionych, uzyskanych lub rozważanych, lub inne historie aktywności lub tendencje dotyczące zakupów lub konsumpcji, informacje biometryczne, informacje o aktywności w Internecie lub innych sieciach elektronicznych, w tym między innymi historię przeglądania, historię wyszukiwania oraz informacje dotyczące interakcji konsumenta z witryną internetową, aplikacją lub reklamą, dane geolokalizacyjne, informacje dźwiękowe, elektroniczne, wizualne, termiczne, węchowe lub podobne, informacje zawodowe lub związane z zatrudnieniem, informacje edukacyjne, zdefiniowane jako informacje, które nie są publicznie dostępne, dane osobowe, zgodnie z definicją zawartą w ustawie o rodzinnych prawach do edukacji i prywatności (20 U.S.C. sekcja 1232g, 34 C.F.R. część 99), przetworzone dane z wszelkich informacji zidentyfikowanych wyżej w celu stworzenia profilu konsumenta odzwierciedlającego jego preferencje, cechy, trendy psychologiczne, predyspozycje, zachowanie, postawy, inteligencję i zdolności. Dane osobowe nie obejmują publicznie dostępnych informacji²⁶. W tym zakresie pojęcie „publicznie dostępne” oznacza informacje,

²⁵ Preambuła do California Consumer Privacy Act of 2018, https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180SB1121 (dostęp: 13.01.2023 r.). Wyłączenie dotyczy informacji kredytowej oraz danych osobowych, którymi dysponują banki i inne podmioty nadzorowane w zakresie usług bankowych. Regulacje wyłączające stosowanie owych przepisów znajdują się także w prawodawstwie Kalifornii w regulacjach dotyczących opieki zdrowotnej, bezpieczeństwa kierowców oraz danych z badań klinicznych. Ustawa daje prawo wniesienia powództwa o ochronę swoich danych osobowych oraz możliwość nałożenia grzywny na podmioty umyślnie naruszające wprowadzone regulacje.

²⁶ W myśl art. 1798.140 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act) podmiot prowadzący działalność gospodarczą nie dokonuje obrotu danymi osobowymi, gdy: są one opatrzone tylko identyfikatorem probabilistycznym, tj. oznaczeniem identyfikacji konsumenta tylko poprzez prawdopodobny schemat jego działania w oparciu o jakiegokolwiek kategorie danych osobowych zawartych w kategoriach wymienionych w definicji danych osobowych lub podobne do nich, pseudonimizacją, czyli są przetwarzane w sposób, który powoduje, że nie można ich już przypisać konkretnemu konsumentowi bez użycia dodatkowych informacji, pod warunkiem że dodatkowe informacje są przechowywane osobno i podlegają środkom technicznym i organizacyjnym zapewniającym, że dane osobowe nie zostaną przypisane zidentyfikowanemu lub możliwemu do zidentyfikowania konsumentowi lub są przeznaczone do prowadzenia badań rozumianych jako naukowe, statystyczne i opierające się m.in. na danych podstawowych lub kwalifikowanych, których przetwarzanie leży w interesie publicznym i są zgodne ze wszystkimi innymi obowiązującymi przepisami oraz są zgodne z zasadami etyki i z poszanowaniem prywatności lub celem badań prowadzonych w interesie

które są zgodnie z prawem udostępniane z rejestrów federalnych, stanowych lub lokalnych władz, jeśli istnieją warunki umożliwiające udostępnienie takich informacji. Pojęcie „publicznie dostępne” nie oznacza w tej sytuacji informacji biometrycznych konsumenta zebranych przez jakikolwiek podmiot bez jego wiedzy. Informacje nie są publicznie dostępne, jeśli dane te są wykorzystywane do celu, który nie jest zgodny z celem, w którym dane są przechowywane i udostępniane w rejestrach rządowych lub w którym są publicznie przechowywane. Pojęcie „publicznie dostępne” nie obejmuje również informacji o konsumentach, które są niezidentyfikowane lub zagregowane²⁷.

Na zasadach ogólnych znanych z regulacji polskich i europejskich według kalifornijskiej ustawy przedsiębiorstwo, które zbiera dane osobowe konsumenta, ujawnia mu kategorie i określone dane osobowe podlegające zebraniu. Przedsiębiorstwo, które otrzyma od konsumenta żądanie zweryfikowania dostępu do danych osobowych, niezwłocznie podejmie kroki w celu ich ujawnienia i nieodpłatnego dostarczenia konsumentowi²⁸. Weryfikacja określana jest tu jako możliwość żądania danych, które zostały przez przedsiębiorstwo; ujawnione, zebrane, sprzedane, ujawnione do sprzedaży (jeśli ta nie została sfinalizowana)²⁹. Do obecnie obowiązującego stanu prawnego dodana została instytucja prawa do rezygnacji czy też żądanie rezygnacji, którą dysponuje konsument w kwestiach sprzedaży (zbiorczych)³⁰ danych osobowych uregulowanych ustawą³¹. Prawo to zasada się na zakazie wydanym przez konsumenta sprzedaży jego danych osobowych, w których posiadaniu jest dany przedsiębiorca³². Przedsiębiorca ma także całkowity zakaz dyskryminacji konsumenta z uwagi na skorzystanie przez niego z prawa do rezygnacji z obrotu jego danymi osobowymi zarówno

publicznym w dziedzinie zdrowia publicznego. Badania mogą polegać na analizie danych osobowych, które mogły zostać zebrane od konsumenta w trakcie interakcji konsumenta z usługą firmy lub jakimkolwiek jej urządzeniem.

²⁷ Art. 1798.140 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act).

²⁸ Art. 1798.100 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act).

²⁹ Art. 1798.115 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act).

³⁰ Według art. 1798.140 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act) pojęcie „zbiorcze informacje dla konsumentów” oznacza odnoszące się do grupy lub kategorii konsumentów informacje, z których usunięto tożsamość indywidualną, które nie są ze sobą powiązane ani nie można ich w racjonalny sposób połączyć z żadnym konsumentem lub gospodarstwem domowym.

³¹ Art. 1798.120 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act).

³² Art. 1798.120a kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act). Tu wskazał wypada, że niezależnie od omawianej regulacji przedsiębiorcę obejmuje zakaz sprzedaży danych osobowych konsumentów, co do których ma wiedzę, że konsument nie ukończył 16 lat, chyba że zgodę na te czynności wyraził rodzic lub opiekun takiego podmiotu.

w zakresie oferty, sprzedaży, rabatów, poziomu obsługi i dostawy towarów³³. Przedsiębiorca prowadzący obrót danymi osobowymi może dokonywać na rzecz konsumentów zachęt stanowiących rekompensatę za czynności podejmowane w zakresie obrotu danymi dotyczące cen, stawek i jakości usług³⁴. Zachęty mogą mieć miejsce po uprzednim poinformowaniu konsumenta³⁵ oraz po wyrażeniu przez niego zgody na tego typu czynności³⁶. W zakresie realizacji prawa do rezygnacji przedsiębiorca musi: udostępnić konsumentom dwie lub więcej wyznaczonych metod składania wniosków o udzielenie informacji, w tym co najmniej bezpłatny numer telefonu, oraz umieścić informacje na swojej stronie internetowej³⁷, nieodpłatnie ujawniać i dostarczać konsumentowi wymagane informacje w ciągu 45 dni. Termin dostarczenia wymaganych informacji może zostać jednorazowo przedłużony o dodatkowe 45 dni, jeżeli jest to uzasadnione, pod warunkiem że konsument zostanie powiadomiony o przedłużeniu tego terminu w ciągu pierwszych 45 dni. Ujawnienie danych obejmuje 12-miesięczny okres poprzedzający wniosek konsumenta. Informacja zawiera zakres podmiotowy, tj. komu owe dane zostały sprzedane, oraz zakres przedmiotowy, czyli co było przedmiotem sprzedaży, oraz okres, tj. datę transakcji³⁸. Konsument może zakazać podmiotowi posiadającemu jego dane osobowe ich celowego udostępnienia, przetworzenia na rzecz osoby trzeciej, pod warunkiem że osoba trzecia nie sprzedaje zawodowo danych osobowych. Zakaz ten może mieć miejsce, gdy konsument zamierza wchodzić w interakcję ze stroną trzecią za pośrednictwem jednej lub kilku transakcji. Przedsiębiorca ma obowiązek poinformować podmioty wykorzystujące lub udostępniające dane konsumenta, że konsument zrezygnował ze sprzedaży danych osobowych³⁹.

Co do wtórnego obrotu danymi osobowymi, należy zauważyć, że przedsiębiorca może przekazać osobie trzeciej dane osobowe konsumenta jako składnik aktywów, które są częścią fuzji, przejęcia, upadłości lub innej transakcji, w której osoba trzecia przejmuje kontrolę nad całością lub częścią przedsiębiorstwa, pod warunkiem że dane te są wykorzystywane lub udostępniane zgodnie z art. 1798.110 CCPA i art. 1798.115 CCPA. Jeżeli osoba trzecia w istotny sposób

³³ Art. 1798.125 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act).

³⁴ Art. 1798.125b kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act).

³⁵ Art. 1798.125b kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act).

³⁶ Art. 1798.125b kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act).

³⁷ Według art. 1798.135 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act) przedsiębiorca musi na stronie internetowej umieścić wyraźny, intuicyjny link z hasłem „nie sprzedawaj moich danych”.

³⁸ Art. 1798.130 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act).

³⁹ Art. 1798.140 kodeksu cywilnego Kalifornii dodanego przez § 3 CCPA (California Consumer Privacy Act).

zmienia sposób, w jaki wykorzystuje lub udostępnia dane osobowe konsumenta, który jest istotnie niezgodny z wcześniej złożonymi deklaracjami w momencie ich zbierania, uprzedza konsumenta o nowej lub zmienionej praktyce. Powiadomienie powinno być wystarczająco dostateczne, tak by nie było wątpliwości co do skuteczności tego zawiadomienia, aby zapewnić obecnym konsumentom możliwość łatwego dokonywania wyborów zgodnie z art. 1798.120 CCPA. Regulacje nie dają prawa przedsiębiorcom do dokonywania istotnych zmian w polityce prywatności z mocą wsteczną ani do wprowadzania innych zmian w polityce prywatności w sposób, który naruszałby ustawę.

III

Wskazać jednak wypada, że całokształt regulacji tu opisanych jest w dużej mierze i w dużym uproszczeniu niczym innym jak tylko rozwiązaniem podobnym do np. polskich, a co za tym idzie europejskich regulacji w zakresie ochrony danych osobowych przywołanych na wstępie niniejszego opracowania. Jednak nie to jest przecież przedmiotem pojęcia *surveillance capitalism*. Zasadniczą dyferencjacją pomiędzy omawianym pojęciem tzw. kapitalizmu inwigilacji a regulacjami amerykańskimi jest, co oczywiste, adresat, tj. podmiot dotknięty działaniem obu zjawisk. W pierwszej sferze może to być każdy, w drugiej konsument. Wyjaśnianie, kiedy i kto oraz pod jakimi warunkami staje się konsumentem, przekracza ramy niniejszego opracowania i jest zbędne na tym poziomie przynajmniej na gruncie prawa polskiego, jednak nie sposób zauważyć, że krąg podmiotów mogących być w polu zainteresowania czynności z zakresu kapitalizmu inwigilacji jest daleko szerszy niż tylko zbiór konsumentów.

Zatem zakres ewentualnego oddziaływania zjawiska kapitalizmu inwigilacji nosi znamiona powszechności. Toteż zjawisko to tym bardziej powinno być przedmiotem zainteresowania państwowych regulatorów w państwach demokratycznych stojących m.in. na straży praw człowieka, prawa do prywatności *etc.* Całkowita inwigilacja nakierowana w pierwszej kolejności na rozpoznanie konsumenta, ale w gruncie rzeczy niosąca za sobą wiele ryzyk związanych z prywatnością i bezpieczeństwem, nie może pozostać indyferentą normatywnie. Oczywiście w pierwszej kolejności narzuca się tu pytanie, czy w ogóle można gromadzić, a jeśli tak, to w jakich celach, pod jakimi precyzyjnie określonymi przesłankami, dane dotyczące właściwie każdego przejawu ludzkiej egzystencji. Jeśli odpowiedź ma tu być negatywna, to w zasadzie rolą prawa jest budowa zakazów na tyle szczelnych, tj. takich, które nie mogą być w procesie stosowania prawa przedmiotem np. działań *contra legem*, by działalność taką uniemożliwić. Natomiast jeśli odpowiedź miałaby być pozytywna, to powinna – jak się wydaje – być obwarowana określonymi warunkami nie tylko podmiotowymi i przedmiotowymi, ale przede wszystkim zawierającymi konglomerat przepisów teleologicznych.

Co za tym idzie – w myśl regulacji prawnych już obowiązujących w większości państw i organizmów ponadpaństwowych – powinny powstać instytucje nadzorcze albo też w już istniejących powinna powstawać aparatura służąca wykonaniu tego typu regulacji. Powinna zostać także uregulowana droga sądowej kontroli decyzji zapadłych w toku realizacji praw i obowiązków poszczególnych podmiotów, jak też umożliwiająca realizację praw i obowiązków z zakresu prawa cywilnego mogących wystąpić sporów przy realizacji określonych regulacji wynikających z nowego stanu prawnego porządkującego i regulującego przedmiotowy stan faktyczny. Oczywiście jest także konieczność odpowiedzenia na pytanie, czy w ogóle takie regulacje mogłyby mieścić się w polskim, a przede wszystkim europejskim porządku prawnym, z uwzględnieniem ich zhierarchizowanej struktury. Wszystkie te zagadnienia nie mogą być analizowane bez namysłu o charakterze międzynarodowym, tj. bez dokonania analizy regulacji wiodących w zakresie ochrony danych osobowych państw demokratycznych, których dorobek legislacyjny, naukowy i intelektualny świadczy o wysokim pozycjonowaniu owej problematyki w systemach prawa, skoro już dziś wiadomo, że niektóre kraje milcząco lub przez celowe działania pozwalają na tego typu działalność. Analiza porównawcza mogłaby stać się zacynem do rozwiązań transeuropejskich oraz światowych. Brak bowiem regulacji o charakterze międzynarodowym doprowadzi do swobodnego arbitrażu prawnego polegającego na korzystaniu przez zainteresowane podmioty z systemów prawa państw o dogodniejszym niż inne regulacjach prawnych w przedmiotowym zakresie.

ABSTRACT

dr Tomasz A. Zienowicz

The author is a doctor of laws, an advocate (District Bar Association in Gdansk).

Surveillance capitalism – reflections from the perspective of legal theory

The article covers issues related to trade in personal data, data protection or security against undesirable interception and indicates American solutions in the field of rights and duties of participants of the personal data market.

Keywords: *surveillance, capitalism, legal protection of consumers, personal data protection, US law regulations, data trade security*

dr Tomasz A. Zienowicz

ORCID: 0000-0003-1920-9608; e-mail: kancelaria@zienowicz.com

Autor jest doktorem nauk prawnych, adwokatem (Izba Adwokacka w Gdańsku).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Zuboff Shoshana, *The Age of surveillance capitalism – The Fight for a human future at the new frontier of power*, Profile Books Ltd. 2018

Pojęcia kluczowe:

postępowanie karne, oskarżony, obawa mactwa procesowego, nieprzyznanie się oskarżonego do winy

Artykuły

Marek Skwarcow

OBAWA MACTWA PROCESOWEGO JAKO PRZESŁANKA STOSOWANIA TYMCZASOWEGO ARESZTOWANIA

W artykule autor poddał analizie tematykę obawy mactwa procesowego określoną w przepisie art. 258 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania karnego stanowiącą przesłankę stosowania tymczasowego aresztowania. Ma ona miejsce, gdy istnieje uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo w sposób bezprawny utrudniał postępowanie karne. Obawa mactwa procesowego musi być realna, konkretna i uzasadniona faktami, nie może być natomiast ogólna i pozostająca w sferze domniemań, wynikających jedynie z faktu, że oskarżony nie przyznał się do winy, przez co podejmować będzie działania utrudniające prawidłowy przebieg postępowania.

1. W „Palestrze” ukazał się artykuł *Tymczasowe aresztowanie w praktyce stosowania prawa*¹, w którym Jerzy Skorupka poddał krytycznej ocenie stosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego, skupiając się na dogmatycznej analizie dorobku orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Ramy opracowania nie pozwoliły rzecz jasna Autorowi na przedstawienie wszystkich istotnych problemów związanych ze stosowaniem tymczasowego aresztowania, stąd też powyższą publikację można uznać za punkt wyjścia do dalszych rozważań i niezwykle ważny głos w dyskusji. W jej trakcie warto więc przyrzeć

¹ J. Skorupka, *Tymczasowe aresztowanie w praktyce stosowania prawa*, „Palestra” 2021/1, s. 7 i n.; J. Skorupka, *Pojęcie i rodzaje przesłanek środków zapobiegawczych w polskim procesie karnym*, „Przeгляд Sądowy” 2022/1, s. 20 i n.

się przesłance szczególnej opisanej w art. 258 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania karnego² (dalej k.p.k.), zwanej potocznie obawą matactwa procesowego, która zgodnie z tym przepisem ma miejsce, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne. W dalszej części opracowania matactwo procesowe rozumiane będzie w ujęciu szerszym, ponieważ w jego skład wejdzie zarówno nakłanianie do składania fałszywych oświadczeń procesowych, jak i inne bezprawne utrudnianie postępowania karnego.

Opisując na potrzeby niniejszego opracowania, w sposób możliwie najbardziej syntetyczny, istotę tymczasowego aresztowania, trzeba niejako na wstępie poczynić kilka istotnych spostrzeżeń, które wydawać się mogą wręcz oczywiste, niemniej jednak w praktyce stosowania przepisów Działu VI ustawy procesowej umykają sądom pierwszej instancji i sądom odwoławczym, orzekającym w przedmiocie zastosowania i dalszego stosowania najsurowszego ze środków zapobiegawczych. Jego stosowanie dotyczy bowiem konstytucyjnie chronionej wolności człowieka i zwraca uwagę Trybunał Konstytucyjny³, że w postępowaniu karnym najważniejszym dobrem oskarżonego, które mu może zostać odebrane, jest właśnie jego wolność osobista. W innym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny orzekł⁴, że: „Tymczasowe aresztowanie jest bez wątpienia najbardziej dolegliwym i kontrowersyjnym środkiem przymusu, a ściśle środkiem zapobiegawczym (zapobiegającym uchylaniu się od sądu), którego zasadniczym celem jest zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania lub zapobiegnięcie popełnieniu przez podejrzanego (oskarżonego) nowego ciężkiego przestępstwa. Drastyczność i kontrowersyjność tego środka wynika z jego bezpośredniej ingerencji w sferę wolności człowieka – tymczasowe aresztowanie jest jedynym spośród środków zapobiegawczych środkiem izolacyjnym polegającym na pozbawieniu wolności człowieka niewinnego w świetle prawa”. Tymczasowe aresztowanie powoduje więc niewątpliwie podobną, a niekiedy może i większą dolegliwość niż kara pozbawienia wolności, ale co niezwykle ważne – bez konieczności udowodnienia oskarżonemu winy przed sądem. Chociaż wobec oskarżonego, który został tymczasowo aresztowany, ma pełne zastosowanie zasada domniemania niewinności i powiązane z nią uprawnienia, to jednocześnie musi być zabezpieczony tok procesu. Zakłada się bowiem z góry, przeważnie na podstawie niepełnej wiedzy, że oskarżony będzie godził w prawidłowy tok postępowania. Zależne jest to w dużej mierze od oceny organu prowadzącego postępowanie. Rodziło to i rodzi nadal pokusę nadużywania tego środka przymusu, niekiedy do realizowania celów doraźnych, niezwiązanych z zabezpieczeniem prawidłowego toku postępowania karnego⁵.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 534).

³ Wyrok TK z 10.07.2007 r. (SK 50/06), OTK-A 2007/7, poz. 75.

⁴ Wyrok TK z 10.06.2008 r. (SK 17/07), OTK-A 2008/5, poz. 78.

⁵ A. Kiełtyka, *Antycypacja bezprawnego utrudniania postępowania karnego jako przesłanka tymczasowego aresztowania*, „Prokurator” 2003/4, s. 72.

W kwestii nadużywania stosowania najsurowszego ze środków zapobiegawczych nic nie straciły na aktualności słowa wypowiedziane 40 lat temu na łamach „Palestry” przez Andrzeja Marka i Ewę Stalewską⁶, że tymczasowe aresztowanie ma istotny, wręcz przemożny wpływ na treść skazującego wyroku w zakresie wymiaru kary, i to w sposób wybitnie niekorzystny dla oskarżonego. Organom stosującym ten środek zapobiegawczy powinna zatem bezwzględnie przyświecać wyrażona w art. 257 § 1 k.p.k. reguła proporcjonalności (umiaru), jako *ultima ratio*, ponieważ zgodnie z wolą ustawodawcy stosowanie tego środka zapobiegawczego należy ograniczać do tych jedynie sytuacji, w których wolnościowe środki zapobiegawcze nie dają szansy skutecznego wypełnienia ich celów⁷. Słusznie wskazuje się ponadto w literaturze, że nieuzasadnione przedłużanie tymczasowego aresztowania wynika także z faktu, że sądy, przedłużając jego stosowanie, nie kontrolują prawidłowości postępowania przygotowawczego w aspekcie jego sprawności i szybkości, a powodem jego przedłużania nie może być opieszale, przewlekłe i źle prowadzone postępowanie przygotowawcze⁸. Rola sądów obu instancji jest więc niezwykle ważna i prawidłowe sprawowanie wymiaru sprawiedliwości w kwestii stosowania detencji wobec oskarżonego należy do najważniejszych zadań orzeczniczych w demokratycznym państwie prawa.

2. Pojęcie „matactwo” nie jest definiowane w języku prawnym. W języku potocznym oznacza postępowanie nieuczciwe, podstępne, pełne kłamstw, wybiegów; czyn podstępny, oszustwo, szalbierstwo, kręctwo. „Mataczyć” to natomiast posługiwać się matactwami, kłamać, wicherzyć, oszukiwać, kręcić. „Matacz” zaś to człowiek postępujący nieuczciwie, wykrętnie, używający wybiegów, podstępów, kłamstw; szalbierz, krętać⁹. W nauce prawa jak i w orzecznictwie sądowym termin „matactwo” oznacza wszelką działalność oskarżonego polegającą na bezprawnym utrudnianiu zbierania lub utrwalania dowodów. Jest to jakiegokolwiek bezprawne wpływanie na tok (bieg) postępowania, które łączyć należy jedynie z pozaprawnym zachowaniem oskarżonego¹⁰. Ta przesłanka stosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego znana

⁶ A. Marek, E. Stalewska, *Wpływ tymczasowego aresztowania na wymiar kary (w świetle badań aktowych)*, „Palestra” 1982/4–5, s. 28 i n.

⁷ A. Murzynowski, *Węzłowe problemy tymczasowego aresztowania w świetle przepisów nowego k.p.k. (w: Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe, Warszawa 1997, s. 122; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego, Komentarz, red. P. Hofmański, Warszawa 2011, t. 1, s. 1433.*

⁸ J. Skorupka, *Tymczasowe aresztowanie...*, s. 9.

⁹ *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, Warszawa 1999, t. 2, s. 116.

¹⁰ A. Murzynowski, *Areszt tymczasowy oraz inne środki zapobiegające uchylaniu się od sądu*, Warszawa 1963, s. 96; M. Cieślak, *Środki zapobiegawcze w projekcie kodeksu postępowania karnego z 1968 r.*, „Państwo i Prawo” 1969/1, s. 101; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 2.09.1999 r. (II AKz 210/99), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1999/8–9, poz. 48; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 3.09.2003 r. (II AKo 401/03), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2003/11, poz. 57.

jest wszystkim polskim ustawom procesowym: tak Kodeksowi postępowania karnego z 1928 r.¹¹, jak i Kodeksowi postępowania karnego z 1969 r.¹² W brzmieniu obowiązującym od dnia wejścia w życie ustawy procesowej z 1997 r. w stosunku do swoich poprzedniczek ustawodawca zrealizował postulat Mariana Cieślaka, aby utrudnianie postępowania skutkujące możliwością zastosowania tymczasowego aresztowania miało charakter bezprawny, ponieważ pewnego utrudniania postępowania można się dopatrzeć także w korzystaniu przez oskarżonego z przysługujących mu środków obrony¹³. Jako fundamentalną postać legalnych uprawnień przysługujących oskarżonemu wskazuje się jego prawo do odmowy składania wyjaśnień, które jest właśnie jedną z form realizacji jego prawa do obrony¹⁴. Bezprawne utrudnianie postępowania nie oznacza jednak koniecznie, aby było przestępne¹⁵. Kwestię tę trafnie wyraził Sąd Najwyższy w postanowieniu z 18.12.2008 r.¹⁶, uznając, że „jedynie pozaprocesowe działania podejrzanego zmierzające do nakłaniania świadków czy współpodejrzanych do zmiany zeznań (wyjaśnień) mogą uzasadniać zastosowanie tymczasowego aresztowania na podstawie tej przesłanki. Stąd też korzystanie przez podejrzanego z przysługujących mu uprawnień – w tym oczywiście ze wspomnianego prawa do odmowy składania wyjaśnień (o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części opracowania), nawet jeśli nie ułatwia to postępowania karnego, nie może być traktowane ani jako rodzące uzasadnioną obawę nakłaniania do fałszywych zeznań czy wyjaśnień, ani jako bezprawny sposób utrudniania postępowania karnego. Redakcja przepisu art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. jednoznacznie wskazuje na bezprawność podejmowanych działań

¹¹ Rozporządzenie Prezydenta RP z 19.03.1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1928 r. nr 33 poz. 313). Artykuł 165 pkt b k.p.k. z 1928 r. stanowił, że tymczasowe aresztowanie może nastąpić, gdy sprawa toczy się o przestępstwo, za które ustawa przepisuje karę pozbawienia wolności do roku lub karę cięższą, a zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał świadków do fałszywych zeznań lub w inny bezprawny sposób starał się o usunięcie dowodów przestępstwa. W brzmieniu ustalonym przez dekret z 21.12.1955 r. o zmianie przepisów postępowania karnego (Dz.U. z 1955 r. nr 46 poz. 309) przepis art. 152 § 1 pkt a stanowił, że tymczasowe aresztowanie może nastąpić, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że podejrzany będzie się ukrywał, nakłaniał do fałszywych zeznań lub będzie się starał w inny bezprawny sposób utrudnić postępowanie karne.

¹² Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1969 r. nr 13 poz. 69), w którym art. 217 § 1 pkt 2 stanowił, że tymczasowe aresztowanie może nastąpić, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do fałszywych zeznań lub w inny sposób starał się utrudnić postępowanie karne.

¹³ M. Cieślak, *Środki zapobiegawcze...*, s. 101.

¹⁴ A. Murzynowski, *Tymczasowe aresztowanie i zatrzymanie w postępowaniu karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1984/3, s. 2.

¹⁵ R.A. Stefański, *Przesłanki tymczasowego aresztowania w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Woj-skowy Przegląd Prawniczy” 1997/3–4, s. 84; R.A. Stefański, *Tymczasowe aresztowanie i związane z nim środki przymusu w nowym kodeksie postępowania karnego (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze*, Warszawa 1997, s. 28; J. Tylman (w:) T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 591.

¹⁶ Postanowienie SN z 18.12.2008 r. (WZ 73/08), R-OSNKW 2008, poz. 2698.

w celu utrudniania postępowania karnego. Tego rodzaju bezprawnych posunięć nie można domniemywać, a tym bardziej wnioskować ich zaistnienia na podstawie postawy podejrzanego, będącej realizacją przysługujących mu uprawnień procesowych¹⁷.

Obawa matactwa procesowego jest w konsekwencji podstawą detencji oskarżonego o charakterze typowo procesowym, ponieważ powinna służyć wyłącznie zapewnieniu prawidłowego toku postępowania karnego, najczęściej w stadium postępowania przygotowawczego, a w pewnych kategoriach spraw także w toku postępowania jurysdykcyjnego przed sądem pierwszej instancji. W toku postępowania przed sądem odwoławczym jej rola znacząco maleje i dalsze stosowanie tymczasowego aresztowania na jej podstawie przed tym forum jawi się wręcz jako wyjątkowe.

3. Norma wyrażona w art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. wymaga istnienia „uzasadnionej obawy”, że oskarżony będzie podejmował działania mające postać matactwa procesowego i ustawa wskazuje dwa przykładowe zachowania oskarżonego mogące być uznane za spełniające przesłanki umożliwiające jego aresztowanie: „nakłanianie do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień” lub „inne bezprawne utrudnianie postępowania karnego”. Wystąpienie tej aktywności oskarżonego opierać się ma na istnieniu pewnego prawdopodobieństwa, przyjmującego postać „uzasadnionej obawy”. Komentowany przepis nie posługuje się więc koniecznością wystąpienia całkowitego przekonania na podstawie zebranych dowodów (rozumianego także jako subiektywna pewność sędziego), tak jak ma to miejsce w przypadku wydania przez sąd orzekający wyroku skazującego. Nie wymaga także, tak jak to stanowi art. 249 § 1 k.p.k., istnienia „dużego prawdopodobieństwa” popełnienia przez oskarżonego przestępstwa jako przesłanki ogólnej stosowania środków zapobiegawczych, której uprawdopodobnienie powinno być zbliżone do pewności¹⁸. Ujęta w omawianej przesłance szczególnej „uzasadniona obawa” oznacza, że wymagane jest istnienie określonego stopnia prawdopodobieństwa, przy którym nie wymaga się nie tylko całkowitego przekonania, dużego prawdopodobieństwa, tylko uprawdopodobnienia. Jest ona surogatem udowodnienia, ściślej – słabszym stopniem udowodnienia. Uprawdopodobnienie musi być na tyle wysokie, by uchronić się przed widocznym dla każdego rozsądnego człowieka brakiem zasadności czynności procesowej¹⁹. Uprawdopodobnienie nie oznacza tylko zaprzeczenia nieprawdopodobieństwa. Powoływanie się na okoliczności zgoła nieprawdopodobne, a tym bardziej na całkowicie niemożliwe, jest w procesie niedopuszczalne i nie może powodować

¹⁷ K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie*, Warszawa 2012, s. 106.

¹⁸ Postanowienie SN z 15.04.1983 r. (II KZ 31/83) zaaprobowane przez P. Hofmańskiego w glosie OSP 1984/7–8, s. 392; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 14.11.2001 r. (II AKz 912/01), OSA 2002/6, poz. 45; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 31.07.2002 r. (II AKz 278/02), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2002/7–8, poz. 54.

¹⁹ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 362.

żadnych skutków procesowych²⁰. Uprawdopodobnienie jest w konsekwencji czymś więcej. Oznacza ono przeprowadzenie dowodów dających wysoki stopień prawdopodobieństwa. Tym różni się uprawdopodobnienie od zwykłych twierdzeń²¹. W przypadku matactwa procesowego prawdopodobieństwo jego wystąpienia musi być realne, konkretne i uzasadnione faktami, a nie ogólne i pozostające w sferze abstrakcji²². Zdaniem Mariana Cieślaka odnośnie do motywów w postaci obawy ucieczki czy matactwa zwrócić należy zatem uwagę na ustawowy wymóg zasadności tej obawy. Jest to bardzo ważny warunek dopuszczalności zastosowania aresztu tymczasowego. Bez niego bowiem jego zastosowanie nie miałoby żadnych wyraźnych granic; nie ma bowiem takiego przypadku, w którym dałoby się z absolutną pewnością wykluczyć prawdopodobieństwo, że oskarżony będzie się ukrywał lub w jakiś sposób przeciwdziałał postępowaniu²³.

Odpowiadając w następnej kolejności na pytanie, czy do zastosowania tymczasowego aresztowania na podstawie komentowanej przesłanki, która wymaga istnienia prawdopodobieństwa podejmowania bezprawnych działań przez oskarżonego, wystarczy, gdy jest ono lepiej uzasadnione niż negacja, która przyjmuje postać twierdzeń oskarżonego, że żadnych bezprawnych działań nie będzie podejmował, to trzeba wskazać, że sąd orzekający w tym przedmiocie powinien bezwzględnie wykazać istnienie prawdopodobieństwa. W tej kwestii rację ma Małgorzata Żbikowska, twierdząc, że w procesie karnym możliwości skorzystania z określonej instytucji prawnej czy wydania określonej decyzji procesowej na podstawie określonego stopnia prawdopodobieństwa zasadniczo nie należy opierać na prawdopodobieństwie będącym jedynie zaprzeczeniem nieprawdopodobieństwa. Innymi słowy, uznanie nieistnienia nieprawdopo-

²⁰ M. Cieślak, *Dziela wybrane*, t. 1, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, red. S. Waltoś, Kraków 2011, s. 61.

²¹ M. Cieślak, *Dziela wybrane...*, s. 61.

²² R.A. Stefański, *Przesłanki tymczasowego aresztowania...*, s. 84, J. Tylman (w.): T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 541; K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie...*, s. 105; J. Skorupka, *Konstytucyjny i konwencyjny standard tymczasowego aresztowania*, „Państwo i Prawo” 2007/7, s. 61, postanowienie SN z 22.07.2003 r. (Wz 31/03), R-OSNKW 2003, poz. 1624. Trafnie ujmuje tę kwestię Sąd Apelacyjny w Katowicach w postanowieniu z 7.05.2014 r. (II AKz 275/14), LEX nr 1537369, zgodnie z którym „wskazać należy, iż obawa, o której mowa w przepisie art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k., co do zasady musi być uzasadniona konkretnymi okolicznościami wskazującymi na jej istnienie, a przede wszystkim wcześniejszym zachowaniem podejrzanego podjętym w tym właśnie celu, jak i zachowaniem innych osób, podejmowanym w porozumieniu z nim i nie możliwym na jej istnienie jedynie wywodzić z hipotetycznego domniemania podejmowania przez podejrzanego takich działań. Tymczasem obawę matactwa w sprawie, Sąd wywodził jedynie z prawdopodobieństwa, że podejrzany mógłby podejmować działania w celu nakłaniania świadków do składania fałszywych zeznań lub w inny bezprawny sposób utrudniać postępowanie, co nie spełnia kryteriów ww. przepisu i nie ma żadnego oparcia w materiale zawartym w aktach sprawy”.

²³ M. Cieślak, *Areszt tymczasowy w świetle obecnego i w perspektywie przyszłego ustawodawstwa*, „Państwo i Prawo” 1954/12, s. 755.

dobieństwa nie daje możliwości skorzystania z określonej instytucji prawnej lub wydania decyzji procesowej, której podstawą jest prawdopodobieństwo, ponieważ wymagane jest jeszcze ustalenie jego stopnia²⁴.

Określona przepisem art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. „uzasadniona obawa” przesądza właśnie o tym, że wystąpienie opisanych w nim zdarzeń – nakłanianie do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo inne bezprawne utrudnienie postępowania karnego – muszą zostać uprawdopodobnione i nie mogą sprowadzać się do przyjęcia tezy, że prawdopodobieństwo podejmowania przez oskarżonego bezprawnych działań skutkujących zastosowaniem izolacyjnego środka zapobiegawczego jest jedynie lepiej uzasadnione niż negacja tego, że oskarżony takich działań nie będzie podejmował. Idąc krok dalej, wykluczone jest budowanie jedynie hipotez, przypuszczeń, że oskarżony będzie podejmował próby matactwa, gdy nie ma ku temu nie tylko przekonujących dowodów, ale żadnych innych racjonalnych okoliczności świadczących, że będzie on mógł w sposób bezprawny utrudniać postępowanie. Rację ma w konsekwencji Andrzej Kiełtyka, że obawa zachowania się oskarżonego w sposób powodujący bezprawne utrudnianie postępowania karnego musi być uzasadniona konkretnymi okolicznościami²⁵.

W przypadku komentowanej przesłanki tymczasowego aresztowania wystąpienie prawdopodobieństwa jej zaistnienia można odnosić do zdarzeń przeszłych, a zatem do tego, co już nastąpiło, co miało miejsce w rzeczywistości społecznej i jest relewantne z perspektywy prawa karnego procesowego²⁶. Prawdopodobieństwo może zatem dotyczyć przeszłych stanów lub sytuacji faktycznych, czyli muszą istnieć oparte na zebranych dowodach podstawy do uznania, że oskarżony rzeczywiście podjął działania, które mieszczą się w granicach wskazanych w art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. W tym wypadku obawa matactwa musi wynikać z określonych działań oskarżonego ukierunkowanych na utrudnianie postępowania i musi być uzasadniona w takim znaczeniu tego słowa, że z materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania przygotowawczego będą wynikać okoliczności wskazujące na możliwość bezprawnego utrudniania postępowania²⁷. Zdaniem Sądu Najwyższego²⁸ muszą to być fakty wskazujące, że podejrzany podejmował próby wywarcia wpływu na świadków, usuwał lub niszczył lub uniemożliwiał przeprowadzenie dowodów. Ma to być postawa, jaką zmanifestował w toku dotychczasowego postępowania karnego, ujawniając taki zamiar, usiłując dokonać takich działań lub podejmując czynności mające uniemożliwić lub utrudnić normalny bieg postępowania karnego²⁹. Nie muszą to jednak być środki efektywnie skuteczne³⁰.

²⁴ M. Żbikowska, *Prawdopodobieństwo w procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 2018/3, s. 76.

²⁵ A. Kiełtyka, *Antycypacja...*, s. 81.

²⁶ M. Żbikowska, *Prawdopodobieństwo...*, s. 70.

²⁷ Postanowienie SN z 10.06.2008 r. (WZ 44/08), R-OSNKW 2008, poz. 1263.

²⁸ Uzasadnienie postanowienia SN z 11.20.1980 r. (II KZ 180/80), OSNKW 1981/3, poz. 17.

²⁹ R.A. Stefański, *Przesłanki tymczasowego aresztowania...*, s. 84.

³⁰ M. Bereźnicki, *Uwagi na temat aresztu tymczasowego „Palestra”* 1966/8, s. 32–33.

Oprócz jednak prawdopodobieństwa zdarzeń przeszłych w przypadku matactwa procesowego rolę odgrywa także prawdopodobieństwo zdarzeń przyszłych, które ma znaczenie karnoprosesowe. Prawdopodobieństwo zdarzeń przyszłych łączy przyszłość z teraźniejszością w tym sensie, że dokonuje się przewidywania tego, co będzie³¹. W interesującej kwestii prawdopodobieństwo zdarzeń przyszłych zachodzi wówczas, gdy istnieją oparte na zebranych dowodach podstawy do przyjęcia, że oskarżony próby matactwa procesowego rzeczywiście będzie podejmował³². Tezę tę potwierdza Sąd Apelacyjny w Krakowie³³, uznając, że: „Matactwo dotyczy nie tylko osób już przesłuchanych czy dowodów już utrwalonych (choć zdarzają się, wcale nierzadko, przypadki tzw. zmiany zeznań), ale i tych które dopiero zostałyby przedstawione po sfalszowaniu ich czy nakłonieniu do fałszywych zeznań, gdyby zainteresowani tym oskarżeni odzyskali wolność. Tyczy to odpowiednio innych form utrudniania postępowania, zwłaszcza ucieczki i ukrycia się, nadużywania uprawnień itd. Zachowania takie mogą być przedsięwzięte w każdej fazie postępowania, bo zawsze mogą je utrudnić, stosownie do swych właściwości”. Fakt prowadzenia postępowania karnego i planowane kolejne czynności dowodowe nie stanowią jeszcze podstawy do uznania, że podejrzany podejmie próbę bezprawnych działań, mających to postępowanie utrudnić i w tym przypadku ta obawa musi być realna i konkretna. Rację ma zatem Sąd Najwyższy³⁴, twierdząc, że „nie można również zgodzić się z wyrażonym przez skarżącego poglądem jakoby na tym etapie postępowania przygotowawczego istniała uzasadniona obawa, że podejrzany będzie nakłaniał do składania fałszywych wyjaśnień lub zeznań. Brak jest bowiem w aktach sprawy jakichkolwiek dowodów na to aby zasadnie twierdzić, że może dojść ze strony podejrzanego do prób mataczenia. Planowane przez prokuratora czynności procesowe w postaci przedstawienia zarzutów innym osobom, konieczność ich przesłuchania czy też sprawdzenie linii obrony podejrzanego same przez się nie mogą prowadzić do przyjęcia założenia o możliwości wpływania tego podejrzanego na zeznania świadków lub wyjaśnienia podejrzanym i w konsekwencji stosowania na tej podstawie wobec podejrzanego tymczasowego aresztowania. Taki sposób rozumowania nakazywałby w toku niemalże każdego postępowania karnego stosowanie najsurowszego środka zapobiegawczego – tymczasowego aresztowania, ponieważ regułą jest w tym postępowaniu przesłuchiwanie świadków, podejrzanym i sprawdzanie linii obrony osób podejrzanym”. Zwraca jednak uwagę Krzysztof Dąbkiewicz, że prawdopodobieństwo podejmowania w przyszłości bezprawnych działań nie może przyjmować jedynie postaci obawy ich nastąpienia, ponieważ obawa mataczenia mająca postać przyszłej jego aktywności musi wynikać z działalności oskarżonego (która może przybrać postać ujawnienia zamiaru podjęcia

³¹ M. Bereźnicki, *Uwagi...*, s. 71.

³² Por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania...*, s. 1441.

³³ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 22.06.2006 r. (II AKz 190/06), LEX nr 191017.

³⁴ Postanowienie SN z 17.04.2008 r. (WZ 27/08), R-OSNKW 2008, poz. 926.

określonych zachowań, ich usiłowania czy dokonania)³⁵. Tym samym ów autor nie podziela stanowiska wyrażonego m.in. przez Sąd Apelacyjny w Krakowie³⁶, że w przypadku matactwa nie chodzi o zachowania już dokonane przez oskarżonego (podejrzanego), lecz wyłącznie o obawę podjęcia takich działań. Gdyby bowiem szkoda w postępowaniu została już dokonana, wtedy środki zapobiegawcze, które miałyby zapobiec takiej sytuacji, byłyby środkami represyjnymi, karzącymi za owe dokonane zachowania, a nie taka jest istota tych środków³⁷. Co także istotne, przesłanki zastosowania tymczasowego aresztowania nie stanowią również obawa ewentualnego bezprawnego utrudniania postępowania karnego przez podejrzanego w przyszłości, rozumianej jako taki stan postępowania, w którym dotychczas przeprowadzone dowody nie uzasadniają obawy bezprawnego utrudniania postępowania przez oskarżonego, natomiast po przeprowadzeniu przez organy postępowania zaplanowanych czynności i uzyskaniu oczekiwanych dowodów wytworzy się sytuacja uzasadniająca obawę bezprawnego wpływu na prawidłowy tok postępowania³⁸.

W kontekście wskazanych uprzednio problemów istotne jest także wskazanie, kogo obciąża ciężar wystąpienia prawdopodobieństwa istnienia „uzasadnionej obawy” podjęcia bezprawnych działań po stronie oskarżonego. Przepis art. 250 § 1 k.p.k. określa wyłączną kompetencję sądu w zakresie zastosowania tymczasowego aresztowania, także w toku postępowania przygotowawczego. Oznacza to, że w ramach tej czynności decyzyjnej podejmowanej w tym stadium procesu nawiązuje się, występujący również w stadium jurysdykcyjnym, tzw. zasadniczy stosunek procesowy, przyjmujący postać powiązania trójczłonowego – oskarżyciel, czyli prokurator, jako jedyny podmiot mogący wystąpić z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania – podejrzany (oskarżony) – sąd³⁹. Kwestię rozkładu ciężaru dowodu i zasadności wniosku niezwykle trafnie ujął Sąd Apelacyjny we Wrocławiu⁴⁰, wskazując w uzasadnieniu, że: „Rozpoznanie składanych przed wniesieniem do sądu aktu oskarżenia wniosków prokuratora o zastosowanie i przedłużenie okresu stosowania tymczasowego aresztowania należy do czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym. Rozpoznanie tego rodzaju wniosku wymaga dokonania uprzednio ustaleń faktycznych warunkujących ocenę jego zasadności, a te mogą zostać oparte wyłącznie na do-

³⁵ K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie...*, s. 108.

³⁶ Postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 22.06.2006 r. (II AKz 190/06), „Prokuratura i Prawo”, dodatek orzecznictwo 2006/12, poz. 28; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 18.02.2010 r. (II AKz 50/10), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2010/3, poz. 43.

³⁷ K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie...*, s. 107.

³⁸ J. Skorupka, *Stosowanie i przedłużanie tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2006/12, s. 111.

³⁹ M. Cieślak, *Polska procedura karna, Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 463.

⁴⁰ Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 23.05.2007 r. (II AKz 243/07), OSA we Wrocławiu 2008, poz. 100, zaaprobowane w piśmiennictwie przez K. Dąbkiewicza, *Wniosek prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania*, „Prokuratura i Prawo” 2013/2, s. 114. W kwestii materialnego ciężaru dowodu także M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 350.

wodach stanowiących jedynie źródło poznania procesowego. Tym samym do takiego «wypadkowego» postępowania mają odpowiednie zastosowanie reguły właściwe dla postępowania dowodowego, w tym również te, które wypływają z zasady *onus probandi*. Materialny ciężar udowodnienia sformułowanej we wniosku tezy o bezwzględnej konieczności stosowania tymczasowego aresztowania wobec podejrzanego obarcza prokuratora przedstawiającego ten wniosek sądowi i nie może zostać przerzucony na sąd, a nieudowodnienie tej tezy przed sądem prowadzi do przegrania procesu (także procesu wypadkowego w przedmiocie stosowania tymczasowego aresztowania). Na rzeczniku oskarżenia publicznego spoczywa obowiązek wykazania, że istnieją nie tylko ogólna podstawa stosowania środka zapobiegawczego, ale że istnieje co najmniej jedna szczegółowa podstawa stosowania tymczasowego aresztowania”.

W konsekwencji materialny ciężar dowodu nie spoczywa na ewentualnej tezie oskarżonego, że nie będzie podejmował prób mactwa procesowego, ponieważ jej udowodnienie nie będzie warunkiem koniecznym odstąpienia od zastosowania tymczasowego aresztowania. Przyjąć należy, że nieuwzględnienie wniosku prokuratora nastąpi zarówno wtedy, gdy oskarżony wykaże, że nie będzie w sposób bezprawny utrudniał postępowania, jak i wówczas, gdy oskarżony tej tezy nie zdoła udowodnić, ale także i przede wszystkim gdy prokurator nie wykaże prawdopodobieństwa istnienia „uzasadnionej obawy” wystąpienia przesłanek z art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k.

4. Przechodząc do okoliczności, których wystąpienie może zostać poczytane za spełniające przesłanki obawy mactwa procesowego, to przyjmuje się, że są nimi zdarzenia świadczące, że oskarżony podjął już próbę wywarcia wpływu na zeznanie świadka, usunięcia lub zniszczenia dowodu albo uniemożliwienia przeprowadzenia go w postępowaniu sądowym, a także próbę zniekształcenia dowodu. O próbie wywarcia wpływu na zeznania świadka może świadczyć nie tylko samo bezpośrednie nakłanianie do fałszywych zeznań, lecz także takie zachowanie, które wywiera pośredni wpływ na osobę składającą zeznanie, np. groźba skierowana przeciwko świadkowi lub komuś z jego bliskich, a także zachowanie podejrzanego stwarzające konkludentne wrażenie groźby lub żądania, aby osoba, która ma być przesłuchiwana, zeznała korzystnie dla podejrzanego⁴¹. Chodzi o takie oddziaływanie na źródła dowodowe osobowe lub rzeczowe jako nośniki informacji, aby nie mogły one przekazać zawartych w nich informacji lub aby przekazały je w sposób zafalszowany; za takim rozumieniem tego zwrotu przemawia jego ścisły związek z nakłanianiem do fałszywych zeznań lub wyjaśnień. Działanie to musi być skierowane na inne źródło dowodowe niż sam oskarżony⁴². Trafnie uznał Sąd Apelacyjny w Katowicach⁴³,

⁴¹ J. Bednarzak (w:) *Kodeks postępowania karnego – Komentarz*, red. M. Mazur, Warszawa 1976, s. 296.

⁴² S. Kalinowski, *Glosa do postanowienia SN z 28.12.1974 r. (III KZ 245/74)*, OSPiKA 1976/2, s. 87.

⁴³ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 29.11.2000 r. (II AKz 462/00), LEX nr 1540185.

że: „Groźby kierowane na miejscu zdarzenia pod adresem znanego podejrzanemu funkcjonariusza policji oraz nakazanie uwolnionym z bagażnika samochodu pokrzywdzonym, aby zbiegły z miejsca zdarzenia, uzasadniają obawę, że pozostając na wolności podejrzany będzie nakłaniał świadków do składania fałszywych zeznań”. Obawę matactwa procesowego może uzasadniać podjęta przez oskarżonego próba nawiązania nielegalnego kontaktu ze świadkiem zgłoszonym dla wykazania alibi⁴⁴ lub sytuacja, w której stwierdzono, że podejrzany nakłaniał współsprawcę do zatajenia prawdy i groził mu przestępstwem za jej ujawnienie⁴⁵. Ponadto, zdaniem Sądu Apelacyjnego w Katowicach⁴⁶: „Zadawniony i bardzo głęboko emocjonalny konflikt między podejrzanym a pokrzywdzonym w połączeniu z cechami drażliwości, skłonności do zachowań impulsywnych i obniżonego progu frustracji, może rodzić z jego strony dążenie do zakłócenia prawidłowego toku postępowania poprzez oddziaływanie na treść zeznań świadków”.

Spełnienie omawianej przesłanki ma więc miejsce, gdy istnieje na podstawie zebranych dowodów, poszlak lub okoliczności sprawy uzasadnione podejrzenie, że oskarżony podejmował lub zamierza podjąć wszelką działalność polegającą na wywarceniu bezprawnego wpływu na wolę świadka lub oskarżonego oraz osób im bliskich, ingerując w ten sposób w złożenie zgodnych z prawdą zeznań lub wyjaśnień. Podstawą uznania istnienia matactwa procesowego jest bez wątpienia fakt uprawdopodobnienia popełnienia przez oskarżonego przestępstw z art. 232 § 1 Kodeksu karnego (dalej k.k.)⁴⁷, z art. 245 k.k., czy też podżegania do popełnienia przez świadka przestępstwa z art. 233 § 1 k.k. Kwestia polepszenia w procesie karnym sytuacji procesowej oskarżonego, który podejmuje te bezprawne działania, nie jest warunkiem konstytutywnym przyjęcia matactwa procesowego, ponieważ oskarżony nie musi znać całości zebranych w sprawie dowodów i próba wywarcia wpływu na zeznania świadka lub wyjaśnienia współoskarżonego może być nieudolna np. wobec istnienia dowodów o charakterze obiektywnym, takich jak dowód z nagrania monitoringu, pozostawienie śladów biologicznych na miejscu zdarzenia, o których istnieniu oskarżony nie miał świadomości.

W przypadku badania podstaw stosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego w oparciu o przepis art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. szczególne znaczenie mają te sprawy, w których oskarżony nie przyznaje się do winy i odmawia składania wyjaśnień lub składa wyjaśnienia odmienne od ustalonego przez organ procesowy stanu faktycznego, co może być poczytane jako okoliczność skłaniająca oskarżonego do podejmowania matactwa procesowego. Bez wątpienia oskarżony, korzystając z prawa do składania wyjaśnień, realizuje przysługujące mu na podstawie art. 42 ust. 2 Konstytucji RP prawo do obro-

⁴⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29.09.1993 r. (II AKz 261/93), LEX nr 27781.

⁴⁵ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 13.04.1994 r. (II AKz 124/94), LEX nr 28112.

⁴⁶ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 4.10.2000 r. (II AKz 375/00), LEX nr 1540182.

⁴⁷ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1138).

ny, zgodnie z którym każdy, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu. Jak podkreśla Paweł Wiliński, zasada prawa do obrony w szerokim tego słowa znaczeniu obejmuje całokształt instytucji prawnych, przewidzianych w ustawach karnych, których wykorzystanie pozwala oskarżonemu dowodzić swojej niewinności lub wskazywać okoliczności mogące mieć wpływ na orzeczenie o winie czy na wymiar kary⁴⁸. Przepis art. 42 ust. 2 Konstytucji RP daje gwarancję realizacji zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, mającej zabezpieczyć oskarżonemu swobodę w zakresie korzystania z prawa do składania wyjaśnień⁴⁹. Egzemplifikacją tej zasady w zakresie tzw. obrony materialnej są dwa przepisy. Pierwszym jest art. 74 § 1 k.p.k., w myśl którego oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności ani dostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Drugim jest art. 175 § 1 k.p.k. zd. 1, stanowiący, że oskarżony ma prawo składać wyjaśnienia, może jednak bez podania powodów odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmówić składania wyjaśnień. Treść zasady *nemo se ipsum accusare tenetur* sprowadza się do zajęcia biernej postawy w toczącym się przeciwko niemu postępowaniu bez żadnych negatywnych następstw procesowych⁵⁰. Tym negatywnym następstwem nie może być zatem możliwość zastosowania tymczasowego aresztowania na tej tylko podstawie, że skoro oskarżony nie przyznał się do winy i złożył wyjaśnienia niezgodne z ustalonym przez organ procesowy stanem faktycznym, to prostą tego konsekwencją będzie zastosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego, ponieważ oskarżony, przebywając na wolności, będzie w sposób bezprawny utrudniał postępowanie. Przyjęcie takiego rozumowania wprost prowadzi do wniosku, że aby uniknąć surowych konsekwencji związanych z pozbawieniem wolności, oskarżony powinien podjąć współpracę z organami postępowania (w szczególności z organami postępowania przygotowawczego), przyznać się do winy i złożyć wyjaśnienia o żądanej przez przesłuchującego go funkcjonariusza treści. Tylko wówczas cieszył się będzie wolnością i uniknie tymczasowego aresztowania. Takie rozumowanie jest oczywiście sprzeczne z przysługującym oskarżonemu prawem do obrony, niemniej jednak – jak pokazuje doświadczenie autora – pojawia się wielokrotnie we wnioskach prokuratora uzasadniających istnienie przesłanki opisanej w art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. Niezwykle trafnie kwestię tę podsumowuje Sąd Apelacyjny w Krakowie⁵¹, uznając, że: „Obawa matactwa uzasadniająca tymczasowe aresztowanie nie może być oparta tylko o to, że oskarżony nie przyznał się

⁴⁸ P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 244.

⁴⁹ B. Nita, *Konstytucyjne zakorzenienie zasady nemo tenetur se ipsum accusare (w:) Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa profesor Zofii Świdry*, Warszawa 2009, s. 220.

⁵⁰ B. Nita, *Konstytucyjne zakorzenienie...*, s. 232.

⁵¹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5.02.2014 r. (II AKz 33/14), LEX nr 1466272.

do części (czy wszystkich) zarzucanych mu czynów. Oskarżony ma prawo do obrony, które realizuje taką treścią swych wyjaśnień. Dolegliwości procesowe z tej przyczyny podważyłyby to prawo". Zdaniem natomiast Sądu Apelacyjnego w Lublinie⁵² „nie można się zgodzić z twierdzeniem prokuratora, że podstawą faktyczną przesłanki z art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. jest to, że podejrzany zanegował swoje sprawstwo w zarzucanym mu czynie. Podejrzany ma bowiem prawo składania wyjaśnień jakiegokolwiek treści jak również odmowy ich złożenia, a tym samym realizacja prawa do obrony w żadnym wypadku nie może świadczyć o realności utrudniania z jego strony postępowania karnego”.

W orzecznictwie wskazuje się także, że przesłanek wskazanych w przepisie art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. nie spełniają:

- zmiana przez oskarżonego wcześniej składanych wyjaśnień, jako swego rodzaju środka represji⁵³;
- fakt, że oskarżony nie przyznał się do popełnienia zarzucanego mu czynu, a część świadków występujących w postępowaniu to osoby najbliższe oskarżonego⁵⁴;
- fakt znajomości z pokrzywdzonym czy też odmienności w treści wyjaśnień podejrzanego z treścią zeznań pokrzywdzonego, tym bardziej gdy nie przejawiał dotychczas tego rodzaju zachowań⁵⁵;
- sama znajomość podejrzanego ze świadkami czy współpodejrzanymi, ponieważ te właściwości nie rodzą jeszcze obawy, że będzie on podejmował działania zmierzające do nakłaniania ich do składania fałszywych zeznań, czy też w inny bezprawny sposób będzie utrudniał postępowanie, ponieważ obawa ta co do zasady musi być uzasadniona konkretnymi okolicznościami wskazującymi na jej istnienie, a przede wszystkim wcześniejszym zachowaniem podejrzanego podjętym w tym właśnie celu, jak i zachowaniem innych osób; nie można jej istnienia jedynie wywodzić z hipotetycznego domniemania podejmowania przez podejrzanego takich działań⁵⁶;
- fakt podległości służbowej części świadków i podejrzanych wobec podejrzanego bez potwierdzenia żadnymi konkretnymi i sprawdzonymi w czasie postępowania przygotowawczego okolicznościami, gdyż konieczna jest

⁵² Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 6.05.2009 r. (II AKz 261/09), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009/9, poz. 84.

⁵³ Postanowienie SN z 28.12.1974 r. (III KZ 254/74), OSNKW 1975/2, poz. 29; w postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 22.06.1999 (II AKa 208/99), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2000/11, poz. 77 uznano, że rażąco sprzeczne z uprawnieniem do obrony i gwarancją swobody wyboru sposobów i środków obrony byłoby uznanie zmiany wyjaśnień oskarżonego z przesłanką utrudniania postępowania karnego.

⁵⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22.10.2008 r. (II AKz 793/08), LEX nr 477777.

⁵⁵ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11.02.2015 r. (II AKz 72/14), LEX nr 1799424.

⁵⁶ Postanowienie SN z 19.02.2021 r. (I KZ 35/20), LEX nr 3137795; postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach: z 09.11.2016 r. (II AKz 576/16), LEX nr 2242178; z 31.08.2016 r. (II AKz 475/16), LEX nr 2242179.

realna ocena ewentualnych możliwości wpływu podejrzanego na przebieg pracy czy też służby wojskowej innych osób⁵⁷.

Odnosnie do popełnienia przestępstwa w warunkach współsprawstwa w orzecznictwie wskazuje się, że sam fakt popełnienia przez sprawcę przestępstwa wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami nie może stanowić wystarczającej przesłanki uznawania, że występuje podstawa wskazana w art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. Obawa ta musi wynikać z konkretnych faktów, które wskazują na to, że sprawca takie działania już podjął lub zamierza podjąć⁵⁸. Słusznie zatem oceniono krytycznie stanowisko wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Katowicach⁵⁹, zdaniem którego: „Realność obawy utrudniania postępowania karnego wynika z faktów wskazujących na to, że podejrzany działał wspólnie z innymi osobami, których do tej pory nie ustalono”. To rozstrzygnięcie nie zasługuje na aprobatę, ponieważ celem izolacyjnego środka zapobiegawczego jest ochrona prawidłowego toku postępowania, które jest aktualnie prowadzone przeciwko podejrzanemu, a nie postępowania, które może być czy też dopiero będzie prowadzone o inne czyny przeciwko temu samemu podejrzanemu czy też przeciwko innym osobom. Niedopuszczalne zatem jest stosowanie środków zapobiegawczych w nadziei, że w toku postępowania zostaną uzyskane nowe dowody umożliwiające wszczęcie takiego postępowania⁶⁰. Nie można również stosować tymczasowego aresztowania na tej podstawie, że nowe dowody mogą mieć wpływ na niekorzystną ocenę zachowania podejrzanego. I w tym wypadku ustawa procesowa jasno określa pozytywne szczególne przesłanki zastosowania tego środka, przesądzając, że chodzi o takie okoliczności uzasadniające ryzyko bezprawnego wpływania przez podejrzanego na prawidłowy tok postępowania, które zostały już ujawnione⁶¹.

Problem wystąpienia obawy matactwa procesowego jako podstawy stosowania tymczasowego aresztowania jawi się szczególnie wyraźnie w sytuacji postawienia zarzutu działania w zorganizowanej grupie przestępczej, czyli zarzutu z art. 258 k.k.

Na jednym biegunie znajdują się wypowiedzi judykatury, że w przypadku tych sprawców nie ma obowiązku wskazywania konkretnych dowodów, które przemawiałyby za podejmowaniem przez nich działań stanowiących bezprawne utrudnianie postępowania, co z reguły jest wymagane przy przesłance z art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. Obawa matactwa nie musi w tej sytuacji wynikać z konkretnych dowodów. W postępowaniu przeciwko osobom

⁵⁷ Postanowienie SN z 26.11.2003 r. (WZ 59/02), R-OSNKW 2003, poz. 2541.

⁵⁸ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 15.10.1996 r. (II AKz 378/96), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1997/2–3, poz. 123.

⁵⁹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 19.07.2000 r. (II AKz 237/00), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2000/11, poz. 78.

⁶⁰ K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie...*, s. 110; J. Skorupka, *Stosowanie i przedłużanie...*, s. 112.

⁶¹ J. Skorupka, *Stosowanie i przedłużanie...*, s. 112.

działającym w zorganizowanej grupie przestępczej obawa matactwa jest bowiem realna z racji wzajemnych powiązań bądź zależności między członkami tej grupy⁶². Przynależność do zorganizowanej grupy przestępczej jest okolicznością uzasadniającą przypuszczenie, że podejrzani mogą bezprawnie utrudniać śledztwo, tym bardziej że ma ono spełnić czynności o szerokim zakresie, głównie co do przesłuchania pokrzywdzonych. Brutalne metody pacyfikowania niepokornych (nawet przez jedną z podejrzanych kobiet) wskazują na możliwość stosowania przemocy także wobec świadków⁶³. Wystarczy, że dowody wskazują na tego typu powiązania przestępcze, by wniosek o uzasadnioną obawę matactwa mógł być z nich wyprowadzony w sposób uprawniony⁶⁴. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Krakowie⁶⁵: „W judykaturze utrwalił się pogląd, że uczestnictwo w strukturze zorganizowanej uzasadnia wystarczająco obawę matactwa, a to ze względu na znajomość jej uczestników, ich wzajemne powiązanie, istnienie dróg przepływu informacji, solidarność grupową bądź także inne środki wywierania wpływu od gróźb po przekazywanie środków do życia czy zapewnianie ich rodzinom uczestników”.

Na drugim biegunie znajdują się jednak wypowiedzi doktryny i poglądy judykatury, że przyjęcie pierwszego stanowiska *de facto* prowadzi do wniosku, że sama działalność w zorganizowanej grupie stanowi już podstawę zastosowania tymczasowego aresztowania i wprawdzie pozostawienie oskarżonego na wolności nie ułatwi prowadzenia postępowania, może bowiem ustalić z niewykrytymi współsprawcami taktykę obrony, lecz trudno *a priori* zakładać, że będzie w sposób bezprawny utrudniał postępowanie⁶⁶. Warto w tej kwestii odnotować wypowiedzi Sądu Apelacyjnego w Lublinie i Sądu Apelacyjnego w Łodzi, zgodnie z którymi: „Sam fakt, iż podejrzanemu postawiono zarzut udziału w zorganizowanej grupie przestępczej nie daje możliwości do wysnucia uprawnionego wniosku, że podejrzany będzie podejmował bezprawne działania utrudniające postępowanie. Takie rozumowanie byłoby nieuprawnionym domniemaniem”⁶⁷.

⁶² Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 15.01.2003 r. (II AKz 1249/02), „Prokuratura i Prawo”, dodatek orzecznictwo 2003/10, poz. 20; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 21.04.2006 r. (II AKz 111/06), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006/4, poz. 40; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14.08.2008 r. (II AKz 424/08), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2008/10, poz. 45.

⁶³ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5.01.2007 r. (II AKz 538/06), LEX nr 268871.

⁶⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 5.05.2006 r. (II AKz 281/06), LEX nr 191733.

⁶⁵ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 7.04.2009 r. (II AKz 118/09), LEX nr 517089.

⁶⁶ R.A. Stefański, *Przesłanki tymczasowego...*, s. 85; R.A. Stefański (w:) *Kodeks postępowania karnego*, t. 2, *Komentarz do art. 167–296*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2019, s. 999.

⁶⁷ Postanowienia Sądu Apelacyjnego w Lublinie: z 7.06.2006 r. (II AKp 19/06), LEX nr 192836; z 6.05.2009 r. (II AKz 261/09), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009/9, poz. 84; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 15.10.1996 r. (II AKz 378/96), OSAŁ 1996/4, poz. 93, zaaprobowane przez K. Dąbkiewiczą, *Tymczasowe aresztowanie...*, s. 113; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks...*, s. 1442.

W praktyce stosowania prawa bez wątplenia dominuje pierwszy z poglądów i w przypadku sprawcy działającego w ramach zorganizowanej grupy przestępczej obawa mactwa procesowego jest zazwyczaj uzasadniana wzajemnymi powiązaniem bądź zależnościami między członkami tej grupy, co rodzi w konsekwencji domniemanie, że przebywanie takich osób na wolności może doprowadzić do bezprawnego utrudniania postępowania. Takie rozumienie komentowanej podstawy stosowania najsurowszego środka zapobiegawczego stwarza jednak dwa bardzo poważne niebezpieczeństwa. Pierwsze łączy się z tym, że w przypadku postawienia zarzutu z art. 258 k.k. czas trwania tymczasowego aresztowania znacząco się wydłuża, obejmuje zwyczajowo całe postępowanie przygotowawcze, postępowanie przed sądem pierwszej instancji i nierzadko postępowanie odwoławcze, podczas gdy przestępstwo zarzucane z art. 258 § 1 k.k. zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat i orzeczona za ten czyn kara pozbawienia wolności może w całości „konsumować” okres trwania detencji, co istotnie kłóci się z istotą stosowania środków zapobiegawczych. Po wtóre, w przypadku tej kategorii spraw organy prowadzące postępowanie przygotowawcze mają skłonność do stosowania tzw. aresztów wydobywczych, gdzie podejrzany nieprzyznający się do winy i stojący pod zarzutem popełnienia przestępstwa z art. 258 k.k. jest bezzasadnie pozbawiany wolności tylko dlatego, że właśnie zaprzecza swojemu sprawstwu i przedłużanie izolacji ma ewidentnie na celu wywarcie na nim presji i skłonienie go do złożenia oczekiwanych przez funkcjonariuszy służb i prokuratury wyjaśnień. Odbywa się to niestety przy biernej roli sądów orzekających w przedmiocie dalszego stosowania tymczasowego aresztowania i sądów odwoławczych, które bez rzetelnej analizy istnienia faktycznych przesłanek określonych w art. 258 § 1 pkt 2 k.k. i bez zbadania, czy rzeczywiście oskarżony może podejmować bezprawne działania utrudniające przebieg postępowania karnego, w sposób arbitralny przedłużają czas trwania detencji. Kwestię tę niezwykle celnie ujmuje Sąd Apelacyjny w Krakowie⁶⁸, zdaniem którego: „Niedopuszczalne jest stosowanie tymczasowego aresztowania, by przełamać wolę oskarżonych negujących zarzuty im stawiane, aby uzyskać przyznanie, w celu przełamania zakazu samooskarżenia”.

Nie może być również podstawą do stosowania tymczasowego aresztowania w oparciu o komentowaną przesłankę tzw. rozwojowy lub wielowątkowy charakter sprawy, gdyż takiej podstawy nie przewiduje ustawa procesowa. Poza tym w gruncie rzeczy każda sprawa, niezależnie od wagi przedstawionych w niej podejrzanemu zarzutów, zwłaszcza gdy znajduje się w początkowym stadium, ma rozwojowy charakter⁶⁹. W literaturze wskazuje się wówczas, że nie można

⁶⁸ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 3.11.2006 r. (II AKz 402/06), LEX nr 227399.

⁶⁹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 19.10.2005 r. (AKz 453/05) z glosą J. Skorupki, OSP 2007/2, poz. 19; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28.12.2005 r. (II AKz 777/05), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006/4, poz. 84; wskazane uprzednio postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 5.06.2009 r. (II AKz 261/09).

stosować tymczasowego aresztowania na tej podstawie, że nowe dowody mogą mieć wpływ na niekorzystną ocenę zachowania podejrzanego, a to, czy planowane do przeprowadzenia dowody ujawniają znacznie szerszy zakres bezprawnej działalności podejrzanego, jest niczym innym jak wróżeniem z fusów⁷⁰.

5. Przechodząc następnie do oceny przesłanki bezprawnego utrudniania postępowania karnego, innej niż przyjmującej postać nakłaniania do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień, to można przyjąć, że jest to każde działanie utrudniające zbieranie lub utrwalanie dowodów, a jednocześnie nie mieści się w jego procesowych uprawnieniach⁷¹. Takim zachowaniem oskarżonego jest w szczególności niszczenie i zacieranie dowodów rzeczowych przestępstwa, przeszkadzanie w zbieraniu i poszukiwaniu dowodów, produkowanie fałszywych dowodów⁷². Ewidentnym przykładem bezprawnego utrudniania postępowania jest zabicie lub usiłowanie zabicia świadka, z tym że – jak trafnie podkreśla się w doktrynie – w tym wypadku stosowanie tymczasowego aresztowania będzie łączyło się głównie z zapobieżeniem popełnieniu przez oskarżonego nowego przestępstwa⁷³. Pogląd ten, ale jednak dość ogólnie i nie do końca trafnie, wyraził Sąd Apelacyjny w Krakowie⁷⁴, który orzekł, że: „Bezprawne utrudnianie postępowania to nie tylko możliwość wpływania na czynności procesowe dokonane przez organ prowadzący śledztwo albo spełniane przez biegłych, ale i rozmaite zachowania, których zakres tylko inwencja podejrzanego może ograniczać; temu właśnie aresztowanie ma zaradzić”. Stanowisko wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Krakowie budzi wątpliwości z tego powodu, że przepis art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. wyraża procesowe funkcje izolacyjnego środka zapobiegawczego, a przyjęte w komentowanym orzeczeniu rozumowanie powoduje, że ów środek traci w takich wypadkach charakter wyłącznie procesowy i przekształca się faktycznie w środek zabezpieczający. Nie powinno się także podstaw stosowania tymczasowego aresztowania określać w sposób zbyt ogólny, ponieważ rodzi to zawsze po stronie organu wnioskującego o jego zastosowanie, jak i organu stosującego pokusę arbitralnego podejmowania decyzji o detencji oskarżonego, która powinna być wyjątkowo ostrożna i dotyczyć wyjątkowych sytuacji.

W orzecznictwie przyjmuje się, że obawa utrudniania postępowania występowała w szczególności, gdy oskarżony:

⁷⁰ J. Skorupka, *Stosowanie i przedłużanie...*, s. 112; J. Kosonoga, *Podstawy stosowania środków zapobiegawczych*, „Prokuratura i Prawo” 2003/10, s. 42; K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie...*, s. 111.

⁷¹ Por. T. Gaczek, *Tymczasowe aresztowanie a przyznanie się oskarżonego do winy*, „Prokuratura i Prawo” 2014/11–12, s. 36.

⁷² A. Murzynowski, *Areszt tymczasowy...*, s. 97.

⁷³ P. Wiliński, *Zasada bezpośredniości a dowód z zeznań świadka incognito w polskim procesie karnym (w:) Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, red. S. Stachowiak, Poznań 2002, s. 91.

⁷⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5.01.2007 r. (II AKz 538/06), LEX nr 268871.

- ignorował wezwania od biegłych sądowych i próbował zastąpić ich opinię zaświadczeniem wydanym przez wybranego przez siebie lekarza⁷⁵;
- nadużywa uprawnień, zwłaszcza prawa do ochrony zdrowia, a to przez pozorowanie choroby wymagającej pilnego i nieodzownego hospitalizowania czy przeszkód w stawieniu się na wezwanie z powodu choroby, ostatnio często się zdarzających w praktyce sądowej⁷⁶.

Obecnie jednak, w sytuacji gdy art. 117 § 3a k.p.k. pozwala w razie niestawienia strony, która została należycie zawiadomiona o czynności procesowej, niezależnie od jego przyczyny, na przeprowadzenie czynności – jeżeli stał się jej obrońcą, podstawa ta jawi się jako mająca mniejsze znaczenie przy podejmowaniu decyzji o zaistnieniu mactwa procesowego po stronie oskarżonego, gdy:

- był on poszukiwany listem gończym⁷⁷;
- ewidentnie starał się w porozumieniu z inną osobą ukryć obciążające dowody⁷⁸.

6. Tytułem podsumowania należy wskazać następujące okoliczności. W przełomowym wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka *Kauczor przeciwko Polsce*⁷⁹ Trybunał stwierdził, że nadmierna długość aresztów tymczasowych w Polsce ujawniła się w licznych sprawach, co oznacza istnienie problemu natury strukturalnej polegającego na „stosowaniu praktyki niezgodnej z Konwencją”, a naruszenie prawa skarżącego wynikającego z art. 5 § 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁸⁰ wywodzi się z szerszego problemu, który wiąże się ze złym funkcjonowaniem polskiego wymiaru sprawiedliwości, co już dotknęło i może nadal dotyczyć w przyszłości, cały czas niezidentyfikowaną, ale potencjalnie znaczną liczbę osób, wobec których toczą się postępowania karne. Ta uwaga ma obecnie niezwykle istotne znaczenie, skoro w Polsce liczba tymczasowo aresztowanych od 2015 r. stale rośnie i doszło do podwojenia liczby osób, wobec których stosowany jest ten środek zapobiegawczy, skoro na koniec 2015 r. było ich 4.162, podczas gdy na koniec 2021 r. ta liczba wynosiła

⁷⁵ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 25.03.1998 r. (II AKz 59/98), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1998/3, poz. 44.

⁷⁶ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29.12.1997 r. (II AKz 300/97), „Prokuratura i Prawo”, dodatek orzecznictwo 1998/7–8, poz. 25.

⁷⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 1.06.2000 r. (II AKz 113/00), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2000/6, poz. 19.

⁷⁸ Uzasadnienie postanowienia Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 29.12.2005 r. (II AKz 341/05), LEX nr 197729.

⁷⁹ Wyrok ETPCz z 3.02.2009 r. w sprawie 45219/06 *Kauczor przeciwko Polsce*.

⁸⁰ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284).

8.495 osób⁸¹. Dane te w sposób oczywisty pokazują, że praktyka stosowania tymczasowego aresztowania budzi poważne zastrzeżenia zgodności z ustawą procesową, a komentowana przesłanka matactwa procesowego stanowi obok przesłanki surowości kary określonej w przepisie art. 258 § 2 k.p.k. znaczący odsetek podstaw detencji. Doświadczenie autora pozwala stwierdzić, że zwłaszcza jednostki prokuratury, ale także sądy stosujące tymczasowe aresztowanie nadal powołują się na istnienie obawy matactwa procesowego i ryzyko bezprawnego utrudniania przez oskarżonego postępowania karnego, nie wskazując okoliczności, na których oparte jest to przekonanie. Takie procedowanie w sprawie nie spełnia wymogów określonych w art. 251 § 3 k.p.k., a tym samym wymogów szczególnej pozytywnej przesłanki zastosowania tymczasowego aresztowania, która jasno wynika z art. 258 § 1 k.p.k. Jak się także wydaje, przepis art. 258 § 4 k.p.k., który nakazuje, aby podejmując decyzję o zastosowaniu tymczasowego aresztowania, uwzględniać rodzaj i charakter obaw wskazanych w art. 258 § 1–3 k.p.k. przyjętych za podstawę tego środka oraz nasilenie ich zagrożenia dla prawidłowego postępowania w określonym stadium, jest przepisem martwym i można mówić o jego swoistym *desuetudo*, skoro zdaniem sądów stosujących i przedłużających izolację oskarżonego obawa matactwa procesowego występuje zarówno w początkowej fazie postępowania przygotowawczego, po wpływie aktu oskarżenia do sądu, a nawet po dacie wydania przez sąd pierwszej instancji wyroku, i to pomimo przeprowadzenia wszystkich istotnych w kwestii winy i odpowiedzialności karnej oskarżonego dowodów.

Z dużym niepokojem odnotować należy również fakt, że nieprzyznanie się oskarżonego do winy samo w sobie może być podstawą uznania istnienia matactwa procesowego, a materialny ciężar udowodnienia przesłanki określonej w art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. nie spoczywa na prokuratorze, tylko na oskarżonym i ewentualnie jego obrońcy, ponieważ to oni muszą wykazać, że oskarżony nie będzie podejmował prób matactwa procesowego. Prowadzi to do sytuacji, w której uwzględnienie wniosku prokuratora i zastosowanie tymczasowego aresztowania następuje, nawet gdy prokurator nie wykaże prawdopodobieństwa istnienia „uzasadnionej obawy” wystąpienia matactwa procesowego, ale gdy to oskarżony nie zdoła wykazać, że nie będzie w sposób bezprawny utrudniał postępowania, co stanowi oczywiste zaprzeczenie reguł związanych z ciężarem dowodzenia w procesie karnym.

⁸¹ Na koniec 2015 r. wynosiła 4.162 (średnio w ciągu roku 5.140), na koniec roku 2016: 5.396 (średnio 4.917), na koniec roku 2017: 7.239 (średnio 6.474), na koniec roku 2018: 7.360 (średnio 7.428), na koniec roku 2019: 8.520 (średnio 8.356), na koniec roku 2020: 8.692 (średnio 8.878), na koniec roku 2021 8.495 (średnio 8.707) – dane Ministerstwa Sprawiedliwości Centralnego Zarządu Służby Więziennej, <https://www.sw.gov.pl/strona/statystyka-roczna> (dostęp: 28.06.2022 r.).

ABSTRACT

dr Marek Skwarcow

The author is a judge of the Regional Court in Gdansk, a lecturer cooperating with the Faculty of Law and Administration at the University of Gdansk.

Fear of obstructing justice as grounds for applying pre-trial detention

In the article, the author analyses fear of obstructing justice, defined in Article 258(1)(2) of the Code of Criminal Procedure, which constitutes grounds for the application of pre-trial detention. It is a situation when there is a justified fear that the accused will induce false testimony or statements, or unlawfully obstruct criminal proceedings. The fear of obstructing justice must be real, specific and justified by facts; it cannot be general or presumed, supported only by the fact that the accused did not plead guilty, thus he/she will take steps that will obstruct the proper course of the proceedings.

Keywords: *criminal proceedings, accused, fear of obstructing justice, accused's refusal to plead guilty*

dr Marek Skwarcow

ORCID: 0000-0003-0626-2661; e-mail: marek.skwarcow@prawo.ug.edu.pl

Autor jest sędzią Sądu Okręgowego w Gdańsku, wykładowcą współpracującym z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bednarzak Jan (w:) *Kodeks postępowania karnego – Komentarz*, red. M. Mazur, Warszawa 1976

Bereźnicki Michał, *Uwagi na temat aresztu tymczasowego*, „Palestra” 1966/8

Buchała Kazimierz, *Podstawy stosowania aresztu tymczasowego w ustawie i praktyce*, „Nowe Prawo” 1957/7–8

Cieślak Marian, *Areszt tymczasowy w świetle obecnego i w perspektywie przyszłego ustawodawstwa*, „Państwo i Prawo” 1954/12

Cieślak Marian, *Dzieła wybrane*, t. 1, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, red. S. Waltoś, Kraków 2011

- Cieślak Marian**, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984
- Cieślak Marian**, *Środki zapobiegawcze w projekcie kodeksu postępowania karnego z 1968 r.*, „Państwo i Prawo” 1969/1
- Dąbkiewicz Krzysztof**, *Tymczasowe aresztowanie*, Warszawa 2012
- Dąbkiewicz Krzysztof**, *Wniosek prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania*, „Prokuratura i Prawo” 2013/2
- Eichstaedt Krzysztof (w:) Augustyniak Barbara, Eischaedt Krzysztof, Kurowski Michał, Świecki Dariusz**, *Kodeks postępowania karnego Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2022, t. 1
- Hofmański Piotr**, *Glosa do postanowienia SN z 15.04.1983 r. (II KZ 31/83)*, OSP 1984/7–8
- Hofmański Piotr, Sądziak Elżbieta, Zgryzek Kazimierz**, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–126*, red. P. Hofmański, Warszawa 2011
- Gaczek Tomasz**, *Tymczasowe aresztowanie a przyznanie się oskarżonego do winy*, „Prokuratura i Prawo” 2014/11–12
- Grzegorzczak Tomasz, Tylman Janusz**, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011
- Kalinowski Stefan**, *Glosa do postanowienia SN z 28.12.1974 (III Kz 245/74)*, OSPiKA 1976/2
- Kiełtyka Andrzej**, *Antycypacja bezprawnego utrudniania postępowania karnego jako przesłanka tymczasowego aresztowania*, „Prokurator” 2003/2
- Kodeks postępowania karnego*, t. 2, *Komentarz do art. 167–296*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2019
- Kosonoga Jacek**, *Podstawy stosowania środków zapobiegawczych*, „Prokuratura i Prawo” 2003/10
- Marek Andrzej, Stalewska Ewa**, *Wpływ tymczasowego aresztowania na wymiar kary (w świetle badań aktowych)*, „Palestra” 1982/4–5
- Murzynowski Andrzej**, *Areszt tymczasowy oraz inne środki zapobiegawcze uchylaniu się od sądu*, Warszawa 1963
- Murzynowski Andrzej**, *Tymczasowe aresztowanie i zatrzymanie w postępowaniu karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1984/3
- Murzynowski Andrzej**, *Węzłowe problemy tymczasowego aresztowania w świetle przepisów nowego k.p.k. (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, Warszawa 1997
- Nita Barbara**, *Konstytucyjne zakorzenienie zasady nemo tenetur se ipsum accusare (w:) Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa profesor Zofii Świdry*, Warszawa 2009

- Skorupka Jerzy**, *Glosa do postanowienia SA we Wrocławiu z 19.10.2005 r. (AKz 453/05)*, OSP 2007/2
- Skorupka Jerzy**, *Konstytucyjny i konwencyjny standard tymczasowego aresztowania*, „Państwo i Prawo” 2007/7
- Skorupka Jerzy**, *Pojęcie i rodzaje przesłanek środków zapobiegawczych w polskim procesie karnym*, „Przegląd Sądowy” 2022/1
- Skorupka Jerzy**, *Stosowanie i przedłużanie tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2006/12
- Skorupka Jerzy**, *Tymczasowe aresztowanie w praktyce stosowania prawa*, „Palestra” 2021/1
- Słownik języka polskiego, red. M. Szymczak, Warszawa 1999, t. 2
- Stefański Ryszard A.**, *Przesłanki tymczasowego aresztowania w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997/3–4
- Stefański Ryszard A.**, *Tymczasowe aresztowanie i związane z nim środki przymusu w nowym kodeksie postępowania karnego (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze*, Warszawa 1997
- Waltoś Stanisław, Hofmański Piotr**, *Proces karny, Zarys systemu*, Warszawa 2018
- Wiliński Paweł**, *Zasada bezpośredniości a dowód z zeznań świadka incognito w polskim procesie karnym (w:) Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, red. S. Stachowiak, Poznań 2002, s. 91
- Wiliński Paweł**, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006
- Żbikowska Małgorzata**, *Prawdopodobieństwo w procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 2018/3

Pojęcia kluczowe: *przymus adwokacki, postępowanie cywilne,
prawo do sprawiedliwego procesu*

Artykuły

Magdalena Matusiak-Frącczak

PRZYMUS ADWOKACKI WE FRANCJI NA TLE PRAWA DO SPRAWIEDLIWEGO PROCESU W ŚWIETLE ART. 6 UST. 1 EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA

Państwa-strony Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹ są zobowiązane zapewnić, aby prawa w niej przewidziane były efektywnie chronione. Z tego powodu ograniczenia praw podstawowych nie mogą naruszać ich istoty. Powyższe dotyczy również prawa do sprawiedliwego procesu z art. 6 ust. 1 EKPC. Przedmiotem niniejszego artykułu będzie zbadanie, czy przymus adwokacki we francuskiej procedurze cywilnej stanowi dopuszczalne ograniczenie prawa do sądu i czy spełnia wymogi nakreślone przez Europejski Trybunał Praw Człowieka.

W porównaniu z częścią państw europejskich przymus adwokacki w polskiej procedurze cywilnej jest wprowadzony w bardzo wąskim zakresie. Państwa te² zakładają, że wprowadzenie przymusu leży w interesie wymiaru sprawiedliwości, w tym samych stron postępowania, które są zobligowane do ustanowienia profesjonalisty w celu dochodzenia ich praw przed sądami cywilnymi. Jednym z takich państw o szeroko zakrojonym przymusie adwokackim jest Francja, której regulacje będą omówione w niniejszym artykule. W szczególności warto

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284), dalej EKPC.

² Przykładowo Francja, Belgia, Hiszpania.

rozważyć uregulowania francuskie jako wzór dla wprowadzenia podobnych przepisów w Polsce.

Celem niniejszego opracowania będzie zarysowanie standardu strasburskiego, a następnie przedstawienie zakresu przymusu adwokackiego we francuskim prawie procesowym cywilnym. Artykuł zakończy rozważania w przedmiocie zgodności prawa francuskiego z wymogami art. 6 ust. 1 EKPC, nakreślonymi przez Europejski Trybunał Praw Człowieka.

1. PRYMUS ADWOKACKI W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

Przymus adwokacki rozumiany jest jako obowiązek ustanowienia przez stronę profesjonalnego reprezentanta w procesie – adwokata. W sytuacji braku przymusu adwokackiego strona może działać w procesie samodzielnie lub też za pośrednictwem innego niż profesjonalny pełnomocnika³. Przymus bywa postrzegany jako wzmocnienie zasady kontradiktoryjności, która wymaga od stron profesjonalizmu oraz odpowiedniej aktywności w działaniu przed sądem⁴.

Ponieważ na stronę nakładane jest zobowiązanie, które wiąże się z poniesieniem ciężaru finansowego w postaci wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika oraz pozbawia strony zdolności postulacyjnej, przymus adwokacki stanowi ograniczenie prawa do sprawiedliwego procesu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 EKPC. Taka ingerencja w powyższe prawo jest jednak, zdaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, dopuszczalna na gruncie Konwencji⁵. W szczególności obowiązek ustanowienia profesjonalnego reprezentanta przed sądami kasacyjnymi, usytuowanymi najwyżej w hierarchii sądowniczej i rozpatrującymi zarzuty natury prawnej, stanowi standard uznany we wszystkich państwach-stronach Konwencji i nie stanowi naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC⁶. Ze względu na przytoczone okoliczności obowiązek ustanowienia przez stronę profesjonalnego pełnomocnika w postępowaniu cywilnym jest skorelowa-

³ Przy czym w Polsce ze względu na istnienie różnych grup profesjonalnych pełnomocników w postępowaniu cywilnym mówimy o przymusie adwokacko-radcowskim (art. 87¹ k.p.c.) lub przymusie adwokacko-radcowsko-rzecznikowskim (art. 87² k.p.c.). Por. K. Knoppek (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Artykuły 1–366*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021, komentarz do art. 87¹, LEX/el.; L. Marcinowska-Boulangé (w:) *Postępowanie cywilne w sprawach własności intelektualnej. Komentarz dla pełnomocników procesowych i sędziów*, red. B. Karolczyk, Warszawa 2021, komentarz do art. 87¹ i art. 87², LEX/el.

⁴ H. Ciepła (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–366*, red. K. Piasecki, Warszawa 2010, s. 447.

⁵ M. Matusiak-Frącczak, *Koszty procesu jako ograniczenie prawa do sądu: teoria a praktyka* (w:) *Prawo międzynarodowe: teoria i praktyka*, red. I. Kraśnicka, Warszawa 2020, s. 210–211; H. Ciepła (w:) *Kodeks...*, s. 450; Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa 8932/05 *Siałkowska v. Polska*, wyrok z 22.03.2007 r., pkt 106.

⁶ Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa 59519/00 *Staroszczyk v. Polska*, wyrok z 22.03.2007 r., pkt 128; sprawa 12825/02 *Tabor v. Polska*, wyrok z 27.06.2006 r., pkt 41–42.

ny z zobowiązaniem państwa do zapewnienia efektywnego systemu pomocy prawnej z urzędu.

Co prawda Konwencja odnosi się do pomocy prawnej z urzędu jedynie w sprawach karnych (art. 6 ust. 3 lit. c EKPC), jednak Europejski Trybunał Praw Człowieka stanął na stanowisku, że w niektórych przypadkach naruszeniem art. 6 ust. 1 EKPC może być odmowa przyznania stronie pełnomocnika z urzędu również w sprawach cywilnych. Jeżeli strona znajduje się w trudnej sytuacji materialnej, państwo jest zobowiązane do zapewnienia jej dostępu do bezpłatnej pomocy prawnej w sytuacji, kiedy udział adwokata w postępowaniu jest obowiązkowy lub ze względu na zawilość sprawy⁷. Jednak prawo do adwokata z urzędu nie przysługuje automatycznie każdemu, bez względu na naturę roszczenia czy uzasadniający je materiał dowodowy. Dlatego można odmówić przyznania pomocy prawnej z urzędu, jeżeli jest oczywiste, że roszczenie strony nie znajduje jakichkolwiek podstaw i nie ma szans powodzenia⁸, jak i wówczas, kiedy strona nadużywa prawa do procesu, nawet w sytuacji istnienia przymusu adwokackiego⁹.

Wyjątkowo Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł, że będziemy mieli do czynienia z naruszeniem istoty prawa do sprawiedliwego procesu, jeżeli decyzja właściwego organu o odmowie przyznania pomocy prawnej była całkowicie arbitralna¹⁰. Z tożsamym naruszeniem art. 6 ust. 1 EKPC będziemy mieli do czynienia, kiedy sąd odmówi ustanowienia pełnomocnika z urzędu bez jakiegokolwiek uzasadnienia¹¹.

Z drugiej strony adwokat wykonujący wolny zawód może odmówić sporządzenia skargi kasacyjnej, jeżeli uzna, że będzie ona bezzasadna i nieskuteczna, państwo zaś nie może przymusić niezależnego prawnika do składania środków zaskarżenia, które w jego ocenie nie mają szans powodzenia. Jednak w tym zakresie państwo jest zobowiązane do zapewnienia równowagi pomiędzy prawem do sprawiedliwego procesu a niezależnością zawodów prawniczych. Aby sprostać temu wyzwaniu, odmowa sporządzenia skargi kasacyjnej powinna odpowiadać pewnym wymogom, to jest powinien być na jej wyrażenie przewidziany czas pozwalający stronie na znalezienie prawnika z wyboru, który to prawnik podjąłby się sporządzenia skargi w sytuacji, gdyby adwokat z urzędu odmówił jej złożenia. Niemniej jednak zwłoka strony w sporządzeniu wniosku

⁷ Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa 6289/73 *Airey v. Irlandia*, wyrok z 9.10.1979 r., pkt 26–28; P. Hofmański (w:) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 292–294.

⁸ Europejska Komisja Praw Człowieka, sprawa 8158/78 *X v. Zjednoczone Królestwo*, decyzja z 10.07.1980 r.; P. Hofmański (w:) *Konwencja...*, s. 294.

⁹ Europejska Komisja Praw Człowieka, sprawa 11564/85 *W. v. Niemcy*, decyzja z 4.12.1985 r.

¹⁰ Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa 61/1997/845/1051 *Aerts v. Belgia*, wyrok z 30.07.1998 r., pkt 58–60; sprawa 8932/05 *Siałkowska v. Polska*, wyrok z 22.03.2007 r., pkt 107; Europejska Komisja Praw Człowieka, sprawa 10871/84/85 *Winer v. Zjednoczone Królestwo*, decyzja z 10.07.1986 r.

¹¹ Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa 12825/02 *Tabor v. Polska*, wyrok z 27.06.2006 r., pkt 44–47.

o ustanowienie adwokata z urzędu może skutkować uznaniem, że nie doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC, jeżeli adwokat z urzędu odmówił sporządzenia skargi kasacyjnej na kilka dni przed upływem terminu na jej sporządzenie. Ponadto odmowa powinna przyjąć formę pisemną i zawierać uzasadnienie, co pozwoli na obiektywną ocenę *ex post*, czy nie była ona arbitralna¹². Jeżeli odmowa takowa nie była, państwo nie jest zobowiązane do ustanowienia dla strony kolejnego adwokata z urzędu¹³.

Konkludując niniejszą część rozważań, należy zauważyć, że prawo do sprawiedliwego procesu z art. 6 ust. 1 EKPC nie jest absolutne i może podlegać ograniczeniu pod postacią przymusu adwokackiego. Jednocześnie państwa powinny zapewnić, aby prawo do sądu było efektywne, a nie iluzoryczne. W tym celu w państwach powinien istnieć system pomocy prawnej z urzędu oparty na jasnych kryteriach i zapewniający jednostkom rzeczywistą realizację ich praw.

2. PRYMUS ADWOKACKI WE FRANCUSKIM POSTĘPOWANIU CYWILNYM

Przymus adwokacki we francuskim postępowaniu cywilnym jest bardzo szeroki, obejmuje nie tylko postępowanie przed odpowiednikiem polskiego Sądu Najwyższego – Sądem Kasacyjnym (*Cour de cassation*) czy przed Radą Stanu (*Conseil d'Etat*), ale jest wymogiem w wielu innych postępowaniach przed sądami niższej instancji. Najbardziej czytelne będzie przedstawienie przymusu adwokackiego w procedurze cywilnej we Francji w punktach.

1. Postępowanie przed Sądem Kasacyjnym i przed Radą Stanu – strony są zobowiązane udzielić pełnomocnictwa adwokatowi przy Sądzie Kasacyjnym i Radzie Stanu, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej (art. 973 francuskiego k.p.c.¹⁴). Przed tymi dwoma sądami strona nie może być reprezentowana przez dowolnego adwokata, a jedynie przez tzw. adwokata w radzie – *avocat aux conseils*, gdyż tylko taki adwokat ma uprawnienia do występowania przed tymi sądami¹⁵. Skarga do Rady Stanu i Sądu Kasacyjnego, jak i odpowiedź na nią, powinny zawierać ustanowienie adwokata w radzie i być przez niego podpisane

¹² Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa 8932/05 *Siałkowska v. Polska*, wyrok z 22.03.2007 r., pkt 108–117; sprawy 29692/96 i 34612/97 *R.D. v. Polska*, wyrok z 18.12.2001 r., pkt 47–52; sprawa 59519/00 *Staroszczyk v. Polska*, wyrok z 22.03.2007 r., pkt 132–139; sprawa 18353/03 *Kulikowski v. Polska*, wyrok z 19.05.2009 r., pkt 65–71; sprawa 33539/02 *Bąkowska v. Polska*, wyrok z 12.01.2010 r., pkt 44–55; sprawa 2815/05 *Antoncelli v. Polska*, wyrok z 19.05.2009 r., pkt 40–46; sprawa 2619/05 *Zapadka v. Polska*, wyrok z 19.05.2009 r., pkt 57–65.

¹³ Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa 18353/03 *Kulikowski v. Polska*, wyrok z 19.05.2009 r., pkt 68.

¹⁴ Loi du 14 avril 1806 – *Code de Procédure Civile*, tekst dostępny na stronie internetowej Legifrance, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/ (dostęp: 5.01.2023 r.).

¹⁵ Adwokaci w radzie są członkami Adwokatury przy Radzie Stanu i Sądzie Kasacyjnym (*Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*), działają na podstawie rozporządzenia z 1817 r. (*ordonnance du 10 septembre 1817 qui réunit, sous la dénomination d'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'ordre des avocats aux conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation, fixe irrévocablement, le nombre des titulaires, et contient des dispositions pour la discipline intérieure de*

(art. 975 ust. 3 i 4, art. 977 oraz art. 980 francuskiego k.p.c.). Francuska procedura cywilna przewiduje również postępowania bez obowiązkowej reprezentacji przez adwokata w radzie (art. 983–995 francuskiego k.p.c.), przy czym obecnie takie postępowanie może toczyć się w sprawach wyborów do organów związków zawodowych zawodów medycznych¹⁶.

2. W postępowaniu przed francuskimi sądami apelacyjnymi obowiązuje przymus adwokacki, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej (art. 899 francuskiego k.p.c.). Sama apelacja oraz odpowiedź na nią powinny zawierać ustanowienie adwokata oraz być przez niego podpisane, strony są pouczone, że niespełnienie tego wymogu będzie skutkowało odrzuceniem apelacji albo rozpoznaniem jej wyłącznie na podstawie argumentów przedstawionych przez adwersarza (art. 901 ust. 1 i 4, art. 902 oraz art. 905-1 francuskiego k.p.c.). Obowiązkowa reprezentacja stron przez adwokatów ma miejsce również na rozprawie apelacyjnej (art. 920, art. 921, art. 923 francuskiego k.p.c.). W niektórych postępowaniach francuska procedura cywilna przewiduje zwolnienie z obowiązku ustanowienia adwokata (art. 931–940 francuskiego k.p.c.)¹⁷.

l'Ordre), tekst dostępny na stronie internetowej Legifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000692746/> (dostęp: 5.01.2023 r.).

¹⁶ Art. R4031-31 i art. R4031-36 *Code de la santé publique*, tekst dostępny na stronie internetowej Legifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000030623750/2015-05-23/#LEGIARTI000030623750> (dostęp: 5.01.2023 r.).

¹⁷ Rodzaje postępowań, w których występuje zwolnienie z przymusu adwokackiego przed sądami apelacyjnymi: spory konsumenckie (art. R331-9-3, art. R332-1-2 oraz art. R713-7 *Code de la consommation*, tekst dostępny na stronie internetowej Legifrance, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/2022-01-11/, 2022-05-26; sprawy z zakresu ochrony małoletnich (art. 1200-11 francuskiego k.p.c.); sprawy z zakresu władzy rodzicielskiej (art. art. 1192 oraz 1209-1 francuskiego k.p.c.); w sprawach odwołań od decyzji Organu regulacji komunikacji audiowizualnej i cyfrowej – *Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique* – art. R331-52 *Code de la propriété intellectuelle*, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069414/2022-01-11/ (dostęp: 5.01.2023 r.); w sprawie odwołań od zarządzeń przewodniczącego Narodowej Komisji Informatyki i Wolności o przeprowadzeniu kontroli na miejscu – *Commission nationale de l'informatique et des libertés* – art. 28 *décret n° 2019-536 du 29 mai 2019 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000039343081/2020-01-01/#LEGIARTI000039343081> (dostęp: 26.05.2022 r.); w sprawach połączeń oraz dostępu do sieci internetowej – art. R11-8 *Code des postes et des communications électroniques*, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000044015502/2022-01-11/#LEGIARTI000044015502> (dostęp: 5.01.2023 r.); z zakresu odwołań od decyzji Organu rynków finansowych – *Autorité des marchés financiers*, art. R621-46 ust. VIII *Code monétaire et financier*, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072026/2022-01-11/ (dostęp: 26.05.2022 r.); z zakresu odwołań od zarządzenia kontroli w miejscu przez Rzecznika praw – *Défenseur des droits*, art. 8 *décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits*, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000039343515/2020-01-01/#LEGIARTI000039343515> (dostęp: 5.01.2023 r.); w sprawach z zakresu ochrony konkurencji [art. R464-26 *Code de commerce*, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000005634379/2022-01-11/ (dostęp: 5.01.2023 r.)]; w sprawie odwołań od zarządzeń kontroli w miejscu wydanych przez Wysoką władzę do spraw

3. W postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (*tribunal judiciaire*¹⁸) strony są zobowiązane ustanowić adwokata, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej (art. 760 francuskiego k.p.c.). Takim przepisem jest przykładowo art. 761 francuskiego k.p.c., który zwalnia z przymusu adwokackiego w następujących rodzajach spraw:

- a) postępowanie przed sędzią ds. ochrony (*juge des contentieux de la protection*)¹⁹;
- b) badanie prawidłowości różnego rodzaju wyborów oraz list wyborczych²⁰;
- c) sprawy wymienione w tabeli stanowiącej załącznik nr IV-II do *Code de l'organisation judiciaire*²¹;

transparentności – *Haute Autorité pour la transparence*, art. 10 décret n° 2017-867 du 9 mai 2017 relatif au répertoire numérique des représentants d'intérêts, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000039343157/2020-01-01/#LEGIARTI000039343157> (dostęp: 5.01.2023 r.).

¹⁸ Od 1.01.2020 r. *tribunaux judiciaires* zastąpiły dawne *tribunaux d'instance* (TI) oraz *tribunaux de grande instance* (TGI) i orzekają w pierwszej instancji w sprawach cywilnych i karnych – art. L211-1 *Code de l'organisation judiciaire*, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071164/2022-05-28/ (dostęp: 5.01.2023 r.). Zmiana została dokonana na mocy *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (1)*, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000038262718/2019-03-25/> (dostęp: 5.01.2023 r.).

¹⁹ Kompetencja *juge des contentieux de la protection* jest bardzo szeroko uregulowana w art. L213-4-1 *Code de l'organisation judiciaire* i obejmuje: sprawy opiekuńcze wobec osób dorosłych (art. L213-4-2 *Code de l'organisation judiciaire*), sprawy o eksmisję z lokali zajmowanych bez tytułu prawnego (art. L213-4-3 *Code de l'organisation judiciaire*), sprawy z zakresu najmu lokali mieszkalnych (art. L213-4-4 *Code de l'organisation judiciaire*), określone sprawy konsumenckie (art. L213-4-5 *Code de l'organisation judiciaire*), sprawy dotyczące kredytów konsumenckich (art. L213-4-6 *Code de l'organisation judiciaire*), upadłość konsumencką (art. L213-4-7 *Code de l'organisation judiciaire*).

²⁰ W tym przypadku chodzi o następujące wybory: sędziów do sądów gospodarczych (art. R211-3-13 *Code de l'organisation judiciaire*), delegatów konsularnych i członków izb przemysłowo-handlowych (art. R211-3-14 *Code de l'organisation judiciaire*), członków delegacji personelu do komitetów socjalnych i gospodarczych przedsiębiorstw oraz związków przedsiębiorstw, reprezentantów pracowników w zarządach i radach nadzorczych spółek akcyjnych oraz spółek, o których mowa w art. 1 *Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public*, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000320196/2022-05-28/> (dostęp: 5.01.2023 r.), reprezentantów pracowników w zarządzie Francuskich Kolei Państwowych – *Société nationale des chemins de fer français* (art. R211-3-15 *Code de l'organisation judiciaire*), przedstawicieli pracowników, przedstawicieli pracowników w zarządach kas chorych, kas zabezpieczenia społecznego i kas zabezpieczenia rodzinnego, przedstawicieli płatników do zgromadzeń stowarzyszeń rolniczego, przedstawicieli zawodów medycznych do regionalnych organów (art. R211-3-18 *Code de l'organisation judiciaire*), wpisów i skreśleń na listy wyborcze delegatów małoletnich (art. R211-3-19 *Code de l'organisation judiciaire*), radnych regionalnych ośrodków własności lasów (art. R211-3-20 *Code de l'organisation judiciaire*), członków zarządu towarzystw ubezpieczeń wzajemnych (*conseil d'administration des mutuelles*), członków instytucji kontroli bankowej (*Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*, odpowiednik polskiej Komisji Nadzoru Bankowego), reprezentantów pracowników do rad zarządczych, reprezentantów lokatorów w zarządzie lub radzie nadzorczej spółdzielni (art. R211-3-21 *Code de l'organisation judiciaire*), członków izb rolniczych i rzemieślniczych (art. R211-3-23 *Code de l'organisation judiciaire*).

²¹ Tabela zawiera listę 66 rodzajów spraw i znajduje się na stronie internetowej Legifrance, <https://>

d) sprawy, w których wartość przedmiotu sporu nie przekracza 10.000 euro lub o nieustalonej wartości przedmiotu sporu, które mają swoje źródło w zobowiązaniu nieprzekraczającym wartości 10.000 euro, z wyjątkiem spraw, w których właściwość sądu pierwszej instancji jest wyłączna²².

4. W postępowaniu przed sądami rodzinnymi strony są zwolnione z przymusu adwokackiego (art. 1139 francuskiego k.p.c.).

5. W sprawach przed sądami gospodarczymi w przedmiocie najmu komercyjnego strony są zobowiązane do ustanowienia adwokata (art. R145-29 *Code de commerce*).

6. Przymus adwokacki obowiązuje w sprawach dotyczących wywłaszczeń na cele publiczne (art. R311-9 *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*²³).

7. Sprawy podatkowe są również rozpoznawane przez sądy powszechne według zasad procedury cywilnej i podmioty prywatne są w nich zobowiązane do ustanowienia adwokata. Organy publiczne mogą być reprezentowane przez swoich pracowników (art. R*202-2 *Livre des procédures fiscales*²⁴).

Między innymi ze względu na bardzo szeroki zakres przymusu adwokackiego prawo francuskie odrębną ustawą nr 91-647²⁵ reguluje dostęp do bezpłatnej pomocy prawnej dla osób, które nie posiadają wystarczających środków finansowych, przy czym może być to pomoc całkowita lub częściowa (art. 2 ustawy nr 91-647). Prawo do nieodpłatnej pomocy prawnej przysługuje nie tylko obywatelom Francji, ale również obywatelom innych państw członkowskich Unii Europejskiej oraz osobom, które mają we Francji miejsce stałego pobytu, nieletnim cudzoziemcom, osobom, których dotyczą procedury azylowe (art. 3 ustawy nr 91-647). Progi, które upoważniają strony do otrzymania pomocy adwokata z urzędu, są ustalane dekretem Rady Stanu. Oceniając stan majątkowy strony, należy mieć na względzie: dochód, wartość majątku nieruchomości i ruchomego, skład gospodarstwa domowego. Składniki majątkowe, które nie mogą być zbyt ani obciążone zastawem lub hipoteką bez wyrządzenia poważnej szkody stronie, nie są brane pod uwagę (art. 4 ustawy nr 91-647). Pomoc prawna może być wyjątkowo przyznana osobom, które nie spełniają kryterium majątkowego, jeżeli wymagają tego szczególne okoliczności dotyczące przedmiotu sporu lub przewidywalne koszty procesu, jak również w określonych rodzajach sporów granicznych (art. 6 ustawy nr 91-647).

www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071164/LEGISCTA000018925179/?anchor=LEGIARTI000042667485#LEGIARTI000042667485 (dostęp: 5.01.2023 r.).

²² Jeżeli właściwość sądu pierwszej instancji jest wyłączna, strony są zobowiązane do ustanowienia adwokata bez względu na wartość przedmiotu sporu.

²³ Zob. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006074224/2022-05-28/ (dostęp: 5.01.2023 r.).

²⁴ Zob. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069583/2022-05-28/ (dostęp: 5.01.2023 r.).

²⁵ *Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique*, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT00000537611/> (dostęp: 5.01.2023 r.).

Finansowe kryteria przyznawania pomocy prawnej określone są bardzo precyzyjnie. Obecnie, to jest w 2022 r., stronie nie zostanie przyznany adwokat z urzędu, jeżeli wartość jej majątku ruchomego przekracza 11.580 euro lub jest ona właścicielem nieruchomości o wartości przekraczającej 34.734 euro (wystarczy przekroczenie progu w przypadku którejkolwiek z tych wartości). Znaczenie ma również dochód strony, ponieważ on determinuje zakres przyznanej pomocy. Jeżeli nie przekracza on 11.580 euro w skali roku (965 euro w skali miesiąca), strona otrzyma dofinansowanie do 100% kosztów postępowania, jeżeli wynosi on od 11.581 euro do 13.688 euro w skali roku (od 965 euro do 1.141 euro w skali miesiąca), dofinansowanie wyniesie 55% kosztów, a jeżeli mieści się on w przedziale od 13.689 euro do 17.367 euro w skali roku (od 1.141 euro do 1.447 euro w skali miesiąca), pomoc prawna pokryje 25% kosztów postępowania. Po przekroczeniu progu dochodowego w wysokości 17.367 euro w skali roku i 1.447 euro w skali miesiąca pomoc prawna z urzędu nie przysługuje²⁶.

Ponadto pomoc prawna jest przyznawana stronie, której działanie nie wydate się w sposób oczywisty niedopuszczalne, bezpodstawne lub nie stanowi nadużycia prawa, w szczególności ze względu na liczbę wniosków, ich powtarzalność lub systematyczność, jednak powyższy wymóg nie dotyczy pozwanego. W postępowaniu kasacyjnym nie przyznaje się adwokata z urzędu, jeżeli nie jest możliwe wywiedzenie poważnego środka kasacyjnego. Jeżeli pomoc prawna z urzędu nie została przyznana w powyżej wskazanych przypadkach, a ostatecznie strona wygrała sprawę, to przysługuje jej zwrot poniesionych wydatków do wysokości wartości pomocy prawnej, którą strona by otrzymała, przy uwzględnieniu jej stanu majątkowego (art. 7 ustawy nr 91-647).

Prawo do adwokata z urzędu jest oceniane i przyznawane przez biuro pomocy prawnej, które działa przy danej instancji sądowej (*bureau d'aide juridictionnelle* – art. 12 i art. 13 ustawy nr 91-647). Każdemu biuro lub jego sekcji przewodniczy właściwy sędzia (art. 16 ustawy nr 91-647).

Prawo do pomocy prawnej z urzędu może zostać cofnięte do czterech lat od zakończenia postępowania jako całości lub w danej instancji. Cofnięcie może nastąpić z urzędu lub na wniosek każdego podmiotu zainteresowanego, jeżeli beneficjent otrzymał prawo pomocy na podstawie niedokładnej dokumentacji, jeżeli beneficjent uzyska w toku postępowania takie środki, których wartość uniemożliwiłaby otrzymanie pomocy prawnej z urzędu, jeżeli decyzja, która stała się ostateczna, przyznała beneficjentowi środki, które przekraczają pułapy uprawniające do pomocy prawnej, gdy procedura zainicjowana przez beneficjenta miała na celu przedłużenie postępowania, stanowiła nadużycie prawa lub była oczywiście bezzasadna (art. 50 i art. 51 ustawy nr 91-647). Cofnięcie pomocy prawnej z urzędu powoduje natychmiastową wymagalność kosztów adwokackich, z których strona została zwolniona, i beneficjent zostaje zobowiązany do zwrotu kwot wypłaconych przez państwo (art. 52 ustawy nr 91-647).

²⁶ Service Public, *Aide juridictionnelle*, <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F18074>, (dostęp: 5.01.2023 r.).

Na zauważenie zasługuje również treść art. 38 dekretu nr 91-1266²⁷ dotyczący biegu terminów na podejmowanie czynności procesowych w sytuacji, kiedy strona wystąpiła o przyznanie pomocy prawnej z urzędu. Zgodnie z tym przepisem następuje przerwanie biegu terminów procesowych i biegną one na nowo albo od dnia uprawomocnienia się orzeczenia o odmowie przyznania pomocy prawnej z urzędu, albo od dnia wyznaczenia takiego adwokata.

Dla oceny zgodności rozwiązań francuskich ze standardem strasburskim należy podkreślić, że znaczenie ma nie tylko treść przepisów prawnych, ale również praktyka orzecznicza. Nawet bowiem obiektywnie neutralny przepis proceduralny może doprowadzić do naruszenia prawa do sprawiedliwego procesu, jeżeli jego interpretacja będzie godziła w istotę gwarancji zakotwiczonych w art. 6 ust. 1 EKPC²⁸.

Podobnie jak w przypadku orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, judykatura francuska stanęła na stanowisku, że przymus adwokacki nie godzi co do zasady w prawo do sprawiedliwego procesu, jakkolwiek może stanowić dla strony znaczny koszt finansowy. Ma on jednak na celu zapewnienie stronie pomocy wykwalifikowanego prawnika, reprezentującego jej interesy, ale też przyczynia się do sprawowania wymiaru sprawiedliwości, czyniąc z wybranego adwokata interlokutora dla sądu oraz pozostałych stron postępowania. Reprezentacja ta ma charakter ciągły do dnia ogłoszenia orzeczenia²⁹, sąd jednak może rozpoznać sprawę na rozprawie pod nieobecność prawidłowo zawiadomionego pełnomocnika z urzędu³⁰.

W tym miejscu należy przypomnieć, że wniosek o przyznanie pomocy prawnej jest rozpoznawany przez biuro pomocy prawnej, a nie przez sąd rozpoznający sprawę. Z tego względu mogą zdarzyć się sytuacje, w których sąd nie będzie wiedział o wniosku o przyznanie prawa do adwokata z urzędu i przeprowadzi postępowanie bez udziału tegoż adwokata. W takiej sytuacji ocena, czy doszło do naruszenia prawa do sprawiedliwego procesu, zależy od okoliczności konkretnego przypadku oraz od momentu złożenia przez stronę wniosku o przyznanie pomocy prawnej. Jeżeli strona złożyła wniosek o ustanowienie adwokata z urzędu i został on uwzględniony przed rozprawą, to przeprowadzenie rozpra-

²⁷ Décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000721124>, (dostęp: 5.01.2023 r.). Por. Sąd Kasacyjny: wyrok nr 18-23.923 z 19.03.2020 r.; wyrok nr 19-16.792 z 19.11.2020 r.; wyrok nr 19-12.990 z 19.03.2020 r. Sąd Apelacyjny w Rouen, wyrok nr 15/00762 z 11.06.2015 r.

²⁸ Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa 21497/14 *Witkowski v. Polska*, wyrok z 13.12.2018 r., pkt 44, 56; M. Szwed, *Nadmierny formalizm procesowy jako naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020/2, s. 128.

²⁹ Sąd Konstytucyjny, decyzja nr 2019-778 DC z 21.03.2019 r., JORF n° 0071 du 24 mars 2019, text n° 4, ECLI:FR:CC:2019:2019.778.DC; Rada Stanu, decyzja nr 406802 z 23.03.2018 r., ECLI:FR:CESE-C:2018:406802.20180323.

³⁰ Sąd Kasacyjny: wyrok nr 13-22.799 z 25.09.2014 r.; wyrok nr 09-17.375 z 6.01.2011 r.; wyrok nr 09-16.962 z 21.10.2010 r.; wyrok nr 02-44.605 z 29.09.2004 r.

wy z pominięciem takiego pełnomocnika skutkuje nieważnością postępowania, w tym przed sądem apelacyjnym³¹. Jeżeli strona wystąpiła o adwokata z urzędu w czasie narady nad wyrokiem, to wyrok nie będzie podlegał uchyleniu nawet w sytuacji, w której wniosek strony został następnie uwzględniony³².

Przymus adwokacki nie narusza prawa strony do swobodnego wyboru pełnomocnika, ponieważ strona może wybrać dowolnego adwokata lub adwokata w radzie według swojego uznania³³. W dodatku jednostka nie jest zobligowana do wyboru pełnomocnika posiadającego siedzibę zawodową w okręgu sądu, przed którym mają być podejmowane czynności³⁴.

W ocenie judykatury francuskiej ustawodawca nie przekroczył granic swobody uznania przy podejmowaniu decyzji, w jakich rodzajach spraw obowiązuje przymus adwokacki, a w jakich strony są z tego obowiązku zwolnione, ponieważ oparł się na kryteriach obiektywnych i racjonalnych, nie naruszając jednocześnie zasady równości stron postępowania ani żadnego innego wymogu konstytucyjnego. Dlatego zasadna była rezygnacja z przymusu adwokackiego w sprawach o niskiej wartości przedmiotu sporu, nieskomplikowanych pod względem prawnym czy różnego rodzaju postępowaniach ochronnych³⁵.

Obowiązek ustanowienia adwokata nabiera natomiast szczególnego znaczenia w postępowaniach kasacyjnych przed Sądem Kasacyjnym oraz Radą Stanu. W tym przypadku przymus adwokacki oraz wymóg ustanowienia adwokata w radzie zmierza do zapewnienia odpowiedniej jakości obrony interesów stron postępowania oraz przyczynia się do prawidłowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez narzucenie wymogu korzystania z usług profesjonalnych pełnomocników dających gwarancję posiadania odpowiednich kompetencji. Ze względu na istniejący system pomocy prawnej przymus adwokacki nie stanowi naruszenia prawa strony do sprawiedliwego procesu, w tym prawa do skutecznego środka odwoławczego. Obowiązek ustanowienia adwokata w radzie nie godzi także w zasadę swobodnego wyboru sposobu obrony³⁶. Należy zwrócić również uwagę na stanowisko Sądu Kasacyjnego z 2021 r., który podkreślił, że również organy władzy publicznej są zobowiązane do udzielenia pełnomocnictwa adwokatowi w sprawach objętych przymusem adwokackim, w tym kasacyjnych, chyba że przepis szczególny zwolniłby organ z tego obowiązku.

³¹ Sąd Kasacyjny, wyrok nr 14-12.416 z 12.03.2015 r. Należy podkreślić, że chodzi o sytuację, w której pełnomocnik nie uczestniczył w rozprawie, ponieważ o niej nie wiedział. Jeżeli natomiast adwokat był powiadomiony o rozprawie i był nieobecny, to jak zaznaczono wyżej, nie ma to wpływu na ważność wyroku.

³² Sąd Kasacyjny, wyrok nr 14-15.763.

³³ Rada Stanu, decyzja nr 196304 i 196349 z 24.05.2000 r., ECLI:FR:CESSR:2000:196304.20000524.

³⁴ Sąd Kasacyjny: wyrok nr 18-23.522 z 14.11.2019 r.; wyrok nr 07-12.341 z 3.04.2008 r.; wyrok nr 07-12.342 z 3.04.2008 r.; wyrok nr 07-12.343 z 3.04.2008 r.

³⁵ Sąd Konstytucyjny, decyzja nr 2019-778 DC z 21.03.2019 r., JORF n°0071 du 24 mars 2019, text n°4, ECLI:FR:CC:2019:2019.778.DC.

³⁶ Rada Stanu, decyzja nr 273311 z 6.04.2006 r., ECLI:FR:CESSR:2006:273311.20060406.

Dlatego minister działający samodzielnie nie jest uprawniony do złożenia skargi kasacyjnej³⁷.

W przypadku postępowań kasacyjnych przed Sądem Kasacyjnym i Radą Stanu strona jest uprawniona do nieodpłatnej pomocy prawnej wyłącznie w przypadku przyznania prawa do adwokata z urzędu. W pozostałych przypadkach strona jest zobowiązana uiścić adwokatowi w radzie należne honorarium. Adwokat w radzie może wypowiedzieć udzielone mu pełnomocnictwo w razie braku takiej zapłaty i w tej sytuacji stronie nie przysługuje prawo do żądania ustanowienia dla niej adwokata z urzędu, jeżeli nie spełnia ekonomicznych ustawowych kryteriów do uzyskania pomocy prawnej. Odmowa ustanowienia takiego adwokata nie będzie stanowiła naruszenia prawa do sprawiedliwego procesu³⁸.

W postępowaniu objętym przymusem adwokackim może zdarzyć się sytuacja, że strona lub pełnomocnik rozwiążą stosunek prawny upoważniający adwokata do działania w imieniu strony, jak też stronie może zostać cofnięte prawo pomocy. Taka decyzja nie ma wpływu na przebieg procesu i może zakończyć rolę procesową tego adwokata albo w momencie ustanowienia kolejnego pełnomocnika, albo w chwili upływu terminu wyznaczonego przez sąd dla strony do ustanowienia nowego pełnomocnika. Z tego powodu sąd nie może odrzucić pisma samej strony, której adwokat zaprzestał wykonywania czynności, bez uprzedniego wezwania strony do ustanowienia nowego pełnomocnika³⁹. Strona, w przypadku której cofnięto przyznanie pomocy prawnej i która jednocześnie nie wypowiedziała pełnomocnictwa ustanowionemu adwokatowi po wniesieniu przez niego apelacji, nie może następnie zarzucać sądowi, że ten naruszył przepisy o przymusie adwokackim oraz zasadę kontradiktoryjności przez rozstrzygnięcie sprawy na podstawie pism złożonych przez tegoż adwokata⁴⁰.

Dodatkowo w postępowaniach cywilnych objętych przymusem adwokackim strona, która sama jest adwokatem, nie może występować samodzielnie i jest pozbawiona zdolności postulacyjnej. Tak w przypadku spraw pracowniczych orzekł Sąd Kasacyjny w wyroku z 2021 r. Sąd uznał, że takiemu ograniczeniu prawa do sprawiedliwego procesu przyświeca uzasadniony cel, ponieważ służy ono skuteczności procedury apelacyjnej oraz dobrej administracji wymiaru sprawiedliwości⁴¹. Jest to rozwiązanie całkowicie odmienne od tego istniejącego w polskiej procedurze cywilnej. Co prawda art. 87¹ § 1 Kodeksu postępowania cywilnego⁴² wprowadza przymus adwokacki w postępowaniu przed polskim

³⁷ Sąd Kasacyjny, wyrok nr 21-60.103, wyrok z 21.06.2021 r.

³⁸ Sąd Kasacyjny, wyrok nr 11-18.181 z 16.05.2012 r.

³⁹ Rada Stanu, decyzja nr 406802 z 23.03.2018 r., ECLI:FR:CESEC:2018:406802.20180323; Sąd Kasacyjny, wyrok nr 82-13.572 z 16.02.1984 r.

⁴⁰ Sąd Kasacyjny, wyrok nr 82-13.572 z 16.02.1984 r.

⁴¹ Sąd Kasacyjny, wyrok nr 19-22.407 z 10.11.2021 r.

⁴² Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 2687 ze zm.), dalej k.p.c.

Sądem Najwyższym, ale zgodnie z art. 87¹ § 2 k.p.c. przymus nie obowiązuje, gdy stroną jest sam adwokat.

Podsumowując tę część rozważań, należy zauważyć, że przymus adwokacki we francuskim postępowaniu cywilnym jest znacznie szerszy niż w polskim Kodeksie postępowania cywilnego. Jest on zasadą nie tylko przed sądami kasacyjnymi (Sąd Kasacyjny i Rada Stanu) i apelacyjnymi, ale obowiązuje również w wielu postępowaniach pierwszoinstancyjnych. W dodatku przed sądami kasacyjnymi strony mogą być reprezentowane wyłącznie przez specjalny korpus pełnomocników – adwokatów w radzie – a nie przez każdego adwokata.

Jednocześnie Francja precyzyjnie określa zasady dostępu do pomocy prawnej z urzędu. Stosuje ona system, w którym o przyznaniu adwokata z urzędu decyduje odrębny organ w oparciu o klarowne kryteria ekonomiczne. Ostatecznie przy ocenie przestrzegania prawa do sprawiedliwego procesu francuskie sądy cywilne biorą pod uwagę nie tylko element majątkowy, ale też szanse powodzenia sprawy, ewentualne nadużywanie prawa do sądu czy moment, w którym wniosek o przyznanie prawa pomocy został przez stronę złożony.

3. OCENA ZGODNOŚCI PRZYMUSU ADWOKACKIEGO WE FRANCUSKIM POSTĘPOWANIU CYWILNYM Z WYMOGAMI KONWENCYJNYMI

Procedura francuska ukształtowana w sposób opisany w poprzedniej części artykułu wpasowuje się w standardy ochrony prawa do sprawiedliwego procesu z art. 6 ust. 1 EKPC nakreślone przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Sam przymus adwokacki został wprowadzony w sprawach, które w ocenie ustawodawcy francuskiego cechują się znacznym stopniem skomplikowania i wymagają wiedzy profesjonalnej. Fachowa reprezentacja przyczynia się więc do realizacji prawa do sądu, a nie je ogranicza.

Europejski Trybunał Praw Człowieka miał okazję odnieść się do przymusu adwokackiego przed francuskim Sądem Kasacyjnym i Radą Stanu w postaci obowiązku ustanowienia do reprezentacji adwokata w radzie. W tym zakresie Trybunał podkreślił, że art. 6 ust. 1 EKPC nie nakazuje państwu utworzenia sądów apelacyjnych i kasacyjnych. Ponieważ rola francuskiego Sądu Kasacyjnego ogranicza się do badania prawidłowości zastosowania prawa, ETPCz dopuszcza, aby postępowanie przed tym sądem miało charakter bardziej sformalizowany. Dlatego też wymóg reprezentacji zarezerwowany dla tak wąskiego grona prawników, jakim są członkowie adwokatury w radzie, nie stoi w sprzeczności z Konwencją⁴³.

Trybunał uznał, że odmowa przyznania adwokata z urzędu w postępowaniu kasacyjnym ze względu na to, że nie jest możliwe wywiedzenie poważnego

⁴³ Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa 32911/96, 35237/97 i 34595/97 *Meftah i inni v. Francja*, wyrok z 26.07.2002 r., pkt 44–48; sprawa 21920/93 *Levage Prestations Services v. Francja*, wyrok z 23.10.1996 r., pkt 47–50.

środka kasacyjnego, nie narusza art. 6 ust. 1 EKPC. Jest to ograniczenie przewidziane *expressis verbis* przez przepis prawa i służy uzasadnionemu celowi, jakim jest zapewnienie, aby publiczne środki były wydawane wyłącznie na taką pomoc prawną, która ma szanse powodzenia przed Sądem Kasacyjnym, ponieważ system pomocy prawnej z urzędu może efektywnie funkcjonować wyłącznie wtedy, kiedy istnieją procedury wyboru osób kwalifikujących się do jej przyznania. Znaczenie w tym przypadku ma również fakt, że przewodniczącym biura pomocy prawnej, które rozpoznaje wnioski o przyznanie adwokata z urzędu, jest sędzia. Ponadto w przypadku postępowania kasacyjnego biuro to składa się również ze starszego referendarza, dwóch członków wskazanych przez Sąd Kasacyjny, dwóch urzędników służby cywilnej, dwóch członków adwokatury przy Radzie Stanu i Sądzie Kasacyjnym oraz dwóch członków wybranych przez społeczeństwo⁴⁴.

Powyższe można przenieść również na postępowanie przed sądami pierwszej i drugiej instancji. Kryteria uzyskania pomocy prawnej z urzędu są jasne i nie budzą wątpliwości interpretacyjnych. Odmowa przyznania prawa pomocy ze względu na przekroczenie progów majątkowych i dochodowych, jak i w przypadku oczywistej bezzasadności wnoszonego środka czy nadużywania prawa do sądu, również stanowi ograniczenie, którego legalność nie została zakwestionowana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Sam system pomocy prawnej z urzędu we Francji jest uregulowany spójnie, kompleksowo i przejrzysto, przez co ochrona prawa z art. 6 ust. 1 EKPC jest obecnie w tym państwie efektywna oraz rzeczywista, a nie li tylko iluzoryczna. Co najważniejsze, już w momencie składania wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych i ustanowienia pełnomocnika z urzędu strona jest w stanie przewidzieć z prawdopodobieństwem graniczącym niemal z pewnością, jakie są szanse jego powodzenia.

Kwestią otwartą pozostaje odpowiedź na pytanie, w jakim stopniu procedura francuska mogłaby być wzorem dla rozwiązań przyjmowanych w prawie polskim, w szczególności przy decydowaniu, czy przymus adwokacki w procedurze cywilnej powinien obowiązywać jak dotychczas wyłącznie przed Sądem Najwyższym, czy też również w jakimś zakresie przed sądami powszechnymi. W przypadku woli rozszerzenia przymusu radcowskiego należałoby przeprowadzić wcześniej badania wśród praktyków, w jakich rodzajach spraw przymus powinien zostać prowadzony oraz z jakich powodów.

Gdyby miało nastąpić rozszerzenie przymusu adwokackiego, to w ślad za rozszerzeniem przymusu powinna obligatoryjnie nastąpić całkowita reforma instytucji pomocy prawnej świadczonej z urzędu. Z jednej strony powinna ona obejmować urealnienie wynagrodzenia za usługi prawne świadczone przez

⁴⁴ Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa 46800/99 *Del Sol v. Francja*, wyrok z 26.02.2002 r., pkt 20–27; sprawa 49384/99 *Essaadi v. Francja*, wyrok z 26.02.2002 r., pkt 32–37; sprawa 40031/98 *Gnahoré v. Francja*, wyrok z 19.09.2000 r., pkt 38–42; sprawa 43969/98 *Kroliczek v. Francja*, decyzja z 14.09.2000 r.

adwokatów. Z drugiej zasadne jest doprecyzowanie przez prawodawcę kryteriów uzyskiwania takiej pomocy. Jak zostało przedstawione w opracowaniu, we Francji są one klarowne i przewidywalne dla stron postępowania, w przypadku szczególnie skomplikowanych spraw przyjęte są wyjątki od precyzyjnego kryterium majątkowego i dochodowego. W Polsce w tym zakresie nadal obowiązuje pełna uznaniowość po stronie sądów, przez co orzecznictwo w tej materii bywa wadliwe w stopniu powodującym sprzeczność z art. 6 ust. 1 EKPC⁴⁵.

ABSTRACT

dr Magdalena Matusiak-Frącczak

The author is an advocate (District Bar Association in Lodz), an assistant professor at the Department of European Constitutional Law, Faculty of Law and Administration, University of Lodz.

Obligatory assistance of an attorney and the right to a fair trial as enshrined in Article 6(1) of the European Convention of Human Rights

State parties to the European Convention on Human Rights are obliged to effectively protect rights enshrined in the instrument. Therefore, any restriction of those rights cannot impair their very essence. This applies also to the right to a fair trial, regulated by Article 6(1) ECHR. The aim of this article is to analyse whether obligatory assistance of an attorney in the French civil procedure constitutes a legitimate restriction of the right to a fair trial and whether it respects the requirements set by the European Court of Human Rights.

Keywords: *obligatory assistance of an attorney, civil proceedings, right to a fair trial*

dr Magdalena Matusiak-Frącczak

ORCID: 0000-0002-6736-8008; e-mail: mfracczak@wpia.uni.lodz.pl

Autorka jest adwokatem, adiunktem w Katedrze Europejskiego Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

⁴⁵ Por. szerzej na ten temat M. Matusiak-Frącczak, *Koszty procesu jako ograniczenie prawa do sądu: teoria a praktyka* (w:) *Prawo międzynarodowe: teoria i praktyka*, red. I. Kraśnicka, Warszawa 2020, s. 207–217.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Ciepla Helena** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–366*, red. K. Piasecki, Warszawa 2010
- Hofmański Piotr** (w:) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010
- Knoppek Krzysztof** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Artykuły 1–366*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021, komentarz do art. 87¹, LEX/el.
- Marcinowska-Boulangé Lena** (w:) *Postępowanie cywilne w sprawach własności intelektualnej. Komentarz dla pełnomocników procesowych i sędziów*, red. B. Karolczyk, Warszawa 2021, komentarz do art. 87¹ i art. 87², LEX/el.
- Matusiak-Frączzak Magdalena**, *Koszty procesu jako ograniczenie prawa do sądu: teoria a praktyka* (w:) *Prawo międzynarodowe: teoria i praktyka*, red. I. Kraśnicka, Warszawa 2020
- Service Public**, *Aide juridictionnelle*, <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F18074> (dostęp: 5.01.2023 r.)
- Szwed Marcin**, *Nadmierny formalizm procesowy jako naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020/2, s. 123–136

Pojęcia kluczowe:

Kodeks postępowania cywilnego, zażalenie, wznowienie postępowania cywilnego, zażalenie na postanowienie sądu drugiej instancji, postanowienia kończące i niekończące postępowania w sprawie

Artykuły

Józef Forystek

ZASKARŻALNOŚĆ POSTANOWIENIA SĄDU DRUGIEJ INSTANCJI O ODRZUCENIU SKARGI O WZNOWIENIE POSTĘPOWANIA PO NOWELIZACJI KODEKSU POSTĘPOWANIA CYWILNEGO Z 2019 R.

W artykule autor krytycznie ocenia orzecznictwo wykluczające istnienie zażalenia na postanowienia sądu drugiej instancji kończące formalnie postępowanie w sprawie, w tym o odrzuceniu skargi o wznowienie. W sytuacji kolizji postulatów stabilności prawomocnych orzeczeń z zasadą praworządności ta pierwsza powinna ustąpić drugiej. Zdaniem autora procedura, która z jednej strony przewiduje kontrolę mniej istotnych (ubocznych) orzeczeń formalnych sądu drugiej instancji, a z drugiej strony nie dopuszcza podobnej w zakresie ważniejszych postanowień, bo kończących postępowanie w sprawie, przeczy racjonalności i spójności całego systemu prawnego. Autor opowiada się za dopuszczalnością *per analogiam* zażalenia dewolutywnego (do Sądu Najwyższego) na postanowienie sądu drugiej instancji o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania w sprawach tzw. kasacyjnych, a w pozostałych do innego składu sądu drugiej instancji. *De lege ferenda* postuluje przywrócenie uchylonego art. 394¹ § 2 Kodeksu postępowania cywilnego¹ w niezmienionym brzmieniu, względnie modyfikację art. 394² § 1¹ k.p.c., inaczej niż przyjęto to w uchwalonej 26.01.2023 r. przez Sejm nowelizacji porządkującej przepisy Kodeksu postępowania cywilnego (tzw. Lex Kaczyński)² przewidującej w tym przypadku jedynie zażalenie poziome.

¹ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 2687 ze zm.), dalej k.p.c.

² Zob. art. 1 pkt 51 ustawy z 26.01.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego

W wielu incydentalnych i pomocniczych kwestiach ustawodawca w art. 394² § 1¹ Kodeksu postępowania cywilnego wyraźnie dopuścił możliwość zaskarżenia postanowień wydanych po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji. Wciąż jednak spory w orzecznictwie wywołuje problematyka zaskarżenia znacznie ważniejszych postanowień sądu odwoławczego, bo „kończących postępowanie w sprawie”. Szczególnie interesująca jest kwestia dotycząca dopuszczalności zażalenia na wydane po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji postanowienie o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania. Inspiracją do podjęcia tej tematyki stała się uchwała SN z 7.10.2021 r.³, w której na gruncie obowiązujących od 2019 r. przepisów stwierdzono, że „na postanowienie sądu drugiej instancji odrzucające skargę o wznowienie postępowania nie przysługuje zażalenie”, tym bardziej że skarga o wznowienie, obok skargi kasacyjnej, jest najczęściej składanym nadzwyczajnym środkiem wzruszania prawomocnych, a jednocześnie rażąco wadliwych orzeczeń. Z tym stanowiskiem SN nie sposób się zgodzić, co będzie przedmiotem dalszych rozważań.

Ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁴ został uchylony dotychczasowy przepis art. 394¹ § 2 k.p.c. przewidujący zaskarżalność do SN m.in. postanowień sądu drugiej instancji kończących postępowanie w sprawie (w sprawach kasacyjnych). W art. 394² § 1 i § 1¹ k.p.c. w nowym brzmieniu enumeratywnie wskazano przedmiot postanowień sądu drugiej instancji zaskarżalnych zażaleniem do innego składu tego samego sądu, nie przewidując jednak wprost w tym katalogu postanowienia w przedmiocie odrzucenia skargi o wznowienie postępowania. W związku z tym pojawiły się wątpliwości, czy *de lege lata* w związku z istnieniem zamkniętego katalogu postanowień zaskarżalnych zażaleniem do SN (art. 394¹ k.p.c.)⁵ i zażaleniem poziomym postanowienie sądu drugiej instancji o odrzuceniu skargi wznowieniowej jest zaskarżalne, a jeśli tak, to jakim środkiem zaskarżenia.

1. ZASKARŻALNOŚĆ POSTANOWIEŃ SĄDU DRUGIEJ INSTANCJI W UJĘCIU HISTORYCZNYM

W okresie międzywojennym obowiązywała odwrotna do dzisiejszej zasada procesowa, a mianowicie że wszelkie postanowienia tak sądu grodzkiego, jak i sądu okręgowego były zaskarżalne, o ile kodeks nie stanowił odmiennie (art. 419 § 1 i art. 423 k.p.c. z 29.11.1930 r. w wersji obowiązującej od 1.01.1933 r.⁶).

oraz niektórych innych ustaw, <http://orka.sejm.gov.pl> (dostęp 4.02.2023 r.). Ustawa ta została przesłana do dalszych prac w Senacie – zob. druk nr 909 Senatu RP X kadencji.

³ Uchwała SN z 7.10.2021 r. (III CZP 53/20), OSNC 2022/4, poz. 36.

⁴ Dz.U. z 2019 r. poz. 1469. Ustawa ta weszła w życie 7.11.2019 r. (art. 17).

⁵ Zob. *System prawa procesowego cywilnego*, t. 3, cz. 1, *Środki zaskarżenia*, red. J. Gudowski, s. 401–403 oraz postanowienie SN z 6.11.2020 r. (I CZ 54/20), LEX nr 3076389.

⁶ Zob. Dz.U. z 1932 r. nr 112 poz. 934.

W PRL-u ustawodawca, wprowadzając za wzorem radzieckim dwuinstancyjny system rewizyjny, odwrócił tę zasadę i najpierw ustawą z 20.07.1950 r. o zmianie przepisów postępowania w sprawach cywilnych⁷, a następnie w kodeksie z 1964 r. przyjął, że postanowienia są zaskarżalne zażaleniem, tylko o ile ustawa tak stanowi. Zażalenie zostało wtedy ukształtowane jako zwykły, dewolutywny i suspensywny środek odwoławczy od postanowień sądu pierwszej instancji. Zasadniczo wyłączono wtedy możliwość skarżenia postanowień wydanych przez sąd odwoławczy.

Możliwość zaskarzania do SN postanowień sądu drugiej instancji, początkowo tylko o odrzuceniu kasacji (tak jak czynił to wcześniej art. 429 § 2 k.p.c. z 1930 r.), wprowadzono ponownie już po transformacji ustrojowej z dniem 1.07.1996 r.⁸ Wiązało się to z przywróceniem kasacji jako trzeciej instancji i środka odwoławczego od drugoinstancyjnych orzeczeń merytorycznych (w niektórych ważniejszych sprawach). Zaskarżalność postanowień sądu drugiej instancji odrzucających skargę o wznowienie postępowania przywrócono z dniem 1.07.2000 r. poprzez nadanie nowego brzmienia art. 393¹⁸ k.p.c., który dopuszczał zażalenia na postanowienia wydane przez sąd drugiej instancji kończące postępowanie w sprawie, z tym że wyłącznie w sprawach, w których przysługuje kasacja⁹.

Kolejna znacząca zmiana przepisów procedury w tym zakresie nastąpiła w 2005 r., gdy art. 393¹⁸ k.p.c. został zastąpiony przez art. 394¹ k.p.c.¹⁰ W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej wskazano wtedy, że dotychczasowy art. 393¹⁸ k.p.c. był „wadliwie umiejscowiony” w rozdziale o kasacji, podczas gdy postępowanie zażaleniowe (także przed SN) powinno być w całości uregulowane wśród przepisów o zażaleniu. Powyższą zmianę uzasadniano więc wyłącznie formalną potrzebą zachowania właściwej systematyki kodeksu¹¹. Ostatecznie art. 394 k.p.c. wyczerpująco regulował zaskarżalność postanowień sądu pierwszej instancji, a wprowadzony nowy art. 394¹ k.p.c. odnosił się wyłącznie do postanowień sądu drugiej instancji.

Na gruncie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego w brzmieniu obowiązującym od 2000 r. do 7.11.2019 r. nie było żadnych wątpliwości, że zażalenie na odrzucenie skargi o wznowienie przysługiwało do SN, także w sytuacji, gdy

⁷ Dz.U. nr 38 poz. 349.

⁸ Ustawą z 1.03.1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1996 r. nr 43 poz. 189).

⁹ Zob. art. 1 pkt 34 ustawy z 24.05.2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji (Dz.U. nr 48 poz. 554).

¹⁰ Brzmienie tego przepisu ustalił art. 1 pkt 12 ustawy z 22.12.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2005 r. nr 13 poz. 98).

¹¹ Druk nr 2696 Sejmu IV kadencji, uzasadnienie projektu ustawy, pkt 3, s. 4, <https://orka.sejm.gov.pl> (dostęp: 4.02.2023 r.).

postanowienie w tym przedmiocie wydał sąd drugiej instancji. Wynikało to wprost z art. 394¹ § 2 k.p.c., który umożliwiał zaskarżenie zażaleniem dewolutywnym do SN postanowień sądu drugiej instancji kończących postępowanie w sprawie, o ile tylko dotyczyło to spraw tzw. kasacyjnych (art. 398² § 1 k.p.c.), z wyjątkiem postanowień określonych w art. 398¹ k.p.c., a także tych wydanych w wyniku rozpoznania zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji. Postanowienie takie powszechnie kwalifikowane było jako orzeczenie kończące postępowanie w sprawie¹².

Kolejne nowelizacje procedury w okresie po wejściu w życie nowej Konstytucji RP¹³ zmierzały zasadniczo do poszerzania katalogu zaskarżalnych zażaleń postanowień sądu drugiej instancji. Ustawą z 19.03.2009 r. katalog takich postanowień rozszerzono odnośnie do kosztów procesu, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji, przy czym później (ze skutkiem od 3.05.2012 r.) postanowienia te stały się przedmiotem zażalenia poziomego¹⁴. Ustawą z 28.04.2011 r.¹⁵ przy okazji wprowadzenia do polskiej procedury zażalenia poziomego (stanowiącego wyjątek od klasycznego zażalenia dewolutywnego) dodany został art. 394² § 2 k.p.c.¹⁶ przewidujący zażalenie do innego składu sądu tej samej instancji na postanowienia sądu drugiej instancji w sprawach mniej ważnych, wręcz incydentalnych, a dotyczących np. oddalenia wniosku o wyłączenie sędziego, zwrotu kosztów procesu, skazania na grzywnę świadka, biegłego, strony, jej pełnomocnika oraz osoby trzeciej, zarządzenia przymusowego sprowadzenia i aresztowania świadka, odmowy zwolnienia świadka i biegłego od grzywny i świadka od przymusowego sprowadzenia. Ustawodawca, rozbudowując system i zakres przedmiotowy zażeń poziomych (równoległych)¹⁷, zrezygnował wtedy w znacznej części z ich dewolutywności, zasadniczo nie ograniczając zakresu zaskarżalności zażaleniem.

Projektodawcy ustawy z lipca 2019 r., ograniczając katalog postanowień sądu odwoławczego zaskarżalnych zażaleniem do SN, nie wyjaśnili, czy ich zamiarem było zniesienie możliwości zaskarżania postanowień kończących postępowanie w sprawie wydanych przez sąd odwoławczy, czy też objęcie ich zażaleniem poziomym. Uzasadnienie projektu ustawy jest w tym zakresie wyjątkowo lakoniczne. Poza sformułowaniem, że „art. 394¹ § 2 staje się zbędny i podlega

¹² Zob. postanowienia SN: z 19.03.2002 r. (II CZ 166/01), LEX nr 55111 i z 30.10.2002 r. (II CZ 111/02), LEX nr 77038 oraz M. Manowska, *Etapy badania skargi o wznowienie postępowania (wybrane zagadnienia)*, „Przegląd Sądowy” 2004/11–12, s. 56 i n.

¹³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹⁴ Zob. ustawa z 16.09.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 233 poz. 1381).

¹⁵ Dz.U. nr 138 poz. 806. Przepis ten wszedł w życie 20.07.2011 r.

¹⁶ Przepis ten został dodany przez art. 1 pkt 2 ustawy z 28.04.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 138 poz. 806).

¹⁷ Druk nr 4332 Sejmu VI kadencji – uzasadnienie projektu ustawy, pkt V.2, s. 22–23, <https://orka.sejm.gov.pl> (dostęp: 4.02.2023 r.).

uchyleniu”¹⁸, brak jakiegokolwiek szerszego wyjaśnienia skutków tej derogacji. Poza wyraźnie sygnalizowaną chęcią ograniczenia dewolutywności zażaleń nie ma w uzasadnieniu noweli jakichkolwiek argumentów merytorycznych za zredukowaniem zaskarżalności postanowień kończących postępowanie w sprawie. Ustawodawca wprowadził jako zasadę zaskarżanie orzeczeń wpadkowych zażaleniem poziomym, przy czym w równej mierze dotyczy to orzeczeń sądów obu instancji. Jak bowiem stwierdzono: „Ten sam model (zażaleń poziomych – przyp. JF) należy zastosować w postępowaniu odwoławczym – ograniczając, tak jak do tej pory, katalog postanowień podlegających zaskarżeniu, który należy uzupełnić o postanowienie o odrzuceniu apelacji. Odpowiednią regulację zawiera proj. art. 394²⁰”. Z wypowiedzi tej zdaje się wynikać, że zamiarem projektodawcy noweli było jedynie zastąpienie klasycznego zażalenia dewolutywnego innym jego rodzajem, tj. zażaleniem równoległym, i raczej poszerzenie katalogu orzeczeń objętych zaskarżalnością, a nie jego ograniczenie. Ustawodawca wyraził w ten sposób przekonanie, że nowy przepis art. 394² k.p.c. przedmiotowo pokrywa swym zakresem dotychczasową regulację zawartą w art. 394¹ § 2 k.p.c., a więc obejmuje także postanowienia sądu drugiej instancji kończące postępowanie w sprawie, o ile dotyczą spraw kasacyjnych. Z uzasadnienia projektu ustawy wynika, że „omawiana zmiana polega wyłącznie na zmianie trybu zaskarżenia i sądu właściwego do rozpoznania zażalenia, przy niezmiennym przedmiocie orzeczeń, od których zażalenie to przysługuje”¹⁹.

2. KONSTITUCYJNE POJĘCIE „SPRAWY” A KWESTIA „DWUINSTANCYJNOŚCI POSTĘPOWANIA SĄDOWEGO”

Ponieważ SN w omawianej uchwale III CZP 53/20 odwołał się do stanowiska TK prezentowanego w sprawie SK 2/09²⁰ o braku konstytucyjnej gwarancji prawa do środków nadzwyczajnych, toteż wyjaśnić należy, że konstytucyjne pojęcie „sprawy” ma charakter autonomiczny i nie może być objaśniane poprzez podobne pojęcia funkcjonujące na gruncie poszczególnych ustaw procesowych. Przez „sprawę” w rozumieniu art. 45 Konstytucji należy więc rozumieć „określone zadanie sądu polegające na prawnej kwalifikacji konkretnego stanu faktycznego w celu wydania indywidualnej normy rozstrzygającej o prawach lub obowiązkach określonego podmiotu (adresata)”²¹. Pojęcie to jest paralelne z pojęciem „sporu o prawo”, które stanowi jądro wymiaru sprawiedliwości²². Z tego

¹⁸ Zob. druk nr 3137 Sejmu VIII kadencji, pkt IV.27b, s. 88.

¹⁹ Por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 21.05.2020 r. (I ACa 541/19), niepubl., pkt 6 uzasadnienia.

²⁰ Wyrok TK z 12.01.2010 r. (SK 2/09), OTK-A 2010/1, poz. 1.

²¹ M. Michalska-Marciniak, *Zaskarżalność postanowień w przedmiocie kosztów procesu zasądzonych po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji. Glosa do wyroku TK z 9.02.2010 r. (SK 10/09)*, „Polski Proces Cywilny” 2011/3, s. 173 i wskazany tam wyrok TK z 27.05.2008 r. (SK 57/06), OTK-A 2008/4, poz. 63.

²² Wyrok TK z 13.03.2012 r. (P 39/10), OTK-A 2012/3, poz. 36.

powodu przewidzianego w art. 176 Konstytucji wymagania dwuinstancyjności ustrojodawca nie łączy z terminem „sprawa”, lecz z pojęciem „postępowanie sądowe”. Według niektórych przedstawicieli doktryny nie oznacza to, że „prawo do sądu” dotyczące rozpatrzenia konkretnej „sprawy” (art. 45 Konstytucji) należy łączyć z wymogiem dwuinstancyjności „postępowania sądowego” (art. 176 ust. 1 Konstytucji)²³. W cytowanym wyroku TK z 12.01.2010 r. (SK 2/09) wyjaśniono, że „postępowanie sądowe z art. 176 ust. 1 Konstytucji oznacza postępowanie, w którym dochodzi do wydania merytorycznego orzeczenia co do istoty sprawy”. Zasada ta odnosi się nie tylko do głównego przedmiotu postępowania sądowego, lecz może obejmować także te kwestie wпадkowe, w odniesieniu do których sąd orzeka o prawach i obowiązkach określonego podmiotu, jeżeli dotyczą praw lub obowiązków danego podmiotu²⁴, na przykład odnośnie do ukarania karą porządkową²⁵.

Artykuł 176 ust. 1 jest przepisem gwarancyjnym (podobnie jak art. 78 Konstytucji). Konkretyzuje treść prawa jednostki do zaskarżenia orzeczenia sądu w ramach postępowania sądowego i stanowi jeden z istotnych elementów wyznaczających treść gwarantowanego art. 45 ust. 1 Konstytucji prawa do sądu. O ile jednak „art. 78 gwarantuje generalne prawo do zaskarżania rozstrzygnięć wydawanych w pierwszej instancji we wszystkich postępowaniach prowadzonych przez organy władzy państwowej, o tyle art. 176 ust. 1 formułuje zasadę dwuinstancyjnego postępowania sądowego obowiązującą w sprawach rozpoznawanych od początku do końca przez sądy”²⁶. Gwarancja proceduralnej kontroli postępowania sądowego służyć ma zapobieganiu często występującym w praktyce pomyłkom sądowym i arbitralności rozstrzygnięć sądowych²⁷. Mimo to SN w uchwale III CZP 53/20 uznał, że na postanowienie sądu drugiej instancji o odrzuceniu skargi, które niewątpliwie orzeka o prawach konkretnego podmiotu, nie przysługuje żaden środek zaskarżenia, w tym także zażalenie poziome.

W przywołanym powyżej wyroku z 12.09.2006 r. (SK 21/05) Trybunał podkreślił, że „konstytucyjne standardy prawa do sądu wyznaczone przez art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji dotyczą zarówno postępowania przed sądem pierwszej, jak i drugiej instancji, ale regulacje dotyczące postępowania sądowego w drugiej instancji muszą uwzględniać specyfikę tego postępowania. Konstytucyjna zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego zakłada w szczególności: 1) dostęp do sądu drugiej instancji, a co za tym idzie – przyznanie stronom odpowiednich środków zaskarżenia; 2) powierzenie rozpoznania sprawy w drugiej instancji – co do zasady – sądowi wyższego szczebla,

²³ M. Michalska-Marciniak, *Zaskarżalność...*, s. 174 i wskazana tam w przypisie nr 24 literatura.

²⁴ Por. wyroki TK: z 3.07.2002 r. (SK 31/01), OTK-A 2002/4, poz. 49; z 27.03.2007 r. (SK 3/05), OTK-A 2007/3, poz. 32 oraz z 31 marca 2009 r. (SK 19/08), OTK-A 2009/3, poz. 29.

²⁵ Por. cyt. powyżej wyrok TK z 3.07.2002 r. (SK 31/01), OTK-A 2012/3, poz. 26.

²⁶ Wyrok TK z 12.09.2006 r. (SK 21/05), OTK-A 2006/8, poz. 103.

²⁷ Por. wyrok TK z 12.06.2002 r. (P 13/01), OTK-A 2002/4, poz. 42.

a w konsekwencji nadanie środkowi zaskarżenia charakteru dewolutywnego; 3) odpowiednie ukształtowanie procedury przed sądem drugiej instancji, tak aby sąd ten mógł wszechstronnie zbadać rozpoznawaną sprawę i wydać rozstrzygnięcie merytoryczne²⁸.

Zasada dwuinstancyjności nie wymaga, aby w każdej kwestii wypadkowej, niemającej charakteru odrębnej „sprawy” w rozumieniu Konstytucji, przysługiwał dewolutywny środek zaskarżenia do sądu wyższego instancyjnie. Skoro jednak istnieje domniemanie dwuinstancyjności (i dewolutywności środka zaskarżenia), to konsekwentnie wszelkie wyjątki od tej zasady, a więc dotyczące zażeń poziomych, powinny wynikać wprost z przepisów ustawy i być wykładane ściśle. W tym kierunku idzie uchwalona 26.01.2023 r. zmiana art. 394 k.p.c., polegająca na dodaniu § 4 o brzmieniu: „Jeżeli przepis szczególny przewiduje, że stronie przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, ale nie określa, jaki sąd ma je rozpoznać, zażalenie rozpoznaje sąd drugiej instancji”²⁹. Istotne znaczenie dla konstytucyjnej oceny zaskarżalności postanowień sądu drugiej instancji, zwłaszcza tych „kończących postępowanie w sprawie”, ma zatem ustalenie, czy postanowienie takie zapadłe w toku postępowania dotyczy „sprawy” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, albowiem wtedy, zgodnie z orzecznictwem trybunalskim, aktualizuje się konieczność zapewnienia weryfikacji takiego orzeczenia (najlepiej instancyjnej) zgodnie z wymogami przewidzianymi przez art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji. Dewolutywny model zażenia zapewnia bowiem wyższy standard kontroli odwoławczej³⁰. Dostrzegając wskazywaną w orzecznictwie różnicę między „instancyjnością postępowania sądowego” a „zaskarżalnością orzeczeń”, a w szczególności że zaskarżenie nie musi wiązać się z dewolutywnością środka zaskarżenia i rozpoznaniem go przez sąd wyższej instancji, można dojść do wniosku, że kontrolą instancyjną powinny być objęte rozstrzygnięcia „w sprawie” jako pewnej całości, w tym zwłaszcza „kończące postępowanie w sprawie”, natomiast kwestie „służebne” wobec głównego postępowania merytorycznego, uboczne i incydentalne mogą być poddane kontroli poziomej sprawowanej przez inny skład tego samego sądu, z zastrzeżeniem jednak, że z praktycznego punktu widzenia zażenia poziome wciąż stanowią swego rodzaju iluzję realnej kontroli ich legalności, o czym ustawodawca powinien pamiętać, przygotowując kolejne nowelizacje procedury cywilnej. Powinny też być traktowane przez ustawodawcę jako wyjątek od zażeń klasycznych. W żadnym razie szybkość postępowania nie może niweczyć prawa strony do sprawiedliwego rozstrzygnięcia sprawy.

²⁸ Por. wyrok TK z 31.03.2009 r. (SK 19/08), OTK-A 2009/3, poz. 29.

²⁹ Zob. art. 1 pkt 48c ustawy z 26.01.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, <http://orka.sej.gov.pl> (dostęp 4.02.2023 r.).

³⁰ Por. uchwała SN z 1.07.2021 r. (III CZP 36/20), OSNC 2021/11, poz. 74 i postanowienie SN z 21.01.2022 r. (III CZP 10/22), OSNC 2022/6, poz. 63.

3. POSTANOWIENIA KOŃCZĄCE I NIEKOŃCZĄCE POSTĘPOWANIE W SPRAWIE

Kodeks postępowania cywilnego odrębnie traktuje „postanowienia kończące postępowanie w sprawie” od będących ich przeciwieństwem „postanowień niekończących postępowania”. Te drugie, rozstrzygające wyłącznie zagadnienia uboczne (incydentalne, wypadkowe), mogą być uchylane i zmieniane wskutek zmiany okoliczności sprawy, chociażby były prawomocne (art. 359 § 1 k.p.c.). Dotychczasowa konstrukcja dopuszczalności zażaleń wyraźnie wyróżniała „postanowienia kończące postępowanie w sprawie” od innych postanowień o charakterze formalnym wydawanych w sprawach mniej istotnych, których zaskarżalność uzależniona była od wyraźnego wskazania w ustawie. Ze względu na szczególną wagę tych pierwszych były one zaskarżalne zasadniczo w każdym przypadku i w obu instancjach (zob. art. 394 § 1 k.p.c. oraz art. 394¹ § 2 k.p.c. w brzmieniu sprzed 7.11.2019 r.), z tym że w przypadku postanowień drugiej instancji tylko w sprawach tzw. kasacyjnych. Zresztą w doktrynie podkreśla się, że tego typu orzeczenia powinny być bezwzględnie objęte zaskarżalnością³¹. Podobne stanowisko wyrażono w orzecznictwie³².

Przez postanowienia kończące sprawę (w znaczeniu materialnoprawnym³³) należy rozumieć postanowienia, które kończą całe postępowanie lub definitywnie zamykają drogę do wydania wyroku (orzeczenia merytorycznego)³⁴. W związku z tym w orzecznictwie wyjaśniono, że zażaleniem do SN zaskarżalne były przykładowo następujące postanowienia sądu drugiej instancji: odrzucające wniosek strony o doręczenie odpisu wyroku z uzasadnieniem w celu wniesienia skargi kasacyjnej³⁵, postanowienie odrzucające zażalenie na postanowienia o odrzuceniu skargi kasacyjnej³⁶, postanowienie umarzające postępowanie apelacyjne³⁷, postanowienie oddalające zażalenie na zarządzenie o zwrocie odwołań, w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych³⁸, postanowienie o odmowie uzupełnienia orzeczenia zapadłego w przedmiocie rozpoznania apelacji³⁹, odrzucające zażalenie wniesione na postanowienie sądu pierwszej

³¹ T. Zembrzusi, *Dopuszczalność zażalenia* (w:) *System prawa procesowego cywilnego*, t. 3, cz. 1, *Środki zaskarżenia*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 406 oraz cytowana przez niego literatura.

³² Por. postanowienie SN z 21.01.2022 r. (III CZP 10/22).

³³ T. Zembrzusi, *Dopuszczalność...*, s. 407.

³⁴ T. Zembrzusi, *Dopuszczalność...*, s. 407 oraz R. Obrębski, *Pojęcie postanowień kończących postępowanie w sprawach cywilnych*, „Przegląd Sądowy” 1999/11–12, s. 124.

³⁵ Postanowienie SN z 15.12.2005 r. (I PZ 22/05), OSNP 2006/21–22, poz. 330; postanowienie SN z 17.07.2003 r. (II UZ 36/03), OSNP 2004/10, poz. 178.

³⁶ Postanowienie SN z 7.12.2017 r. (V CZ 84/17), LEX nr 2435684.

³⁷ Postanowienie SN z 18.04.2018 r. (IV CZ 17/18), LEX nr 2498015.

³⁸ Postanowienie SN z 16.02.2017 r. (II UZ 78/16), LEX nr 2255427.

³⁹ Postanowienie SN z 25.02.2016 r. (III CZP 5/16), LEX nr 1994369.

instancji kończące postępowanie w sprawie⁴⁰, a także o odrzuceniu apelacji⁴¹, o umorzeniu postępowania apelacyjnego⁴², o odmowie sporządzenia i doręczenia uzasadnienia wyroku⁴³ lub o odmowie uzupełnienia wyroku⁴⁴. Wcześniej SN kilkakrotnie wypowiedział się za dopuszczalnością zaskarżenia takim zażaleniem także postanowień o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania⁴⁵. Zapewnienie SN kontroli nad prawidłowością niemerytorycznego zakończenia postępowania w tych sprawach, w których orzeczenie merytoryczne sądu drugiej instancji podlegałoby kontroli kasacyjnej, stanowiło *ratio legis* art. 394¹ § 2 k.p.c.

Trybunał Konstytucyjny kilkakrotnie wypowiedział się odnośnie do trybu odwoławczego od postanowień sądu drugiej instancji, co związane było z wejściem w życie art. 176 ust. 1 Konstytucji (19.10.1997 r.) stanowiącego gwarancję prawa do sądu⁴⁶. Przepisem tym wprowadzono zasadę dwuinstancyjności „postępowania sądowego”. Tym samym wzmocniono zasadę kontroli instancyjnej jako pewnego minimum gwarancji procesowych. W jednej z pierwszych spraw tego typu TK uznał, że art. 393¹⁸ § 2 k.p.c. (poprzednik art. 394¹ § 2 k.p.c.) jest niezgodny z art. 78 i 176 Konstytucji w zakresie, w jakim uniemożliwia zaskarżenie postanowienia w przedmiocie kosztów procesu zasądzonych po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji⁴⁷, a w kolejnym wyroku, z 9.02.2010 r. (SK 10/09)⁴⁸, powtórzył tę samą argumentację, odnosząc ją wprost do art. 394¹ § 2 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do 21.05.2009 r., z tym dodatkiem, że przepis ten uznał za niezgodny także z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 32 Konstytucji. Efektem wykonania pierwszego z tych wyroków TK, tj. z 27.03.2007 r. (SK 3/05),

⁴⁰ Postanowienie SN z 11.08.2015 r. (III SZ 4/15), LEX nr 2121032.

⁴¹ Postanowienie SN z 18.04.2001 r. (III CZ 10/01), LEX nr 52569 i z 23.05.2018 r. (I CSK 34/18), LEX nr 2508115.

⁴² Por. postanowienie SN z 8.03.2013 r. (III CZ 12/13), LEX nr 1331313; postanowienie SN z 25.09.2014 r. (II CZ 45/14), LEX nr 1532736.

⁴³ Por. postanowienie SN z 7.03.2013 r. (II CZ 194/12), LEX nr 1314409; postanowienie SN z 30.10.2013 r. (V CZ 48/13), LEX nr 1403918; postanowienie SN z 8.10.2020 r. (I CZ 51/20), LEX nr 3066680.

⁴⁴ Por. postanowienie SN z 25.02.2016 r. (III CZ 5/16), LEX nr 1994369; postanowienie SN z 21.03.2019 r. (II CZ 113/18), LEX nr 2642159.

⁴⁵ Por. postanowienie SN z 14.11.2006 r. (II CZ 85/06), LEX nr 738103; postanowienie SN z 20.06.2008 r. (IV CZ 36/08), LEX nr 637707; postanowienie SN z 8.09.2010 r. (III PZ 6/10), OSNP 2012/1–2, poz. 12, dotyczyło to jednak stanu prawnego sprzed 7.11.2019 r.

⁴⁶ Por. wyrok TK z 27.03.2007 r. (SK 3/05), OTK-A 2007/3, poz. 32 (dot. kosztów procesu zasądzonych po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji); wyrok TK z 31.03.2009 r. (SK 19/08), OTK-A 2009/3, poz. 29 (dot. odmowy zwolnienia od kosztów sądowych); wyrok TK z 12.01.2010 r. (SK 2/09) (dot. odrzucenia skargi o wznowienie w sprawach niekasacyjnych), OTK-A 2010/1, poz. 1; wyrok TK z 9.02.2010 r. (SK 10/09), OTK-A 2010/2 poz. 10 (dot. kosztów procesu); wyrok TK z 2.06.2010 r. (SK 38/09), OTK-A 2010/5, poz. 46 (dot. oddalenia wniosku o wyłączenie sędziego); wyrok TK z 30.10.2012 r. (SK 20/11), OTK-A 2012/9, poz. 110 (dot. kosztów nieopłaconej pomocy prawnej świadczonej z urzędu).

⁴⁷ Wyrok TK z 27.03.2007 r. (SK 3/05), OTK-A 2007/3, poz. 32.

⁴⁸ OTK-A 2010/2, poz. 10.

było wprowadzenie ustawą z 19.03.2009 r. zaskarżalności do SN postanowień co do kosztów procesu, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji.

Pod wpływem dalszego rozwoju orzecznictwa oraz w wykonaniu m.in. wyroku TK z 2.06.2010 r. (SK 38/09)⁴⁹ ustawodawca ustawą z 28.04.2011 r.⁵⁰ wprowadził zażalenia poziome, a przy tej okazji nowy art. 394² § 1¹ k.p.c. w jego obecnym brzmieniu, przewidujący zażalenie do innego składu sądu drugiej instancji w sprawach incydentalnych. W piśmiennictwie słusznie zwraca się wciąż uwagę na ułomność kontroli poziomej, która to instytucja nie uwzględnia zjawiska oportunistycznego⁵¹, relacji koleżeńskich wewnątrz wydziału danego sądu, co niekiedy powoduje, że szanse uwzględnienia mniej oczywistych zażeń poziomych stają się wręcz iluzoryczne. Zauważył to zresztą SN w przywołanej wcześniej uchwale z 1.07.2021 r. (III CZP 36/20), stwierdzając, że „brak dewolutywności rzutuje na gwarancyjność środka zaskarżenia (...) i może wpływać na zaufanie do jego funkcjonowania w odbiorze społecznym”. Z praktyki ostatnich lat wynika, że zażalenia te są uwzględniane znacznie rzadziej, niż miało to miejsce, gdy były one przedmiotem klasycznych zażeń o charakterze dewolutywnym. Interesujące w tym zakresie mogą okazać się wyniki badań uwzględniające procentowy udział uwzględnionych zażeń w zależności od tego, który sąd je rozpatrywał, tej samej czy wyższej instancji. Dlatego też należy negatywnie ocenić propozycję Sejmu w tym zakresie zawartą we wspomnianej noweli z 26.01.2023 r.

4. KAZUS DOTYCZĄCY NIEWAŻNOŚCI POSTĘPOWANIA WZNOWIENIOWEGO

W ramach rozważań nad dopuszczalnością zażeń na postanowienia sądu drugiej instancji warto posłużyć się następującym kazusem. Sąd drugiej instancji postanowieniem wydanym na posiedzeniu niejawnym w składzie jednego sędziego odrzuca *a limine* skargę o wznowienie postępowania opartą na zarzucie z art. 401 pkt 1 k.p.c., a mianowicie że w sprawie głównej orzekał sędzia wyłączony z mocy ustawy. Sędzią orzekającym w przedmiocie dopuszczalności skargi wznowieniowej jest ten sam sędzia, który wcześniej w sprawie zakończonej prawomocnym wyrokiem orzekał merytorycznie w drugiej instancji, pełniąc przy tym funkcję sędziego sprawozdawcy. Oczywiście jest, że sędzia ten, zgodnie z art. 413 w zw. z art. 48 § 3 k.p.c., wyłączony jest z mocy ustawy (*iudex inhabilis*) od orzekania w przedmiocie skargi wznowieniowej, a mimo to

⁴⁹ OTK-A 2010/5, poz. 46.

⁵⁰ Ustawa z 28.04.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 138 poz. 806).

⁵¹ Zob. P. Padaszyński, *Zagubiona w reformach. Sprawiedliwości ani nie widać, ani się o niej nie mówi*, „Rzeczpospolita” z 19.07.2022 r.

odrzucając skargę, nie dopuścił on do merytorycznego jej rozpoznania przez sąd w innym składzie.

Powstaje zatem pytanie, czy, a jeśli tak, to jakie środki zaskarżenia przysługują stronie wnoszącej tak oczywistą skargę wznowieniową, w sytuacji gdy skarga taka zostaje formalnie odrzucona w warunkach nieważności postępowania (art. 379 pkt 4 k.p.c., gdyż w jej rozpoznaniu brał udział sędzia wyłączony z mocy ustawy). Podstawy skarg o wznowienie mogą być różne, np. uzyskanie wyroku w wyniku przestępstwa czy też późniejsze wykrycie prawomocnego wyroku dotyczącego tego samego stosunku prawnego (art. 403 § 1 pkt 2 i art. 403 § 2 k.p.c.). Mimo to, wskutek występującego w praktyce oportunistycznego sędziowskiego, okazać się może, że strona pozbawiona zostanie przysługującego jej uprawnienia do weryfikacji zgodności z prawem rażąco wadliwego orzeczenia jedynie z powodu niezaskarżalności takiego orzeczenia.

Sytuacja strony pokrzywdzonej jest tym gorsza, że w okresie obowiązywania regulacji pandemicznych postanowienia takie zapadają jednoosobowo (art. 367 § 3 zd. drugie k.p.c.), a nie w składzie trzech sędziów zawodowych, jak było to do 7.11.2019 r. Nie dysponuję w tym względzie miarodajną statystyką, ale z obserwacji praktyki sądowej można wnosić, że skargi o wznowienie postępowania częściej dotyczą spraw zakończonych prawomocnym orzeczeniem sądu drugiej niż pierwszej instancji. Skarżącymi wznowieniowo zazwyczaj są strony niezadowolone z prawomocnego rozstrzygnięcia, które starały się w ramach postępowania zwykłego wykorzystać wszystkie zwyczajne środki odwoławcze. Dodatkowo sąd odrzucający skargę może odmówić sporządzenia pisemnego uzasadnienia rozstrzygnięcia, skoro zgodnie z art. 357 § 2¹ k.p.c. „postanowienie wydane na posiedzeniu niejawnym sąd uzasadnia tylko wtedy, gdy podlega ono zaskarżeniu i tylko na żądanie strony zgłoszone w terminie tygodnia od dnia doręczenia postanowienia”. W tym przypadku nie znajdzie zastosowania art. 397 § 2 k.p.c., na podstawie którego „w postępowaniu toczącym się na skutek zażalenia sąd uzasadnia z urzędu postanowienie kończące to postępowanie”, gdyż przepis ten dotyczy jedynie postanowień wydanych na skutek rozpoznania skutecznie wniesionego zażalenia.

5. ORZECANIE PRZEZ SĄD DRUGIEJ INSTANCJI W PRZEDMIOCIE DOPUSZCZALNOŚCI SKARGI WZNOWIENIOWEJ

Podstawą wznowienia postępowania mogą być jedynie szczególnie ważne względy. Skarga musi być uzasadniona albo enumeratywnie wskazanymi w art. 401 i 401¹ k.p.c. przyczynami nieważności postępowania, albo określonymi w art. 403 § 1 k.p.c. przyczynami restytucyjnymi i w tych wypadkach nie ma znaczenia, czy wskazane jako podstawa wniosku naruszenie prawa miało lub mogło mieć wpływ na treść orzeczenia. Jedynie w przypadku tzw. nowości określonych w art. 403 § 2 i § 4 k.p.c. istotne jest, by miały one wpływ na ostateczny wynik sprawy.

Jeżeli postanowienie odrzucające skargę wznowieniową zostało wydane przez sąd pierwszej instancji, to jako postanowienie kończące postępowanie w sprawie zaskarżalne jest zwykłym zażaleniem o charakterze dewolutywnym i suspensywnym do sądu drugiej instancji (art. 394 § 1 *in principio* k.p.c.). Natomiast jeżeli sąd drugiej instancji (okręgowy lub apelacyjny) jako właściwy na podstawie art. 405 zd. pierwsze *in fine* k.p.c. orzeka w tym samym przedmiocie, to pozycja wnoszącego skargę jest zgoła inna i znacznie gorsza. Mimo że orzeczenie to należy uznać za pierwsze w odrębnej sprawie wznowieniowej⁵², to jednak traktowane jest ono jako wydane przez sąd odwoławczy, a z kolei sąd „wyższej instancji” zawsze orzeka jako sąd drugiej instancji niezależnie od tego, czy sprawę rozpoznaje po raz pierwszy⁵³. Warto przy tym mieć na uwadze, że w postępowaniu cywilnym występują sądy aż czterech rzędów: rejonowe, okręgowe, apelacyjne i Sąd Najwyższy, lecz zawsze jedynie dwóch instancji. Według TK za „orzeczenie materialnie pierwsze w sprawie” należy uznać orzeczenie wydane przez sąd po raz pierwszy, niezależnie od rzędu sądu, który je wydał⁵⁴, przy czym, co jest już mniej zrozumiałe, „żadne orzeczenie wydane przez sąd ustrojowo będący sądem drugiej instancji nie może zostać uznane za orzeczenie pierwszoinstancyjne, nawet jeżeli o danej kwestii rozstrzyga po raz pierwszy sąd drugiej instancji”⁵⁵.

W orzecznictwie ukształtował się, moim zdaniem błędny, pogląd, że po wejściu w życie cytowanej ustawy z 4.07.2019 r. na postanowienie sądu drugiej instancji o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania zażalenie do SN nie przysługuje⁵⁶. Stanowisko takie zajął ostatnio SN w cytowanej uchwałce z 7.10.2021 r. (III CZP 53/20), w której negatywnie odniósł się do istnienia możliwości zaskarżenia takiego postanowienia również zażaleniem skierowanym do innego składu tego samego sądu. Uchwała ta wymaga nieco szerszego omówienia, a to z powodu podnoszonych w niej argumentów odrzucających możliwość zastosowania art. 394² § 1 lub § 1¹ k.p.c. *per analogiam*. Dostrzegając potrzebę zapewnienia stronom tożsamej ochrony prawnej w sprawach do siebie zbliżonych, SN uznał, że „przeciwko dopuszczalności zażalenia na postano-

⁵² TK w cytowanym już wyroku z 27.03.2007 r. (SK 3/05), inaczej niż w innych swych judykatach, stwierdził, że w zakresie orzekania o kosztach procesu za sąd pierwszej instancji w rozumieniu art. 78 zd. 1 Konstytucji należy uznać ten sąd, który orzekał o zwrocie kosztów procesu w danym zakresie po raz pierwszy, mimo że „formalnie (ustrojowo)” mógł to być sąd drugiej instancji.

⁵³ Por. postanowienie SN z 22.07.1999 r. (I PKN 312/99), „Monitor Prawniczy” 2000/3, s. 135; podobnie zob. M. Manowska, *Wznowienie postępowania w procesie cywilnym*, Warszawa 2008, s. 228; T. Zembrzuski, *Zaskarżanie orzeczeń incydentalnych wydanych po raz pierwszy w toku instancji (uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego)*, „Przeгляд Sądowy” 2007/9, s. 23.

⁵⁴ M. Michalska-Marciniak, *Zaskarżalność...*, s. 172

⁵⁵ M. Michalska-Marciniak, *Zaskarżalność...*, s. 175. Podobnie M. Romańska (w): *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do zmian*, red. T. Zembrzuski, Warszawa 2020, t. 1 i 2, uwaga nr 13 do art. 394.

⁵⁶ Por. postanowienia SN: z 27.05.2020 r. (III CZ 13/20), LEX nr 3029693; z 27.05.2020 r. (V CZ 17/20), LEX nr 3027531; z 30.09.2020 r. (I CZ 37/20), LEX nr 3068546; z 28.04.2021 r. (IV CZ 78/20), LEX nr 3220129; z 26.05.2021 r. (I CZ 20/21), LEX nr 3181544.

wienia inne niż wskazane w ustawie” przemawia istnienie ryzyka dowolnego poszerzania przypadków dopuszczalności zażalenia i „zamknięty katalog postanowień zaskarżalnych zażaleniem jest rezultatem świadomego odejścia kodyfikatorów powojennych od rozwiązań przyjętych pierwotnie w Kodeksie postępowania cywilnego z 1930 r.”. Ponadto sąd ten twierdzi, że za zachowaniem „wyjątkowego charakteru przypadków zaskarżalności postanowień sądu drugiej instancji przemawiają względy systemowe i celowościowe wynikające z pozycji procesowej sądu drugiej instancji i dążenia do sprawności postępowania”, a także że katalog postanowień drugiej instancji zaskarżalnych zażaleniem nie jest spójny i kompletny w obrębie objętych nim kategorii, i dlatego korzystanie z wniosku *per analogiam* prowadziłoby do rozchwiania katalogu orzeczeń zaskarżalnych zażaleniem, tym bardziej gdyby dotyczyć to miało tak „licznej i niejednorodnej grupy postanowień, jakimi są postanowienia sądu drugiej instancji kończące postępowanie w sprawie”.

Rozważając odmienność orzeczenia o odrzuceniu apelacji i o odrzuceniu skargi o wznowienie, SN zwrócił uwagę, że co prawda oba postanowienia kończą postępowanie w sprawie, to pierwsze dotyczy wyroku nieprawomocnego, podczas gdy drugie jest środkiem nadzwyczajnym przysługującym od wyroku już prawomocnego i stanowi odstępstwo od zasady stabilności prawomocnych orzeczeń sądowych. Zdaniem SN odmienne potraktowanie obu sytuacji nie jest „dotknięte rażąco niespójnością ocen bądź brakiem racjonalności w stopniu, który uzasadniałby przełamanie wyników wykładni językowej, bądź sięgnięcie do analogii”. Wreszcie swoje rozważania kończy odwołaniem się do cytowanego już stanowiska TK z 2010 r., zgodnie z którym „możliwość wznowienia postępowania, podobnie jak uprawnienie do wniesienia skargi kasacyjnej, nie jest gwarantowana konstytucyjnie, a tym samym nie jest objęta wszystkimi gwarancjami, które wynikają z prawa do sądu i zasady dwuinstancyjności postępowania”⁵⁷.

6. KOLIZJA MIĘDZY PRAWORZĄDNOŚCIĄ A STABILNOŚCIĄ PRAWOMOCNYCH ORZECZEŃ SĄDOWYCH

Nie ma żadnej różnicy aksjologicznej między postanowieniem o odrzuceniu skargi o wznowienie wydanym przez sąd pierwszej, jak i przez sąd drugiej instancji. Oba pełnią tożsamą funkcję procesową. W obu przypadkach skarga taka przysługuje od orzeczenia prawomocnego. W sposób oczywisty stanowisko prezentowane przez SN w uchwale III CZP 53/20 prowadzi do naruszenia zasady równości proceduralnej, skoro możliwość zaskarżenia „prawomocnego” orzeczenia zależy wyłącznie od przypadku, czy prawomocne orzeczenie zostało wydane przez sąd pierwszej, czy też drugiej instancji, zwłaszcza w sprawie „niekasacyjnej”. Identyczny cel przyświeca skardze o wznowienie składanej tak

⁵⁷ Por. wyrok TK z 12.01.2010 r. (SK 2/09), OTK-A 2010/1, poz. 1.

w pierwszej, jak i w drugiej instancji, przy czym w obu przypadkach takie same są też przesłanki wznowieniowe.

Podobnie, brak istotnej różnicy między zaskarżalnymi wprost na podstawie art. 394¹ § 1 k.p.c. postanowieniami sądu drugiej instancji o odrzuceniu skargi kasacyjnej i odrzuceniu skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 89 ustawy o SN) a postanowieniem o odrzuceniu skargi o wznowienie w sprawie kasacyjnej. Podmioty legitymujące się takimi orzeczeniami charakteryzują się bowiem podobną cechą relewantną (dążą do wyeliminowania z obrotu prawnego prawomocnego orzeczenia obarczonego rażącymi wadami prawnymi). Chodzi zatem o gwarancję dostępu do SN w sprawach bezpośrednio związanych z jego działalnością orzeczniczą poprzez zapewnienie dodatkowej kontroli postanowień odrzucających nadzwyczajne środki zaskarżenia. Ich wspólnym celem jest zatem nie tyle zmiana bądź uchylenie zaskarżonego prawomocnego wyroku, ile doprowadzenie do wydania „orzeczenia odpowiadającego standardowi sprawiedliwości i rzetelności”⁵⁸. Wskutek odrzucenia wniesionych skarg następuje zamknięcie drogi sądowej do weryfikacji legalności prawomocnego wyroku przez SN w sprawach kasacyjnych. Sytuacja procesowa stron w tych przypadkach jest podobna. Nie należy więc traktować ich odmiennie, zwłaszcza że przed SN obowiązuje przymus adwokacko-radcowski (art. 87¹ § 1 k.p.c.), co zasadniczo zapobiega wnoszeniu zażaleń oczywiście bezzasadnych.

Wzgląd na zasadę stabilności prawomocnych orzeczeń może co prawda przemawiać za pewnym ograniczeniem nadzwyczajnych środków zaskarżenia (np. ze względu na wartość przedmiotu zaskarżenia), albowiem możliwość wzruszenia prawomocnych orzeczeń nawet rażąco wadliwych nie jest gwarantowana konstytucyjnie⁵⁹, jednak oczywiste jest, że ograniczenie to samo w sobie nie może naruszać istoty prawa do sądu i sprawiedliwego (trafnego) rozstrzygnięcia. Ustawodawca może suwerennie kształtować przesłanki ich uruchomienia, zakres podmiotów uprawnionych do ich wnoszenia oraz kategorię spraw, w których przysługują⁶⁰, przy czym w sytuacji kolizji postulatu stabilności prawomocnych orzeczeń z zasadą praworządności ta pierwsza powinna ustąpić drugiej. Powaga rzeczy osądzonej powinna bowiem chronić wyłącznie te orzeczenia, które odpowiadają wymogom sprawiedliwości proceduralnej i praworządności⁶¹.

Z tego właśnie powodu ustawodawca na gruncie wszystkich procedur przewidział środki nadzwyczajne, które służą wyeliminowaniu z obrotu prawnego szczególnie wadliwych orzeczeń, nawet jeśli przysługuje im przymiot prawo-

⁵⁸ Zob. M. Manowska, *Wznowienie...*, s. 263.

⁵⁹ Por. postanowienie TK z 28.05.2003 r. (SK 33/02), OTK-A 2003/5, poz. 47; postanowienie TK z 2.04.2009 r. (Is 35/08), OTK-B 2009/5, poz. 393 oraz wyrok TK z 12.01.2010 r. (SK 2/09), OTK-A 2010/1, poz. 1.

⁶⁰ Por. wyrok TK z 13.05.2002 r. (SK 32/01), OTK-A 2002/3, poz. 31.

⁶¹ Wyrok TK z 13.05.2002 r. (SK 32/01), OTK-A 2002/3, poz. 31.

mocności. Wspólnym ich celem jest zapewnienie obywatelom mechanizmu pozwalającego na wzruszenie orzeczeń, które aczkolwiek prawomocne, to okazały się być rażąco wadliwe prawnie. Zasada stabilności prawomocnych orzeczeń nie może przemawiać za brakiem zaskarżalności tylko jednego rodzaju postanowień, tj. w przedmiocie odrzucenia skargi o wznowienie. Ustawodawca zdaje się w sposób nieuzasadniony różnicować pozycję podmiotów dochodzących swoich praw w ramach tego samego postępowania dotyczącego zawsze prawomocnego orzeczenia jedynie w zależności od tego, czy przedmiotem skargi jest takie orzeczenie pierwszej, czy drugiej instancji oraz rodzaju wybranego przez wnioskodawcę nadzwyczajnego środka zaskarżenia.

Również nie ma tak znaczących różnic, jak zdaje się wskazywać SN w uchwale III CZP 53/20, między zaskarżalnym do SN postanowieniem sądu drugiej instancji o odrzuceniu apelacji a takim samym postanowieniem o odrzuceniu skargi o wznowienie. Oba orzeczenia kończą postępowanie zmierzające do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, a w sprawach kasacyjnych dodatkowo zamykają drogę do weryfikacji ich poprawności przez SN, mimo że należą do kategorii spraw, które w zwykłym toku podlegają merytorycznej kontroli tego sądu.

7. ZASADA ZUPEŁNOŚCI I SPÓJNOŚCI SYSTEMU PRAWA A PROKONSTYTUCYJNA WYKŁADNIA PER ANALOGIAM W ZAKRESIE ISTNIEJĄCEJ LUKI W PRAWIE

Sądy są zobowiązane do bezpośredniego stosowania Konstytucji, gdy „jest to potrzebne i możliwe”⁶², w szczególności poprzez stosowanie tzw. wykładni w zgodzie z Konstytucją (wykładni prokonstytucyjnej⁶³), albowiem „wolę ustawodawcy należy wyklądać tak, by nadać jej racjonalny sens i zapewnić zgodność z zasadami konstytucyjnymi”⁶⁴. Polega ona na wyborze tego kierunku wykładni przepisu spośród „konkurujących”, który jest zgodny z konstytucyjnymi normami i wartościami. Jest to zwłaszcza możliwe poprzez ostrożne odwołanie się do analogii *legis*. Możliwość sięgania do analogii z przepisów dopuszczających zażalenie została powszechnie zaakceptowana tak w doktrynie⁶⁵, jak i w judykaturze. Sąd Najwyższy wielokrotnie bowiem podejmował próby takiej prokonstytucyjnej wykładni poprzez zastosowanie analogii, np. odnośnie do

⁶² Por. postanowienie TK z 22.03.2000 r. (P 12/98), OTK 2000/2, poz. 67, pkt II.1 uzasadnienia.

⁶³ Na temat wykładni prokonstytucyjnej szerzej zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Palestra” 2016/4, s. 5–30; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017.

⁶⁴ Zob. uchwała SN z 20.05.2011 (III CZP 14/11), OSNC 2012/1, poz. 2.

⁶⁵ Por. M. Walasik, *Analogia w prawie procesowym cywilnym*, Warszawa 2013, s. 290–293 wraz ze wskazaną tam dalszą literaturą i orzecznictwem; a także B. Bładowski, *Szczególne wypadki dopuszczalności zażalenia w postępowaniu cywilnym*, „Palestra” 1991/3–4, s. 27.

art. 394¹ § 1 pkt 2 k.p.c.⁶⁶ Jak bowiem wskazał w postanowieniu z 2.09.2021 r.⁶⁷, „okoliczność, iż nowela z 1.03.1996 r. nie przewidywała wprost zażalenia na postanowienie sądu odwoławczego (wydane jednak nie w wyniku rozpoznania zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji) kończące postępowanie w sprawach (...), nie oznacza jeszcze, iż tego rodzaju zażalenie nie jest dopuszczalne, mając na uwadze zasady zupełności i spójności systemu prawnego oraz standardy demokratycznego państwa prawnego”. Zastosowanie tej metody w konkretnej sytuacji wymaga zawsze wnikliwej oceny, „czy istotnie rozważane przypadki mają podobny charakter, z uwzględnieniem przedmiotu konkretnego postanowienia, jego wagi dla stron i fazy postępowania, w której zapada, oraz czy w tym świetle niedopuszczalność zażalenia kolidowałaby z przypisywaną ustawodawcy spójnością ocen na tyle rażąco, że powstają warunki do stosowania analogii”⁶⁸.

Przy określeniu granic dopuszczalności analogii często istotne znaczenie mają argumenty natury konstytucyjnej, na co trafnie zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Krakowie w pytaniu prawnym z 21.05.2020 r. (I ACa 541/19) do SN. Konieczność adaptacji regulacji prawnej w procesie jej stosowania do treści wynikających z Konstytucji, prawa unijnego lub innych ponadustawowych źródeł prawa (por. art. 9 i art. 91 ust. 2 Konstytucji) może wymagać skorzystania z analogii i pozajęzykowych metod wykładni w znacznie szerszym zakresie, niż wymaga tego wzgląd na aksjologiczną spójność rozwiązań na poziomie konkretnej ustawy procesowej, zwłaszcza jeśli uprawnienie strony chronione jest na poziomie konstytucyjnym.

W orzecznictwie SN i TK zwracano uwagę na występowanie licznych i ewidentnych luk w prawie w zakresie dotyczącym środków odwoławczych. Zauważył to też projektodawca najnowszej nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego, stwierdzając, że celem poszerzenia katalogu postanowień sądu drugiej instancji zaskarżalnych zażaleniem o postanowienia o odrzuceniu skargi wznowieniowej „jest wyeliminowanie luki prawnej, która istnieje w zakresie niemożności zaskarżania powyższych rozstrzygnięć sądu drugiej instancji”⁶⁹. Przepisy zarówno art. 394¹ k.p.c.⁷⁰, jak i jego poprzednika (art. 393¹⁸ § 2 k.p.c.⁷¹) były przedmiotem kontroli konstytucyjnej, zwłaszcza pod kątem ich zgodności z zasadą dwuinstancyjności. Nie dotyczyły wprost problematyki zaskarżalności postanowień o odrzuceniu skargi o wznowienie, lecz innych postanowień

⁶⁶ Por. postanowienie SN z 11.03.2011 r. (II CZ 194/10), LEX nr 785879. W postanowieniu tym SN odwołał się do wcześniej praktyki w podobnych kwestiach, a to do postanowień SN: z 27.04.2001 r. (III CZ 4/01), OSNC 2001/12, poz. 184 oraz z 20.02.2003 r. (I CZ 10/03), LEX nr 78270.

⁶⁷ Postanowienie SN z 2.09.2021 r. (III CZ 21/21), niepubl.

⁶⁸ Uchwała SN z 7.10.2021 r. (III CZP 53/20), OSNC 2022/4, poz. 36.

⁶⁹ Zob. druk nr 2650 Sejmu IX kadencji, pkt I.48, s. 32, 34 uzasadnienia projektu ustawy uchwalonej przez Sejm 26.01.2023 r., <http://orka.sejm.gov.pl> (dostęp 14.02.2023 r.).

⁷⁰ Por. wyrok TK z 31.03.2009 r. (SK 19/08), OTK-A 2009/3, poz. 29.

⁷¹ Por. wyrok TK z 1.02.2005 r. (SK 62/03), OTK-A 2005/2, poz. 11 oraz wyrok TK z 27.03.2007 r. w cytowanej już sprawie SK 3/05.

sądu drugiej instancji, tj. odnośnie do zasądzonych po raz pierwszy kosztów procesu (SK 3/05, SK 10/09⁷²), odmowy zwolnienia od kosztów sądowych (SK 19/08⁷³), wyłączenia sędziego w postępowaniu przed sądem drugiej instancji (SK 38/09⁷⁴) czy też kosztów nieopłaconej pomocy prawnej świadczonej z urzędu (SK 14/13)⁷⁵. Z kolei SN przykładowo w postanowieniu z 11.03.2011 r.⁷⁶ w sprawie dotyczącej zażalenia na postanowienie sądu drugiej instancji co do kosztów procesu wyjaśnił, że: „Przez lukę w prawie rozumie się taki stan, gdy dla konkretnej sytuacji materialno-prawnej, która nie jest prawnie obojętna, ani nie została przez prawodawcę uznana za niepodlegającą unormowaniu prawnemu, nie ma normy prawnej czy to wyraźnej, czy to dającej się wyprowadzić w drodze wykładni. Wyróżnia się analogię z ustawy (*analogia legis*) albo z prawa (*analogia iuris*). Pierwsza z nich polega na tym, że do danego stosunku prawnego lub sytuacji procesowej stosuje się normę prawną, która dotyczy wprawdzie innego, ale podobnego stanu faktycznego, przy czym chodzi o podobieństwo prawne. W drugim przypadku, tj. gdy brak jest normy, która by nadawała się do analogicznego zastosowania, wykorzystanie analogii (z prawa) polega na poszukiwaniu rozstrzygnięcia w ogólnych zasadach obowiązującego porządku prawnego, by w ten sposób zapewnić spójność systemu prawa procesowego”. Istniejący brak przepisu o zaskarżalności postanowienia sądu drugiej instancji o odrzuceniu zażalenia na postanowienie o odrzuceniu rewizji należało, zdaniem SN, wypełnić przez zastosowanie analogii *iuris*. „Nie można mówić o racjonalności i logiczności oraz spójności systemu prawnego, który z jednej strony przewiduje kontrolę kasacyjną orzeczenia sądu drugiej instancji co do istoty sprawy, ale z drugiej strony nie dopuszcza już takiej kontroli postanowienia zamykającego drogę do wydania przez sąd drugiej instancji orzeczenia co do istoty sprawy, które gdyby zostało wydane podlegałoby zaskarżeniu kasacją”⁷⁷.

Rolą prawodawcy w dziedzinie prawa procesowego jest tworzenie norm prawnych umożliwiających sprawne rozwiązywanie konfliktów powierzonych sądom, w sposób zapewniający realizację standardów prawa do rzetelnego procesu. W uchwale z 1.07.2021 r. (III CZP 36/20) SN zwrócił uwagę na niski poziom legislacyjny nowelizacji procedury z 4.07.2019 r., która miała przyspieszyć i usprawnić postępowania sądowe w sprawach cywilnych, a w rzeczywistości doprowadziła do powstania wielu wątpliwości interpretacyjnych⁷⁸. Obecny niejasny stan regulacji zaskarżania orzeczeń drugiej instancji kończących po-

⁷² Wyrok TK z 9.02.2010 r. (SK 10/09), OTK-A 2010/2, poz. 10.

⁷³ Wyrok TK z 31.03.2009 r. (SK 19/08), OTK-A 2009/3, poz. 29.

⁷⁴ Wyrok TK z 2.06.2010 r. (SK 38/09), OTK-A 2010/5, poz. 46.

⁷⁵ Wyrok TK z 22.10.2013 r. (SK 14/13), OTK-A 2013/7, poz. 100.

⁷⁶ Postanowienie SN z 11.03.2011 r. (II CZ 194/10), LEX nr 785879.

⁷⁷ Por. postanowienie SN z 2.09.2021 r. (III CZ 21/21), niepubl.

⁷⁸ Jako egzemplifikację kiepskiej jakości wprowadzonych w 2019 r. zmian procedury cywilnej wskazano w niej siedem wcześniejszych uchwał SN wyjaśniających rozumienie nowych przepisów, a to: III CZP 14/20, III CZP 17/20, III CZP 19/20, III CZP 22/20, III CZP 26/20, III CZP 94/20, III CZP 1/21.

stępowanie w sprawie, moim zdaniem, niewątpliwie jest wynikiem kolejnego przeoczenia (pominięcia) legislacyjnego. Podobne stanowisko zaprezentował RPO w piśmie procesowym z 4.11.2022 r. przed TK w sprawie SK 81/22⁷⁹ dotyczącej braku zaskarżalności postanowienia sądu odwoławczego (właściwie referendarza w sądzie odwoławczym – art. 118 u.k.s.c.⁸⁰) o odmowie zwolnienia od opłaty od apelacji, gdy wniosek w tym zakresie wniesiono łącznie z apelacją. Braki w zakresie zaskarżalności należy kwalifikować jako typową lukę w prawie, która powinna być usunięta właśnie za pomocą instytucji analogii wypełnianej w drodze wnioskowania *a fortiori*. Wszelkie luki ustawy w granicach dopuszczalnych odpowiednimi regułami interpretacyjnymi zgodnie z konstytucyjną zasadą państwa prawnego powinno uzupełniać orzecznictwo sądowe⁸¹. Zastosowanie wykładni *a fortiori* typu *a maiori ad minus* (z większego na mniejsze)⁸² prowadzi do wniosku, że skoro zażalenie przysługuje na postanowienia sądu drugiej instancji w mniej istotnych kwestiach pomocniczych (wręcz incydentalnych) i „służebnych” wobec postępowania merytorycznego określonych w art. 394² § 1¹ k.p.c., to tym bardziej przysługuje ono w sprawach znacznie ważniejszych, a więc na postanowienia sądu drugiej instancji kończące postępowanie w sprawie.

Podobny argument znajduje oparcie w zestawieniu postanowień o odrzuceniu skargi wznowieniowej wydanych przez sąd pierwszej i drugiej instancji. Skoro w sprawach zakończonych orzeczeniem sądu niższej instancji przysługuje zażalenie na odrzucenie skargi o charakterze dewolutywnym i suspensywnym (art. 394^{1b} k.p.c.), to tym bardziej w sprawach znacznie ważniejszych, bo zakończonych orzeczeniem sądu drugiej instancji, nie może zabraknąć podobnego środka zaskarżenia. Brak jest argumentu natury aksjologicznej, który sprzeciwiałby się istnieniu zażalenia w sprawach ważniejszych, skoro przysługuje ono w odniesieniu do spraw mniej ważnych. Taka argumentacja znajduje oparcie w zasadzie spójności i zupełności systemu prawa⁸³, która nakazuje, aby postanowienia sądu drugiej instancji jako znacznie ważniejsze, niż te określone obecnie w art. 394² § 1¹ k.p.c., były zaskarżalne co najmniej zażaleniem poziomym. Nie bez znaczenia jest także i ta okoliczność, że zażalenie takie przysługiwało przez prawie dwie dekady XXI wieku. Zasadny wydaje się być zatem pogląd, że na postanowienie sądu drugiej instancji o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania w sprawach „kasacyjnych”, podobnie jak na inne „postanowienia kończące postępowanie w sprawie”, powinno służyć zażalenie dewolutywne do SN poprzez zastosowanie *per analogiam* art. 394¹ § 1 k.p.c., natomiast na podobne

⁷⁹ Pismo RPO z 4.11.2022 r., znak: IV.511.437.2022.BB, pkt IX, www.ipo.trybunal.gov.pl (dostęp: 4.02.2023 r.).

⁸⁰ Ustawa z 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1125).

⁸¹ Por. wyrok NSA z 22.10.1997 r. (I SA/Gd 150/96), LEX nr 31843.

⁸² Przykłady wnioskowania *a maiori ad minus* zob. L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 334–339.

⁸³ Por. cytowane postanowienie SN z 2.09.2021 r. (III CZ 21/21), niepubl.

orzeczenia, ale wydane w sprawach „niekasacyjnych” (mniej ważnych) powinno przysługiwać zażalenie do innego składu sądu drugiej instancji przy wykozystaniu w tym przypadku analogii z art. 394² § 1¹ k.p.c. Dlatego też krytycznie należy ocenić ostatnią propozycję projektodawcy ustawy kreującą w tym przypadku jedynie zażalenie poziome.

Na szczególne znaczenie „postanowień kończących postępowanie w sprawie” zwrócił niedawno uwagę SN w cytowanym już postanowieniu z 21.01.2022 r. (III CZP 10/22), stwierdzając, że „charakter tych postanowień i ich znaczenie dla stron uzasadnia przyjęcie dewolutywnego modelu zażalenia, jako zapewniającego wyższy standard kontroli odwoławczej”.

8. ZASKARŻALNOŚĆ POSTANOWIEŃ O ODRZUCENIU NADZWYCZAJNYCH ŚRODKÓW ZASKARŻENIA

Od prawomocnych orzeczeń co do istoty sprawy przysługują cztery różne rodzaje skarg nadzwyczajnych: skarga kasacyjna (art. 398¹ i n. k.p.c.), skarga o wznowienie (art. 399 i n. k.p.c.), skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 424¹ i n. k.p.c.) oraz skarga przewidziana w art. 89 ustawy z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym⁸⁴. Wybór danego środka zaskarżenia należy do strony, przy czym brak jest przepisów uzależniających wniesienie konkretnych skarg od uprzedniego wyczerpania przez stronę któregoś z jej rodzajów, np. pierwszeństwa skargi kasacyjnej. Należy też zauważyć, że ustawodawca w art. 398¹ § 1 k.p.c. przewidział kontrolę kasacyjną SN nad jeszcze innymi postanowieniami sądu drugiej instancji „kończącymi postępowanie w sprawie”, tj. w przedmiocie odrzucenia pozwu albo umorzenia postępowania.

We wszystkich wskazanych powyżej przypadkach, z wyjątkiem skargi o wznowienie, *expressis verbis* przewidziano możliwość zaskarżenia zażaleniem do SN postanowienia sądu drugiej instancji o odrzuceniu danego rodzaju skargi (art. 394¹ § 1 k.p.c., z tym że w odniesieniu do skargi z art. 89 ustawy o SN przepis ten ma zastosowanie na podstawie art. 95 pkt 1 ustawy o SN). Zupełnie niezrozumiale jest zatem pominięcie podobnej regulacji jedynie w odniesieniu do orzeczenia o odrzuceniu skargi o wznowienie, skoro w okresie od 2000 do 2019 r. postanowienie takie było tak samo zaskarżalne, jak odrzucenie pozostałych skarg nadzwyczajnych. Funkcje każdej z tych skarg są bardzo zbliżone, wszystkie zmierzają do zapewnienia SN kontroli tych przypadków blokady dostępu do tego sądu, które wiążą się z jego działalnością orzeczniczą. Rację ma więc Trybunał Konstytucyjny, gdy twierdzi, że konieczne jest „stworzenie mechanizmu, w ramach którego Sąd Najwyższy nie tyle rozpoznaje merytorycznie sprawę, ile kontroluje sąd drugiej instancji, czy wydanym postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie nie narusza prawa, a w razie stwierdzenia takiego naruszenia, z reguły «kasuje» takie postanowienie”⁸⁵.

⁸⁴ Ustawa z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2019 r. poz. 825).

⁸⁵ Wyrok TK z 12.01.2010 r. (SK 2/09), OTK-A 2010/1, poz. 1, pkt 5.5.2.1 uzasadnienia.

Wszelkie postanowienia proceduralne, które odnoszą się do szeroko rozumianych wolności, praw człowieka i obywatela powinny podlegać zaskarżeniu⁸⁶, dotyczy to także postanowień w przedmiocie odrzucenia *a limine* skargi o wznowienie. Jest tak także mimo nowego brzmienia art. 394¹ § 1 k.p.c. i art. 394² k.p.c., nawet bowiem zamknięty katalog postanowień zaskarżalnych zażaleniem nie wyklucza istnienia środków zaskarżenia, co da się uzasadnić wykładnią odwołującą się do analogii *legis* lub *iuris*.

Teoretycznie można rozważać co najmniej trzy różne środki zaskarżenia postanowienia o odrzuceniu skargi wznowieniowej: a) zażalenie do SN w sprawach kasacyjnych; b) zażalenie poziome do innego składu sądu drugiej instancji w sprawach niekasacyjnych, oraz c) skargę kasacyjną (w sprawach kasacyjnych). Ta ostatnia mogłaby przysługiwać na podstawie stosowanego *per analogiam* art. 398¹ § 1 k.p.c. jak na postanowienie w przedmiocie odrzucenia pozwu (zaskarżalne skargą kasacyjną), skoro zgodnie z art. 406 k.p.c. do postępowania ze skargi o wznowienie stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, a skarga o wznowienie powinna czynić zadość warunkom pozwu (art. 409 k.p.c.). W uchwale SN z 22.01.1998 r. (III CZP 69/97)⁸⁷ wyraźnie wskazano podobieństwo skargi o wznowienie postępowania do samego pozwu, a w konsekwencji uznano, że skoro zażalenie przysługuje na zarządzenie przewodniczącego o zwrocie pozwu, to podobnie przepis art. 394 § 1 pkt 1 k.p.c. powinien znaleźć zastosowanie w drodze analogii do zarządzenia o zwrocie skargi o wznowienie. Ten kierunek wykładni został jednak, moim zdaniem, błędnie odrzucony w orzecznictwie⁸⁸.

9. ZASADA SPRAWIEDLIWOŚCI PROCEDURALNEJ

Wynikająca z art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji zasada sprawiedliwości proceduralnej jest „wartością samą w sobie”⁸⁹, a niezwykle ważnym jej elementem jest „wymóg takiego ukształtowania procedury sądowej, aby istniało jak największe prawdopodobieństwo uzyskania rozstrzygnięcia zgodnego z prawem i opartego na prawdziwych ustaleniach faktycznych”⁹⁰. Zasada ta jest odzwierciedleniem konstytucyjnie zagwarantowanego prawa do sądu. Obejmuje też nakaz ustanowienia takich rozwiązań proceduralnych, które zapewnią jednostce adekwatną ochronę przed prawomocnymi orzeczeniami, obciążonymi szczególnie poważnymi wadami i naruszającymi wartości konstytucyjne. Dotyczy to wszystkich etapów postępowania sądowego, w tym także postępowania

⁸⁶ M. Michalska-Marciniak, *Zaskarżalność...*, s. 177.

⁸⁷ OSNC 1998/7–8, poz. 111.

⁸⁸ Por. postanowienia SN: z 8.07.2022 r. (III CZ 248/22), niepubl. i z 8.11.2018 r. (III UK 221/17), LEX nr 2575539.

⁸⁹ Zob. wyrok TK z 2.10.2006 r. (SK 34/06), OTK-A 2006/9, poz. 118.

⁹⁰ Por. wyrok TK z 21.07.2009 r. (K7/09), OTK-A 2009/7, poz. 113.

nadzwyczajnych: wznowieniowego czy też kasacyjnego⁹¹. Do najistotniejszych wymogów rzetelnej i sprawiedliwie ukształtowanej procedury należy możliwość weryfikacji orzeczeń sądu pod względem ich zgodności z prawem, a więc ustanowienie mechanizmów zapobiegających dowolności i arbitralności sądu poprzez wprowadzenie odpowiednich środków kontroli orzeczeń⁹². Każdej stronie procesu należy bowiem zapewnić odpowiedni i skuteczny mechanizm ochrony jej uprawnień procesowych, zmniejszając do minimum ryzyko wystąpienia pomyłek sądowych, które przecież są normalnym efektem działalności i niedoskonałości ludzkiej natury.

10. PODSUMOWANIE

Gdyby zaakceptować stanowisko zaprezentowane przez SN w sprawie III CZP 53/20 i stosować wyłącznie wykładnię literalną, to poza kontrolą zażaleniovą znalazłyby się prawie wszystkie postanowienia sądu drugiej instancji kończące postępowanie w sprawie, w tym także te wskazane na wstępie niniejszego opracowania, jak np.: odrzucające wniosek strony o doręczenie odpisu wyroku z uzasadnieniem w celu wniesienia skargi kasacyjnej, odrzucające zażalenie na postanowienia o odrzuceniu skargi kasacyjnej czy też o odmowie zwolnienia od opłaty sądowej od apelacji. Wyeliminowanie możliwości ich zaskarżania z pewnością nie było celem nowelizacji z 2019 r., skoro niewątpliwie dotyczą one podmiotowych i istotnych procesowych praw strony.

Podsumowując, należy stwierdzić, że procedura cywilna powinna odpowiadać zarówno wymogom sprawiedliwości proceduralnej, jak i spójności oraz zupełności całego systemu prawnego. Prawo do zaskarżenia orzeczenia stanowi istotny element prawa do sądu, a brak możliwości zaskarżenia orzeczenia pozostaje „sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawnego”⁹³. Ochrona praw procesowych stron powinna być pełna i zmierzać do usunięcia skutków zaistniałego bezprawia władzy sądowniczej. Obowiązkiem sądów jest więc stosowanie prawa jako pewnej całości, a nie tylko pewnych wyizolowanych jego fragmentów, dla których reszta regulacji pozostaje jedynie tłem. Według Dworkinowskiej doktryny spójności prawa tylko całościowe i wszechstronne pojmowanie poszczególnych instytucji prawnych w ich całym otoczeniu normatywnym pozwala dokonać właściwej wykładni prawa gwarantującej jednostce pełną ochronę jej praw⁹⁴. Właściwa procedura powinna wykluczyć jakkolwiek arbitralność rozstrzygnięcia sądu poprzez zapewnienie weryfikacji jego poprawności. Brak środka zaskarżenia na wydawane jednoosobowo i na posiedzeniu niejawnym postanowienie sądu drugiej instancji o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania nie spełnia minimalnego standardu pra-

⁹¹ Por. wyrok TK z 30.05.2007 r. (SK 68/06), OTK-A 2007/6, poz. 53.

⁹² Por. wyrok TK z 31.03.2009 r. (SK 19/09), OTK-A 2009/3, poz. 29.

⁹³ Zob. wyrok TK z 2.10.2006 r. (SK 34/06), OTK-A 2006/9, poz. 118.

⁹⁴ R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2022, s. 356–367.

worządności i sprawiedliwości proceduralnej. Tym bardziej że postanowienie takie nie jest uzasadniane ani z urzędu, ani na wniosek strony, co powoduje, że orzeczenie takie wymyka się całkowicie spod jakiegokolwiek kontroli sądowej.

Dlatego też należy opowiedzieć się za koniecznością istnienia środka zażalenia w postaci zażalenia na postanowienie sądu drugiej instancji o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania, dewolutywnego (a więc do Sądu Najwyższego) w sprawach kasacyjnych, a pozostałych sprawach do innego składu sądu drugiej instancji rozpoznawanego jako tzw. poziomego zażalenia. Uwagi poczynione na gruncie instytucji odrzucenia przez sąd drugiej instancji skargi o wznowienie postępowania mogą znaleźć odpowiednie zastosowanie wobec wszystkich postanowień sądu odwoławczego kończących postępowanie w sprawie. Istnieje zgodność opinii, że procedura cywilna powinna być tak ukształtowana, by zapewnić „aż” kontrolę instancyjną (weryfikację przez sąd wyższej instancji) orzeczeń zapadających „w sprawie”, a więc odnośnie do postanowień kończących postępowanie w sprawie⁹⁵, oraz „tylko” procedurę ich weryfikacji przez inny podmiot (np. inny skład tego samego sądu) mniej istotnych postanowień zapadających w kwestiach ubocznych i incydentalnych wobec głównego przedmiotu postępowania⁹⁶.

De lege ferenda w celu zapewnienia skutecznego mechanizmu ochrony procesowych uprawnień strony należy postulować nowelizację nowego art. 394² § 1¹ k.p.c. poprzez dodanie na początku tego przepisu sformułowania podobnego do klasycznego zawartego w art. 394 § 1 k.p.c., a mianowicie że: „Zażalenie do innego składu sądu drugiej instancji przysługuje na postanowienia tego sądu kończące postępowanie w sprawie, z zastrzeżeniem spraw kasacyjnych, a ponadto na postanowienia tego sądu, których przedmiotem jest: ...”. Z kolei odnośnie do spraw tzw. kasacyjnych ustawodawca powinien rozważyć przywrócenie uchylonego 394¹ § 2 k.p.c. w niezmienionym brzmieniu, względnie zmianę art. 394¹ § 1 k.p.c. poprzez wyraźne objęcie jego zakresem także postanowienia sądu drugiej instancji o odrzuceniu skargi o wznowienie. Przesądzenie tej kwestii powinno rozwiązać wszelkie powstające na tym tle nieporozumienia. Okazją do tego może być przygotowany przez Rządowe Centrum Legislacji projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw uchwalonej przez Sejm 26.01.2023 r.⁹⁷, który przewiduje zaskarżalność omawianego postanowienia wyłącznie zażaleniem poziomym poprzez nadanie nowego brzmienia § 1 w art. 394² k.p.c.: „Zażalenie do innego składu sądu drugiej instancji przysługuje na postanowienie tego sądu o odrzuceniu

⁹⁵ Por. postanowienie SN z 21.01.2022 r. (III CZP 10/22).

⁹⁶ M. Romańska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do zmian*, red. T. Zembrzuski, Warszawa 2020, teza 14 do art. 394 k.p.c.

⁹⁷ Druk nr 2650 Sejmu IX kadencji, <https://orka.sejm.gov.pl> (dostęp 14.02.2023 r.); druk nr UD-156, <https://legislacja.rcl.gov.pl> (dostęp: 14.02.2023 r.) wraz z licznymi opiniami, w tym m.in. opinią z 26.11.2021 r. Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów.

apelacji, postanowienie o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania i postanowienie o umorzeniu postępowania wywołanego wniesieniem apelacji.”⁹⁸

ABSTRACT

dr Józef Forystek

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), a judge of the Higher Disciplinary Court of the Bar.

The appealability of the second instance court's ruling dismisses the application for reopening proceedings after the 2019 amendments to the Code of Civil Procedure

The author is critical of the case law which excludes the existence of an appeal against the ruling of the court of second instance, which formally concludes the proceedings in the case, including a ruling which dismisses the application for reopening proceedings. In case of collision between the postulate of stability of final judgments and the rule of law, the former should give way to the latter. In the author's opinion, a procedure which, on the one hand, provides for the review of less important (ancillary) formal rulings of the court of second instance and, on the other hand, does not allow for a similar one with respect to more important rulings that conclude the proceedings in the case, contradicts the rationality and coherence of the entire legal system. The author advocates the admissibility, by analogy, of a devolutive appeal (to the Supreme Court) against the ruling of the second instance court dismissing the application for reopening proceedings in the so-called cassation cases, and in other cases – to a different panel of the second instance court. In terms of desirable legislative amendments, he postulates restoration of the repealed Article 3941(2) or a modification of Article 3942(11) of the Polish Code of Civil Procedure.

Keywords: *Polish Code of Civil Procedure, appeal, reopening of civil proceedings, appeal against a ruling of the court of second instance, rulings which conclude or do not conclude proceedings in a case*

dr Józef Forystek

ORCID:0000-000302726-2396; e-mail: jozef.forystek@forystek.pl

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Krakowie) i sędzią Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury.

⁹⁸ Druk nr 2650 Sejmu IX kadencji z 27.09.2022 r., pkt 48.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Bładowski Bogdan**, *Szczególne wypadki dopuszczalności zażalenia w postępowaniu cywilnym*, „Palestra” 1991/3–4
- Dworkin Ronald**, *Imperium prawa*, Warszawa 2022
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Palestra” 2016/4
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017
- Manowska Małgorzata**, *Etapy badania skargi o wznowienie postępowania (wybrane zagadnienia)*, „Przegląd Sądowy” 2004/11–12
- Manowska Małgorzata**, *Wznowienie postępowania w procesie cywilnym*, Warszawa 2008
- Michalska-Marciniak Monika**, *Zaskarżalność postanowień w przedmiocie kosztów procesu zasądzonych po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji. Glosa do wyroku TK z 9.02.2010 r. (SK 10/09)*, „Polski Proces Cywilny” 2011/3
- Morawski Lech**, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002
- Obreński Robert**, *Pojęcie postanowień kończących postępowanie w sprawach cywilnych*, „Przegląd Sądowy” 1999/11–12
- Paduszyński Piotr**, *Zagubiona w reformach. Sprawiedliwości ani nie widać, ani się o niej nie mówi*, „Rzeczpospolita” z 19.07.2022 r.
- Romańska Marta**, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do zmian*, red. T. Zembruski, Warszawa 2020
- Walasiak Marcin**, *Analogia w prawie procesowym cywilnym*, Warszawa 2013
- Zembruski Tadeusz**, *Dopuszczalność zażalenia (w:) System prawa procesowego cywilnego*, t. 3, cz. 1, *Środki zaskarżenia*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013
- Zembruski Tadeusz**, *Zaskarżanie orzeczeń incydentalnych wydanych po raz pierwszy w toku instancji (uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego)*, „Przegląd Sądowy” 2007/9

Artykuły

Michał Bieniak

WYKŁADNIA WEKSLA I DEKLARACJI WEKSLOWEJ

Weksel oraz tzw. deklaracja wekslowa (porozumienie wekslowe) są instytucjami kluczowymi we współczesnym obrocie wekslowym, w którym większość wystawianych weksli jest weksłami niepełnymi (*in blanco*). Wykładni obu tych rodzajów oświadczeń woli poświęcone było wiele orzeczeń sądów wyższego rzędu, jednak często zawierają one uproszczenia i nie rozwiewają wszystkich istniejących wątpliwości. Konieczne jest więc usystematyzowanie tej wiedzy, które musi prowadzić do dwojakiego wniosku. W odniesieniu do deklaracji wekslowej znajduje w pełni zastosowanie kombinowana metoda wykładni oświadczeń woli oparta na brzmieniu art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego¹. W odniesieniu natomiast do treści weksła wykładni należy dokonywać – zasadniczo – w oparciu o obiektywną metodę wykładni. Zasada ta jednak dopuszcza pewne wyjątki.

Weksel, zwłaszcza w zakresie swojej funkcji gwarancyjnej, pełni istotną rolę w obrocie gospodarczym. W szczególności dotyczy to tzw. weksła *in blanco* (niepełnego), czyli weksła niezawierającego w chwili jego wystawienia wszystkich ustawowo wymaganych elementów weksła, zawierającego jednak co najmniej podpis wystawcy lub akceptanta, złożony w zamiarze zaciągnięcia zobowiązania wekslowego². Jednocześnie specyfika weksła i porozumienia wekslowego mogą powodować pewne problemy dla prawników zajmujących się prawem zobowiązań, nawykłych przede wszystkim do wykładni umów.

W tym kontekście bezpośrednią przyczyną do napisania niniejszego opra-

¹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.).

² L. Bagińska, *Prawo wekslowe i czekowe*, Warszawa 2013, s. 75–76.

cowania była teza wyroku Sądu Najwyższego z 16.12.2020 r.³, zgodnie z którą „charakter weksla jako źródła zobowiązania formalnego, nie wyłącza stosowania dyrektyw wykładni oświadczeń woli (art. 65 k.c.) zarówno do postanowień zawartych w dokumencie weksla, jak i – w przypadku tzw. weksla *in blanco* – do postanowień tzw. deklaracji wekslowej”. Teza ta, zasadniczo słuszna, może jednak wprowadzać w błąd, gdyż zdaje się traktować oba oświadczenia woli (weksel i deklarację wekslową) jednolicie w zakresie wykładni ich treści. Takie podejście natomiast należy uznać za nieuzasadnione, gdyż w przypadku obu tych czynności prawnych zasady wykładni oświadczeń woli są odmienne.

METODY WYKŁADNI OŚWIADCZEŃ WOLI

Wykładnia oświadczenia woli jest to proces zmierzający do ustalenia jego znaczenia⁴.

W teorii prawa można wyróżnić kilka metod wykładni oświadczeń woli:

- a) metodę subiektywno-indywidualną, wypracowaną i najdłużej stosowaną w krajach romańskich. Była ona nakierowana na wolną wolę rozumianą jako przeżycie psychiczne, która ma być podstawą wykładni treści zawieranych umów. Jest ona oparta na tzw. teorii woli;
- b) metodę obiektywną, nastawioną na ochronę zaufania odbiorcy, a w konsekwencji ochronę zasady pewności obrotu. Zgodnie z nią wyłączną podstawą interpretacji umów ma być obiektywne znaczenie słów lub określonych zachowań;
- c) metodę kombinowaną, nakazującą uwzględniać wolę składającego oświadczenie tak długo, jak w ten sam sposób rozumiał je odbiorca. Jeżeli jednak odbiorca przypisywał mu inne znaczenie, wówczas należy zastosować wykładnię obiektywną (normatywną)⁵.

Reguły wykładni oświadczeń woli zostały w Kodeksie cywilnym określone w art. 65 § 1 i 2. Pierwszy z tych przepisów odnosi się do wszystkich oświadczeń woli, drugi – przynajmniej literalnie – wyłącznie do umów. Doktryna⁶ i orzecznictwo⁷ rozszerzają jednak zastosowanie dyrektywy poszanowania zgodnej

³ Wyrok SN z 16.12.2020 r. (I CSK 18/19), LEX nr 3100954.

⁴ Z. Radwański, K. Mularski (w.): *System prawa prywatnego*, t. 2, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019, s. 68.

⁵ Szerzej na temat poszczególnych metod wykładni Z. Radwański, J. Grykiel (w.): *System prawa prywatnego*, t. 2, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019, s. 85–88.

⁶ J. Grykiel (w:) M. Gutowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis/el., t. 1, nb 9, komentarz do art. 65; M. Safjan (w:) K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis/el., t. 1, nb 16, komentarz do art. 65. Na tle analogicznych przepisów Kodeksu zobowiązań R. Longchamps de Berrier, *Zobowiązania*, Lwów 1939, wyd. anastatyczne Poznań 1999, s. 142.

⁷ Uchwała SN z 29.06.1995 r. (III CZP 66/95), OSNC 1995/12, poz. 168; wyrok SN z 7.09.1999 r. (I PKN 258/99), OSNAPIUS 2001/1, poz. 15.

woli stron (wynikającej z art. 65 § 2 k.c.) na wszystkie oświadczenia, które są składane innej osobie.

Osobiście uważam ten pogląd, chociaż przeważający, za wymagający pewnego doprecyzowania. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż art. 65 § 2 k.c. jednoznacznie wskazuje, że określone w nim zasady mają zastosowanie do umów. Jednocześnie został on wyraźnie redakcyjnie wyodrębniony od § 1, co również wskazuje na cel ustawodawcy (podobnie czynił to Kodeks zobowiązań⁸, który analogiczne przepisy umieszczał w dwóch artykułach – art. 107 i art. 108). W konsekwencji pełne rozciągnięcie zastosowania art. 65 § 2 k.c. na inne oświadczenia woli, nawet te, które są składane oznaczonej osobie, uznać należy za błąd.

Dodatkowo przeciwko takiemu rozumieniu przepisów przemawiają argumenty natury logicznej. Umowa stanowi zgodne oświadczenie woli co najmniej dwóch stron⁹. Jest więc naturalne, że w tej sytuacji można uwzględnić zgodny zamiar stron i cel umowy. W przypadku natomiast jednostronnego oświadczenia woli składanego nawet oznaczonej osobie nie istnieje zgodny zamiar stron, albowiem odbiorca oświadczenia w ogóle nie składa swojego oświadczenia woli. Przeważający pogląd można więc uznać za zasadny tylko i wyłącznie wówczas, gdy doprecyzujemy go w ten sposób, iż uznamy, że zamiar strony składającej oświadczenie woli należy uwzględnić w procesie jego wykładni tylko i wyłącznie wówczas, gdy jest wiadomy drugiej stronie lub powinien być jej być wiadomy, gdyby zachowała należytą staranność.

Przy przyjęciu takiej interpretacji do poglądu tego należy się przychylić, uznając go przede wszystkim za odpowiadający zasadom słuszności, chociaż niekoniecznie zgodny z literalnym brzmieniem przepisów art. 65 § 1 i 2 k.c. Taki sposób rozumienia dominującego poglądu doktryny wydaje się reprezentować też orzecznictwo Sądu Najwyższego¹⁰. Precyzyjnie trzeba jednak stwierdzić, że nie powinniśmy w przypadku oświadczeń jednostronnych mówić o zgodnym zamiarze stron, lecz o zamiarze składającego oświadczenie, który był wiadomy (powinien być wiadomy) adresatowi oświadczenia w chwili jego złożenia.

W konsekwencji należy uznać, że umowy należy interpretować przy zastosowaniu nieco odmiennych zasad wykładni aniżeli inne oświadczenia woli. O ile bowiem przy umowach przeważać będzie wykładnia subiektywna, o tyle przy jednostronnych oświadczeniach woli – kombinowana metoda wykładni. Jednak nawet w przypadku umów, jeżeli strony inaczej rozumiały sens złożonych oświadczeń woli, wówczas zastosowanie znajdzie kombinowana metoda wykładni¹¹.

⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 27.10.1933 r. (Dz.U. z 1933 r. nr 82 poz. 598).

⁹ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, J. Grykiel (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019, s. 245.

¹⁰ Postanowienie SN z 19.05.2020 r. (II PK 108/19), LEX nr 3161377; wyrok SN z 21.01.2021 r. (III CSKP 148/21), LEX nr 3108582.

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 26.07.2021 r. (V AGa 55/21), LEX nr 3350558; postano-

Jednocześnie jednak istnieje pewna kategoria oświadczeń woli, które zasadniczo powinny podlegać wykładni obiektywnej. Są to oświadczenia woli, które są kierowane do nieoznaczonego kręgu adresatów, jak np. przyrzeczenie publiczne¹². Do tej kategorii należy zaliczyć też niektóre kategorie umów, jak np. umowy zawierane na podstawie wzorca umownego¹³ lub statuty (umowy spółek albo spółdzielni¹⁴).

W konsekwencji, aby odpowiedzieć na pytanie, jak interpretować weksel i porozumienie wekslowe, trzeba najpierw ustalić naturę obu tych czynności prawnych (umowa albo jednostronne oświadczenie woli), a następnie zweryfikować, czy w stosunku do tej czynności prawnej nie zachodzą jakieś szczególne przesłanki uzasadniające zastosowanie innej niż standardowa wykładni danej kategorii czynności prawnych.

CHARAKTER POROZUMIENIA WEKSLOWEGO I ZOBOWIĄZANIA WEKSLOWEGO

Istota porozumienia wekslowego nie powinna budzić wątpliwości. Skoro stanowi ono porozumienie (art. 10 ustawy – Prawo wekslowe¹⁵), co zakłada istnienie dwóch podmiotów i złożenie przez nie zgodnych oświadczeń woli, to należy je zakwalifikować jako formę umowy¹⁶. Deklarację wekslową należy uznać za porozumienie wekslowe zawarte w formie pisemnej lub pisemne oświadczenie wystawcy weksla, potwierdzające treść zawartego porozumienia wekslowego¹⁷. Sama treść porozumienia wekslowego obejmuje natomiast upoważnienie nabywcy weksla do uzupełnienia treści weksla *in blanco* oraz określa warunki i sposób tego uzupełnienia¹⁸.

Dużo bardziej skomplikowaną kwestią jest określenie natury zobowiązania wekslowego. Można tutaj wyróżnić trzy przeważające teorie: kontraktową, kre-

wienie SN z 19.05.2020 r. (II PK 108/19), LEX nr 3161377; wyrok SN z 10.01.2020 r. (I CSK 380/18), LEX nr 2783276; wyrok SN z 31.05.2019 r. (IV CSK 163/18), LEX nr 2686043.

¹² Por. Z. Radwański, K. Mularski (w:) *System...*, s. 139–140.

¹³ Por. Z. Radwański, K. Mularski (w:) *System...*, s. 144.

¹⁴ J. Okolski, I. Gębusia, *Poszukiwanie nowych metod wykładni oświadczeń woli w prawie spółek*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2013/8, s. 6; Z. Radwański, K. Mularski (w:) *System...*, s. 143; wyrok SN z 2.10.2020 r. (III CSK 22/18), LEX nr 3070134.

¹⁵ Ustawa z 28.04.1936 r. – Prawo wekslowe (Dz.U. z 2022 r. poz. 282).

¹⁶ M. Czarnecki, L. Bagińska, *Prawo wekslowe. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis/el., nb 32 i 35, komentarz do art. 10.

¹⁷ Pogląd tutaj wyrażony stanowi pogodzenie dwóch obecnych w doktrynie interpretacji: M. Czarnecki, L. Bagińska, *Prawo...*, nb 34, komentarz do art. 10, utożsamiają deklarację wekslową z porozumieniem, natomiast M. Koziński, słusznie zauważając, że deklaracja wekslowa ma często charakter jednostronny, określa deklarację wekslową jako dokument stwierdzający zawarcie porozumienia wekslowego [M. Koziński (w:) *System prawa prywatnego*, t. 18, red. A. Szumański, Warszawa 2005, s. 200]. Ten ostatni pogląd również wydaje się jednak nazbyt daleko idący, skoro część deklaracji wekslowych ma charakter dwustronny, a więc w istocie stanowią umowę.

¹⁸ M. Czarnecki, L. Bagińska, *Prawo...*, nb 32, komentarz do art. 10.

acyjną i emisyjną. Pierwsza z nich zakłada, że zobowiązanie wekslowe powstaje na skutek umowy pomiędzy wystawcą weksla a remitentem, przy czym za zawarcie umowy można również uznać wydanie weksla remitentowi¹⁹.

Druga natomiast zakłada powstanie zobowiązania wekslowego na skutek umieszczenia podpisu na wekslu, z zamiarem zobowiązania się wekslowo. Za rozwinięcie teorii kreacyjnej należy uznać teorię emisyjną, która wiąże powstanie zobowiązania ze złożeniem podpisu na wekslu oraz wręczeniem weksla remitentowi, jednak nie utożsamia wręczenia weksla z zawarciem umowy²⁰.

Spór ten, jak słusznie zauważył M. Koziński, nie zostanie nigdy zapewne definitywnie rozstrzygnięty²¹. Osobiście uważam jednak teorię emisyjną za najlepiej uzasadnioną i w konsekwencji dalsze rozważania niniejszego artykułu będą oparte na tym założeniu. Przekonuje mnie bowiem argument, że teoria kontraktowa pozostaje w sprzeczności z art. 10 Prawa wekslowego, który wszak uzasadnia powstanie zobowiązania wekslowego z weksla *in blanco* wobec nabywcy weksla w dobrej wierze, nawet jeżeli weksel ten został uzupełniony niezgodnie z porozumieniem wekslowym. Jednocześnie jednak dla powstania zobowiązania niezbędne jest wydanie (emisja) weksla – dopiero wówczas pojawia się bowiem wierzyciel ze stosunku wekslowego. Nie można jednak utożsamiać wydania weksla z zawarciem umowy²².

WYKŁADNIA WEKSLA

Skoro art. 65 § 2 k.c. jedynie w ograniczonym zakresie może znaleźć zastosowanie do oświadczeń woli innych aniżeli umowy, to zasady interpretacji weksla przede wszystkim muszą być pochodną przyjętej koncepcji powstania zobowiązania wekslowego. Jeżeli bowiem uznamy, że weksel powstaje na skutek umowy pomiędzy wystawcą a remitentem, to wówczas – co do zasady – zastosowanie do jego interpretacji powinien znaleźć art. 65 § 2 k.c. W przypadku przyjęcia teorii kreacyjnej lub emisyjnej dyrektywy zawarte w art. 65 § 2 k.c. mogłyby znaleźć zastosowanie do weksla wyłącznie w ograniczonym zakresie, tj. wyłącznie w zakresie przyjęcia jako prawnie relewantnego zamiaru wystawcy weksla znanego jego remitentowi lub takiego, który remitent powinien znać.

Jednocześnie jednak jedną z podstawowych funkcji weksla jest jego funkcja obiegowa, wyrażająca się w możliwości nieograniczonego przenoszenia praw wekslowych za pomocą indosu²³. W konsekwencji nawet przy przyjęciu, że weksel stanowi umowę, to nie może mieć w pełni do niego zastosowania su-

¹⁹ Uchwała SN z 29.06.1995 r. (III CZP 66/95), OSNC 1995/12, poz. 168.

²⁰ Szerzej na temat teorii powstania zobowiązania wekslowego M. Koziński (w:) *System...*, s. 168–170; L. Bagińska, *Prawo...*, s. 22–24; wyrok SN z 24.10.2007 r. (IV CSK 260/07), Legalis nr 104994.

²¹ M. Koziński (w:) *System...*, s. 170.

²² Inaczej jednak SN w uchwale z 29.06.1995 r. (III CZP 66/95), OSNC 1995/12, poz. 168, w której opowiedział się za teorią kontraktową i utożsamiał wydanie weksla z zawarciem umowy.

²³ L. Bagińska, *Prawo...*, s. 33–34.

biektywna metoda wykładni woli, ani nawet metoda kombinowana, lecz musi znaleźć do niego zastosowanie metoda obiektywna²⁴, gdyż weksel – wskutek realizacji swojej funkcji obiegowej – jest oświadczeniem woli, którego skutkiem będzie zaciągnięcie zobowiązania wobec potencjalnie nieoznaczonego adresata. Podstawą wykładni musi więc być wyłącznie literalna treść weksla, interpretowana w taki sposób, w jaki powinien go zrozumieć typowy, staranny i uczciwy uczestnik obrotu.

Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że w przypadku weksla nie powinno budzić wątpliwości, iż powinien on być – zasadniczo – interpretowany wyłącznie w oparciu o metodę obiektywną, tj. wyłącznie w oparciu o literalne brzmienie weksla i jednocześnie wyłącznie przy przyjęciu wyżej opisanego standardu jego rozumienia przez typowego, starannego i uczciwego uczestnika obrotu.

Wyłączyć spod tej zasady należy wykładnię weksla w relacjach z remitentem (jeżeli remitentem jest inna osoba aniżeli sam wystawca²⁵), przed przeniesieniem praw z weksla, gdyż w tym przypadku (przy przyjęciu teorii emisyjnej) mamy do czynienia z sytuacją analogiczną jak w przypadku oświadczenia woli składanego oznaczonej osobie. Nie istnieje powód, aby interpretować je inaczej aniżeli inne tego typu oświadczenia²⁶. W szczególności na tym etapie dla przyjęcia przewagi wykładni obiektywnej nie jest wystarczające odwołanie się do formalnego charakteru weksla. Argument ten staje się zasadny dopiero z chwilą pierwszego przeniesienia praw z weksla.

W konsekwencji weksel w stosunkach pomiędzy wystawcą a remitentem (przed pierwszym zbyciem praw z weksla) powinien być interpretowany przy zastosowaniu zasad wykładni zawartych w art. 65 § 1 k.c., z poszanowaniem woli wystawcy weksla w zakresie, w jakim była ona wiadoma lub powinna być wiadoma remitentowi. Dla prawidłowej wykładni weksla w tym przypadku może być pomocna (w przypadku weksla *in blanco*) deklaracja wekslowa. Z chwilą natomiast przeniesienia praw z weksla zastosowanie może znaleźć wyłącznie wykładnia obiektywna.

WYKŁADNIA POROZUMIENIA WEKSLOWEGO

Porozumienie wekslowe jest umową zawierającą upoważnienie do uzupełnienia weksla *in blanco* oraz określającą zasady i warunki jego uzupełnienia. Jak wskazano, natura porozumienia wekslowego jako umowy pomiędzy wystawcą a remitentem jest w istocie niekwestionowana. W konsekwencji musi to pro-

²⁴ Z. Radwański, K. Mularski (w:) *System...*, s. 140–141.

²⁵ Co do możliwości wskazania wystawcy jako remitenta w przypadku weksla trasowanego zob. szerzej M. Czepelak (w:) *System prawa handlowego*, t. 4, red. M. Stec, Warszawa 2016, s. 155.

²⁶ Tak S. Rudnicki (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 287; inaczej jednak wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 19.04.2018 r. (I ACa 187/17), LEX nr 2647583.

wadzić do wniosku, że do porozumienia wekslowego zastosowanie znajdzie zarówno art. 65 § 1 k.c., regulujący ogólne zasady wykładni oświadczeń woli, jak i art. 65 § 2 k.c., określający szczególne zasady interpretacji umów.

Dalszym skutkiem powyższego jest uznanie, że przy ocenie deklaracji wekslowej trzeba uwzględnić zarówno treść porozumienia wekslowego, okoliczności jego zawarcia (kontekst sytuacyjny), jak również zgodny zamiar stron i cel porozumienia wekslowego²⁷.

Nie zmienia powyższego fakt, że weksel *in blanco* może być zbyty jeszcze przed jego uzupełnieniem²⁸. W takiej sytuacji wykładnia porozumienia wekslowego powinna uwzględniać zgodny zamiar stron porozumienia wekslowego oraz jego cel, pomimo późniejszego zbycia praw z weksla, które ma w tym przypadku skutki przelewu²⁹.

WNIOSKI

Podsumowując rozważania, trzeba stwierdzić, że zarówno weksel, jak i porozumienie wekslowe stanowią czynności prawne, w skład których wchodzi przynajmniej jedno oświadczenie woli, a przy przyjęciu teorii kontraktowej weksla – co najmniej dwa oświadczenia woli. W związku z powyższym, wracając do orzeczenia Sądu Najwyższego, które stanowiło bezpośrednią inspirację do stworzenia niniejszego tekstu, każde z nich faktycznie będzie podlegać regułom wykładni, określonym w art. 65 k.c.

Jednocześnie jednak ich interpretacji nie można sprowadzać ogólnie do zastosowania dyrektyw z art. 65 k.c. W obu przypadkach będą to bowiem odmienne zasady wykładni. W przypadku weksla zastosowanie powinna znaleźć obiektywna metoda wykładni, a więc metoda oparta wyłącznie na literalnym brzmieniu weksla. Jedynym wyjątkiem jest interpretacja weksla w stosunkach pomiędzy wystawcą a remitentem weksla, a więc przed pierwszym przeniesieniem praw z weksla. W tej sytuacji zastosowanie znajdują w pełni dyrektywy wykładni woli zawarte w art. 65 § 1 k.c., a więc interpretacja weksla w takiej sytuacji powinna obejmować również kontekst sytuacyjny. Powinna ona również uwzględniać zamiar wystawcy weksla, który był wiadomy lub powinien być wiadomy remitentowi, z uwzględnieniem standardów przeciętnego, uczciwego uczestnika obrotu, przy zachowaniu przezeń należytej staranności. W takiej sytuacji, w przypadku weksla *in blanco*, dokumentem pomocnym dla ustalenia takiego zamiaru oraz stanu wiedzy remitenta o tym zamiarze będzie deklaracja wekslowa, chociaż oczywiście – w przypadku weksla *in blanco* – większe znacze-

²⁷ Tak też wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 19.04.2018 r. (I ACa 187/17), LEX nr 2647583; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 21.01.2019 r. (I ACa 99/18), LEX nr 3107070; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 25.08.2016 r. (I ACa 341/16), LEX nr 2138321.

²⁸ Wyrok SN z 21.09.2006 r. (I CSK 130/06), Legalis nr 80580; wyrok SN z 25.11.2010 r. (I CSK 387/10), Legalis nr 407496.

²⁹ Wyrok SN z 25.11.2010 r. (I CSK 387/10), Legalis nr 407496.

nie będzie miał zarzut uzupełnienia weksla niezgodnie z zawartym porozumieniem aniżeli zastosowanie deklaracji wekslowej do interpretacji treści weksla.

Powyższe wnioski bazują na przyjęciu teorii emisyjnej weksla. Przyjęcie teorii kontraktowej nie zmienia jednak konkluzji, że weksel ten powinien być zasadniczo wykładany przy zastosowaniu metody obiektywnej. Jego obiegowa natura powoduje bowiem, że należy go traktować na równi z innymi oświadczeniami woli, które podlegają wykładni przy zastosowaniu metody obiektywnej (np. statuty spółek lub spółdzielni). Przyjęcie teorii kontraktowej będzie jedynie prowadziło do tego, że przy wykładni weksla w stosunkach pomiędzy wystawcą a remitentem weksla, przed pierwszym zbyciem praw wekslowych, do wykładni weksla powinny znaleźć zastosowanie w pełni zasady określone zarówno w § 1, jak i § 2 art. 65 k.c.

Samo natomiast porozumienie wekslowe jako umowa powinno być interpretowane z zastosowaniem dyrektyw wynikających z obu paragrafów art. 65 k.c. Będzie tak zarówno w sytuacji, kiedy weksel *in blanco* został uzupełniony przez jego pierwszego posiadacza, ale również wówczas, gdy weksel, jeszcze przed jego uzupełnieniem, został zbyty na rzecz osoby trzeciej.

ABSTRACT

dr Michał Bieniak

The author is an advocate (District Bar Association in Warszawa).

Interpretation of promissory notes and promissory note declarations

A promissory note and the so-called promissory note declaration (promissory note agreement) are key institutions in contemporary transactions concerning promissory notes, with most notes issued as incomplete (blank) ones. A number of decisions of higher courts have been devoted to the interpretation of both types of declarations of intent, but they often simplify matters and do not dispel all existing doubts. It is therefore necessary to systematize this knowledge, which must lead to a twofold conclusion. The combined method of interpretation of declarations of intent based on the wording of Article 65(2) of the Civil Code is fully applicable to promissory note declarations. Meanwhile, with regard to the contents of a promissory note, interpretation must - in principle - be based on the objective method of interpretation. However, this rule allows for certain exceptions.

Keywords: *promissory note, promissory note declaration, interpretation of a declaration of intent*

dr Michał Bieniak

ORCID: 0000-0002-8353-2453; e-mail: m.bieniak@kancelaria-bieniak.pl

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Warszawie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Bagińska Lidia**, *Prawo wekslowe i czekowe*, Warszawa 2013
- Czarnecki Marek, Bagińska Lidia**, *Prawo wekslowe. Komentarz*, Warszawa 2018
- Dmowski Stanisław, Rudnicki Stanisław**, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006
- Gutowski Maciej**, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021, t. 1
- Longchamps de Berrier Roman**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, wyd. anastatyczne Poznań 1999
- Okolski Józef, Gębusia Iwona**, *Poszukiwanie nowych metod wykładni oświadczeń woli w prawie spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013/8
- Pietrzykowski Krzysztof**, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2020, t. 1
- System prawa handlowego*, t. 4, red. Mirosław Stec, Warszawa 2016
- System prawa prywatnego*, t. 2, red. Zbigniew Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019
- System prawa prywatnego*, t. 18, red. Andrzej Szumański, Warszawa 2005

Pojęcia kluczowe: spółka zależna, spółka dominująca, grupa, polecenie

Artykuły

Wojciech Gonet

TWORZENIE, FUNKCJONOWANIE, ZAKOŃCZENIE DZIAŁANIA GRUPY SPÓŁEK

Ustawa z 9.02.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw¹ wprowadziła regulację grupy spółek wraz z wieloma specyficznymi rozwiązaniami dla konglomeratu spółek. Współdziałanie spółek kapitałowych i osobowych, powiązanych ze sobą więziami kapitałowymi lub osobowymi, występowało w czasie obowiązywania Kodeksu handlowego do 31.12.2000 r. oraz po wejściu w życie Kodeksu spółek handlowych², tj. od 1.01.2001 r. Funkcjonowanie spółek powiązanych kapitałowo lub osobowo, tj. przez tego samego lub tych samych wspólników, może prowadzić do pogorszenia sytuacji ekonomicznej, finansowej jednej ze spółek. Do zmiany w Kodeksie spółek handlowych obowiązującej od 13.10.2022 r. brak było regulacji określającej np. wydawanie poleceń przez spółkę dominującą spółkom zależnym. Rozwiązania w tym zakresie wprowadziła nowelizacja Kodeksu spółek handlowych z 9.02.2022 r.

POWSTANIE GRUPY SPÓŁEK

Do powstania grupy spółek wystarczające jest podjęcie uchwały o uczestnictwie w grupie spółek większością 3/4 głosów przez zgromadzenie wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, walne zgromadzenie akcjonariuszy

¹ Ustawa z 9.02.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r. poz. 807).

² Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1467).

prostej spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w spółce zależnej (art. 21¹ § 2 k.s.h.). Powołany przepis nie wskazuje możliwości złagodzenia lub zwiększenia wymaganej większości głosów, wobec czego należy przyjąć, że jest on bezwzględnie obowiązujący³. Grupę spółek mogą tworzyć tylko spółki kapitałowe, tj. spółka z o.o., prosta spółka akcyjna, spółka akcyjna. Do podjęcia przedmiotowej uchwały nie jest wymagane uczestniczenie w zgromadzeniu wspólników lub walnym zgromadzeniu określonej liczby wspólników lub akcjonariuszy, dysponujących większością głosów (*quorum*). Zgromadzenia wspólników spółki o.o., walne zgromadzenia akcjonariuszy są ważne bez względu na liczbę reprezentowanych na nich udziałów lub akcji (art. 241 k.s.h., art. 300⁹⁴ § 1 k.s.h., art. 400 § 1 k.s.h.). Treść uchwały podjętej przez wspólników lub akcjonariuszy spółki zależnej o uczestnictwie w grupie spółek wystarczy, że będzie wskazywać spółkę dominującą i stwierdzenie o uczestniczeniu w grupie spółek. Spółką dominującą może być tylko spółka, która spełnia definicję zawartą w art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h. (bez lit. e) dotyczącej spółek osobowych, spółdzielni oraz części lit. d dotyczącej spółdzielni, tj.:

- 1) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
- 2) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
- 3) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
- 4) członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), lub
- 5) wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej, w szczególności przez zawarcie między spółką dominującą a spółką zależną umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną lub przekazywanie zysku przez taką spółkę.

Może się zdarzyć, że akcjonariuszami spółki akcyjnej L będą trzy spółki kapitałowe D, E, F. Spółka D dysponuje większością głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy (60%), spółka E na mocy postanowień statutu jest uprawniona do powołania całego zarządu spółki L, a spółka F jest uprawniona do powołania większości członków rady nadzorczej spółki L. Spółki E i F mają po 20%

³ Odmienne A. Szumański (w:) R.L. Kwaśnicki, F. Ostrowski, A. Szumański, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do zmian (tzw. prawo holdingowe)*, komentarz do art. 21¹ k.s.h., nb 104, Warszawa 2022, Legalis/el., wskazujący, że jest to przepis semiimperatywny.

głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy. Każda ze spółek D, E, F jest spółką dominującą wobec spółki L. Walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki L może podjąć uchwałę o uczestnictwie w grupie spółek, wskazując spółkę E jako dominującą, bez udziału w walnym zgromadzeniu przedstawiciela spółki E. Organy spółki dominującej nie mają obowiązku podejmowania uchwały o uczestnictwie w grupie spółek⁴. O podjętej uchwale spółkę dominującą może powiadomić zarząd spółki zależnej. Spółka zależna może uczestniczyć tylko w jednej grupie spółek⁵. Wynika to z treści art. 5 § 1 pkt 5¹ k.s.h. stanowiącego, że spółka dominująca sprawuje jednolite kierownictwo nad spółką zależną albo spółkami zależnymi. Podjęcie przez drugą i następne spółki kapitałowe uchwał o uczestniczeniu w grupie spółek wskazujące tę samą spółkę dominującą co pierwsza spółka oznacza, że tworzą one wszystkie jedną grupę spółek. Spółka dominująca także może uczestniczyć tylko w jednej grupie spółek jako dominująca. Przepisy Kodeksu spółek handlowych nie zawierają ograniczenia, które zakazywałoby spółce kapitałowej być w jednej grupie spółek dominującą a w innej grupie być spółką zależną. Spółka akcyjna R, jako dominująca, może być większościowym udziałowcem dla 4 zależnych spółek z o.o., z którymi będzie tworzyć grupę spółek. Jednocześnie spółka akcyjna M będzie uprawniona do powołania całego zarządu spółki akcyjnej R. Walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki akcyjnej R jest uprawnione do podjęcia uchwały o uczestnictwie w grupie spółek, wskazującej, że spółką dominującą jest spółka M, a spółka R będzie spółką zależną.

Grupę spółek tworzy samo podjęcie uchwały przez zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie spółki zależnej. Gdy spółka dominująca posiada siedzibę za granicą, uczestnictwo w grupie spółek wystarczy ujawnić w rejestrze spółki zależnej (art. 21¹ § 3 k.s.h.). W innych przypadkach brak ujawnienia uczestnictwa w grupie spółek w rejestrze przedsiębiorców KRS⁶ spółek: dominującej i zależnych skutkuje niemożliwością stosowania przepisów art. 21²–21⁴, art. 21⁶, art. 21⁷, art. 21¹⁰–21¹⁴ k.s.h. wobec spółki zależnej (art. 21¹ § 3 k.s.h.), tj.:

- spółka dominująca nie może wydawać spółce zależnej wiążących poleceń,
- zarząd spółki zależnej nie może podjąć uchwały o wykonaniu wiążącego polecenia oraz o odmowie wykonania wiążącego polecenia,
- spółka dominująca nie może przeglądać ksiąg i dokumentów spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek oraz żądać od niej udzielenia informacji,
- rada nadzorcza spółki dominującej nie sprawuje nadzoru nad realizacją interesu grupy spółek przez spółkę zależną uczestniczącą w grupie spółek,

⁴ K. Żółcińska (w:) *Prawo holdingowe. Praktyczny komentarz*, red. M. Baran, A. Czarnecka, LEX 2022, komentarz do art. 21¹ k.s.h., pkt 2.4.

⁵ K. Żółcińska (w:) *Prawo...*, komentarz do art. 21¹ k.s.h., pkt 2.6.3.

⁶ Krajowy Rejestr Sądowy.

- rada nadzorcza spółki dominującej nie może żądać od zarządu spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek udostępnienia ksiąg i dokumentów oraz udzielenia informacji w celu sprawowania nadzoru,
- wspólnik lub wspólnicy mniejszościowi albo akcjonariusz lub akcjonariusze mniejszościowi reprezentujący nie więcej niż 10% kapitału zakładowego spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek nie mogą żądać umieszczenia w porządku obrad najbliższego zgromadzenia wspólników albo walnego zgromadzenia sprawy podjęcia uchwały o przymusowym odkupie ich udziałów albo akcji przez spółkę dominującą, która reprezentuje bezpośrednio, pośrednio lub na podstawie porozumień z innymi osobami co najmniej 90% kapitału zakładowego spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek,
 - zgromadzenie wspólników albo walne zgromadzenie spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek nie może podjąć uchwały o przymusowym wykupie udziałów albo akcji wspólników albo akcjonariuszy reprezentujących nie więcej niż 10% kapitału zakładowego przez spółkę dominującą, która reprezentuje bezpośrednio co najmniej 90% kapitału zakładowego,
 - spółka dominująca nie odpowiada wobec spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek za szkodę, która została wyrządzona wykonaniem wiążącego polecenia, gdyż nie mogła wydawać wiążących poleceń,
 - spółka dominująca, nie odpowiada wobec wspólnika albo akcjonariusza spółki zależnej za obniżenie wartości przysługującego mu udziału albo akcji, gdyż obniżenie wartości nie mogło być następstwem wykonania przez spółkę zależną wiążącego polecenia,
 - spółka dominująca nie odpowiada za szkodę wyrządzoną wierzycielowi spółki zależnej, gdy egzekucja przeciwko spółce zależnej uczestniczącej w grupie spółek okaże się bezskuteczna.

Ponadto członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej, prokurent oraz likwidator spółki uczestniczącej w grupie spółek mogą powoływać się na działanie lub zaniechanie w określonym interesie grupy spółek, jeżeli spółka ujawniła w rejestrze przedsiębiorców uczestnictwo w grupie spółek (art. 21¹ § 4 k.s.h.).

Samo podjęcie uchwały przez zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie spółki zależnej o udziale w grupie spółek powoduje powstanie grupy nierejestrowej, a po ujawnieniu grupy spółek w rejestrze przedsiębiorców KRS powoduje powstanie rejestrowej grupy spółek⁷.

Mimo braku ujawnienia w rejestrze przedsiębiorców KRS przez spółki: do-

⁷ W literaturze przedmiotu na grupę spółek przed rejestracją używa się określenia holding faktyczny nierejestrowy (niepełny), a na grupę spółek zarejestrowaną w rejestrze przedsiębiorców KRS holding faktyczny rejestrowy (pełny), A. Szumański (w:): *Kodeks...*, komentarz do art. 21¹ k.s.h., nb 94–95.

minującą i zależną, mające siedzibę w Polsce, uczestnictwa w grupie spółek, do ich funkcjonowania mają zastosowanie pozostałe przepisy dotyczące grupy spółek tj.:

- zarząd spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek sporządza sprawozdanie o powiązaniach umownych tej spółki ze spółką dominującą za okres ostatniego roku obrotowego i przedstawia je zgromadzeniu wspólników albo walnemu zgromadzeniu (art. 21⁸ § 1 k.s.h.),
- wspólnik lub wspólnicy mniejszościowi albo akcjonariusz lub akcjonariusze mniejszościowi spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek reprezentujący co najmniej 10% kapitału zakładowego mogą zwrócić się do sądu rejestrowego z wnioskiem o wyznaczenie firmy audytorskiej w celu zbadania rachunkowości oraz działalności grupy spółek (art. 21⁹ k.s.h.).

Informację o uczestnictwie w grupie spółek ze wskazaniem charakteru tego uczestnictwa, w tym dane spółki dominującej albo dane spółki zależnej, zamieszcza się w dziale 1 rejestru przedsiębiorców (art. 38 pkt 1 lit. ga u.k.r.s.⁸) w rubryce 12 (§ 50 pkt 12 r.p.r.⁹). W informacji z KRS pobranej z systemu teleinformatycznego można będzie odczytać następujące dane dotyczące grupy spółek w dziale 1 w rubryce 12 w polu pierwszym informację, czy spółka jest podmiotem dominującym czy zależnym:

- w podrubryce pierwszej dane spółki zależnej: w polu pierwszym firmę spółki, w polu drugim numer KRS spółki,
- w podrubryce drugiej dane podmiotu dominującego: w polu pierwszym firmę albo nazwę podmiotu, w polu drugim numer KRS podmiotu.

Pełne stosowanie przepisów Kodeksu spółek handlowych do grupy spółek, po ujawnieniu wyżej wymienionych wpisów w rejestrze przedsiębiorców spółki zależnej i dominującej (mającej siedzibę na terenie RP), może nastąpić w zależności od opóźnień w rozpatrywaniu wniosków w sądzie rejonowym, wydziale gospodarczym Krajowego Rejestru Sądowego nawet po kilku miesiącach od podjęcia uchwały przez zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie spółki zależnej i złożenia wniosku o wpis ww. zmian do rejestru przedsiębiorców KRS. Wpis do rejestru przedsiębiorców KRS grupy spółek ma charakter mieszany¹⁰:

- w zakresie stosowania przepisów prawa grup spółek wskazanych w art. 21¹ § 3 zd. 3 k.s.h., a także art. 21¹ § 4 k.s.h. wpis ma charakter konstytutywny, wynika to wprost z treści tych przepisów, które uzależniają dopuszczalność ich stosowania od dokonania wpisu,
- w zakresie stosowania pozostałych przepisów prawa grup spółek, tj.

⁸ Ustawa z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2022 r. poz. 1683).

⁹ Rozporządzenie ministra sprawiedliwości z 17.11.2014 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład krajowego rejestru sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach, Dz.U. z 2014 r., poz. 1667.

¹⁰ A. Szumański (w.): *Kodeks...*, komentarz do art. 21¹ k.s.h., nb 121.

art. 21⁵, 21⁸–21⁹ k.s.h, art. 21¹⁵–21¹⁶ k.s.h., a także art. 4 § 1 pkt 5¹ k.s.h., wpis ten będzie miał charakter deklaratoryjny¹¹.

Uchwała o uczestnictwie w grupie spółek podejmowana jest w:

- spółce z o.o. w formie pisemnej, a w spółce, której umowa została zawarta przy wykorzystaniu wzorca umowy w systemie teleinformatycznym, uchwała wspólników może zostać podjęta przy wykorzystaniu wzorca udostępnionego w systemie teleinformatycznym (art. 240¹ § 1 k.s.h.),
- prostej spółce akcyjnej w formie pisemnej lub przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej (art. 300⁸⁰ § 2 k.s.h. w zw. z art. 300¹⁰⁰ § 1–2 k.s.h.) w postaci wydruków uchwał poświadczonych podpisem członka zarządu (art. 300¹⁰⁰ § 4 k.s.h.),
- spółce akcyjnej w formie aktu notarialnego (art. 421 § 1 k.s.h.).

W spółce zależnej, w której jedynym wspólnikiem jest spółka dominująca, do powstania grupy spółek również niezbędne jest podjęcie uchwały o uczestnictwie w grupie spółek, wskazującej spółkę dominującą, której przedstawiciel uczestniczy w zgromadzeniu wspólników. W takich przypadkach nie można bez uchwały wspólnika lub akcjonariusza domniemywać powstania grupy spółek, mimo widocznego stosunku zależności.

Przepisy o grupie spółek dotyczące spółki zależnej stosuje się odpowiednio do spółki powiązanej ze spółką dominującą, jeżeli umowa albo statut spółki powiązanej tak stanowią (art. 21¹⁶ § 1 k.s.h.). Spółką powiązaną jest spółka kapitałowa, w której inna spółka handlowa dysponuje bezpośrednio lub pośrednio co najmniej 20% głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik lub użytkownik, albo na podstawie porozumień z innymi osobami, lub która posiada bezpośrednio co najmniej 20% udziałów albo akcji w innej spółce kapitałowej (art. 4 § 1 pkt 5 k.s.h.). Istniejąca spółka powiązana może stać się zależną po dokonaniu zmiany umowy lub statutu wskazującej, że jest spółką zależną wobec spółki powiązanej, poprzez podjęcie uchwały:

- zgromadzenia wspólników w spółce z o.o. większością 3/4 głosów, o ile umowa spółki nie stanowi surowszych warunków (art. 246 § 1 k.s.h.),
- walnego zgromadzenia akcjonariuszy w prostej spółce akcyjnej większością 3/4 głosów, chyba że umowa spółki przewiduje surowsze warunki (art. 300⁹⁸ § 2 pkt 1 k.s.h.),
- walnego zgromadzenia akcjonariuszy w spółce akcyjnej większością 3/4 głosów, statut może ustanowić surowsze warunki powzięcia uchwały (art. 415 § 1, § 5 k.s.h.).

¹¹ K. Żółcińska (w:) *Prawo...*, pkt 3.2; S. Michalak, *Wpływ nowelizacji Kodeksu spółek handlowych w zakresie prawa holdingowego na funkcjonowanie grup spółek oraz interesy wspólników mniejszościowych i wierzycieli spółek zależnych*, „Monitor Prawniczy” 2022/14, s. 749.

Zmiana umowy (statutu) spółki kapitałowej wywołuje skutek od wpisania do rejestru przedsiębiorców KRS, który to wpis ma charakter konstytutywny. Bez zarejestrowania zmiany umowy lub statutu spółki powiązanej, dotyczącej wskazania spółki dominującej, grupa spółek nie powstaje. Do grupy spółek powstałej na skutek zmian umowy (statutu) kapitałowej spółki powiązanej przepisy o grupie spółek stosuje się odpowiednio (art. 21¹⁶ § 1 k.s.h.), tzn. nie można stosować ich wprost.

FUNKCJONOWANIE GRUPY SPÓŁEK

Następstwem powstania grupy spółek jest możliwość wydawania przez spółkę dominującą wiążących poleceń spółkom zależnym po ujawnieniu stosunku zależności w rejestrze przedsiębiorców KRS. Wiążące polecenie powinno być wydane przez spółkę dominującą zgodnie z jej zasadami reprezentacji¹². Uprawnionym organem w spółce dominującej będącej spółką z o.o. lub akcyjną, wydającym polecenia, jest zarząd, a w prostej spółce akcyjnej, gdy nie ustanowiono zarządu, przedmiotowe polecenia wydaje rada dyrektorów (art. 300⁵² k.s.h.). Spółka dominująca wydaje wiążące polecenie w formie pisemnej lub elektronicznej pod rygorem nieważności (art. 21² § 2 k.s.h.). Prokurent również jest uprawniony do wydania wiążących poleceń spółce zależnej. Zarząd spółki dominującej lub rada dyrektorów w prostej spółce akcyjnej mogą udzielić pełnomocnictwa do wydawania wiążących poleceń spółce lub spółkom zależnym. Pełnomocnictwo to może być szczególne do pojedynczego lub kilku konkretnych wiążących poleceń, rodzajowe do określonych poleceń albo ogólne do wydawania różnych wiążących poleceń, według uznania pełnomocnika. Pełnomocnictwo do udzielania wiążących poleceń wystarczy, że zostanie udzielone w formie pisemnej, którą jest również elektroniczna forma czynności prawnej wraz z opatrzeniem jej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 78¹ k.c. w zw. z art. 21² § 2 k.s.h.). Treść wiążącego polecenia powinna wskazywać co najmniej (art. 21² § 3 k.s.h.):

- 1) oczekiwane przez spółkę dominującą zachowanie spółki zależnej w związku z wykonaniem wiążącego polecenia;
- 2) interes grupy spółek, który uzasadnia wykonanie przez spółkę zależną wiążącego polecenia;
- 3) spodziewane korzyści lub szkody spółki zależnej, które będą następstwem wykonania wiążącego polecenia, o ile występują;
- 4) przewidywany sposób i termin naprawienia spółce zależnej szkody poniesionej w wyniku wykonania wiążącego polecenia.

¹² M. Klimowicz (w:) *Prawo holdingowe. Praktyczny komentarz*, red. M. Baran, A. Czarnecka, Warszawa 2022. LEX/el., komentarz do art. 21² k.s.h., pkt 2.8.

Element wymieniony w pkt 3 może nie wystąpić w wiążącym poleceniu. W treści wiążącego polecenia często będzie występował termin, do którego należy je wykonać. Pod pojęciem zachowania spółki zależnej należy rozumieć dokonanie czynności prawnych (np. nakaz zawarcia umowy, wypowiedzenie, zmiana, rozwiązywanie umowy, złożenie określonego oświadczenia, nakaz udziału w określonym przetargu i złożenia oferty, udzielenie zabezpieczenia czyjegoś długu, np. poręczenia według prawa cywilnego, ustanowienie zastawu rejestrowego na rzeczach ruchomych lub prawach spółki zależnej), czynności faktycznych (np. uporządkowanie placu manewrowego, utylizacja przeterminowanych produktów, zwiększenie miejsc parkingowych np. przed sklepem, oddziałem hurtowni, zwiększenie lub zmniejszenie zapasów magazynowych) oraz powstrzymanie się od określonego działania (np. zakaz podjęcia czynności egzekucyjnych wobec dłużnika spółki zależnej, wstrzymanie egzekucji wobec wierzyciela, odstąpienie od udziału w licytacji komorniczej prowadzonej pod nadzorem sądu, zaniechanie czynności przygotowawczych zmierzających do złożenia wniosku do sądu o wszczęcie egzekucji wobec dłużnika).

Nakaz dokonania czynności prawnej przez spółkę zależną nie zwalnia organów tej spółki od podjęcia uchwał przez organy przedmiotowej spółki do wydania zgody na dokonanie niektórych z nich. W spółkach kapitałowych uchwały wspólników lub akcjonariuszy wymagają zbycia i wydzierżawienia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienia na nich ograniczonego prawa rzeczowego (art. 228 pkt 3 k.s.h. w spółce z o.o., art. 300⁸¹ pkt 2 k.s.h. w prostej spółce akcyjnej, art. 393 pkt 3 k.s.h. w spółce akcyjnej). Ponadto w spółkach kapitałowych zawarcie:

- umowy kredytu, pożyczki, poręczenia lub innej podobnej umowy z członkiem zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej, prokurentem, likwidatorem (do czasu rozpoczęcia podziału majątku przez spółkę zależną w likwidacji *a contrario* z art. 21¹⁶ § 2 k.s.h.) albo na rzecz którejkolwiek z tych osób wymaga zgody zgromadzenia wspólników albo walnego zgromadzenia, chyba że ustawa stanowi inaczej¹³,
- przez spółkę zależną umów wymienionych powyżej z członkiem zarządu, prokurentem lub likwidatorem spółki dominującej wymaga zgody zgromadzenia wspólników albo walnego zgromadzenia spółki dominującej (art. 15 k.s.h.).

¹³ Jako przykład przepisu szczególnego można wskazać przepis art. 79a ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2022 r. poz. 2324 ze zm.), wskazującego m.in., że udzielenie kredytu, pożyczki pieniężnej, gwarancji bankowej lub poręczenia członkowi zarządu banku lub rady nadzorczej powyżej 10.000 euro wymaga zgody wyrażonej w uchwale zarządu oraz uchwały rady nadzorczej banku. Uchwały te zapadają bez udziału zainteresowanej osoby, w głosowaniu tajnym, większością co najmniej 2/3 głosów, w obecności co najmniej połowy składu organu. Banki jako spółki będące podmiotami objętymi nadzorem nad rynkiem finansowym na podstawie art. 1 ust. 2 ustawy z 21.07.2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz.U. z 2022 r. poz. 660) nie mogą być spółkami zależnymi uczestniczącymi w grupie spółek, co wynika z art. 21¹⁶ § 2 k.s.h.

Wydanie przez zarząd spółki dominującej spółce zależnej polecenia dotyczącego np. ustanowienia zastawu rejestrowego na przedsiębiorstwie, w skład którego nie wchodzi nieruchomości, prawo użytkowania wieczystego gruntu, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, oznacza, że zarząd spółki zależnej, aby wypełnić to polecenie, ma obowiązek dokonać następujących czynności:

- 1) zarząd spółki zależnej podejmuje uchwałę dotyczącą wykonania wiążącego polecenia (art. 21³ § 1 k.s.h.),
- 2) zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie akcjonariuszy podejmuje uchwałę wyrażającą zgodę na ustanowienie zastawu na przedsiębiorstwie.

Natomiast wydanie przez zarząd spółki dominującej spółce zależnej polecenia polegającego na udzieleniu poręczenia spłaty zadłużenia członka rady nadzorczej i jego żony lub męża, spółki zależnej i jednocześnie dominującej wymaga podjęcia następujących uchwał:

- 1) zarząd spółki zależnej podejmuje uchwałę dotyczącą wykonania wiążącego polecenia (art. 21³ § 1 k.s.h.),
- 2) zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki zależnej podejmuje uchwałę wyrażającą zgodę na udzielenie poręczenia spłaty zadłużenia członka swojej rady nadzorczej i jego żony lub męża, (art. 15 § 1 k.s.h.),
- 3) zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki dominującej podejmuje uchwałę wyrażającą zgodę na udzielenie poręczenia spłaty zadłużenia członka swojej rady nadzorczej i jego żony lub męża (art. 15 § 2 k.s.h.).

Kolejność podjęcia przedmiotowych uchwał nie ma znaczenia, przy czym uchwały zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia akcjonariuszy nie mogą być podjęte później niż do 2 miesięcy od dokonania czynności (art. 17 § 2 k.s.h.). W spółkach zależnych, w których jedynym wspólnikiem jest spółka dominująca, wykonanie polecenia dotyczącego np. sprzedaży przedsiębiorstwa wymaga podjęcia uchwały przez zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie spółki zależnej wyrażającej zgodę na dokonanie tej czynności, także w sytuacji, gdy w spółce dominującej jedynym wspólnikiem jest jedynym członkiem zarządu, wydaje wiążące polecenie spółce zależnej oraz jako przedstawiciel spółki dominującej podejmuje uchwałę podczas zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia spółki zależnej, wyrażającą zgodę na sprzedaż przedsiębiorstwa. Wraz z przekazaniem wiążącego polecenia spółce zależnej dotyczącego sprzedaży przedsiębiorstwa można jednocześnie przekazać uchwałę walnego zgromadzenia lub zgromadzenia wspólników zezwalającą na dokonanie przedmiotowej czynności. Przedmiotowa uchwała może być podjęta przed wydaniem lub po wydaniu wiążącego polecenia, ale nie później niż 2 miesiące po zawarciu umowy sprzedaży przedsiębiorstwa lub zawarcia innych umów, do

których ustawa wymaga podjęcia uchwały przez walne zgromadzenie lub zgromadzenie wspólników (art. 17 § 2 k.s.h.). Czynność prawna będąca następstwem wykonania wiążącego polecenia przez zarząd spółki zależnej bez wymaganej przez ustawę uchwały walnego zgromadzenia lub zgromadzenia wspólników nie wywołuje skutków prawnych, dotknięta jest bezskutecznością zawieszoną. Możliwe jest jej konwalidowanie w terminie 2 miesięcy od dokonania czynności, po tym terminie czynności te są nieważne¹⁴. Umowa lub statut spółki mogą przewidywać uzyskanie zgody jakiegoś organu spółki na dokonanie określonej czynności prawnej (art. 17 § 3 k.s.h.), np. na zbycie udziałów, akcji, które przysługują spółce kapitałowej, zaciągnięcie kredytu, zawarcie umowy leasingu itd. Zgodnie z art. 17 § 3 k.s.h. ww. czynności prawne dokonane bez ww. zgody określonego organu spółki są ważne, nie wyklucza to odpowiedzialności członków zarządu wobec spółki z tytułu naruszenia umowy spółki albo statutu. W sytuacji gdy wykonanie wiążącego polecenia związane jest z uzyskaniem zgody na dokonanie przedmiotowej czynności prawnej wynikającej z przepisów ustawy lub z umowy spółki, a zarząd spółki zależnej nie otrzymał takiej zgody oraz czynności te nie będą potwierdzone po ich dokonaniu, jest to przesłanka do odmowy wykonania wiążącego polecenia.

Zarząd spółki zależnej, otrzymawszy wiążące polecenie, może zachować się w następujący sposób:

- 1) podjąć uchwałę dotyczącą wykonania wiążącego polecenia, w treści uchwały należy wskazać co najmniej elementy wiążącego polecenia (art. 21³ § 2 k.s.h.),
- 2) podjąć uchwałę o odmowie wykonania wiążącego polecenia, jeżeli jego wykonanie doprowadziłoby do niewypłacalności albo zagrożenia niewypłacalnością spółki zależnej,
- 3) podjąć uchwałę o odmowie wykonania wiążącego polecenia w spółce niebędącej spółką jednoosobową, jeżeli istnieje uzasadniona obawa, że jest ono sprzeczne z interesem spółki zależnej i wyrządzi jej szkodę, która nie będzie naprawiona przez spółkę dominującą lub inną spółkę zależną uczestniczącą w grupie spółek w okresie dwóch lat, licząc od dnia, w którym nastąpi zdarzenie wyrządzające szkodę, chyba że umowa albo statut spółki zależnej stanowią inaczej, w określeniu wysokości szkody spółka zależna uwzględnia korzyści uzyskane przez spółkę zależną w związku z uczestnictwem w grupie spółek w okresie ostatnich dwóch lat obrotowych,
- 4) podjąć uchwałę odmawiającą wykonania wiążącego polecenia, gdy umowa albo statut spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek przewiduje dodatkowe przesłanki odmowy wykonania wiążącego polecenia (art. 21⁴ § 3 k.s.h.),

¹⁴ J. Frąckowiak (w:) *Kodeks spółek handlowych*, t. 1, *Komentarz do art. 1–150*, red. A. Kidyba, Warszawa 2017, s. 194.

- 5) podjąć uchwałę o niewykonaniu wiążącego polecenia, w przypadku gdy dokonanie czynności wymaga uchwały organu spółki wynikającego z przepisów ustawy lub statutu spółki, a przedmiotowa uchwała nie została podjęta (art. 17 § 1 k.s.h.) przez zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie akcjonariuszy,
- 6) podjąć uchwałę o wykonaniu wiążącego polecenia, bez wykonania tego polecenia, w przypadku gdy jego wykonanie wymaga uchwały organu spółki wynikającego z przepisów ustawy lub statutu spółki, a przedmiotowa uchwała nie została podjęta i jest oczywiste, że nie zostanie podjęta w terminie 2 miesięcy po ewentualnym wykonaniu wiążącego polecenia,
- 7) nie podjąć żadnego działania.

Definicja pojęcia niewypłacalności zawarta jest w art. 11 u.p.u.¹⁵ Zależna spółka kapitałowa jest niewypłacalna, gdy:

- a) utraciła zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, tj. opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące, lub
- b) jej zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jej majątku:
 - do którego nie wlicza się składników niewchodzących w skład masy upadłości,
 - do których nie wlicza się zobowiązań przyszłych, w tym zobowiązań pod warunkiem zawieszającym oraz zobowiązań wobec wspólnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej,
 - przyjmuje się, że zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jej majątku, jeżeli zgodnie z bilansem jej zobowiązania, z wyłączeniem rezerw na zobowiązania oraz zobowiązań wobec jednostek powiązanych, przekraczają wartość jej aktywów, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące.

Zależna spółka kapitałowa jest zagrożona niewypłacalnością, gdy jej sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalna (art. 6 ust. 3 p.r.¹⁶).

Przesłanką podjęcia przez zarząd spółki zależnej uchwały odmawiającej wykonania polecenia wiążącego jest sytuacja, gdy w jego następstwie miałyby dojść do ogłoszenia przez sąd: upadłości spółki lub jednego z czterech postępowań restrukturyzacyjnych, tj. o zatwierdzeniu układu, przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego, postępowania sanacyjnego.

W zależnej spółce niejednoosobowej zarząd może podjąć uchwałę o odmowie wykonania wiążącego polecenia, gdy istnieje uzasadniona obawa, że jest ono sprzeczne z interesem tej spółki i wyrządzi jej szkodę, która nie będzie naprawiona przez spółkę dominującą lub inną spółkę zależną uczestniczącą

¹⁵ Ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2022 r. poz. 1520).

¹⁶ Ustawa z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2021 r. poz. 1588).

w grupie spółek w okresie dwóch lat, licząc od dnia, w którym nastąpi zdarzenie wyrządzające szkodę. W określeniu wysokości szkody spółka zależna uwzględnia korzyści uzyskane przez tę spółkę w związku z uczestnictwem w grupie spółek w okresie ostatnich dwóch lat obrotowych (art. 21⁴ § 2 k.s.h.). Przepis art. 21⁴ § 2 k.s.h. będzie można w pełni stosować dopiero po 2 latach od powstania grupy spółek. Stwierdzenie przez zarząd spółki zależnej, że wykonanie wiążącego polecenia wydanego np. po roku od jej powstania, sprzecznego z interesem spółki zależnej, wyrządzi jej szkodę, która nie będzie naprawiona przez spółkę dominującą lub inną spółkę zależną uczestniczącą w grupie spółek w okresie dwóch lat od wyrządzenia szkody, oznacza obowiązek odmówienia wykonania przedmiotowego polecenia.

Zarząd jednoosobowej spółki zależnej może nie podejmować uchwały o odmowie wykonania wiążącego polecenia w przypadkach, gdy istnieje uzasadniona obawa, że jest ono sprzeczne z interesem spółki zależnej i wyrządzi jej szkodę, która nie będzie naprawiona przez spółkę dominującą lub inną spółkę zależną uczestniczącą w grupie spółek w okresie dwóch lat, licząc od dnia, w którym nastąpi zdarzenie wyrządzające szkodę (*a contrario* z art. 21⁴ § 2 k.s.h.).

Uchwały zarządu o odmowie wykonania wiążącego polecenia, o których mowa powyżej w pkt 2–3, wymagają uzasadnienia (art. 21⁴ § 5 k.s.h.). W zarządach jednoosobowych spółek zależnych podejmowanie uchwał dotyczących wykonania lub odmowy wykonania wiążącego polecenia wydaje się zbędne. Byłaby to jednak interpretacja niewłaściwa. Uchwała o odmowie wykonania polecenia spółki dominującej wymaga uzasadnienia, a w treści uchwały dotyczącej wykonania wiążącego polecenia można wskazać więcej elementów niż elementy wiążącego polecenia.

Przepisy Kodeksu spółek handlowych nie wskazują żadnych sankcji za wykonanie lub niewykonanie wiążącego polecenia bez podjęcia uchwały przez zarząd spółki zależnej. Nie precyzują również, kiedy przedmiotowe uchwały należy podjąć. Najwłaściwsza jest sytuacja, gdy przedmiotowe uchwały podjęte są odpowiednio przed wykonaniem wiążącego polecenia lub przed udzieleniem odpowiedzi o jego niewykonaniu. Zarząd spółki zależnej może być kilk osobowy, przy czym każdy członek zarządu może samodzielnie reprezentować spółkę i wykonać wiążące polecenie lub go nie wykonać. Przedmiotowe uchwały podejmowane są podczas obrad zarządu. Przepisy art. 208¹, art. 376, art. 300⁵⁸ § 5 k.s.h. dotyczące odpowiednio zarządu spółki z o.o., spółki akcyjnej, prostej spółki akcyjnej stanowią, że uchwały zarządu są protokołowane, a ponadto protokół powinien zawierać porządek obrad, imiona i nazwiska obecnych członków zarządu i liczbę głosów oddanych na poszczególne uchwały. W protokole zaznacza się zdanie odrębne zgłoszone przez członka zarządu wraz z jego ewentualnym umotywowaniem. Protokół podpisuje co najmniej członek zarządu prowadzący posiedzenie lub zarządzający głosowanie, chyba że umowa spółki lub regulamin zarządu stanowią inaczej. W spółkach z o.o. i spółkach akcyjnych uchwały zarządu mogą być powzięte, jeżeli wszyscy członkowie zo-

stali prawidłowo zawiadomieni o posiedzeniu zarządu i uchwały te zapadają bezwzględną większością głosów. W posiedzeniu zarządu można uczestniczyć przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Zarząd może podejmować uchwały w trybie pisemnym lub przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Członkowie zarządu mogą brać udział w podejmowaniu uchwał zarządu, oddając swój głos na piśmie za pośrednictwem innego członka zarządu, chyba że umowa spółki stanowi inaczej (art. 21³ § 5–§ 5¹, art. 371 § 3–§ 3³ k.s.h.). W prostych spółkach akcyjnych, gdy:

- zarząd jest wieloosobowy, wszyscy jego członkowie są obowiązani i uprawnieni do wspólnego prowadzenia spraw spółki, chyba że umowa spółki lub regulamin zarządu stanowią inaczej (art. 300⁶⁴ § 1 k.s.h.),
- rada dyrektorów jest wieloosobowa, wszyscy dyrektorzy są obowiązani i uprawnieni do wspólnego prowadzenia spraw spółki, chyba że umowa spółki lub regulamin rady dyrektorów stanowią inaczej (art. 300⁷⁵ § 1 k.s.h.).

Uchwała zarządu (w prostych spółkach akcyjnych także uchwała rady dyrektorów) o wykonaniu wiążącego polecenia może być podjęta również po jego wykonaniu przez jednego z członków zarządu, potwierdzając prawidłowość postępowania tego członka zarządu. W zależnych spółkach kapitałowych, w których zarząd jest jednoosobowy, również należy podejmować uchwały o wykonaniu lub niewykonaniu wiążącego polecenia, a o podjęciu jednej z przedmiotowych uchwał zarząd spółki zależnej informuje spółkę dominującą (art. 21³ § 4 k.s.h.). W przypadku zamiaru niewykonania wiążącego polecenia poinformowanie o tym przez członka zarządu (a także dyrektora w prostej spółce akcyjnej) o niewykonaniu wiążącego polecenia, mimo braku uchwały w tym przedmiocie, może mieć miejsce. Zarząd, a w prostych spółkach akcyjnych także rada dyrektorów, mogą podjąć później uchwałę o niewykonaniu wiążącego polecenia.

Czynności prawne dotyczące wykonania lub niewykonania przez zarząd (a w prostych spółkach akcyjnych także przez radę dyrektorów) wiążącego polecenia, dokonane zgodnie z zasadami reprezentacji, mimo braku uchwały zarządu (w prostych spółkach akcyjnych także uchwały radę dyrektorów), są dotknięte bezskutecznością zawieszoną na podstawie art. 17 § 2 k.s.h. i mogą być konwalidowane w terminie 2 miesięcy od ich dokonania. Wykonanie wiążącego polecenia będącego czynnością prawną bez następczego potwierdzenia uchwałą zarządu (a w prostych spółkach akcyjnych uchwałą rady dyrektorów) w terminie 2 miesięcy oznacza, że jest to czynność nieważna. Odmowy wykonania wiążącego polecenia bez podjęcia uchwały w tym zakresie przez zarząd spółki zależnej (w prostych spółkach akcyjnych także przez radę dyrektorów) nie można rozpatrywać w kategoriach ważności lub nieważności, gdyż w następstwie odmowy wykonania polecenia nie następuje dokonanie czynności prawnej.

USTANIE GRUPY SPÓŁEK

Zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki zależnej lub powiązanej jest uprawnione do podjęcia uchwały większością 3/4 głosów o ustaniu przedmiotowego uczestnictwa (art. 21¹⁵ k.s.h.). Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący, tzn. nie można wymaganej większości zmienić np. na 1/2 lub na 5/6¹⁷. Uchwała o ustaniu uczestnictwa w grupie spółek podejmowana jest w spółce z o.o. w formie pisemnej lub przy wykorzystaniu wzorca w systemie teleinformatycznym (art. 240¹ § 1 k.s.h.), w prostej spółce akcyjnej w formie pisemnej lub przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej (art. 300⁸⁰ § 2 k.s.h. w zw. z art. 300¹⁰⁰ § 1–2 k.s.h.) w postaci wydruków uchwał poświadczonych podpisem członka zarządu (art. 300¹⁰⁰ § 4 k.s.h.), spółce akcyjnej w formie aktu notarialnego (art. 421 § 1 k.s.h.).

Uczestnictwo w grupie spółek ustaje również, gdy zarząd spółki dominującej złoży oświadczenie o ustaniu uczestnictwa spółce zależnej lub powiązanej, zgodnie z zasadami reprezentacji spółki dominującej, tj.: spółka z o.o. (art. 205 k.s.h.), prosta spółka akcyjna (art. 300⁶⁶ k.s.h., art. 300⁷⁸ k.s.h., gdy zamiast zarządu funkcjonuje rada dyrektorów), spółka akcyjna (art. 373 k.s.h.). Przedmiotowe oświadczenie może być złożone w formie: pisemnej, elektronicznej, dokumentowej, z notarialnie poświadczonym podpisem oraz w formie aktu notarialnego. Trudno przyjąć ze względów praktycznych, aby przedmiotowe oświadczenie zostało złożone w formie ustnej, gdyż ta forma jest niewystarczająca do wykreślenia grupy spółek z rejestru przedsiębiorców spółki zależnej (powiązanej) i dominującej. Prokurent spółki dominującej jest uprawniony do złożenia oświadczenia o ustaniu uczestnictwa w grupie spółek. Zarząd spółki dominującej lub rada dyrektorów w prostej spółce akcyjnej mogą udzielić pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o ustaniu uczestnictwa w grupie spółek. Pełnomocnictwo to może być szczególne do pojedynczego lub kilku oświadczeń o ustaniu uczestnictwa w grupie spółek, lub rodzajowe. Wystarczy, że pełnomocnictwo do złożenia oświadczenia o ustaniu uczestnictwa w grupie spółek zostanie udzielone w formie pisemnej, którą jest również elektroniczna forma czynności prawnej wraz z opatrzeniem jej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 78¹ k.c. w zw. z art. 21² § 2 k.s.h.) lub w formie dokumentowej.

Podjęcie uchwały przez zgromadzenie wspólników, walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki zależnej lub powiązanej o ustaniu uczestnictwa w grupie spółek lub złożenie przez spółkę dominującą spółce zależnej uczestniczącej w grupie spółek oświadczenia o ustaniu tego uczestnictwa kończy funkcjonowanie grupy spółek, gdy w tej grupie były tylko jedna spółka zależna (powią-

¹⁷ Tak A. Szumański (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 21¹⁵ k.s.h., nb 6.

zana) i jedna spółka dominująca. Gdy w grupie jest więcej niż jedna spółka zależna lub powiązana, podjęcie ww. uchwał czy też złożenie przez spółkę dominującą spółce zależnej uczestniczącej w grupie spółek oświadczenia o ustaniu tego uczestnictwa nie kończy istnienia grupy spółek, która funkcjonuje pomiędzy pozostałymi spółkami zależnymi (powiązаныmi) a spółką dominującą.

Ogłoszenie upadłości spółki zależnej, uzyskanie statusu spółki publicznej, rozpoczęcie podziału majątku spółki kapitałowej w likwidacji, objęcie jej nadzorem nad rynkiem finansowym w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy z 21.07.2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym powoduje utratę statusu spółki zależnej (powiązanej) (*a contrario* z art. 21¹⁶ § 2 k.s.h.).

Zarówno ustanie uczestnictwa w grupie spółek, która została wpisana do rejestru przedsiębiorców w KRS oraz która nie została wpisana do rejestru przedsiębiorców, ustaje w momencie podjęcia uchwały o ustaniu członkostwa przez zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki zależnej lub powiązanej albo w momencie dotarcia do zarządu spółki zależnej (powiązanej) oświadczenia spółki dominującej o ustaniu tego uczestnictwa. Wykreślenie z rejestru przedsiębiorców KRS wpisów o grupie spółek ma charakter deklaratoryjny¹⁸. Uprawnionymi podmiotami do złożenia wniosku do rejestru przedsiębiorców KRS o wykreślenie uczestnictwa w grupie spółek są: zarząd spółki zależnej (powiązanej), zarząd spółki dominującej¹⁹, syndyk masy upadłości spółki zależnej (powiązanej), likwidator spółki zależnej po rozpoczęciu podziału majątku.

WNIOSKI

Uczestnictwo w grupie spółek występuje w dwóch etapach: przejściowym przed wpisem do rejestru przedsiębiorców, kiedy do grupy spółek stosuje się tylko część przepisów o grupie spółek i właściwym po wpisie do rejestru przedsiębiorców, gdy do grupy spółek stosuje się wszystkie przepisy dotyczące grupy spółek. Długość trwania etapu przejściowego zależy od tego, czy spółka zależna jest lub nie jest spółką powiązaną. Zarząd spółki zależnej lub dominującej powinien złożyć wnioski o wpis grupy spółek do rejestru przedsiębiorców KRS w terminie 7 dni od podjęcia uchwały przez zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie akcjonariuszy o uczestniczeniu w grupie spółek (art. 22 u.k.r.s.). Wniosek o wpis w rejestrze przedsiębiorców grupy spółek może również nastąpić po tym terminie, gdyż nie jest to termin zawity. Podjęcie uchwały o uczestniczeniu w grupie spółek przez spółkę zależną, a niezgłoszenie jej w terminie 7 dni od pojęcia do KRS, nie wpływa na nieważność lub bezskuteczność uchwały²⁰. W przypadku stwierdzenia, że wniosek o wpis do rejestru przedsiębiorców KRS

¹⁸ Tak A. Szumański (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 21¹⁵ k.s.h., nb 26 i powołane piśmiennictwo.

¹⁹ A. Szumański (w:) (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 21¹⁵ k.s.h., nb 24.

²⁰ Ł. Zamojski, *Krajowy rejestr sądowy. Komentarz*, Warszawa 2022, LEX/el., komentarz do art. 22.

nie został złożony pomimo upływu terminu, sąd rejestrowy wzywa obowiązanych do ich złożenia – wyznaczając dodatkowy 7-dniowy termin (art. 24 ust. 1 u.k.r.s.). Rozpatrzenie przedmiotowego wniosku przez sąd rejestrowy może trwać także dość długi czas. Z woli zarządu spółki zależnej lub dominującej może wcale nie dojść do wpisu grupy spółek do rejestru przedsiębiorców KRS, jeżeli nie zostanie złożony wniosek do rejestru przedsiębiorców KRS o wpis grupy spółek, wobec czego nie nastąpi jej właściwy etap funkcjonowania.

Inaczej przedstawia się to w przypadku spółki powiązanej, uczestniczącej w grupie spółek. W powiązanej spółce z o.o. uchwała o uczestnictwie w grupie spółek jest zmianą umowy spółki kapitałowej i powinna być zgłoszona do rejestru przedsiębiorców KRS w przypadku podjęcia jej:

- w formie aktu notarialnego w terminie 6 miesięcy od podjęcia (art. 169 § 1 k.s.h. w zw. z art. 256 § 3 k.s.h.),
- przy wykorzystaniu wzorca w systemie teleinformatycznym w terminie 7 dni od jej podjęcia (art. 169 § 2 k.s.h. w zw. z art. 256 § 3 k.s.h.).

Takie same zasady obowiązują przy rejestracji zmiany umowy prostej spółki akcyjnej, co wynika z art. 300¹³ i art. 300¹⁰² k.s.h. Zgłoszenie zmiany umowy spółki z o.o., prostej spółki akcyjnej dotyczącej uczestnictwa w grupie spółek, po upływie 6 miesięcy od podjęcia uchwały przez zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie spowoduje, że sąd rejestrowy oddali wniosek. Zmiana statutu powiązanej spółki akcyjnej dotycząca uczestnictwa w grupie spółek musi być zgłoszona w terminie do 3 miesięcy od jej podjęcia w formie aktu notarialnego (art. 430 § 2 k.s.h.). Jest to termin zawity²¹, a zgłoszenie zmiany po upływie tego terminu może stanowić okoliczność uzasadniającą odmowę dokonania wpisu zmiany statutu spółki akcyjnej do rejestru przedsiębiorców²². Powiązane spółki z o.o., prostej spółki akcyjnej mogą funkcjonować w etapie przejściowym 6 miesięcy, a powiązane spółki akcyjne 3 miesiące. Po tych terminach uchwała o uczestnictwie w grupie spółek nie może być zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców KRS, gdyż traci ważność, wobec czego przestaje istnieć grupa spółek w etapie początkowym. Trzeba podjąć ponowną uchwałę przez zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie powiązanej spółki kapitałowej.

²¹ I.B. Mika (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Warszawa 2022, Legalis/el., komentarz do art. 430, pkt 17.

²² Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 19.10.2016 r. (V CSK 63/16), Legalis nr 1564938.

ABSTRACT

dr hab. Wojciech Gonet

The author is a professor at the Siedlce University of Natural Sciences and Humanities, a notary in Piaseczno (Warsaw Chamber of Notaries).

Creation, operation, termination of a group of companies

The article concerns the new regulation of commercial law relevant to a group of companies. It analyses the regulation defining the creation of a group of companies and selected matters related to its functioning. A part of the article is dedicated to the issue of issuing binding instructions to a subsidiary company and the acceptable responses of the management board of this company to a particular instruction. Among other things, it is confirmed that the Code of Commercial Partnerships and Companies does not impose on the management board of the subsidiary company the duty to execute binding instruction. Lack of definitions of crucial terms relating to groups of companies, for example, interests of a group of companies, handicaps the application of the new regulations.

Keywords: *subsidiary company, holding company, group of companies, instruction*

dr hab. Wojciech Gonet

ORCID: 0000-0003-0066-706X; e-mail: wojciech.gonet@uph.edu.pl

Autor jest profesorem Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach, notariuszem w Piasecznie (Izba Notarialna w Warszawie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Frąckowiak Józef (w:) *Kodeks spółek handlowych. t. 1, Komentarz do art. 1–150*, red. A. Kidyba, Warszawa 2017

Klimowicz Michał (w:) *Prawo holdingowe. Praktyczny komentarz*, red. M. Baran, A. Czarnecka, Warszawa 2022, LEX/el., komentarz do art. 21² k.s.h.

Kodeks spółek handlowych. Komentarz, red. Z. Jara, Warszawa 2022, Legalis/el.

Michalak Sebastian, *Wpływ nowelizacji Kodeksu spółek handlowych w zakresie prawa holdingowego na funkcjonowanie grup spółek oraz interesy*

wspólników mniejszościowych i wierzycieli spółek zależnych, „Monitor Prawniczy” 2022/14

Szumański Andrzej (w:) **Kwaśnicki Radosław L., Ostrowski Filip, Szumański Andrzej**, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do zmian (tzw. prawo holdingowe)*, Warszawa 2022. Legalis/el.

Zamojski Łukasz, *Krajowy rejestr sądowy. Komentarz*, LEX 2022 r.

Żółcińska Katarzyna (w:) *Prawo holdingowe. Praktyczny komentarz*, red. M. Baran, A. Czarnecka, Warszawa 2022, LEX/el., komentarz do art. 21¹ k.s.h.

Pojęcia kluczowe: *NFT, niewymienialne tokeny, prawo własności intelektualnej, prawo autorskie, prawo własności przemysłowej, blockchain, metawersum, nowe technologie*

Artykuły

Anna Bober-Kotarbińska

ZARYS ZAGADNIENÍ I WYZWAŃ PRAWNYCH ZWIĄZANYCH Z ZASTOSOWANIEM TECHNOLOGII NIEWYMIENIALNYCH TOKENÓW W OBSZARZE PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ

W niniejszym artykule przybliżone zostaną informacje o nowym narzędziu z zakresu prawa nowych technologii, tj. o niewymienialnych tokenach (ang. *non-fungible token*, dalej NFT). NFT są narzędziami tworzącymi zapisy określające właściwości niewymienialnych zasobów, dlatego mogą być wykorzystywane jako certyfikaty autentyczności dla treści cyfrowych nabytych przez użytkowników platform internetowych. Zdaniem autorki NFT mogą posłużyć jako nowe narzędzie wspierające twórczość cyfrową. Jednocześnie, wobec braku uniwersalnych uregulowań, autorka wskazuje również potrzebę wprowadzenia obowiązkowych regulacji prawnych reglamentujących możliwość tworzenia NFT. Dla wykazania tej potrzeby w niniejszym artykule również omówiony został związek między NFT a prawami autorskimi i prawami własności przemysłowej, potencjalne problemy i rozwiązania dla stosowania NFT oraz wykazanie sposobu, w jaki NFT stają się kanałami komercjalizacji własności intelektualnej.

Artykuł stanowi rozwinięcie referatu wygłoszonego przez autorkę 26.04.2022 r. podczas Konferencji Prawa własności intelektualnej na Uniwersytecie Gdańskim.

1. WPROWADZENIE DO ZAGADNIENIA ORAZ WYJAŚNIENIE POJĘCIA NFT

1.1. POJĘCIE NFT

Uprzedzając rozważania związane z wykorzystaniem niewymienialnych tokenów (ang. *non fungible token*, dalej NFT) i ich znaczenia dla prawa własności intelektualnej, w pierwszej kolejności należy przybliżyć znaczenie samego pojęcia. Obecnie nie istnieje jeszcze jedno pojęcie, które byłoby powszechnie uznane, a zarazem wyczerpywałoby wszystkie znamiona NFT. W uwagach European Union Intellectual Property Office (dalej EUIPO) podaje następującą definicję NFT jako: „unikalnych certyfikatów cyfrowych, zarejestrowanych w blochchainie, które uwierzytelniają przedmioty cyfrowe, ale pozostając w odrębności od tych przedmiotów cyfrowych”¹. Definicja NFT przyjęta przez EUIPO częściowo przypomina definicję United States Patent and Trademark Office (dalej USPTO), który wskazał, że „niewymienne tokeny (NFT) są utrzymywane w blockchainie i zazwyczaj reprezentują przedmioty cyfrowe i uwierzytelniają ich własność”². Wspólnym mianownikiem dla tych i wielu innych definicji³ jest określenie NFT jako pewnego narzędzia – „certyfikatu autentyczności” – akceptowanego w transakcjach z użyciem kryptowalut⁴. W praktyce bowiem NFT są narzędziami kryptograficznymi, wykorzystującymi odpowiedni blockchain do tworzenia zapisu unikalnego, niewymienialnego zasobu⁵. Technologia blockchain opiera się bowiem na wykorzystaniu publicznej cyfrowej księgi, w której przechowywane są dane. Stabilność ich rejestracji zapewnia umieszczenie ich we wszystkich uczestniczących węzłach komputerowych, będących częścią sieci blockchain. Zapewnia to, że rejestrowane dane są niezmiennione i przejrzyste, ponieważ

¹ Zob. https://euiipo.europa.eu/ohimportal/en/news-newsflash/-/asset_publisher/JLOyNNwVxGDF/content/pt-virtual-goods-non-fungible-tokens-and-the-metaverse (dostęp: 20.01.2023 r.).

² <https://idm-tmng.uspto.gov/id-master-list-public.html?&status=A&status=M&status=X&status=D&class-valid=true&search-by=any&status-all=All&version=11-2022&search-term=downloadable+image+files> (dostęp: 20.01.2023 r.).

³ Między innymi I. Okonkwo, *NFT, copyright and intellectual property commercialization*, „International Journal of Law and Information Technology” 2021/4, s. 296–304; L. Trautman, *Virtual Art and Non-Fungible Tokens*, „Hofstra Law Review” 2022/361; K. Szczukiewicz, *NFT Metaverse Startups and a Possibility of Fundraising Through Token Issuance*, „Zeszyty Naukowe UPH Seria Administracja i Zarządzanie” 2022/57, <https://doi.org/10.34739/zn.2021.57.04>; Q. Wang, Q. Q. Wang, R. Li, S. Chen, *Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges*, https://www.researchgate.net/publication/351656444_Non-Fungible_Token_NFT_Overview_Evaluation_Opportunities_and_Challenges (dostęp: 20.01.2023 r.); A. Mani, *A Comprehensive Study of NFTs*, „International Journal for Research in Applied Science and Engineering Technology” 2021/4, s. 1656–1660, 2021, <https://doi.org/10.22214/ijraset.2021.34017>.

⁴ R. Conti, J. Schmid, *What You Need to Know About Non-Fungible Tokens (NFTs)*, <https://www.forbes.com/advisor/investing/nft-non-fungible-token/> (dostęp: 20.01.2023 r.).

⁵ *EU Blockchain Observatory and Forum, Demystifying Non-Fungible Tokens*, https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/DemystifyingNFTs_November%202021_2.pdf (dostęp: 20.01.2023 r.).

dane te są jednocześnie rejestrowane w każdym z węzłów, które działają jako uczestnicy sieci. Każdy NFT jest zasilany inteligentną umową (tzw. *smart contract*, zazwyczaj opartym na standardzie Ethereum ERC-721)⁶ i zawiera metadane, które czynią go wyjątkowym i niewymienialnym. Właściciel NFT zasadniczo posiada zatem łącze do pewnego zasobu cyfrowego, posiadającego certyfikat autentyczności – który można publicznie zweryfikować w blockchainie.

Z tej przyczyny, w przeciwieństwie do kryptowalut, technologia NFT nazywana jest właśnie niewymienialnymi tokenami lub jednostkami wartości z unikalnym identyfikatorem powiązany z określonym zasobem.

1.2. WYJAŚNIENIE POJĘCIA WYMIENNOŚCI TOKENÓW

Aby wyjaśnić znaczenie pojęcia „wymienialności” w odniesieniu do tokenów, należy zastosować ujęcie komparatystyczne, mianowicie:

Tokeny wymienialne	Tokeny niewymienialne (NFT)
Są przeznaczone dla odzwierciedlenia rzeczy i praw oznaczonych co do gatunku (wymienialnych)	Są przeznaczone dla rzeczy i praw oznaczonych co do tożsamości (niewymienialnych)

W świecie cyfrowym oznacza to, że w odróżnieniu od „tradycyjnych” kryptowalut, które są wymienne – np. każdy bitcoin jest funkcjonalnie identyczny i wymienny z każdym innym bitcoinem, każdy token XRP jest jak każdy inny XRP – NFT są niewymienne⁷. Część „niewymienna” oznacza wyposażenie dedykowanej treści cyfrowej w swoisty certyfikat autentyczności. Tym samym NFT są stosowane do reprezentowania takich zasobów (np. jako określona kopia lub wersja cyfrowej grafiki, która może być przechowywana w blockchain lub np. w witrynie internetowej). Dzięki temu „niewymienialność” systemu tokenów NFT umożliwiła sprzedaż przedmiotów cyfrowych, ponieważ otrzymany certyfikat autentyczności nadaje im wymiar kolekcjonerski.⁸

⁶ A. Guadamuz, *Non-fungible tokens (NFTs) and copyright*, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/04/article_0007.html (dostęp: 20.01.2023 r.).

⁷ H. Chang, *Understanding the value of Non-Fungible Tokens (NFT)*, MEDIUM, <https://medium.com/@changhugo/understanding-the-value-of-non-fungible-tokens-nft49d2713bdfc4> (dostęp: 20.01.2023 r.).

⁸ Warto jednak pamiętać, że choć NFT obejmują przedmioty cyfrowe – takie jak obrazy artystyczne, kolekcje lub pliki muzyczne – to mogą również obejmować prawo do otrzymywania niektórych działań czy uprawnień (w wielu przypadkach NFT obejmują kombinację dzieł sztuki lub przedmiotów kolekcjonerskich). NFT mogą być wykorzystywane np. do reprezentowania członkostwa w stowarzyszeniu – szczególnie w przypadku zdecentralizowanych organizacji autonomicznych. W większości tych przypadków plik cyfrowy „uwierzytelniony” przez NFT jest bez znaczenia, podczas gdy wartość NFT leży w prawie zawartym w samym NFT, podobnie jak w prawie do bycia członkiem stowarzyszenia.

2. RELACJA NFT Z PRAWAMI WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ

Przed podjęciem rozważań o istocie NFT w kontekście utworów chronionych prawem własności intelektualnej należy przypomnieć, że NFT stanowią jedynie certyfikat autentyczności. Wynika z tego, że nabywca NFT nabędzie jedynie to, co zostanie określone w inteligentnej umowie powiązanej z NFT i to, co zostało określone przez sprzedawcę, platformę i regulamin sprzedaży. Na dzień złożenia niniejszego artykułu⁹ nie istnieją uniwersalne regulacje prawne, na mocy których NFT przyznawałyby nabywcy certyfikatu prawa własności intelektualnej do danego dobra. Aby przybliżyć działanie tego mechanizmu, należy je porównać do sytuacji, w której znajduje się np. nabywca płyty CD. Nie ulega wątpliwości, że nabywca posiada własność materialną płyty, ale przez jej zakup nie nabywa żadnych praw do utworu. Taką samą regułą należy potraktować niewymienialne tokeny, gdyż NFT jest jedynie cyfrowym oznaczeniem poświadczającym własność lub autentyczność, przechowywanym w blockchainie¹⁰. Tym samym plik, do którego NFT się odnosi, może nie być przechowywany nawet w sferze cyfrowej, ale w zupełnie innym miejscu¹¹ i co do zasady to twórca pliku zachowuje prawa autorskie. Skutkiem powyższego, o ile umowa bądź regulamin platformy nie stanowi inaczej, „nabywca nabywa jedynie niewyłączną licencję na wyświetlanie powiązanych mediów w portfelu tokenów do celów osobistych. Nie ma prawa na przykład do wyświetlania mediów na innych produktach, stronach internetowych lub platformach cyfrowych”¹².

Ponieważ brak jest jednolitych regulacji prawnych, a wnioski dotyczące zakresu nabycia należy wywodzić jedynie z analizy umowy, to nie można co do zasady wykluczyć, że nabywca NFT nigdy nie nabędzie autorskich praw majątkowych. Może zdarzyć się również tak, że twórca utworu sprzedający NFT ustali w smartkontrakcie własne warunki licencyjne, np. poprzez udzielenie ograniczonych praw do osobistego, niekomercyjnego użytku oraz odsprzedaży NFT albo odwrotnie – do zezwolenia na korzystanie w charakterze komercyjnym. Przeniesienie praw własności intelektualnej bądź licencjonowanie własności intelektualnej może być realizowane albo za pomocą inteligentnych kontraktów, które regulują transakcję NFT, albo za pomocą konwencjonalnych środków – takich jak umowy zawierane w formie pisemnej. Przykład takich umów licencyjnych można znaleźć w np. Warunkach użytkowania popular-

⁹ Artykuł stanowi rozwinięcie referatu wygłoszonego przez autorkę 26.04.2022 r. podczas Konferencji Prawa własności intelektualnej na Uniwersytecie Gdańskim.

¹⁰ R. Nightingale, *What Do You Actually Own if You Buy an NFT?*, <https://www.makeuseof.com/what-do-you-actually-own-if-you-buy-an-nft/> (dostęp: 20.06.2022 r.).

¹¹ J. Benson, *Yes, Your NFTs Can Go Missing – Here’s What You Can Do About It*, <https://decrypt.co/62037/missing-or-stolen-nfts-how-to-protect> (dostęp: 20.06.2022 r.).

¹² C. Goforth, *What You Should Know before Buying or Selling an NFT in the US*, <https://cointelegraph.com/news/what-you-should-know-beforebuying-or-selling-an-nft-in-the-us> (dostęp: 20.06.2022 r.).

nych „CryptoKitties” NFT¹³, które są tworzone przez Dapper Labs w ramach gry w sieci blockchain, która pozwala graczom kupować, zbierać, hodować i sprzedawać wirtualne zwierzęta.

2.1. NFT A PRAWA AUTORSKIE

Dzięki funkcjonalnościom oferowanym przez NFT na gruncie prawa autorskiego powstają nowe, istotne pytania, takie jak:

- a) jakie mamy prawa autorskie do utworów, do których kupiliśmy NFT,
- b) w jaki sposób możemy rozporządzać zakupionymi NFT,
- c) kto może utworzyć NFT dla danego utworu i czy sprzedawca tego NFT jest zawsze właścicielem praw autorskich utworu?

Odpowiadając na pytanie, jakie mamy prawa autorskie do utworów, do których kupiliśmy NFT i w jaki sposób możemy rozporządzać zakupionymi NFT, trzeba jeszcze raz podkreślić, że zasadniczo przedmiotem transakcji jest cyfrowa kopia dzieła z certyfikatem. Zwykle posiadacz NFT posiada tylko token certyfikujący, ale to samo w sobie nie daje prawa własności do podstawowej grafiki. Zakup NFT może co najwyżej zapewnić *quasi*-własność niektórych informacji lub metadanych powiązanych z treściami chronionymi prawem autorskim¹⁴. W związku z tym przekazywane są zazwyczaj tylko ograniczone do celów osobistych i niekomercyjnych¹⁵. Zakładając nawet, że smartcontract uprawnia do dalszej sprzedaży, to po jej przeprowadzeniu również nie dochodzi do przeniesienia autorskich praw majątkowych do dzieła osadzonego w NFT – ale do zmiany właściciela tokena. Jak wspomniano powyżej, może istnieć wyjątek od tej zasady, w którym warunki zakodowane w NFT wyraźnie określają przeniesienie własności praw autorskich na właściciela NFT wraz ze sprzedażą¹⁶. W zależności jednak od regulacji prawnych, w niektórych przypadkach może dojść do sytuacji, w której przeniesienie praw autorskich przez Internet mimo wszystko nie spełnia przewidzianych wymogów formalnych. Przykładem powyższego może być np. wymóg brytyjskiej ustawy o projektach praw autorskich i patentach z 1988 r. (ang. Copyright Design Patent Act, CDPA), która stanowi, że przeniesienie praw autorskich musi być „na piśmie podpisane przez cedenta lub w jego imieniu”¹⁷. Podobnie rzecz ma się na grun-

¹³ Zob. <https://www.cryptokitties.co/profile/0x721eb3411bd537ebff6f63a45ecaf22bdb14ec> (dostęp: 20.06.2022 r.).

¹⁴ P. Mezei, *The Rise of Non-fungible Tokens (NFTs) and the Role of Copyright Law – Part II*, Kluwer Copyright Blog, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/04/22/the-rise-of-non-fungible-tokens-nfts-and-the-role-of-copyright-law-part-ii/> (dostęp: 20.06.2022 r.).

¹⁵ L. Lewis, *Non-Fungible tokens (NFTs) and copyright law*, Bird&Bird, <https://www.twobirds.com/en/insights/2021/australia/non-fungible-tokens-nfts-and-copyright-law>.

¹⁶ E. Rosati, *Copyright & NFTs of Digital Artworks*, <https://ipkitten.blogspot.com/2021/03/guest-post-copyright-nfts-of-digital.html> (dostęp: 20.06.2022 r.).

¹⁷ A. Guadamuz, *Non-fungible tokens (NFTs) and copyright*, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/04/article_0007.html (dostęp: 20.06.2022 r.).

cie polskiej ustawy o prawie autorskim, która dla przeniesienia praw autorskich wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności (art. 53 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych)¹⁸. Z tej przyczyny skutecznej sprzedaży praw autorskich NFT musiałaby towarzyszyć umowa sprzedaży w formie pisemnej, która określałaby warunki dotyczące praw autorskich.

W odniesieniu do tego, kto może utworzyć NFT dla danego utworu i czy sprzedawca tego NFT jest zawsze właścicielem praw autorskich utworu, istotne problemy i ryzyka może sprawić jednak zagadnienie dotyczące sposobu weryfikowania uprawnień zbywcy danego NFT. Zauważalnym zjawiskiem jest niestety nielegalne kopiowanie już istniejących utworów i umieszczanie ich na platformach NFT. Wielu artystów już zgłosiło, że ich utwory zostały w nieautoryzowany sposób, bez ich wiedzy i zgody wykorzystane do stworzenia dla nich odpowiednich NFT¹⁹. Ustalenie sprawcy takiego działania stanowi prawdziwe wyzwanie ze względu na anonimowość sieci blockchain, która utrudnia zidentyfikowanie i odróżnienie rzeczywistego właściciela praw autorskich do dzieła od osoby nieuprawnionej do tworzenia i rozporządzania NFT²⁰. W takich sytuacjach tworzenie i sprzedaż NFT generują powstanie roszczenia o błędną atrybucję lub naruszenie autorskich praw osobistych przez faktycznego właściciela praw autorskich wobec sprzedawcy²¹. Aby uniknąć takiego ryzyka, niektóre platformy transakcyjne NFT wprowadziły w swoich regulaminach rygorystyczne postanowienia dotyczące umieszczania NFT na swoich stronach internetowych²².

2.2. NFT A PRAWA WŁASNOŚCI PRZEMYSŁOWEJ

Warto nadmienić, że choć NFT są kojarzone zasadniczo z zagadnieniami twórczości i prawa autorskiego, to ich wykorzystanie nie jest ograniczone. O ich znaczeniu z perspektywy komercyjnej świadczy chociażby okoliczność, że w październiku 2021 r. firma Nike²³ zgłosiła do zarejestrowania 15 znaków wirtualnych dla obszaru zakupów online i użytku wirtualnego. W dwa miesiące

¹⁸ Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 1994 r. nr 24 poz. 83), dalej prawo autorskie.

¹⁹ A. Dash, *NFTs weren't Supposed to End Like This*, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2021/04/nfts-werent-supposed-end-like/618488/> (dostęp: 20.06.2022 r.).

²⁰ L. Lewis, J. Owen, H. Fraser, R. Dighe *Non-Fungible tokens (NFTs) and copyright law*, Bird&Bird, <https://www.twobirds.com/en/insights/2021/australia/non-fungible-tokens-nfts-and-copyright-law> (dostęp: 20.06.2022 r.).

²¹ P. Mezei, *The Rise of Non-fungible Tokens (NFTs) and the Role of Copyright Law – Part II*, Kluwer Copyright Blog, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/04/22/the-rise-of-non-fungible-tokens-nfts-and-the-role-of-copyright-law-part-ii/> (dostęp: 20.06.2022 r.).

²² B. Stephen, *NFT Mania is Here, and so are the Scammers*, <https://www.theverge.com/2021/3/20/22334527/nft-scams-artists-opensea-rarible-marble-cards-fraud-art> (dostęp: 20.06.2022 r.).

²³ Zob. <https://news.nike.com/news/nike-acquires-rtfkt> (dostęp: 20.06.2022 r.).

później poszerzono działania sprzedażowe o zakup platformy zajmującej się tworzeniem ubrań w metawersum. Dzięki tym działaniom Nike może generować towary możliwe do nabycia przy korzystaniu z gier komputerowych, ale też np. w wirtualnych przymierzalniach, które pomagają w sprzedaży ubrań online. Podobne działania zostały podjęte przez firmę Meta (dawniej portal *facebook.com*), która planuje połączyć NFT z jedną ze swoich najpopularniejszych aplikacji – Instagramem. Na konferencji SXSW w 2022 r. ujawniono, że zgodnie z nowymi funkcjonalnościami obu portali użytkownicy platformy będą mogli wybierać markowe ubrania swoich cyfrowych awatarów – opatrzone niewymiennymi tokenami²⁴. Ponieważ NFT są unikalnymi tokenami opartymi na blockchainie i potwierdzają autentyczność i certyfikację, to w przyszłości prawdopodobnie również zostałyby uwzględnione w kategorii „tokeny kryptowalutowe”, co pozwoliłoby platformom Instagram i Meta na wprowadzenie funkcji zdjęć profilowych wyposażonych w NFT. Tym samym, jeżeli użytkownik posiadający NFT np. na odzież Nike zaloguje się do metawersum przy użyciu platform Meta, to jego awatar będzie mógł być wyposażony w oryginalne cyfrowe odpowiedniki odzieży Nike.

Ponieważ prawo znaków towarowych ma zastosowanie do używania znaku w ramach działalności gospodarczej w celu identyfikacji źródła towarów i usług oraz rozróżniania towarów/usług różnych sprzedawców, to również właściciele praw do znaków takich jak np. L’Oreal, Coach, Gucci, Balenciaga złożyli wnioski o znak towarowy, który obejmuje „wirtualne towary do pobrania, a mianowicie programy komputerowe do tworzenia i handlu cyfrowymi przedmiotami kolekcjonerskimi przy użyciu technologii oprogramowania opartego na blockchain i inteligentnych kontraktów, obejmujących m.in. cyfrowe kolekcje, zawierające gry, rekordy, statystyki, informacje, zdjęcia, obrazy, materiały z gier, role z wyróżnieniami i inne cyfrowe kolekcje”²⁵.

3. WYZWANIA PRAWNE DLA NFT WOBEC PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ ORAZ PRAW TWÓRCÓW

3.1. PRAWO WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ

3.1.1. PRAWO AUTORSKIE

Niezależnie od kwestii naruszenia uprawnień do tworzenia NFT na gruncie prawa autorskiego należy uznać, że naruszenie praw autorskich przy użyciu NFT może nastąpić w trzech sytuacjach:

- a) po pierwsze, wtedy gdy naruszający bez zezwolenia skorzysta z jednego z wyłącznych praw autora;

²⁴ Zob. <https://www.digitalmusicnews.com/2022/03/18/mark-zuckerberg-sxsw-nfts-coming-to-instagram/> (dostęp: 20.06.2022 r.).

²⁵ Zob. <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/demystifying-nfts-intellectual-property-trademark-copyright-concerns-2022-06-17/> (dostęp: 20.06.2022 r.).

- b) po drugie, wtedy gdy będzie istniał związek między NFT a oryginalną grafiką (potencjalnie naruszające dzieło musi zostać stworzone bezpośrednio z oryginału);
- c) po trzecie, wtedy gdy dzieło jako całość lub jego zasadnicza część zostanie skopiowana.

Tym samym – choć to działanie nieuprawnione – to jednak możliwe jest, że NFT dla danego dzieła zostanie utworzone przez osobę nieuprawnioną i tutaj należy upatrywać naruszeń prawa. Wylądne prawa przysługujące autorowi utworu obejmują: jego (utworu) zwielokrotnianie, publikację, użyczenie i najem, publiczne wykonanie, adaptację, publiczne udostępnianie oraz upoważnienie do wykonywania któregośkolwiek z powyższych. Jedynie prawo do publicznego udostępniania może zostać naruszone poprzez łącze w NFT, ponieważ w takim przypadku istnieje związek przyczynowy między tokenem a utworem. Jak wskazuje A. Guadamuz, ponieważ NFT nie jest utworem, ale ciągiem liczb, które zostały wygenerowane w związku z utworem, wynikowy plik nie może być uznany za reprodukcję ani nawet adaptację utworu²⁶. NFT stanowi kod źródłowy, a nie stanowi istotnej reprodukcji utworu, więc nie narusza tych praw. W dotychczas odnotowanych sporach o naruszenie odnotowano takie, w których twórca NFT naruszył prawa wobec utworów chronionych prawami autorskim innych osób (takie jak HitPiece, który próbował tworzyć utwory NFT bez zgody właścicieli praw autorskich²⁷). Zdarzają się również jawne kradzieże dokonywane przez hakerów²⁸, a także działania sklepów, które imitowały legalne witryny internetowe, naruszając prawo, oraz fałszywe witryny usiłujące oszukać kupujących²⁹. Do jeszcze innego rodzaju naruszeń należeć będą również spory podobne do tego pomiędzy Miramax a Q. Tarantino – po tym, jak Tarantino ogłosił aukcję siedmiu „nigdy wcześniej niewidzianych” scen jego odręcznego scenariusza filmu *Pulp Fiction* w formie NFT³⁰.

3.1.2. PRAWO WŁASNOŚCI PRZEMYSŁOWEJ

Analizując możliwość wystąpienia naruszenia prawa własności intelektualnej w zakresie praw własności przemysłowej, należy skoncentrować się na zagadnieniach związanych z ochroną znaków towarowych. Jak wskazano powyżej,

²⁶ A. Guadamuz, *Non-fungible tokens (NFTs) and copyright*, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/04/article_0007.html (dostęp: 20.06.2022 r.).

²⁷ <https://loudwire.com/hitpiece-nft-music-scam/> (dostęp: 20.06.2022 r.).

²⁸ J. Gray, I. de Luce, *People Are Stealing over \$10,000 in NFTs, and Victims Can't Do Anything About It*, *The business of business*, <https://www.businessofbusiness.com/articles/NFT-theft-nifty-gateway-art-heist-non-fungibletoken/> (dostęp: 20.06.2022 r.).

²⁹ A. Garimella, *5 NFT Scams You Need to Know – NFT Scams Part-1*, *Security Boulevard*, <https://security-boulevard.com/2021/03/5-nft-scams-you-need-to-know-nft-scams-part-1/> (dostęp: 20.06.2022 r.).

³⁰ Zob. <https://www.nytimes.com/2021/11/17/business/miramax-tarantino-nft-pulp-fiction.html> (dostęp: 20.06.2022 r.).

potencjał stworzenia fałszywego czy nieuprawnionego NFT wynika przecież nie tylko z posiadanego prawa, ale również możliwości technicznych wygenerowania oznaczenia. Wobec usług i towarów oferowanych w świecie cyfrowym zagrożenie nieuprawnionego zakładania NFT pojawia się coraz częściej. Do najbardziej znanych spraw z tego zakresu należą m.in. spór *Hermès vs. Rothschild* czy *Nike Inc. Vs. StockX LLC*. W pierwszej z wyżej wymienionych Hermès złożył pozew przeciwko artyście M. Rothschildowi po tym, jak zaczął sprzedawać NFT do wyświetlania grafiki Hermès „Birkin Bag” z oznaczeniem METABIRKINS. Oprócz zarzutów o naruszeniu i osłabieniu swojego znaku towarowego BIRKIN Hermès wskazało, że Rothschild naruszył jego prawa w związku z wizerunkiem torby Birkin. Z kolei istotę sprawy Nike, Inc. przeciwko StockX LLC. stanowiło uruchomienie przez StockX platformy handlu elektronicznego, co umożliwiło kupującym śledzenie własności fizycznych produktów (np. sneakersów) zakupionych na StockX i gwarantowanie ich autentyczności. Nike pozwała StockX, twierdząc, że użycie przez StockX słynnych znaków Nike w związku z jej transakcjami NFT stanowiło naruszenie znaku towarowego.

Dla analizy takich sporów kluczowe pozostają badania w obszarach tego, na jakie towary i usługi NFT zostały przeznaczone. Z perspektywy prawa własności przemysłowej używanie jest najistotniejsze z punktu widzenia analizy wystąpienia naruszenia, a więc wnioski wyprowadzone z analizy obszaru faktycznego używania będą stanowiły o kwalifikacji ewentualnego naruszenia. Kolejnym krokiem do analizy naruszenia zakresu prawa znaków towarowych będzie analiza kontekstu terytorialnego i lokalizacyjnego. Powracamy tu poniekąd do zasady specjalizacji, ponieważ posiadany przez nas zakres ochrony dotyczy tych obszarów, na które zarejestrujemy znak. Nieco inaczej należy spojrzeć jednak na problem w kontekście znaków renomowanych, gdyż wówczas przysługująca nam ochrona jest szersza i nie ogranicza nas zakres rejestracji znaku. Jeśli jednak będziemy rozważać obrót NFT dla znaków renomowanych, to właściciel może po prostu sprzeciwić się dystrybucji NFT przedmiotów oznaczonych NFT (mimo wyczerpania prawa do znaku towarowego), w konsekwencji czego wyczerpanie nie będzie obejmowało korzystania z danego oznaczenia w określonych sytuacjach w środowisku cyfrowym.

3.2. CZY NFT MOGĄ STAĆ SIĘ NARZĘDZIEM WSPIERAJĄCYM TWÓRCÓW?

Nie ulega wątpliwości, że zjawisko przeniesienia różnych sfer życia do świata cyfrowego ma charakter globalny i postępujący. Na rozwój tego procesu istotny wpływ miały postępująca cyfryzacja i rozwój technologiczny systemów informatycznych. Z tego powodu na znaczeniu przybrały nowoczesne formy twórczości, takie jak np. muzyczna twórczość cyfrowa czy grafika komputerowa. W ślad za migracją twórczości do sfery cyfrowej pojawia się konieczność zapewnienia narzędzi wspierających ochronę praw twórców. Choć możemy oczywiście korzystać przy tym z klasycznego mechanizmu ochrony praw twórców – gdyż ak-

tywa cyfrowe mogą być chronione przez prawa własności intelektualnej, tak jak wytwory materialne, i mogły być przedmiotem licencji umów właściwych dla znaków towarowych – to nowe technologie umożliwiły korzystanie z rozwiązań kompatybilnych ze sferą cyfrową. Istotne było jednak, aby ustanowić mechanizmy, które pozwolą twórcom na realizowanie i ochronę ich praw w świecie cyfrowym – bez konieczności dochodzenia roszczeń przed sądem czy prowadzenia procesu sprzedaży przy użyciu klasycznych instrumentów prawnych. Dzięki nowym technologiom możliwe stało się wykorzystywanie automatyzacji działania smartcontractów i transferowania środków umieszczonych w kryptowalutach na zakupy NFT – z pominięciem szeregu działań przekształceniowych (jak np. wymiana kryptowaluty na waluty stosowane w bankach). Tym samym system działania technologii blockchain rozwinął zatem potencjał monetyzacji twórczości twórcy cyfrowego. Pierwszym zastosowaniem standardu NFT w środowisku Ethereum był zestaw pikselowych obrazów postaci zwanych „Cryptopunkami”, który został wydany w czerwcu 2017 r.

Moim zdaniem ochrona komercyjnych wartości danego dzieła w przestrzeni cyfrowej jest ważnym elementem dla podjęcia i utrzymywania aktywności w sferze twórczej w świecie cyfrowym. Jak wskazuje dotychczasowa analiza rozwoju międzynarodowego prawa własności intelektualnej, to – oprócz dobrze znanego piractwa – rzeczywistym problemem zniechęcającym do twórczości cyfrowej jest perspektywa braku monetyzacji. Z tego powodu NFT jako narzędzie służące do kolekcjonerskiego oznaczenia utworów mogą wspomóc twórców i objąć również rynek dzieł chronionych prawami własności intelektualnej – w tym cyfrowej muzyki, obrazów i fotografii. Dzięki uniwersalności oznaczenia możemy ich używać do reprezentowania wszelkiego rodzaju twórczości, od wirtualnych nieruchomości po pokazy mody³¹. Te cyfrowe zasoby mogą poszerzyć rynek biznesowy i stworzyć nowe strumienie przychodów, zapewniając dodatkowe źródła dochodu dla wszelkiego rodzaju twórczości. Przykładem powyższego była np. sprzedaż albumu grupy muzycznej Kings of Leon za pośrednictwem NFT³² czy prac graficznych wielu innych artystów³³. Ten i wiele innych przykładów pokazują zatem, że NFT może przyspieszyć obrót aktywami cyfrowymi i zapewnić większe bezpieczeństwo zakupów.

Pomimo tej atrakcyjności nie są jednak wolne od ryzyka. Jak podkreślono, NFT nie podlegają bowiem obecnie żadnym uniwersalnym regulacjom prawnym, co oznacza, że ochrona prawna jest ograniczona tylko do regulacji zawartych w regulaminach. Co więcej, nie wszystkie platformy sprzedające NFT weryfikują tożsamość sprzedających ani tego, czy sprzedający jest faktycznie twórcą danego utworu.

³¹ Zob. <https://www.nytimes.com/2021/10/04/style/dolce-gabbana-nft.html> (dostęp: 20.07.2022 r.).

³² Zob. <https://papaya.rocks/pl/news/nft-w-swiecie-muzyki-nowa-plyta-kings-of-leon-zostanie-wydana> (dostęp: 20.06.2022 r.).

³³ Zob. <https://gothamag.com/top-selling-nft-artists> (dostęp: 20.06.2022 r.).

4. WNIOSKI

Wnioski płynące z analizy zagadnienia prowadzą do postawienia dwóch zasadniczych tez. Pierwszą z nich jest ta, że nowe technologie – w szczególności NFT – w dużym stopniu wspomagają zarówno twórczość i potencjał jej komercjalizowania. W swoim założeniu NFT są oparte na technologii blockchain, dzięki czemu mają szansę stać się stabilnym, przejrzystym, łatwo identyfikowalnym i bezpiecznym narzędziem. Funkcjonalności NFT pozwalają na wykorzystywanie ich w nieznanych dotychczas obszarach, jakimi jest np. nabywanie certyfikatów zasobów cyfrowych. Koncepcja posiadania certyfikatów dla zakupionych zasobów cyfrowych zaintrygowała zarówno użytkowników, jak i twórców, co doprowadziło do gwałtownego wzrostu usług NFT na rynku. Liczne platformy ułatwiają kupowanie i sprzedawanie NFT, zawierających media o różnym charakterze – odnoszące się zarówno do utworów chronionych prawem autorskim, jak i do zasobów opatrzonych określonymi znakami towarowymi. Niestety, coraz powszechniejsze stosowanie NFT wiąże się jednak z wieloma wyzwaniami, takimi jak: brak ogólnobranżowych standardów bezpieczeństwa dla inteligentnych kontraktów, niepewność praw własności intelektualnej, ryzyko podszywania się pod twórcę czy brak przejrzystych zasad weryfikacji uprawnień do tworzenia NFT dla danego dzieła. Ponieważ transakcje NFT nie zostały dotychczas uwzględnione w aktach prawa międzynarodowego ani regulacjach krajowych, związek między NFT a prawami własności intelektualnej należy określać przy zastosowaniu podstawowych zasad odpowiednich praw własności intelektualnej oraz prawa kontraktowego. Tym samym w większości przypadków zasady, które mają zastosowanie do tradycyjnych dzieł sztuki, powinny obowiązywać *mutatis mutandis*.

Powyższe prowadzi do drugiego wniosku, zgodnie z którym – i w oparciu o analizę treści powyższego artykułu – wydaje się, że dla całego rozwoju ekosystemu blockchain, NFT i metawersum może być korzystne przyjęcie nowego, kompleksowo określonego mechanizmu egzekwowania przepisów dotyczących praw autorskich. Aby uniknąć wyeksplikowanych niebezpieczeństw naruszeń praw autorskich, A. Guadamuz proponuje podjęcie ku temu odpowiednich środków³⁴, a mianowicie:

- 1) zapewnienie i weryfikacja przez platformy handlowe, że twórcy NFT są właścicielami utworu;
- 2) dodanie licencji praw autorskich do NFT określającej prawa, które nabywca otrzymuje w odniesieniu do utworu bazowego;
- 3) umieszczanie pliku z warunkami licencji już podczas tworzenia NFT.

Rozwiązania te nie nabrały jeszcze wymiaru obowiązującego we wszystkich

³⁴ *Non-Fungible Token in the IP world – what should you be taking note of?*, Clarke Kann Lawyers, <https://www.clarkekann.com.au/non-fungible-tokens-in-the-ip-world-what-should-you-be-taking-note-of/> (dostęp: 20.06.2022 r).

platformach blockchain, zatem nadal pozostawiają pole dla rozważań i opracowania skutecznych rozwiązań bezpiecznych NFT. Rzecz jasna, tylko czas pokaże, w jaki sposób uda się zintegrować klasyczne mechanizmy prawa autorskiego z tak ciekawym zagadnieniem jak wykorzystywanie nowych technologii w świecie cyfrowym.

ABSTRACT

Anna Bober-Kotarbińska

The author is an advocate (District Bar Association in Gdansk), she delivers training lectures for trainee advocates in the field of personal data protection; she is also a lecturer at the WSB University in Gdansk in the field of intellectual property law, new technology and Internet law. She is also the author of Polish and international publications in the field of international law, human rights and copyright law. Her academic interests include international protection of the rights of people with disabilities in the context of access to works protected by copyright.

Outline of issues and legal challenges related to the application of non-fungible token technology in the field of intellectual property law

This article provides information on a new tool in the field of new technology law, i.e., non-fungible tokens (NFTs). NFTs are tools that create records defining the properties of non-exchangeable assets, so they can be used as certificates of authenticity for digital content acquired by users of online platforms. In the author's opinion, NFTs can thus serve as a new tool to support digital authorial creation. At the same time, in the absence of universal regulations, the author also points to the need for mandatory legal provisions regulating the creation of NFTs. To demonstrate this need, this article will also discuss the relationship between NFTs and copyright and industrial property rights, potential problems with and solutions for the use of NFTs, and demonstrate how NFTs are becoming channels for the commercialization of intellectual property.

The article is an extended version of a paper delivered by the author on 26 April 2022 at the Intellectual Property Law Conference at the University of Gdansk.

Keywords: *NFTs, non-fungible tokens, intellectual property law, copyright law, industrial property law, blockchain, metaverse, new technologies*

Anna Bober-Kotarbińska

ORCID: 0000-0003-0499-8253; e-mail: anna@adwokatkotarbinska.pl

Autorka jest adwokatem (Izba Adwokacka w Gdańsku), prowadzi wykłady szkoleniowe dla aplikantów adwokackich z zakresu ochrony danych osobowych, jest wykładowcą w Wyższej Szkole Bankowej w Gdańsku, gdzie prowadzi wykłady z zakresu prawa własności intelektualnej, prawa nowych technologii i Internetu. Jest autorką krajowych i międzynarodowych publikacji z zakresu prawa międzynarodowego, praw człowieka i prawa autorskiego. W swoich zainteresowaniach naukowych zajmuje się zagadnieniami międzynarodowej ochrony praw osób niepełnosprawnych w kontekście dostępu do utworów chronionych prawem autorskim.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Benson Jeff, *Yes, Your NFTs Can Go Missing—Here's What You Can Do About It*, <https://decrypt.co/62037/missing-or-stolen-nfts-how-to-protect> (dostęp: 20.01.2023 r.)

Conti Robyn, Schmid John, *What You Need to Know About Non-Fungible Tokens (NFTs)*, <https://www.forbes.com/advisor/investing/nft-non-fungible-token/> (dostęp: 20.01.2023 r.)

Chang Hugo, *Understanding the value of Non-Fungible Tokens (NFT)*, MEDIUM, <https://medium.com/@changhugo/understanding-the-value-of-non-fungible-tokens-nft49d2713bdfc4> (dostęp: 20.01.2023 r.)

Dash Anil, *NFTs weren't Supposed to End Like This*; <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2021/04/nfts-werent-supposed-end-like/618488/> (dostęp: 20.01.2023 r.)

Garimella Abhilash, *5 NFT Scams You Need to Know – NFT Scams Part-1*, Security Boulevard, <https://securityboulevard.com/2021/03/5-nft-scams-you-need-to-know-nft-scampart-1/> (dostęp: 20.01.2023 r.)

Goforth Carol, *What You Should Know before Buying or Selling an NFT in the US*, <https://cointelegraph.com/news/what-you-should-know-beforebuying-or-selling-an-nft-in-the-us> (dostęp: 20.01.2023 r.)

Gray Julia, de Luce Ivan, *People Are Stealing over \$10,000 in NFTs, and Victims Can't Do Anything About It*, The business of business, <https://www.businessofbusiness.com/articles/NFT-theft-nifty-gateway-art-heist-non-fungibletoken/> (dostęp: 20.01.2023 r.)

Guadamuz Andres, *Non-fungible tokens (NFTs) and copyright*, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/04/article_0007.html (dostęp: 20.01.2023 r.)

- Lewis Lynne, Owen Jane, Fraser Hamish, Dighe Rohit**, *Non-Fungible tokens (NFTs) and copyright law*, Bird&Bird <https://www.twobirds.com/en/insights/2021/australia/non-fungible-tokens-nfts-and-copyright-law> (dostęp: 20.01.2023 r.)
- Mani Aadarsh**, *A Comprehensive Study of NFTs*, „International Journal for Research in Applied Science and Engineering Technology” 2021/4, s. 1656–1660, <https://doi.org/10.22214/ijraset.2021.34017> (dostęp: 20.01.2023 r.)
- Mezei Peter**, *The Rise of Non-fungible Tokens (NFTs) and the Role of Copyright Law – Part II*, Kluwer Copyright Blog, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/04/22/the-rise-of-non-fungible-tokens-nfts-and-the-role-of-copyright-law-part-ii/> (dostęp: 20.01.2023 r.)
- Nightingale Rob**, *What Do You Actually Own if You Buy an NFT?* <https://www.makeuseof.com/what-do-you-actually-own-if-you-buy-an-nft/> (dostęp: 20.01.2023 r.)
- Okonkwo Ifeanyi**, *NFT, copyright and intellectual property commercialization*, „International Journal of Law and Information Technology” 2021/4, s. 296–304
- Rosati Eleonora**, *Copyright & NFTs of Digital Artworks*; <https://ipkitten.blogspot.com/2021/03/guest-post-copyright-nfts-of-digital.html> (dostęp: 20.01.2023 r.)
- Stephen Bijan**, *NFT Mania is Here, and so are the Scammers* <https://www.theverge.com/2021/3/20/22334527/nft-scams-artists-opensea-rarible-marble-cards-fraud-art> (dostęp: 20.01.2023 r.)
- Szczukiewicz Konrad**, *NFT Metaverse Startups and a Possibility of Fundraising Through Token Issuance*, „Zeszyty Naukowe UPH Seria Administracja i Zarządzanie” 2022/57, <https://doi.org/10.34739/zn.2021.57.04>
- Trautman Lawrence**, *Virtual Art and Non-Fungible Tokens*, „Hofstra Law Review” 2022/361
- Wang Qin, Li Ruia, Wang Oi, Chen Shiping**, *Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges*, https://www.researchgate.net/publication/351656444_Non-Fungible_Token_NFT_Overview_Evaluation_Opportunities_and_Challenges (dostęp: 20.01.2023 r.)

Pojęcia kluczowe: *etyka adwokacka, sądownictwo polubowne, alternatywne rozwiązywanie sporów, prawa podmiotowe*

Polemiki

Andrzej Malicki

W SPRAWIE UWAG KRYTYCZNYCH DOTYCZĄCYCH REGULACJI § 36 ZBIORU ZASAD ETYKI ADWOKACKIEJ – POLEMIKA

Artykuł stanowi polemikę z poglądami wyrażonymi przez adwokata Mateusza Kisiela w publikacji *Uwagi krytyczne dotyczące regulacji § 36 Zbioru zasad etyki adwokackiej* opublikowanej na łamach „Palestry”¹. Autor niniejszej polemiki w pierwszej kolejności odnosi się do problematyki ograniczenia praw kwalifikowanych prawników biorących udział w spółkach wraz z adwokatami, a także pewnego rodzaju nieporozumień, czy też później sporów, które mogą stać się przedmiotem orzekania sądów polubownych. Omówiona została także problematyka obowiązku denuncjacji, który ma ciążyć na adwokatach, tak z punktu widzenia prawnego, jak i etycznego.

Przedstawione uwagi krytyczne dotyczące § 36 Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej)², który został wprowadzony

¹ M. Kisiela, *Uwagi krytyczne dotyczące regulacji § 36 Zbioru zasad etyki adwokackiej*, „Palestra” 2022/12, s. 7–18.

² Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką 10.10.1998 r. (uchwała nr 2/XVIII/98) ze zmianami wprowadzonymi uchwałą Naczelnej Rady Adwokackiej nr 32/2005 z 19.11.2005 r., uchwałami Naczelnej Rady Adwokackiej nr 33/2011–54/2011 z 19.11.2011 r., uchwałą nr 64/2016 Naczelnej Rady Adwokackiej z 25.06.2016 r. oraz uchwałą nr 66/2019 Naczelnej Rady Adwokackiej z 21.09.2019 r., ogłoszony na podstawie uchwały nr 17/2021 NRA z 26.06.2021 r. obwieszczeniem Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 1.07.2021 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej), dalej KEA.

dzony 19.11.2011 r., a więc w czasie gdy miałem zaszczyt pracować w Komisji Etyki Naczelnej Rady Adwokackiej pod przewodnictwem mec. Jakuba Jacyny, w sposób niewystarczający uzasadniają potrzebę zmian w drodze nowelizacji Kodeksu etyki adwokackiej.

Oczyszczając przedpole rozważań, na wstępie warto przypomnieć, że § 36 KEA stanowi o pewnej powinności etycznej adwokatów wskazującej na to, aby ewentualne nieporozumienia między nimi były rozstrzygane w pierwszej kolejności przez właściwe organy adwokatury, a następnie sąd polubowny przy Naczelnej Radzie Adwokackiej. Autor dostrzega jednak komplikacje ze stosowaniem tej treści obowiązku etycznego w sytuacji działalności adwokatów w spółkach, w których udział biorą także osoby spoza adwokatury, co może rodzić pewne ograniczenia tych osób w dostępie do sądu w rozumieniu konstytucyjnym (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP³). Przewiduje się także obowiązek wprowadzania klauzul i zapisu na sąd polubowny, co zostało określone w brzmieniu ustalonym 19.11.2011 r. uchwałą Naczelnej Rady Adwokackiej nr 33/2011, a także uchwałą Naczelnej Rady Adwokackiej nr 54/2011. Dostrzegając potrzebę ochrony wartości polubownego załatwiania konfliktów między adwokatami w sposób pozasądowy, przywołane normy etyczne (§ 36 i § 39 KEA) zalecają, aby spory pomiędzy adwokatami, nieporozumienia i konflikty były rozwiązywane w drodze wewnętrznej samorządu czy też przez sąd polubowny. Nie można zarazem tracić z pola widzenia, że spory z zakresu stosunku spółki przeniesione do właściwości sądów polubownych mocą zapisu mają charakter wiążący wspólników, co słusznie zauważa Mateusz Kisiela. Zapisy na sąd polubowny mogą się znaleźć nie tylko w różnego rodzaju umowach, a także w statutach klubów sportowych, sportowych spółek akcyjnych, związków sportowych i stowarzyszeń, jak również regulaminach i przepisach wewnętrznych dotyczących np. olimpiad sportowych. Specyfika tego rodzaju sporów, a także potrzeba zapewnienia może i większej fachowości rozstrzygnięć wynikającej z samej natury danych konfliktów, często przemawiają właśnie za przewagą rozstrzygania sporów przez organy niebędące sądami w rozumieniu art. 175 Konstytucji RP, co nie musi implikować rezygnacji ze sprawowania sprawiedliwości⁴. Organy adwokatury, którym powierza się rozstrzyganie ewentualnych nieporozumień (§ 36 KEA), mogą sprawować sprawiedliwość w szerokim rozumieniu tego słowa⁵. Mateusz Kisiela zasadnie podkreśla – za J. Naumannem – że „ewentualne nieporozumienia między adwokatami powinny być rozstrzygane w pierwszej kolejności przez właściwe organy Adwokatury, a następnie przez stały sąd polubowny przy Naczelnej Radzie Adwokackiej lub sąd polubowny z wyłącznym udziałem adwokatów. Umowy spółek z udziałem adwokatów powinny

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

⁴ Zob. szerzej F. Zedler, *Postępowanie polubowne w sporcie* (w:) *Ustawa o sporcie*, red. A.J. Szwarc, Poznań 2011.

⁵ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2017, s. 384.

zawierać odnośną klauzulę zapisu na sąd polubowny. Władzami właściwymi do rozstrzygnięcia nieporozumień między członkami palestry są dziekan macierzystej rady adwokackiej, sama rada, względnie rzecznik dyscyplinarny, jeżeli zarzut zdaje się wskazywać na popełnienie przewinienia dyscyplinarnego⁶. Jako niewątpliwie słuszna jawi się także konstatacja, że „na aprobatę zasługuje kontynuacja dobrych tradycji palestry i propagowanie wśród adwokatów polubownych sposobów rozwiązywania sporów, w tym wewnątrz palestry i przy udziale jej organów⁷”.

Rozbieżności występujące na tle treści § 36 i § 39 KEA wynikające z używania pojęć „spór” i „nieporozumienie” nie oznaczają zatracenia różnic tych pojęć, które są – siłą rzeczy – odrębne, ale nie można nie wskazać, że są one treściowo do siebie zbliżone. Występuje pewna odmienność interpretacji przepisów prawnych w drodze wykładni językowej od interpretacji norm etycznych w drodze tejże wykładni. Wszak przy tym ostatnim należy mieć – przede wszystkim – na uwadze wartości aksjologiczne, leżące u podstaw; przecież z natury rzeczy są one nieostre i niedookreślone. Stosowanie norm etycznych w poszczególnych sprawach wymaga od organu stosującego wyinterpretowania w konkretnej sprawie powinności etycznej w kontekście zasad spisanych w kodeksach etycznych. Ponadto, zgodnie bowiem ze słownikowymi definicjami wyżej wymienionych pojęć „spór” i „nieporozumienie”, podnieść trzeba, że pierwsze z nich oznacza „spieranie się z kimś”, natomiast drugie „pomyłkę wynikłą z niewłaściwego zrozumienia czegoś⁸”. Z punktu widzenia teoretycznego nieporozumienie wymaga często wyjaśnienia podstaw faktycznych i prawnych, a w dalszej kolejności może – w razie obstawania przy odmienności stanowisk – prowadzić do konfliktu i sporu. Zatem nieporozumienia będą zawsze pozostawać w przedpolu sporu. Nie przeczy to jednak tendencji wyrażonych w normach Kodeksu etyki adwokackiej powinności, tj. sformułowania charakterystycznego dla norm etycznych, które działają w sferze sankcji rozsianych, a nie skupionych (prawnie dookreślonych). Pojęcie powinności jest właściwe dla kodeksów etycznych, bowiem normy chroniące wartości aksjologiczne, właściwe dla etyki zawodowej, wskazują ogólne powinności, które konkretyzują się w relacji do określonego stanu faktycznego, dlatego nie można oczekiwać ostrości sformułowań w kodeksie etycznym⁹. Zgodzić się trzeba z M. Kisielą, że spory powinny być rozstrzygane polubownie i preferencja takiego rozwiązania wynika z § 36 i § 39 KEA. Niemniej jednak twierdzenie, że Kodeks etyki adwokackiej miałby niejako ingerować w sferę innych zawodów prawniczych i przymuszać przed-

⁶ M. Kisiela, *Uwagi...*, s. 9, za J. Naumann, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2020, § 36, nb 5.

⁷ M. Kisiela, *Uwagi...*, s. 10.

⁸ <https://sjp.pwn.pl/slowniki/sp%C3%B3r.html>; <https://sjp.pwn.pl/slowniki/nieporozumienie.html> (dostęp: 04.01.2023 r.).

⁹ Zob. szerzej H. Jankowski, *Prawo a moralność*, Warszawa 1968; J. Giezek, P. Kardas, *Podstawowe zagadnienia etyki adwokackiej*, Warszawa 2021.

stawilieli tych profesji do poddawania własnych sporów pod sądy polubowne adwokackie jest o tyle chybione, że zasada polubownego rozstrzygania sporów między członkami danego zawodu prawniczego nie jest właściwa tylko dla adwokatów, albowiem podobną normę wyraża § 56 Kodeksu etyki radcy prawnego¹⁰. Oznacza to tyle, że adwokat i radca prawny – działający w ramach tej samej spółki – mogą przewidzieć w umowie spółki, w której wykonują zawód, zapis na sąd polubowny. Ów zapis na sąd polubowny nie oznacza potrzeby poddania pod istniejący sąd polubowny czy to właściwy dla adwokatów, czy dla radców prawnych, ale możliwe jest powołanie sądu polubownego *ad hoc* na podstawie art. 1161 k.p.c.¹¹, który zostanie powołany przez przedstawicieli obu zawodów wyznaczonych przez oba samorządy, co będzie realizacją etycznej powinności zawodów zaufania publicznego, a to załatwiania sporów w sposób polubowny. Jak już wspomniano, Autor niezasadnie krytykuje pojęcie „powinności” właściwe dla przepisów kodeksów etyki adwokackiej. Powinność etyczna różni się bowiem od obowiązku prawnego i w istocie dookreśla byt przewinienia dyscyplinarnego¹² w rozumieniu art. 80 p.o.a.¹³ Tym niemniej jednak słusznie J. Naumann twierdzi, że udział w spółkach radców prawnych doradców komplikuje stosowanie § 36 KEA w sposób niepomierny, a ponadto autor ten dostrzega potrzebę korekty *de lege ferenda*, która wyeliminuje wątpliwości interpretacyjne na tle § 36 KEA¹⁴. Wobec powyższego poczynić należy konstatację, że pomimo tego, że M. Kisiela przeprowadza prawidłową (pod względem językowym) analizę § 36 i 39 KEA, to nie sposób dojść do tych samych wniosków. Wobec tego nie sposób jest się zgodzić z propozycją M. Kisieli dotyczącą szybkiej nowelizacji Kodeksu etyki adwokackiej, która miałaby sprowadzać się do połączenia § 36 i 39 KEA w jeden¹⁵.

¹⁰ Na marginesie warto odnotować tylko, że w przeszłości była próba stworzenia wspólnego kodeksu etyki dla adwokatów i radców prawnych, zob. <https://www.rp.pl/zawody-prawnicze/art7409151-jeden-kodeks-etyki-dla-adwokatow-i-radcow> (dostęp: 04.01.2023 r.).

¹¹ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.), dalej k.p.c.; zob. także A. Budniak, *Treść zapisu na sąd polubowny w świetle przepisów polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego – wybrane zagadnienia*, „Kwartalnik ADR” 2009/3, s. 17. Zob. szerzej S. Dalka, *Sądownictwo polubowne w PRL*, Warszawa 1987; A. Torbus, *Sądownictwo polubowne w systemie postępowania cywilnego (wybrane zagadnienia)*, [https://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/30/Sadownictwo_polubowne_w_systemie_postepowania_cywilnego_\(wybrane_zagadnienia\).pdf](https://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/30/Sadownictwo_polubowne_w_systemie_postepowania_cywilnego_(wybrane_zagadnienia).pdf) (dostęp: 4.01.2023 r.)

¹² A. Malicki, *Materiały z konferencji „Ponadczasowość zasad etyki zawodu adwokata a granice ich ewentualnej modyfikacji”*, Łódź 2019, https://lodz.adwokatura.pl/wpcontent/uploads/2020/03/orakronika_pokonferencjne_01_03032020.pdf (dostęp: 4.01.2023 r.); J. Giezek, P. Kardas, *Podstawowe...; M. Ossowska, Podstawy nauki o moralności*, red. P. Smoczyński, Wrocław–Warszawa–Kraków 1994.

¹³ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2022 r. poz. 1184 ze zm.), dalej p.o.a.

¹⁴ J. Naumann, *Zbiór...*, s. 492–493.

¹⁵ Warto w tym miejscu odesłać do licznych wypowiedzi adwokatów w przedmiocie nowelizacji Kodeksu etyki adwokackiej, a w tym w szczególności adw. prof. d. hab. Jacka Giezka <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1447202,jacek-giezek-etyka-adwokacja-zmiany-wywiad.html> (dostęp: 4.01.2023 r.); zob. także P. Skuczyński, *Etyka adwokatów i radców prawnych*, Warszawa

Nie zatracając z pola widzenia powyżej prowadzonych rozważań, wskazać należy, że przedstawione zagadnienie obowiązku denuncjacji z art. 304 k.p.k.¹⁶ niewątpliwie przy braku istnienia bezwzględneho obowiązku powinno być rozważane w kontekście zasady trafnej reakcji dyscyplinarnej jako wystarczającej, taka reakcja może bowiem spełnić swoje zadanie w zakresie przywrócenia porządku prawnego. Adwokatura jest samorządem adwokackim i przystępując do tej grupy zawodowej, należy kierować się właściwymi dla niej normami postępowania. Nie ulega wątpliwości, że Kodeks etyki adwokackiej ma charakter normatywny, stanowiący prawo wewnętrzne samorządu. W pamięci mieć także należy, że prawa stanowione przez samorzady zawodowe mogą być przedmiotem orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego¹⁷.

Przy analizie właściwych regulacji Kodeksu etyki adwokackiej należy dokończyć swoistego ważenia dóbr. Wobec powyższego zdaje się być słuszną konstatacja, że analiza konkretnego stanu faktycznego wymaga, aby zważyć tak zasadę koleżeństwa, jak i godności zawodu, w zestawieniu z potrzebą zwracania uwagi na naruszenia prawa w ramach kompetencji adwokatury i sądów polubownych czy też działań mediacyjnych, które taką wartość chronią. Natomiast jeśli dochodzi do „wykrycia” przestępstw, co do których istnieje prawny obowiązek zawiadamiania właściwych organów, to wartość tego obowiązku powinna być chroniona w myśl zasady pierwszeństwa, co nie zawsze musi wchodzić w grę przy obowiązku społecznym, a zwłaszcza w sytuacji gdy wątpliwe jest wypełnienie znamion przestępstwa¹⁸.

* * *

Reasumując powyżej prowadzone rozważania, wskazać należy, że wniosek M. Kisieli mający charakter postulatu *de lege ferenda*, o dostosowaniu § 36 i § 39 KEA do – jak twierdzi M. Kisiela – obecnych realiów prawych, a to, że wszelkie spory powinny być rozstrzygane polubownie, a w razie braku takiej możliwości ich rozstrzyganie powinno być powierzone władzom adwokatury, a następnie sądowi polubownemu, może być wywiedziony także *de lege lata*. Ponadto terminologia używana w Kodeksie etyki adwokackiej, a dokładnie pojęcie „powinność”, jest właściwa dla regulacji obowiązków etycznych, wobec czego nie można się zgodzić z poglądem, że powołane przepisy zalecające powinność poddawania sporów pod rozstrzygnięcia organom adwokatury, sądom polubownym narusza prawo do sądu. Dzieje się tak, albowiem przynależność

2016; W. Bergier, J. Jacyna, *Etyka zawodu adwokata. Regulamin wykonywania zawodu adwokata. Komentarz praktyczny, orzecznictwo, wzory i kazusy*, Warszawa 2015.

¹⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 ze zm.), dalej k.p.k.

¹⁷ Zob. wyrok TK z 23.04.2008 r. (SK 16/07), M.P. z 2008 r. nr 38 poz. 341; postanowienie TK z 20.11.2018 r. (U 4/17), OTK-A 2018, nr 68.

¹⁸ Por. A. Małicki, *O dysponowaniu tajemnicą adwokacką oraz o jej granicach – perspektywa adwokacka* (w:) *Etyka adwokacka a kontrydiktoryjny proces karny*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2015, s. 224.

do samorządu zawodowego *in genere* często wymaga korzystania z rozwiązań niepoddawania określonych sporów sądom powszechnym, co łączy się z wykonywaniem zawodów zaufania publicznego.

Przynależność do samorządu zawodowego wiąże się nie tylko z przyspożeniem uprawnień danej jednostce, ale też – niekiedy – z ograniczeniem jej praw w danym zakresie. Innymi słowy, podmiot, który działa w ramach swojej wolności do przystąpienia do samorządu zawodowego, ogranicza jednocześnie swoje prawo do skorzystania z drogi sądowej przed sądami powszechnymi, co przyrównać można do swoistego wyboru forum rozstrzygnięcia swoich sporów (*prorogatio fori*).

ABSTRACT

dr Andrzej Malicki

The author is an advocate (District Bar Association in Wrocław), a member of the Polish Bar Council and a member of the Ethics Committee of the Polish Bar Council.

On the critical remarks concerning the regulation of § 36 of the Rules of Advocate's Ethics – a polemic

The author argues with the views expressed by advocate Mateusz Kisiel in the article entitled Critical remarks about the regulation of § 36 of the Rules of Advocate's Ethics, published in Palestra 2022/12. First, the author addresses the issue of limiting the rights of qualified lawyers who are partners in partnerships together with attorneys-at-law, as well as certain types of misunderstandings or subsequent disputes that may become the subject of adjudication by arbitration tribunals. The issue of the obligation of denunciation, which is to be imposed on advocates, is also discussed from both the legal and ethical points of view.

Keywords: *advocates' ethics, arbitration tribunals, alternative dispute resolution, legal rights*

dr Andrzej Malicki

ORCID: 0000-0001-5251-2698; e-mail: andrzej.malicki@malicki.wroc.pl

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka we Wrocławiu), członkiem Naczelnej Rady Adwokackiej oraz członkiem Komisji Etyki przy Naczelnej Radzie Adwokackiej.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Bergier Wojciech, Jacyna Jakub**, *Etyka zawodu adwokata. Regulamin wykonywania zawodu adwokata. Komentarz praktyczny, orzecznictwo, wzory i kazusy*, Warszawa 2015
- Budniak Aleksandra**, *Treść zapisu na sąd polubowny w świetle przepisów polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego – wybrane zagadnienia*, „Kwartalnik ADR” 2009/3, s. 17
- Dalka Sławomir**, *Sądownictwo polubowne w PRL*, Warszawa 1987
- Garlicki Leszek**, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2017
- Giezek Jacek, Kardas Piotr**, *Podstawowe zagadnienia etyki adwokackiej*, Warszawa 2021
- Jankowski Henryk**, *Prawo a moralność*, Warszawa 1968
- Kisiela Mateusz**, *Uwagi krytyczne dotyczące regulacji § 36 Zbioru zasad etyki adwokackiej*, „Palestra” 2022/12, s. 7–18
- Malicki Andrzej**, *Materiały z konferencji „Ponadczasowość zasad etyki adwokata a granice ich ewentualnej modyfikacji”*, Łódź 2019, https://lodz.adwokatura.pl/wpcontent/uploads/2020/03/orakronika_pokonferencjne_01_03032020.pdf (dostęp: 4.01.2023 r.)
- Malicki Andrzej**, *O dysponowaniu tajemnicą adwokacką oraz o jej granicach – perspektywa adwokacka* (w:) *Etyka adwokacka a kontrydiktoryjny proces karny*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2015
- Naumann Jerzy**, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2020, § 36, nb 5
- Ossowska Maria**, *Podstawy nauki o moralności*, red. P. Smoczyński, Wrocław–Warszawa–Kraków 1994
- Skuczyński Paweł**, *Etyka adwokatów i radców prawnych*, Warszawa 2016
- Torbus Andrzej**, *Sądownictwo polubowne w systemie postępowania cywilnego (wybrane zagadnienia)*, [https://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/30/Sadownictwo_polubowne_w_systemie_postepowania_cywilnego_\(wybrane_zagadnienia\).pdf](https://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/30/Sadownictwo_polubowne_w_systemie_postepowania_cywilnego_(wybrane_zagadnienia).pdf)
- Zedler Feliks**, *Postępowanie polubowne w sporcie* (w:) *Ustawa o sporcie*, red. A.J. Szwarc, Poznań 2011

Pojęcia kluczowe:

prawo do życia, zakaz tortur, prawo do rzetelnego procesu sądowego, wolność wypowiedzi, ochrona własności, prawo do wolnych wyborów, zakaz dyskryminacji, sąd ustanowiony ustawą, niezawisłość sędziowska, reforma sądownictwa, środki dyscyplinarne, prawo do poszanowania życia prywatnego, ograniczenie w nieuprawnionych celach

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (PAŹDZIERNIK–GRUDZIEŃ 2022 R.)

Prezentowany przegląd orzecznictwa stanowi omówienie najistotniejszych poglądów wyrażonych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyrokach wydanych w okresie październik–grudzień 2022 r., dotyczących: prawa do życia, zakazu tortur, prawa do rzetelnego procesu sądowego, wolności od samooskarżenia, wolności myśli, sumienia i wyznania, wolności wypowiedzi, ochrony własności, prawa do wolnych wyborów, zakazu dyskryminacji.

Przeгляд ten uzupełnia obszernie streszczenie wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (Sekcja I) w sprawie *Juszczyszyn przeciwko Polsce*, dotyczącego środków dyscyplinarnych wobec tego sędziego.

PRAWO DO ŻYCIA (ART. 2)

Z art. 2 nie można wyinterpretować prawa do śmierci, równocześnie jednak prawo do życia zagwarantowane w tym artykule jako takie nie może być rozumiane jako zakazujące warunkowej dekryminalizacji eutanazji.

Wyrok Mortier v. Belgia, 4.10.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 78017/17, § 138 – dot. śmierci w drodze legalnej eutanazji kobiety, która przez wiele lat cierpiała na depresję.

Dekryminalizacji eutanazji zgodnej z art. 2 Konwencji muszą towarzyszyć odpowiednie i wystarczające zabezpieczenia pozwalające uniknąć nadużyć i tym samym zapewnić poszanowanie prawa do życia. Podobny pogląd wyraził

Komitet Praw Człowieka ONZ, podkreślając, że zabezpieczenia te mają zapewnić, aby lekarze stosowali się do wyraźnej, jednoznacznej, wolnej i świadomej decyzji pacjenta, chronionego w ten sposób przed presją i nadużyciami.

Wyrok Mortier v. Belgia, 4.10.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 78017/17, § 139.

Zakończenie życia, w szczególności w drodze eutanazji, wiąże się ze złożonymi kwestiami prawnymi, społecznymi, moralnymi i etycznymi. Opinie i reakcje prawne na nie w państwach Konwencji są bardzo zróżnicowane i nie ma między nimi zgody co do prawa jednostki do decydowania o sposobie i chwili zakończenia swego życia. W tej dziedzinie, wymagającej znalezienia równowagi między ochroną prawa pacjenta do życia a jego prawem do poszanowania życia prywatnego i autonomii osobistej, należy przyznać państwu pewną swobodę. Nie może ona jednak być nieograniczona, ponieważ Trybunał zastrzega sobie w tym kontekście możliwość kontroli przestrzegania przez państwo zobowiązań wynikających z art. 2 Konwencji.

Wyrok Mortier v. Belgia, 4.10.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 78017/17, § 142–143.

ZAKAZ TORTUR (ART. 3)

W sprawach ekstradycyjnych kwestia nie polega na tym, czy w okresie ekstradycji więźnia kara dożywotniego więzienia w państwie wnioskującym była zgodna z art. 3 Konwencji i odpowiadała wszystkim standardom stosowanym wobec osób odbywających taką karę w państwach Konwencji. Chodzi natomiast o ustalenie, czy 1) skarżący przedstawił dowody pozwalające wykazać, że istnieją istotne podstawy do przekonania, iż w razie ekstradycji będzie narażony na rzeczywiste ryzyko wymierzenia mu kary dożywotniego więzienia bez możliwości ubiegania się o przedterminowe zwolnienie; 2) istnieje mechanizm kontrolny umożliwiający władzom – po wymierzeniu takiej kary – ocenę postępów więźnia w procesie rehabilitacji lub innych podstaw zwolnienia, z uwzględnieniem jego zachowania lub innych istotnych okoliczności osobistych.

Wyrok Sanchez-Sanchez v. Wielka Brytania, 3.11.2022 r., Wielka Izba, skarga nr 22854/20, § 97– dot. zarzutu ryzyka skazania oskarżonego w USA na karę dożywotniego więzienia bez możliwości ubiegania się o przedterminowe zwolnienie w razie jego ekstradycji do tego państwa.

Ze względu na to, że zakaz traktowania sprzecznego z art. 3 pozostaje absolutny, nie można wprowadzać różnicy między minimalnym stopniem jego dolegliwości wymagany do osiągnięcia progu określonego w art. 3 w kontekście krajowym oraz takim minimalnym stopniem w kontekście eksterytorialnym.

Wyrok Sanchez-Sanchez v. Wielka Brytania, 3.11.2022 r., Wielka Izba, skarga nr 22854/20, § 99.

Zarzutów antykoncepcji niekonsensualnej nie można oceniać odrębnie od zarzutów niekonsensualnej aborcji, ponieważ w obu przypadkach mogą one rodzić problemy związane z systemową odmową możliwości samodzielnego działania kobiet z niepełnosprawnościami intelektualnymi przebywających w zakładach psychiatrycznych w sferze swoich praw reprodukcyjnych. Ze względu na wagę zarzutów dotyczących antykoncepcji niekonsensualnej i bezbronności skarżących w tym kontekście należy je badać również na podstawie art. 3. Konwencji.

Wyrok G.M. i inni v. Mołdowa, 22.11.2022 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 44394/15, § 90 – dot. braku skutecznego systemu ochrony kobiet z niepełnosprawnościami intelektualnymi przebywających w zakładach psychiatrycznych przed poważnymi naruszeniami ich integralności; braku ochrony integralności fizycznej takich kobiet przed niekonsensualną aborcją oraz taką antykoncepcją.

Na podstawie art. 3 Konwencji państwa mają obowiązki pozytywne obejmujące, po pierwsze, obowiązek posiadania ochronnych ram prawnych - ustawowych i administracyjnych; po drugie – w pewnych ściśle określonych okolicznościach obowiązek podejmowania środków operacyjnych dla ochrony konkretnych osób przed ryzykiem złego traktowania sprzecznego z tym przepisem; oraz po trzecie - obowiązek skutecznego śledztwa w przypadku możliwych do uzasadnienia zarzutów takiego traktowania. W kategoriach ogólnych dwa pierwsze aspekty tych obowiązków pozytywnych uznaje się za „materialne”, a trzeci odpowiada pozytywnemu obowiązkowi „proceduralnemu” państwa.

Wyrok G.M. i inni v. Mołdowa, 22.11.2022 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 44394/15, § 94.

Państwa mają szczególnie obowiązek ochrony osób z niepełnosprawnościami intelektualnymi umieszczonych pod opieką instytucji publicznej odpowiedzialnej za zapewnienie im bezpieczeństwa i dobrostanu, które nie mają rodziny, nie są pozbawione zdolności do czynności prawnych i nie mają przedstawiciela prawnego, są więc wyjątkowo zagrożone. Odnosi się to tym bardziej do ochrony ich praw reprodukcyjnych.

Wyrok G.M. i inni v. Mołdowa, 22.11.2022 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 44394/15, § 112.

PRAWO DO RZETELNEGO PROCESU SĄDOWEGO (ART. 6)

Ustawodawcy nie zakazuje się co do zasady przyjmowania w sprawach cywilnych nowych regulacji z mocą wsteczną, jednak zasada rządów prawa oraz pojęcie rzetelnego procesu sądowego zawarte w art. 6 wykluczają jakąkolwiek ingerencję ustawodawcy w wymiar sprawiedliwości mającą na celu wpływ na sądowe rozstrzygnięcie sporu, z wyjątkiem szczególnych przypadków, w których wymaga tego interes ogólny. Stosowanie ustawodawstwa obowiązującego

z mocą wsteczną mające wpływ na sądowe rozstrzygnięcie sporu, w którym państwo jest stroną, wiąże się nieodłącznie z zagrożeniami, zwłaszcza gdy w jego rezultacie uniemożliwi to powodowi wygranie sporu. Poszanowanie rządów prawa i idei rzetelnego procesu sądowego wymaga więc, aby wszelkie uzasadnienia takich nowelizacji były traktowane z jak największą ostrożnością.

Wyrok Vegotex International S.A. v. Belgia, 3.11.2022 r., Wielka Izba, skarga nr 49812/09, § 92 – dot. reguł przedawnienia zaległości podatkowych na podstawie orzecznictwa sądowego, które zostały następnie uchylone z mocą wsteczną w trakcie toczącego się sporu sądowego w drodze ustawy z deklarowanym celem przywrócenia pewności prawa.

Zasady te, sformułowane w sprawach cywilnych, stanowiące istotne elementy koncepcji pewności prawa i ochrony uzasadnionego zaufania stron procesowych, mają zastosowanie również w postępowaniu karnym oraz w sprawach podatkowych dotyczących „domiaru podatkowego”, w których ma zastosowanie część karna art. 6 Konwencji.

Wyrok Vegotex International S.A. v. Belgia, 3.11.2022 r., Wielka Izba, skarga nr 49812/09, § 94.

Co do zasady, wolność odsamooskarżenia może wchodzić w grę również w razie przymusu dostarczenia dokumentów. W orzecznictwie w kwestiach prawa finansowego objętych częścią karną art. 6 ust. 1 Konwencji Trybunał dokonuje jednak w tym zakresie rozróżnienia zależnie od tego, czy takie materiały wcześniej istniały i władze wiedziały o ich istnieniu.

Wyrok De Legé v. Holandia, 4.10.2022 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 58342/15, § 69 – dot. wykorzystania w celu ponownego ustalenia wysokości grzywny podatkowej dokumentów bankowych uzyskanych w drodze nakazu sądowego pod rygorem kary pieniężnej.

Problem na tle wolności od samooskarżenia pojawia się w razie istnienia jakiegś formy przymusu wywieranego na daną osobę. Ponadto osoba taka musi podlegać toczącemu się lub przygotowywanemu wobec niej postępowaniu karnemu – czyli „oskarżeniu w sprawie karnej” w autonomicznym rozumieniu art. 6 ust. 1 – albo obciążające informacje uzyskane w drodze przymusu poza kontekstem postępowania karnego zostały wykorzystane w późniejszym postępowaniu karnym przeciwko niej. Obie te sytuacje można uznać za dwie przesłanki korzystania wolności od samooskarżenia.

W razie ich spełnienia należy ustalić, czy wykorzystanie dowodu uzyskanego w drodze przymusu wykraczało poza granice ochrony wolności od samooskarżenia. Prawo do nieobciążania samego siebie obejmuje przede wszystkim poszanowanie woli oskarżonego do zachowania milczenia. W przypadku przymusu mającego skłonić oskarżonego do odpowiedzi na pytania lub złożenia zeznań, ustnie lub na piśmie, wola zachowania milczenia nie jest w oczywisty sposób

szanowana, a zatem wchodzi w grę ochrona wolności od samooskarżenia. Nie obejmuje ona jednak faktu wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych od oskarżonego metodami przymusu, których byt był niezależny od jego woli.

Wyrok De Legé v. Holandia, 4.10.2022 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 58342/15, § 74–75.

Wykorzystanie dowodów z dokumentów uzyskanych pod groźbą kary w sprawach z zakresu prawa finansowego nie jest objęte ochroną wolności od samooskarżenia, jeśli władze potrafią wykazać, że celem przymusu było uzyskanie konkretnych wcześniej istniejących istotnych dokumentów – a zatem takich, które nie zostały wytworzone w wyniku samego przymusu dla celów postępowania karnego – i o których istnieniu władze wcześniej wiedziały.

Sytuację tę należy odróżnić od przypadku, w którym władze próbują zmusić jednostkę do wskazania dowodów przestępstw, które rzekomo popełniła, przez dostarczenie dokumentów, które według nich powinny istnieć, choć władze nie były tego pewne. Trybunał określił taką sytuację jako „połów informacji (*fishing expeditions*)”.

Wyrok De Legé v. Holandia, 4.10.2022 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 58342/15, § 76.

Wykorzystanie dokumentów lub innych dowodów zawsze będzie objęte gwarancjami wolności od samooskarżenia - niezależnie od tego, czy władze wcześniej wiedziały o ich istnieniu – jeżeli zostały uzyskane metodami naruszającymi art. 3.

Wyrok De Legé v. Holandia, 4.10.2022 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 58342/15, § 77.

PRAWO DO POSZANOWANIA ŻYCIA PRYWATNEGO I RODZINNEGO (ART. 8)

Uznanie, że przedmiot skargi odnoszący się do uciążliwości będących rezultatem zanieczyszczeń środowiska objęty jest ochroną na podstawie art. 8 Konwencji, wymaga wykazania, po pierwsze, że nastąpiła rzeczywista ingerencja w sferę życia prywatnego skarżącego oraz – po drugie – że został osiągnięty pewien stopień jej dolegliwości; innymi słowy, czy zarzucone zanieczyszczenie było na tyle poważne, że wystarczająco negatywnie wpływało na jego życie rodzinne i prywatne oraz korzystanie przez niego z domu. Ustalenie tego minimalnego poziomu jest względne i zależy od wszystkich okoliczności sprawy, takich jak intensywność i okres utrzymywania się konkretnej uciążliwości oraz jej fizycznych i psychicznych konsekwencji dla zdrowia lub jakości życia jednostki. Zanieczyszczenia przemysłowe niewątpliwie mogą negatywnie wpływać na zdrowie publiczne generalnie oraz pogarszać jakość życia jednostki, nie

można jednak ilościowo określić ich konsekwencji w każdym indywidualnym przypadku. Na przykład w razie uszczerbku zdrowia trudno odróżnić, czy był on skutkiem zagrożenia dla środowiska, czy też wpływu innych istotnych czynników, takich jak wiek, zawód czy osobisty sposób życia danej osoby. „Jakość życia” jest cechą subiektywną, która z trudem poddaje się precyzyjnej definicji.

Wyrok Paolov i inni v. Rosja, 11.10.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 31612/09, § 61 – dot. braku odpowiednich działań dla zredukowania skutków utrzymujących się od dawna nadmiernych przemysłowych zanieczyszczeń powietrza, aby w ten sposób ochronić skarżących przed narażeniem ich na związane z tym ryzyka dla zdrowia.

Ze względu na zwykle istniejące trudności dowodowe w sprawach dotyczących zanieczyszczeń środowiska Trybunał zwraca szczególną, chociaż nie wyłączną, uwagę na ustalenia sądów krajowych i innych właściwych władz dotyczące okoliczności faktycznych sprawy, analizy krajowych przepisów prawnych określających niebezpieczne poziomy zanieczyszczeń oraz ekspertyzy w tej dziedzinie zlecane przez władze. Trybunał nie może bezkrytycznie opierać się na decyzjach władz krajowych, zwłaszcza gdy są wyraźnie niespójne albo wzajemnie sprzeczne. Musi wtedy samodzielnie ocenić całość istniejących dowodów, uwzględniając również krajowe przepisy prawne określające niebezpieczne poziomy zanieczyszczeń oraz wyniki badań dotyczących zanieczyszczeń środowiska zamawianych przez władze. Inne dowody do rozważenia, poza opisem wydarzeń przez skarżącego, obejmują np. zaświadczenia lekarskie, jak również właściwe raporty, oświadczenia lub wyniki badań prowadzonych przez podmioty prywatne.

Wyrok Paolov i inni v. Rosja, 11.10.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 31612/09, § 62.

Nie można w każdej sprawie domniemywać związku przyczynowego między nadmiernym poziomem zanieczyszczeń i szkodliwymi skutkami dla zdrowia skarżących.

Wyrok Paolov i inni v. Rosja, 11.10.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 31612/09, § 68.

WOLNOŚĆ MYŚLI, SUMIENIA I WYZNANIA (ART. 9)

Wymagania skuteczności śledztwa należy w najwyższym możliwym stopniu pogodzić z prawami osób zainteresowanych do poszanowania ich życia prywatnego i rodzinnego. Podobne wymaganie istnieje w przypadku prawa do poszanowania wolności religijnej.

Wyrok Aygün v. Belgia, 8.11.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 28336/12, § 74 – dot. utrzymującego się przez ponad dwa lata zakazu wydania ciał zabitych dzieci skarżących i pochówku zgodnie z regulami ich wyznania zagranicą – w Turcji.

Ingerencja, aby uznać ją za zgodną z wymaganiami art. 8 lub art. 9 Konwencji, powinna być usprawiedliwiona przez cały okres, w którym skarżący są jej poddani. Z upływem czasu bowiem konieczność ingerencji może zmniejszyć się lub nawet zniknąć. W rezultacie osoby, zarzucające, że decyzja organów śledczych stanowiła ingerencję w ich prawo do poszanowania wolności religijnej np. przez zakaz wyznania ciała zabitego krewnego uniemożliwiający pochówek zgodnie z regułami ich wyznania, muszą mieć nie tylko możliwość kwestionowania zasadności pierwotnej decyzji o zakazie ale również jej utrzymywania w toku dalszego śledztwa.

Wyrok Aygün v. Belgia, 8.11.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 28336/12§ 84–85.

Artykuł ten nie zakazuje władzom publicznym formułowania ocen krytycznych wobec przedstawicieli lub członków wspólnot religijnych. Trybunał uważa jednak, że aby były zgodne z Konwencją, deklaracje takie muszą – z jednej strony – być wsparte dowodami konkretnych działań mogących stanowić ryzyko dla porządku publicznego lub interesów innych osób; z drugiej – unikające kwestionowania prawowitości danych przekonań. Poza tym muszą one być proporcjonalne w danych okolicznościach.

Wyrok Tonchev i inni v. Bułgaria, 13.12.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 56862/15, § 61 – dot. informacji przekazanych do szkół przez władze lokalne zawierających pejoratywne i wrogie komentarze na temat wyznania ewangelickiego skarżących stowarzyszeń i pastorów.

WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)

W dziedzinie bezpieczeństwa narodowego państwa mają szeroką swobodę oceny narodowego, a dostęp do tajnych akt służb wywiadowczych może zasadniczo być dodatkowo ograniczony, bowiem żądany bezpośredni dostęp do akt może – niezależnie od innych informacji – prowadzić do ujawnienia informacji o wewnętrznym funkcjonowaniu i metodach pracy służb wywiadowczych lub choćby tylko je uprawdopodobniać. Ten aspekt należy we właściwy uwzględnić przy ocenie proporcjonalności ingerencji. Równocześnie koncepcje „bezpieczeństwa narodowego” i „bezpieczeństwa publicznego” muszą być stosowane powściągliwie, interpretowane ściśle i wprowadzane wyłącznie w razie konieczności uniemożliwienia ujawnienia takich informacji dla ochrony bezpieczeństwa narodowego lub bezpieczeństwa publicznego.

Wyrok Saure v. Niemcy, 8.11.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 8819/16, § 52 – dot. odmowy udostępnienia dziennikarzowi, z powołaniem się na bezpieczeństwo narodowe, tajnych akt służb wywiadowczych.

OCHRONA WŁASNOŚCI (ART. 1 PROTOKOŁU NR 1)

Wymagania proceduralne mają istotne znaczenie w sporach między jednostkami w związku z kwestiami odnoszącymi się do prawa własności. Tym większe

znaczenie mają jednak, gdy jedną ze stron jest państwo. W rezultacie poważne braki w rozpatrywaniu takich sporów mogą rodzić kwestię na tle art. 1 Protokołu nr 1. Przy ocenie poszanowania art. 1 Protokołu nr 1 Trybunał musi więc ogólnie ocenić rozmaite interesy wchodzące w grę, pamiętając, że Konwencja ma chronić prawa „praktyczne i skuteczne” oraz wyjść poza znamiona zewnętrzne i zbadać realia zarzuconej sytuacji.

Wyrok La Fondation de l'Église grecque orthodoxe Taksiarhis de Arnavoutköy v. Turcja, 15.11.2022 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 27269/09, § 50 – dot. odmowy władz zarejestrowania własności legalnie działającej fundacji mniejszości narodowej.

PRAWO DO WOLNYCH WYBORÓW (ART. 3 PROTOKOŁU NR 1)

Państwa mogą uzależnić dostęp do reprezentacji parlamentarnej od wykazania pewnego poziomu wsparcia wśród wyborców i Konwencja nie wymaga od państw przyjęcia preferencyjnych progów wyborczych dla mniejszości narodowych. Przyznanie grupie mniejszości narodowej w tym zakresie określonej preferencji wymaga jednak oceny, czy nie spowoduje ono, że kandydatowi mniejszości narodowej w takim przypadku trudniej będzie uzyskać liczbę głosów wymaganych do uzyskania mandatu przypisanego mniejszości narodowej niż w razie ubiegania się o miejsce w parlamencie ze zwykłych list partyjnych, oraz czy – z kolei – ten próg wyborczy nie wpłynie negatywnie na możliwość wyborców z mniejszości narodowej udziału w procesie wyborczym na równych zasadach z innymi wyborcami.

Wyrok Bakirdzi i E.C. v. Węgry, 10.11.2022 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 49636/14 i 65678/14, § 58 – dot. braków w systemie wyborczym w odniesieniu do mniejszości narodowych mających wpływ na tajność głosowania, swobodę politycznego wyboru i uniemożliwiających kandydatowi z mniejszości narodowej uzyskanie miejsca w parlamencie.

Nie wszystkie głosy w wyborach muszą mieć równą wagę dla rezultatów wyborów i nie ma systemu wyborczego pozwalającego na wyeliminowanie „głosów zmarnowanych”. Ustawodawca krajowy musi jednak upewnić się, czy system wyborczy nie rodzi nierówności siły głosu członków mniejszości narodowych, aby uniknąć osłabienia potencjalnej wartości głosów możliwych do oddania na listy mniejszości narodowych.

Wyrok Bakirdzi i E.C. v. Węgry, 10.11.2022 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 49636/14 i 65678/14, § 59.

Przepisy regulujące system wyborczy muszą zapewniać, aby głosowanie odbywało się w głosowaniu tajnym, pozwalającym elektoratowi oddać głos na preferowanego kandydata swobodnie i skutecznie, zgodnie z ich sumieniem i bez bezprawnego nacisku, zastraszania lub dezaprobaty ze strony innych. Słu-

żą one również szerszemu interesowi publicznemu w zapewnieniu wolnych i uczciwych wyborów. W kategoriach praktycznych ogół nie powinien mieć dostępu do informacji o tym, na kogo wyborca oddał swój głos w wyborach. System głosowania musi zapewnić ochronę wyborców przed bezpośrednim lub pośrednim ujawnieniem informacji o tym, na kogo oddali swoje głosy.

Wyrok Bakirdzi i E.C. v. Węgry, 10.11.2022 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 49636/14 i 65678/14, § 68.

Głosujący decydujący się oddać swoje głosy jako wyborcy mniejszości narodowej powinni być chronieni w sposób podobny do innych wyborców chcących oddać swoje głosy na partię polityczną albo niezależnego kandydata. W obu przypadkach należy zapewnić tajność głosowania.

Wyrok Bakirdzi i E.C. v. Węgry, 10.11.2022 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 49636/14 i 65678/14, § 71.

Konwencja nie wymaga uprzywilejowanego traktowania partii reprezentujących mniejszości narodowe. Jeśli jednak ustawodawca postanowi wyeliminować lub ograniczyć przypadki nierówności w reprezentacji politycznej, przyjęty środek powinien zapewnić udział mniejszości narodowych na równych zasadach z innymi w wyborze ciała ustawodawczego, aby uniemożliwić wykluczenie przedstawicieli mniejszości z procesu podejmowania decyzji politycznych na poziomie krajowym.

Wyrok Bakirdzi i E.C. v. Węgry, 10.11.2022 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 49636/14 i 65678/14, § 73.

ZAKAZ DYSKRYMINACJI (ART. 14)

Artykuł 14 Konwencji ma zastosowanie m.in., gdy przedmiot zarzucanej niekorzystnej sytuacji stanowi jeden ze sposobów realizacji prawa do poszanowania życia rodzinnego zagwarantowanego w art. 8 Konwencji w zakresie środków mających służyć wspieraniu życia rodzinnego i wpływających na sposób jego organizacji. Określenie charakteru danego świadczenia społecznego wymaga uwzględnienia szeregu istotnych czynników wymagających analizy jako całości. Wśród nich będą to w szczególności: cel świadczenia w świetle obowiązujących przepisów, kryteria jego przyznawania, obliczania i ustania jego wypłacania, zakładany jego wpływ na sposób organizacji życia rodzinnego oraz praktyczne znaczenie z uwzględnieniem indywidualnej sytuacji życiowej i rodzinnej wnioskodawcy.

Wyrok Beeler v. Szwajcaria, 11.10.2022 r., Wielka Izba, skarga nr 78630/12, § 72 – dot. dyskryminacji wdowca sprawującego wyłączną opiekę nad dziećmi polegającej na zakończeniu wypłaty renty po jego zmarłej żonie z chwilą uzyskania przez najmłodsze dziecko pełnoletności, w sytuacji gdy wdowy w podobnej sytuacji nadal ją otrzymują.

Odniesienia do tradycji, ogólne przekonania lub dominujące postawy społeczne w danym kraju nie mogą stanowić wystarczającego uzasadnienia różnicy traktowania ze względu na płeć, na korzyść kobiet lub mężczyzn. Wynika z tego, że rząd nie może powoływać się na domniemanie, że mąż wspiera żonę finansowo (koncepcja „męskiego żywiciela rodziny”) w celu uzasadnienia różnicy traktowania, która stawia wdowców w niekorzystnej sytuacji w stosunku do wdów.

Wyrok Beeler v. Szwajcaria, 11.10.2022 r., Wielka Izba, skarga nr 78630/12, § 110.

Dyskryminacja rasowa zakazana przez art. 14 jest szczególnie rażącym rodzajem dyskryminacji i ze względu na jej dotkliwe konsekwencje wymaga od władz specjalnej czujności oraz stanowczej reakcji. Trybunał zgodził się z Europejską Komisją przeciw Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI), że profilowanie rasowe prowadzi w szczególności do stygmatyzacji i wyobcowania osób, których dotyczy. Z tego również powodu istotne jest zapewnienie skutecznych śledztw w związku z zarzutami dyskryminacji rasowej przez policję. Trybunał zgodził się również z Komitetem Praw Człowieka ONZ, że ukierunkowanie się przy sprawdzaniu tożsamości wyłącznie na osoby o specyficznych cechach fizycznych lub rasowych dotyka ich godności, przyczyniając się również do szerzenia postaw ksenofobicznych.

Wyrok Basu v. Niemcy, 18.10.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 215/19, § 34 – dot. braku skutecznego niezależnego śledztwa w związku z zarzutami profilowania rasowego przez policję w trakcie sprawdzania dokumentów tożsamości w pociągu.

Rola Trybunału nie polega na ocenie i kontroli polityki państwa w dziedzinie edukacji lub rozstrzygnięciu, jaka interpretacja ustawodawstwa krajowego jest najbardziej prawidłowa, ale na rozważeniu konsekwencji tych decyzji dla skarżącego. Jego zadanie polega więc na rozstrzygnięciu, czy istniało obiektywne i rozsądne uzasadnienie różnicy traktowania, która dotknęła skarżącego i miała swoją podstawę w prawie krajowym. Trybunał musi ustalić, czy racje władz na uzasadnienie traktowania skarżącego były istotne i wystarczające.

Wyrok Moraru v. Rumunia, 8.11.2022 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 64480/19, § 45 – dot. nieuzasadnionej odmowy zgody na studiowanie medycyny wojskowej przez kobietę, której wzrost i waga były poniżej wymaganych limitów dla kandydatów płci żeńskiej.

Przyjęcie kryteriów doboru w dostępie do edukacji na poziomie wyższym nie jest samo w sobie sprzeczne z wymaganiami art. 2 Protokołu nr 1. Wniosek ten ma zastosowanie zarówno do rekrutacji do uczelni cywilnych, jak i wojskowych instytucji edukacyjnych. Z tego względu wprowadzenie limitów przyjęć do służby wojskowej nie jest sprzeczne z obowiązkami na tle art. 2 Protokołu nr 1.

Wyrok Moraru v. Rumunia, 8.11.2022 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 64480/19, § 47.

Do władz państwowych należy ustalenie w ramach swojej polityki kryteriów doboru kandydatów do wojskowych instytucji edukacyjnych. W związku z tym, zgodnie z zasadą subsydiarności, Trybunał nie może zastępować władz krajowych w kwestii rekrutacji i organizacji sił zbrojnych, chyba że przyjęte kryteria są oczywiście bezpodstawne.

Wyrok Moraru v. Rumunia, 8.11.2022 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 64480/19, § 51.

Ogólny zakaz dyskryminacji (art. 1 Protokołu nr 12)

Ze względu na bezpośrednią znajomość swoich społeczeństw i ich potrzeb władze krajowe są co do zasady lepiej przygotowane niż sędzia międzynarodowy do oceny tego, co leży w interesie publicznym ze względów społecznych i gospodarczych i Trybunał generalnie szanuje wybór polityczny ustawodawcy, chyba że jest „oczywiście pozbawiony uzasadnionej podstawy”. Nawet jednak szeroka swoboda w sferze polityki gospodarczej i społecznej nie usprawiedliwia przyjmowania przepisów lub praktyk naruszających zakaz dyskryminacji.

Wyrok Moraru i Marin v. Rumunia, 20.12.2022 r., Izba (Sekcja IV), skargi nr 53282/18i31428/20, § 105 – dot. dyskryminacji ze względu na płeć w przepisach regulujących wiek emerytalny w służbie cywilnej.

Różnica wieku emerytalnego między mężczyznami i kobietami stanowi różnicę traktowania ze względu na płeć. Obejmuje to również automatyczne zakończenie zatrudnienia po osiągnięciu wieku emerytalnego przewidzianego dla kobiet.

Wyrok Moraru i Marin v. Rumunia, 20.12.2022 r., Izba (Sekcja IV), skargi nr 53282/18i31428/20, § 108.

Wprowadzenie i utrzymywanie ogólnej zasady obowiązkowego zakończenia przez kobietę stosunku pracy ze względu na wiek wcześniej niż przez mężczyznę oznacza utrzymywanie przez ustawodawcę stereotypowego spojrzenia na role poszczególnych płci i traktującego kobiety jako jednorodną grupę pozbawioną sprawczości, w którym ich osobiste sytuacje czy pragnienia w sferze życia zawodowego i rozwoju kariery, a także ich zbieżność z sytuacją mężczyzn są całkowicie pomijane.

Wyrok Moraru i Marin v. Rumunia, 20.12.2022 r., Izba (Sekcja IV), skargi nr 53282/18i31428/20, § 118.

**ŚRODKI ZASTOSOWANE WOBEC SĘDZIEGO
PRZEZ IZBĘ DYSCYPLINARNĄ SĄDU NAJWYŻSZEGO
– OBSZERNE OMÓWIENIE WYROKU Z 5.10.2022 R.,
IZBA (SEKCJA I), W SPRAWIE JUSZCZYSZYN V. POLSKA**

Omawiany wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 5.10.2022 r. (I Sekcja) w sprawie w sprawie Juszczyszyn v. Polska, skarga nr 35599/20, dotyczy środków dyscyplinarnych wobec tego sędziego. Sędzia Paweł Juszczyszyn w 2019 r. został oddelegowany do Sądu Okręgowego w Olsztynie. Przy rozpatrywaniu apelacji w sprawie cywilnej wydał zarządzenie wzywające szefową Kancelarii Sejmu do przesłania mu kopii list poparcia kandydatów sędziowskich do Krajowej Rady Sądownictwa (KRS), którzy zostali następnie wybrani przez Sejm 6.03.2018 r. Zażądał również przedstawienia oświadczeń obywateli lub sędziów, którzy wycofali swoje poparcie dla kandydatów. Wyzaczył na to termin tygodnia. Uznał, że w rozpatrywanej sprawie konieczne jest rozstrzygnięcie dotyczące sędziego sądu pierwszej instancji powołanego z udziałem nowej KRS. W świetle wydanego w tamtym okresie wyroku TSUE (A.K. i inni, C-585/18, C-624/18 i C-625/18) rodziło się bowiem pytanie, czy sędzia ten był uprawniony do orzekania.

W dniu 25.11.2019 r. minister sprawiedliwości wycofał delegację skarżącego do Sądu Okręgowego. Zgodnie z komunikatem prasowym Ministerstwa powodem takiej decyzji, było stwierdzenie, że działania sędziego Juszczyszyna stanowiły „niedopuszczalną ingerencję w działania organów konstytucyjnych”, a poza tym „żaden sędzia nie ma prawa oceniać statusu innego sędziego”.

Przeciwko sędziemu Juszczyszynowi zostało wszczęte postępowanie dyscyplinarne. Został on czasowo odsunięty od orzekania. W dniu 23.12.2019 r. Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego (SN) orzekła w pierwszej instancji, że działania sędziego Juszczyszyna nie uzasadniały jego zawieszenia. W drugiej instancji uznała jednak, że naruszenie polegające na oczywistej i rażącej obrazie przepisów prawa oraz po drugie – uchybieniu godności urzędu, stanowiące przewinienie dyscyplinarne na podstawie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych z 2001 r. – stanowiło wyjątkowo zły przykład dla innych sędziów i w pełni uzasadniało potrzebę jego zawieszenia i obniżenie mu pensji o 40 proc. W chwili wydawania wyroku przez Trybunał postępowanie dyscyplinarne wobec sędziego Juszczyszyna nadal toczyło się.

Izba Dyscyplinarna SN uchyliła zawieszenie w dniu 23.05.2022 r. Następnie prezes Sądu Rejonowego w Olsztynie postanowił przenieść go, wbrew jego woli, do Wydziału Rodzinnego i Nieletnich tego sądu.

W skardze do Trybunału, z powołaniem się na art. 6 ust. 1, art. 8 art. 18 Kon-

wencji oraz art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji sędzia Juszczyszyn zarzucił w szczególności, że: Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego nie jest „sądem ustanowionym ustawą”; członkowie Izby Dyscyplinarnej działali w sposób stronniczy; zawieszenie oznaczało naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego oraz nie odpowiadało żadnemu uprawnionemu interesowi, ale miało prowadzić do ukarania go i zniechęcenia do oceniania zgodności z prawem powołania sędziów. Zarzucił również nieproporcjonalnie długi okres, w którym jego wynagrodzenie było obniżone o 40 proc.

Jako strony trzecie wystąpiły w tej sprawie „Judges for Judges” Foundation z Holandii wspólnie z prof. L. Pechem i Międzynarodową Komisją Prawników (ICJ) oraz Rzecznik Praw Obywatelskich.

Pierwsza kwestia dotyczyła stosowania w tej sprawie art.6 ust. 1 Konwencji.

Podsumowanie zasad ogólnych dotyczących stosowania art.6 ust. 1 w jego części cywilnej znalazło się ostatnio w wyroku Wielkiej Izby Grzęda v. Polska z 15.03.2022 r.

Trybunał zauważył, że skarżącemu w tej sprawie, który był sędzią, zostały postawione zarzuty dyscyplinarne i w toku postępowania Izba Dyscyplinarna SN zawiesiła go w czynnościach służbowych. Uznał, kierując się kryteriami przyjętymi w wyroku Wielkiej Izby w sprawie Vilho Eskelinen i inni v. Finlandia (19.04.2007 r.), że art. 6 miał zastosowanie i oddalił zarzut rządu w tej kwestii. Oddalił również zarzut rządu niewykorzystania w tej sprawie krajowych środków prawnych.

Zasady ogólne dotyczące zakresu oraz znaczenia, jakie należy nadać koncepcji „sądu ustanowionego ustawą”, zostały przyjęte w wyroku Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia (z 1.12.2020 r.). W tym samym wyroku Trybunał wypracował test progowy, na który składają się trzy kryteria traktowane łącznie, mający służyć ustaleniu, czy nieprawidłowości w konkretnej procedurze powołań sędziowskich były na tyle poważne, że prowadziły do naruszenia prawa do sądu ustanowionego ustawą oraz czy władze państwowe zapewniły równowagę konkurujących ze sobą interesów.

W tej sprawie zarzucone naruszenie prawa do „sądu ustanowionego ustawą” dotyczyło Izby Dyscyplinarnej SN, która postanowiła o zawieszeniu skarżącego w czynnościach służbowych. Skarżący zarzucił, że sędziowie tej Izby zostali powołani przez prezydenta RP na podstawie wniosku nowej KRS z wyraźnym naruszeniem prawa krajowego w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie Trybunału.

Trybunał już wcześniej, w wyroku Reczkowicz (z 22.07.2021 r.), zbadał, czy fakt, że sprawa została rozpatrzona przez Izbę Dyscyplinarną SN, doprowadził do naruszenia prawa do „sądu ustanowionego ustawą”, w świetle trzystopniowego testu z wyroku Guðmundur Andri Ástráðsson.

W pierwszym etapie tego testu Trybunał w tamtej sprawie uznał, że doszło do wyraźnego naruszenia prawa krajowego, proces powołań sędziowskich do Izby Dyscyplinarnej był bowiem wadliwy z powodu udziału w nim KRS, a więc ciała, które nie jest niezależne od ustawodawcy i władzy wykonawczej.

W drugim etapie Trybunał w wyroku Reczkowicz orzekł, że na podstawie ustawy nowelizacyjnej z 2017 r., która pozbawiła sądownictwo prawa do nominowania i wyboru członków sędziowskich KRS – prawa posiadanego przez nie na podstawie wcześniejszego ustawodawstwa i uznanego przez standardy międzynarodowe – władza ustawodawcza i wykonawcza osiągnęły rozstrzygający wpływ na skład KRS. Ustawa ta w praktyce usunęła wcześniejszy system reprezentacji, ale również gwarancje niezależności sądownictwa w tym zakresie. Trybunał doszedł do wniosku, że naruszenie prawa krajowego, wynikające z nieprzestrzegania zasady podziału władz i niezależności sądownictwa, w sposób naturalny osłabiło zarzuconą procedurę powołań, w rezultacie bowiem przedstawienie kandydatów do Izby Dyscyplinarnej – warunek *sine qua non* powołania przez prezydenta RP – zostało powierzono KRS – ciału pozbawionemu wystarczających gwarancji niezależności od władzy ustawodawczej i wykonawczej. Procedura powołania sędziów wskazująca na niewłaściwy wpływ władzy ustawodawczej i wykonawczej na powołania sędziów była *per se* niezgodna z art. 6 ust. 1 Konwencji i jako taka oznaczała zasadniczą nieprawidłowość, negatywnie wpływając na cały proces oraz narażając na szwank legalność sądu składającego się z sędziów w ten sposób powołanych.

W trzecim etapie Trybunał stwierdził, że w prawie polskim nie było procedury umożliwiającej skarżącemu kwestionowanie zarzuconych braków w procesie powołania sędziów Izby Dyscyplinarnej SN.

W wyroku Reczkowicz Trybunał stwierdził w konkluzji, że doszło do wyraźnego naruszenia prawa krajowego, mającego negatywny wpływ na fundamentalne zasady postępowania powołania sędziów Izby Dyscyplinarnej SN, nastąpiło ono bowiem na podstawie wniosku KRS, utworzonej na podstawie ustawy nowelizującej z 2017 r., a więc ciała, które przestało oferować wystarczające gwarancje niezależności od władzy ustawodawczej i wykonawczej. Nieprawidłowości w procesie powołań narażały na szwank legalność Izby Dyscyplinarnej w stopniu, który – w rezultacie z natury wadliwej procedury powołań sędziowskich – oznaczał, że była i nadal jest pozbawiona atrybutów „sądu” możliwego do uznania za „zgodny z prawem” dla celów art. 6 ust. 1. W ten sposób została naruszona istota tego prawa.

W rezultacie oceny ogólnej na podstawie opisanego trzystopniowego testu w sprawie Reczkowicz Trybunał orzekł, że Izba Dyscyplinarna SN nie była

„sądem ustanowionym ustawą” i stwierdził naruszenie w tym zakresie art. 6 ust. 1 Konwencji.

W niniejszej sprawie rząd kwestionował wnioski z wyroku Reczkowicz. Twierdził, że nie doszło do wyraźnego naruszenia prawa krajowego w procedurze powołania sędziów Izby Dyscyplinarnej SN. Z odwołaniem się do wyroku Guðmundur Andri Ástráðsson podkreślił, że Konwencja nie wprowadziła żadnego uniwersalnie obowiązującego modelu procedury powoływania sędziów, w tym udziału rady sądownictwa w takiej procedurze. Ponadto powołanie sędziów przez władzę wykonawczą, jak w Polsce, wydaje się stanowić normę w Europie. Argumentował również, że wszelkie wątpliwości dotyczące statusu nowych izb SN oraz sędziów powołanych do tych izb zostały usunięte w rezultacie wyroku Trybunału Konstytucyjnego (TK) z 20.04.2020 r. (U 2/20). Zdaniem rządu Trybunał zastosował podwójne standardy przy ocenie procedur powołań sędziowskich, co można wywnioskować z analizy porównawczej wyroków Guðmundur Andri Ástráðsson i Reczkowicz.

Uzupełnienie do uwag rządu przedstawiła Pierwsza Prezes SN, która stwierdziła, że w sprawach Reczkowicz oraz Dolińska-Ficek i Ozimek Trybunał nie stwierdził wyraźnego naruszenia prawa krajowego. W szczególności zmiany modelu wyboru członków sędziowskich KRS nie można było uznać za niekonstytucyjną ani nie można było uznać za wadliwy udział nowej KRS w procedurze powołań sędziowskich.

W jej opinii twierdzenie, z powołaniem się na wyrok TK z 18.07.2007 r. (K 25/07), że przed 2017 r. istniał solidnie ugruntowany model wyboru członków sędziowskich KRS przez innych sędziów, nie miało podstaw. To samo odnosiło się do uznania, że stanowisko TK w tym zakresie, przyjęte w wyroku z 18.07.2007 r. (K 25/07), zostało następnie zmodyfikowane w wyroku z 20.06.2017 r. (K 5/17).

Trybunał na początku zauważył, że wyrok Reczkowicz stał się ostateczny 22.11.2021 r., kiedy Zespół Wielkiej Izby przyjął do wiadomości wycofanie przez rząd wniosku o przekazanie sprawy do rozpatrzenia przez Wielką Izbę. Rząd miał możliwość popierania swoich argumentów przed Zespołem Wielkiej Izby i ewentualnie później zgodnie z art. 43 Konwencji, jednak zdecydował inaczej.

Trybunał potwierdził, że w wyroku Reczkowicz nie kwestionował jako takiego systemu powołań sędziowskich w Polsce, w którym sędziowie są powoływani przez prezydenta RP na wniosek KRS. W tamtym wyroku szczegółowo zbadał nowy model wyboru członków sędziowskich KRS i charakterystykę KRS przyjętą w ustawie nowelizującej z 2017 r. Badanie to doprowadziło Trybunał do stwierdzenia wyraźnego naruszenia prawa krajowego, które negatywnie

wpłynęło na fundamentalne zasady procedury powołań sędziowskich do Izby Dyscyplinarnej SN, do powołania doszło bowiem na podstawie wniosku nowej KRS, a więc ciała, które przestało oferować wystarczające gwarancje niezależności od władzy ustawodawczej i wykonawczej. Trybunał zauważył, że do tego samego wniosku doszedł w wyroku Dolińska-Ficek i Ozimek w odniesieniu do sędziów powołanych do Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych oraz w wyroku Advance Pharma sp. z o.o. w odniesieniu do nowo powołanych sędziów Izby Cywilnej SN. Oba te wyroki są ostateczne.

Wielka Izba Trybunału w wyroku Grzęda potwierdziła brak niezależności obecnej KRS w rezultacie fundamentalnej zmiany sposobu wyboru jej członków sędziowskich, w połączeniu z przedwczesnym zakończeniem kadencji członków sędziowskich, którzy uprzednio w niej zasiadali.

W niniejszej sprawie Trybunał odwołał się do swoich rozważań dotyczących rad sędziowskich dokonanych w wyroku Grzęda. Stwierdził w nim, że chociaż istniała rozpowszechniona praktyka wspierana przez Radę Europy tworzenia rad sądownictwa jako ciał odpowiedzialnych za dobór sędziów, Konwencja nie zawiera żadnego wyraźnego wymagania w tym zakresie. W opinii Trybunału państwa członkowskie – niezależnie od wybranego przez nie systemu – muszą przestrzegać obowiązku zapewnienia niezawisłości sędziowskiej. W rezultacie, jeśli rada sądownictwa została utworzona, władze państwa mają obowiązek zapewnić jej niezależność od władzy wykonawczej i ustawodawczej, aby m.in. chronić integralność procesu powołań sędziowskich. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) podkreślił znaczenie tego obowiązku w przypadku KRS. Potwierdził to w pełni SN w wyroku z 5.12.2019 r. i w uchwale z 23.01.2020 r., a także Naczelny Sąd Administracyjny w swoich wyrokach z 6.05.2021 r. Trybunał zauważył, że państwa mają swobodę przyjęcia określonego modelu rady jako sposobu zagwarantowania niezawisłości sędziowskiej, nie mogą jednak jej instrumentalizować, podważając jej niezależność.

Wreszcie Trybunał odnotował, że TK uznał w wyroku z 10.03.2022 r. (K 7/21), że pierwsze zdanie art. 6 ust. 1 Konwencji w zakresie, w jakim przy ocenie spełnienia warunku „sądu ustanowionego ustawą”, a) dopuszcza pomijanie przez Trybunał lub sądy krajowe przepisów Konstytucji, ustaw oraz wyroków polskiego TK, b) umożliwia samodzielne kreowanie norm dotyczących procedury nominacyjnej sędziów sądów krajowych przez Trybunał lub sądy krajowe w procesie wykładni Konwencji, jest niezgodne z szeregiem wskazanych w tym wyroku artykułów Konstytucji.

Wyrok TK został wydany przez skład, w którym zasiadał sędzia M.M., i stanowił wyraźną próbę uniemożliwienia wykonania na podstawie art. 46 Konwencji wyroków Trybunału w sprawach Broda and Bojara, Reczkowicz, Dolińska-Ficek

and Ozimek i Advance Pharma sp. z o.o. W związku z tym Trybunał zauważył, że w wyroku Xero Flor w Polsce sp. z o.o. (z 7.05.2021 r.) orzekł naruszenie art. 6 ust. 1 w związku z prawem spółki skarżącej do „sądu ustanowionego ustawą” z powodu obecności w składzie TK sędziego M.M., którego wybór został uznany za obarczony poważnymi nieprawidłowościami. W świetle wyroku Xero Flor obecność tego sędziego w pięciosobowym składzie TK, który wydał wyrok z 10.03.2022 r. (K 7/21), musiała prowadzić do zakwestionowania ważności i mocy prawnej tego wyroku.

Ponadto Trybunał powtórzył, że zgodnie z art. 32 Konwencji jego jurysdykcja rozciąga się na „wszystkie sprawy dotyczące interpretacji i stosowania Konwencji i jej Protokołów” oraz że „spór dotyczący właściwości Trybunału rozstrzyga sam Trybunał”. Tak więc wyłącznie Trybunał jest właściwy do rozstrzygania o swojej kompetencji do interpretacji i stosowania Konwencji i jego Protokołów.

W tym miejscu Trybunał podkreślił również, że wszystkie państwa Konwencji muszą przestrzegać standardów rządów prawa i poszanowania swoich zobowiązań na podstawie prawa międzynarodowego, w tym dobrowolnie przyjętych w rezultacie ratyfikacji Konwencji. Zasada, że państwa muszą przestrzegać swoich zobowiązań międzynarodowych, jest od dawna ugruntowana w prawie międzynarodowym; w szczególności „państwo nie może powoływać się wobec innego państwa na własną konstytucję w celu uniknięcia wykonania wiążących je zobowiązań na podstawie prawa międzynarodowego lub obowiązujących traktatów”. Trybunał podkreślił, że na podstawie konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów państwo nie może powoływać się na prawo krajowe, w tym konstytucję, w celu uzasadnienia braku poszanowania swoich zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego.

Trybunał uważał więc, że ze względu na zasadę mocy obowiązującej jego wyroków zawartą w art. 46 Konwencji wyrok TK z 10.03.2022 r. nie mógł mieć żadnego skutku dla ostatecznych wyroków Trybunału w sprawach Broda and Bojara, Reczkowicz, Dolińska-Ficek i Ozimek oraz Advance Pharma sp. z o.o.

W podsumowaniu i z tych samych względów co w sprawie Reczkowicz Trybunał orzekł, że Izba Dyscyplinarna SN, która zajmowała się sprawą skarżącego, nie była „sądem ustanowionym ustawą”. Trybunał zauważył przy okazji – jako że kwestia ta nie została podniesiona przez skarżącego – że brak było drogi prawnej w prawie wewnętrznym umożliwiającej odwołanie się od zawieszenia do organu sądowego spełniającego wymagania art. 6 ust. 1 Konwencji. W rezultacie nastąpiło naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji (jednogłośnie).

W związku z kwestią naruszenia prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu

zagwarantowanego w art. 6 ust. 1 Trybunał odnotował, że w tej sprawie zarzuty odnoszące się do „sądu ustanowionego ustawą” i wymagań „niezawisłości i bezstronności” wypływały z tego samego podstawowego problemu, jakim była wadliwa procedura powołań sędziowskich do Izby Dyscyplinarnej SN i w rezultacie – w świetle wniosków z wyroku Reczkowicz i niniejszej sprawy – nie wymagały dalszego badania.

W związku z zarzutem na tle art. 8 Konwencji Trybunał musiał w pierwszej kolejności zająć się kwestią, czy miał on w niniejszej sprawie zastosowanie. Zasady ogólne w tej materii zostały podsumowane w wyroku Wielkiej Izby w sprawie Denisov v. Ukraina (z 25.09.2018 r.):

„115. Spory odnoszące się do zatrudnienia nie pozostają jako takie poza zakresem pojęcia «życie prywatne» w rozumieniu art. 8 Konwencji. Istnieją niektóre typowe aspekty życia prywatnego, które mogą być narażone na szwank w drodze zwolnienia, degradacji, nieprzyjęcia do zawodu albo innych podobnie niekorzystnych środków. Aspekty te obejmują (a) «krąg wewnętrzny» skarżącego, (b) jego możliwość nawiązywania i rozwijania relacji z innymi oraz (c) jego reputację społeczną i zawodową. W takim sporze kwestia życia prywatnego rodzi się zwykle albo z powodu racji leżących u podłoża zarzuconego środka (w takim przypadku Trybunał stosuje podejście oparte na racji) albo – w pewnych przypadkach – ze względu na skutki dla życia prywatnego (Trybunał stosuje wtedy podejście oparte na skutku).

116. W razie podejścia opartego na skutku kluczowe znaczenie ma wymagany próg dolegliwości. Skarżący musi przekonująco wykazać, że w jego sprawie został on osiągnięty i przedstawić nas to dowody. Trybunał zgodził się, że art. 8 ma zastosowanie, jeśli skutki te są bardzo poważne i silnie wpływają na jego życie prywatne.

117. Krzywda skarżącego wymaga oceny przez porównanie jego życia przed zastosowaniem zarzuconego środka i po jego zastosowaniu. Przy ocenie znaczenia skutków w sprawach związanych z zatrudnieniem należy uwzględnić postrzeganie ich subiektywnie przez skarżącego na tle obiektywnych okoliczności w konkretnej sprawie. Analiza ta musi objąć materialny i niematerialny wpływ zarzuconego środka. Sam skarżący musi jednak określić i uzasadnić naturę i stopień swojej krzywdy, która musi być przyczynowo związana z zarzuconym środkiem. Ze względu na zasadę wyczerpania środków prawnych krajowych musi on przed organami krajowymi rozpatrującymi sprawę wystarczająco podnieść istotne elementy swoich zarzutów”.

W tej sprawie powodem zawieszenia skarżącego było wydane przez niego zarządzenie z 20.11.2019 r. W dniu 4.02.2020 r. Izba Dyscyplinarna stwierdziła, że wydając je wbrew prawu, skarżący podważył autorytet sądu i istotne interesy

służby. Powody zawieszenia skarżącego wiązały się z wykonywaniem przez niego obowiązków zawodowych i nie miały związku z jego życiem prywatnym. W rezultacie jedynie podejście oparte na skutku mogło prowadzić do wniosku, że istniał problem na tle art. 8.

Trybunał musiał w pierwszej kolejności przeanalizować konsekwencje zawieszenia skarżącego dla jego reputacji społecznej i zawodowej.

Skarżący kwestionował sam fakt przewinienia ze swojej strony. Na podstawie wszystkich istotnych okoliczności stwierdził, że w istocie zarzucone przewinienie nie było oczywiste.

Izba Dyscyplinarna uznała, że skarżący naruszył szereg przepisów Kodeksu postępowania cywilnego przez wydanie zarządzenia bez podstawy prawnej i naruszył rozmaite postanowienia Konstytucji, w szczególności dotyczące prerogatywy prezydenta RP do powoływania sędziów. Stwierdziła, że działanie skarżącego podważyło ważne interesy służby i autorytet sądu. Zauważyła również, że skarżący dał wyjątkowo zły przykład dla innych sędziów i jego działania mogły stworzyć zagrożenie wywołania chaosu w systemie sądowym. Uważała również, że działania skarżącego naruszyły zasady etyki zawodowej.

W ocenie Trybunału wypowiedzi te w sposób zjadliwy odnosiły się do wyników pracy skarżącego jako sędziego i wyrażały wyraźnie negatywną opinię o jego kompetencji jako sędziego, profesjonalizmie i uczciwości. Wyrażona krytyka niewątpliwie odnosiła się do istoty jego uczciwości jako sędziego oraz reputacji zawodowej i miała na nie negatywny wpływ. Dalszym skutkiem ustaleń Izby Dyscyplinarnej było to, że w oczach przynajmniej części społeczeństwa skarżący mógł być postrzegany jako osoba niegodna bycia sędzią.

Istotne było również to, że rzecznik dyscyplinarny zarzucił, iż wydanie zarządzenia z 20.11.2019 r. oznaczało przestępstwo nadużycia władzy, przez co – w ocenie Trybunału – również zakwestionował uczciwość sędziowską skarżącego. Zarzut ten jako taki mógł w oczywisty sposób negatywnie wpłynąć na jego reputację zawodową w oczach ogółu. Zauważył, że Izba Dyscyplinarna, orzekając w pierwszej instancji, uznała ten zarzut za nieuzasadniony, chociaż nie odniosła się do tej kwestii w swoim orzeczeniu w drugiej instancji. Ponadto z uchwały Izby Dyscyplinarnej o uchyleniu zawieszenia skarżącego, wydanej 23.05.2022 r., wynikało, że prokuratura nadal prowadziła śledztwo w tej sprawie, ale jak się wydaje bez widocznych rezultatów.

W kwestii skutków zawieszenia dla „kręgu wewnętrznego” skarżącego twierdził on, że obniżenie płacy o 40 proc. w tym okresie miało dla niego poważne konsekwencje finansowe. Nawet przyjmując, że obniżenie wyna-

grodzienia nie miało poważnego wpływu na „krąg wewnętrzny” w jego życiu prywatnym, Trybunał stwierdził, że zarzucone zawieszenie pozbawiło go możliwości kontynuowania w tym okresie pracy jako sędziego i życia w środowisku zawodowym, w którym mógł realizować swój rozwój zawodowy i osobisty. Wymienione skutki dla życia prywatnego nie zostały jeszcze w pełni naprawione, zgodnie bowiem z informacją przedstawioną przez skarżącego po uchyleniu zawieszenia prezes Sądu Rejonowego w Olsztynie postanowił, że musi on do 19.07.2022 r. wykorzystać swój zaległy urlop roczny, a następnie przeniósł go, wbrew jego woli, z wydziału cywilnego do wydziału rodzinnego i nieletnich tego sądu.

Konsekwencje zawieszenia skarżącego były niewątpliwie poważne z uwagi na fakt, że nie mógł wykonywać swoich obowiązków sędziego – stanowiących jego zasadniczą funkcję zawodową – od 4.02.2020 r. do 23.05.2022 r., a więc przez ponad 2 lata i 3 miesiące, co należało uznać za okres znaczny. Fakt ten przyznała – jak się wydaje – sama Izba Dyscyplinarna w uchwale z 23.05.2022 r. uchylającej zarzucony środek, stwierdzając, że zawieszenie przez ten okres – z uwagi na tymczasową naturę tego środka – mogło być uznane za bezpodstawną ingerencję w zasadę nieusuwalności sędziego zapisaną w polskiej Konstytucji.

Ze względu na naturę i okres istnienia rozmaitych negatywnych skutków zawieszenia skarżącego Trybunał uważał, że zarzucony środek miał istotny wpływ na jego życie prywatne i był objęty w ten sposób art. 8 Konwencji, stanowiący środek oznaczający ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego.

Po wnikliwym przeanalizowaniu sytuacji prawnej Trybunał doszedł do wniosku, że zarzucona ingerencja nie mogła być uznana za przewidzianą przez ustawę w rozumieniu art. 8 Konwencji, nie była bowiem oparta na „prawie” przyznającym skarżącemu właściwe gwarancje chroniące przed arbitralnością. Sam ten wniosek wystarczyłby do stwierdzenia przez Trybunał, że zarzucona ingerencja nie była „przewidziana przez ustawę” w rozumieniu art. 8 Konwencji. Trybunał uznał jednak za właściwe zająć się tym zarzutem szerzej i ustalić, czy zostały również spełnione wymagania „jakości prawa”.

Zastępca rzecznika dyscyplinarnego zarzucił, że skarżący dopuścił się wykroczenia dyscyplinarnego uchybienia godności urzędu sędziego (art. 107 ust. 1 ustawy z 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych) przez wydanie zarządzenia z przekroczeniem uprawnień i bez podstawy prawnej. Zauważył, że przepis ten odnosi się do dwóch odrębnych typów przewinień dyscyplinarnych, po pierwsze – oczywiście i rażącej obrazy przepisów prawa oraz po drugie – uchybienia godności urzędu. Izba Dyscyplinarna w pierwszej instancji orzekła, że wydanie bezpodstawnej decyzji sądowej nie może być uznane, w świetle istniejącego orzecznictwa, za przewinienie dyscyplinarne uchybienia godności

urzędu. Jednak potem Izba Dyscyplinarna zawiesiła skarżącego, określając jego zachowanie jako oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa i uchybienie godności urzędu.

Trybunał uznał to podejście za problematyczne z dwóch względów. Po pierwsze, ponieważ Izba Dyscyplinarna w uchwale z 4.02.2020 r. określiła wydanie zarzuconego zarządzenia jako przewinienie dyscyplinarne uchybienia godności urzędu sędziowskiego bez jakiegokolwiek ustosunkowania się do istotnego stwierdzenia z pierwszej instancji, że w świetle istniejącego orzecznictwa nie było podstaw do takiego wniosku. Po drugie, chociaż zarzut dyscyplinarny dotyczył wyłącznie uchybienia godności urzędu sędziowskiego, Izba Dyscyplinarna w uchwale z 4.02.2020 r. uznała je również za „oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa”, a więc odrębny typ przewinienia dyscyplinarnego. W ocenie Trybunału, czyniąc to, Izba Dyscyplinarna orzekła poza granicami zarzutu dyscyplinarnego postawionego skarżącemu.

Trybunał przeanalizował również, czy skarżący mógł przewidzieć, że Izba Dyscyplinarna uzna jego zarządzenie z 20.11.2019 r. za „oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa” w rozumieniu art. 107(1) ustawy z 2001 r. Skarżący twierdził, że w ten sposób miał zamiar sprawdzić prawidłowość procedury nominacji kandydatów do nowej KRS i legalność powołania sędziego pierwszej instancji, biorąc pod uwagę orzeczenie w trybie prejudycjalnym TSUE z 19.11.2019 r. w sprawie A.K. i inni. Argumentował, że zarządzenie to miało na celu ochronę prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą i nie mogło być uznane za naruszenie prawa. Rząd uważał natomiast, że środek zastosowany wobec skarżącego był zgodny z prawem.

Izba Dyscyplinarna stwierdziła w pierwszej instancji, że wydanie nieuzasadnionej lub błędnej decyzji sądowej można uznać za przewinienie zawodowe skutkujące odpowiedzialnością za oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa zgodnie z art. 107(1) ustawy z 2001 r. Natomiast w uchwale w wydanej w drugiej instancji w dniu 4.02.2020 r. Izba Dyscyplinarna uznała wydanie przez skarżącego zarządzenia z 20.11.2019 r. również za „oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa”, nie wskazując jednak żadnego krajowego orzecznictwa dotyczącego interpretacji tej koncepcji, co Trybunał uznał za uderzające i wskazujące na brak przewidywalności.

Zdaniem Trybunału odpowiedzialność dyscyplinarną w związku z wydaniem decyzji przez sąd należy uważać za środek wyjątkowy, wymagający restrykcyjnej interpretacji, z uwagi na zasadę niezawisłości sędziowskiej. Trybunał wskazał rekomendację Komitetu Ministrów Rady Europy skierowaną do państw członkowskich, aby interpretacja prawa przez sędziów nie rodziła odpowiedzialności cywilnej lub dyscyplinarnej, z wyjątkiem przypadków złośliwości lub rażącego niedbalstwa.

Trybunał wskazał poza tym wspólny wątek wymagań proceduralnych art. 6 ust. 1, a więc „niezawisłości”, „bezstronności” i „sądu ustanowionego ustawą”, dla potwierdzenia fundamentalnych zasad rządów prawa i podziału władz. U ich podstaw leży potrzeba zachowania publicznego zaufania do sądownictwa i ochrony jego niezależności wobec innych władz. Analiza w tym kontekście nie wskazywała, aby motyw zarządzenia skarżącego z 20.11.2019 r. był inny niż potrzeba oceny zgodności z wymienionymi wymaganiami instytucjonalnymi art. 6 ust. 1 Konwencji. Poza tym działanie skarżącego nie wskazywało na złośliwość czy rażąco niedbalstwo.

Trybunał podkreślił również ważne wnioski zawarte w wyroku TSUE z 15.07.2021 r. w sprawie *Commission v. Poland* (C-791/19, EU:C:2021:596), w którym orzekł, że Polska nie wypełniła swoich obowiązków wynikających z art. 19(1) Traktatu o Unii Europejskiej.

Trybunał uznał poza tym, że brak było gwarancji proceduralnych chroniących przed arbitralnym stosowaniem prawa materialnego. Jak wcześniej stwierdził, zawieszenia skarżącego w związku z zarzutami dyscyplinarnymi dokonała Izba Dyscyplinarna niespełniająca wymagań „niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą”.

Z tych względów interpretacja i stosowanie art. 107(1) ustawy z 2001 r. przez Izbę Dyscyplinarną było ewidentnie bezzasadne i w rezultacie skarżący nie mógł przewidzieć, że jego zarządzenie mogło doprowadzić do zawieszenia.

Warunek przewidywalności nie został więc spełniony i że w rezultacie ingerencja wchodząca w grę nie była „przewidziana przez ustawę”.

Trybunał nie musiał już badać, czy ingerencja ta realizowała jakikolwiek z uprawnionych celów, o których mowa w art. 8 ust. 2 oraz czy była konieczna w społeczeństwie demokratycznym. Doszło więc do naruszenia art. 8 Konwencji z tego powodu, że ingerencja nie była „przewidziana przez ustawę” (pięć do dwóch).

Na podstawie art. 18 skarżący zarzucił, że ingerencja ta nie realizowała żadnego z uprawnionych celów ale zmierzała do ukarania go i zniechęcenia do badania zgodności z prawem powołania sędziów w upolitycznionej procedurze.

Podobnie jak art. 14, art. 18 Konwencji nie ma niezależnego bytu; może być stosowany wyłącznie w połączeniu z innym artykułem Konwencji lub Protokołów, który gwarantuje prawa i wolności, które państwa zobowiązały się zapewnić osobom znajdującym się pod ich jurysdykcją lub który określa warunki, w których możliwe jest ich ograniczenie. Zasada ta wynika z jednej strony z jego sformułowania, które uzupełnia klauzule, np. ze zdania drugiego art. 5 ust. 1 oraz ustępów drugich art. 8 do 11, które przewidują możliwość ograniczeń,

a z drugiej strony – z jego miejsca w Konwencji, na końcu Rozdziału I, który wskazuje prawa i wolności podlegające ochronie i określające warunki, w jakich mogą one podlegać ograniczeniom.

Artykuł 18 nie ma na celu wyłącznie wyjaśniania zakresu klauzul ograniczających zawartych w Konwencji. Poza tym zakazuje wyraźnie państwowemu ograniczaniu praw i wolności zapisanych w Konwencji dla celów innych niż w niej przewidziane i w tym stopniu jest autonomiczny. W rezultacie, podobnie jak w przypadku art. 14, może dojść do naruszenia art. 18 nawet przy braku naruszenia artykułu, w związku z którym ma on zastosowanie.

Ponadto z treści art. 18 wynika, że do naruszenia dochodzi wyłącznie, gdy prawo lub wolność wchodzące w grę są przedmiotem ograniczeń dozwolonych na podstawie Konwencji.

Sam fakt, że ograniczenie prawa lub wolności zapisanej w Konwencji nie spełnia wszystkich wymagań klauzuli, która na nie zezwala, nie musi rodzić kwestii na tle art. 18. Odrębne badanie zarzutu na tle tego artykułu jest dozwolone jedynie, gdy twierdzenie, że ograniczenie zostało zastosowane w celu nieprzewidzianym w Konwencji, wydaje się być fundamentalnym aspektem sprawy.

Ograniczenie może być zgodne z materialnym przepisem Konwencji, który dopuszcza je, realizuje bowiem dozwolony cel, ale równocześnie może naruszać art. 18, jeśli w danych okolicznościach chodziło głównie o inny zamiar, który nie był dozwolony przez Konwencję; innymi słowy, jeśli ten inny cel był dominujący. Z kolei, jeśli cel dozwolony był głównym, ograniczenie nie jest sprzeczne z art. 18, nawet jeśli realizowało również inny cel.

Kwestia, który dany cel był w danej sprawie dominujący, zależy od wszystkich jej okoliczności. Przy ocenie Trybunał bierze pod uwagę naturę i naganność rzekomego ukrytego celu, pamiętając, że Konwencja ma na celu ochronę i promowanie idei i wartości społeczeństwa demokratycznego rządzącego się prawem.

Trybunał zauważył, że w kontekście zarzutu na podstawie art. 18 Konwencji skarżący twierdził, iż jego zawieszenie realizowało ukryty cel ukarania go i zniechęcenia do badania zgodności z prawem powołania sędziów nominowanych w upolitycznionej procedurze. Był to fundamentalny aspekt sprawy, którego istota nie została rozpatrzona w trakcie rozpatrywania zarzutu na podstawie art. 8. Postanowił więc zbadać go odrębnie.

We wniosku na podstawie art. 8 Trybunał stwierdził, że nie musi badać, czy ingerencja wchodząca w grę realizowała któryś z uprawnionych celów wymienionych w ust. 2 tego artykułu. Skarżący uważał, że jego zawieszenie nie realizowało żadnego z celów tam wymienionych. Zdaniem rządu natomiast

ingerencja realizowała dwa uprawnione cele: ochrony praw innych osób (a więc stron w postępowaniu sądowym) oraz ochrony właściwego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Odwołał się do ustalenia Izby Dyscyplinarnej, że działania skarżącego podważyły autorytet władzy sądowniczej, utrudniły prawidłowy wymiar sprawiedliwości i uderzyły w prawa stron postępowania.

Trybunał odnotował, że ust. 2 art. 8 nie wymienia wyraźnie „ochrony właściwego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości” ani żadnej podobnej koncepcji, inaczej niż art. 10 ust. 2, który wśród uprawnionych celów wymienia „zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej”.

Z drugiej strony jednak ochrona praw i wolności innych osób jest jednym z celów wskazanych w art. 8 ust. 2. Rząd mógł więc co do zasady powołać się na ten cel. W okolicznościach tej sprawy Trybunał był gotów przyjąć, że zawieszenie skarżącego realizowało uprawniony cel wskazany przez rząd.

Z punktu widzenia art. 18 Konwencji Trybunał postanowił więc zbadać, czy zawieszenie skarżącego realizowało również ukryty cel – a jeśli tak – czy był on głównym celem ograniczenia prawa skarżącego do poszanowania jego życia prywatnego.

W związku z kwestią rzekomego ukrytego celu realizowanego przez władze Trybunał odwołał się do kontekstu ogólnego reorganizacji sądownictwa w Polsce. W wyroku Grzęda odnotował, że cały ciąg wydarzeń w Polsce żywo pokazał, że kolejne reformy sądowe miały na celu osłabienie niezawisłości sędziowskiej. Wielka Izba w tamtej sprawie zauważyła, że w rezultacie kolejnych reform sądownictwo – autonomiczna gałąź władzy państwowej – zostało narażone na ingerencję władzy wykonawczej i ustawodawczej i w rezultacie poważnie osłabione.

Ponadto Trybunał już wcześniej stwierdził, że głównym celem ustawy nowelizującej z 2017 r. było uzyskanie przez władzę ustawodawczą i wykonawczą rozstrzygającego wpływu na skład KRS, który z kolei umożliwił tym władzom ingerencję bezpośrednio lub pośrednio w procedurę powołań sędziowskich.

W związku z sytuacją samego skarżącego Trybunał odnotował, że jego zawieszenie było kulminacją serii działań podjętych przez władze po wydaniu przez niego zarządzenia z 20.11.2019 r. Najpierw, w reakcji na zarzucone zarządzenie, minister sprawiedliwości wycofał delegację skarżącego do orzekania w Sądzie Okręgowym w Olsztynie. Podczas konferencji prasowej stwierdził m.in., że zarządzenie skarżącego oznaczało anarchizację polskiego sądownictwa i przekroczenie uprawnień sędziowskich. W komunikacie prasowym Ministerstwa Sprawiedliwości napisano, że skarżący bezpodstawnie podważył

status innego sędziego powołanego przez prezydenta RP. W dniu 28.11.2019 r. zastępca rzecznika dyscyplinarnego wszczął postępowanie dyscyplinarne przeciwko skarżącemu i zarzucił mu na podstawie art. 107(1) ustawy z 2001 r. m.in. uchybienie godności urzędu sędziowskiego. Zarzucił również, że zarządzenie skarżącego oznaczało przestępstwo nadużycia władzy ścigane na podstawie art. 231 ust. 1 k.k. W dniu 29.11.2019 r. prezes Sądu Rejonowego w Olsztynie, sędzia M.N., zarządził natychmiastowe odsunięcie skarżącego od orzekania na okres miesiąca.

Wszystkie te działania zostały podjęte przez ministra sprawiedliwości lub osoby przez niego powołane. Trybunał zauważył na marginesie, że sędzia M.N. został wybrany do nowej KRS w dniu 6.03.2018 r.

Trybunał postanowił ocenić zawieszenie skarżącego przez Izbę Dyscyplinarną, a więc ciało pozbawione atrybutów „niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą”.

Główną podstawą zawieszenia skarżącego był zarzut dyscyplinarny odnoszący się do zarządzenia z 20.11.2019 r. Izba Dyscyplinarna określiła je jako akt zarówno „uchylenia godności urzędu sędziowskiego” jak i „oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa”. W związku z tym Trybunał potwierdził wcześniejszy swój wniosek, że interpretacja i stosowanie tego przepisu przez Izbę Dyscyplinarną w tej sprawie były w oczywisty sposób nieuzasadnione i nie spełniały wymogu przewidywalności. Podkreślił również, że dokonanie przez sędziego interpretacji prawa nie może rodzić odpowiedzialności cywilnej czy dyscyplinarnej, poza przypadkami złośliwości i rażącego niedbalstwa. Trybunał nie dostrzegł żadnej takiej okoliczności w zarządzeniu skarżącego z 20.11.2019 r.

Ponadto Izba Dyscyplinarna koncentrowała się głównie na wykazaniu, że skarżący, starając się zbadać status członków sędziowskich nowej KRS oraz sędziów powołanych z jej udziałem, działał z wyraźnym naruszeniem przepisów procedury cywilnej i Konstytucji. Trybunał zauważył, że w tym okresie kwestie dotyczące tych problemów były w centrum debaty publicznej. W orzeczeniach TSUE i SN znalazły się zasadnicze tezy o braku niezależności nowej KRS i statusu sędziów powołanych na podstawie jej wniosków. W ocenie Trybunału Izba Dyscyplinarna albo starała się zignorować znaczenie tych orzeczeń, albo w ogóle się do nich nie odnieść, jak to miało miejsce w szczególności w przypadku uchwały interpretacyjnej SN z 23.01.2020 r. Zamiast tego skoncentrowała się na ostatecznym charakterze aktu powołania sędziów przez prezydenta RP, podczas gdy zamiarem skarżącego było zbadanie kwestii niezawisłości i bezstronności sędziego powołanego na wniosek KRS w nowym składzie. Uczynił to w ślad za orzeczeniem w trybie prejudycjalnym TSUE z 19.11.2019 r. i w jego wykonaniu.

Trybunał uważał więc, że władze, w tym Izba Dyscyplinarna SN, dążyły z determinacją do wykazania, że kwestionowanie statusu sędziów powołanych z udziałem KRS w nowym składzie naraziłoby na sankcje każdego sędziego, który by to uczynił. Ten zamiar władz znalazł potwierdzenie w fakcie przyjęcia przez Sejm 20.12.2019 r. ustawy nowelizującej, która weszła w życie 14.02.2020 r. Jej przyjęcie zbiegło się z postępowaniem w sprawie skarżącego. Ustawa ta wprowadziła nowe przewinienie dyscyplinarne sędziów – „działania kwestionujące istnienie stosunku służbowego sędziego, skuteczność powołania sędziego, lub umocowanie konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej”. Zakazała poza tym sądowi powszechnemu oceny legalności powołania sędziego lub uprawnienia wynikającego z takiego powołania do wykonywania zadań w wymiarze sprawiedliwości. W tym kontekście Trybunał uznał za ważne uwzględnienie wydarzeń dotyczących skarżącego w okresie po jego zawieszeniu i reakcji na ten fakt Komisji Weneckiej i Rady Europy, a także instytucji Unii Europejskiej.

Podobny zamiar władz można wywnioskować z wyroku TK z 20.04.2020 r. (U 2/20), który wykluczył możliwość oceny przez sądy prawa sędziego do orzekania wyłącznie z powodu jego powołania przez prezydenta RP na wniosek KRS w nowym składzie. Trybunał wydał w 2020 r. dwa wyroki zawierające ten sam wniosek.

Przy rozpatrywaniu zarzutu skarżącego na podstawie art. 18 Konwencji Trybunał musiał uwzględniać potrzebę ochrony niezawisłości sędziowskiej, od której zależą rządy prawa. Potwierdził, że musi zwracać szczególną uwagę na ochronę sędziów przed działaniami mogącymi zagrażać ich niezawisłości i autonomii, biorąc pod uwagę ważne miejsce sądownictwa wśród organów państwa w społeczeństwie demokratycznym, znaczenie podziału władz oraz konieczność ochrony niezależności sądownictwa. Trybunał podkreślił, że system Konwencji nie może właściwie działać bez niezawisłych sędziów, co oznacza kluczowe znaczenie zadania państw zapewnienia niezawisłości sędziowskiej.

W tej sprawie skarżący został zawieszony z powodu wydania zarządzenia mającego umożliwić mu sprawdzenie, czy sędzia orzekający w pierwszej instancji został powołany zgodnie z prawem i wymaganiem niezawisłości, innymi słowy, czy wymagania instytucjonalne art. 6 ust. 1 Konwencji zostały spełnione. Trybunał stwierdził, że uznanie – jak Izba Dyscyplinarna w uchwale z 4.02.2020 r. – że taka decyzja sędziego oznaczała przewinienie dyscyplinarne uzasadniające odsunięcie od orzekania, było sprzeczne z podstawowymi zasadami niezawisłości sędziowskiej i rządów prawa. W jego ocenie sięgnięcie po środki dyscyplinarne i zawieszenie skarżącego z powodu wydania zarządzenia mającego na celu ochronę prawa strony do „niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą” zapisanego w art. 6 ust. 1 Konwencji, a także w art. 45

ust. 1 Konstytucji i art. 47 Karty Praw Podstawowych, było niezgodne z wymienionymi zasadami. Ponadto Trybunał już wcześniej podkreślił, że brak było podstawy w orzecznictwie do wniosku, że standardy Konwencji dotyczące niezawisłości i bezstronności wykluczały generalnie uprawnienie „innych sędziów” do kwestionowania „prawa sędziego do orzekania” lub weryfikacji „prawidłowości procedury poprzedzającej powołanie sędziego przez Prezydenta”.

Trybunał był przekonany, że głównym celem środków dyscyplinarnych podjętych wobec skarżącego, które doprowadziły do jego zawieszenia, było ukaranie go i zniechęcenie do badania statusu sędziów powołanych na podstawie wniosku KRS w nowym składzie przy zastosowaniu odpowiednich standardów prawnych, w tym wynikających z art. 6 ust. 1 Konwencji.

W sytuacji gdy ten ukryty cel był niezgodny z Konwencją, doszło do naruszenia art. 18 Konwencji w połączeniu z art. 8 (pięć do dwóch).

Zarzut naruszenia art. 1 Protokołu nr 1 został odrzucony jako niezgodny *ratione materiae* z postanowieniami Konwencji.

Polska musi zapłacić skarżącemu 30 tys. euro jako zadośćuczynienie za krzywdę moralną.

Dwaj sędziowie, w tym sędzia polski Krzysztof Wojtyczek, nie zgodzili się z większością, że art. 8 Konwencji miał zastosowanie w tej sprawie. Uważali również, że nie pojawiła się żadna kwestia na tle art. 18 w połączeniu z art. 8 oraz wyrazili pewne zastrzeżenia co do sposobu uzasadnienia przez większość wniosku, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 1.

ABSTRACT

Marek Antoni Nowicki

The author is an advocate, a former member of the European Commission on Human Rights in Strasbourg, former international Ombudsperson in Kosovo.

Review of the case—law of the European Court of Human Rights (October –December 2022)

The review of the case—law presents the most significant views expressed in judgments issued by the European Court of Human Rights between October and December 2022, concerning: right to life, prohibition of torture, right to a fair

trial, privilege against self-incrimination, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression, protection of property, right to free elections, prohibition of discrimination.

*The review is followed by a comprehensive summary of the judgment of the European Court of Human Rights (Section I) in the case *Juszczyszyn v. Poland* concerning disciplinary measures against the judge.*

Keywords: *right to life, prohibition of torture, right to a fair trial, privilege against self-incrimination, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression, protection of property, right to free elections, prohibition of discrimination, tribunal established by law, judicial independence, judicial reform, disciplinary measures, right to respect for his private life, restriction for unauthorised purposes*

Marek Antoni Nowicki

e-mail: marek_antoninowicki@yahoo.co.uk

Autor jest adwokatem, byłym członkiem Europejskiej Komisji Praw Człowieka w Strasburgu, byłym międzynarodowym Ombudsperson (rzecznikiem praw obywatelskich) w Kosowie.

Pojęcia kluczowe: *prawa człowieka, Rada Europy, Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu, wolności, dyplomacja, gwarancje, immunitet, Komitet Ministrów, konstytucja, suwerenność*

Najnowsze orzecznictwo

Tomasz Tadla

GWARANCJE DYPLMATYCZNE W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA W STRASBURGU

Publikacja omawia zjawisko obserwowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, polegające na zobowiązaniu państw-stron Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności do pozyskiwania gwarancji dyplmatycznych dla osób deportowanych do krajów niebędących jej stronami. Autor przedstawia aktualny stan przedmiotowego orzecznictwa, zastanawia się nad skutecznością udzielanych zapewnień i ich formułą prawną. Wątpliwości autora budzi okoliczność, że realizacja przedmiotowych gwarancji wiąże się ze zgodą na naruszenie zasady trójpodziału władz w państwach przejmujących jurysdykcję (egzekutywa zobowiązana zostaje do wpłynięcia na rozstrzygnięcia wydawane przez sądy). Pomimo niektórych zastrzeżeń autor z aprobatą odnosi się do samej koncepcji „gwarancji dyplmatycznych”, formułując pojęcie „immunitetu konwencyjnego” oraz wysuwając postulaty *de lege ferenda*, których realizacja mogłaby nastąpić w formie protokołu dodatkowego do Konwencji.

Wyrokiem z 27.08.2020 r.¹ Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (dalej WSA) podzielił stanowisko Ministra Spraw Zagranicznych, że nie każda nota dyplmatyczna podlega upublicznieniu w trybie przepisów ustawy

¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 27.08.2020 r. (II SA/Wa 1954/19), <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/7438AB2596>.

z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej². W szczególności WSA wyraził opinię, że choć informacje zawarte w nocie dyplomatycznej mogą podlegać reżimowi regulowanemu przez ustawę o dostępie do informacji publicznej³, to obowiązek udostępniania informacji publicznej nie ma charakteru bezwzględ- nego i może podlegać ograniczeniom na zasadach wskazanych w art. 5 ust. 1 u.d.i.p., na przykład gdy wymaga tego ochrona „innych tajemnic ustawowo chronionych”. W ocenie WSA choć każdy przypadek należy badać indywidual- nie, to właśnie do takiej kategorii „innych tajemnic” można zaliczyć informacje wymieniane pomiędzy MSZ a akredytowanym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedstawicielstwem dyplomatycznym, z uwagi na zasadę zaufania i poszanowania równości państw będących stronami korespondencji. Ponadto zdaniem WSA należy odróżnić noty dyplomatyczne odnoszące się do sytuacji indywidualnej jednostki od not dyplomatycznych zawierających informacje o charakterze powszechnym. Dlatego też z prawa międzynarodowego publicz- nego wynika obowiązek nieupubliczniania not dyplomatycznych, o ile nie od- noszą się one ściśle do spraw publicznych.

Cytowane orzeczenie zasługuje na uwagę nie tylko z tego powodu, że sta- nowi próbę wyznaczenia granic, w jakich zainteresowani mogą domagać się upublicznienia informacji dotyczących bieżących działań służby zagranicznej. Stanem faktycznym, który dał początek ww. postępowaniu przed WSA, był wy- rok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (ETPCz lub Trybu- nał) z 24.07.2014 r.⁴, w którym Trybunał stwierdził naruszenie art. 2 i art. 3 Kon- wencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁵ w związku z art. 1 Protokołu dodatkowego nr 6 do Konwencji z powodu udzielenia zgody na przetransportowanie skarżących na terytorium państwa, w którym groziła im kara śmierci. W § 589 ww. wyroku ETPCz wskazał, że jedną z form zniesienia skutków stwierdzonego naruszenia powinno być wystąpienie przez polski rząd do władz państwa, na terytorium którego zostali przekazani skarżący, z wnio- skiem o udzielenie im gwarancji dyplomatycznych. W szczególności uzyskania zapewnień, że nie zostaną oni skazani na karę śmierci. I to właśnie kwestia upublicznienia not dyplomatycznych, w których rząd polski miał wnioskować o udzielenie skarżącym wspomnianych gwarancji, była przedmiotem sporu przed WSA.

² Ustawa z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2020 r. poz. 2176 ze zm.), da- lej u.d.i.p.

³ Wcześniej sama odmowa rozpoznania wniosku o udostępnienie informacji publicznej przez MSZ, kwestionujące możliwość udostępniania treści not dyplomatycznych w trybie u.d.i.p., zo- stała uznana przez NSA za bezczynność organu [wyrok z 3.08.2019 r. (I OSK 2499/16), w którym NSA zobowiązał MSZ do merytorycznego rozpoznania wniosku].

⁴ Sprawy *Al Nashiri p. Polsce* oraz *Abu Zubaydah p. Polsce*, skargi nr 28761/11 oraz 7511/13, wyrok z 24.07.2014 r., HUDOC.

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

W okresie tzw. wojny z terroryzmem oraz wzmożonej, nielegalnej migracji w basenie Morza Śródziemnego pojęcie „gwarancji dyplomatycznych” zaczęło coraz częściej pojawiać się w orzecznictwie Trybunału w Strasburgu, najczęściej w sprawach z elementem transgranicznym, w których dochodziło do przekazywania osoby podejrzewanej o terroryzm na terytorium kraju niebędącego stroną EKPC. Dlatego warto dokonać nieco głębszej analizy tej *in statu nascendi* formy zapobieżenia naruszeniom Konwencji (a niekiedy załagodzenia skutków stwierdzonych naruszeń), jak również zestawić ją z innymi instytucjami funkcyjnymi w prawie międzynarodowym publicznym.

1. FORMY ZADOŚĆUCZYNIENIA NARUSZENIOM KONWENCJI W ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU

Na wstępie należy zauważyć, że sam Trybunał, zobowiązując pozwane państwa-strony do podjęcia określonych kroków niwelujących skutki ekstradycji lub deportacji, niezbyt konsekwentnie posługuje się stosowaną przez siebie terminologią. W zależności od rozpatrywanej przez ETPCz sprawy mowa jest m.in. o „udzieleniu zapewnień dyplomatycznych”⁶, „pozyskaniu gwarancji”⁷, „notach dyplomatycznych”⁸ itp. Ta elastyczność terminologiczna wynika z faktu, że zawarcie w treści wyroku zobowiązania do podjęcia konkretnego działania, związanego z reakcją służb dyplomatycznych, nie znajduje *expressis verbis* oparcia w treści Konwencji i jest w dużej mierze konstruktem judykatury Trybunału.

W wyroku stwierdzającym naruszenie konwencyjnie chronionych praw i wolności ETPCz może wskazać państwu-naruszycielowi konieczność zaimplementowania środków o charakterze generalnym lub indywidualnym. W przypadku środków o charakterze generalnym wiązać się to będzie albo z koniecznością zmiany wykładni już obowiązujących przepisów i idącą za tym zmianą praktyki⁹, albo ze zmianami o charakterze legislacyjnym, w przypadku gdyby sama zmiana wykładni okazała się niewystarczająca¹⁰. W przypadku środków o charakterze indywidualnym zadośćuczynienie szkodzie może wiązać się z koniecznością wznowienia postępowania, w szczególności skierowanego przeciwko skarżącemu postępowania karnego¹¹, a także na zasądzeniu na podsta-

⁶ Sprawa *Savridin Dzhurayev p. Rosji*, skarga nr 71386/10, wyrok z 25.04.2013 r., HUDOC.

⁷ *Al Nashiri...; Hirsi Jamaa i inni p. Włochom*, skarga nr 27765/09 wyrok z 23.02.2012 r., HUDOC.

⁸ Sprawa *Aswat przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 62176/14, decyzja z 6.01.2015 r., HUDOC.

⁹ Np. w przypadku osadzania osób odbywających karę pozbawienia wolności w zakładach karnych bardzo oddalonych od miejsca zamieszkania ich samych lub ich rodzin – zob. sprawa *Polyakova i inni p. Rosji*, skargi nr 35090/09, 35845/11, 45694/13 i 59747/14, wyrok z 7.03.2017 r.

¹⁰ Np. dekryminalizacja związków homoseksualnych w Republice Irlandii w następstwie sprawy *Norris p. Irlandii*, skarga nr 10581/83, wyrok z 26.10.1988 r., zobowiązanie Rzeczypospolitej Polskiej do wprowadzenia systemu rekompensat za tzw. mienie zabużańskie w wyniku sprawy *Broniowski p. Polsce*, skarga nr 31443/96, wyrok z 22.06.2004 r.

¹¹ W Polsce taką możliwość statuuje *expressis verbis* art. 540 § 3 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 534 ze zm.).

wie art. 41 Konwencji słusznego zadośćuczynienia, w przypadku gdyby prawo wewnętrzne państwa-naruszyciela pozwalało na tylko częściowe zniesienie skutków naruszenia. I choć od lat dziewięćdziesiątych w orzecznictwie ETPCz daje się zauważyć tendencja do coraz częstszego sięgania po mechanizm zadośćuczynienia wskazany w art. 41 EKPC (wcześniej w art. 50 EKPC), to w przypadku, w którym skarżący nie przebywa już na terytorium państwa-strony EKPC, a zwłaszcza jeżeli grozi mu skazanie na karę śmierci, samo zasądzenie odszkodowania mogłoby nie być w pełni satysfakcjonującą odpowiedzią na doznane lub dopiero grożące działania władz państwa trzeciego¹².

Dlatego Trybunał niejednokrotnie już w treści samego wyroku sugeruje pozwanym państwom, jakie inne środki należałoby przedsięwziąć, aby zminimalizować ryzyko dalszych zagrożeń dla praw i wolności skarżących. A wskazówki co do tychże działań ujmowane są najczęściej w *ratio decidendi*, a nie w samej sentencji ww. orzeczeń. Jak wskazuje bowiem art. 46 ust. 2 EKPC, nad wykonaniem każdego wyroku czuwa Komitet Ministrów, a nie Trybunał, którego opinia (nawet jeśli zostaje wyrażona w treści wyroku) może mieć charakter doradczy, choć niepozostający bez wpływu na późniejsze negocjacje i ustalenia pomiędzy państwem naruszającym Konwencję a Komitetem Ministrów Rady Europy. Warto przytoczyć kilka przykładowych orzeczeń, w których Trybunał zobowiązywał państwo-stronę do posłużenia się instytucjami prawa międzynarodowego publicznego i podjęcia interwencji w sprawie jednostkowej lub w którym takie działanie było podejmowane z własnej inicjatywy przez pozwane państwo jako swoiste alibi dochowania standardów konwencyjnych.

2. PRZEGLĄD ORZECZNICTWA ETPCZ W SPRAWACH DOTYCZĄCYCH ZAPEWNIANIA GWARANCJI INDYWIDUALNYCH

W sprawie *Hirsi Jamaa i inni p. Włochom*¹³ przedmiotem rozpoznania były skargi 24 obywateli Somalii i Erytrei, którzy w maju 2009 r. podczas próby przepłynięcia łodzią Morza Śródziemnego i przedostania się na terytorium Unii Europejskiej zostali zawróceni do Libii przez włoską straż przybrzeżną. W następnych latach aż 14 z 24 skarżących uzyskało status uchodźcy, 2 osoby zmarły w niewyjaśnionych okolicznościach, 4 uzyskały prawo osiedlenia się w Libii, los 3 pozostawał nieznany, a 1 skarżący przebywał w więzieniu w Tunezji. Rozpatrując przedmiotowy stan faktyczny, Trybunał uznał, że doszło do naruszenia

¹² Nt. rozwoju koncepcji „słusznego zadośćuczynienia” jako środka kompensacyjnego w sprawach dot. praw człowieka zob. A. Solomou, *The Contribution of the ECtHR and the IACtHR to the Emergence of a Customary International Rule of Just Satisfaction and the Creative Expansion of its Scope*, „Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos” 2014/14, s. 11–32. Wysłunięcie się na pierwszy plan pieniężnej formy kompensacji jest zbieżne ze zjawiskiem, które w Polsce określa się „komercjalizacją dóbr osobistych”, zob. m.in. J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych*, „Państwo i Prawo” 2007/6, s. 19–34.

¹³ *Hirsi Jamaa i inni p. Włochom*, skarga nr 27765/09, wyrok z 23.02.2012 r., HUDOC.

nie tylko art. 4 Protokołu dodatkowego nr 4 do Konwencji¹⁴, tj. zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców, ale również do naruszenia art. 3 EKPC, gdyż skutek działania włoskiej straży przybrzeżnej (jako organu państwa-strony Konwencji) skarżący zostali narażeni na ryzyka poniżającego traktowania ze strony władz libijskich oraz na możliwość repatriacji do Somalii i Erytrei (państw o wysoce niestabilnej w tamtym okresie sytuacji wewnętrznej). Jednocześnie Trybunał wskazał, że chociaż wybór indywidualnych środków kompensacyjnych pozostaje w gestii państw-stron EKPC, to w myśl art. 46 ust. 1 są one związane ostatecznymi wyrokami, a niekiedy charakter dokonanego naruszenia nie pozostawia luzu decyzyjnego co do wyboru formy kompensacji. W związku z tym zobowiązał władze włoskie do uzyskania od władz libijskich zapewnienia, że skarżący nie zostaną poddani poniżającemu traktowaniu ani repatriowani do krajów pochodzenia¹⁵.

Aspekt dotyczący migracji w rejonie Morza Śródziemnego oraz walki z terroryzmem pojawił się także w sprawie *Saddi p. Włochom*¹⁶. Skarżący, będący obywatelem Tunezji, w latach dziewięćdziesiątych i w bliżej nieokreślonych okolicznościach osiedlił się na Półwyspie Apenińskim i pozyskał tymczasowe prawo pobytu, które wygasło w 2002 r. W tym samym czasie został oskarżony o działania terrorystyczne i podrabianie dokumentów. Postępowanie karne było prowadzone zarówno przez włoskie, jak i tunezyjskie sądy. Sąd w Mediolanie wydał wprawdzie wyrok skazujący, ale zmienił kwalifikację prawną pierwszego czynu, tzn. uznał skarżącego za winnego udziału w zorganizowanej grupie przestępczej, a nie w spisku o charakterze terrorystycznym. Z kolei sąd tunezyjski uznał go za winnego przestępstwa terroryzmu, co skutkowało wnioskiem o deportację do kraju pochodzenia, skierowanym przez tunezyjską egzekutywę. Skarżący zwrócił się o pomoc do ETPCz, wskazując, że ewentualna deportacja naraża go na traktowanie sprzeczne z art. 3 Konwencji. Europejski Trybunał Praw Człowieka najpierw zastosował środek tymczasowy z art. 39 Regulaminu, zobowiązując włoskie władze do wstrzymania deportacji, a następnie w orzeczeniu finalnym potwierdził, że ewentualna deportacja narażałaby skarżącego na traktowanie sprzeczne ze standardami konwencyjnymi. Trybunału nie przekonały noty dyplomatyczne pozyskane przez Ambasadę Włoch w Tunisie, w których tunezyjskie Ministerstwo Spraw Zagranicznych przekonywało, że miejscowe prawo chroni prawa więźniów i gwarantuje przeprowadzenie uczciwego procesu, a nadto wskazywały, że Tunezja dobrowolnie przystąpiła do umów i traktatów międzynarodowych, zobowiązujących ją do ochrony praw człowieka. Trybunał uznał, że zakres

¹⁴ Dz.U. z 1995 r. nr 36 poz. 175.

¹⁵ Warto odnotować, że wskazane środki zostały uznane za niewystarczające przez sędziego Pinto de Albuquerque, który w zdaniu zbieżnym do wyroku uznał, że konieczne jest nie tylko uzyskanie zapewnień ze strony libijskiej, ale również udostępnienie skarżącym możliwości skorzystania z procedury azylowej we Włoszech.

¹⁶ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 28.02.2008 r. w sprawie 37201/06 *Saddi p. Włochom*, HUDOC.

pozyskiwanych zapewnień powinien być uzależniony od stanu faktycznego sprawy, a udzielone gwarancje są bardzo ogólnikowe w stosunku do dużo bardziej szczegółowych zapytań skierowanych przez stronę włoską. Trybunału nie przekonały też racje rządu Zjednoczonego Królestwa, które przystąpiło do sprawy w charakterze interwenienta, z uwagi na okoliczność, że samo podejmowało w tamtym czasie działania deportacyjne w stosunku do osób podejrzewanych o terroryzm. Stanowisko rządu brytyjskiego zmierzało do porównywania siły dowodów, tzn. w ocenie władz brytyjskich skarżący powinien wykazać, że możliwość potraktowania go w sposób sprzeczny ze standardami konwencyjnymi w państwie docelowym jest dużo bardziej prawdopodobna niżli zagrożenie stwarzane przez niego dla porządku publicznego w kraju pobytu.

Choć stanowisko brytyjskie w sprawie *Saddi p. Włochom* nie spotkało się z akceptacją Trybunału, to już dwie sprawy *Aswat p. Zjednoczonemu Królestwu*¹⁷ są ciekawym przykładem tego, jak dalece fakt pozyskania gwarancji jednostkowych może mieć znaczenie dla wyniku sprawy przed ETPCz. Obie prowadzone były w wyniku skarg złożonych przez obywatela brytyjskiego Haroona Rashida Aswata. Skarżący miał zostać poddany procedurze ekstradycji do Stanów Zjednoczonych, w związku z zarzutem organizowania szkoleń dla terrorystów na zachodnim wybrzeżu USA. W obu postępowaniach istotną rolę odgrywał czynnik medyczny i leczniczy – skarżący był osobą chorą psychicznie, wymagającą stałej opieki. W następstwie rozstrzygnięcia pierwszej ze skarg, w oparciu o art. 39 Regulaminu, Trybunał zastosował środek tymczasowy i zakazał władzom brytyjskim deportacji skarżącego. W ocenie ETPCz ewentualna ekstradycja rodziła poważne ryzyko naruszenia art. 3 Konwencji. Trybunał odnotował, że rząd brytyjski wykorzystał wprawdzie drogę dyplomatyczną i otrzymał określone zapewnienia ze strony amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości. Niemniej nie dają one dostatecznej gwarancji np. co do okresu tymczasowego osadzenia skarżącego, warunków leczenia, a także że nie zostanie on osadzony w więzieniu o najwyższym rygorze (ADX Florence). W następstwie ww. wyroku władze brytyjskie uzyskały dodatkowe zapewnienia od strony amerykańskiej. W szczególności dotyczące warunków leczenia (możliwość umieszczenia w prywatnej klinice), okresu osadzenia przed wydaniem wyroku (tj. że nie będzie dłuższy niż 18 miesięcy) oraz o „wysokim nieprawdopodobieństwie” umieszczenia w placówce ADX Florence. Rozpatrując późniejszą ze skarg wniesionych przez Haroona Aswata, Trybunał wziął pod uwagę dodatkowe gwarancje uzyskane drogami dyplomatycznymi, uznając, że w przypadku ekstradycji nie zachodzi realne ryzyko naruszenia art. 3 Konwencji i dlatego skarga jest oczywiście bezzasadna. Sprawy te wskazują, jak różne może być rozstrzygnięcie ETPCz tego samego problemu, w zależności od charakteru i zakresu gwarancji uzyskanych drogami dyplomatycznymi.

¹⁷ Sprawy *Aswat p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 17299/12, wyrok z 16.04.2013 r., HUDOC oraz *Aswat p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 62176/14, decyzja z 6.01.2015 r., HUDOC.

Z kolei sprawa *Savridin Dzhurayev p. Rosji*¹⁸, podobnie jak wspomniana sprawa *Saddi p. Włochom*, stanowi ilustrację stanu faktycznego, w którym sam fakt pozyskania gwarancji dyplomatycznych został uznany przez Trybunał za niewystarczający do przyjęcia, że pozwane państwo dołożyło należytej staranności w celu ochrony praw i wolności skarżącego. W ww. sprawie przebywający na terytorium Federacji Rosyjskiej obywatel Tadżykistanu był poddawany procedurze ekstradycyjnej do państwa pochodzenia, w związku z zarzutem uczestnictwa w zorganizowanej grupie zbrojnej (tj. w Ruchu Uzbekich Islamistów) oraz zorganizowania ataku na trzech członków tadżyckiego parlamentu. Postępowanie toczyło się wielotorowo. Z jednej strony moskiewski oddział Rosyjskiej Federalnej Służby ds. Migracji przyznał skarżącemu status uchodźcy. Z drugiej władze rosyjskie pozyskały gwarancje ze strony tadżyckiego Zastępcy Prokuratora Generalnego, który w specjalnej nocie poinformował, że w przypadku ekstradycji skarżący będzie traktowany zgodnie ze standardami konwencyjnymi; że za zarzucane mu czyny nie grozi w świetle tadżyckiego prawa kara śmierci oraz że postępowanie karne przeciwko niemu nie ma charakteru politycznego, rasistowskiego ani nie jest formą prześladowania na gruncie religijnym czy narodowościowym. Trudno powiedzieć, jaki finał miałyby przedmiotowa sprawa, gdyby już w toku postępowania przed ETPCz przebywający w Moskwie skarżący (posiadający już wówczas status uchodźcy) nie został porwany i wywieziony furgonetką do Tadżykistanu (przy czym władze tadżyckie utrzymywały, że doszło do „dobrowolnego poddania się ich jurysdykcji”). W rezultacie Trybunał jednogłośnie orzekł, że doszło do naruszenia art. 3, art. 5 § 4 oraz art. 34 Konwencji, a udzielone przez rząd tadżycki zapewnienia były niejasne, niejednoznaczne i nie mogą zostać uznane za wiarygodne, w szczególności jeżeli weźmie się pod uwagę sposób, w jaki skarżący został sprowadzony na terytorium Tadżykistanu.

Na uwagę zasługuje okoliczność, że problem wystąpienia przez państwo-stronę Konwencji z wnioskiem o zabezpieczenie interesów osoby podlegającej *de facto* zewnętrznej jurysdykcji pojawia się także w kontekście innych niż suwerenne państwa *quasi*-uczestników obrotu międzynarodowego. Niemniej działania te w żadnym wypadku nie powinny być utożsamiane z pojęciem omawianych gwarancji dyplomatycznych. Zwłaszcza gdy mowa o sytuacjach, w których problem wiąże się tendencjami secesjonistycznymi części terytorium państwa-strony Konwencji. Po pierwsze, o relacjach dyplomatycznych (a przez to również gwarancjach) możemy mówić w wypadku powszechnie uznawanych przez społeczność międzynarodową podmiotów – przede wszystkim dotyczy to państw i organizacji międzynarodowych. Były secesjonistyczne nie są pełnoprawnymi uczestnikami obrotu międzynarodowego, nawet jeżeli uznawane są przez niektórych z nich¹⁹. Po drugie – w takim wypadku możemy mówić co najwyżej o zewnętrznej jurysdykcji *de facto*, a nie *de iure*.

Z ww. problemem Trybunał zetknął się m.in. w sprawie *Assanidze przeciwko*

¹⁸ *Savridin Dzhurayev p. Rosji*, skarga nr 71386/10, wyrok z 25.04.2013 r., HUDOC.

¹⁹ Np. tzw. Republika Abchazji uznawana przez pięć państw, m.in. Rosję.

Gruzji²⁰, w której skarżący został osadzony w zakładzie karnym przez władze Adżarskiej Republiki Autonomicznej. Republika ta stanowi część terytorium Gruzji, jednak w okresie objętym stanem faktycznym sprawy władze w Tbilisi miały nad nią mocno ograniczoną kontrolę²¹. Osadzenie skarżącego było kontynuowane przez władze Republiki nawet wówczas, gdy w jednej sprawie karnej został on ułaskawiony przez Prezydenta Gruzji, a w drugim postępowaniu uznany za niewinny. Trybunał stwierdził, że gruzińskie władze odpowiadają w takim wypadku za naruszenia art. 5 § 1 oraz art. 6 § 1 Konwencji oraz zobowiązał je do „zabezpieczenia uwolnienia skarżącego w najwcześniejszym możliwym terminie” (§ 203 cyt. wyroku). Wydaje się, że Trybunał celowo unikał tu odwołania się do pojęcia „gwarancji dyplomatycznych”, gdyż sugerowałoby to, że udziela przynajmniej częściowej legitymizacji władzom Republiki Adżarskiej na arenie międzynarodowej, co mogłoby nie pozostać bez wpływu na dążenia separatystyczne. Niemniej nawet tak zręcznie zawołowana sugestia wskazuje pozwanemu państwu, że wykonanie orzeczenia powinno zostać poprzedzone wykorzystaniem dozwolonych środków nacisku w dyskursie z podmiotem, sprawującym faktyczną jurysdykcję nad skarżącym²².

Problematyka związana z brakiem sprawowania rzeczywistej jurysdykcji nad częścią swojego terytorium pojawiła się także w sprawie *Iłaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*²³, w której czworo obywateli mołdawskich zarzuciło naruszenie szeregu praw gwarantowanych w EKPC i protokołach dodatkowych, w toku postępowania karnosądowego i osadzenia w zakładzie karnym, jakiemu zostali poddani przez władze nieuznawanej przez społeczność międzynarodową Naddniestrzańskiej Republiki Mołdawskiej²⁴. Osią zarzutu skierowaną przeciwko Mołdawii było (zdaniem skarżących) niepodjęcie w rozmowach i negocjacjach z separatystami wystarczających działań zmierzających do poszanowania ich konwencyjnych praw i wolności; w przypadku zaś zarzutu skierowanego przeciwko Rosji wsparcie militarne udzielane władzom Naddniestrza i sprawowanie rzeczywistej jurysdykcji na jego obszarze. Rozpatrując przedmiotowy stan faktyczny, ETPCz zrezygnował z ostrożności wyrażonej trzy miesiące wcześniej

²⁰ *Assanidze przeciwko Gruzji* [WI], skarga nr 71503/01, wyrok z 8.04.2004 r., HUDOC.

²¹ Uregulowanie statusu nastąpiło po tzw. rewolucji róż w 2004 r. i wiązało się z nadaniem Republice Adżarskiej własnej konstytucji, <http://www.sca.ge/eng/static/119/acharis-avtonomiuri-respublikis-konstitutsia> (dostęp: 1.04.2021 r.). W 2007 r. z Tbilisi do Batumi (stolicy Republiki Adżarskiej) przeniesiono siedzibę gruzińskiego Trybunału Konstytucyjnego.

²² W tym kontekście ciekawą koncepcję przedstawił L. Kjetil Mujezinović, „Territorial Non-Application’ of the European Convention on Human Rights, „Nordic Journal of International Law” 2009/1, s. 73–93. Zdaniem autora państwo może ekskulpować się z zarzutu naruszenia praw człowieka tylko wtedy, jeżeli brak możliwości sprawowania kontroli na części terytorium jest wynikiem ingerencji innego kraju.

²³ *Iłaşcu i inni p. Mołdawii i Rosji* [WI], skarga nr 48787/99, wyrok z 8.07.2004 r., HUDOC.

²⁴ Nt. historii, ustroju i statusu międzynarodowego Naddniestrzańskiej Republiki Mołdawskiej zob. V. Serzhanova, *Powstanie Naddniestrzańskiej Republiki Mołdawskiej i jego implikacje*, „Studia Europejskie – Studies in European Affairs” 2017/1, s. 253–276.

w sprawie *Assanidze* i stwierdził, że nie tylko Rosja, ale także Mołdawia ponosi odpowiedzialność za część zarzucanych naruszeń z uwagi na brak danych „uzasadniających konkluzję, że rząd mołdawski działał w wystarczająco sumienny sposób na rzecz skarżących” (§ 348 wyroku). Wydaje się przy tym, że część składu orzekającego dostrzegła niebezpieczeństwo związane z zobowiązaniem *de facto* państwa-strony do podejmowania rozmów wysokiego szczebla z podmiotem otwarcie dążącym do secesji części terytorium: w zdaniu odrębnym sędzieja Nicolas Bratza, do którego dołączyło czterech innych sędziów, wskazał, iż inaczej niż w ww. sprawie *Assanidze* problem nie polegał na przejściowych trudnościach w zapewnieniu poszanowania praw i wolności na części swojego terytorium, ale na braku możliwości sprawowania przez władze mołdawskie jakiegokolwiek efektywnej jurysdykcji na obszarze Naddniestrza. W związku z tym pozwane państwo nie ma obowiązku wypełnienia konwencyjnych „pozytywnych obowiązków” polegających na pozyskiwaniu gwarancji ze strony separatystów.

W omawianych wcześniej sprawach przedmiotem sporu było pozyskiwanie zapewnień indywidualnych lub gwarancji dyplomatycznych ze strony państwa niebędącego stroną EKPC. Nie dochodziło natomiast do przypadku, w którym skarżący był przekazywany pomiędzy jurysdykcjami dwóch państw, z których oba były stronami Konwencji, a zapewnienia były udzielane przez jeden z krajów członkowskich Rady Europy innemu krajowi członkowskiemu. Właśnie z takim zagadnieniem musiał zmierzyć się Trybunał w sprawie *M.S.S. p. Belgii i Grecji*²⁵, w której skargę do ETPCz skierował obywatel afgański, który wystąpił do władz belgijskich z wnioskiem o nadanie mu statusu uchodźcy i udzielenie azylu. Pobrane przez władze belgijskie linie papilarne skarżącego wykazały, że wcześniej rejestrował się już jako uchodźca na terytorium greckim. Spowodowało to wszczęcie procedury przekazania do kraju pierwszej rejestracji, jako właściwego miejscowo do rozpatrzenia jego wniosku, zgodnie z postanowieniami rozporządzenia Rady (WE) nr 343/2003 z 18.02.2003 r. ustanawiającego kryteria i mechanizmy określania państwa członkowskiego właściwego dla rozpatrywania wniosku o azyl, wniesionego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego (tzw. Dublin II)²⁶. Z uwagi na fakt, że skarżący próbował uniemożliwić sam transfer z Belgii do Grecji, rząd belgijski wystąpił z wnioskiem do rządu greckiego o udzielenie gwarancji poszanowania konwencyjnych praw i wolności skarżącego w toku rozpatrywania wniosku azylowego oraz w czasie osadzenia w obozie dla uchodźców. Mimo to, polegając na dość zaskakującej argumentacji²⁷, ETPCz stwierdził naruszenie przez Belgię m.in. art. 3 w zw. z art. 13 Konwencji w związku z „narażeniem skarżącego na ryzyko związane z uchybieniem procedurom azylowym w Grecji” oraz w związku z warunkami osadzenia skarżącego w greckim obozie dla uchodźców. Odnosząc

²⁵ Sprawa *M.S.S. p. Belgii i Grecji*, skarga nr 30696/09, wyrok z 21.01.2011 r., HUDOC.

²⁶ Dz.Urz. UE L 050 z 25.02.2003 r., P. 0001-0010.

²⁷ Szczegółowo wyrok ETPCz omówiła P. Mallia, *Case of M.S.S. v. Belgium and Greece: A Catalyst in the Re-thinking of the Dublin II Regulation*, „Refugee Survey Quarterly” 2011/3, s. 107–128.

się do gwarancji udzielonych przez rząd Republiki Helleńskiej i nawiązując do cytowanego orzeczenia w sprawie *Saddi p. Włochom*, ETPCz zastrzegł sobie prawo do własnej oceny charakteru i zakresu udzielonych gwarancji. W tym uznał, że odpowiedź władz greckich nie odnosiła się w żaden sposób do jednostkowej sytuacji skarżącego, a jedynie informowała o gwarancjach procesowych wynikających z prawa krajowego i fakcie związania przepisami międzynarodowych traktatów. Ponadto w ocenie Trybunału na niekorzyść rządu belgijskiego przemawiał fakt, że sama decyzja o przekazaniu skarżącego zapadała jeszcze przed otrzymaniem odpowiedzi ze strony władz greckich, w której formalnie uznały swoją właściwość w sprawie azylowej²⁸.

Była już mowa o tym, że przepisy Konwencji nie statuuje *expressis verbis* uprawnienia Trybunału do zobowiązywania państw-stron do podejmowania określonych działań pozytywnych w sprawach indywidualnych. W omawianych postępowaniach Trybunał, sugerując określone rozwiązania, działa w oparciu o orzecznictwo rozwijające się od początku lat dziewięćdziesiątych²⁹ oraz na podstawie art. 46 ust. 1 EKPC, zgodnie z którym państwa-strony zobowiązane są do przestrzegania ostatecznych wyroków. I choć można by się zastanawiać, czy związane to dotyczy jedynie sentencji wyroku, czy również propozycji zawartych w uzasadnieniu (w którym to zazwyczaj jest mowa o konieczności pozyskania gwarancji dla skarżących), to praktyka związana z wykonywaniem wyroków ETPCz pod auspicjami Komitetu Ministrów wskazuje, że uwzględnienie przez pozwane państwo sugestii ETPCz jest niezbędne do stwierdzenia, że wyrok został wykonany. Na przykład w sprawie *Al-Saadoon i Mufdhi p. Zjednoczonemu Królestwu*³⁰ Trybunał zażądał od władz brytyjskich uzyskania zapewnienia ze strony władz irackich, że dwójka skarżących nie zostanie skazana na karę śmierci. Sprawa dotyczyła dość nietypowego stanu faktycznego, w którym przekazanie skarżących z jurysdykcji państwa-strony Konwencji do kraju niebędącego jej sygnatariuszem nie było związane z zastosowaniem procedury ekstradycyjnej ani deportacyjnej (ani tym bardziej porwaniem), ale wygaśnięciem brytyjskiego mandatu do dokonywania zatrzymań cywilów na terytorium irackim³¹. W rezultacie stacjonujące w Iraku wojska

²⁸ Orzeczenie to jest ciekawym przykładem sprawy, w której ETPCz dokonał oceny praktyki wynikającej z prawa unijnego, tzn. stanowiącego dorobek prawniczy innej organizacji międzynarodowej. Stało się tak, pomimo że Unia Europejska nie zdecydowała się ostatecznie przystąpić do Konwencji. Część komentatorów wyrok ETPCz nazwała nawet „demontażem” rozporządzenia Dublin II, tak np. V. Moreno-Lax, *Dismantling the Dublin System: M.S.S. v. Belgium and Greece*, „European Journal of Migration and Law” 2012/1, s. 1–31. Nt. potencjalnej akcesji UE do EKPC zob. A. Frąckowiak-Adamska, *Akcesja Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – ryzyko naruszenia zasady wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015/12, s. 35–39.

²⁹ M.in. sprawa *Aylor-Davis p. Francji*, skarga nr 22742/93, decyzja z 20.01.1994 r.

³⁰ *Al-Saadoon i Mufdhi p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 61498/08, wyrok z 2.03.2010 r., HUDOC.

³¹ Zob. też S. Besson, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, „Leiden Journal of International

brytyjskie przekazały lokalnym władzom dwóch Irakijczyków, podejrzewanych o dokonanie zabójstwa. Trybunał najpierw w oparciu o art. 39 Regulaminu nakazał Brytyjczykom wstrzymanie przekazania podejrzanych władzom irackim, a gdy do tego przekazania mimo wszystko doszło, stwierdził naruszenie m.in. art. 3 Konwencji w związku z umożliwieniem przejścia pod jurysdykcję państwa, w którym groziła im kara śmierci. Zobowiązał również Zjednoczone Królestwo do pozyskania gwarancji, że taka kara nie zostanie zastosowana wobec skarżących. Czuwający nad wykonaniem ww. orzeczenia Komitet Ministrów z satysfakcją odnotował, że w następstwie orzeczenia ETPCz władze brytyjskie wystosowały trzy noty do odnośnych władz irackich, zmierzające do uzyskania konkretnych gwarancji procesowych, a sami skarżący zostali uznani za niewinnych zarzucanych czynów. W związku z tym rezolucją z 8.03.2012 r.³² Komitet stwierdził wykonanie przez Zjednoczone Królestwo ww. orzeczenia.

3. GWARANCJE DYPLMATYCZNE *DE LEGE LATA*

Choć była już mowa o tym, że ETPCz posługuje się nie do końca jednolitą terminologią, to analiza cytowanych orzeczeń pozwala na wyodrębnienie kilku węzłowych aspektów, które powtarzają się w każdym z przytoczonych rozstrzygnięć. Przede wszystkim działania ETPCz ukierunkowane są na uprzednie (w przypadku jeżeli skarżący wciąż podlega jurysdykcji państwa członkowskiego Rady Europy) lub następcze (w przypadku jeżeli doszło już do przekazania skarżącego do kraju niebędącego członkiem Rady Europy) wywarcie wpływu na sposób, w jaki zainteresowani zostaną potraktowani przez władze kraju niezwiązanego bezpośrednio przepisami Konwencji³³, a częstokroć krytykowanego za niedochowywanie standardów w zakresie ochrony praw człowieka. Przy czym najczęściej chodzi albo o udzielenie gwarancji procesowych, albo zapewnienie określonych warunków wykonywania kary, a niekiedy określonego wyniku procesu (np. niezastosowania kar lub środków karnych, które uznaje się w zachodnioeuropejskiej doktrynie za nie do pogodzenia z samą ideą praw człowieka, np. kary śmierci).

Aktualny stan orzecznictwa Trybunału pozwala na wyodrębnienie kilku warunków, jakie muszą być spełnione, aby pozyskane gwarancje zostały uznane za skuteczne. Przede wszystkim gwarancje muszą być skonkretyzowane w wymiarze zarówno przedmiotowym, jak i podmiotowym. Tzn. muszą określać, w jaki sposób zostanie potraktowana dana osoba po realizacji procedur ekstradycyjnych.

Law" 2012/4, s. 857–884. Typologię przypadków stosowania Konwencji poza terytorium państw-stron przedstawił M. Duttwiler, *Authority, Control and Jurisdiction in the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” 2012/2, s. 137–162.

³² Rezolucja CM/ResDH(2012)68, HUDOC.

³³ Wyjątkiem jest oczywiście sprawa *M.S.S. p. Belgii i Grecji*, w której doszło do zmiany jurysdykcji pomiędzy dwoma państwami związanymi Konwencją.

Najczęściej czy nie zostanie poddana określonym restrykcjom karnym, prawnie dopuszczalnym w kraju występującym o przejęcie jurysdykcji, ale krytycznie ocenianych w aktualnej europejskiej kulturze prawnej. Samo zapewnienie, że państwo docelowe szanuje prawa człowieka i jest związane międzynarodowymi instrumentami ochrony praw jednostki, jest uważane przez ETPCz za niewystarczające³⁴. Ponadto ETPCz bierze pod uwagę, że pozostali uczestnicy dialogu działają w dobrej wierze i nie podejmują na własną rękę działań, które sprzeczne byłby z duchem Konwencji, np. czy do wydalenia nie doprowadzono siłą³⁵ lub czy dane państwo wywiązuje się z zaciąganych w przeszłości zobowiązań³⁶. Natomiast w przypadku jeżeli procedury ekstradycyjne lub deportacyjne zostały już sfinalizowane, a gwarancje dopiero mają być pozyskane *pro futuro*, to czuwający nad wykonaniem orzeczenia ETPCz Komitet Ministrów badać będzie skuteczność i sumienność państwa-strony w dialogu z partnerem zewnętrznym³⁷.

W celu realizacji wytycznych organów Rady Europy wykorzystywane jest instrumentarium środków będących w dyspozycji władzy wykonawczej państw-stron EKPC, w szczególności podjęcie rozmów z odnośnymi przedstawicielami władz państwa trzeciego. Niemniej nie powinno umknąć uwadze, że dialog ten prowadzony jest nie pomiędzy organami sądowymi państwa przekazującego i państwa przejmującego jurysdykcję, ale między przedstawicielami władzy wykonawczej (najczęściej między ministerstwami sprawiedliwości i/lub ministerstwami spraw zagranicznych). Władza wykonawcza państwa przejmującego jurysdykcję zaciąga swego rodzaju zobowiązanie, którego wykonanie zostaje pozostawione w większości wypadków władzy sądowiczej (lub innym organom, np. prokuraturom, nad którymi władza wykonawcza nie musi mieć bezpośredniej zwierzchności). Dochodzi tym samym do paradoksalnej sytuacji, w której w celu zagwarantowania poszanowania praw i wolności skarżącego ETPCz dopuszcza dokonanie interwencji władzy wykonawczej w działalności judykatury (lub innych autonomicznych jednostek), co samo w sobie wydaje się wątpliwe w świetle zasady niezawisłości sądu, chronionej także na poziomie konwencyjnym (art. 6 ust. 1).

W orzecznictwie zarówno ETPCz, jak również polskiego Trybunału Konstytucyjnego obecna jest zasada proporcjonalności, zgodnie z którą dopuszczalne jest wprowadzenie ograniczeń w korzystaniu z części konstytucyjnych praw i wolności, jeżeli służy to usprawiedliwionemu celowi, a powzięte środki są adekwatne do celu, któremu mają służyć. Konstytucyjną podstawą do nakładania takich środków jest art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r.³⁸

³⁴ Zob. cyt. sprawa *Saddi p. Włochom*.

³⁵ Zob. cyt. sprawa *Savariddin Dzhurayev p. Rosji*.

³⁶ Zob. *Shamayev i inni p. Gruzji i Rosji*, skarga nr 36378/02, wyrok z 12.04.2005 r.

³⁷ Zob. cyt. sprawy *Al Nashiri* oraz *Abu Zubaydah p. Polsce*.

³⁸ Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 ze zm., nt. zasady proporcjonalności w polskim porządku konstytucyjnym zob. A. Śledzińska-Simon, *Analiza proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* (w:) *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*, E-Wydawnictwo Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2019.

W przypadku praw konwencyjnych podobną klauzulą opatrzone są art. 8, 9, 10 i 11 Konwencji oraz art. 2 Protokołu nr 4 do EKPC. Z kolei art. 15 zawiera klauzulę generalną, na którą można się powoływać w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego, zagrażającego życiu narodu³⁹.

Statuujący prawo do niezależnego sądu art. 6 EKPC nie zawiera, w odróżnieniu od art. 8, 9, 10 czy 11 EKPC czy art. 2 Protokołu nr 4 do EKPC, klauzuli umożliwiającej ograniczenie tego prawa w celu ochrony praw i wolności innych osób. I choć żadne konwencyjne prawa (także te statuowane art. 6) nie mają charakteru absolutnego i powinny być odczytywane w odniesieniu do pozostałych, zasługujących na ochronę, praw i wolności, to powstaje pytanie, jak takie działanie prawnie uzasadnić⁴⁰. W cytowanych orzeczeniach ETPCz brak jest głębszej refleksji w tym przedmiocie. W szczególności na temat tego, czy proponowane działania są adekwatne do zamierzonego celu, mając na uwadze także monteskiuszowską zasadę podziału władz. Rozstrzygnięcia Trybunału sprowadzają się do prostego zobowiązania pozwanego państwa do uzyskania wspomnianych gwarancji czy zapewnień w przedmiocie tego, jak prowadzone będzie postępowanie karne w państwach przejmujących jurysdykcję.

Drugą wątpliwość może budzić pytanie o skuteczność działań podejmowanych na szczeblu rządowym. Wspomniano już, że do interwencji drogami dyplomatycznymi może dojść zarówno przed przekazaniem, jak i po przekazaniu jurysdykcji do państwa niebędącego stroną Konwencji. Chociaż z punktu widzenia skarżącego preferowaną formą pozyskania gwarancji byłoby uzyskanie ich jeszcze przed zmianą kraju pobytu (bo ewentualna odmowa ich udzielenia może skutkować zastosowaniem przez ETPCz środków tymczasowych, np. nakazu wstrzymania deportacji), to w praktyce późniejsze ich wyegzekwowanie może być tak samo trudne – niezależnie od tego, czy zostały udzielone przed przekazaniem, czy po przekazaniu skarżącego. Udzielenie zapewnień na szczeblu rządowym nie stanowi zawarcia umowy międzynarodowej, w kontekście której można by powoływać się na obowiązującą w relacjach między uczestnikami obrotu międzynarodowego zasadę *pacta sunt servanta*. W momencie, w którym dochodzi do przekazania, zarówno pozwane państwo, jak i Trybunał tracą *de facto* jakiegokolwiek środki kontroli,

³⁹ Na temat zasady proporcjonalności w orzecznictwie ETPCz zob. K. Trykhlil, *The principle of proportionality in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC) 2020/4, s. 128–154.

⁴⁰ Na uwagę zasługują sprawy, w których problem naruszenia równowagi władz nie wystąpił, gdyż jego rozwiązanie zostało pozostawione kompetentnemu w danym *imperium* organowi. Np. w sprawie *Venezia p. Wlochom*, skarga nr 29966/96, decyzja z 21.10.1996 r., Trybunał dokonał skreślenia skargi z listy spraw w związku z okolicznością, że przepis umożliwiający ekstradycję skarżącego do państwa, w którym groziła mu kara śmierci, został uznany za niekonstytucyjny przez włoski Trybunał Konstytucyjny, który w tym wypadku zadziałał jako tzw. ustawodawca negatywny. Podobnie w sprawie *Saidani p. Niemcom*, skarga nr 17675/18, decyzja z 4.09.2018 r., w której Trybunał uznał, że w przypadku ekstradycji skarżącego do Tunezji nie dojdzie do naruszenia jego konwencyjnych praw, gdyż w kraju tym od 1991 r. obowiązuje moratorium na wykonywanie kary śmierci.

które mogłyby zapewnić, że na dalszym etapie pozostali uczestnicy tegoż obrotu będą respektować aksjologię obowiązującą współcześnie w zachodnioeuropejskiej kulturze prawnej. Trybunał nie ma żadnych prawnych możliwości oddziaływania na decyzje podejmowane przez suwerenne państwo niebędące członkiem Rady Europy, a tym samym nieuznające jego jurysdykcji i niezwiązane w żaden sposób jego orzecznictwem. *A maiori ad minus* takich możliwości nie posiadają państwa-strony EKPC rezygnujące ze sprawowania jurysdykcji nad zainteresowanym. W rezultacie dotrzymanie udzielonych gwarancji staje się wyrazem wolnej woli pozostałych uczestników obrotu⁴¹. Dobłą ilustracją tego stanu rzeczy jest korespondencja, jaką rząd polski otrzymał we wspomnianych sprawach *Al Nashiri* oraz *Abu Zubaydah* z Ambasady Stanów Zjednoczonych w Warszawie. Choć już na wstępie była mowa, że z orzeczenia WSA w sprawie II SA/Wa 1954/19 wynika, że sama wymiana not dyplomatycznych pomiędzy odnośnymi władzami Polski i Stanów Zjednoczonych nie musi podlegać upowszechnieniu jako informacja publiczna, to już m.in. *Raport z wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Polskę za 2017 r.* wskazuje, że władze amerykańskie odmówiły udzielenia gwarancji, że skarżący nie zostaną skazani na karę śmierci⁴². Stało się tak pomimo pism wystosowywanych przez rząd polski i nacisków wywieranych przez Komitet Ministrów na rząd amerykański (Stany Zjednoczone posiadają status obserwatora przy Radzie Europy). Problem ten nie został rozwiązany do dziś: w decyzji z 6.06.2019 r. Komitet Ministrów po raz kolejny odnotował, że rząd Stanów Zjednoczonych odmawia udzielenia gwarancji skarżącym i wezwał władze polskie, aby „przedsięwzięły nowe wysiłki na najwyższych szczeblach na rzecz wypełnienia ich zobowiązania z art. 46 Konwencji do zapewnienia, aby skarżący nie byli w dalszym ciągu poddawani traktowaniu niezgodnemu z Konwencją”⁴³. W odpowiedzi rząd polski w dniu 3.02.2020 r. przedstawił aktualizowany plan działań, jakie zamierza podjąć w celu wykonania wyroku ETPCz⁴⁴.

⁴¹ Najdalej posuniętą krytykę w tym kierunku przeprowadziły organizacje pozarządowe Human Rights Watch oraz AIRE Centre, działające w charakterze interwenienta w sprawie *Ismoilov i inni p. Rosji*, skarga nr 2947/06, wyrok z 24.04.2008 r., wskazując (§ 111), że wszystkie rządy udzielające takich gwarancji mają „długą i nieprzerwaną historię stosowania tortur”, a nadto iż jest wysoce nieprawdopodobne, aby „rządy, które stale łamią międzynarodowe zakazy stosowania tortur, dotrzymały zobowiązania, że nie będą ich stosowały w konkretnym, jednostkowym przypadku”. Wskazały też, że gwarancje dyplomatyczne nie mają charakteru prawnie wiążącego. Rozpatrując przedmiotową sprawę, ETPCz nie negował krytycznych uwag ww. organizacji, w dorozumiany sposób przyznając, że koncepcja „gwarancji dyplomatycznych” nie jest wolna od wad i może być przedmiotem krytyki.

⁴² Zob. *Raport z wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Polskę za 2017 r.*, Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Warszawa 2018: Decyzja Komitetu Ministrów dotycząca wyroków w sprawach *Al Nashiri p. Polsce* i *Abu Zubaydah p. Polsce* wydana podczas posiedzenia w dniach 7–8.03.2017 r.

⁴³ CM/Del/Dec(2019)1348/H46-18.

⁴⁴ *Raport z wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Polskę za 2020 r.*, <https://www.gov.pl/web/dyplomacja/raporty-rocne-rzadu-na-temat-wykonywania-orzeczen-etpcz> (dostęp: 22.09.2022 r.).

Warto podkreślić, że mówimy w tym przypadku o problemach we współpracy z krajem wywodzącym się z tego samego kręgu kulturowego, podczas gdy większość spraw dotyczących udzielania przedmiotowych zapewnień będzie dotyczyć krajów o bardzo odmiennych tradycjach prawnych. Ten niewątpliwie defekt stworzonego przez orzecznictwo ETPCz konstruktu „gwarancji dyplomatycznych” jedynie częściowo łagodzi okoliczność, że tak jak m.in. w sprawie *Saddi p. Włochom* Trybunał wymaga, aby udzielone zapewnienia opatrzone były pewnym stopniem szczegółowości i wychodziły poza prostą deklarację, że państwo przejmujące jurysdykcję wypełnia swoje zobowiązania międzynarodowe w zakresie ochrony praw człowieka.

Z tych wszystkich względów zobowiązanie do pozyskiwania zapewnień przez państwa-strony Konwencji można uznać (stosując *per analogiam* terminologię cywilistyczną) za zobligowanie do starannego działania, a nie za działanie rezultatu. W pierwszej kolejności służy ono jednak ekskulpacji pozwanego państwa z zarzutu naruszenia EKPC, wobec dochowania przez nie należytej staranności w zabezpieczeniu interesów skarżącego. Dopiero później, tzn. w zależności od tego, czy pozostali uczestnicy obrotu gotowi są do wywiązania się ze swoich zobowiązań, może stanowić realne remedium na zagrożone prawa i wolności skarżących. W tym miejscu dochodzimy trzeciej, również już sygnalizowanej, obiekcji – faktu, że nakładanie na państwa-strony wyżej wymienionych zobowiązań nie znajduje *expressis verbis* podstawy prawnej ani w Konwencji, ani w protokołach dodatkowych. Koncepcja ta jest skutkiem stopniowego rozwijania orzecznictwa Trybunału i interpretowania Konwencji jako „żywego organizmu”. Natomiast w sferze prawnej opiera się na art. 46 ust. 2 EKPC, zgodnie z którym nad wykonywaniem orzeczeń Trybunału czuwa Komitet Ministrów. Jako że stwierdzenie wykonania wyroku przez naruszcziela EKPC uzależnione jest od stanowiska Komitetu, to w praktyce umożliwia Komitetowi przedłużanie tejszy procedury do czasu uzyskania satysfakcjonujących, w jego ocenie, działań państwa-strony.

Trudno przecenić rolę międzynarodowych organów sądowniczych we wzmacnianiu procesów integracyjnych. W okresie powojennym to właśnie decyzje ETPCz, jak również wspólnotowego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, a obecnie jego sukcesora – Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nadawały tempo tymże procesom w obszarach, w których brakowało woli politycznej⁴⁵ lub dotyczących okresów, w których pozwane państwo nie było związane przepisami EKPC⁴⁶. Niemniej w przypadku konstruktów judykatury

⁴⁵ Np. w sprawie *Costa p. ENEL* ETS orzekł o prymacie prawa wspólnotowego nad prawem krajowym (sprawa nr 6/64, wyrok z 15.07.1964 r.), z kolei w sprawie *Van Gend & Loos* zdecydował o możliwości bezpośredniego stosowania przepisów prawa wspólnotowego przed organami krajowymi (sprawa nr 26/62, wyrok z 5.02.1962 r.). Proces integracji europejskiej w rezultacie orzeczeń ETS i TSUE szczegółowo prześledził A. Vauchez, *Intergration-through-law: Contribution to a Socio-history of EU Commonsense*, Florence: EUI Working Paper Robert Schuman Centre for Advanced Studies (RSCAS) 2008/10.

⁴⁶ Chodzi o tzw. koncepcję proceduralnego aspektu naruszenia artykułów 2 lub 3 Konwencji w związku z brakiem efektywnego śledztwa i/lub procesu dot. przestępstw, jakie miały miejsce

zawsze mogą pojawiać się wątpliwości dotyczące miejsca, jakie proponowane rozwiązania zajmują w relacji do norm wynikających ze skodyfikowanych aktów prawnych. O ile bowiem brak formalnej regulacji można do pewnego momentu uznawać za zaletę, pozwalającą na elastyczne dostosowywanie praktyki orzeczniczej do potrzeb konkretnego stanu faktycznego, o tyle w miarę rozwoju i „zagęszczania się” w danym obszarze orzecznictwa stosunek kosztów do korzyści może stawać się niewspółmierny i skutkować zarzutem uzurpowania sobie uprawnień właściwych legislatorom.

4. IMMUNITETY A GWARANCJE DYPLMATYCZNE ORAZ POSTULATY *DE LEGE FERENDA*

Nie wydaje się jednak, aby ww. niedoskonałości przekreślały samą koncepcję „gwarancji dyplomatycznych”. Problem sprowadza się do tego, że w obecnym stanie prawnym (a raczej w obecnym stanie orzecznictwa) możemy mówić właśnie o koncepcji *in statu nascendi*, a nie o ugruntowanej instytucji prawnej. Wskazane wydawałoby się udzielenie odpowiedzi, jakiej formule ustawowej najbliższe są działania, do których zobowiązane są pozwane państwa, oraz jaki skutek działania te powinny móc realnie osiągnąć. Tak, aby nie stanowiły, jak w przypadku pewnego rzymskiego namiestnika Judei, gestu obmycia rąk, dokonywanego w momencie oddawania podsądnego pod werdykt bardziej restrykcyjnego reżimu prawnego.

W obowiązującym stanie prawnym konieczne wydaje się uwypuklenie znaczenia środków tymczasowych, implementowanych na podstawie art. 39 Regulaminu Trybunału, jako instytucji, która urzeczywistnia zabezpieczenie interesów skarżących. Są one naturalnym dopełnieniem prawa do złożenia skargi wynikającego z art. 34 EKPC i służą jej właściwemu rozpoznaniu przez Trybunał. W przeciwnym wypadku, w szczególności jeżeli składający skargę zostanie przekazany do jurysdykcji przyjmującej aksjologię znacząco odmienną od konwencyjnej, nawet wydanie satysfakcjonującego wyroku może mieć charakter czysto deklaratoryjny. A egzemplifikację znajdzie stara anglosaska paremia *justice delayed is justice denied*.

Natomiast w dalszej perspektywie czasowej wskazane wydawałoby się wypracowanie adekwatnych rozwiązań legislacyjnych (np. w formie protokołu dodatkowego do Konwencji). Działania zmierzające do preferencyjnego potraktowania skarżących w postępowaniach karnych prowadzonych w krajach przejmujących jurysdykcję (lub w postępowaniach wykonawczych prowadzonych w następstwie już wydanego wyroku) zbliżają ich sytuację prawną do sytuacji osób wyłączonych spod określonych sankcji prawa karnego materialnego (immunitet materialny) lub osób, wobec których istnieje przeszkoda procesowa polegająca na niemożności wszczęcia postępowania karnego lub stosowania określo-

w okresie niezwiązania danego państwa samą Konwencją (zob. m.in. *Przemysł przeciwko Polsce*, skarga nr 22426/11, wyrok z 17.09.2013 r.).

nych środków proceduralnych (np. dokonywania zatrzymań) w zwykłej sytuacji dozwolonych w ustawodawstwie krajowym (immunitet formalny). Z uwagi na charakter przedmiotowych spraw i brak regulacji prawnej na chwilę obecną nie można jednoznacznie rozstrzygnąć, czy sytuacja prawna skarżących, którym udziela się gwarancji, jest bliższa sytuacji osób, którym przysługuje immunitet materialny czy immunitet formalny⁴⁷. Np. w przypadku gwarancji polegających na zapewnieniu, że skarżący nie zostanie skazany na karę śmierci, niewątpliwie chodziłoby o wyłączenie go spod określonych norm wynikających z właściwego miejscowo prawa karnego materialnego. Natomiast w przypadku zapewnień, że nie zostanie poddany traktowaniu sprzecznemu z treścią art. 3 Konwencji (np. wymuszaniu zeznań) chodziłoby *de facto* o gwarancje procesowe, choć w dyskusie z państwem przekazującym nadal mowa byłaby o gwarancjach dyplomatycznych, gdyż żaden, nawet autorytarny, rząd nie przyzna otwarcie, że stosowanie takich środków jest dopuszczalne przez miejscową praktykę.

Niemniej wspólnym mianownikiem wszystkich ww. stanów faktycznych jest jednostkowe „zawieszenie” stosowania określonych przepisów i praktyk, w związku ze stanowiskiem ETPCz. I choć odwołanie się do koncepcji immunitetu może na pierwszy rzut oka wydawać się dość zaskakujące (wszak immunitety skorelowane są zazwyczaj ze sprawowaniem prestiżowej funkcji np. sędziowskiej lub zajmowaniem wysokiego stanowiska w dyplomacji lub w parlamencie, a nie z zarzutami o prowadzenie działalności terrorystycznej), to analiza skutków, jakie ETPCz pragnie wyrzucić w sferze ochrony praw i wolności skarżących, zdaje się potwierdzać, że jego orzecznictwo ukierunkowane jest na stworzenie *sui generis* konwencyjnego immunitetu, o zakresie podmiotowym wyznaczanym przez art. 34 EKPC (z zastrzeżeniem, że może on przysługiwać jedynie osobom fizycznym).

Problematyka dotycząca immunitetów w postępowaniach przed Trybunałem w Strasburgu nie jest zagadnieniem nowym. Z tym że dotychczas była podejmowana bardziej w kontekście naruszenia praw człowieka z związku z niemożnością prowadzenia postępowania karnego w następstwie immunitetu przysługującego określonemu funkcjonariuszowi lub określonemu państwu⁴⁸.

⁴⁷ Na temat typologii immunitetów zob. szczegółowo B. Janusz-Pohl, *Immunitety w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2009. Zob. też A. Wyrozumska, *Rozróżnienie immunitetu państwa oraz immunitetów dyplomatycznych* (w:) *Ewolucja immunitetów mających swoje źródło w prawie międzynarodowym*, Łódź 2014.

⁴⁸ Zob. M. Balcerzak, *Immunitety międzynarodowe w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* (w:) *Ewolucja immunitetów mających swoje źródło w prawie międzynarodowym*, Łódź 2014. Autor wyróżnił trzy kategorie spraw, w których problem immunitetu pojawiał się w orzecznictwie ETPCz: 1. powodztw wnoszonych przez pracowników misji dyplomatycznych przed sądami państwa przyjmującego; 2. odpowiedzialności państwa-strony EKPC w przypadku powołania się na immunitet jurysdykcyjny przed sądem państwa obcego w kontekście odpowiedzialności dot. art. 3 Konwencji lub inne poważne naruszenia praw człowieka; 3. skuteczności powoływania się na immunitet jurysdykcyjny państwa w związku z wyrządzeniem szkody na osobie wskutek działalności sił zbrojnych. M. Balcerzak zwraca uwagę na problem relatywizacji zna-

Tymczasem w sprawach omawianych w punkcie 2 niniejszej publikacji chodzi nie tyle o rozważenie sytuacji, w których immunitet stanął na przeszkodzie udzielenia ochrony prawom i wolnościom wynikającym z EKPC, ile właśnie o ukonstytuowanie formuły, w której osobie zagrożonej działaniami określonego państwa udzielana jest specyficzna ochrona.

Ujęcie dotychczasowego orzecznictwa w prawne i instytucjonalne ramy immunitetu konwencyjnego pozwoliłoby na uporządkowanie istniejącej praktyki, a w szczególności odniesienie jej do istniejącej już i akceptowalnej w demokratycznych systemach prawnych formy prawnej. Pozwoliłoby to na uniknięcie kłopotliwego wrażenia, że w celu ochrony istotnych praw chronionych na poziomie konwencyjnym z przymrużeniem oka traktowana jest niezależność sądów orzekających w krajach przejmujących jurysdykcję lub organów ścigania prowadzących postępowania przygotowawcze. Oczywiście urealnienie udzielanej ochrony wymagałoby również dodatkowej instytucjonalizacji współpracy pomiędzy organami Rady Europy (w szczególności chodziłoby tutaj o Komitet Ministrów) a odnośnymi władzami państw trzecich. Choć niekoniecznie chodziłoby w tym wypadku o rozszerzenie statusu państwa-obszernika przy Radzie Europy (obecnie tylko sześć krajów współpracuje z Radą w takim formacie), to Komitet Ministrów musiałby uzyskać możliwość przynajmniej częściowego kontrolowania, w jaki sposób przyznawane immunitety konwencyjne są respektowane przez kraje przejmujące jurysdykcję⁴⁹. Także poprzez zgodę państw przejmujących jurysdykcję na przyjmowanie obserwatorów. W przypadku stwierdzenia, że określone państwo łamie zasady współpracy, stosowne raporty mogłyby *pro futuro* być brane pod uwagę przez ETPCz.

Takie rozwiązanie daje jeszcze jedną niezaprzeczną korzyść. Pozwala na promowanie konwencyjnego systemu ochrony praw i wolności w państwach za pomocą narzędzi określanych jako *soft law*. Tym samym stanowiłoby zaproszenie dla państw trzecich, znajdujących się w orbicie oddziaływania systemu strasburskiego, do współdziałania z organami Rady Europy na zasadzie *win-win*.

5. UWAGI KOŃCOWE

Z aprobatą należy się odnieść do rozpowszechniania przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu konwencyjnych standardów ochrony praw i wolności, czemu niewątpliwie służą rozwiązania proponowane w cy-

czenia immunitetu państwa i postulowanie „odrębności” norm EKPC od reżimu powszechnego prawa międzynarodowego, co w jego ocenie grozi fragmentaryzacją porządku prawnomiędzynarodowego.

⁴⁹ Dobrym przykładem braku efektywnych narzędzi kontrolnych jest cytowana wcześniej sprawa *Shanayev i inni p. Gruzji i Rosji*, w której obserwatorom z ramienia Trybunału odmówiono dostępu do podsądnych, którzy w momencie wydania orzeczenia przez ETPCz zostali już przekazani z Gruzji do Rosji.

towanych orzeczeniach. Wydaje się jednak, że dialog w tym zakresie powinien zostać przeniesiony na poziom judykatury. Pozostawienie dyskursu egzekutywie, która zawsze podejrzewana może być o realizację bieżących interesów politycznych, jak również zaciąganie przez nią zobowiązań, których realizacja pozostawiona zostaje innym, teoretycznie autonomicznym od niej jednostkom, powinno być traktowane z pewną powściągliwością. Niemniej w prawodawstwach krajowych istnieją instytucje prawa karnego, które przełożone na poziom konwencyjny pozwoliłyby rozwiązać zaistniałe wątpliwości i uściślać przyszlą współpracę na zasadach obowiązujących w demokratycznych państwach prawa.

ABSTRACT

Tomasz Tadla

The author is attorney-at-law. From 2011 to 2015 he worked at the Ministry of Foreign Affairs, in charge of preparing standpoints of the Government in the course of proceedings before European Court of Human Rights. From 2015 to 2022 he was appointed as Deputy Consul in charge of legal affairs and consular assistance at the Polish consular posts in Edinburgh and Belfast. In 2022 he resumed his duties at the Ministry.

Diplomatic assurances in the case law of the European Court of Human Rights in Strasbourg

The publication addresses the cases decided by European Court of Human Rights where the Court obliged a Contracting Party to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms to obtain diplomatic assurances for a person who was to be deported to a third country. The author analyses recent case law of the Court, ponders over the effectiveness of the obtained assurances, and their place within the legal system. Doubts are cast over the fact that enforcement of the assurances in question adversely affects the principle of separation of powers (the executive power is obliged to influence court rulings). Despite those reservations, the author approves the idea of "diplomatic assurances", while proposing the concept of "convention immunity" and recommending certain legal amendments to be introduced in the future, including the adoption of an additional protocol to the Convention.

Keywords: *human rights, Council of Europe, European Court of Human Rights in Strasbourg, freedoms, diplomacy, assurances, immunity, Committee of Ministers, constitution, sovereignty*

Tomasz Tadla

ORCID: 0000-0003-3081-9837; e-mail: tomasz.tadla@msz.gov.pl

Autor jest radcą prawnym, w latach 2011–2015 pracował w Ministerstwie Spraw Zagranicznych, gdzie odpowiadał za przygotowywanie stanowisk procesowych rządu w postępowaniach przed Trybunałem w Strasburgu; od 2015 do 2022 sprawował funkcję wicekonsula ds. prawnych i opieki konsularnej w Konsulacie Generalnym RP w Belfaście; obecnie wznowił swoje obowiązki w Ministerstwie Spraw Zagranicznych w Polsce.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Balcerzak Michał, *Immunitety międzynarodowe w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (w:) Ewolucja immunitetów mających swoje źródło w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014

Besson Samantha, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, „Leiden Journal of International Law” 2012/4, s. 857–884

Duttwiler Michael, *Authority, Control and Jurisdiction in the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” 2012/2, s. 137–162

Frąckowiak-Adamska Agnieszka, *Akcesja Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – ryzyko naruszenia zasady wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015/12, s. 35–39

Janusz-Pohl Barbara, *Immunitety w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2009

Kjetil Mujezinović Larsen, *‘Territorial Non-Application’ of the European Convention on Human Rights*, „Nordic Journal of International Law” 2009/1, s. 73–93

Mallia Patricia, *Case of M.S.S. v. Belgium and Greece: A Catalyst in the Re-thinking of the Dublin II Regulation*, „Refugee Survey Quarterly” 2011/3, s. 107–128

Moreno-Lax Violeta, *Dismantling the Dublin System: M.S.S. v. Belgium and Greece*, „European Journal of Migration and Law” 2012/1, s. 1–31

Raport z wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Polskę za 2017 r., Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Departament do spraw Postępowania przed Międzynarodowymi Organami Ochrony Praw Człowieka, Warszawa 2018

Raport z wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Polskę za 2020 r., <https://www.gov.pl/web/dyplomacja/raporty-roczone-rzadu-na-temat-wykonywania-orzeczen-etpc>

Serzhanova Viktoriya, *Powstanie Naddniestrzańskiej Republiki Mołdawskiej i jego implikacje*, „Studia Europejskie – Studies in European Affairs” 2017/1, s. 253–276

Sieńczyło-Chlabicz Joanna, *Prawo do wizerunku a komercjalizacja dóbr osobistych*, „Państwo i Prawo” 2007/6, s. 19–34

Solomou Alexia, *The Contribution of the ECtHR and the IACtHR to the Emergence of a Customary International Rule of Just Satisfaction and the Creative Expansion of its Scope*, „Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos” 2014/14, s. 11–32

Śledzińska-Simon Anna, *Analiza proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* (w:) *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*, E-Wydawnictwo Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2019

Trykhlil Kristina, *The principle of proportionality in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC) 2020/4, s. 128–154

Vaucheux Antoine, *Intergration-through-law: Contribution to a Socio-history of EU Commonsense*, Florence: EUI Working Paper Robert Schuman Centre for Advanced Studies (RSCAS) 2008/10

Wyrozumska Anna, *Rozróżnienie immunitetu państwa oraz immunitetów dyplomatycznych* (w:) *Ewolucja immunitetów mających swoje źródło w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014

Pojęcia kluczowe: hipoteka, odpowiedzialność solidarna, odsetki za opóźnienie w transakcjach handlowych, opóźnienie w zapłacie, pierwszeństwo zaspokojenia wierzytelności, przyczynienie się poszkodowanego, skarga pauliańska, teoria równego traktowania, wspólnota mieszkaniowa, własność lokalu, zaliczka na koszty zarządu, zdolność deliktowa

Najnowsze orzecznictwo

Jerzy Pisuliński, Julita Zawadzka
redakcja naukowa Jerzy Pisuliński

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH CYWILNYCH

Przeгляд orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych składa się z dwóch części.

W części pierwszej zostały omówione dwie najnowsze uchwały Sądu Najwyższego dotyczące: odpowiedzialności współwłaścicieli wyodrębnionego lokalu (byłych małżonków) za zapłatę zaliczek na koszty zarządu nieruchomością wspólną i dopuszczalności dochodzenia przez wierzyciela (przedsiębiorcę) odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego wynikającego z transakcji handlowej w razie ogłoszenia upadłości dłużnika.

W drugiej części zostały zamieszczone pogłębione komentarze do dwóch orzeczeń Sądu Najwyższego. W pierwszym wyroku Sąd Najwyższy rozważał sprawę przesłanek, których spełnienie umożliwia przypisanie poszkodowanemu przyczynienia się do powstania szkody. W drugiej uchwale Sąd Najwyższy odpowiedział na pytanie o kolejność zaspokojenia wierzytelności w toku egzekucji prowadzonej z nieruchomości przez wierzyciela pauliańskiego i wierzyciela, na którego rzecz została ustanowiona hipoteka przez właściciela nieruchomości (osobę trzecią w postępowaniu ze skargi pauliańskiej).

1. NAJNOWSZE ORZECZNICTWO SĄDU NAJWYŻSZEGO

1.1. ODPOWIEDZIALNOŚĆ WSPÓŁWŁAŚCICIELI LOKALU ZA ZAPŁATĘ ZALICZEK NA KOSZTY ZARZĄDU NIERUCHOMOŚCIĄ WSPÓLNĄ

Uchwała Sądu Najwyższego z 20.10.2022 r. (III CZP 111/22)¹

Odpowiedzialność byłych małżonków będących współwłaścicielami lokalu mieszkalnego stanowiącego odrębną nieruchomość, który uprzednio wchodził w skład ich majątku wspólnego, za zobowiązania wobec wspólnoty mieszkaniowej powstałe po ustaniu wspólności majątkowej małżeńskiej z tytułu wydatków i ciężarów związanych z utrzymaniem nieruchomości wspólnej w części nieznajdującej pokrycia w innych przychodach, jest odrębną odpowiedzialnością każdego z nich w zakresie odpowiadającym ich udziałom w nieruchomości wspólnej, ustalonym zgodnie z art. 3 ust. 3a ustawy z 24.06.1994 r. o własności lokali (Dz.U. z 2021 r. poz. 1048).

Komentarz

Komentowana uchwała dotyczy zagadnienia, które nie było wcześniej przedmiotem rozstrzygnięcia w orzecznictwie SN² ani analiz w piśmiennictwie, a ma szersze znaczenie, niż wynikałoby to z jej treści. W szczególności przyjęty w uchwale pogląd znajdować będzie zastosowanie także do odpowiedzialności za zapłatę zaliczek na poczet kosztów zarządu nieruchomością wspólną przez współwłaścicieli wielostanowiskowych lokali garażowych. Dlatego orzeczenie to jest warte uwagi.

Uchwała została podjęta w odpowiedzi na pytanie prawne skierowane przez Sąd Okręgowy w Lublinie³, który rozpoznawał apelację w sprawie wytoczonej przez wspólnotę mieszkaniową przeciwko współwłaścicielom wyodrębnionego lokalu mieszkalnego o zapłatę zaległych zaliczek na pokrycie kosztów zarządu nieruchomością wspólną. Sąd pierwszej instancji wydał nakaz zapłaty, uwzględniając w całości żądanie pozwu. Nakaz uprawomocnił się

¹ Teza uchwały dostępna na stronie internetowej SN. Do chwili przekazania tekstu do publikacji nie było dostępne uzasadnienie uchwały.

² Na problem zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 21.12.2015 r. (I ACa 784/15), Legalis nr 1399064, stwierdzając, że budzi wątpliwości, czy każdy ze współwłaścicieli lokalu użytkowego – garażu wielostanowiskowego, wchodzącego w skład wspólnoty mieszkaniowej – odpowiada względem wspólnoty za zapłatę przypadających na ten lokal zaliczek na koszty zarządu proporcjonalnie do swego udziału we współwłasności, czy też odpowiedzialność współwłaścicieli takiego lokalu jest odpowiedzialnością solidarną. W rozstrzyganej sprawie odpowiedź na to pytanie nie miała jednak znaczenia i dlatego zapewne Sąd Apelacyjny w Katowicach nie musiał zająć stanowiska w tej kwestii.

³ Postanowienie Sądu Okręgowego w Lublinie z 10.02.2022 r. (II Ca 555/21), niepubl.

wobec jednego z pozwanych, drugi zaś wniósł sprzeciw. Wskutek rozpoznania sprzeciwu sąd pierwszej instancji uwzględnił powództwo w połowie, w pozostałej zaś części oddalił żądanie, uznając, że pozwana odpowiada jedynie za zapłatę połowy zaległych zaliczek na koszty zarządu nieruchomością wspólną. Sąd ustalił, że pozwani byli małżeństwem, jednak ich małżeństwo ustało na skutek rozwodu. W okresie, za który wspólnota mieszkaniowa żądała zapłaty, pozwana nie mieszkała w mieszkaniu, które zamieszkiwał jej były mąż. W tym czasie pozwani byli już po rozwodzie. Jak można się domyślić, pozwani nie przeprowadzili podziału majątku wspólnego, w skład którego wchodziło prawo własności lokalu.

Sąd Okręgowy w Lublinie, rozpoznając apelację powodowej wspólnoty mieszkaniowej, nabrał wątpliwości, w jakim zakresie każdy ze współwłaścicieli wyodrębnionego lokalu odpowiada za zapłatę zaliczek na koszty zarządu nieruchomością wspólną. Nie rozstrzyga tego art. 15 ust. 1 ustawy z 24.06.1994 r. o własności lokali⁴, zgodnie z którym na pokrycie kosztów zarządu właściciele lokali uiszczają zaliczki w formie bieżących opłat, płatne z góry do dnia 10 każdego miesiąca. Kierując pytanie prawne do SN, Sąd Okręgowy w Lublinie chciał uzyskać odpowiedź, czy współwłaściciele lokalu w częściach ułamkowych odpowiadają za zapłatę zaliczek w całości, niezależnie od wielkości ich udziałów w prawie własności wyodrębnionego lokalu, czy jedynie proporcjonalnie do wielkości własnego udziału we współwłasności tego lokalu. Sąd Okręgowy zauważył, że o wysokości zaliczek decyduje wielkość udziału we współwłasności nieruchomości wspólnej (art. 12 ust. 2 zd. 2 u.w.l.). Podkreślił, że do czasu wprowadzenia do ustawy o własności lokali art. 3 ust. 3a⁵ udział we współwłasności nieruchomości wspólnej związany z własnością lokalu traktowany był jako niepodzielny, a współwłaściciele lokalu traktowani byli łącznie jako współwłaściciele nieruchomości wspólnej w ułamku, jaki wynikał z treści wpisu w dziale I-Sp księgi wieczystej założonej dla ich lokalu. Wspominana nowelizacja ustawy o własności lokali wprowadziła pojęcie „udziału współwłaściciela lokalu w nieruchomości wspólnej”.

Sąd przypomniał, że celem nowelizacji było ułatwienie zarządzania wielostanowiskowymi lokalami garażowymi, jednakże art. 1a i art. 3 ust. 3a u.w.l. odnoszą się do wszystkich lokali będących przedmiotem współwłasności. Niemniej niejasne jest, czy powołane przepisy mają zastosowanie jedynie w przypadku podejmowania decyzji dotyczących zarządu nieruchomością wspólną, czy także wpływają na zakres obowiązków współwłaściciela lokalu. Sąd Okręgowy w Lublinie przyjął, że współwłaściciele wyodrębnionego lokalu odpowiadają na podstawie art. 15 ust. 1 u.w.l. za zapłatę jednej zaliczki na poczet kosztów zarządu nieruchomością wspólną, gdyż przez udział w nieruchomości wspólnej, o którym mowa w art. 12 ust. 2 u.w.l., rozumieć należy udział w rozumieniu art. 3 ust. 3 u.w.l., a nie udział w rozumieniu art. 3 ust. 3a u.w.l. W przypadku

⁴ Ustawa z 24.06.1994 r. o własności lokali (Dz.U. z 2021 r. poz. 1048), dalej u.w.l.

⁵ Zob. art. 1 pkt 2 ustawy z 12.06.2015 r. o zmianie ustawy o własności lokali (Dz.U. poz. 1168).

współwłasności lokalu zachodzi wielość dłużników, niemniej nie ma podstaw do przyjęcia solidarnej odpowiedzialności współwłaścicieli lokalu za zapłatę zaliczek, gdyż obowiązek ich zapłaty ma charakter ustawowy, a jego źródłem jest art. 15 ust. 1 u.w.l. To przemawia przeciwko możliwości zastosowania art. 370 Kodeksu cywilnego⁶ do odpowiedzialności współwłaścicieli lokalu za zapłatę zaliczek. Do zobowiązania do zapłaty zaliczek nie ma również zastosowania art. 1034 § 1 k.c., ponieważ do tego przepisu nie odsyła art. 46 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁷.

Sąd Okręgowy w Lublinie rozważał także zastosowanie art. 380 § 2 k.c. do zapłaty zaliczek na poczet kosztów zarządu, lecz wykluczył taką możliwość, ponieważ obowiązek zapłaty zaliczek nie jest skorelowany z żadnym świadczeniem wzajemnym ze strony wspólnoty mieszkaniowej. Nie może być takim świadczeniem obowiązek sprawowania zarządu nieruchomością wspólną, gdyż nie ma on charakteru obligacyjnego, lecz wynika „z samej istoty reżimu odrębnej własności lokali”⁸.

W konsekwencji Sąd Okręgowy w Lublinie stwierdził brak podstaw do solidarnej odpowiedzialności współwłaścicieli lokali za zapłatę zaliczek i w dalszej kolejności rozważył zastosowanie do tego zobowiązania art. 379 § 1 k.c. Przyjęcie podziału zobowiązania do zapłaty zaliczek stosownie do wielkości udziałów współwłaścicieli lokalu utrudniałoby jednak wspólnocie dochodzenie od nich zapłaty zaliczek. Dlatego zdaniem Sądu Okręgowego w Lublinie należałoby się opowiedzieć za wykładnią art. 15 ust. 1 u.w.l., zgodnie z którą każdy ze współwłaścicieli wyodrębnionego lokalu odpowiada wobec wspólnoty mieszkaniowej za zapłatę zaliczki w pełnej wysokości (ustalonej zgodnie z art. 12 ust. 2 w zw. z art. 3 ust. 3 u.w.l.). Podstawą tej odpowiedzialności nie może być jednak stosowany w drodze analogii art. 380 § 1 k.c., lecz konstrukcja solidarności niewłaściwej. Spełnienie świadczenia przez jednego współwłaściciela zwalnia ze zobowiązania pozostałych współwłaścicieli.

Z treści uchwały SN należy wywieść, że SN nie podzielił zapatrywania sądu pytającego i przyjął podzielną odpowiedzialność współwłaścicieli wyodrębnionego lokalu za zapłatę zaliczek na poczet kosztów zarządu nieruchomością wspólną. Jak się wydaje, SN nie znalazł podstaw do przyjęcia solidarnej odpowiedzialności współwłaścicieli ani do stosowania konstrukcji solidarności niewłaściwej, za którą opowiedział się Sąd Okręgowy w Lublinie.

Prawdopodobnie SN uznał, że do zobowiązania z tytułu zapłaty zaliczek na poczet kosztów zarządu nieruchomością wspólną ma zastosowanie art. 379 § 1 k.c. Dokonując oceny tego rozstrzygnięcia, należy się zastanowić, czy rzeczywiście nie zachodzą w analizowanym przypadku podstawy do stosowania

⁶ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), dalej k.c.

⁷ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm.), dalej k.r.o.

⁸ Cytat z uzasadnienia postanowienia Sądu Okręgowego w Lublinie z 10.02.2022 r.

odpowiedzialności solidarnej⁹. Zobowiązanie do zapłaty zaliczek ma charakter zobowiązania realnego¹⁰. Jego stroną staje się każdorazowy właściciel wyodrębnionego lokalu. Jeżeli dochodzi do nabycia lokalu przez dwie lub więcej osób (w tym także małżonków pozostających we wspólności majątkowej małżeńskiej), osoby te stają się stroną tego stosunku zobowiązaniowego. Chociaż obowiązek zapłaty zaliczek wynika z ustawy (art. 15 ust. 1 u.w.l.), to zobowiązanie to jest konsekwencją dokonanej przez strony czynności prawnej (jeżeli do nabycia lokalu doszło w drodze czynności prawnej).

Można zatem argumentować, że nabywając lokal na współwłasność, współwłaściciele zaciągają tym samym zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c., a więc ich odpowiedzialność za to zobowiązanie jest solidarna. Słabą stroną przedstawionej koncepcji jest jednak to, że zawodzi ona w przypadku nabycia odrębnej własności lokalu wskutek innego zdarzenia (na mocy orzeczenia sądu, z mocy prawa¹¹). Stąd powstaje pytanie, czy zasadnie Sąd Okręgowy w Lublinie – a za nim SN – odrzucił stosowanie do tego zobowiązania art. 380 § 2 k.c. Sądy uznały, że stosunek zobowiązaniowy, którego treścią jest obowiązek zapłaty zaliczek na poczet kosztów zarządu, nie ma charakteru zobowiązania wzajemnego. Wprawdzie Kodeks cywilny wprost reguluje tylko wykonanie i skutki niewykonania zobowiązania z umowy wzajemnej (art. 487 do 497 k.c.), to z przepisów tych nie można wyprowadzić wniosku, że zobowiązanie do spełnienia świadczenia wzajemnego nie może wynikać z innego źródła niż umowa. Wspólnota mieszkaniowa sprawuje z mocy ustawy zarząd nieruchomością wspólną, właściciele lokali mają zaś obowiązek pokrywania kosztów tego zarządu stosownie do wielkości udziałów w nieruchomości wspólnej. Obowiązki każdej ze stron powstają z mocy prawa i są wzajemnie powiązane – wspólnota mieszkaniowa ma obowiązek zarządzania nieruchomością, a właściciele lokali obowiązani są do pokrycia kosztów tego zarządu. Jest to stosunek prawny, w którym jedną stroną są współwłaściciele nieruchomości wspólnej, a drugą – wspólnota mieszkaniowa (jeżeli przyznaje się jej zdolność prawną, traktując jako tzw. ułomną osobę prawną w rozumieniu art. 33¹ k.c.¹²).

Przyjęcie stanowiska, że współwłaściciele wyodrębnionego lokalu odpowiadają jak dłużnicy solidarni za zapłatę zaliczek na koszty zarządu na podstawie

⁹ Warto zwrócić uwagę, że w innych wypadkach przepisy ustawowe przewidują solidarną odpowiedzialność za zapłatę opłat z tytułu korzystania z lokalu zajmowanego przez kilka osób – zob. art. 688¹ k.c., art. 4 ust. 6 ustawy z 15.12.2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1208 ze zm.).

¹⁰ Zob. S. Romanow (w:) *Ustawa o własności lokali. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu B. Laskoroński, Warszawa 2022, Legalis/el., komentarz do art. 15, nb 11; I. Szymczak, *Własność lokali. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 127.

¹¹ W przypadku spadkobrania odpowiedzialność kilku spadkobierców byłaby solidarna jedynie w odniesieniu do zaległych należności z tytułu kosztów zarządu, i to tylko do czasu działu spadku (art. 1034 § 1 zd. 1 k.c.).

¹² Jest to obecnie pogląd dominujący w nauce i w zasadzie jednolicie przyjmowany w orzecznictwie.

stosowanego w drodze analogii art. 380 § 2 k.c., miałyby poważne skutki w przypadku współwłaścicieli wielostanowiskowego lokalu garażowego. Każdy ze współwłaścicieli takiego lokalu garażowego (a może być ich kilkudziesięciu lub więcej) odpowiadałby bowiem za zapłatę całej kwoty zaliczki „przypadającej” na ten lokal. Ochrona interesów wspólnoty mieszkaniowej (a więc wszystkich współwłaścicieli nieruchomości wspólnej), polegająca na ułatwieniu w dochodzeniu zapłaty zaliczki od współwłaścicieli wielostanowiskowego lokalu garażowego, odbywałaby się kosztem współwłaścicieli takiego lokalu garażowego, z których każdy odpowiadałby za zapłatę zaliczki w pełnej wysokości. Współwłaściciele lokalu garażowego ponosiliby także ryzyko niewypłacalności jednego z nich, a nie wszyscy członkowie wspólnoty mieszkaniowej¹³.

J.P.

1.2. ODSETKI ZA OPÓŹNIENIE W POSTĘPOWANIU UPADŁOŚCIOWYM

Uchwała Sądu Najwyższego z 5.10.2022 r. (III CZP 101/22)¹⁴

Przewidziane w art. 3 pkt 1 ustawy z 8.03.2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 893) wyłączenie stosowania tej ustawy do długów objętych postępowaniem prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2022 r. poz. 1520) nie pozbawia wierzyciela uprawnienia do odsetek ustawowych za opóźnienie na zasadach ogólnych.

Komentarz

Uchwała stanowi rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie XVIII Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i restrukturyzacyjnych postanowieniem

¹³ Można to zilustrować następującym przykładem: zaliczka na koszty zarządu przypadająca na „lokal garażowy” wynosi 1500 zł. Współwłaścicielami tego lokalu jest 30 osób, wszystkich zaś członków wspólnoty mieszkaniowej jest 50 (nie wszyscy właściciele wyodrębnionych lokali są współwłaścicielami lokalu garażowego). Jeżeli współwłaściciele lokalu garażowego odpowiadałby za zapłatę tej zaliczki podzielnie, stosownie do wielkości swojego udziału we współwłaścności lokalu garażowego, każdy byłby zobowiązany do zapłaty po 50 zł (przy założeniu, że ich udziały są równe). W razie niewypłacalności jednego ze współwłaścicieli lokalu garażowego ekonomiczne skutki niewykonania tego zobowiązania ponosiliby wszyscy pozostali członkowie wspólnoty mieszkaniowej (w tym przykładzie 49 osób, a nie tylko współwłaściciele lokalu garażowego). Natomiast gdyby wspólnota mieszkaniowa mogła żądać zapłaty zaliczki w pełnej wysokości od każdego ze współwłaścicieli lokalu garażowego, ten współwłaściciel, który zapłacił zaliczkę, miałby regres do pozostałych współwłaścicieli lokalu garażowego, którzy ponosiliby ryzyko niewypłacalności jednego z nich (art. 376 § 2 k.c.).

¹⁴ Teza uchwały dostępna na stronie internetowej SN. Uchwała wraz z uzasadnieniem dostępna w systemie Legalis nr 2739504.

z 21.03.2022 r. (XVIII GUz 35/21, niepubl.), w którym Sąd ten pytał, czy wyłączenie zastosowania przepisów ustawy z 8.03.2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych¹⁵, na podstawie art. 3 pkt 1 tej ustawy, do długów objętych postępowaniem upadłościowym implikuje konieczność zastosowania przepisów ogólnych o odsetkach ustawowych za opóźnienie, czy też wyłącza zupełnie możliwość zaspokojenia w postępowaniu upadłościowym odsetek naliczonych na podstawie tej ustawy.

Zagadnienie dotyczyło interpretacji art. 3 pkt 1 u.p.n.o.t.h., zgodnie z którym przepisów tej ustawy „nie stosuje się do długów objętych postępowaniami prowadzonymi na podstawie przepisów” ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe¹⁶ oraz ustawy z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne¹⁷. Lakoniczne brzmienie tego przepisu powoduje w praktyce wątpliwości dotyczące zaspokojenia z masy upadłości odsetek za opóźnienie należnych wierzycielowi na podstawie ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Należy przypomnieć, że w świetle art. 92 ust. 1 pr. upadł. z masy upadłości mogą być zaspokojone tylko odsetki od wierzytelności, należne od upadłego, za okres do dnia ogłoszenia upadłości¹⁸.

W sprawie rozpoznawanej przez sąd pytający, w postępowaniu upadłościowym, sędzia-komisarz uwzględnił sprzeciw wierzyciela w ten sposób, że na liście wierzytelności uznał dodatkowo wierzytelność z tytułu odsetek ustawowych za opóźnienie w transakcjach handlowych, w zakresie odsetek narosłych do dnia ogłoszenia upadłości dłużnika. Sędzia-komisarz przyjął, że odsetki należne na podstawie ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych i narosłe przed dniem ogłoszenia upadłości mogą podlegać zaspokojeniu z masy upadłości na podstawie art. 92 ust. 1 pr. upadł., z czego wynika, że tylko poczynszy od dnia ogłoszenia upadłości nie mogą być już naliczane dalsze odsetki na podstawie przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych¹⁹.

¹⁵ Ustawa z 8.03.2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 893 ze zm.), dalej u.p.n.o.t.h.

¹⁶ Ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2022 r. poz. 1520 ze zm.), dalej pr. upadł.

¹⁷ Ustawa z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2022 r. poz. 2309). Sprawa dotyczyła stanu faktycznego sprzed wejścia w życie nowelizacji art. 3 pkt 1 u.p.n.o.t.h. wprowadzonej ustawą z 4.11.2022 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych oraz ustawy o finansach publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 2414); dalej: zm.u.p.n.o.t.h.

¹⁸ Odrębnie uregulowane jest zaspokojenie odsetek od wierzytelności zabezpieczonych hipoteką, wpisem w rejestrze, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym albo hipoteką morską. Odsetki te mogą być zaspokojone tylko z przedmiotu zabezpieczenia (zob. art. 92 ust. 2 pr. upadł.).

¹⁹ W doktrynie za tym poglądem opowiadają się B. Ostrzechowski, K. Riedl (w:) *Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Warszawa 2021, Legalis/el., komentarz do art. 3, nb 13, a także M. Toroń (w:) *Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych*, red. K. Menszig-Wiese, Warszawa 2022, Legalis/el., komentarz do art. 3, nb 6.

Postanowienie to zaskarżył syndyk, powołując się na to, że wyłączenie stosowania ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych do długów objętych postępowaniami prowadzonymi na podstawie przepisów Prawa upadłościowego powoduje, iż z masy upadłości nie mogą być zaspokajane żadne odsetki naliczone na podstawie ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (a zatem także odsetki narosłe w okresie przed dniem ogłoszenia upadłości dłużnika). Zaaprobowanie tego stanowiska skutkowałoby tym, że w momencie ogłoszenia upadłości dłużnika następowaloby wyłączenie zastosowania wszystkich przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych do danej transakcji ze skutkiem *ex tunc*, a tym samym niejako „anulowaniu” ulegałyby odsetki należne od dłużnika na podstawie ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, narosłe przed dniem ogłoszenia upadłości dłużnika.

Sąd pytający dostrzegł jeszcze trzecią możliwość rozstrzygnięcia powyższego sporu, polegającą na przyjęciu, że wyłączenie zastosowania przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych do długów objętych postępowaniami prowadzonymi na podstawie przepisów Prawa upadłościowego oznacza również wyłączenie zastosowania do nich art. 4a u.p.n.o.t.h., a więc skutkuje powrotem do ogólnych regulacji dotyczących odsetek ustawowych za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego, zawartych w Kodeksie cywilnym (art. 481 § 2 k.c.). Tym samym na liście wierzytelności można by uwzględnić oraz zaspokoić z masy upadłości odsetki naliczone z tytułu transakcji handlowych, ale w wysokości określonej stosownie do art. 481 § 2 k.c.²⁰

W doktrynie wątpliwości budzi też kwestia o jeszcze bardziej podstawowym znaczeniu, a mianowicie taka, czy stosowanie przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych do długów objętych postępowaniem prowadzonym na podstawie przepisów Prawa upadłościowego jest wyłączone z mocy art. 3 pkt 1 u.p.n.o.t.h. dopiero od dnia ogłoszenia upadłości dłużnika, czy też – jak sugerowałoby dosłowne brzmienie tego ostatniego przepisu – już od dnia złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, gdyż już z tym ostatnim dniem następuje zainicjowanie „postępowania prowadzonego na podstawie przepisów” Prawa upadłościowego²¹. Również ten problem uwidocznił się w sprawie rozpoznawanej przez sąd pytający²².

²⁰ Jak się wydaje, w doktrynie takie stanowisko prezentuje M. Juško, *Zakres zastosowania ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych*, „Monitor Prawniczy” 2017/2, s. 83, chociaż autor wprost wyraża je tylko w odniesieniu do odsetek, o których mowa w art. 92 pkt 2 pr. upadł.

²¹ Za tym pierwszym stanowiskiem opowiadają się m.in. M. Juško, *Zakres...*, s. 83; B. Ostrzechowski, K. Riedl (w:) *Ustawa...*, komentarz do art. 3, nt 10; P. Dolniak, *Przeciwdziałanie nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX/el., komentarz do art. 3, teza 14; M. Toroń (w:) *Ustawa...*, komentarz do art. 3, nb 5; przeciwnie E. Marcisz, *Ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014, LEX/el., art. 3, teza 2.

²² W uzasadnieniu uchwały z 5.10.2022 r. SN zdaje się aprobować to pierwsze stanowisko. W tym

W uchwale z 5.10.2022 r. (III CZP 101/22) Sąd Najwyższy rozstrzygnął, że „przewidziane w art. 3 pkt 1 ustawy z 8.03.2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 893) wyłączenie stosowania tej ustawy do długów objętych postępowaniem prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2022 r. poz. 1520), nie pozbawia wierzyciela uprawnienia do odsetek ustawowych za opóźnienie na zasadach ogólnych”.

Jak wynika z uzasadnienia tej uchwały, wyraża ona aprobatę dla przytoczonej wyżej trzeciej możliwości rozstrzygnięcia przedstawionego zagadnienia, dostrzeżonej przez sąd pytający, zgodnie z którą wyłączenie zastosowania przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych do długów objętych postępowaniami prowadzonymi na podstawie przepisów Prawa upadłościowego oznacza również wyłączenie zastosowania do nich art. 4a u.p.n.o.t.h., w konsekwencji czego następuje powrót do ogólnych regulacji dotyczących odsetek ustawowych za opóźnienie (art. 481 § 2 k.c.). Oznacza to, że w sprawie rozpoznawanej przez sąd pytający na liście wierzytelności można uwzględnić oraz zaspokoić z masy upadłości odsetki naliczone z tytułu transakcji handlowych do dnia ogłoszenia upadłości, ale należy ponownie przeliczyć kwotę tych odsetek, stosownie do art. 481 § 2 k.c. W doktrynie przeważało jak dotychczas odmienne zapatrywanie²³, zgodne z interpretacją przyjętą przez sędziego-komisarza w sprawie rozpoznawanej przez sąd pytający.

Stanowisko Sądu Najwyższego zostało oparte na założeniu, że w odniesieniu do długów objętych postępowaniem upadłościowym, a zatem także odsetek ustawowych za opóźnienie, konsekwencje niewykonania/nienależytego wykonania zobowiązań należy określać z całkowitym pominięciem przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, co uzasadnia wniosek o powrocie do ogólnych regulacji dotyczących odsetek ustawowych za opóźnienie. Takie zapatrywanie jest prawidłowe w świetle wykładni literalnej przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, nie stoi mu też na przeszkodzie dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z 16.02.2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych²⁴, która upoważnia państwa członkowskie do wyłączenia stosowania środków przewidzianych w dyrektywie do długów będących przedmiotem postępowań upadłościowych,

też kierunku art. 3 pkt 1 u.p.n.o.t.h. został znowelizowany na mocy zm.u.p.n.o.t.h., jednak do sprawy, w której postawiono pytanie prawne, należało stosować dotychczasowe przepisy (por. art. 3 ust. 1 zm.u.p.n.o.t.h.).

²³ Zob. m.in. M. Juško, *Zakres...*, s. 83; B. Ostrzechowski, K. Riedl (w:) *Ustawa...*, komentarz do art. 3, nt 10; P. Dolniak, *Przeciwdziałanie...*, komentarz do art. 3, teza 14; M. Toroń (w:) *Ustawa...*, komentarz do art. 3, nb 5.

²⁴ Wersja przekształcona, Dz.Urz. UE L nr 48, s. 1, ze zm.; zob. motyw 8 i art. 1 ust. 3 tej dyrektywy.

w tym postępowań mających na celu restrukturyzację długu²⁵. Odrębną kwestią jest jednak to, czy takie rozwiązanie legislacyjne jest w pełni uzasadnione. Ogłoszenie upadłości lub otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego nie powinny zmieniać powstałego wcześniej roszczenia wierzyciela z tytułu odsetek.

J.Z.

2. KOMENTARZE DO WYBRANYCH ORZECZEŃ

2.1. PRZYZINIENIE SIĘ POSZKODOWANEGO NIEPOSIAJĄCEGO ZDOLNOŚCI DELIKTOWEJ DO POWSTANIA SZKODY

Komentarz do wyroku Sądu Najwyższego z 15.06.2022 r. (II CSKP 145/22)²⁶

Dla uwzględnienia przyczynienia się niezbędne jest, aby poszkodowany mógł choć w ograniczonym zakresie mieć świadomość nagannego zachowania lub grożącego mu niebezpieczeństwa, co oznacza konieczność uzależnienia ewentualnego zastosowania instytucji przyczynienia się od posiadania przez poszkodowanego zdolności deliktowej. Posiadanie przez poszkodowanego zdolności deliktowej jako wymóg zastosowania instytucji przyczynienia się do powstania szkody wynika z akceptacji koncepcji winy jako adekwatnie tłumaczącej istotę przyczynienia się. Jest także wynikiem akceptacji teorii tzw. równego traktowania. Skoro warunkiem odpowiedzialności deliktowej za zawiniony czyn własny jest posiadanie określonych kwalifikacji psychicznych umożliwiających postawienie zarzutu winy, to identyczny wymóg należy przyjąć w odniesieniu do możliwości postawienia poszkodowanemu zarzutu przyczynienia się.

Stan faktyczny

W sprawie, w której został wydany komentowany wyrok, poszkodowany domagał się zasądzenia zadośćuczynienia za doznaną krzywdę od ubezpieczyciela, z którym osoba bezpośrednio odpowiedzialna za szkodę (dziadek poszkodowanego) miała zawartą umowę obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej rolników²⁷. Dziadek poszkodowanego prowadził gospodar-

²⁵ Zob. motyw 8 i art. 1 ust. 3 tej dyrektywy.

²⁶ Teza redakcyjna wyroku opublikowana w „Biuletynie Izby Cywilnej Sądu Najwyższego” 2022/7–8, s. 7, brzmi: „Skutki działań lub zaniechań osób zobowiązanych do nadzoru nad małoletnim poszkodowanym nieposiadającym zdolności deliktowej (a więc małoletnim poniżej lat 13 – art. 426 k.c.), choćby nawet zachowania te pozostawały w związku przyczynowym z poniesioną przez takiego małoletniego szkodą, nie powodują zmniejszenia odszkodowania należnego temu małoletniemu (art. 362 k.c.). Z tego powodu skutki zachowań takich osób nie mogą zostać temu małoletniemu poczytane za przyczynienie się do powstania szkody”.

²⁷ Zob. art. 50 ust. 1 ustawy z 22.05.2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym

stwo rolne, w którym powód doznał szkody, gdy jako 9-letni chłopiec próbował napompować koła do roweru za pomocą domowej roboty sprężarki powietrza (zasilanej elektrycznie) używanej w gospodarstwie dziadka do pompowania kół maszyn rolniczych. Po podłączeniu sprężarki do źródła zasilania elektrycznego powód został porażony prądem, co miało poważne skutki dla jego zdrowia. W czasie zdarzenia powód pozostawał na terenie gospodarstwa rolnego pod nadzorem swojej matki i babki (jego ojciec przebywał za granicą), jednak matka chwilowo weszła do domu, aby uśpić drugie z dzieci. Powód został pod opieką babki i wtedy udał się do garażu, w którym doszło do wypadku. Rodzice i babka zakazywali powodowi używania urządzeń elektrycznych, ale powód złamał ten zakaz. Nie ustalono przyczyny ani rzeczywistej wady sprężarki powietrza. Garaż, w którym się znajdował, był jednak otwarty i niezabezpieczony przed dostępem małoletniego powoda²⁸.

Najbardziej kontrowersyjną kwestią w sprawie była możliwość obniżenia należnego powodowi zadośćuczynienia na podstawie art. 362 k.c. z uwagi na przyczynienie się poszkodowanego do powstania szkody. Sąd pierwszej instancji obniżył zadośćuczynienie z uwagi na nieprawidłowość zachowania samego poszkodowanego. Sąd przyjął, że co prawda powodowi z racji wieku nie można było przypisać winy za spowodowanie wypadku, jednak świadomie złamał on zakaz ze strony rodziców, którzy zabronili mu posługiwania się urządzeniami elektrycznymi w gospodarstwie, a powód „był już w takim wieku, że tego rodzaju decyzję mógł podjąć samodzielnie”²⁹. Sąd dodał, że małoletni poniżej 13. roku życia, nieponoszący winy z racji wieku, może swoim działaniem lub zaniechaniem przyczynić się do zaistnienia zdarzenia i powstania szkody w rozumieniu art. 362 k.c.³⁰

Sąd drugiej instancji również uznał za zasadne obniżenie zadośćuczynienia na podstawie art. 362 k.c., ale źródła przyczynienia się do powstania szkody upatrywał nie w zachowaniu samego poszkodowanego, lecz w niedopełnieniu przez rodziców obowiązku nadzoru nad małoletnim. Sąd przyjął, że powód był w wieku, w którym nie miał świadomości skutków korzystania ze sprężarki oraz ryzyka doznania porażenia prądem i wymagał bezpośredniego nadzoru oraz wzmożonej pieczy nad jego bezpieczeństwem, ale rodzice nie dochowali należytej staranności przy wykonywaniu obowiązku nadzoru i nie dopełnili „wszystkiego co możliwe, by zapobiec szkodzie”³¹. W konsekwencji podję-

Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz.U. z 2022 r. poz. 2277 ze zm.).

²⁸ Stan faktyczny został częściowo przytoczony w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego, a bardziej szczegółowo w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 13.06.2019 r. (I ACa 156/18), LEX nr 3391943, od którego wniesiona została skarga kasacyjna rozpoznawana przez Sąd Najwyższy.

²⁹ Stanowisko sądu pierwszej instancji zostało przytoczone w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 13.06.2019 r. (I ACa 156/18), LEX nr 3391943.

³⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 13.06.2019 r. (I ACa 156/18), LEX nr 3391943.

³¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 13.06.2019 r. (I ACa 156/18), LEX nr 3391943.

ta przez powoda próba uruchomienia sprzężarki nie została dostrzeżona przez osoby, które się nim opiekowały, i nie uniemożliwiono mu tej czynności mimo istnienia zagrożenia dla zdrowia dziecka. W ocenie sądu apelacyjnego przyczynienie się rodziców do powstania szkody, która dotknęła ich małoletnie dziecko, jest równoznaczne co do skutków określonych w art. 362 k.c. z przyczynieniem się samego poszkodowanego³².

Stanowisko Sądu Najwyższego

Sąd Najwyższy nie podzielił stanowiska sądu apelacyjnego w tej ostatniej kwestii i przyjął, że skutki działań lub zaniechań osób zobowiązanych do nadzoru nad małoletnim poszkodowanym nieposiadającym zdolności deliktowej (tj. małoletnim poniżej lat 13 – art. 426 k.c.) nie powodują zmniejszenia odszkodowania należnego temu małoletniemu (art. 362 k.c.), choćby nawet zachowania te pozostawały w związku przyczynowym z poniesioną przez małoletniego szkodą. Skutki zachowań takich osób nie mogą zostać uznane za przyczynienie się małoletniego do powstania szkody, gdyż nie sposób uznać osób zobowiązanych do nadzoru nad nim za takie, za które poszkodowany ponosi odpowiedzialność deliktową.

W odniesieniu do samego małoletniego Sąd Najwyższy wyraził zapatrywanie, że również jego zachowanie nie może być kwalifikowane jako przyczynienie się do powstania szkody w rozumieniu art. 362 k.c., ponieważ dla uwzględnienia przyczynienia się niezbędne jest posiadanie przez poszkodowanego zdolności deliktowej, a 9-letni powód zdolności tej nie miał w chwili zdarzenia i tym samym nie można mu przypisać winy. Sąd Najwyższy stwierdził, że konieczność spełnienia przesłanki winy poszkodowanego dla przyjęcia jego przyczynienia się do powstania szkody wynika także z koncepcji tzw. równego traktowania, z której wywiódł, iż „skoro warunkiem odpowiedzialności deliktowej za zawiniony czyn własny jest posiadanie określonych kwalifikacji psychicznych umożliwiających postawienie zarzutu winy, to identyczny wymóg należy przyjąć w odniesieniu do możliwości postawienia poszkodowanemu zarzutu przyczynienia się”. Tym samym Sąd nie znalazł uzasadnienia dla obniżenia należnego poszkodowanemu zadośćuczynienia na podstawie art. 362 k.c.

Dodatkowo Sąd Najwyższy uznał, że dopuszczenie przez osoby obowiązane do nadzoru nad małoletnim do skorzystania przez niego ze sprzężarki w celu napompowania koła w rowerze nie stanowiło uchybienia przez rodziców obowiązkowi nadzoru nad małoletnim, bowiem „trudno przyjąć, iż taka powszechna czynność, często wykonywana w realiach tego rodzaju gospodarstw jak w niniejszej sprawie, powinna być dokonywana w jakiś szczególny, uwzględniający elementy władztwa nad małoletnim, sposób”.

³² Sąd Apelacyjny przywołał tu stanowisko zaprezentowane we wcześniejszym orzecznictwie Sądu Najwyższego – zob. wyrok SN z 2.12.1982 r. (IV CR 484/82), OSPIKA 1984/1, poz. 4; wyrok SN z 10.09.1965 r. (II CR 283/65), OSPIKA 1967/6–7, poz. 174.

Ocena rozstrzygnięcia

Na pełną aprobatę zasługuje stanowisko wykluczające możliwość uznania działań lub zaniechań osób obowiązanych do nadzoru nad poszkodowanym nieposiadającym zdolności deliktowej (art. 426 k.c.) za przyczynienie się poszkodowanego do powstania lub zwiększenia szkody w rozumieniu art. 362 k.c. Pogląd ten zdecydowanie dominuje zarówno w orzecznictwie³³, jak i w doktrynie³⁴.

Na większą uwagę zasługuje wyrażone w uzasadnieniu wyroku zapatrywanie w kwestii przesłanek kwalifikacji zachowania poszkodowanego jako przyczynienia się w rozumieniu art. 362 k.c. W doktrynie i orzecznictwie prezentowane są w tej kwestii różne stanowiska³⁵, ale najczęściej aprobowana jest koncepcja, zgodnie z którą za przyczynienie się do powstania lub zwiększenia szkody może być uznane tylko zachowanie poszkodowanego pozostające w adekwatnym związku przyczynowym ze szkodą albo koncepcja wymagająca, poza związkiem kauzalnym, także obiektywnej nieprawidłowości zachowania poszkodowanego³⁶. W komentowanym wyroku przyjęty został inny pogląd, chociaż nie został on wystarczająco jasno nakreślony. Sąd Najwyższy stwierdził ogólnie, że „posiadanie przez poszkodowanego zdolności deliktowej jako wymóg zastosowania instytucji przyczynienia się do powstania szkody wynika z akceptacji koncepcji winy jako adekwatnie tłumaczącej istotę przyczynienia się”, co może sugerować, iż wina poszkodowanego została uznana za generalną przesłankę przyjęcia przyczynienia się poszkodowanego w rozumieniu

³³ Zob. wyrok SN z 16.03.1983 r. (I CR 33/83), OSNCP 1983/12, poz. 196; wyrok SN z 22.09.1986 r. (IV CR 279/86), LEX nr 530539; wyrok SN z 5.11.2008 r. (I CSK 139/08), Legalis nr 553458; wyrok SN z 24.01.2017 r. (V CSK 163/16), Legalis nr 1618261; tak też Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 3.06.2020 r. (I ACa 284/20), Legalis nr 2449725.

³⁴ A. Szpunar, *Wina poszkodowanego w prawie cywilnym*, Warszawa 1971, s. 177–178; A. Kubas, *Zachowanie osób trzecich jako przyczynienie się poszkodowanego*, „Studia Cywilistyczne” 1976, t. XXVI, s. 32–33; M. Kaliński (w.): *System prawa cywilnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 198–199; M. Wilejczyk, *Przyczynienie się poszkodowanego do powstania szkody a współczesne tendencje ochrony poszkodowanego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2018/1, s. 171–172; P. Sobolewski (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Warszawa 2022, Legalis/el., komentarz do art. 362, nt 20–21; A. Koch (w.): *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, komentarz do art. 362, nb 24; P. Machnikowski (w.): *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I k.c. Komentarz*, red. P. Machnikowski, Warszawa 2022, Legalis/el., t. 1, komentarz do art. 362, nb 37. Przeciwnie stanowisko wyrażone przez K. Stefaniuka, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10.09.1965 r. (II CR 283/65)*, OSPiKA 1967/6–7, poz. 174, s. 315, należy uznać za odosobnione.

³⁵ W najnowszej literaturze zestawiają je m.in. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014, s. 538–550; M. Wilejczyk, *Przyczynienie się...*, s. 148–151; T. Nowakowski, *Koncepcje przyczynienia się poszkodowanego do wypadku komunikacyjnego prezentowane w doktrynie i orzecznictwie*, „Przegląd Sądowy” 2021/7–8, s. 147–149; P. Sobolewski (w.): *Kodeks...*, komentarz do art. 362, nt 1.

³⁶ Zob. literaturę przywołaną w poprzednim przypisie oraz tam omawiane orzecznictwo.

art. 362 k.c.³⁷ Jednocześnie jednak Sąd Najwyższy odwołał się do wywodzonej z literatury obcej „koncepcji równego traktowania”, która z kolei zakłada, że o przyczynieniu się poszkodowanego można mówić wtedy, gdy w odniesieniu do niego są spełnione takie przesłanki, jakie byłyby wymagane do przyjęcia jego odpowiedzialności, gdyby to on był sprawcą szkody³⁸, a to nie zawsze będzie skutkowało koniecznością przypisania poszkodowanemu winy dla przyjęcia, że przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, ponieważ różne mogą być podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej, a nie wszystkie uzależniają tę odpowiedzialność od winy. W sprawie, w której zapadł komentowany wyrok, sądy pierwszej i drugiej instancji przyjęły, że osoba bezpośrednio ponosząca odpowiedzialność odszkodowawczą odpowiada na podstawie art. 415 k.c., a więc na zasadzie winy³⁹. Być może zatem stanowiska Sądu Najwyższego o konieczności przypisania winy poszkodowanemu dla przyjęcia jego przyczynienia się nie należy traktować jako odnoszącego się generalnie do każdej podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej, lecz tylko do przypadków, w których osoba bezpośrednio ponosząca odpowiedzialność odszkodowawczą odpowiada za czyn niedozwolony na zasadzie winy. Za tym ostatnim wnioskiem przemawiałoby to, że przywołana przez Sąd Najwyższy teoria równego traktowania jest zbliżona do prezentowanej w polskiej literaturze koncepcji, według której przesłanki przyczynienia się zależą od tego, na jakiej zasadzie ponosi odpowiedzialność sprawca szkody, a więc jeśli ponosi on odpowiedzialność na zasadzie winy, to wina jest też przesłanką przyjęcia przyczynienia się poszkodowanego⁴⁰.

Mimo tej niejasności komentowany wyrok porusza istotny i aktualny problem możliwości przyjęcia przyczynienia się osoby nieposiadającej zdolności deliktowej do powstania szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym. Sąd

³⁷ Taki pogląd również jest prezentowany w polskiej doktrynie (zob. m.in. M. Wilejczyk, *Przyczynienie się...*, s. 149–150; P. Granecki, *W sprawie wykładni art. 362 kodeksu cywilnego*, „Państwo i Prawo” 2003/1, s. 76–77), chociaż ma on mniej zwolenników niż koncepcje kausalna i obiektywnej nieprawidłowości zachowania poszkodowanego.

³⁸ Zob. szerzej M. Wilejczyk, *Przyczynienie się...*, s. 151–152 i tam przywołane stanowiska prezentowane w literaturze obcej.

³⁹ Winy („co najmniej rażącego niedbalstwa”) rolnika posiadającego gospodarstwo rolne dopatrzono się w niezabezpieczeniu garażu, w którym znajdowała się sprężarka powietrza, przed dostępem małoletniego (tak sąd apelacyjny), ale kwestia podstawy prawnej i przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej ubezpieczonego rolnika została potraktowana marginalnie przez sądy orzekające w sprawie. Można by się zastanawiać, czy zachodziły podstawy przyjęcia odpowiedzialności rolnika na zasadzie ryzyka (art. 435 § 1 k.c.), ale kwestia ta nie była analizowana i nie wiadomo, czy gospodarstwo rolne spełniało przesłanki zakwalifikowania go jako przedsiębiorstwo uprawiane w ruch za pomocą sił przyrody – por. wyrok Sądu Najwyższego z 15.02.2008 r. (I CSK 376/07), OSNC 2008/D, nr 4, poz. 117.

⁴⁰ Zwolennikiem tej koncepcji był zwłaszcza A. Szpunar, *Wina...*, s. 116–125; zob. też T. Wiśniewski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2018, s. 113–114; w orzecznictwie zob. wyroki Sądu Najwyższego: z 13.10.1998 r. (II UKN 259/98), OSNP 1999/21, poz. 698; z 16.09.2003 r. (IV CKN 481/01), Legalis nr 65149; z 3.08.2006 r. (IV CSK 118/06), Legalis nr 173821, a także z 17.04.2015 r. (I CSK 216/14), Legalis nr 1260019.

Najwyższy przyjął, że zdolność deliktowa jest przesłanką takiego przyczynienia, chociaż nie jest do końca jasne, do jakich przypadków odpowiedzialności odszkodowawczej Sąd Najwyższy chciał odnieść to wymaganie. Jeśli tylko do przypadków odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych opartej na zasadzie winy, to stanowisko to można uznać za zbieżne z poglądem już wcześniej wyrażanym przez Sąd Najwyższy⁴¹. W innych europejskich porządkach prawnych posiadanie zdolności deliktowej jest jednak uznawane z reguły za przesłankę przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody, zwłaszcza w odniesieniu do szkód na osobie, i to nie tylko w przypadkach, gdy sam sprawca szkody ponosi odpowiedzialność na zasadzie winy. Polski system prawny jawi się na tym tle jako jeden z nielicznych, w których osobom nieposiadającym zdolności deliktowej może zostać przypisane przyczynienie się do powstania szkody⁴². Trafnie podkreśla się więc konieczność ponownej analizy tego zagadnienia w prawie polskim i weryfikacji dotychczas przyjętych zapatrywań⁴³, a komentowany wyrok wychodzi naprzeciw tej potrzebie.

Podjęwając dyskusję na ten temat, należy jednak zwrócić uwagę na konsekwencje przyjęcia stanowiska uzależniającego możliwość przypisania poszkodowanemu przyczynienia się do powstania szkody od posiadania przez niego zdolności deliktowej. W prawie polskim zdolność deliktowa małoletnich wyznaczona jest przez sztywny wymóg osiągnięcia wieku 13 lat (art. 426 k.c.), a zdolność deliktowa osób niepoczytalnych oceniana jest *ad casu* (art. 425 k.c.). Wyłączenie możliwości przypisania przyczynienia się osobie nieposiadającej zdolności deliktowej rodzi automatycznie pytanie o odpowiedzialność odszkodowawczą osób zobowiązanych do nadzoru nad małoletnimi i niepoczytalnymi, którzy doznali szkody w następstwie niedopełnienia obowiązku nadzoru nad nimi. Osoby obowiązane do sprawowania nadzoru, które naruszyły ciążące na nich obowiązki, powinny ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą wobec poszkodowanych poddanych ich opiece, a ich odpowiedzialność powinna być solidarna ze sprawcą „głównym” (art. 441 § 1 k.c.).

W tym kontekście w komentowanym wyroku można dostrzec pewną niekonsekwencję. Z jednej strony Sąd Najwyższy przyjął, że „działanie poszkodowanego oraz dalsze konsekwencje tego działania z uwagi na wiek poszkodowanego pozostawały poza sferą jego świadomości oraz umiejętności poznawczych”, dlatego nie można obniżyć zadośćuczynienia należnego mu od ubezpieczyciela. Z drugiej jednak strony Sąd Najwyższy ocenił, że dopuszczenie przez osoby obowiązane do nadzoru do skorzystania przez małoletniego ze sprzętarki w celu napompowania koła w rowerze nie mogło zostać zakwalifikowane jako uchybienie obowiązkowi nadzoru. Skoro w ocenie sądu, z uwagi na wiek poszko-

⁴¹ Zob. wyroki przywołane w poprzednim przypisie.

⁴² Zob. U. Magnus, M. Martín-Casals, *Comparative Conclusions (w:) Unification of Tort Law: Contributory Negligence*, red. U. Magnus, M. Martín-Casals, The Hague–London–New York 2004, s. 279–281. Por. też M. Wilejczyk, *Przyczynienie się...*, s. 155–157.

⁴³ M. Wilejczyk, *Przyczynienie się...*, *passim*.

dowanego, miał on ograniczone zdolności poznawcze, a konsekwencje użycia urządzenia elektrycznego pozostawały poza sferą jego świadomości, to sąd powinien był wyprowadzić stąd wnioski, że powód był jednak w wieku, w którym nadal wymagał dość ścisłego nadzoru ze strony osób dorosłych. Nie można, nie narażając się na zarzut niekonsekwencji, przyjąć jednocześnie, że mimo takich ograniczeń zdolności poznawczych dziecka nadzór nad nim ze strony osób obowiązanych do opieki był w stanie faktycznym wystarczający. Zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę, że stopień wymaganej od rodziców staranności przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej, także w zakresie troski o bezpieczeństwo dziecka, określa się wręcz jako „maksymalny”⁴⁴.

Przy stanowisku Sądu Najwyższego zakładającym brak możliwości przyjęcia przyczynienia się do powstania szkody poszkodowanych pozbawionych zdolności deliktowej nie powinno się więc jednocześnie łagodzić wymagań stawianych osobom obowiązanych do nadzoru nad takimi poszkodowanymi. W przeciwnym wypadku dochodzić może do nieakceptowalnych sytuacji, w których nawet w razie obiektywnie nieprawidłowego i pozostającego w związku kauzalnym ze szkodą zachowania osoby nieposiadającej zdolności deliktowej ciężar naprawienia szkody wyrządzonej takiej osobie będzie przerzucany w całości na osobę trzecią (sprawcę szkody), gdyż poszkodowanemu nie będzie można przypisać przyczynienia się z uwagi na brak zdolności deliktowej, a osoby, które właśnie z uwagi na ograniczone zdolności poznawcze tej osoby i nieumiejętność należytego rozpoznania grożących jej niebezpieczeństw obowiązane są do nadzoru nad taką osobą, będą „zwolnione” z odpowiedzialności odszkodowawczej w stosunku do podopiecznego za niedopełnienie obowiązku nadzoru, wobec obniżania stopnia wymaganej od nich staranności przy sprawowaniu nadzoru nad podopiecznym. Przerzucanie odpowiedzialności za skutki zachowań takich podopiecznych w całości na osobę trzecią – sprawcę szkody, budzi sprzeciw i musi zostać uznane za nadużycie.

J.Z.

2.2. PIERWSZEŃSTWO ZASPOKOJENIA Z PRZEDMIOTU CZYNNOŚCI UZNANEJ ZA BEZSKUTECZNĄ WOBEC WIERZycIELA

Komentarz do uchwały Sądu Najwyższego z 2.02.2022 r. (III CZP 32/22)⁴⁵

W razie zbiegu – w postępowaniu egzekucyjnym z użytkownika wieczystego – uprawnienia wierzyciela (pauliańskiego), względem którego

⁴⁴ J. Gajda (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021, Legalis/el., komentarz do art. 95, nb 3 i 12; J. Słyk (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu M. Domański, J. Słyk, Warszawa 2022, Legalis/el., komentarz do art. 95, nt 17. Por. też postanowienie Sądu Najwyższego z 12.12.2000 r. (V CKN 1751/00), Legalis nr 299530.

⁴⁵ Uchwała SN z 2.02.2022 r. (III CZP 32/22), OSNC 2022/9, poz. 87.

czynność prawna zbycia tego prawa, zawarta między dłużnikiem a osobą trzecią, została uznana za bezskuteczną (art. 532 k.c.), z uprawnieniem wierzyciela (hipotecznego), który uzyskał na tym prawie zabezpieczenie hipoteczne na podstawie czynności prawnej zawartej z osobą trzecią, ale przed ujawnieniem w księdze wieczystej roszczenia wierzyciela pauliańskiego, mają zastosowanie reguły pierwszeństwa wynikające z ustawy z 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. z 2019 r. poz. 2204), chyba że wierzyciel pauliański zakwestionował skutecznie czynność prawną ustanowienia hipoteki w trybie skargi pauliańskiej realizowanej w formie powództwa albo zarzutu przeciwko wierzycielowi hipotecznemu (art. 531 § 1 i 2 k.c.).

Stan faktyczny

Małżonkowie w 2009 r. zawarli umowę sprzedaży prawa użytkowania wieczystego na rzecz spółki z o.o., która została wpisana do księgi wieczystej jako użytkownik wieczysty. W marcu 2013 r. sąd okręgowy w wyroku uznał tę umowę za bezskuteczną wobec Skarbu Państwa – naczelnika urzędu skarbowego w K. W lutym 2014 r. sąd apelacyjny zmienił wyrok, ograniczając uznanie wspomnianej umowy sprzedaży za bezskuteczną, jednakże na skutek uchylecia tego wyroku przez SN w wyniku wniesionej skargi kasacyjnej ostatecznie sąd apelacyjny w wyroku z.12.2015 r. uwzględnił w całości powództwo Skarbu Państwa – naczelnika urzędu skarbowego. Już po wydaniu wyroku przez sąd okręgowy pozwana spółka ustanowiła w 2013 r. na prawie użytkowania wieczystego trzy hipoteki na rzecz różnych podmiotów, z których jedna została dwa lata później wykreślona. Na wniosek Skarbu Państwa – naczelnika urzędu skarbowego z.04.2014 r. zostało ujawnione w księdze wieczystej, w której wpisane było prawo użytkowania wieczystego, roszczenie Skarbu Państwa „uwzględnione wyrokiem sądu apelacyjnego”. Naczelnik urzędu skarbowego wystawił administracyjny tytuł wykonawczy przeciwko małżonkom (pozwany w sprawie ze skargi pauliańskiej) i wszczął egzekucję z prawa użytkowania wieczystego. Ponieważ egzekucję do prawa użytkowania wieczystego skierował także jeden z wierzycieli hipotecznych, prowadzenie egzekucji zostało powierzone komornikowi. Prowadzący egzekucję wierzyciel hipoteczny uzyskał przybicie prawa użytkowania wieczystego, lecz nie zapłacił całej ceny, ponieważ chciał zaliczyć na jej poczet własną wierzytelność zabezpieczoną hipoteką. Sąd rejonowy odmówił przysądzenia prawa użytkowania wieczystego na rzecz wierzyciela hipotecznego, wskazując na pierwszeństwo zaspokojenia należności, których ochronę uzyskał Skarb Państwa wskutek uwzględnienia skargi pauliańskiej. Sąd okręgowy, który rozpoznawał zażalenie wierzyciela hipotecznego na postanowienie sądu rejonowego odmawiające przysądzenia prawa użytkowania wieczystego, postanowił skierować pytanie prawne do SN, powołując się na wątpliwości

dotyczące pierwszeństwa zaspokojenia na gruncie art. 532 k.c. W uzasadnieniu pytania sąd okręgowy stwierdził, że jego zdaniem nie znajduje uzasadnienia pogląd, który przyznaje bezwzględne pierwszeństwo wierzyciela pauliańskiego przed wierzycielami osobistymi i rzeczowymi osoby trzeciej, zwłaszcza że wierzyciel pauliański prowadzi egzekucję przeciwko własnemu dłużnikowi, a nie osobie trzeciej, przeciwko której egzekucję prowadził w sprawie wierzyciel hipoteczny. Przeciwno przyznaniu pierwszeństwa wierzytelności wierzyciela pauliańskiego przemawia ponadto zdaniem sądu okręgowego „istota zabezpieczeń rzeczowych” oraz rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych.

Stanowisko Sądu Najwyższego

Sąd Najwyższy, udzielając odpowiedzi na pytanie prawne sądu okręgowego, uznał, że o pierwszeństwie zaspokojenia wierzytelności w razie skierowania egzekucji do tego samego przedmiotu przez wierzyciela pauliańskiego i wierzyciela hipotecznego powinny rozstrzygać reguły pierwszeństwa wynikające z przepisów ustawy z 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece⁴⁶. Sąd Najwyższy przypomniał, że wyrok uwzględniający powództwo wydany na skutek skargi pauliańskiej ma charakter kształtujący i łącznie z tytułem wykonawczym przeciwko dłużnikowi zaskarżonej czynności stanowi podstawę umożliwiającą wierzycielowi sięgnięcie do znajdującego się w majątku osoby trzeciej przedmiotu, który wyszedł z majątku dłużnika na skutek zaskarżonej czynności dłużnika. Egzekucja jest prowadzona przeciwko dłużnikowi i w jej toku komornik zajmuje przedmiot należący do osoby trzeciej, który – na skutek ubezskutekcznienia w stosunku do wierzyciela czynności prawnej wprowadzającej ten przedmiot do majątku tej osoby – traktowany jest w toku egzekucji tak, jakby pozostawał nadal w majątku dłużnika. Stosownie do art. 532 k.c. wierzyciel, wobec którego czynność dłużnika została uznana za bezskuteczną, może z pierwszeństwem przed wierzycielami osoby trzeciej dochodzić zaspokojenia z przedmiotów majątkowych, które wskutek tej czynności wyszły z majątku dłużnika albo do niego nie weszły. Przysługujące wierzycielowi pauliańskiemu prawo zaspokojenia dotyczy wyłącznie konkretnej wierzytelności i odnosi się jedynie do przedmiotów wymienionych w wyroku ze skargi pauliańskiej. Osoba trzecia powinna umożliwić mu realizację tego prawa, znosząc egzekucję skierowaną do składników majątkowych, których dotyczyła zaskarżona czynność, w granicach chronionej skargą pauliańską wierzytelności.

Następnie SN wskazał przepisy statuujące ustawowe pierwszeństwo zaspokojenia (art. 739 § 1, art. 1127, art. 1151 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego⁴⁷, art. 335, art. 773 § 2 i art. 828 § 1 k.c. oraz art. 295 § 3, art. 486 § 3 Kodeksu spółek handlowych⁴⁸). Zauważył, że rozumienie pierwszeństwa w zaspokojeniu

⁴⁶ Ustawa z 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. z 2023 r. poz. 146), dalej u.k.w.h.

⁴⁷ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.).

⁴⁸ Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1467 ze zm.).

konkurujących wierzytelności w literaturze prawniczej i w judykaturze nie jest jednolite. Według pierwszego poglądu pierwszeństwo zaspokojenia nie ma charakteru absolutnego i doznaje ograniczeń wynikających z przepisów o pierwszeństwie praw ujawnionych w księdze wieczystej bądź w rejestrze zastawów, jak też w przepisach o przywilejach określonych w art. 346 pr. upadł. Zgodnie z tym poglądem wierzytelność przysługująca wierzycielowi pauliańskiemu zaspokajana jest w tej samej kategorii co należności zabezpieczone rzeczowo, z uwzględnieniem jednak regulacji zawartej w art. 1026 § 1 k.p.c., a zatem po zaspokojeniu wierzytelności zabezpieczonej hipotecznie. Według drugiego poglądu art. 532 k.c. uprawnia wierzyciela pauliańskiego do zaspokojenia swojej wierzytelności przed wszelkimi wierzycielami osoby trzeciej, wymienionymi w art. 1025 k.p.c., co odpowiada celowi skargi pauliańskiej, ponieważ gdyby nie doszło do zaskarżonej czynności, osoba trzecia nie uzyskałaby korzyści, a jej wierzyciele nie mogliby zaspokoić się z tej korzyści. Ponadto art. 532 k.c. nie różnicuje wierzytelności przysługujących wierzycielom osoby trzeciej.

Sąd Najwyższy wskazał również na pogląd, że w przypadku skierowania egzekucji do przedmiotu czynności fraudacyjnej przez wierzyciela pauliańskiego i wierzyciela osoby trzeciej dochodzi do zbiegu egzekucji sądowych przeciwko różnym dłużnikom, ale skierowanych do tego samego przedmiotu, a wobec tego art. 1025 k.p.c. nie powinien mieć zastosowania. W takim przypadku wierzyciel pauliański powinien domagać się zwolnienia tego przedmiotu spod egzekucji.

Po przedstawieniu poglądów doktryny i orzecznictwa SN stwierdził, że analizowane zagadnienie ma charakter złożony i wymaga wszechstronnego podejścia uwzględniającego zarówno normy prawa materialnego, jak i procesowego. Podkreślił, że choć art. 532 k.c. nie ogranicza uprzywilejowania jedynie do określonej kategorii wierzycieli osoby trzeciej, to musi być interpretowany z uwzględnieniem przepisów szczególnych, a takimi są przepisy ustawy o księgach wieczystych i hipotece, te zaś przyznają pierwszeństwo zaspokojenia w egzekucji prowadzonej do przedmiotu hipoteki wierzytelności zabezpieczonej hipoteką przed wierzytelnościami przysługującymi wierzycielom osobistym dłużnika rzeczowego. Ponieważ wykładnia językowa art. 532 k.c. i art. 65 ust. 1 u.k.w.h. nie pozwala rozstrzygnąć kolizji uprawnień wierzyciela pauliańskiego i wierzyciela hipotecznego, dlatego należy sięgnąć do wykładni systemowej, funkcjonalnej i logicznej.

Zdaniem SN wyniki wykładni systemowej i funkcjonalnej przemawiają na rzecz przyznania pierwszeństwa wierzycielowi hipotecznemu. Na skutek uznania czynności prawnej dłużnika z osobą trzecią za bezskuteczną nieruchomości jest traktowana tak, jakby nadal znajdowała się w majątku dłużnika, a nie osoby trzeciej i w konsekwencji co do zasady nie może zostać obciążona hipoteką przez osobę trzecią ze skutkiem wobec wierzyciela pauliańskiego. Ponieważ jednak bezskuteczność czynności jest wynikiem orzeczenia sądu, istotnego znaczenia nabiera to, kiedy doszło do obciążenia hipotecznego nieruchomości przez osobę trzecią oraz czy wówczas było ujawnione w księdze

wieczystej roszczenie wierzyciela pauliańskiego, względnie czy wierzyciel hipoteczny, pomimo braku ujawnienia roszczenia pauliańskiego w księdze wieczystej, miał wiedzę o tym roszczeniu. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że *de lege lata* wierzycielowi pauliańskiemu przysługują środki zabezpieczające go przed czynnościami osoby trzeciej zmierzającymi do dalszego rozporządzania prawem do przedmiotu czynności fraudacyjnej. Są to przepisy o zabezpieczeniu roszczeń niepieniężnych w postępowaniu cywilnym, w tym pozwalające wydać postanowienie zakazujące zbywania lub obciążania nieruchomości (art. 756³ i art. 756⁴ k.p.c.). Uzyskanie takiego zabezpieczenia i ujawnienie go w księdze wieczystej powoduje, że uprawnionego należy uznać za osobę, której przysługuje prawo osobiste zabezpieczone na nieruchomości w rozumieniu art. 922 k.p.c. Następnie SN wskazał na art. 17 u.k.w.h., który stanowi podstawę prawną skutecznego dochodzenia roszczenia zabezpieczonego przez wpis także w odniesieniu do wierzyciela hipotecznego, który uzyskał wpis hipoteki już po ujawnieniu roszczenia w księdze wieczystej. Jest on konsekwencją przyjętej w ustawie o księgach wieczystych i hipotece zasady, że prawo wpisane później nie może być wykonywane z uszczerbkiem dla prawa wpisanego wcześniej, o ile przepis ustawy nie stanowi inaczej. Ponadto wierzyciel pauliański może zaskarżyć rozporządzenie przedmiotem czynności fraudacyjnej przez osobę trzecią na podstawie art. 532 § 2 k.c., przy czym rozporządzenie w rozumieniu tego przepisu może polegać na ustanowieniu na nim ograniczonego prawa rzeczowego. Przepisy o skardze pauliańskiej pozwalają wierzycielowi pauliańskiemu żądać uznania czynności za bezskuteczną także w drodze zarzutu, również w przypadku wszczęcia egzekucji z przedmiotu, co do którego czynność prawna dłużnika z osobą trzecią została uznana za bezskuteczną, przez wierzyciela hipotecznego, który uzyskał tego rodzaju zabezpieczenie na skutek czynności prawnej z osobą trzecią. Jeżeli wierzyciel pauliański nie ujawnił swojego roszczenia w księdze wieczystej, może w postępowaniu egzekucyjnym prowadzonym z nieruchomości objętej czynnością fraudacyjną podnieść zarzut przeciwko wierzycielowi hipotecznemu na podstawie art. 532 § 2 k.c. Wierzyciel fraudacyjny może także wykazać złą wiarę wierzyciela hipotecznego w celu zwalczania pierwszeństwa zaspokojenia, gdy wiedział o roszczeniu wierzyciela pauliańskiego albo mógł się o nim z łatwością dowiedzieć (art. 6 ust. 2 u.k.w.h.). Dlatego SN doszedł ostatecznie do wniosku, że art. 532 § 1 k.c. nie modyfikuje w stosunku do wierzyciela hipotecznego, który uzyskał zabezpieczenie rzeczowe po dokonaniu czynności fraudacyjnej dłużnika z osobą trzecią, ale przed ujawnieniem w księdze wieczystej roszczenia wierzyciela pauliańskiego, pierwszeństwa zaspokojenia wierzytelności hipotecznej wynikającego z art. 65 ust. 1 u.k.w.h., chyba że zostanie uwzględniona skarga pauliańska przeciwko takiemu wierzycielowi hipotecznemu, dochodzona w formie powództwa albo zarzutu (art. 531 k.c.).

Ocena rozstrzygnięcia

Uchwała SN zasługuje na uwagę z kilku powodów. Po pierwsze, rozstrzyga problem kolizji pierwszeństwa zaspokojenia wierzyciela pauliańskiego i wierzyciela, któremu przysługuje hipoteka ustanowiona przez osobę trzecią, będący przedmiotem sporów w nauce prawa i orzecznictwie. Ma ona znaczenie przede wszystkim w sytuacji, gdy do udzielenia zabezpieczenia i ustanowienia hipoteki doszło przed wejściem w życie art. 756⁴ § 2 k.p.c.⁴⁹ (jak w stanie faktycznym, w którym została wydana uchwała). Po drugie, przyjęty przez SN pogląd wymaga krytycznej oceny ze względu na przedstawioną w nim argumentację, która opiera się na błędnej analizie przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece i przepisów Kodeksu postępowania cywilnego.

1. Jak przedstawił to SN w uzasadnieniu komentowanej uchwały, w nauce prawa i orzecznictwie wykształciły się zasadniczo dwa poglądy co do rozumienia pierwszeństwa zaspokojenia z przedmiotu czynności fraudacyjnej przez wierzyciela, który uzyskał orzeczenie uznające czynność dłużnika za bezskuteczną.

Według pierwszego stanowiska pierwszeństwo określone w art. 532 k.c. uprawnia do zaspokojenia się wierzyciela pauliańskiego przed wszelkimi wierzycielami osoby trzeciej, wymienionymi w art. 1025 § 1 pkt 2–10 k.p.c., co odpowiada celowi skargi pauliańskiej, którym jest zaspokojenie wierzycieli z określonego przedmiotu, tak jakby się znajdował w majątku dłużnika. Przemawia za tym argument, że art. 532 k.c. nie różnicuje wierzycieli osobistych i rzeczowych osoby trzeciej. Obowiązek znoszenia egzekucji narzucony osobie trzeciej w art. 532 k.c. dotyczy także wierzycieli tej osoby, którzy – mimo że mają podstawy do traktowania przedmiotu ubezskutezcznionej czynności jako znajdującego się w majątku osoby trzeciej – w zbiegu z wierzycielem pauliańskim muszą ustąpić mu pierwszeństwa i mogą się zaspokoić z reszty sumy uzyskanej z egzekucji po zaspokojeniu wierzyciela pauliańskiego⁵⁰. Niektórzy autorzy popierający to stanowisko czynią jednak zastrzeżenie, że w przypadku obciążenia przedmiotu czynności fraudacyjnej hipoteką lub zastawem na rzecz osoby trzeciej wierzyciel pauliański będzie mógł korzystać z pierwszeństwa zaspokojenia przyznanego mu w art. 532 k.c. przed wierzytelnościami zabezpieczonymi rzeczowo, jeżeli zaskarżył ustanowienie zastawu lub hipoteki na podstawie art. 531 § 2 k.c.⁵¹

⁴⁹ Przepis ten został dodany przez ustawę z 7.04.2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz.U. poz. 933), która weszła w życie w dniu 1.06.2017 r. Zgodnie z nim nieważne jest rozporządzenie dokonane wbrew zakazowi zbywania lub obciążania ujawnionemu w księdze wieczystej prowadzonej dla nieruchomości.

⁵⁰ Tak SN w postanowieniu z 12.12.2012 r. (III CZP 79/12), OSNC 2013/6, poz. 80, z głosem krytyczną I. Kunickiego, „Państwo i Prawo” 2014/4, s. 122; w piśmiennictwie M. Pyziak-Szafnicka, *Ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika*, Warszawa 1995, s. 183.

⁵¹ Tak M. Gutowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, komentarz do art. 532, nb 12; P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021, komentarz do art. 532, nb 6.

Według drugiego stanowiska⁵² wierzytelność, której ochrony domagał się wierzyciel w postępowaniu ze skargi pauliańskiej, podlegać powinna uwzględnieniu w podziale sumy uzyskanej z egzekucji z przedmiotu czynności fraudacyjnej w kategorii określonej w art. 1025 § 1 pkt 5 k.p.c. jako wierzytelność korzystająca z ustawowego pierwszeństwa⁵³.

Stanowisko drugie nie jest przekonujące, gdyż art. 1025 § 1 pkt 5 k.p.c. określa pierwszeństwo zaspokojenia z tego samego przedmiotu w toku prowadzonej z niego egzekucji przez kilku wierzycieli w ramach tego samego postępowania egzekucyjnego. Natomiast w przypadku egzekucji prowadzonej przez wierzyciela pauliańskiego z przedmiotu czynności fraudacyjnej i przez wierzycieli osoby trzeciej dochodzi do zbiegu dwóch różnych postępowań egzekucyjnych przeciwko dwóm różnym osobom (w pierwszym postępowaniu egzekucyjnym wszczętym przez wierzyciela pauliańskiego dłużnikiem egzekwowanym jest dłużnik czynności dokonanej z pokrzywdzeniem wierzyciela, w drugim zaś postępowaniu – dłużnikiem egzekwowanym jest osoba trzecia)⁵⁴.

Z uwagi na wspomniany zbieg egzekucji prowadzonej z tego samego przedmiotu przez różnych wierzycieli wierzyciel pauliański powinien wytoczyć powództwo o zwolnienie od egzekucji przeciwko wierzycielowi hipotecznemu na podstawie art. 841 § 1 k.p.c., jeżeli ten dokonał zajęcia przedmiotu czynności fraudacyjnej po zajęciu dokonanym przez wierzyciela pauliańskiego. Gdyby natomiast z takim samym powództwem wystąpił wierzyciel hipoteczny przeciwko wierzycielowi pauliańskiemu po dokonaniu zajęcia przedmiotu hipoteki, wierzyciel pauliański mógłby się bronić przeciwko niemu, podnosząc zarzut rozporządzenia przez osobę trzecią uzyskaną korzyścią (art. 531 § 2 k.c.). Wytoczenie powództwa na podstawie art. 841 § 1 k.p.c. eliminuje problem zbiegu egzekucji kierowanej do przedmiotu czynności fraudacyjnej w razie uwzględnienia powództwa.

Problem powstaje, gdy się przyjmie – jak to uczynił SN w powołanej uchwale

⁵² Zob. I. Kunicki, *Podział sumy uzyskanej z egzekucji*, Sopot 1999, s. 162; H. Pietrzowski (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 5, *Postępowanie egzekucyjne*, red. T. Erciński, Warszawa 2016, s. 750; G. Wolak (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020, komentarz do art. 532, nb 2; A. Marciniak (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 4, *Komentarz. Art. 730–1095¹*, red. A. Marciniak, Warszawa 2020, komentarz do art. 1025, nb 6; A. Szymańska-Grodzka (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, *Art. 506–1217*, red. T. Szancilo, Warszawa 2019, komentarz do art. 1025, nb 11 lit. E; w orzecznictwie pogląd ten przyjął – jak się wydaje – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 20.12.2016 r. (I ACa 1426/16), Legalis nr 1714702.

⁵³ Na temat obydwu stanowisk zob. też P. Grzegorzczak, *Sytuacja prawna wierzyciela pauliańskiego w razie wszczęcia przez wierzycieli osoby trzeciej egzekucji z jej majątku*, „Monitor Prawniczy” 2013/15, s. 821 i n.; R. Adamus, *Kilka uwag o zasadzie pierwszeństwa zaspokojenia wierzyciela na podstawie art. 532 KC*, „Monitor Prawniczy” 2013/15, s. 799 i n.

⁵⁴ Jednakże w nowszym orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że egzekucja prowadzona jest przeciwko osobie trzeciej, zob. uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów SN z 16.06.2021 r. (III CZP 60/19), OSNC 2021/10, poz. 62 z glosą M. Pietrzyka, *Glosa do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego w sprawie III CZP 60/19 (częściowo krytyczna)*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2022/2, s. 77–95. SN w komentowanej uchwale nie przyjął jednak tego poglądu.

z 16.06.2021 r. (III CZP 60/19) – że wierzyciel pauliański jest uczestnikiem postępowania egzekucyjnego prowadzonego z przedmiotu czynności fraudacyjnej przez wierzyciela osoby trzeciej⁵⁵ (np. wierzyciela hipotecznego, który uzyskał hipotekę na tej nieruchomości). Wówczas należałoby ustalić pierwszeństwo zaspokojenia wierzyciela pauliańskiego i wierzyciela hipotecznego, gdyż w tym wypadku dochodziłoby do kolizji pierwszeństwa przyznanego wierzycielowi pauliańskiemu na podstawie art. 532 k.c. i pierwszeństwa przysługującego wierzycielowi hipotecznemu na podstawie art. 65 ust. 1 u.k.w.h. w ramach tego samego postępowania egzekucyjnego. Zastanowić się zatem należy, czy rozwiązanie sprawy pierwszeństwa zaspokojenia zaproponowane w komentowanej uchwale SN z 2.02.2022 r. pozwala rozstrzygnąć tę kolizję. Jeżeli przyjąć, że do obciążenia hipoteką nieruchomości doszłoby już po ujawnieniu w księdze wieczystej zakazu jej zbywania lub obciążania, wówczas wierzyciel hipoteczny mógłby korzystać z pierwszeństwa zaspokojenia przed wierzycielem hipotecznym na podstawie art. 17 u.k.w.h., jeżeli nieruchomość została obciążona hipoteką umowną. Gdyby jednak doszło do wpisu hipoteki przymusowej, powołany art. 17 u.k.w.h. nie miałby zastosowania, gdyż chroni on roszczenie ujawnione przez wpis w księdze wieczystej jedynie wobec praw nabytych w drodze czynności prawnej. Z kolei, jeżeli nieruchomość byłaby obciążona hipoteką (umowną lub przymusową), zanim został ujawniony w niej zakaz zbywania lub obciążania nieruchomości, wówczas wierzycielność zabezpieczona hipoteką korzystałaby z pierwszeństwa zaspokojenia przed wierzycielnością wierzyciela pauliańskiego. Aby temu zapobiec, wierzyciel pauliański musiałby więc wytoczyć powództwo o uznanie ustanowienia hipoteki za czynność bezskuteczną wobec niego na podstawie art. 531 § 2 k.c. To także nie prowadzi do zadowalających rezultatów, gdyż mogłoby dotyczyć tylko hipoteki umownej ustanowionej na nieruchomości, będącej przedmiotem czynności fraudacyjnej. W przypadku wpisu hipoteki przymusowej art. 531 § 2 k.c. nie ma zastosowania, chociażby wierzyciel osoby trzeciej wiedział, że osoba ta nabyła nieruchomość z pokrzywdzeniem wierzycieli zbywcy. Jak zatem widać, rozwiązanie zaproponowane przez SN w komentowanej uchwale z 2.02.2022 r. nie pozwala rozstrzygnąć w zadowalający sposób problemu pierwszeństwa zaspokojenia z przedmiotu czynności fraudacyjnej.

2. Niezależnie od wskazanych wyżej niedoskonałości rozwiązania zaproponowanego przez SN w komentowanej uchwale należy uznać ją za błędną. Mianowicie SN uważa, że przedstawiony problem pierwszeństwa zaspokojenia wierzyciela pauliańskiego i wierzyciela hipotecznego, którego hipoteka obciąża nieruchomość będącą przedmiotem czynności fraudacyjnej, należy rozstrzy-

⁵⁵ W uchwale tej SN stwierdził, że osoba, na rzecz której ustanowiono zakaz zbywania lub obciążania nieruchomości, ujawniony w księdze wieczystej, w celu zabezpieczenia roszczenia z art. 527 § 1 k.c., jest uczestnikiem postępowania egzekucyjnego z tej nieruchomości prowadzonego przez wierzyciela osoby trzeciej (będącej dłużnikiem egzekwowanym) i jest uprawniona do zaskarżenia postanowienia o przybyciu naruszającego jej prawa (art. 997 k.p.c.).

gać przez odwołanie się do zasad pierwszeństwa praw wpisanych w księdze wieczystej, w tym do art. 17 u.k.w.h. Powołany przepis nie może mieć jednak zastosowania w analizowanym przypadku, gdyż wierzycielowi pauliańskiemu nie przysługuje żadne roszczenie materialnoprawne podlegające ujawnieniu w księdze wieczystej. Przed uznaniem czynności prawnej dłużnika za bezskuteczną wierzycielowi pauliańskiemu nie przysługuje roszczenie materialnoprawne wobec osoby trzeciej do przedmiotu, który wyszedł z majątku dłużnika na skutek czynności fraudacyjnej, albo do niego nie wszedł (np. gdyby dłużnik zwolnił z długu osobę trzecią, która była zobowiązana do przeniesienia na dłużnika własności nieruchomości). Na podstawie art. 755 § 1 pkt 2 k.p.c. sąd zabezpiecza roszczenie procesowe wierzyciela pauliańskiego do pozwanej osoby trzeciej o uznanie czynności dłużnika za bezskuteczną wobec wierzyciela (powoda w tym postępowaniu), a nie przysługującą wierzycielowi pauliańskiemu do dłużnika wierzytelność pieniężną (którą wierzyciel pauliański będzie później przymusowo egzekwował w postępowaniu prowadzonym przeciwko dłużnikowi)⁵⁶. Do zabezpieczonego w ten sposób roszczenia nie może mieć zastosowania art. 17 u.k.w.h. Przepis ten należy bowiem wiązać z prawami i roszczeniami wymienionymi w art. 16 u.k.w.h., które mają charakter praw i roszczeń o charakterze materialnoprawnym. Co więcej, zabezpieczenie udzielone na podstawie art. 755 § 1 k.p.c. upada po upływie dwóch miesięcy od uprawomocnienia się orzeczenia uwzględniającego roszczenie, które podlegało zabezpieczeniu, albo od uprawomocnienia się postanowienia o odrzuceniu apelacji lub innego środka zaskarżenia wniesionego przez obowiązanego od orzeczenia uwzględniającego roszczenie, które podlegało zabezpieczeniu, o ile sąd nie postanowił inaczej (art. 757 k.p.c.). Tym samym po upływie wspomnianego terminu wierzyciel pauliański nie mógłby się powoływać na wpis zakazu zbywania lub obciążania nieruchomości będącej przedmiotem czynności fraudacyjnej. Jedynym rozwiązaniem byłoby więc zaskarżenie czynności ustanowienia hipoteki przez osobę trzecią na podstawie art. 531 § 2 k.c. Jak już jednak wspomniano, to rozwiązanie nie jest wystarczające, ponieważ na podstawie art. 531 § 2 k.c. nie można zaskarżyć wpisu hipoteki przymusowej.

⁵⁶ W piśmiennictwie z zakresu postępowania cywilnego sporne jest, czy zabezpieczeniu podlega roszczenie materialnoprawne, czy roszczenie procesowe. Wskazuje się, że użyte w art. 730¹ k.p.c. pojęcie „roszczenie” należy rozumieć szeroko jako każde uprawnienie doznające ochrony prawnej, sytuację prawną lub roszczenie procesowe będące przedmiotem postępowania, zob. T. Ereciński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, *Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, Warszawa 2016, s. 695–696; D. Zawistowski (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, *Artykuły 730–1088*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021, s. 42. Za poglądem, że przedmiotem zabezpieczenia jest roszczenie procesowe, będące przedmiotem postępowania rozpoznawczego, opowiada się także A. Jakubecki (w:) *System prawa procesowego cywilnego*, t. 5, *Postępowanie zabezpieczające*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2016, s. 232–233. W komentowanej uchwale SN w ogóle nie dostrzegł tego problemu, utożsamiając w istocie roszczenie procesowe wierzyciela pauliańskiego podlegające zabezpieczeniu w toku postępowania ze skargi pauliańskiej z roszczeniem materialnoprawnym.

3. Na koniec warto zwrócić uwagę na zmianę stanu prawnego spowodowaną wprowadzeniem do Kodeksu postępowania cywilnego art. 756⁴ § 2. Przepis ten uznaje za nieważną czynność prawną dokonaną wbrew zakazowi zbywania lub obciążania nieruchomości, która ma urzędzoną księgę wieczystą, po dokonaniu wpisu ostrzeżenia o tym zakazie. Jeżeli zatem wierzyciel pauliański uzyska zabezpieczenie na podstawie art. 755 § 1 pkt 2 k.p.c. i zakaz zbywania lub obciążania nieruchomości zostanie ujawniony w księdze wieczystej przez wpis ostrzeżenia, umowa ustanawiająca hipotekę zawarta przez pozwaną osobę trzecią z jej wierzycielem będzie nieważna (dopóki zakaz ten obowiązuje). Powołany przepis nie zapobiega jednak wpisowi hipoteki przymusowej na nieruchomości będącej przedmiotem czynności fraudacyjnej na żądanie wierzyciela osoby trzeciej. W tym wypadku powstanie problem pierwszeństwa zaspokojenia wierzyciela pauliańskiego i wierzyciela hipotecznego. Do kolizji dojdzie również w razie obciążenia hipoteką nieruchomości będącej przedmiotem czynności fraudacyjnej, zanim wierzyciel uzyska zabezpieczenie powództwa o uznanie czynności dłużnika za bezskuteczną. W opisanych przypadkach jedynie zastosowanie art. 532 k.c. zgodnie z pierwszym z przedstawionych dwóch stanowisk pozwala na rozstrzygnięcie kolizji między prawem wierzyciela pauliańskiego do zaspokojenia się z przedmiotu czynności fraudacyjnej i wierzyciela osoby trzeciej, który uzyskał hipotekę na tym przedmiocie (wierzyciel pauliański może się zaspokoić z pierwszeństwem przed wierzycielem hipotecznym, choćby jego hipoteka została wpisana, zanim wierzyciel pauliański wystąpił ze skargą pauliańską). Jednakże takie rozstrzygnięcie – choć *de lege lata* zasadne – nie wyważa we właściwy sposób interesów wierzyciela pauliańskiego i wierzyciela osoby trzeciej.

Podsumowując powyższe rozważania, należy zatem wyciągnąć dwa wnioski: pierwszy, że komentowana uchwała nie pozwala zawsze rozstrzygnąć kolizji pierwszeństwa zaspokojenia wierzyciela pauliańskiego i wierzyciela hipotecznego, któremu przysługuje hipoteka na przedmiocie czynności fraudacyjnej, a zarazem opiera się na błędnym zastosowaniu przepisów o pierwszeństwie praw ujawnionych w księdze wieczystej; drugi, że brak jest synchronizacji między przepisami Kodeksu cywilnego o skardze pauliańskiej i przepisami Kodeksu postępowania cywilnego, które nie zapobiegają wspomnianej kolizji pierwszeństwa zaspokojenia przyznanego wierzycielowi pauliańskiemu i pierwszeństwa wiarygodności zabezpieczonej hipoteką na przedmiocie czynności fraudacyjnej, w szczególności gdy dojdzie do obciążenia nieruchomości hipoteką przymusową.

J.P.

ABSTRACT

prof. dr hab. Jerzy Pisuliński

The author is a professor at the Department of Civil Law at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow.

dr Julita Zawadzka

The author is an assistant professor at the Department of Civil Law at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow, an advocate (District Bar Association in Krakow).

A review of the Supreme Court's case law in civil matters

In the first part of the review the authors analyse two rulings of the Supreme Court in which the Supreme Court has answered legal questions submitted by the common courts. In the first ruling the Supreme Court explained the responsibility of the co-owners of premises for payment of advances on the costs of the management of the common immovable. In the second ruling the Supreme Court considered a problem whether a creditor can claim late interest in commercial transactions in a case of bankruptcy of the debtor.

In the second part of the review the authors comment on two rulings of the Supreme Court. In the first ruling the Supreme Court stated that an injured person should have a tortious capacity to be attributed contributory negligence to the damage. In the second ruling the Supreme Court answers the question of the priority of satisfaction of claims when the legal act has been ruled ineffective to the benefit of a creditor who has brought an actio pauliana against a third party with whom the debtor has entered into a legal act in detriment of the creditor.

Keywords: *advances for the costs of the management, contributory negligence, equal treatment theory, housing association, joint liability, late interest in commercial transactions, late payment, mortgage, ownership of the premises, priority of satisfying the claim, revocatory action, tortious capacity*

prof. dr hab. Jerzy Pisuliński

ORCID: 0000-0001-7529-4726; e-mail: jerzy.pisulinski@uj.edu.pl

Autor jest profesorem w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

dr Julita Zawadzka

ORCID: 0000-0002-9255-7468; e-mail: julita.zawadzka@uj.edu.pl

Autorka jest adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie i adwokatem.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Adamus Rafał**, *Kilka uwag o zasadzie pierwszeństwa zaspokojenia wierzyciela na podstawie art. 532 k.c.*, „Monitor Prawniczy” 2013/15
- Dolniak Patrycja**, *Przeciwdziałanie nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX/el.
- Ereciński Tadeusz** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, *Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, Warszawa 2016
- Gajda Janusz** (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021, Legalis/el.
- Granecki Paweł**, *W sprawie wykładni art. 362 kodeksu cywilnego*, „Państwo i Prawo” 2003/1
- Grzegorzcyk Paweł**, *Sytuacja prawna wierzyciela pauliańskiego w razie wszczęcia przez wierzycieli osoby trzeciej egzekucji z jej majątku*, „Monitor Prawniczy” 2013/15
- Gutowski Maciej** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, Legalis/el.
- Jakubecki Andrzej** (w:) *System prawa procesowego cywilnego*, t. 5, *Postępowanie zabezpieczające*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2016
- Juśko Michał**, *Zakres zastosowania ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych*, „Monitor Prawniczy” 2017/2
- Kaliński Maciej**, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014
- Kaliński Maciej** (w:) *System prawa cywilnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018
- Koch Andrzej** (w:) *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, Legalis/el.
- Kubas Andrzej**, *Zachowanie osób trzecich jako przyczynienie się poszkodowanego*, „Studia Cywilistyczne” 1976, t. XXVI
- Kunicki Ireneusz**, *Podział sumy uzyskanej z egzekucji*, Sopot 1999
- Machnikowski Piotr** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021

- Machnikowski Piotr** (w:) *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC. Komentarz*, red. P. Machnikowski, Warszawa 2022, Legalis/el., t. 1
- Magnus Ulrich, Martín-Casals Miquel**, *Comparative Conclusions (w:) Unification of Tort Law: Contributory Negligence*, red. U. Magnus, M. Martín-Casals, The Hague–London–New York 2004
- Marciniak Andrzej** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego, t. 4, Komentarz. Art. 730–1095¹*, red. A. Marciniak, Warszawa 2020
- Marcisz Ewa**, *Ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014, LEX/el.
- Nowakowski Tobiasz**, *Koncepcje przyczynienia się poszkodowanego do wypadku komunikacyjnego prezentowane w doktrynie i orzecznictwie, „Przegląd Sądowy” 2021/7–8*
- Ostrzechowski Bartłomiej, Riedl Krzysztof** (w:) *Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Warszawa 2021, Legalis/el.
- Pietrkowski Henryk** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. 5, Postępowanie egzekucyjne*, red. T. Ereciński, Warszawa 2016
- Pietrzyk Mateusz**, *Glosa do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego w sprawie III CZP 60/19 (częściowo krytyczna), „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2022/2*
- Pyziak-Szafnicka Małgorzata**, *Ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika*, Warszawa 1995
- Romanow Szymon** (w:) *Ustawa o własności lokali. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu B. Lackoroński, Warszawa 2022, Legalis/el.
- Słyk Jerzy** (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu M. Domański, J. Słyk, Warszawa 2022, Legalis/el.
- Sobolewski Przemysław** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Warszawa 2022, Legalis/el.
- Stefaniuk Krzysztof**, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10.09.1965 r. (II CR 283/65), OSPiKA 1967/6–7, poz. 174*
- Szpunar Adam**, *Wina poszkodowanego w prawie cywilnym*, Warszawa 1971
- Szymańska-Grodzka Anna** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. 2, Art. 506–1217*, red. T. Szanciło, Warszawa 2019
- Szymczak Iwona**, *Własność lokali. Komentarz*, Warszawa 2020
- Toroń Maciej** (w:) *Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych*, red. K. Menszig-Wiese, Warszawa 2022, Legalis/el.

Wilejczyk Magdalena, *Przyczynienie się poszkodowanego do powstania szkody a współczesne tendencje ochrony poszkodowanego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2018/1

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

Wolak Grzegorz (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020

Zawistowski Dariusz (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, *Artykuły 730–1088*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021

Pojęcia kluczowe: *tortury, Europejski Trybunał Praw Człowieka, prawo do rzetelnego procesu, zakazy dowodowe, wolność od złego traktowania*

Glosy

Maciej Babula

**MOŻLIWOŚĆ WYKORZYSTANIA W PROCESIE
DOWODU UZYSKANEGO ZA POMOCĄ TORTUR
PRZEZ PODMIOTY PRYWATNE
W KONTEKŚCIE KONWENCYJNEJ ZASADY WOLNOŚCI
OD ZŁEGO TRAKTOWANIA
ORAZ PRAWA DO RZETELNEGO PROCESU
– GŁOSA DO WYROKU EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU
PRAW CZŁOWIEKA Z 5.11.2020 R.
(SKARGA NR 31454/10)
W SPRAWIE *ĆWIK PRZECIWKO POLSCE***

Glosowany wyrok dotyczył problematyki wykorzystania w procesie karnym dowodu uzyskanego z zastosowaniem tortur przy zastrzeżeniu, że sprawcami złego traktowania były podmioty prywatne. Trybunał uznał, że wolność od tortur, potwierdzona w treści art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, chroni jednostkę od złego traktowania zarówno w sytuacji dopuszczenia się go przez organy władzy publicznej, jak i podmioty prywatne. W opinii Europejskiego Trybunału Praw Człowieka niedopuszczalne jest wykorzystanie w procesie dowodu uzyskanego przez podmioty prywatne z wykorzystaniem złego traktowania.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 5.11.2020 r., 31454/10, *Ćwik v. Polska*

Każdej jednostce przysługuje wolność od złego traktowania (art. 3 Konwencji). Wykorzystanie w procesie dowodu, uzyskanego z naruszeniem

tej wolności, niezależnie od tego, czy sprawcą jest podmiot publiczny, czy też prywatny i niezależnie od wagi tego dowodu w procesie, zawsze powoduje naruszenie prawa do rzetelnego procesu (art. 6 Konwencji) i powinno być uznane za niedopuszczalne.

W omawianej sprawie¹ Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz, Trybunał) pochylił się nad kwestią możliwości wykorzystania jako dowodu w procesie karnym wypowiedzi, uzyskanych za pomocą tortur przez podmiot niebędący organem władzy państwowej (podmiot prywatny). Trybunał odniósł się przede wszystkim do konwencyjnej² gwarancji, zapewniającej wolność od tortur (art. 3 Konwencji) oraz prawo do rzetelnego procesu (art. 6 Konwencji).

STAN FAKTYCZNY

Skarżący był członkiem zorganizowanej grupy przestępczej, zajmującej się przemytem kokainy. Kiedy wszedł w konflikt z ową grupą, jej członkowie porwali go i torturowali w celu pozyskania istotnych z ich punktu widzenia informacji. Jeden z biorących udział w tej czynności przestępców nagrał wypowiedzi torturowanego skarżącego na kasetę. Kasetę ta została następnie zabezpieczona przez policję, dokonującą przeszukania lokalu, nagrane na niej wyjaśnienia posłużyły zaś jako dowód w postępowaniu sądowym i stały się jedną z podstaw ustaleń prowadzących do skazania skarżącego.

W toku postępowania przed ETPCz skarżący zarzucił przede wszystkim naruszenie prawa do rzetelnego procesu poprzez wykorzystanie jako dowodu w postępowaniu nagrania, uzyskanego z zastosowaniem tortur. Orzekające w przedmiotowej sprawie sądy polskie – odnosząc się do treści art. 171 § 1 w zw. z § 5 pkt 2 i 3 w zw. z § 7 Kodeksu postępowania karnego³ – uznały, że zawarty w powołanych przepisach zakaz zastosowania w procesie dowodów uzyskanych z zastosowaniem tortur jest adresowany wyłącznie do organów procesowych, zatem nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie, gdyż doszło w niej do zastosowania tortur przez podmioty prywatne, same zaś tortury nie były stosowane w celu uzyskania dowodów dla postępowania karnego. Skarżący wniósł kasację do Sądu Najwyższego, jednak ten postanowieniem z 26.11.2009 r. uznał ją za bezzasadną⁴.

STANOWISKO TRYBUNAŁU

Trybunał rozstrzygnął *meritum* stosunkiem głosów pięć do dwóch (zdania odrębne złożyli sędziowie

¹ Wyrok ETPCz z 5.11.2020 r., 31454/10, *Ćwik v. Polska*, LEX nr 3075499.

² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dalej: Konwencja (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.).

³ Ustawa z 06.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.), dalej k.p.k.

⁴ Por. <https://www.agatabdyn-legal.pl/news/82/19/DOWODY-UZYSKANE-W-WYNIKU-TORTUR/d,blog> (dostęp: 16.09.2022 r.).

K. Wojtyczek i A. Pejchal), a istotę tego rozstrzygnięcia można – w pewnym uproszczeniu – sprowadzić do tezy: każdej jednostce przysługuje wolność od złego traktowania (art. 3 Konwencji). Wykorzystanie w procesie dowodu uzyskanego z naruszeniem tej wolności, niezależnie od tego, czy sprawcą jest podmiot publiczny, czy też prywatny i niezależnie od wagi tego dowodu w procesie, zawsze powoduje naruszenie prawa do rzetelnego procesu (art. 6 Konwencji) i powinno być uznane za niedopuszczalne⁵.

W wyroku Trybunał odwołał się m.in. do sprawy *Gäfgen przeciwko Niemcom*⁶. Podkreślił, że absolutny charakter wolności od tortur nie zezwala na jakiegokolwiek naruszenie tego prawa (nawet gdyby zależało od tego bezpieczeństwo narodu czy wręcz jego istnienie) i przysługuje ono jednostce tak w kontakcie z administracją państwową, jak i pomiędzy podmiotami prywatnymi. Zdaniem Trybunału na państwach-stronach ciąży obowiązek zapewnienia obywatelom wolności od złego traktowania i każde naruszenie art. 3 Konwencji, którego skutki zostały

wykorzystane w procesie, traktowane musi być w konsekwencji jako naruszenie prawa do rzetelnego procesu. Niezależnie zatem od wpływu dowodu uzyskanego z naruszeniem art. 3 Konwencji na wynik postępowania (nawet gdy dowód nie miał decydującego znaczenia) naruszenie wolności jednostki od złego traktowania będzie zawsze prowadziło do naruszenia art. 6 Konwencji.

Dla porządku warto nadmienić, że podstawowym zarzutem, stawianym przez sędziów K. Wojtyczka i A. Pejchala było, że przedmiotowe zagadnienie przyjęte zostało przez większość składu orzekającego zasadniczo bez przeprowadzenia w tym zakresie szerszej debaty. Tymczasem, w opinii wskazanych sędziów, zakaz tortur – jakkolwiek ma charakter generalny – powinien być dopiero skonkretyzowany każdorazowo na potrzeby danego stanu faktycznego. Nie podzielili oni również zaprezentowanego przez większość składu orzekającego stanowiska, że na państwach-stronach ciąży obowiązek zapewnienia każdemu obywatelowi wolności od tortur także w życiu prywatnym.

OCENA ROZSTRZYgniĘCIA ETPCZ

Odnosząc się do powyższego zagadnienia, za bardziej zasadne uznać należy stanowisko zajęte przez większość składu orzekającego, choć nie bez pewnych zastrzeżeń. Nie ulega wątpliwości, że wolność od tortur (szczególnie w relacjach z organami państwowymi) jest wartością abso-

⁵ W kwestii omówienia stanu faktycznego przedmiotowego wyroku zob. także K. Warcicka, *Dowody wymuszone torturami a Konwencja. Omówienie wyroku ETPCz z 5.11.2020 r., 31454/10 (Ćwik)*, LEX/el. 2020. Przedmiotowy wyrok przywoływał również M.A. Nowicki, dokonując przeglądu najnowszego orzecznictwa ETPCz – por. M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (październik–grudzień 2020 r.)*, „Palestra” 2021/1–2/, s. 147.

⁶ Wyrok ETPCz z 1.06.2010 r., 22978/05, *Gäfgen v. Niemcy*, LEX nr 578361

lutną i nigdy nie powinna być naruszona, niezależnie od celów, jakie miałyby takie działania usprawiedliwiać. Co więcej, zapewnienie jednostce wolności od złego traktowania, także w relacjach z podmiotami prywatnymi, państwa powinny realizować poprzez zabezpieczenie porządku społecznego i skuteczne ściganie przestępstw. Jeśli bowiem na terenie jakiegoś państwa naruszenie wolności jednostki od złego traktowania przez podmioty prywatne ma charakter nagminny, to nie ma przeciwwskazań, by zarzucić temu państwu naruszenie art. 3 Konwencji.

W omawianym wyroku Trybunał jako przykłady złego traktowania w sferze prywatnej, którym państwa powinny przeciwdziałać, wskazał między innymi przymusową sterylizację kobiet w Rumunii czy przypadki stosowania przemocy psychicznej w rodzinie. Nie budzi wątpliwości, że skuteczne zwalczanie takich zjawisk jest obowiązkiem państwa i jednocześnie realizuje wynikający z art. 3 Konwencji zakaz złego traktowania. Można zatem zgodzić się z twierdzeniem, że prawo z art. 3 Konwencji ma charakter absolutny i zawsze aktualny (niewymagający konkretyzacji). Wspomniany przepis statuje ochronę dobra tak wysokiej wartości, że zasadne wydaje się uznanie jego całkowitej nienaruszalności bez potrzeby odnoszenia tego zakazu do konkretnej sytuacji (wolny od złego traktowania jest więc każdy i zawsze). Nawet jeśli prawo krajowe wprost nie mówi o ochronie jednostki przed torturami w sferze prywatnej, to łatwo taki zakaz wywieść z fak-

tu, że państwa ścigają przestępstwa godzące w wolność od złego traktowania. W związku z powyższym wywodem warto także nadmienić – co koresponduje ze stanowiskiem zajmowanym przez ETPCz – że wyeliminowanie złego traktowania przez podmioty publiczne jest celem samym w sobie i praworządne państwo musi dążyć do pełnej jego realizacji; stosowanie złego traktowania przez organy władzy państwowej jest naganne, a zarazem istnieje możliwość jego całkowitego wyrugowania, gdyż państwo powinno czuwać nad swoimi funkcjonariuszami i kontrolować ich działania. W odniesieniu do sfery prywatnej – jak już wskazano – zwalczanie złego traktowania jest realizowane przez przeciwdziałanie czynom niedozwolonym, godzącym w wartości chronione przez art. 3 Konwencji i ściganie ich sprawców. Nie ulega wątpliwości, że wyeliminowanie omawianych naruszeń z przestrzeni prywatnej jest dla państwa o wiele trudniejsze, niemniej ciąży na nim obowiązek, by takim sytuacjom przeciwdziałać, a jeśli już do nich dojdzie – skutecznie osądzać i karać ich sprawców.

A maiori ad minus państwo nie może stawiać się w roli beneficjenta przeprowadzonych na jego terenie tortur, i to niezależnie od tego, czy ich sprawcami byli działający w imieniu państwa funkcjonariusze, czy też osoby trzecie. W piśmiennictwie pojawiły się głosy, że Trybunał postępuje niekonsekwentnie, przesadzając, że zastosowanie tortur przez podmioty prywatne również dyskwalifikuje uzyskany tą drogą dowód.

M. Wąsek-Wiaderek podnosi w tym zakresie, że dowód nie został uzyskany ani w toku postępowania, ani tym bardziej dla jego celów, zaś organy ścigania weszły w jego posiadanie niejako „przy okazji” dokonania zatrzymania członków grupy przestępczej⁷. Wspomniana autorka wskazuje także, że ETPCz nie zaprezentował w omawianym wyroku jasnego i w pełni przekonującego powodu, dla którego zakaz dowodowy dyskwalifikujący z postępowania wszelkie dowody uzyskane z zastosowaniem tortur lub złego traktowania powinien być rozszerzony także na dowody powstałe wskutek działania osób prywatnych i nie dla celów postępowania. Z poglądem tym nie można się całkowicie zgodzić. Trybunał – w ocenie autora słusznie – stwierdza, że w przypadku dowodu, który został uzyskany w związku z działaniem naruszającym art. 3 Konwencji, nie istnieje możliwość obiektywnej oceny jego przydatności w postępowaniu oraz wartości dowodowej, jako że osoba poddawana torturom jest skłonna powiedzieć wszystko, by uniknąć dalszego cierpienia. Osobną kwestią jest natomiast – co będzie również omawiane w dalszej części opracowania – czy takie stanowisko Trybunału nie jest nazbyt restrykcyjne i nie narusza sędziowskiej swobody w zakresie dokonywania oceny materiału dowodowego.

⁷ M. Wąsek-Wiaderek, *Admissibility of Statements Obtained as a Result of “Private Torture” or “Private” Inhuman Treatment as Evidence in Criminal Proceedings: Emergence of a New European Standard?*, „Revista Brasileira de Direito Processual Penal” 2021/1, s. 357–359.

Przy badaniu, czy rzeczywiście w konkretnej sytuacji doszło do złego traktowania, jedyne co powinno podlegać ocenie, to zaistnienie pewnego minimalnego stopnia dolegliwości, który – w opinii ETPCz – pozwala ustalić, że dane traktowanie może być uznane za „złe”. Słusznie podniósł Trybunał, już w sprawie *Gäffgen przeciwko Niemcom*, że można mówić o nieludzkim (złym) traktowaniu, które nie będzie zarazem aż tak dolegliwe, by uznać je za tortury. Na aprobatę zasługuje także wyrażone w omawianym wyroku stanowisko, że poniżający charakter określonego traktowania powinien być takim przede wszystkim w ocenie jednostki, której dotyczy. Nie jest bez znaczenia ocena obiektywna (która pozwoli na ustalenie np. stopnia dolegliwości), niemniej sam „poniżający” charakter musi mieć swoją podstawę w subiektywnym odczuciu osoby, która jest takiemu traktowaniu poddana.

Kolejnym zarzutem podniesionym przez sędziów K. Wojtyczka i A. Pejchala – przeciwko uznaniu naruszenia art. 6 EKPC – było stwierdzenie, że ETPCz naruszył tradycyjnie akceptowaną w swoim orzecznictwie zasadę poszanowania swobodnej oceny dowodów przez sądy krajowe (zarówno w zakresie dopuszczalności, jak i w odniesieniu do mocy dowodowej) oraz zastosował rozszerzającą interpretację wyjątków. Nie ulega wątpliwości – co wielokrotnie potwierdzał również ETPCz w swoim orzecznictwie⁸ – że Trybunał nie

⁸ Por. m.in. wyrok ETPCz z 12.11.2019 r., 45084/14, *Adamčo v Slovackia*, LEX nr 2738358;

określa odgórnie, jakie dowody mogą dopuszczać sądy krajowe. Zadaniem ETPCz jest wyłącznie podejmowanie interwencji, gdy dopuszczanie przez prawo krajowe określonego rodzaju dowodów powoduje naruszenie praw człowieka. Mimo to Trybunał przyjął jako zasadę generalną (już w sprawie *Gäfgen przeciwko Niemcom*), że dowód pozyskany z naruszeniem art. 3 Konwencji powinien być zawsze niedopuszczalny w procesie, gdyż naruszenie zakazu złego traktowania każdorazowo prowadzi do pozbawienia oskarżonego prawa do rzetelnego procesu (art. 6 Konwencji), przy czym dotąd ograniczenie to było odnoszone tylko do sytuacji, gdy dowód uzyskany został przez funkcjonariuszy państwa lub na ich zlecenie. Potencjalne odgórne określanie przez ETPCz, jakie dowody sądy krajowe mogą w procesie dopuszczać, niezależnie od źródła ich pochodzenia, niewątpliwie stanowi więc poważną ingerencję w ukształtowany dotychczas w orzecznictwie Trybunału model. Problem jest niezwykle istotny, ponieważ autorytarne rozszerzenie opisanego powyżej zakazu na wszelkie dowody pozyskane z zastosowaniem tortur niesie za sobą także niebezpieczeństwo dla praw oskarżonego. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, gdy tak uzyskany dowód w istocie służył będzie wykazaniu jego niewinności lub pomniejszeniu jego win. Łatwo można sobie taką sytuację wyobrazić na kanwie przedmiotowej sprawy. Nagranie z kasety zawiera rzecz jasna oświad-

czenia skarżącego uzyskane podczas tortur. Nie można jednak wykluczyć, że nagranie pozwoli ustalić inne fakty, np. tożsamość osoby torturującej czy też innych uczestników tego zdarzenia, i to zupełnie niezależnie od wypowiedzi skarżącego (można np. rozpoznać głos wymienionych wyżej osób). Nagranie może także zawierać wypowiedzi innych osób, które są przecież „zwyczajnym” dowodem i które mogą pozwolić na głębszą i lepszą ocenę sytuacji osoby torturowanej. Aprioryczne zatem odrzucenie dowodu z nagrania uniemożliwi zapoznanie się z jego treścią, zaś ocena a posteriori – o czym będzie jeszcze mowa – nigdy nie zapewni pełnego pominięcia niedopuszczalnego dowodu, czyli w tym przypadku treści wypowiedzi skarżącego. Na powyższy problem zwrócono również uwagę w zdaniu odrębnym.

Dowód uzyskany za pomocą tortur zawsze będzie oczywiście dowodem budzącym wątpliwości, przede wszystkim co do wiarygodności uzyskanych w ten sposób informacji. Jak słusznie wskazał Trybunał, „osoba poddawana torturom powie wszystko, by uniknąć dalszego cierpienia”. Problem pojawia się jednak w momencie próby określenia wartości takiej wypowiedzi jako dowodu. Możliwe są tu dwa rozwiązania. Po pierwsze, przyjęcie, że fakt ten podlega ocenie apriorycznej. W takiej sytuacji sąd, stwierdziwszy, że dowód został uzyskany z zastosowaniem tortur, powinien orzec o odmowie jego dopuszczenia w procesie, bez zapoznania się z jego treścią. Podstawowy problem zwi-

Wyrok ETPCz z 7.06.2018 r., 17716/08, *Kartvelishvili v. Gruzja*, LEX nr 2497960.

zany z tym rozumowaniem polega na tym, że nie zawsze od początku wiadomo o pochodzeniu dowodu z tortur i może się okazać, że dopiero w trakcie przeprowadzania dowodu (po zapoznaniu się z pewną częścią lub nawet całością informacji) okaże się, że został on uzyskany z naruszeniem art. 3 Konwencji.

Można więc przyjąć, że taki fakt stosowania tortur powinien być brany pod uwagę dopiero na etapie oceny przeprowadzonego już dowodu (*a posteriori*). W takim wypadku sąd, zapoznawszy się z treścią dowodu, rozstrzygałby, że przez wzgląd na jego pochodzenie, a w konsekwencji i wiarygodność jego treści, nie nadaje się on do wykorzystania w procesie i postępowalby tak, jakby z owym dowodem nigdy się nie zetknął. Sęk jednak w tym, że człowiek nie jest maszyną i raz uzyskanej wiedzy nie może „usunąć” ze swojego umysłu. Nawet przy zachowaniu najwyższych standardów sędziowskiego profesjonalizmu i bezstronności nie da się w pełni wyeliminować możliwości – nawet podświadomego – sugerowania się przez sędziego treścią aposteriorycznie wyeliminowanego dowodu.

Zważywszy na różne układy sytuacyjne, jakie mogą pojawić się w praktyce, wydaje się, że bardziej odpowiednie byłoby, aby pozostawić sądom swobodę w zakresie oceniania dowodu. Jednakże, jak już podniesiono, poddawany torturom powie wszystko, aby uniknąć cierpienia, stąd warto zadać pytanie, czy taki dowód może w ogóle podlegać swobodnej ocenie, innymi słowy – czy koniec

końców i tak nie będzie on zawsze musiał zostać odrzucony.

Problem ten próbował także rozwiązać polski ustawodawca, wprowadzając przepis art. 168a k.p.k. w brzmieniu obowiązującym w latach 2015–2016⁹. Wykluczał on możliwość zastosowania w procesie dowodu uzyskanego dla celów postępowania i za pomocą czynu zabronionego. Okoliczności te musiały zaistnieć kumulatywnie¹⁰. W ówczesnym piśmiennictwie słusznie podniesiono jednak, że tak ukształtowany zakaz miał istotne wady. Po pierwsze, w związku z kierowaniem go do podmiotów prywatnych¹¹, dawał możliwość łatwego obchodzenia go, przez podniesienie argumentu, że określony dowód powstał „przypadkiem”, „nie dla celów postępowania”. Drugą kwestią była znacznie szersza problematyka tzw. owoców zatrutego drze-

⁹ Art. 168a w brzmieniu ustalonym ustawą z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247 ze zm.). Przepis obowiązywał do roku 2016, gdy jego dzisiejsze brzmienie ukształtowała ustawa z 11.03.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 437 ze zm.).

¹⁰ Na marginesie warto zauważyć, że przywołany przepis i tak nie znalazłby zastosowania w przedmiotowej sprawie w związku z faktem, że do złego traktowania doszło bez związku z postępowaniem karnym, o czym szerzej w dalszej części opracowania.

¹¹ Zgodnie z uzasadnieniem projektu (Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk 870, s. 9) wprowadzona zmiana miała ograniczyć wykorzystanie w procesie dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego przez podmioty prywatne.

wa i pojawiające się w związku z tym pytanie, czy w świetle przytoczonej regulacji nielegalność uzyskania dowodu pierwotnego „rozciągała się” także na dowody uzyskane w oparciu o niego, ale już *lege artis*. Samo brzmienie przywołanego art. 168a k.p.k. wskazywało na odrzucenie powyższej koncepcji przez zwrot „za pomocą czynu zabronionego”, a nie np. „w wyniku czynu zabronionego”. Koncepcja owoców zatrutego drzewa miała swoich zwolenników, którymi byli m.in. K. Zgryzek (który podnosił, że „państwo które łamie prawo przez siebie ustalone, nie może z wyników tego łamania uczynić podstawy dowodowej oskarżenia i skazania”¹²) i Ł. Jagiełłowicz (w którego ocenie posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem „za pomocą” nie wskazuje na bezpośredni lub pośredni charakter dowodu, wobec czego należy przyjąć, że obie te ewentualności są zabronione¹³), ale ostatecznie na gruncie polskiego porządku prawnego się nie przyjęła¹⁴.

¹² K. Zgryzek, *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych” 2013/1, s. 11.

¹³ Ł. Jagiełłowicz, *Dowody nielegalne w kontradyktoryjnym procesie karnym* (w:) *Kontradyktoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa 2013, s. 337.

¹⁴ Szerzej art. 168a k.p.k. w brzmieniu z lat 2015–2016 omawia m.in. K. Dąbkiewicz, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, tezy do art. 168a. W kwestii problematyki „owoców zatrutego drzewa” por. m.in. W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019.

W pewnym sensie powyższy problem rozstrzygnął głosowanym orzeczeniem ETPCz, w odniesieniu do dowodu uzyskanego także przez podmioty prywatne z zastosowaniem złego traktowania, i to bez względu na to, czy uzyskano go dla celów postępowania. Jednak decyzja taka, co słusznie podkreślają K. Wojtyczek i A. Pejchal, stanowi pewną ingerencję w swobodę sędziego w zakresie oceny dowodów¹⁵. Narusza także zasadę *exceptiones non sunt extendendae*. Dotychczasowy wyjątek od zasady swobody dowodzenia ukształtowany w sprawie *Gäfgen przeciwko Niemcom* odnoszony był bowiem jedynie do dowodów uzyskanych przez organy władzy państwowej. Przedmiotowe orzeczenie w oczywisty sposób poszerza tę wyjątkową sytuację. Takie rozstrzygnięcie może budzić zastrzeżenia, gdyż sprzeciwia się jednej z podstawowych zasad wykładni prawa¹⁶. Z drugiej jednak

¹⁵ Warto w tym miejscu zwrócić również uwagę na fakt, że ETPCz działa niejako „ponad” krajowymi porządkami prawnymi. W systemie kontynentalnym zasada swobody dowodzenia zajmuje kluczowe miejsce wśród zasad procesowych. Z kolei w systemach *common law* ograniczenia dowodzenia – w tym w szczególności poprzez wykluczenie od użycia w procesie niektórych dowodów – ma o wiele dłuższą tradycję i odgrywa znacznie istotniejszą rolę.

¹⁶ Co jednak istotne – warto zwrócić uwagę, że wspomniana zasada *exceptiones non sunt extendendae* nie znajduje jednak bezpośredniego przełożenia w odniesieniu do interpretacji prawa przez ETPCz. W związku z lakoniczną treścią Konwencji rozstrzygnięcia Trybunału mają co do zasady charakter precedensowy, typowy dla wspomnianych już systemów *common law*. W tych ostatnich

strony, każde ograniczenie swobody dowodzenia przez Trybunał wiąże się zwykle z wprowadzeniem w tym zakresie pewnych wyjątków, co jest zasadne przez wzgląd na to, że celem postępowania karnego jest wykrycie przestępstwa, a następnie skuteczne ustalenie jego sprawcy (tak sprawa ma się choćby w odniesieniu do podśluchów czy też innych form kontroli operacyjnej).

Mimo że wydaje się, że takie ukształtowanie procedury dowodzenia ma chronić prawa oskarżonego, to nie można wykluczyć, iż niekiedy będzie działało na jego niekorzyść czy też uniemożliwi ściganie karne innych podejrzanych, grożąc w ten sposób także dobru wymiaru sprawiedliwości, o czym była już mowa wcześniej.

W opinii sędziów zawartej w zdaniu odrębnym – a także wcześniej polskich sądów orzekających w sprawie skarżącego – zakaz z art. 171 k.p.k. ma na celu zapewnienie uczciwego pozyskiwania dowodów dla potrzeb postępowania i zapewnienia jego integralności. Tak sformułowany zakaz z samej istoty skierowany jest zatem wyłącznie do organów państwowych. Skoro w przedmiotowej sprawie wypowiedzi torturowanego nie były „pozyskiwane dla celów postępowania” ani też za namową organów państwowych, to nie wpłynęły – zdaniem przywołanych sędziów – negatywnie na samo postępowanie. Taka argumentacja nie jest jednak pozbawiona wad. Jak już wspomniano, dowód uzyskany z naruszeniem

z kolei nie obowiązuje zakaz rozszerzającej interpretacji wyjątków.

wolności od złego traktowania zawsze będzie dowodem budzącym wątpliwości co do wiarygodności. Wskazana jest zatem daleko posunięta ostrożność przy jego ewentualnej ocenie. Co więcej, w zdaniu odrębnym podniesiono, że celem wspomnianej regulacji jest „zniechęcanie” organów państwowych do sięgania po niedozwolony przymus przy zdobywaniu dowodów (od razu bowiem wiadomo, że tak uzyskane informacje nie będą mogły stanowić podstawy wydania wyroku skazującego ani nawet się do niego przyczynić), zakaz z art. 171 k.p.k. nie może zaś być odniesiony także do podmiotów prywatnych. Wspomniany przepis jest skierowany do organów prowadzących postępowanie, ale nie da się zarazem stwierdzić, że stanowi to podstawę dla dopuszczenia dowodów prywatnych, zdobytych z naruszeniem wolności jednostki od złego traktowania. Dopuszczenie takiej argumentacji mogłoby niekiedy prowadzić wręcz do „wysługiwania się” przestępcami przez organy procesowe. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację – choćby na kanwie omawianej sprawy – że policja, tropiąca zorganizowaną grupę przestępczą, dowiaduje się, że jej członkowie chcą torturować jednego ze swoich towarzyszy w celu pozyskania od niego określonych informacji, które następnie utrwala (np. w formie nagrania dźwięku). Gdyby przyjąć zaprezentowane w zdaniu odrębnym stanowisko, to można przypuszczać, że funkcjonariusze policji – dostrzegając przydatność dla ewentualnych przyszłych postępowań uzyskanego w wyżej opisany

sposób nagrania – powstrzymają się od interwencji, dopóki odpowiednie „dowody” nie zostaną przez przestępców „pozyskane”. Będzie to więc *sui generis* obejście prawa, które pozwoli w sposób pozornie legalny wykorzystać w procesie dowód pozyskany za pomocą tortur. Takie potencjalne działanie należy jasno ocenić jako naganne i niedopuszczalne. Nie można uznać, że dowód uzyskany w sposób sprzeczny z prawem będzie mniej wadliwy wyłącznie dlatego, że nadużycia dopuścił się podmiot prywatny.

WNIOSKI

Nie ulega wątpliwości, że potrzebna jest szersza debata nad przedmiotowym zagadnieniem. Wydaje się jednak, że – mimo słusznych intencji – stanowisko Trybunału jest zbyt daleko idące, a zatem niemożliwe do zaakceptowania w całości. Wprowadzenie tak kategorycznego zakazu dowodowego jest nieproporcjonalną ingerencją w sędziowską swobodę oceny dowodów. Zważywszy na wskazane wcześniej istotne mankamenty art. 168a k.p.k. w jego pierwotnym brzmieniu, zasadną i wartą rozważenia opcją byłoby rozciągnięcie zakresu ochrony wynikającego z treści art. 171 § 5 k.p.k. w taki sposób, by niedozwolone było również pozyskiwanie dowodów w sposób budzący wątpliwości co do zgodności z prawem również przez podmioty prywatne, i to także „nie dla celów postępowania”. W braku takiej

regulacji ETPCz uznał za zasadne wprowadzenie całkowitego zakazu dowodzenia, gdyby dowód mógł zostać pozyskany z naruszeniem art. 3 Konwencji. Dla takiej decyzji warto wyrazić przynajmniej częściową dezaprobatę. Duża część z argumentów podniesionych w rozstrzygnięciu zasługuje na akceptację, niemniej poważne wątpliwości budzi ingerencja w swobodę sędziego w zakresie oceny dowodów oraz naruszenie zakazu rozszerzającej interpretacji wyjątków. Powyższe nie pozwala na pełne zaaprobowanie wyroku i stanowić powinno przyczynek do podjęcia starań w celu uregulowania przedmiotowej kwestii na gruncie krajowego porządku prawnego, by – z jednej strony – zapewnić jednostce wolność od złego traktowania oraz prawo do rzetelnego procesu, z drugiej zaś – nie ograniczać zasady swobodnej oceny dowodów. Należy bowiem uznać, że arbitralne odrzucenie każdego dowodu uzyskanego wskutek złego traktowania – także „przypadkowego” – niesie za sobą poważne zagrożenia nie tylko dla sprawności wymiaru sprawiedliwości, ale także dla samego oskarżonego. Zarazem gwarancje zapewnione sędziom oraz ich profesjonalizm podczas dokonywania swobodnej oceny dowodów powinny zapewnić wystarczające zabezpieczenie jednostki przed naruszeniem jej praw, a dążenie do tego przez arbitralne eliminowanie określonego rodzaju dowodów z postępowania nie może być uznane za właściwe rozwiązanie.

ABSTRACT

Maciej Babula

The author obtained a master's degree in law from the Faculty of Law and Administration Jagellonian University, currently he's an advocate trainees (District Bar Association in Krakow).

The possibility of using evidence obtained through torture by private entities in the context of the convention principle of freedom from ill-treatment and the right to a fair trial – a commentary to the judgment of the European Court of Human Rights of 5.11.2020 (application no 31454/10), in in the case of *Ćwik v. Poland*

The glossed judgment concerned the issue of using evidence obtained with the use of torture in a criminal trial. with the proviso that the perpetrators of the ill-treatment were private entities. The Tribunal found that the freedom from torture, confirmed in Art. 3 of the European Convention on Human Rights protects an individual from ill-treatment both when committed by public authorities and private entities. In the opinion of the ECtHR, it is unacceptable to use in the trial evidence obtained by private entities with the use of ill-treatment.

Keywords: *torture, European Court of Human Rights, the right to a fair trial, prohibitions of evidence, freedom from ill-treatment*

Maciej Babula

ORCID: 0000-0003-0046-5775; e-mail: maciej.babula@adwokatura.krakow.pl

Autor uzyskał tytuł magistra prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, jest aplikantem adwokackim (Izba Adwokacka w Krakowie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Dąbkiewicz Krzysztof, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015

Jagiellowicz Łukasz, *Dowody nielegalne w kontradiktoryjnym procesie karnym (w:) Kontradiktoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wieliński, Warszawa 2013

- Jasiński Wojciech**, *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019
- Nowicki Marek A.**, *Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (październik–grudzień 2020 r.)*, „Palestra” 2021/1–2
- Warecka Katarzyna**, *Dowody wymuszone torturami a Konwencja. Omówienie wyroku ETPC z 5.11.2020 r., 31454/10 (Ćwik)*, LEX/el. 2020
- Wąsek-Wiaderek Małgorzata**, *Admissibility of Statements Obtained as a Result of “Private Torture” or “Private” Inhuman Treatment as Evidence in Criminal Proceedings: Emergence of a New European Standard?*, „Revista Brasileira de Direito Processual Penal” 2001/1
- Zgrzyzek Kazimierz**, *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych” 2013/1

Pojęcia kluczowe: arbitraż, arbiter, sąd arbitrażowy, sąd polubowny, ADR, mediacja

FForum adwokackie

Piotr Nowaczyk

CÓŻ JEST NIEZWYKŁEGO W ŻYCIU ARBITRA?

Są ludzie, którzy całe życie zawodowe poświęcili arbitrażowi. Niektórzy zrobili karierę. Jest jeszcze więcej tych, którzy pragną ją zrobić. Rzesze młodych ludzi garną się do arbitrażu. Jest coraz więcej prac magisterskich, dysertacji doktorskich i artykułów o arbitrażu pisanych przez bardzo młodych ludzi. Co takiego pcha ich do arbitrażu? Skąd ta motywacja?¹

1. CZY ŁATWO JEST ZROBIĆ KARIERĘ ARBITRA?

Karierę arbitra robi się stosunkowo późno. Prawie nigdy nie jest to kariera pierwsza. Pierwszą karierę trzeba zrobić w innym zawodzie: jako adwokat, radca prawny, sędzia, pracownik nauki, dyplomata, biznesmen, polityk czy też ekspert. Dopiero później ktoś nas powołuje na arbitra. Bywa, że dojrzały człowiek na wysokim stanowisku zostaje powołany na arbitra po raz pierwszy. Jak ma się zabrać za to i kiedy? Czy wziąć urlop w pracy? Urlop wypoczynkowy czy też bezpłatny? Jeżeli wykonuje wolny zawód albo jest pracownikiem nauki, to pół biedy. Jeśli jednak jest prezesem wielkiej spółki, prezesem banku, wysokim urzędnikiem państwowym albo politykiem, to problem wygospodarowania wolnego czasu jest już trudniejszy. A co, jeżeli nominacje na arbitra powtórzą się? Czy przyjąć dodatkowe zobowiązanie kosztem czasu wolnego, wakacji z rodziną, zamienić je na weekendy spędzone na czytaniu akt? To jest trochę jak z pisaniem pracy doktorskiej kosztem innych zajęć i czasu wolnego.

¹ Niektóre z przemysłów autora były publikowane w *Liber Amicorum: Between East and West, Essays in Honour of Ulf Franke*, wydanej przez JurisNet, LLC, w Nowym Jorku. Inne w Wolters Kluwer – Polski Serwer Prawa w formie felietonów.

Łatwiej mają adwokaci i radcowie prawni. Powtarzające się nominacje odpowiadają zwykle reputacji wybranego prawnika, jego dorobkowi zawodowemu czy też samorządowemu. Tu również mogą pojawiać się problemy. Jak rozliczać honoraria z arbitrażu? Czy jako przychód kancelarii, czy jako działalność świadczoną osobiście, czy jeszcze inaczej? Doliczyłem się kiedyś aż ośmiu sposobów rozliczania arbitrażu².

Wreszcie prawnik specjalizujący się w arbitrażu rozbudowuje praktykę arbitrażową swojej kancelarii, czasami na skalę krajową, czasami na skalę międzynarodową. Im ta praktyka jest większa i lepiej znana, tym częściej ten prawnik powoływany jest na arbitra. Ale do czasu. W pewnym momencie im większa jest kancelaria, im więcej prowadzi spraw arbitrażowych, im więcej ma współpracowników i biur na świecie, tym częściej pojawiają się konflikty interesów. Pół biedy, jeśli dotyczą aktualnych klientów, ale co robić z byłymi albo potencjalnymi klientami? Bywa, że czasami współpracownicy z innych zagranicznych biur sprzeciwiają się przyjęciu nominacji, bo akurat przygotowują się do przyjęcia nowego klienta, związanego z jedną ze stron procesu. Bywa, że grupa prawników przechodzi z jednej wielkiej kancelarii do drugiej wraz ze swoimi klientami, w tym takimi, którzy w jakiś sposób powiązani są z którąś ze stron rozpoczętego właśnie arbitrażu. Bywa więc, że prawnikowi, który rozwinął praktykę arbitrażową kancelarii, jest coraz trudniej przyjmować nominacje arbitra, czasami w wielkich i intratnych sprawach. Dlatego też znani arbitrzy odchodzą czasem z kancelarii, których praktykę rozwijali przez całe lata. Zakładają „kancelarie butikowe” albo idą dalej przez życie „solo” jako *full time independent arbitrators*.

O takich karierach marzy część młodych prawników. Pracowicie czytają literaturę, uczestniczą w konkursach krasomówczych, piszą prace magisterskie i doktorskie na temat arbitrażu, publikują swe artykuły, nie mogą doczekać się, żeby jak najszybciej dostać pierwszą sprawę. Lecz w czasie ewentualnego *interview* pada zawsze to samo pytanie: Jak często był/a Pan/i arbitrem? Ile wyroków w sprawach tego typu Pan/i wydał/a? Jakie ma Pan/i doświadczenie w rozstrzyganiu spraw tego typu?

Młdzież nie ma na te pytania dobrej odpowiedzi. To trochę tak jak młody chirurg ortopeda rwie się do pierwszej operacji kolana, a potencjalny pacjent pyta: „Panie doktorze, a ile kolan Pan już w życiu zoperował?”. Jeśli lekarz odpowie: „Ani jednego, ale bardzo pragnę zoperować to pierwsze” – pacjent pójdzie do innego chirurga, najlepiej do takiego, który operował 100 kolan albo więcej. Jak więc zrobić karierę arbitra? Jak zacząć?

Środowisko arbitrażowe świadome jest potęgi i potencjału młodego pokolenia prawników. Jak tych ludzi przytrzymać, nie trwoniąc ich entuzjazmu i zainteresowania arbitrażem? Przecież pierwsze nominacje przychodzą dopiero

² *Is it moral to charge VAT on arbitration?* „Revista Română de Arbitraj” 2015/1, s. 11–14; *Czy moralne jest oVATowanie arbitrażu*, „Corporate Governance Review” 2013/2, s. 133–136; „Biuletyn Arbitrażowy” 2013/20, s. 82–87 i „Biuletyn Konsultant” (SIDiR) 2013/29, s. 24–27.

około czterdziestki, a karierę arbitra robi się około pięćdziesiątki. Tymczasem w konferencjach arbitrażowych często uczestniczy więcej prawników, niż jest spraw arbitrażowych w danym kraju. Na salach konferencyjnych siedzi więcej uczestników, niż jest arbitrów na listach arbitrów danej instytucji. Największe i najstarsze instytucje arbitrażowe mają od kilkudziesięciu do kilkuset spraw rocznie. Liczba postępowań *ad hoc* nie jest znana. Chciałoby się wierzyć, że jest przeogromna, lecz tak wcale nie jest.

Badania przeprowadzone w 2006 r. wśród prawników największych korporacji³ pokazały, że zdecydowana większość, bo aż 76% respondentów, odpowiedziała, że ich przedsiębiorstwa wolą arbitraż instytucjonalny, a tylko 24% wybrałoby *ad hoc*. W 2008 r. te preferencje umocniły się jeszcze bardziej i za instytucjonalnym arbitrażem opowiedziało się aż 86%, a za *ad hoc* jedynie 14%. Liczba toczących się arbitraży *ad hoc* jest ciągle zagadką. Panuje jednak mit, że arbitraży *ad hoc* jest bardzo dużo. Społeczność arbitrażowa chce wierzyć, że jest ich nieskończona ilość. Tymczasem odnosi się wrażenie, że tak nie jest. Chętnych arbitrów jest więc więcej niż spraw do rozpoznania.

Młodym prawnikom oferuje się więc programy i organizacje typu: Young ICCA, Young International Arbitration Group (LCIA), Young & International (ICDR), Young Arbitration Forum (ICC), Young Austrian Arbitration Practitioners (YAAP), Young International Arbitration Group (YIAG), Circle of Young Professionals (FIDIC), ASA Below 40 (Groupe ASA des Jeunes Practiciens de l'Arbitrage) i in. Pojawiają się ruchy „młodych arbitrów” i organizacje typu „Arbitrators under 45”. No cóż, młodość trwa teraz dłużej niż kiedyś.

Interesujące jest, co takiego młodzi widzą w arbitrażu. Czy chodzi im o tradycję, czy chodzi o kulturę, czy chodzi o pieniądze, sławę, a może o specyficzny styl życia uprawiany aktywnie do najpóźniejszych lat życia. Przykłady takie jak: George Dobry, Judge Holzman, Segrię Lebediew, Fali Nariman, Igor Pobirczenko, Miloš Pohůnek, Jan Sanders, Tadeusz Szurski i wielu innych sprawnych i aktywnych po osiemdziesiątce, a nawet po dziewięćdziesiątce pozwalają wierzyć, że jest coś specjalnego w arbitrażu, co trzyma arbitrów w dobrej formie. Cóż więc jest takiego specjalnego w karierze arbitra, że tylu chętnych chciałoby tej drogi spróbować?

2. CZY ARBITRAŻ JEST STARY JAK ŚWIAT?

Arbitraż był znany w czasach starożytnych. Dowody jego istnienia znajdujemy w greckich komediach antycznych, fenickiej tradycji, studiach filozoficznych i etnograficznych. Gdyby poszukać odpowiedzi w tytule książki Fryderyka Engelsa *Pochodzenie rodziny, własności prywatnej i państwa* (obowiązkowa lektura w latach 70., nie tylko na wydziałach filozoficznych), można założyć, że arbitraż powstał na pewno po powstaniu rodziny, wspólnot rodowych i plemiennych.

³ Zob. L. Mistelis, C. Baltag, „World Arbitration & Mediation Review” 2008/5, s. 96 i 101.

Na pewno po powstaniu własności prywatnej, ale z pewnością przed powstaniem organizacji państwowych. Spory istniały przecież już między członkami wspólnot rodowych, plemion koczowniczych, aborygenów, którzy nigdy nie zbudowali społeczności państwowej. Ktoś spory te musiał rozstrzygać. Trywializując, można sobie wyobrazić arbitraż „między nami jaskiniowcami” nawet w epoce kamienia gładzonego. Brak jest na to naukowych dowodów, lecz od czego jest wyobraźnia? Kto mianowicie miałby rozstrzygać spór o podział łupu, o sporną maczugę albo urodziwą troglodytkę?

Dowodów na istnienie arbitrażu mamy dość w pismach różnych kultur, na długo przed naszą erą. Literatura piękna, nawet starożytna, przynosi nam na ten temat ciekawe przykłady. Jest taka komedia antyczna zwana *Sąd rozjemczy*. Pochodzi z przełomu IV i III w. p.n.e. Nie wiemy dokładnie, kiedy została napisana, zachowała się we fragmentach. Jej autor, Menander, tworzył w tych samych czasach co Filemon, chociaż był mniej znany. Zginął przedwcześnie, podobno utopił się w czasie kąpieli w Zatoce Falerońskiej, prawdopodobnie w 291/290 r. p.n.e.

Opisany w komedii spór powstał pomiędzy dwoma niewolnikami. Jeden z nich (pasterz Daos) znajduje porzucone niemowlę i oddaje je na wychowanie drugiemu (Syriskos). Chciałby jednak zatrzymać znalezione przy dziecku drobne kosztowności. Spór oddają pod rozstrzygnięcie przypadkowemu przechodniowi (Smikrines). Dialog bohaterów stanowi klasyczny zapis na sąd polubowny *ad hoc*. Mamy w nim wszystkie elementy: zawarcie umowy arbitrażowej, powołanie arbitra, a nawet zapytanie o jego dostępność (*availability*), odesłanie do zasad porządku publicznego, wreszcie ostateczność rozstrzygnięcia. Jedyne element, którego brakuje, to honorarium arbitra.

W trakcie pewnej konferencji arbitrażowej słyszałem, jak przedstawiciel Libanu opowiadał z dumą: „Arbitraż wymyśliliśmy my, Fenicjanie”. Trzeba wiedzieć, że Libańczycy bardzo chętnie odwołują się do tradycji historycznych starożytnej Fenicji. Zirytowało to włoskiego uczestnika konferencji: „Jak to Wy, Fenicjanie? Wy Fenicjanie wymyśliliście pieniądze, ale już nie banki ani prawo bankowe. Kto powiedział, że wy wymyśliliście arbitraż?” „Oczywiście, że my – perorował Libańczyk – przecież u nas, w naszych portach rozstrzygać trzeba było spory bezzwłocznie. Towar załadowany na statek, kapitan chce odpływać, słońce zachodzi, wiatr się zmienia, a tu nagle przedstawiciel odbiorcy kwestionuje jakość towaru. Trzeba było natychmiast znaleźć trzech bezstronnych specjalistów, którzy podjęliby niezwłoczną decyzję”.

Tak zapewne wyglądało rozstrzygnięcie sporów kupieckich nie tylko w portach Fenicji. W starożytności sądy arbitrażowe powstawały w portach, na placach, targach, jarmarkach i rynkach.

Pozycja arbitrów była uznana w prawie rzymskim. Tu pojawia się łaciński termin *arbitrarium*. Ustanowiony przez strony sędzieja rozjemczy (*arbitr ex compromisso*) przyjmował funkcję arbitra (*receptum arbitri*). Nad wykonalnością wyroku czuwał pretor. Aby wyrok wykonano, pretor mógł stosować środki urzędowego nacisku.

Wykonalność orzeczenia arbitrażowego strony zabezpieczały sobie nawzajem przez specyficzne przyrzeczenie. Składały przysięgę oraz depozyt określonej sumy pieniężnej. Tak powstało *com-promissum* – zobowiązanie, które mogło nawet podlegać przymusowej egzekucji. Z czasem polubowne załatwianie spraw stało się domeną prawa prywatnego (cywilnego) i prawa traktatowego (*ius gentium* – międzynarodowego prawa publicznego).

Władza państwowa stopniowo jednak ograniczała i eliminowała polubowne rozstrzyganie spornych spraw, najpierw o charakterze karnym, później cywilnym. Wraz z instytucjami nowoczesnego państwa rozwijało się sądownictwo powszechne. Arbitraż pozostawał alternatywą, często wąską, ekskluzywną i elitarną. Czy jest taką dziś?

3. CZY ARBITRAŻ JEST TYLKO DLA DŻENTELMENÓW?

Oczywiście, że nie. Jest również dla dam. Gdy parę lat temu w Szwecji chciałem opublikować tekst pt. *Arbitration is for gentlemen only*, zakwestionowała go pani redaktor naczelna wydawnictwa, prawdopodobnie feministka, twierdząc, że tytuł pachnie męskim szowinizmem, nadto jest niepoprawny politycznie i sprzeczny z polityką wydawnictwa, które promuje *gender neutrality* – w wolnym (moim) tłumaczeniu – bezpłciowość.

Głowiłem się przez dwa tygodnie, jak przemycić moje treści, nie drażniąc uczuć szwedzkiej feministki. Przecież istnieją rzeczownicy mające sens jedynie w rodzaju męskim, np: rycerz, muszkieter, ułan, huzar i, ciągle jeszcze – dżentelmen. Konsultowałem zagadnienie z językoznawcami, cudzoziemcami, *native speakerami*. Reakcją była powszechna wesołość, podszyta lekką bezradnością. Jak uspokoić szwedzką feministkę? Wykombinować coś *à la gentle women*? A może *gentle ladies* – skoro większość przemówień zaczyna się od słów: *Ladies and gentlemen...*?

Po dwóch tygodniach zmagania znalazłem rozwiązanie. Zrobiłem przy słowie *gentleman* odsyłacz. W przypisie wyjaśniłem, że przez staromodne określenie *gentleman* autor niniejszego tekstu rozumie przedstawicieli społeczności arbitrażowej obojga płci. Gdy dyktowałem tę poprawkę mojej sekretarce, drgnęły jej palce przy wpisywaniu ostatnich dwóch słów *both sexes* (słowa *gender* jeszcze nie używano). „Tego Panu na pewno nie puszcza” – zawyrokowała. Puścili. Dla kogo zatem jest arbitraż?

Często arbitrażowi zarzuca się elitarność. Elitarność nie brzmi wcale źle. Brzmi dumnie. Sądy polubowne są dla dżentelmenów. Dżentelmeni przestrzegają zasad: dyskrecja, dotrzymywanie słowa, honor, poufność, szukanie kompromisu, nieodwołalność zobowiązań, dobrowolne wykonanie wyroku, szacunek dla dobrego imienia i reputacji firmy. Kultura rozprawy przewyższa zachowania znane z sądów powszechnych. Uważam ciągle, że jeśli liczba dżentelmenów w biznesie wzrośnie, zwiększy się też liczba spraw arbitrażowych. Dla nie-dżentelmenów pozostaje włączanie się po korytarzach i salach sądów powszechnych przez wszystkie instancje.

Tę wiadomość warto przekazać przedsiębiorcom bezpośrednio, czasami ponad głowami ich prawników albo obok nich. Powiedzieć im, że arbitraż jest: elegancki, kulturalny, modny. Ma atmosferę inną niż atmosfera sal sądowych i zatłoczonych korytarzy sądów powszechnych. Promując arbitraż, należy mówić przedsiębiorcom wprost, że człowiek elegancki nie idzie do sądu powszechnego, gdzie może minąć się z przestępcą. Gdzie w korytarzu mijają go konwoje eskortujące zakutych w kajdanki gangsterów, a ekipy telewizyjne zbierają się nie po to, aby zrobić wywiad z profesorem czy też autorytetem w dziedzinie prawa, ale żeby sfilmować kolejnego aferzystę albo polityka zamieszanego w niejasne interesy. Tę myśl proarbitrażową my, jako praktycy, również my, jako teoretycy, powinniśmy adresować szeroko, dużo dalej, niż to robimy na naszych konferencjach arbitrażowych. To przedsiębiorca (czy to biznesman, czy bizneswoman) powinien sam powiedzieć swojemu prawnikowi: „Panie mecenasie, proszę wstawić w mój kontrakt klauzulę arbitrażową. Ja chcę iść do arbitrażu, nie do sądu”.

4. ARBITER CIĄGLE W PODRÓŻY

Międzynarodowi arbitrzy to obieżyświaty. Dziś Praga, jutro Dubaj, za tydzień Paryż, za miesiąc Genewa, Wiedeń, Sztokholm albo Nowy Jork. Tak wygląda kalendarz arbitra. Pandemia zmieniła nie aż tak wiele w potrzebie prawidłowego administrowania własnym czasem. Konferencje, rozprawy, spotkania trwają nadal, czasami w różnych hybrydowych formach. Zdarza się, że trzech arbitrów rezyduje na trzech różnych kontynentach. Zdarza się, że nie tylko godzina, lecz nawet data bieżącego dnia jest inna.

Niektórzy arbitrzy mają problemy z kalendarzem. Trudno jest znaleźć wolny tydzień w trzech różnych kalendarzach trzech wziętych arbitrów, członków zespołu arbitrażowego. Sama czynność szukania wolnego miejsca w kalendarzu w trakcie odraczanej rozprawy nastęrcza trudności techniczne. Tradycyjny kalendarz książkowy przechodzi do lamusa. Są arbitrzy, którzy nie mają go przy sobie. Dzwonią do sekretarek i pytają: „Proszę sprawdzić, kiedy mam wolny termin?”. Wielu arbitrów polega wyłącznie na kalendarzu elektronicznym. Gdy trzeba odroczyć rozprawę, arbitrzy wyjmują swoje komórki i przeglądają ekran. „Och, mam wolny dzień 15 sierpnia” – mówi jeden. „A ja mam wolny dzień 1 listopada” – mówi drugi. „A ja mam wolne 11 listopada” – mówi trzeci. I może się za chwilę okazać, że wszyscy mają wolny dzień 23 grudnia albo 1 maja. Dlaczego? Bo kalendarze elektroniczne stosowane w niektórych komórkach nie uwzględniają świąt państwowych, narodowych, a nawet międzynarodowych. Odejście od używania tradycyjnego kalendarza książkowego może sprawić, że rozprawa wyznaczona na 31 października uniemożliwi arbitrowi odwiedzenie grobów najbliższych w dniu Wszystkich Świętych. Podobnie rozprawa wyznaczona na dzień 26 grudnia w Paryżu zakłóci innym święta Bożego Narodzenia, chociaż akurat we Francji jest to dzień roboczy.

Dobrym więc zwyczajem jest przestrzeganie i uwzględnianie w kalendarzu świąt narodowych i dni wolnych od pracy, tak w miejscu postępowania, jak i w krajach pochodzenia stron i arbitrow. Dotyczy to zwłaszcza społeczeństw wielokulturowych. Arbitr międzynarodowy powinien orientować się nawet w datach świąt ruchomych, takich jak *Thanksgiving*, Wielkanoc, Ramadan, Columbus Day, Independence Day, chiński Nowy Rok, rosyjska Maslenica, Dzień Weterana, prawosławne Boże Narodzenie czy też prawosławna Wielkanoc. Ustalonym zwyczajem jest bowiem nieprzeprowadzanie żadnych czynności w takim okresie oraz wyznaczanie stronom terminów uwzględniających ważne dla nich daty.

No cóż, ale jak orientować się w religijnych świątach lokalnych, o których poza danym krajem nic nie wiadomo? Zdarzyło mi się kiedyś być arbitrem w jednym z azjatyckich miast. Obie strony i ich pełnomocnicy występowali zwykle w kilkunastoosobowym składzie. Ubrani byli zawsze bardzo tradycyjnie, zwykle w ciemne garnitury albo mundury.

Na rozprawę leciałem okrężną drogą. Awaria na jednym z głównych europejskich lotnisk sprawiła, że trasa mojego lotu została zmieniona. Leciałem innymi liniami, przez inne kraje tranzytowe, przesiadając się i gubiąc kolejne połączenia z uwagi na zaistniałe opóźnienia lotów. Gdy dotarłem do celu, było już grubo po północy. Już chciałem odetchnąć z ulgą, gdy dowiedziałem się, że mój bagaż zaginął. „Proszę się nie martwić – mówi pracownik linii lotniczych – znajdzie się, dostarczymy do hotelu jutro po południu”. „Jak to jutro po południu? – myślę sobie, przeglądając się w lustrze. Byłem w džinsach i w T-shirtcie. Na nogach miałem wygodne crocksy i poza czarną klubową marynarką nic nie nadawało się do reprodukcji następnego ranka. O godzinie 10.00 miałem zacząć rozprawę i stanąć przed dwiema drużynami kilkunastu prawników ubranych bardzo konserwatywnie, nie mówiąc już o dwóch współarbitrach, ubranych zawsze według najwyższych standardów elegancji. „Proszę mnie zawieźć do jakiegoś nocnego sklepu!” – powiedziałem kierowcy hotelowemu. „Sir, dzisiaj mieliśmy święto (wymienił jakie), a jutro sklepy otworzą dopiero w południe, bazar może trochę wcześniej, ale na pewno nie od rana”. „Człowieku – mówię – jutro o 10.00 muszę mieć garnitur, koszulę, krawat i czarne półbuty. Wymyśl coś!”. Chłopak zaczął myśleć i telefonować ze swojej komórki. „Mój kuzyn ma sklep odzieżowy na wielkim bazarze. Jutro miał mieć zamknięte, ale w tej sytuacji przyjedzie specjalnie i otworzy dla pana wcześniej rano o 9.00. Pojedziemy i kupi pan wszystko, co potrzeba”.

Uspokoił mnie. Rano o 9.00 zjawiliśmy się na bazarze. Pusto. Wszystko zamknięte. Czekamy. O 9.20 przyjeżdża krewniak i długo próbuje odkluczyć zamknięte metalowe rolety zamykające jego kram. Okazuje się, że pomylił klucze. Odjeżdża na skuterze, zaraz wróci. Czas leci. Serce wali mi z niepokoju. Krewniak wraca. Jest 9.45. Wpadamy do sklepu. Już wiem, że żadnego z garniturów tu nie kupię. Lepiej dobrać spodnie do mojej czarnej marynarki. Proszę o koszulę, krawat, spinki do mankietów. Wszystko jest. OK. „A teraz czarne półbuty!”

Obaj, mój kierowca i jego krewniak kręcą się niespokojnie. „Sir, butów my nie prowadzimy” – mówi sklepikarz. „No właśnie” – mówi mój hotelowy kierowca – „Nie chciałem pana denerwować. Myślałem, że któryś z kolegów, albo kelnerów hotelowej restauracji użyczy panu swoje czarne półbuty, sprawdziłem w nocy, ale żaden nie ma pańskiego numeru”.

Co robić? Już jest godzina 10.00. Trzeba pędzić na rozprawę, a ja w tych śmiesznych crocksach. W głowie brzęczy mi stare powiedzenie „Mężczyznę ocenia się po: żonie, butach i samochodzie”. Proszę o pomoc mojego Anioła Stróża, no bo kogo by innego. Idziemy w stronę samochodu wzdłuż długiego rzędu pozamykanych sklepów. Wszystkie z zasuniętymi od góry do dołu metalowymi roletami, zaryglowane, zamknięte. Na końcu tej ponurej galerii kłęczy człowiek, majstrując coś przy kłódce. Czyżby otwierał? Boże spraw, aby to był sklep z butami! Słońce już piecze w plecy czarnej marynarki. Co za początek dnia! Podchodzę i oczom własnym nie wierzę. Spod podniesionej metalowej rolety widać logo Timberwood. Wpadam do środka. Są trzy modele czarnych sznurowanych półbutów. Jeden w moim rozmiarze. To są do dziś moje najlepsze buty.

5. RYZYKO PO STRONIE ARBITRA

Są kraje, w tym bardzo demokratyczne, gdzie nie można wykonać zagranicznego wyroku arbitrażowego „sprzecznego z interesem narodowym państwa”. Czy zawsze bezpiecznie może czuć się arbiter, który taki wyrok wydał?

Znam przypadek międzynarodowego arbitrażu, gdzie po naradzie arbitrów jeden z nich został aresztowany i osadzony w więzieniu „za działanie sprzeczne z interesem państwa”. Działo się to w jego ojczyźnie. Narada arbitrów była najprawdopodobniej podsłuchana przez służby specjalne, a przegłosowanemu arbitrowi zarzucono, że nie dość skutecznie strzegł interesów swojej ojczyzny, demokratycznej jedynie z nazwy. Powszechnie znany jest inny przypadek uprowadzenia (kidnapping) indonezyjskiego arbitra przez agentów indonezyjskich służb specjalnych. Stało się to nie w dżungli Borneo ani nie w ciemnym zaułku jakiejś podejrzanej dzielnicy Dżakarty, lecz na międzynarodowym lotnisku w Amsterdamie.

Znane są przypadki wydawania przez zagraniczne sądy powszechne zarządzeń (*antisuit injunctions*) zabraniających arbitrowi wstępu na terytorium danego kraju albo nakładających na niego milionowe grzywny za dalsze prowadzenie arbitrażu. Sam ostatnio stałem się przedmiotem dwóch takich *antisuit injunctions* zabraniających mi kontynuowania dwóch arbitraży w jednym z państw Azji Środkowej. Pozwanym w obu postępowaniach jest skarb państwa tego kraju.

Bywa, że arbitrzy prześladowani są przepisami administracyjnymi np. za naruszenie przepisów lokalnego prawa pracy. W Tajlandii arbiter musi uzyskać pozwolenie na pracę, zanim przystąpi do wyznaczenia rozprawy. Jeden z kolegów do dziś boi się wrócić do Tajlandii, tylko dlatego, że wyrok arbitrażo-

wy podpisał na lotnisku w Bangkoku, w czasie międzyrządowania i przesiadki. W Kirgistanie arbiter cudzoziemiec nie otrzyma wypłaty honorarium, dopóki nie uzyska lokalnego numeru identyfikacji podatkowej. Kołowrót administracyjny jest tam bardzo wydłużony. Poza koniecznością notaryzowania różnych dokumentów potrzebni są również biegły i tłumacz przysięgły. Do czego? Do przetłumaczenia nazwiska arbitra! Różna bowiem może być transkrypcja cudzoziemskiego nazwiska pisanego w cyrylicy, inna po kirgisku, inna po rosyjsku. Faktem jest, że moje nazwisko, a nawet imię, inaczej pisane jest w cyrylicy w Rosji i Białorusi, inaczej w Bułgarii, Kirgizji, Macedonii, Mołdawii, Serbii czy też Ukrainie.

Zastanawiająca jest liczba zdań odrębnych zgłaszanych w arbitrażach inwestycyjnych opartych na Bilateral Investment Treaties (BIT). Czy nie jest tak, że arbiter pochodzący z państwa przegrywającego spór zabezpiecza się zdaniem odrębnym przed nieprzyjemnościami, jakie mogą go spotkać po powrocie do ojczyzny? Jego nazwisko poda przecież prasa, podgrzewając jeszcze poziom emocji. Dziennikarze obliczają, przy okazji wielkich sporów inwestycyjnych, ile taka przegrana kosztować będzie „przeciętnego podatnika”. Ten „przeciętny podatnik” może mieć pretensje do arbitra, który brał udział w wydaniu wyroku. Czyżby więc arbiter miał bać się powrotu do domu po wydanym wyroku, tak jak sędzia piłkarski boi się kibiców w przypadku kontrowersyjnego wyniku meczu?

Arbiter nie jest chroniony żadnym immunitetem. Jest osobą prywatną. Nawet wtedy, gdy rozstrzyga spór o setki milionów dolarów albo gdy podejmuje decyzję istotną dla gospodarki narodowej państwa będącego stroną procesu. Czasami decyzja ta może być ważna dla obronności państwa, jego bezpieczeństwa energetycznego itd. Brak jakiegokolwiek ochrony sprawia, że arbiter nie zawsze czuje się bezpiecznie. Można go napaść, zatrzymać, a nawet uprowadzić, znieważyć, wyrwać teczkę z dokumentami procesu. Sędzia państwowy jest w takich przypadkach chroniony specjalnymi przepisami. W wielu systemach prawnych za czynną napaść lub zniewagę sędziego grozi kara wyższa niż za czynną napaść na policjanta, strażnika miejskiego, komornika sądowego czy też „osobę przybraną mu do pomocy”, chociażby taka osoba nie była żadnym funkcjonariuszem. Tymczasem arbiter, jeśli napadnięty, zatrzymany, uderzony, znieważony, nawet przy pełnieniu swoich funkcji albo w związku z nimi, miałby sam szukać i ścigać sprawców i dochodzić przeciwko nim swoich roszczeń z oskarżenia prywatnego.

To, czy arbitrzy są chronieni jakimkolwiek immunitetem, jest kwestią prawa krajowego, a podejście przyjęte przez różne państwa znacznie się różni. Istnieją kraje, w których prawo arbitrażowe generalnie przewiduje immunitet (np. Anglia i Walia), są kraje, w których prawo przewiduje odpowiedzialność arbitrowi jedynie w określonych okolicznościach (np. Austria). Polskie prawo arbitrażowe – Księga V Kodeksu postępowania cywilnego – wzorowało się na ustawie modelowej UNCITRAL i nie zawiera wprost żadnych przepisów

w tym zakresie. W odniesieniu do odpowiedzialności za błędny wyrok dominiuje pogląd, że arbiter może ponosić odpowiedzialność tylko w przypadku, gdy wyrok został wydany w oczywistej złej wierze. Ponadto przyjmuje się, że arbitrzy ponoszą ogólną odpowiedzialność kontraktową wobec stron za swoje działania i zaniechania wynikające z *receptum arbitrii*. Na szczęście w Polsce nie odnotowano spraw dotyczących odpowiedzialności arbitrów. Niemniej jednak „cuda się zdarzają”. I tak zdarzyło mi się przed laty, że dwóch świeżo upieczonych warszawskich adwokatów próbowało zająć moje konto bankowe, żeby zabezpieczyć sobie koszty procesu arbitrażowego na wypadek przegranej ich klienta. Jak mawiam w takich wypadkach: „Życie jest bogatsze od literatury” – przynajmniej prawniczej.

Arbiter nie korzysta nawet w pełni z wolności słowa. Przynajmniej w niektórych państwach, takich jak Polska. Jeśli jest adwokatem albo radcą prawnym, mógłby od biedy powoływać się na immunitet adwokacki czy też radcowski. Tyle tylko, że w Polsce wykonywanie misji arbitra, inaczej niż np. w Szwajcarii, nie jest traktowane jako wykonywanie zawodu adwokata. Arbiter w Wielkiej Brytanii ma zagwarantowaną wolność słowa i pełny immunitet, tak jak sędzia. Widziałem wyrok wydany w London Court of International Arbitration (LCIA), w którego uzasadnieniu pojawiało się 40 razy słowo *fraud*. Arbiter polski, który w Polsce użyłby 40 razy słowa „przekręt”, albo „oszustwo”, narażałby się na pozew cywilny o ochronę dóbr osobistych albo postępowanie karne z oskarżenia prywatnego o zniewagę lub zniesławienie. Dlaczego tak jest? Dlaczego jedne państwa chronią arbitrów immunitetem, a inne nie? W Wielkiej Brytanii arbiter może powiedzieć i napisać to co chce. W połowie 50 stanów USA również, ale w drugiej połowie już nie. W Polsce wcale. Jak więc wyobrazić sobie odwagę poszczególnych członków międzynarodowego zespołu orzekającego, w którym zasiada Polak, Anglik i Amerykanin? Gdzie będzie miejsce na jednomyślność, jeżeli jeden może mówić i pisać to co chce, drugi boi się konsekwencji, a trzeci jest mniej lub bardziej odważny w zależności od lokalnego prawa stanu, w którym toczy się postępowanie?

Bezpieczeństwo arbitra to sprawa poważna. Niejeden z nas miał przygody, czasem śmieszne, czasem groźne, związane chociażby z przewozem dokumentów. Kiedyś na pewnym azjatyckim lotnisku zostałem zatrzymany przez trzech „smutnych panów” (młodszym Czytelnikom wyjaśniam, że tak właśnie w czasach PRL określaliśmy tajnych agentów). Koniecznie chcieli ze mną „porozmawiać”. Interesowało ich, po co przyjechałem do ich kraju, i to na tak krótko. Z tak dalekiego kraju jak Polska, bilet w *first class* taki drogi, a ja tylko na jeden dzień, więc po co i dlaczego? Nie przedstawili się, kim są. A kim mogli być? Z niepokojem zdałem sobie sprawę, że w podręcznej teczce mam dokumenty sprawy arbitrażowej dotyczącej modernizacji sprzętu wojskowego. Jeśli „smutni panowie” każą mi otworzyć teczkę, to będzie ciężko. Może lepiej im odmówić? A co, jeśli ją skonfiskują? Gdy zobaczą, co jest w środku, czy zdążę jeszcze na mój samolot? Czy w ogóle z tego kraju wylecę? A co, jeśli są to agenci sąsiedniego

państwa będącego od dłuższego czasu w militarnym konflikcie? Różne myśli kłębiły mi się po głowie.

Nieoczekiwanie kątem oka w tłumie ludzi na lotnisku dostrzegłem znanego arbitra. Nic w tym zresztą dziwnego – znanych arbitrów najłatwiej spotkać na międzynarodowych lotniskach. Ucieszył się na mój widok, pomachał przyjaźnie ręką i podszedł bliżej. „Stój tu i czekaj aż mnie puszczą!” – poprosiłem kolegę. Jak dobrze mieć kolegę w takich momentach! W końcu „smutni panowie” dali mi spokój. Długo oglądali moją ówczesną wizytówkę prezesa Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce. Pomogła. Jednak wątpliwości typu „co by było, gdyby” pozostały.

6. ARBITRAŻ JAKO PROGRAM EMERYTALNY (TRZECI FILAR)

O zarobkach prawników krążą legendy. Prawie w każdym kraju prawnicy należą do *middle class*, często do *upper middle class*, a czasami nawet do *high class*. Wysokie zarobki przekładają się na wysoki standard życia. Nawet w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, 40 lat temu, adwokaci mieli się całkiem dobrze. Wspominam rozmowę kilku starszych adwokatów w pokoju adwokackim w sądzie wojewódzkim mojego rodzinnego Poznania. Wszyscy narzekali, że jest ciężko, że klienci niewdzięczni, że nie płacą itd. Gdy się rozeszli, stary woźny sądowy, który przysłuchiwał się w milczeniu tym narzekaniom, pokiwał tylko głową i powiedział refleksyjnie: „Tak narzekają, tak narzekają, a widział pan kiedyś adwokata, który nie ma samochodu?”.

W tamtych czasach w Polsce posiadanie samochodu, własnego mieszkania, a nawet telewizora kolorowego było miernikiem dostatku. Dostęp do dóbr materialnych nie jest jednak nieograniczony w czasie. Może się kiedyś skończyć. Wielcy prawnicy praktykujący w USA, Szwajcarii, Francji, Wielkiej Brytanii będą mieli wielkie emerytury. Ich standard życiowy w żaden sposób nie powinien obniżyć się po przejściu w stan spoczynku. Tymczasem prawnicy w Europie Centralnej i Wschodniej mają znacznie gorsze perspektywy. Tutaj kapitalizm jest młody, gospodarka rynkowa też. System ubezpieczeń społecznych zaczął działać niedawno i ma się kiepsko. Opłacanie składek emerytalnych zaczęło się późno. Nie każdy prawnik praktykujący indywidualnie opłaca je w maksymalnym rozmiarze. A nawet jeżeli tak, to ile z tego uzbiera przez lata, które pozostały do emerytury? Czy warto opłacać maksymalne stawki, czy lepiej oszczędzać i inwestować samemu? Nadszedł niż demograficzny i w społeczeństwie coraz bardziej zróżnicowanym wiekowo będzie coraz trudniej utrzymać dziarskich emerytów z okresu wyżu demograficznego lat 50. Może się okazać, że najlepszy partner największej kancelarii w Europie Centralnej czy też Wschodniej po wycofaniu się w wieku 65 lat otrzyma emeryturę z kasy państwowej w wysokości kilkuset euro. A im dalej na wschód Europy, tym tej emerytury może być mniej...

Kariera arbitra staje się więc dla prawnika najlepszym programem emerytalnym (ang. *pension plan*). Nie ma przecież nic lepszego, jak robić nadal to, co się

potrafi i lubi, we własnym rytmie, w gronie znajomych i kolegów, w atrakcyjnych miejscach na świecie i za atrakcyjne honorarium. Specyficzny styl „życia arbitrażowego” pozwala zachować formę do najpóźniejszych lat. Znakomici arbitrzy, wymienieni wcześniej nestorzy, aktywni nawet po ukończeniu 80, a nawet 90 lat potwierdzają moją teorię: „Arbitrzy żyją dłużej od innych prawników”. Myślę więc, że dla wielu starszych prawników formalne przejście na emeryturę, wcześniejszą czy też późniejszą, niczego specjalnego nie zmienia w ich życiu, o ile zbudowali sobie wcześniej pozycję arbitra.

Czy na arbitrażu można dużo zarobić? Ile? To zależy. Od czego? Od kraju, instytucji, regulaminu arbitrażowego, taryfy opłat, umowy ze stronami, wreszcie od prawa arbitrażowego danego państwa. Najgorzej jest w arbitrażu prowadzonym według Kodeksu postępowania cywilnego. Otóż w przypadku gdy wynagrodzenie arbitrów nie było i nie jest uzgodnione ze stronami, arbitrzy mogą wnieść do sądu powszechnego wnioski o ustalenie tego wynagrodzenia. Stosownie do art. 1179 § 2 k.p.c. sąd ustali wynagrodzenie, biorąc pod uwagę nakład pracy oraz wartość przedmiotu sporu. Od decyzji sądu w tym zakresie służy zażalenie.

Jest to jeden z najgorszych przepisów Księgi V Kodeksu postępowania cywilnego! Jak bowiem i kiedy sąd powszechny ma wziąć pod uwagę nakład pracy arbitra? Przed rozpoczęciem postępowania arbitrażowego, w jego trakcie czy też po zakończeniu? Jeżeli przed, to skąd sąd powszechny ma wiedzieć, jak bardzo napracuje się arbiter? Jeżeli po zakończeniu postępowania arbitrażowego, to oznaczałoby, że arbiter ma przystąpić do pracy za darmo, niejako na kredyt, napracować się, wydać wyrok, doręczyć go stronom, a następnie czekać cierpliwie na postanowienie sędziego, które i tak nie będzie ostateczne, bo służy od niego zażalenie. Sędzia, który ma w swoim decernacie 300 albo 500 niezalatwionych spraw, a pracuje za stałą miesięczną pensję, pomyśli, żeby wynagrodzenie arbitra było nie wyższe od jego pensji, a najlepiej stanowiło jakiś jej ułamek.

7. CZY ARBITRAŻ TWORZY NOWE ZWYCZAJE?

Wolny od sztywnych procedur arbitraż międzynarodowy wytworzył specyficzną kulturę. Niektóre zwyczaje ustaliły się odnośnie do samej formy obrad. Rozprawy odbywają się najczęściej w salach sądów polubownych, salach konferencyjnych izb gospodarczych, salach kancelarii prawniczych albo hoteli. W krajach Wschodu zdarzało mi się orzekać w restauracjach, świetlicach, a nawet w szkolnej klasie. Widok arbitrów siedzących przed tablicą szkolną podziałł wyjątkowo dyscyplinująco na pełnomocników stron. Gdy zasiedli w szkolnych ławkach, jakoś opuściła ich śmiałość i pewność siebie.

Zwyczajowo arbitrzy siadają w szczycie stołu konferencyjnego, strona powodowa wraz z pełnomocnikami po ich prawej stronie, a strona pozwana od-

powiednio po lewej. Czasem jednak bywa odwrotnie. W krajach anglosaskich powód siada zwykle po lewej stronie, podobnie jest w Niemczech.

W trakcie rozprawy wszyscy jej uczestnicy siedzą, również wtedy, gdy zwracają się do zespołu orzekającego. Nie wyklucza to wcale oznak szacunku, kurtuazji ani wyszukanych manier. W niektórych krajach przyjęte jest tytułowanie arbitrów: *Your Lordship*, *Your Honor*, *Бауа Честь*, *Distinguished Arbitral Tribunal*, *Distinguished Arbitrator*. Odnośnie do pełnomocników strony przeciwnej używa się określeń: *My Learned Colleague* albo *My Distinguished Colleague*. Zwroty te brzmią czasami dziwnie dla polskiego prawnika. Gdyby tak u nas zacząć tytułować przeciwnika *per* „Mój uczony kolega”, można byłoby zostać posądzonym o sarkazm albo ironię.

W arbitrażu źle widziane są jakiegokolwiek złośliwości pod adresem strony przeciwnej, nie mówiąc o arbitrach. Szermierka słowna między pełnomocnikami jest tu znacznie subtelniejsza niż w sądzie powszechnym. Jeżeli już, to dyscypliną szermierczą jest raczej floret, a nie szabla. Zawsze mile widziany jest dowcip i poczucie humoru, dobre maniery i pozytywne, pogodne nastawienie do współuczestników rozprawy.

Atmosfera sali rozpraw różni się od atmosfery sali rozpraw w sądzie powszechnym. Ma chociaż trochę przypominać atmosferę negocjacji, w trakcie których strony zawarły kiedyś umowę. Przecież te same strony przyjaźniły się, lubiły, ufały sobie kiedyś. Warto te uczucia przywrócić i odtworzyć. Dobrym zwyczajem są wspólne posiłki w przerwach, pod warunkiem że nie będziemy przy stole mówić o sprawie. Całkowicie normalne jest robienie przerw na konsultacje. Dopuszcza się porozumiewanie się pełnomocników z nieobecnymi członkami zarządu stron czy też innymi prawnikami, zwłaszcza w celu przedyskutowania stanowisk i propozycji ugodowych.

Specyficzna etykieta wytworzyła się pomiędzy arbitrami. Arbitr zamieszkujący w miejscu postępowania arbitrażowego powinien upewnić się, czy pozostali arbitrzy nie potrzebują pomocy w rezerwacji hotelu, obsługi sekretarskiej czy też transportu i powinien pomoc tę zaoferować. On też, z reguły, zaprasza współarbitrów na pierwszy posiłek, najczęściej kolację poprzedzającą pierwszą rozprawę. Inny wymóg niepisanej etykiety sprawia, że z kolei na ostatni posiłek, po zakończeniu procesu, zaprasza współarbitrów przewodniczący zespołu orzekającego. Do kurtuazji należy krótkie spotkanie z prezesem instytucji arbitrażowej, która administruje dany arbitraż, albo partnerem zarządzającym kancelarii, w której odbywa się rozprawa.

Arbitraż wykształcił specyficzne słownictwo. Słowa takie jak: *joinder*, *rejoinder*, *rebutter*, *duplique*, *triplique*, *quadruplicque*, chociaż nawiązują do kolejności składanych pism procesowych, pozostają ciągle nieznane w sądach powszechnych niektórych systemów prawnych. Określenia takie jak: *baseball arbitration*, *bifurcation*, *chess clock system*, *cross file*, *flip-flop arbitration*, *hot tubing*, *wild cat arbitration* etc. wzbogaciły na stałe słownictwo prawnicze, a tak nazwane zjawiska wzbogaciły bardzo zwyczajnie przyjęte w arbitrażu. Niektórzy arbitrzy stali się sław-

ni, wprowadzając własne zwyczaje lub wzory zachowań. Przeszli do historii arbitrażu jako autorzy np: *Böckstieggell method*, *Goldman formula*, *Redfern schedule*, *Scott schedule* albo *Tomlein order*.

Ciągle dużo mówi się o konieczności usprawnienia efektywności procesu sądowego w polskich sądach powszechnych, przede wszystkim przygotowania rozprawy głównej. Mam taką radę: „Drodzy Sędziowie (*Your Lordship*): Uczcie się od arbitrow!”.

8. ARBITRAŻ ŁAGODZI NAPIĘCIA

Arbitraż w Europie kontynentalnej pomaga w rozwiązywaniu sporów. Ułatwienie ugodowego załatwienia sporu prawie od zawsze było tu regułą i miłą tradycją. W języku polskim arbitraż opisujemy dwiema nazwami: „sąd arbitrażowy” lub „sąd polubowny”. Etymologia tego drugiego określenia pochodzi od słowa „lubić”, „polubić” coś albo kogoś. Przewodnicząc trybunałom arbitrażowym, dla złagodzenia napięć między stronami, mówię czasem: „Decydując o wpisaniu klauzuli arbitrażowej do waszego kontraktu lubiliście się na tyle, że zrzekliście się jurysdykcji sądów państwowych nad wami. Być może nadszedł czas, aby polubić się na nowo i rozważyć rozwiązanie polubowne”. Od arbitra w Europie Środkowej oczekuje się, aby był przyjazny ludziom, a przez to potrafił ułatwić ugodę. Niektóre regulaminy arbitrażowe, np. w Czechach czy też w Niemczech, nakładają wręcz taki obowiązek.

Inaczej jest w krajach i instytucjach, w których arbitrzy pobierają stawki godzinowe. Dla przykładu arbitrzy London Court of International Arbitration (LCIA) nie chcą zawierać ugód. Twierdzą wręcz, że strony sporu po to wniosły sprawę do LCIA, bo oczekiwały kompetentnego rozstrzygnięcia, a gdyby chciały pogodzić się, mogły wybrać mediację. W jurysdykcjach i instytucjach, gdzie arbitrzy są wynagradzani według obowiązującej taryfy *ad valorem*, czyli w zależności od wartości przedmiotu sporu, arbitrzy są bardziej skłonni do zakończenia sprawy niż przeciągania jej w nieskończoność. Ugoda jest jednym z najszybszych sposobów zakończenia postępowania arbitrażowego. Nic więc dziwnego, że według statystyk postępowań arbitrażowych zakończonych ugodą jest znacznie więcej w jurysdykcjach i instytucjach wynagradzających arbitrów *ad valorem* niż tam, gdzie arbitrzy są wynagradzani według stawek godzinowych. Również literatura i komentarze wyrażają bardziej „prougodowe” opinie w pierwszej grupie państw i instytucji, podczas gdy w drugiej wielu uczonych kolegów stoi na stanowisku, że nie należy oczekiwać od arbitra ułatwienia zawarcia ugody, ponieważ jego zadaniem jest wydanie orzeczenia arbitrażowego. Sporządzenie długiego orzeczenia arbitrażowego w skomplikowanej sprawie arbitrażowej przekłada się oczywiście na więcej fakturowanych godzin niż rozstrzygnięcie sporu *à l'amiable*. Bywa, że każdy z trzech arbitrów pragnie napisać jak najobszerniejszy fragment wyroku.

9. KWESTIE POUFNOŚCI POSTĘPOWANIA, NARADY I GŁOSOWANIA

Czy polski arbitraż jest poufny? „Tak!” – odpowiadają zgodnym chórem uczeni w piśmie. A z czego to wynika? Tu odpowiedź jest już mniej zdecydowana: „z tradycji”, „z charakteru arbitrażu”, no i wreszcie z regulaminów instytucji arbitrażowych. No dobrze, ale jeśli mamy mieć polsko-polski arbitraż *ad hoc*, według Kodeksu postępowania cywilnego, to gdzie tam jest mowa o poufności? Tu już dochodzi do poważnych wahań. Kilku profesorów próbowało mnie przekonać, że poufność arbitrażu wynika z przepisu 1184 k.p.c. Przepis ten mówi jednak coś, co może być interpretowane dokładnie odwrotnie. Jeśli bowiem strony mogą same sobie ustalić reguły postępowania, to mogą ustalić, że rozprawa odbędzie się w miejscu publicznym, będzie transmitowana przez lokalny radiowęzeł albo rozgłośnię radiową. Taką możliwość ustawodawca zagwarantował tym przepisem. O poufności zapomniał.

A co z naradą arbitrów? Czy poufność narady arbitrażowej jest przez naszego ustawodawcę właściwie zabezpieczona? Mam co do tego pewne wątpliwości. Otóż jeżeli dla porównania zajrzyjemy do Kodeksu postępowania karnego, to mamy tam czarno na białym napisane, że przebieg narady jest tajny, a zwolnienie od zachowania tajemnicy nie jest dopuszczalne. W naradzie uczestniczyć może protokolant. Czyli protokolant i nikt inny.

W Księdze V odpowiedni przepis (art. 324 k.p.c.) mówi nam, że sąd powszechny wydaje wyrok po niejawnej naradzie sędziów. Już nie ma tam mowy o tajemnicy, nie ma również mowy o zwolnieniu z tajemnicy, nie ma nawet wymienionej liczby osób czy choćby osoby protokolanta w tym przepisie. Piśmiennictwo nie jest jednolite w tej kwestii. Dopuszcza się możliwość udziału protokolanta, tak twierdzą praktycy i sędziowie. Świat nauki twierdzi, że nie bardzo. Zdania są podzielone. Natomiast odpowiedni przepis Kodeksu postępowania cywilnego dotyczący arbitrażu w artykule 1195 milczy zupełnie na temat poufności narady, a nawet jej niejawności. Milczy na temat dopuszczenia innych osób do udziału w niej, a zagadnienie jest przecież interesujące i ważne.

W regulaminach arbitrażowych, np. SAKIG, przejęto międzynarodowy standard, że narada jest niejawna. Również w regulaminie Sądu Arbitrażowego Lewiatan mowa jest o tym, że narada jest niejawna. Regulamin Lewiatana z 2010 r. mówił, że dopuszcza się udział protokolanta, czyli już więcej nikogo innego. Regulamin z 2012 r. już nie mówi o udziale protokolanta. Stwierdza wyraźnie w § 40, że zespół orzekający wydaje wyrok po przeprowadzeniu niejawnej narady, obejmującej dyskusję i głosowanie.

Zagadnienie komplikuje się na gruncie międzynarodowym. Niektóre regulaminy arbitrażowe, zwłaszcza na wschód od Bugu, dopuszczają obecność osoby zwanej po rosyjsku: *дакладчик* (czyt. *dakładczik*). *Dakładczik* to jest osoba, która ma bardzo silne kompetencje w arbitrażu rosyjskim, ukraińskim i paru innych. *Dakładczik* spełnia rolę referenta, lecz również sekretarza administracyjnego. Protokołuje rozprawę, przygotowuje ją, a także bardzo często przygotowuje

część wyroku. Na Zachodzie możemy powołać sekretarza administracyjnego (ang. *administrative secretary*), która to osoba, za zgodą stron i zespołu orzekającego, może być dopuszczona do udziału w rozprawie. Pytanie, czy może być dopuszczona do narady? Wiele regulaminów na ten temat milczy.

O roli sekretarza administracyjnego była mowa po raz pierwszy na konferencji w Bogocie, w Kolumbii, zorganizowanej przez International Bar Association w ramach International Arbitration Day w 2013 r. Mowa tam była właśnie o przebiegu narady i o tzw. syndromie d'Artagnana (*d'Artagnan syndrom*). Otóż znany pisarz francuski Aleksander Dumas (ojciec) napisał słynną powieść pt. *Trzej muszkieterowie*. Tytułowymi bohaterami są Atos, Portos i Aramis. Głównym bohaterem tej książki jest jednak d'Artagnan, ten czwarty, najmłodszy muszkieter, pochodzący z Gaskonii, czyli z Kraju Basków. Od jakiegoś czasu w niektórych postępowaniach arbitrażowych zaczęto zauważać, że rola sekretarza administracyjnego jest trochę rolą d'Artagnana. To tak, jakby czwartego muszkietera wypromować na równi z trzema tytułowymi, wprowadzić do sali rozpraw, a dalej do sali narad. Chodzi przy tym o człowieka, który czasami najlepiej zna sprawę, człowieka, który wszystko przeczytał od początku do końca, zreferował, a czasem zaproponował lub wręcz zaprojektował rozstrzygnięcie.

Zagadnienie poufności komplikuje się jeszcze, gdy mamy do czynienia w arbitrażu międzynarodowym z arbitrami pochodzącymi z różnych państw, mówiących różnymi językami. Zdarza się więc, że jest potrzebny tłumacz. Pytanie, czy tłumacz ma prawo do uczestniczenia w naradzie? Różnie z tym bywa. Była w SAKIG wiele lat temu sprawa, kiedy to śp. profesor Philippe Fouchard został powołany przez francuską stronę w sporze dotyczącym sieci francuskich supermarketów. Językiem arbitrażu był język polski. Profesor Philippe Fouchard języka polskiego nie znał, a propozycja, że cała rozprawa może być dla niego tłumaczona na język polski, została dopuszczona. Natomiast propozycja, żeby narada również miała odbywać się z udziałem tłumacza, została odrzucona przez przynajmniej jednego z polskich arbitrów. W rezultacie profesor Fouchard musiał z tej sprawy zrezygnować.

Pytanie, czy obecność tłumaczy na naradzie, która powinna przebiegać w języku postępowania arbitrażowego, będzie dopuszczona, czy nie, pozostaje bez jasnej odpowiedzi. Wiele regulaminów mówi o tym, że postępowanie jest poufne, że narada jest tajna, że jest *confidential* i tak dalej. Nie mamy takich wątpliwości, gdy patrzymy na regulaminy LCIA. Nie mamy takich wątpliwości, gdy International Bar Association jako standard przewiduje tajemnicę narady. Podobnie kodeks etyczny American Arbitration Association, ale już Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL zarówno w wersji 1976, jak i w wersji 2010, ani ustawa modelowa UNCITRAL, tak w wersji 1985, jak i 2006, nie mówią nic na temat tajności czy też poufności, czy nawet niejawności narady.

Wnioskowanie o poufności narady odnosi się więc do jakichś zasad ogólnych, wypływających niby z tradycji. Ale pytanie, czy jakieś międzynarodowe tradycje odnoszą się do naszego Kodeksu postępowania cywilnego? Czy nasz

ustawodawca zabezpieczył właściwie poufność narady? Moim zdaniem nie i wątpliwość moją potwierdza mój własny przypadek, kiedy zostałem wezwany w charakterze świadka przez sąd powszechny i kazano mi zeznawać, w pełnym rygorze pouczeń o obowiązku mówienia prawdy i tak dalej, o sposobie i przebiegu postępowania arbitrażowego, któremu przewodniczyłem, o zachowaniu arbitrów, a nawet o ich stanie zdrowia fizycznego i sprawności intelektualnej. To doświadczenie uznaję za wstrząsające, za niesprawiedliwe i przy każdej okazji gorąco apeluję, żeby nasz ustawodawca poufność narady wzmocnił.

Skoro bowiem nasz ustawodawca wprowadził zakaz przesłuchania mediatora w charakterze świadka (art. 259¹ k.p.c. mówi, że nie wolno przesłuchiwać mediatora co do faktów, o których dowiedział się w związku z prowadzeniem mediacji), to dlaczego można przesłuchiwać arbitra? Arbitra, który w pewnym sensie również pełni funkcję mediatora, przynajmniej w momencie, kiedy zachęca strony do zawarcia ugody i czasami z sukcesem tę ugodę zawiera i ugodzie nadaje formę wyroku.

Ten przepis dotyczący zakazu przesłuchania mediatora chciałbym poddać pod rozważę, również w kontekście hybrydowych form rozwiązywania sporów: Arb-Med i Med-Arb. Jak to wygląda z punktu widzenia naszego Kodeksu postępowania cywilnego? Jeżeli mediator mediuje, a w pewnym momencie staje się arbitrem z woli stron i wydaje wyrok w sprawie, to co? To do momentu, kiedy był mediatorem, nie wolno go o nic zapytać, czego dowiedział się w toku postępowania, a od momentu, w którym został arbitrem, już tak? Wydaje się to mocno niesprawiedliwe i niezasadne. Podobnie również jak w wersji odwrotnej, kiedy to arbiter jest proszony o przeprowadzenie mediacji i mamy do czynienia z Arb-Med.

Zwyczajem jest, że w czasie narady najpierw jest dyskusja, a później jest głosowanie. Bywa jednak, że ktoś narzuca głosowanie bez dyskusji. Kiedyś w Mińsku na Białorusi brałem udział w procesie arbitrażowym, a po rozprawie, zamiast dyskusji, profesor mianowany przez stronę białoruską mówi: „Ja uważam, że powództwo jest uzasadnione. Zasądzamy”. Na to przewodniczący Rosjanin, jego były student, mówi: „Zgadzam się całkowicie z panem profesorem”. A ja jako trzeci, co właściwie miałem powiedzieć? Przedyskutujmy panowie tę sprawę krok po kroku? Próbowałem, lecz było trudno i późno. Pomyślałem w tym momencie, że tak jak Kodeks postępowania cywilnego w części sądowej przewiduje kolejność głosowania od młodszego do starszego, od niższego funkcją do starszego funkcją, to nie ma takich zapisów w żadnym regulaminie arbitrażowym. Może dobrze, a może nie. Jednak tę kwestię powinna regulować praktyka i dobre obyczaje. Nie zawsze na te dobre obyczaje natrafiamy. Bywa mianowicie tak, jak w tym moim białoruskim przykładzie, że profesor występuje z wnioskiem jako pierwszy, a jego wychowanek w tym momencie boi się zaprotestować. Bywa, że arbiter z listy rekomendowanych arbitrów, posiadając duże doświadczenie, zabiera głos przed arbitrem spoza listy, dla którego jest to pierwsza sprawa. Bywa, że prezes sądu zabiera głos przed debiutantem.

10. BEZ ŻARTÓW O ARBITRACH!

Za każdym razem, gdy jestem w USA, ludzie opowiadają mi dowcipy o prawnikach. Jest takich dowcipów dużo i nie podobają mi się wcale. Zawsze powtarzam moim amerykańskim kolegom, że to są żarty o nich, o amerykańskich prawnikach, a ja jestem z Polski. W rezultacie chcą mi opowiedzieć jakiś *Polish joke*. Protestuję: „Nie wolno wam opowiadać dowcipów o Murzynach, o Żydach, o homoseksualistach, więc również nie wolno wam opowiadać głupich dowcipów o Polakach” – peroruję, i to skutecznie.

Od dawna szukałem dowcipów o arbitrach. Czy są jakieś żarty na temat arbitrów? Z młodości pamiętam raptem tylko jeden dowcip o sędziach. Brzmi on tak: Nocą pali się budynek sądu w małym miasteczku. Przyjeżdżają wozy strażackie i strażacy rozpoczynają walkę z ogniem. Woźny sądowy biegnie do domu prezesa sądu. Wali pięściami w drzwi i budzi go krzykiem. „Sąd płonie, panie prezesie! Co robimy?” Zaspany sędzia drapie się po głowie: „Hmm, niech pomyślę” – mruczy – „Już wiem” – mówi po namyśle. – „Weź pan te akta spod mojego łóżka i dorzuć do ognia!”

Czy są jakieś dowcipy na temat arbitrów? Przez 25 lat praktyki usłyszałem tylko jeden, w Singapurze:

- Pytanie: Jaki jest pierwszy objaw schizofrenii?
- Odpowiedź: Arbitr jedyny pisze zdanie odrębne.

Dlaczego nie ma dowcipów na temat arbitrów? Czy arbitraż nie jest *funny*? Myślę, że jest, i to często. Mógłbym opowiadać wiele historii o tym, jaki może być zabawny. Dlaczego więc nie ma dowcipów?

Moja odpowiedź brzmi tak: „Bo ludzie szanują arbitrów!”. Ludzie zawsze szanowali „wiejskiego mędrca” (ang. *old man of the village*) – zwykle starca powoływanego do rozstrzygania sporów między sąsiadami. Nie ma żartów na temat zawodów, które ludzie naprawdę szanują. Mamy więc tysiące dowcipów o prawnikach amerykańskich, ale bardzo niewiele o sędziach i arbitrach.

W naszym kraju toczy się dyskusja na temat: „Kto dzierży koronę zawodów prawniczych?”. Sędziowie chcieliby ją mieć. Mają już: toge, łańcuch, biret, a nawet młotek, płatny urlop, urlop dla poratowania zdrowia, możliwość nabycia bez dodatkowej aplikacji uprawnień adwokackich i radcowskich, immunitet i możliwość przejścia w stan spoczynku. Wiele mówi się o tym, że zawód sędziego powinien stać się „koroną wszystkich zawodów prawniczych”. Czy tak będzie? Nie wiem. Droga do „ukoronowania” jest trudna. Jak na razie uważam, że korona należy do arbitrów międzynarodowych. Niewielu kolegów z czasów naszych studiów prawniczych ma ciekawsze życie zawodowe, niewielu podróżuje więcej, spotyka niezwykłych ludzi, przeżywa przygody, uczy się obcych kultur i języków. Czy jest to praca, czy misja, czy też specyficzny styl życia? Spróbowałem opowiedzieć o tym po swojemu. Bez żartów o arbitrach.

ABSTRACT

Piotr Nowaczyk

The author is an international arbitrator who has handled over 400 arbitration proceedings in 20 countries, according to the rules of ca. 40 arbitral institutions. Poland's first Chartered Arbitrator (C.Arb.), first and only Polish FIDIC-accredited adjudicator, advocate admitted in Warsaw and Paris (*avocat à la Cours*), member of the ICC International Court of Arbitration in Paris (2003–2015), president of the Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce (2006–2009), member of the VIAC International Advisory Board (2009–2015), enrolled on the lists of arbitrators, conciliators and mediators of 100 institutions in the world, now member of the ICAC Kyiv Presidium.

What's so special about an arbitrator's life?

There are people who have devoted their entire professional live to arbitration. Some have made careers. There are many more who want to do it. Lots of young people are flocking to arbitration. There are more and more LL.M theses, PhD dissertations and articles on arbitration written by very young lawyers. What drives them to arbitration? Where does this motivation come from?

Keywords: *arbitrator, arbitration, arbitrage, ADR, mediation*

Piotr Nowaczyk

e-mail: arb@piotrnowaczyk.com

Autor jest międzynarodowym arbitrem, który rozpoznał przeszło 400 spraw arbitrażowych w 20 krajach, według regulaminów ok. 40 instytucji. Pierwszym w Polsce Chartered Arbitrator (C.Arb) i rozjemcą akredytowanym przez FIDIC, adwokatem w Warszawie i w Paryżu (*avocat à la Cours*), przedstawicielem Polski w Międzynarodowym Sądzie Arbitrażowym ICC w Paryżu (2003–2015), prezesem Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej (2006–2009), członkiem VIAC International Advisory Board (2009–2015), wpisanym na listy arbitrów, rozjemców i mediatorów 100 instytucji na świecie.

F Forum adwokackie

Jacek Kędziński

O NALEŻYTĄ NAPRAWĘ TREŚCI ART. 191 § 1 KODEKSU KARNEGO

Źle sformułowany przepis artykułu 191 § 1 Kodeksu karnego¹ o przemocy nie obejmuje przemocy pośredniej i tym samym pozbawił prawnokarnej ochrony najemców lokali mieszkalnych przed działaniami kamieniczników, usiłujących przemocą, najczęściej przemocą pośrednią, skierowaną ku przedmiotom lub ku dostępowi do mediów (np. wody, prądu, gazu, ogrzewania i kanalizacji) uniemożliwić korzystanie z mieszkania. Czy kolejna nowelizacja Kodeksu karnego jest krokiem w dobrym kierunku? Czy przemoc pośrednia w polskim Kodeksie karnym ponownie stanie się przestępstwem?

Czas mija nieubłaganie. Dwadzieścia lat temu, w 2002 r., sygnalizowałem w artykule *O właściwą treść i wykładnię przepisu regulującego przestępstwo zmuszania – art. 191 § k.k.*² poważną wadę, którą obarczony został przez twórców nadal obowiązującego Kodeksu karnego ten przepis.

Artykuł 251 k.k. z 1932 r. był najbardziej lakoniczny ze znanych mi przepisów penalizujących zmuszanie: „Kto przemocą lub groźbą bezprawną zmusza do określonego działania, zaniechania lub znoszenia (...)”. Tyle przepis, a reszta, to jego wykładnia oparta na Uzasadnieniu Komisji kodyfikacyjnej oraz na komentarzach doktryny prawa karnego³.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 2600 ze zm.), dalej k.k.

² J. Kędziński, *O właściwą treść i wykładnię przepisu regulującego przestępstwo zmuszania – art. 191 § 1 k.k. (w:) Ius et lex. Księga Jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, red. A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak, Lublin 2002.

³ W. Makowski, *Kodeks karny 1932. Komentarz*, Warszawa 1932, s. 559–562, i tam motywy uzasadnienia Komisji Kodyfikacyjnej.

Przemoc stosowana, rzecz oczywista, wobec osoby mogła być akcją zarówno bezpośrednią, np. polegającą na skierowaniu siły fizycznej wobec osoby, która zgodnie z wolą sprawcy miała się mu podporządkować, jak i pośrednią, tj. moralną, psychiczną, bez bezpośredniego działania na ofiarę, lecz poprzez działania skierowane na przedmioty będące we władaniu osoby.

Kolejne kodyfikacje z XX w. rozbudowały analogiczny przepis przez wzbogacenie go o znamiona czasownikowe: „używa” i „stosuje” oraz osobowe: „innej osoby”, przy czym najnowsza kodyfikacja ponad to znamię dodała także znamię „osoby”. Znamiona czasownikowe były zbędne i ich użycie było pleonazmem; wszak wiadomo, że przemoc albo „używa” się, albo się ją „stosuje”, więc po co takie znamiona wprowadzać do treści przepisu.

Artykuł 167 § 1 k.k. z 1969 r. miał treść następującą: „Kto używa przemoc lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia innej osoby do określonego zachowania się...” Nie mogę oprzeć się kolejnemu zastrzeżeniu: otóż znamię podmiotowe: „innej osoby” także jest zbędne, bo przecież nikt nie używa przemocy wobec siebie, aczkolwiek niekiedy bywa, że sam zmusza się do określonego zachowania⁴. Nie mogę oprzeć się wrażeniu, że peerelowscy kodyfikatorzy stawali na głowie, by przepisy Kodeksu tamtejszej, niechlubnej epoki w jakiś bądź sposób różniły się od „burżuazyjnego”, Makarewiczowskiego Kodeksu karnego i efektem ich czynności była modyfikacja przestępstwa zmuszania przez wprowadzenie do treści przepisu penalizującego zmuszanie ww. znamion, całkowicie zbędnych.

Regulację zmuszania w Kodeksie karnym Andrejewa zastąpiono w Kodeksie karnym z 1997 r. przepisem art. 191⁵.

Przepis art. 191 § 1 jest przepisem złym, tak złym, że eliminował pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawców przemocy pośredniej. Sygnalizowałem o tym dwadzieścia lat temu⁶. Echem tej mojej sygnalizacji była inicjatywa Rzecznika Praw Obywatelskich, o czym 10 lat temu pisałem na innych, gościnnych dla mnie łamach⁷.

Rzecz doczekała się senackiej inicjatywy ustawodawczej, która miała zaradzić złu. Dodano do art. 191 § 1a o treści następującej: „Tej samej karze podlega, kto w celu określonym w § 1 stosuje przemoc innego rodzaju uporczywie lub w sposób istotnie utrudniający innej osobie korzystanie z zajmowanego lokalu mieszkalnego”. Uznałem to za

⁴ Np. autor niniejszego tekstu po raz n-ty piszący na ten sam temat.

⁵ § 1. Kto stosuje przemoc wobec osoby lub groźbę bezprawną w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli sprawca działa w sposób określony w § 1 w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 3. Ściganie przestępstwa określonego w § 1a następuje na wniosek pokrzywdzonego.

⁶ J. Kędziński, *O właściwą treść...*

⁷ J. Kędziński, *Przestępstwo zmuszania – przywrócić dawną treść i znaczenie...*, <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art13384631-przestepstwo-zmuszania-przywrocic-dawna-trec-i-znaczenie> (dostęp: 10.01.2023 r.).

tw. krok w dobrym kierunku, ale bardziej na zasadzie z *braku laku to i kit dobry*⁸. Zmiana ta razi kazuistyką, obcą dotychczasowym polskim, XX-wiecznym kodyfikacjom karnym. Rzecz można by ująć bardziej ogólnym zredagowaniem przepisu⁹, lecz tego albo nie chciano, albo nie potrafiono. Skądinąd, ustawodawca, wprowadzając ten przepis, przyznał się do swojego błędu, polegającego na dekryminalizacji zmuszania przez stosowanie przymusu pośredniego, kryminalizując nadal zmuszanie jedynie przez przymus bezpośredni. Błąd ten potwierdziło orzeczenie SN: „Przemoc wobec osoby jako forma zmuszania – w rozumieniu art. 191 § 1 k.k. – może polegać tylko na bezpośrednim fizycznym oddziaływaniu na człowieka i nie obejmuje oddziaływania pośredniego (tzw. przemocy pośredniej) przez postępowanie z rzeczą”¹⁰.

W tej nowości „mieszkaniowej” razi nadanie temu występkiowi charakteru przestępstwa skargowego, co znacznie zmniejsza ochronę lokatorów mieszkań przed szykanującymi ich właścicielami lub zarządcami nieruchomości mieszkaniowej. Zmuszanie w typie podstawowym należy nadal do występkiów publicznoskargowych.

W 2022 r. do łaski marszałkowskiej trafił projekt „dużej” nowelizacji Kodeksu karnego. Proces legislacyjny został już zakończony, a nowelizacja ustawy wchodzi w życie 14.03.2023 r.¹¹ Trzeba jednak zaznaczyć, że po drodze Senat podjął uchwałę o odrzuceniu projektu, jako że jest on wierną kopią projektu z poprzedniej kadencji, którego uchwalenie koniec końców nie zakończyło się po myśli uchwalającej go większości sejmowej¹².

Projektodawcy nie utracili z pola widzenia także przepisu art. 191 § 1 i uznali za potrzebne nadać mu nowe brzmienie, czego nie uczynili projektodawcy z 2019 r.

Artykuł 191 § 1 otrzymał brzmienie: „§ 1. Kto, stosując przemoc wobec osoby lub groźbę bezprawną, zmusza ją lub inną osobę do określonego działania, zaniechania lub znoszenia, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

Nadal obowiązywać ma przestępstwo zmuszania lokatorów mieszkań określone w art. 191 § 1a „§ 1a. Tej samej karze podlega, kto w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia stosuje przemoc innego rodzaju

⁸ J. Kędziński, *Prawo karne a szykanowanie przez właściciela nieruchomości lokatorów*, <https://www.rp.pl/nieruchomosci/art11580001-prawo-karne-a-szykanowanie-przez-wlasciciela-nieruchomosci-lokatorow> (dostęp: 10.01.2023 r.).

⁹ Takim jak w Kodeksie karnym z 1932 r.

¹⁰ Uchwała SN z 10.12.1998 r. (I KZP 22/98), OSNKW 1999/1–2, poz. 2.

¹¹ Dz.U. z 2022 r. poz. 2600.

¹² Projekt został wówczas unicestwiony skutkiem werdyktu Trybunału Konstytucyjnego. Uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z 4.08.2022 r. w sprawie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 2510. Z Uzasadnienia uchwały: „(...) Uchwalona przez Sejm ustawa stanowi (z niewielkimi wyjątkami) powtórzenie regulacji zawartej w ustawie z 13.06.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, która w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 14.07.2020 r. została uznana za w całości niezgodną z art. 7 w związku z art. 112 oraz z art. 119 ust. 1 Konstytucji RP (Kp 1/19) (...)”, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2024> (dostęp: 10.01.2023 r.).

uporczywie lub w sposób istotnie utrudniający innej osobie korzystanie z zajmowanego lokalu mieszkalnego”.

Obydwa typy przestępstw znalazły się w zbiorze przestępstw prywatnoskargowych.

Prima facie, widząc, że art. 191 ma ulec zmianie, przez chwilę miałem nadzieję, że autorom nowelizacji Kodeksu przyświecała myśl przywrócenia penalizacji zmuszania także poprzez aplikowanie ofierze przymusu pośredniego, lecz niestety, okazało się, że to nie było ich celem¹³. Utrzymany zespół znamion „Kto, stosując przemoc wobec osoby” nadal, rzecz oczywista, implikuje penalizację zmuszania wyłącznie w postaci zmuszania bezpośredniego, poprzez fizyczne oddziaływanie na ofiarę. Nie zmienia tu nic, że sprawca poniesie odpowiedzialność także wtedy, gdy celem i efektem zastosowanej przez niego przemocy będzie określone, pożądane przez niego zachowanie osoby trzeciej, innej niż doznająca agresji bezpośredniej.

Natomiast o infantyлизmie „kodyfikatorów” świadczy to, że widzą oni jakąś różnicę pomiędzy zespołem znamion „Kto stosuje przemoc wobec osoby...” a „Kto, stosując przemoc wobec osoby”. Otóż ja najmniejszej różnicy tu nie dostrzegam. Kierunkowy charakter tego przestępstwa pozostaje niewzruszony. Ponadto nie poradzili sobie ustawodawcy z inną cechą tego przestępstwa, mianowicie z jego skutkowym charakterem. Ono dla jego bytu wymaga zmuszenia ofiary do określonego działania, zaniechania lub znoszenia. Nieosiągnięcie tego skutku implikuje zatamowaniem czynu w stadium usiłowania. Tak było zawsze, tj. począwszy od Kodeksu karnego z 1932 r. poprzez Kodeks karny z 1964 r. oraz aktualnie obowiązujący Kodeks karny i nie zmieni tego żadna zmiana¹⁴.

Ze zdumieniem przyjąłem pomysł kodyfikatorów pozbawienia procesowej pozycji przestępstwa zmuszania, bo z grupy przestępstw ściganych z urzędu miałyby ono zostać zdegradowane do grupy przestępstw ściganych na wniosek, co oczywiście oznacza osłabienie ochrony osób przed zmuszaniem. Tu po raz kolejny dostrzegam infantyлизm „kodyfikatorów”, którzy wspaniałomyślnie okazali się być przeciwnikami podejmowania ścigania wbrew woli pokrzywdzonego.

¹³ Nie ukrywam, że uzasadnienie projektu w tej kwestii (pkt 12) jest dla mnie, jako karnisty, niezrozumiałe. Projekt zmienia konstrukcję przestępstwa zmuszania (art. 191 § 1 k.k.). Następuje rezygnacja z celowego charakteru tego przestępstwa oraz przesunięcie „dalej” skutku przestępstwa. W konsekwencji tego będzie ono dokonane dopiero w czasie zmuszenia do określonego działania, zaniechania lub znoszenia, w wyniku zastosowania określonych w tym przepisie środków przymusu, a nie jak obecnie w czasie zastosowania środków przymusu w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia. Samo zastosowanie tych środków w ww. celu, ale bez zmuszenia, obecnie kwalifikowane jako dokonanie przestępstwa – będzie mogło zostać zakwalifikowane jako usiłowanie. Wprowadzony zostaje również bezwzględnie wnioskowy tryb ścigania tego przestępstwa, co ma na celu niepodjęcie ścigania wbrew woli pokrzywdzonego. Natomiast przestępstwo z art. 191 § 2 k.k. nadal będzie miało charakter celowościowy, gdyż ze względu na szerokie spektrum możliwych środków przymusu, w tym również tych o niskim stopniu ograniczenia swobody decyzyjnej pokrzywdzonego (niektóre formy tzw. przemocy wobec rzeczy), bezprawie tego czynu ułożone jest w znaczniej mierze w celu działania sprawcy. Toż to bełkot kogoś, kto o prawie karnym nie ma najmniejszego pojęcia.

¹⁴ W. Makowski, *Kodeks...*, s. 562.

Pomijając to, poprzestać wystarczy na postulacie wprowadzenia wersji przestępstwa zmuszania z Kodeksu karnego z 1932 r.: „Kto przemocą lub groźbą bezprawną zmusza do określonego działania, zaniechania lub znoszenia (...)”.

ABSTRACT

Jacek Kędzierski

The author is an advocate (District Bar Association in Lodz).

For a proper repair of the content of Art. 191 § 1 of the Penal Code

The wrong worded provision of Article 191 § 1 of the Penal Code on violence does not cover indirect violence and thus deprived the criminal law protection of tenants of residential premises against the actions of tenants who attempted violence, most often indirect violence, directed at objects or access to media (e.g. water, electricity, gas, heating and sewage systems) in order to prevent the use of the apartment. Is the next amendment to the Criminal Code a step in the right direction? Will indirect violence become a crime again in the Polish criminal code?

Keywords: *penal code, crime of coercion by force*

Jacek Kędzierski

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Łodzi).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Kędzierski Jacek, *O właściwą treść i wykładnię przepisu regulującego przestępstwo zmuszania – art. 191 § 1 k.k. (w:) Ius et lex. Księga Jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, red. A. Dębiński, A. Grzeško-wiak, K. Wiak, Lublin 2002

Kędzierski Jacek, *Przestępstwo zmuszania – przywrócić dawną treść i znaczenie...*, <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art13384631-przestepstwo-zmuszania-przywrocic-dawna-trec-i-znaczenie> (dostęp: 10.01.2023 r.)

Kędzierski Jacek, *Prawo karne a szykanowanie przez właściciela nieruchomości lokatorów*, <https://www.rp.pl/nieruchomosci/art11580001-prawo-karne-a-szykanowanie-przez-wlasciciela-nieruchomosci-lokatorow> (dostęp: 10.01.2023 r.)

Makowski Wacław, *Kodeks karny 1932. Komentarz*, Warszawa 1932

Pojęcia kluczowe:

adwokat, radca prawny, aplikant adwokacki, aplikant radcowski, profesjonalny pełnomocnik procesowy, obrońca, pełnomocnictwo procesowe, upoważnienie do obrony, pełnomocnictwo substytucyjne, upoważnienie korporacyjne do zastępstwa, korporacje prawnicze, kurator, tajemnica obrończa, nagła czynność procesowa

F Forum adwokackie

Patricia Różańska-Ungur

ZASIĘG KORPORACYJNEGO UPOWAŻNIENIA APLIKANTA DO ZASTĘPSTWA

Upoważnienie aplikanta do zastępstwa funkcjonuje od dawna. Jako że ma charakter tylko albo aż upoważnienia korporacyjnego, stąd też na tym tle jest ono różnie postrzegane. Do tego dochodzą dylematy w zakresie pełnienia przez profesjonalnego pełnomocnika funkcji kuratora, a także kwestia udzielenia upoważnienia do zastępstwa dla aplikanta czy nawet substytucji procesowej dla innego profesjonalnego pełnomocnika w osobie adwokata lub radcy prawnego. Wielość wątków z uwagi na szerokie spektrum aktywności aplikanta, co wiązać należy z odbywaną przez niego aplikacją adwokacką albo radcowską, pociąga za sobą konieczność umiejscowienia go w szeroko rozumianym wymiarze sprawiedliwości jako osoby *quasi-funkcyjnej*.

W literaturze przedmiotu oraz judykaturze w tym zakresie nie ma zgody co do wszystkich kwestii z tym związanych, tzn. układów procesowych, w jakich mógłby on zastąpić swego profesjonalnego mocodawcę. Regulacja prawna powinna w tej kwestii być jednoznaczna i nie zostawiać pola na indywidualną wykładnię sądową. Wszystko zatem, co dla „liniowego” adwokata lub radcy prawnego, jak również aplikanta, stanowi nie lada problem i dylemat procesowy w zakresie m.in. powyższych kwestii, dla osób niewykonujących tego zawodu może być jedynie zagadnieniem wtórnym wymagającym rozstrzygnięcia jednoznacznego, tj. normatywnego, poczynionego nie w drodze wykładni sądowej i poglądów doktryny, ale powszechnie obowiązującej normy prawnej.

Niniejszy tekst jest próbą syntetycznego omówienia charakteru instytucji korporacyjnego upoważnienia do zastępstwa udzielanego aplikantowi przez

profesjonalnego pełnomocnika, tj. przez adwokata aplikantowi adwokackiemu i radcę prawnego aplikantowi radcowskiemu jako osobie szkolącej się do wykonywania w przyszłości jednego z tych zawodów zaufania publicznego.

Przepis z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP¹ stanowi, że „w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”.

Zawody zaufania publicznego nie zostały zdefiniowane ogólną legalną definicją, z uwagi na to należy posilkować się treścią normy prawnej z art. 17 Konstytucji RP. W rezultacie tego wewnętrzna struktura takich korporacji zawodowych oraz ich działanie zostały powierzone im samym w ramach funkcjonowania samorządów zawodowych, których z kolei utworzenie i zakres ich kompetencji wymagają – zgodnie z odpowiednimi postanowieniami ustawy zasadniczej – regulacji o randze ustawy.

Samorządy zawodowe mają na celu reprezentację osób wykonujących zawody zaufania publicznego. Ponadto mają sprawować pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony, a to wszystko przy zachowaniu ich pełnej swobody ograniczonej jedynie tym, że „samorządy te nie mogą naruszać wolności wykonywania zawodu ani ograniczać wolności podejmowania działalności gospodarczej”² osób będących członkami samorządów zawodowych i wykonujących określony zawód zaufania publicznego.

Poniższe rozważania zostały zawężone – z uwagi na zainteresowania autorki – do dwóch zawodów zaufania publicznego, tj. do zawodu adwokata i zawodu radcy prawnego. W przypadku obu z nich w ramach „dojścia” do zawodu przewiduje się odbycie przez osoby szkolące się w tym kierunku trzyletniej aplikacji i złożenie końcowego egzaminu zawodowego. Aplikanci wymienionych wyżej korporacji prawniczych, jako osoby przygotowujące się do wykonywania zawodu w przyszłości, w ramach i na etapie odbywania aplikacji nie należą do kręgu osób wykonujących *stricte* zawód zaufania publicznego. Są oni bowiem jedynie osobami szkolącymi się do jego wykonywania w przyszłości. To w ramach tego kursu zdobywania praktycznych umiejętności i na podstawie udzielonych im korporacyjnych upoważnień do zastępstwa pełnią funkcję *quasi*-pełniącego obowiązki za swojego mandanta.

Pojęcie zawodu zaufania publicznego – co już zostało wspomniane – nie jest wprost zdefiniowane w systemie prawa polskiego na podstawie definicji ustawowej, a tym samym rozkodowanie tegoż pojęcia powinno mieć szeroki zakres z uwzględnieniem regulacji z ustawy zasadniczej w postaci przepisów art. 17 Konstytucji RP.

¹ Ustawa z 2.04.1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483).

² Art. 17 ust. 2 Konstytucji RP „W drodze ustawy można tworzyć również inne rodzaje samorządu. Samorządy te nie mogą naruszać wolności wykonywania zawodu ani ograniczać wolności podejmowania działalności gospodarczej”.

Do istoty wykonywania zawodu adwokata – zgodnie z postanowieniami art. 1 ustawy – Prawo o adwokaturze – należy „udzielanie pomocy prawnej, współdziałanie w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz kształtowanie i stosowanie prawa”³. Z kolei art. 2 ustawy o radcach prawnych stanowi, że wykonywanie zawodu przez radców prawnych polega na świadczeniu pomocy prawnej w celu ochrony prawnej interesów podmiotów, na rzecz których jest świadczona⁴. Ponadto osoby wykonujące takie zawody powinny wykonywać je profesjonalnie, tj. z najwyższą starannością oraz na podstawie etyki zawodowej, a przede wszystkim posiadanej przez siebie wiedzy prawniczej. Jako osoby pełniące rolę pomocnika procesowego ów obowiązek starannego działania mają wykonywać przy jednoczesnym przestrzeganiu norm i zasad z zakresu etyki zawodowej, które to zasady *de facto* też mają moc wiążącą, znajdują bowiem odpowiednie zastosowanie również do aplikantów obydwu korporacji⁵.

PEŁNOMOCNICTWO PROCESOWE I UPOWAŻNIENIE DO OBRONY

Na początku warto poczynić ważne zastrzeżenie, że poniższe uwagi odnoszą się będą do charakteru udzielonego pełnomocnictwa procesowego oraz upoważnienia do obrony, a to wszystko na kanwie pełnomocnictwa substytucyjnego i korporacyjnego upoważnienia do zastępstwa w zakresie procedury cywilnej i procedury karnej, z pominięciem postępowania przed sądami administracyjnymi.

Norma prawna z art. 87 k.p.c.⁶ w sposób wyczerpujący i taksatywny wskazuje

³ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2022 r. poz. 1184), dalej p.o.a.

⁴ Ustawa z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1166), dalej u.r.p.

⁵ Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej) – Obwieszczenie Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 1.07.2021 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej) [Na podstawie uchwały nr 17/2021 NRA z 26.06.2021 r. ogłasza się jednolity tekst Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeksu etyki adwokackiej) uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką 10.10.1998 r. (uchwała nr 2/XVIII/98) ze zmianami wprowadzonymi uchwałą Naczelnej Rady Adwokackiej nr 32/2005 z 19.11.2005 r., uchwałami Naczelnej Rady Adwokackiej nr 33/2011–54/2011 z 19.11.2011 r., uchwałą nr 64/2016 Naczelnej Rady Adwokackiej z 25.06.2016 r. oraz uchwałą nr 66/2019 Naczelnej Rady Adwokackiej z 21.09.2019 r.]. Kodeks etyki radcy prawnego – załącznik do uchwały nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z 22.11.2014 r.

⁶ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805), dalej k.p.c. Art. 87 k.p.c. § 1. Pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, w sprawach własności intelektualnej także rzecznik patentowy, a w sprawach restrukturyzacji i upadłości także osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony oraz osoba pozostająca ze stroną w stałym stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia, współuczestnik sporu, jak również małżonek, rodzeństwo, zstępni lub wstępni strony oraz osoby pozostające ze stroną w stosunku przysposobienia. § 2. Pełnomocnikiem osoby prawnej lub przedsiębiorcy, w tym nieposiadającego osobowości prawnej, może być również pracownik tej jednostki albo jej organu nadrzędnego. Osoba prawna prowadząca, na podstawie odrębnych przepisów, obsługę prawną przedsiębiorcy, osoby prawnej lub innej jednostki organizacyjnej może udzielić pełnomocnictwa pro-

catalog podmiotów, które mogą być pełnomocnikami w postępowaniu cywilnym. Przepis art. 87 § 1 k.p.c. zawiera taksatywny katalog osób mogących być pełnomocnikami, wśród których w ramach profesjonalnych pełnomocników wymienia m.in. adwokatów, radców prawnych (...). Profesjonalny pełnomocnik dysponujący pełnomocnictwem – ogólnym lub szczególnym – może działać w imieniu, a także na rzecz swego mocodawcy, który mu tegoż pełnomocnictwa udzielił. Takie działanie ma moc wiążącą – z mocy samego prawa oraz w granicach określonych treścią tego udzielonego pełnomocnictwa do zastępowania. W czasie, gdy takie umocowanie jest ważne, tzn. *a contrario* nie wygasło albo nie zostało cofnięte lub też wypowiedziane przez samego pełnomocnika procesowego wobec mandanta lub gdy osoba pierwotnie uprawniona utraciła pełnomocnictwo bądź już nim nie dysponuje⁷, wtedy działanie takiej osoby – zgodnie z treścią przepisu art. 379 pkt 2 k.p.c.⁸ – poprzez występowanie w sprawie w charakterze pełnomocnika bez ważnego pełnomocnictwa⁹ skutkuje z mocy prawa nieważnością takiego postępowania¹⁰.

Przepis art. 91 pkt 3 k.p.c. – co należy odnotować – wprowadza ograniczoną swobodę udzielenia dalszego pełnomocnictwa, tzw. pełnomocnictwa substytucyjnego, przewidując, że dalszym pełnomocnikiem może być tylko adwokat lub radca prawny. Tym samym aktualnie obowiązująca regulacja nie daje uprawnienia do udzielenia pełnomocnictwa substytucyjnego aplikantowi, który może działać wyłącznie na podstawie korporacyjnego upoważnienia do zastępstwa, usytuowanego *de facto* wprost w regulacjach statuujących samorząd adwokacki i radcowski.

Z kolei w sprawach karnych podejrzany na etapie postępowania przygotowawczego po wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutu bądź oskarżony po wniesieniu aktu oskarżenia na etapie postępowania sądowego (lub obwiniony w sprawach o wykroczenie – wniosku o ukaranie) udziela upoważ-

cesowego – w imieniu podmiotu, którego obsługę prawną prowadzi – adwokatowi lub radcy prawnemu, jeżeli została do tego upoważniona przez ten podmiot. § 3. W sprawach o ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka i o roszczenia alimentacyjne pełnomocnikiem może być również przedstawiciel właściwego w sprawach z zakresu pomocy społecznej organu jednostki samorządu terytorialnego oraz organizacji społecznej, mającej na celu udzielanie pomocy rodzinie. § 4. W sprawach związanych z prowadzeniem gospodarstwa rolnego pełnomocnikiem rolnika może być również przedstawiciel organizacji zrzeszającej rolników indywidualnych, której rolnik jest członkiem. § 5. W sprawach związanych z ochroną praw konsumentów pełnomocnikiem może być przedstawiciel organizacji, do której zadań statutowych należy ochrona konsumentów. § 6. (uchylony).

⁷ Np. zostało skutecznie wypowiedziane. Zob. postanowienie SN z 28.02.2002 r. (III CZ 11/02), Legalis nr 228722.

⁸ Ów przepis stanowi, że „jeżeli strona nie miała zdolności sądowej lub procesowej, organu powołanego do jej reprezentowania lub przedstawiciela ustawowego albo gdy pełnomocnik strony nie był należyście umocowany (...)”.

⁹ Tj. należyście umocowania.

¹⁰ Uchwała SN z 8.07.2008 r. (III CZP 154/07), Legalis nr 101300; uchwała SN z 28.07.2004 r. (III CZP 32/04), Legalis nr 64222; wyrok SN z 20.08.2001 r. (I PKN 586/00), Legalis nr 51755.

nienia do obrony zgodnie z normą prawną z art. 82 k.p.k.¹¹ albo art. 24 k.p.w.¹² Zgodnie z treścią art. 82 k.p.k. „obrońcą może być jedynie osoba uprawniona do obrony według przepisów o ustroju adwokatury lub ustawy o radcach prawnych”. Przez wiele lat w Polsce obrońcą w procesie karnym mogła być jedynie osoba uprawniona do obrony według przepisów o ustroju adwokatury – stan taki obowiązywał do 1.07.2015 r., tj. do wejścia w życie z tym dniem nowelizacji art. 82 k.p.k. na mocy ustawy z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹³.

Obok tego w postępowaniu karnym pełnomocnika może ustanowić osoba inna niż oskarżony, np. pokrzywdzony – o czym jest mowa w przepisie art. 87 § 1 k.p.k. – oraz osoba niebędąca stroną, jeżeli wymaga tego jej interes w toczącym się postępowaniu (art. 87 § 2 k.p.k.)¹⁴. Przy czym dopuszczenie do udziału w postępowaniu pełnomocnika osoby, o której jest mowa powyżej, ma charakter uznaniowy, a decyzja w tym zakresie należy do organu prowadzącego na daną chwilę postępowanie (art. 87 § 3 k.p.k.)¹⁵. Pokrzywdzony to osoba pokrzywdzona bezpośrednio danym czynem strony w postępowaniu przygotowawczym z mocy samego prawa (art. 299 § 1 k.p.k.)¹⁶. Jest nim także pokrzywdzony występujący przed sądem w charakterze oskarżyciela posiłkowego obok oskarżyciela publicznego jako oskarżyciel uboczny lub zamiast niego jako oskarżyciel subsydiarny (art. 53 k.p.k.) czy też w charakterze oskarżyciela prywatnego (art. 59 k.p.k.). Ponadto do katalogu osób uprawnionych do bycia reprezentowanym przez pełnomocnika zalicza się – na mocy przepisu art. 49 § 3 k.p.k. – zakład ubezpieczeń w zakresie, w jakim pokrył szkodę wyrządzoną bezpośrednio pokrzywdzonemu przez przestępstwo lub jest zobowiązany do jej pokrycia. Natomiast w postępowaniu karnym skarbowym – zgodnie z art. 120 k.k.s. i 123 k.k.s.¹⁷ – podmioty pociągnięte do odpowiedzialności po-

¹¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375), dalej k.p.k.

¹² Ustawa z 24.08.2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2022 r. poz. 1124), dalej k.p.w. Art. 24. § 1. obrońcą w sprawach o wykroczenia może być adwokat albo radca prawny. § 2. Do obrońcy obwinionego stosuje się odpowiednio przepisy art. 83–86 Kodeksu postępowania karnego. § 3. Ilekroć w przepisach Kodeksu postępowania karnego stosowanych na podstawie art. 1 § 2 mówi się o obrońcy albo o adwokacie, rozumie się przez to także radcę prawnego.

¹³ Ustawa z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247).

¹⁴ Pozytywna decyzja organu w tym zakresie nie wymaga wydania odrębnego postanowienia.

¹⁵ Przykładowo do katalogu takich osób można i należy zaliczyć m.in. świadka czy też osobę podejrzaną, wobec której nie zostały jeszcze przedstawione zarzuty, a słuchana jest ona w trybie art. 183 k.p.k.

¹⁶ Art. 299. § 1. W postępowaniu przygotowawczym pokrzywdzony i podejrzany są stronami. § 2. W wypadkach wskazanych w ustawie określone uprawnienia przysługują również osobom niebędącym stronami. § 3. W czynnościach sądowych w postępowaniu przygotowawczym prokuratorowi przysługują prawa strony.

¹⁷ Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2022 r. poz. 859). Art. 120. § 1. W postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe stronami są: oskarżyciel publiczny, oskarżony,

siłkowej oraz interwenient mogą ustanowić pełnomocnika profesjonalnego i w rezultacie być przez niego zastępowane, podobnie jak rodzice lub opiekunowie nieletniego jako strony w postępowaniu prowadzonym wobec nieletniego (art. 35 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich)¹⁸.

Z kolei negatywna decyzja organu o odmowie dopuszczenia do udziału w postępowaniu pełnomocnika osoby niebędącej stroną na etapie postępowania przygotowawczego i postępowania jurysdykcyjnego wymaga formy postanowienia. Na etapie postępowania przygotowawczego takie postanowienie jest zaskarżalne w trybie art. 302 k.p.k., a postanowienie sądu już nie (art. 459 § 1 i 2 k.p.k.)¹⁹. Katalog osób uprawnionych do pełnienia roli pełnomocnika procesowego statuuje norma prawna z art. 88 k.p.k., która to prawo daje adwokatowi i radcy prawnemu.

Oba zawody, których wykonywanie łączy wiele podobieństw w zakresie praw i obowiązków im przysługujących, a opisanych prawnie w drodze ustaw szczególnych odnoszących się do tych zawodów prawniczych, mają pewne ograniczenia korporacyjne względem siebie, np. w zakresie możliwości udzielenia korporacyjnego upoważnienia do zastępstwa dla aplikanta tylko w ramach swojej korporacji zawodowej, do której dany pełnomocnik należy, tj. adwokat – aplikanci adwokaccy, radca prawny – aplikanci radcowscy.

To ograniczenie uniemożliwia bezpośrednie udzielenie upoważnienia do zastępstwa przez adwokata aplikantowi radcowskiemu i *vice versa*. Taki stan rzeczy wydaje się nie przystawać do aktualnego szeroko rozumianego rynku prawniczego, w tym rynku usług w zawodach prawniczych. Nie jest obecnie czymś wyjątkowym, że aplikant radcowski świadczy pracę na umowę o pracę albo umowę cywilnoprawną na rzecz adwokata, i to w ramach prowadzonej przez tego pierwszego kancelarii adwokackiej. Oczywiście jest on aplikantem radcowskim i podlega reżimowi prawnemu w ramach jego korporacji, do której należy, w tym możliwości pociągnięcia go w jej ramach do odpowiedzialności dyscyplinarnej.

podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej oraz interwenient. § 2. W postępowaniu w sprawach o wykroczenia skarbowe stronami są: oskarżyciel publiczny, oskarżony oraz interwenient. § 3. Interwenientowi w toku całego postępowania przysługują uprawnienia w granicach interwencji.

¹⁸ Ustawa z 9.06.2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich (Dz.U. z 2022 r. poz. 1700). Art. 35. 1. W postępowaniu w sprawie nieletniego stronami są: 1) nieletni; 2) rodzice albo ten z rodziców, pod którego stałą pieczęć nieletni faktycznie pozostaje, albo opiekun nieletniego; 3) prokurator. 2. Do innych osób, pod których stałą pieczęć nieletni faktycznie pozostaje, przepisy niniejszej ustawy dotyczące opiekuna stosuje się odpowiednio. Zob. W. Posnow (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2021, Legalis/el., komentarz do art. 87 k.p.k.

¹⁹ K. Eichstaedt (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, Warszawa 2021, LEX/el., t. 1, komentarz do art. 87 k.p.k.; H. Paluszkiwicz (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020, LEX/el., komentarz do art. 87 k.p.k.

UPRAWNIENIE DO ZASTĘPOWANIA ADWOKATA I RADCY PRAWNEGO PRZEZ APLIKANTÓW TYCHŻE KORPORACJI

Przez cały okres trwania aplikacji aplikanci są objęci patronatem przez swego patrona. Taki stan statuuje umowa o patronat, która jest konsekwencją wyznaczenia danego adwokata lub radcę prawnego na patrona dla danego aplikanta przez dziekana okręgowej rady adwokackiej albo dziekana okręgowej izby radców prawnych. Stanem wysoce pożądanym i oczekiwanym jest, by ów patronat nie był tylko patronatem formalnym, lecz miał charakter realny, sprowadzający się do faktycznego szkolenia praktycznego aplikanta pod kierunkiem wyznaczonego patrona, obranego i wskazanego przez aplikanta władzy dziekańskiej czy też wyznaczonego mu z urzędu przez tę samą władzę.

Zgodnie z przepisem art. 76 ust. 1 p.o.a. „celem aplikacji adwokackiej jest przygotowanie aplikanta do należytego i samodzielnego wykonywania zawodu adwokata, w szczególności wykształcenie umiejętności z zakresu zastępstwa procesowego, sporządzania pism, umów i opinii oraz przyswojenie zasad wykonywania zawodu” (podobnie zob. przepis art. 32 ust. 1 u.r.pr.). Z powyższym postulatem koresponduje zastępowanie adwokata przez aplikanta adwokackiego i radcę prawnego przez aplikanta radcowskiego, wykonywane na podstawie udzielonego upoważnienia korporacyjnego do zastępstwa np. przed sądem.

Aplikacja adwokacka i aplikacja radcowska rozpoczynają się z dniem 1 stycznia danego roku i trwają 3 lata²⁰. Aplikanci po odbyciu 6 miesięcy aplikacji (adwokackiej czy radcowskiej) nabywają prawo do zastępowania odpowiednio: aplikant adwokacki – adwokata, a aplikant radcowski – radcy prawnego przed sądami powszechnymi i administracyjnymi, organami ścigania, organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami. Uprawnienie to nie dotyczy działania przed Sądem Najwyższym, Naczelnym Sądem Administracyjnym, Trybunałem Konstytucyjnym i Trybunałem Stanu²¹.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami aplikant radcowski może zastępować adwokata (*vice versa* aplikant adwokacki może zastępować radcę prawnego) na takich samych zasadach jak radcę prawnego, jeżeli adwokat jest współnikiem w spółce adwokacko-radcowskiej. Wyjątek od tej zasady stanowi sytuacja, gdy adwokat występuje w charakterze obrońcy w postępowaniu karnym i w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe (art. 77 ust. 3 p.o.a.; art. 35¹ u.r.pr.). Taki stan rzeczy jest jedyną dopuszczalną sytuacją faktyczną

²⁰ Art. 76 p.o.a. i art. 32 ust. 2 u.r.pr.

²¹ Art. 77 ust. 1 p.o.a. Po sześciu miesiącach aplikacji adwokackiej aplikant adwokacki może zastępować adwokata przed sądami, organami ścigania, organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami, z wyjątkiem Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu. Art. 35¹ ust. 1 u.r.pr. Po sześciu miesiącach aplikacji radcowskiej aplikant radcowski może zastępować radcę prawnego przed sądami, organami ścigania, organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami, z wyjątkiem Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu.

przewidzianą przez ustawodawcę, kiedy to aplikant adwokacki z uwagi na obowiązujące przepisy może zastępować radcę prawnego i *vice versa*²², w pozostałych zaś sytuacjach brak takiej możliwości – jak stwierdził NSA w Warszawie w jednym ze swych wyroków – a wynika to bezpośrednio z obowiązujących innych przepisów²³. Reasumując powyższe uwagi, podkreślić należy, że niedopuszczalne jest udzielenie upoważnienia do zastępstwa zarówno przez adwokata aplikantowi radcowskiemu, jak i przez radcę prawnego aplikantowi adwokackiemu. Takie udzielenie traktowane jest jako prawnie nieskuteczne, czego konsekwencją będzie niedopuszczenie aplikanta do udziału w sprawie w charakterze zastępcy²⁴.

Aplikant zarówno aplikacji adwokackiej, jak i aplikacji radcowskiej ma uprawnienie, by zastępować adwokata albo radcę prawnego w ramach swojej korporacji zawodowej i na podstawie jedynie (albo aż) korporacyjnego upoważnienia do zastępstwa, udzielanego mu w formie pisemnej przez adwokata lub radcę prawnego reprezentujących określonego mandanta na podstawie pierwotnie udzielonego im pełnomocnictwa – ogólnego albo szczególnego – do reprezentowania w konkretnej sprawie²⁵. Nazwanie tego rodzaju upoważnienia korporacyjnego pełnomocnictwem substytucyjnym jest prawnie nieuprawnione i w rezultacie może skutkować niedopuszczeniem przez organ osoby, która na taki dokument się powołuje, do udziału w sprawie, o ile ów zapis nie zostanie np. potraktowany jako oczywista omyłka pisarska popełniona przez sąd, a to wszystko przy braku sprzeciwu strony przeciwnej wobec takiej interpretacji. Takie upoważnienie, co raz jeszcze należy podkreślić, ma charakter wyłącznie korporacyjny – nie tworzy żadnego stosunku pomiędzy stroną a aplikantem. Adwokat czy radca prawny, udzielając aplikantowi upoważnienia do zastępstwa, nie udziela mu pełnomocnictwa.

Aplikant na podstawie udzielonego upoważnienia zastępuje danego adwokata bądź radcę prawnego, a nie stronę, która udzieliła pełnomocnictwa profesjonalnemu pełnomocnikowi. W aktualnym stanie prawnym brak uregulowań prawnie zezwalających na udzielenie przez stronę pełnomocnictwa aplikan-

²² Uchwała SN z 14.10.2005 r. (III CZP 70/05), LEX nr 156740.

²³ Wyrok NSA w Warszawie z 12.09.2012 r. (I OSK 464/12), LEX nr 1264815.

²⁴ Uchwała SN z 9.03.2006 r. (II PZP 12/05), LEX nr 172371; wyrok NSA w Warszawie z 12.09.2012 r. (I OSK 464/12), LEX nr 1264815.

²⁵ Zob. § 12 Obwieszczenia Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 23.06.2020 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Regulaminu odbywania aplikacji adwokackiej. Tekst jednolity ogłoszony na podstawie uchwały nr 89/2020 Naczelnej Rady Adwokackiej z 6.06.2020 r. Regulaminu odbywania aplikacji adwokackiej przyjętego uchwałą nr 55/2011 Naczelnej Rady Adwokackiej z 19.11.2011 r. ze zmianami wprowadzonymi uchwałą nr 21/2014 Naczelnej Rady Adwokackiej z 22.11.2014 r., uchwałą nr 51/2015 Naczelnej Rady Adwokackiej z 13.11.2015 r., uchwałą nr 5/2017 Naczelnej Rady Adwokackiej z 21.01.2017 r. oraz uchwałą nr 89/2020 Naczelnej Rady Adwokackiej z 6.06.2020 r. częściowo zmieniony uchwałą nr 34/2021 Naczelnej Rady Adwokackiej z 27.11.2021 r. w sprawie zmiany Regulaminu odbywania aplikacji adwokackiej (przyjętego uchwałą nr 55/2011 Naczelnej Rady Adwokackiej z 19.11.2011 roku ze zm., tekst jednolity – obwieszczenie Prezydium NRA z 23.06.2020 r.).

towi (adwokackiemu czy radcowskiemu)²⁶, co uznać należy za stan pożądany w związku z profesjonalizmem tychże zawodów oraz z tym, że są to zawody zaufania publicznego. Podkreślenia wymaga fakt, że to dający upoważnienie korporacyjne ma obowiązek odpowiedniego przygotowania aplikanta do zastępowania go w konkretnej sprawie.

Brakuje prawnie dopuszczalnej możliwości, aby adwokat mógł prawnie skutecznie – poza wyjątkiem powyżej wskazanym – udzielić upoważnienia do zastępstwa aplikantowi radcowskiemu. Jest to możliwe tylko „naokoło”, tzn. gdy adwokat w pierwszej kolejności udzieli pełnomocnictwa substytucyjnego radcy prawnemu, a z kolei radca prawny – aplikantowi radcowskiemu. Od udzielonego pełnomocnictwa substytucyjnego istnieje obowiązek uiszczenia opłaty skarbowej w wysokości 17 zł²⁷ (dotyczy to spraw cywilnych i administracyjnych), natomiast od udzielonego upoważnienia do zastępstwa takiej opłaty nie uiszcza się, ponieważ umocowany zastępca (aplikant) nie uzyskuje statusu pełnomocnika, lecz tylko działa w imieniu danego pełnomocnika (pełniąc funkcję *quasi*-pełniącego obowiązki)²⁸, będącego odpowiednio adwokatem lub radcą prawnym, który wystawił mu upoważnienie korporacyjne do zastępstwa. Z kolei będący substytutem adwokat/radca prawny może udzielić upoważnienia do zastępstwa aplikantowi radcowskiemu i *vice versa*²⁹, co ma charakter pewnej figury procesowej, prawnie dopuszczalnej i niewywołującej z mocy prawa nieważności czynności, w jakich brał udział aplikant radcowski zastępujący radcę prawnego, który był czy też jest substytutem adwokata (i *vice versa* adwokat dla radcy prawnego). Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, że stosunek pełnomocnictwa łączy profesjonalnych pełnomocników i nie ma co do zasady *de facto* wpływu na to, czy zostanie udzielone upoważnienie do zastępstwa.

W takiej sytuacji profesjonalny pełnomocnik będzie zobligowany, by w sposób należyty przygotować aplikanta do zastępstwa, zapoznać go ze sprawą i poinstruować co do ewentualnych czynności procesowych, jakie ma podjąć w toku postępowania (rozprawy/posiedzenia jawnego itp.), chyba że dający pełnomocnictwo substytucyjne wyłączy możliwość udzielenia upoważnienia korporacyjnego.

Powyżej opisana sytuacja sprawia, że z chwilą udzielenia pełnomocnictwa substytucyjnego strona jest reprezentowana przez dwóch pełnomocników, przy czym jeden z nich jest pełnomocnikiem głównym. Pisma w sprawie są doręczane przez sąd pierwszemu pełnomocnikowi, chyba że strona wyraźnie wskaże inny adres do doręczeń, tj. wskaże, iż wszelka korespondencja powinna być adresowana do niej jako strony na adres konkretnego podanego z imienia

²⁶ Wyrok SN z 12.02.2013 r. (II UK 184/12), LEX nr 1335893.

²⁷ Ustawa z 16.11.2006 r. o opłacie skarbowej (Dz.U. z 2022 r. poz. 2142).

²⁸ Wyrok WSA w Gliwicach z 2.04.2008 r. (I SA/GI 37/08), LEX nr 422225.

²⁹ Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z 12.09.2019 r. (VI Ka 165/19), LEX nr 2866589.

i nazwiska pełnomocnika procesowego stawiającego się za nią w sprawie³⁰. Reasumując powyższe rozważania, stwierdzić należy, że udzielenie upoważnienia do zastępstwa korporacyjnego tworzy stosunek jedynie między pełnomocnikiem a aplikantem w ramach odbywania aplikacji, której istotą jest szkolenie aplikanckie³¹.

Aplikanci adwokaccy i radcowscy przez czas trwania aplikacji w modelowej sytuacji i stanie najbardziej pożądanym szkolą się pod okiem swojego patrona – dobrze jest, gdy jest on dla nich również w tym czasie swego rodzaju mentorem – a to wszystko po to, by w ten sposób zarówno nabyć praktycznych umiejętności zawodowych, jak i przyswoić sobie zasady wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego. Aplikant nie wykonuje zawodu zaufania publicznego, co należy wyraźnie podkreślić. Przepisy ustaw procesowych: Kodeksu postępowania cywilnego, Kodeksu postępowania karnego, Kodeksu postępowania administracyjnego wyraźnie znają, rozróżniają i opisują instytucje pełnomocnictwa substytucyjnego, a korporacyjne upoważnienie do zastępstwa zostało opisane rodzajowo i tam też znajduje swoje umocowanie prawne, jak również w periodykach ustaw branzowych. Adwokat lub radca prawny może tutaj ewentualnie odpowiadać z tego tytułu w ramach deliktu cywilnego albo dyscyplinarnego w oparciu o winę w wyborze albo skutek niedochowania nienależytej staranności. Ów swoisty dualizm jest wynikiem tego, że na rynku profesjonalnej pomocy prawnej w Polsce funkcjonują dwa zawody prawnicze, które w zakresie działania przed sądem w charakterze obrońcy lub pełnomocnika mają tożsame uprawnienia, ale każda z tych profesji stanowi inny zawód. Zewnętrzny ich wyrazem już na pierwszy rzut oka dla modelowego obywatela jest kolor żabotu przy todze, tj. zielony dla adwokatów i niebieski dla radców prawnych. *Summa summarum* każdy z nich i tak występuje przed sądem w todze, z tym że zawód adwokata w Polsce – w przeciwieństwie do zawodu radcy prawnego – funkcjonuje już ponad sto lat³².

ZASTĘPSTWO W RAMACH „NAGŁEJ CZYNNOŚCI PROCESOWEJ”

Natomiast z inną sytuacją mamy do czynienia, gdy aplikant staje przed sądem po raz pierwszy w sprawie, w której ma zastąpić profesjonalnego pełnomocnika, jednakże nie dysponuje fizycznie dokumentem od owego pełnomocnika potwierdzającym, że został upoważniony przez niego w ramach upoważnienia (korporacyjnego) do zastępstwa na dany termin rozprawy ani też takie upoważnienie nie znajduje się w aktach sprawy.

³⁰ Wyrok SN z 13.02.2004 r. (IV CK 269/02), LEX nr 151640.

³¹ T. Partyk, *Pełnomocnictwo substytucyjne a upoważnienie aplikanta do zastępowania adwokata lub radcy prawnego*, Warszawa 2015, LEX/el.

³² Dekret Naczelnika Państwa w przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego z 24.12.1918 r., a następnie rozporządzenie Prezydenta RP z 7.10.1932 r. – Prawo o ustroju adwokatury (Dz.U. z 1932 r. nr 86 poz. 733).

Wówczas to na zasadzie udziału w tzw. nagłej czynności procesowej aplikant niemający takiego upoważnienia w formie dokumentu papierowego powinien uprawdopodobnić jego istnienie, by móc dzięki temu zostać dopuszczony – choć warunkowo – do udziału w czynności procesowej itd. Owo sądowe uprawdopodobnienie może polegać np. na wykazaniu przed organami, że takie upoważnienie korporacyjne do zastępstwa zostało już np. nadane na adres sądu rejestrowaną przesyłką pocztową u operatora pocztowego, o jakim jest mowa w przepisie art. 165 § 2 k.p.c.³³, przy jednoczesnym chociażby przedłożeniu sądowi do akt sprawy kopii upoważnienia do zastępstwa wraz z potwierdzeniem nadania przesyłki poleconej³⁴. W rezultacie tego sąd będzie miał – z uwagi na okoliczności faktyczne – możliwość dopuszczenia warunkowo aplikanta poprzez wydanie stosownego postanowienia w trybie z art. 97 k.p.c.³⁵ w zw. z art. 77 p.o.a., a to wszystko przy jednoczesnym określeniu przez sąd terminu do przedłożenia do akt sprawy upoważnienia do zastępstwa w formie dokumentu i pod rygorem pominięcia czynności procesowych z udziałem aplikanta zastępującego profesjonalnego pełnomocnika³⁶.

TAJEMNICA OBROŃCZA APLIKANTA

Profesjonalni pełnomocnicy – adwokat i radca prawny – obowiązani są zachować w tajemnicy wszystko to, o czym dowiedzieli się, świadcząc pomoc prawną³⁷; powyższy nakaz prawny dotyczy również na zasadzie analogii aplikantów tychże korporacji. Pewne wątpliwości w tym zakresie rodzi natomiast status osoby aplikanta na tle brzmienia przepisu art. 225 § 3 k.p.k. Przepis ten wprost wskazuje na osobę wykonującą czynności obrończe, a więc zgodnie z przepisami ustaw korporacyjnych na osobę adwokata i radcy prawnego działających jako obrońcy. Aplikant nie jest wpisany na listę adwokatów ani listę radców prawnych, dlatego też już co do zasady takiego przymiotu z mocy prawa nie ma.

³³ Ów przepis stanowi, że „Oddanie pisma procesowego w formie przesyłki poleconej w polskiej placówce pocztowej operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe lub w placówce podmiotu zajmującego się doręczaniem korespondencji na terenie Unii Europejskiej jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu”.

³⁴ Po numerze nadania będzie możliwe zweryfikowanie nawet na sali sądowej jej faktycznego nadania w placówce pocztowej oraz tego, na jakim etapie doręczenia owa przesyłka się znajduje albo czy też w ogóle została nadana.

³⁵ Art. 97. § 1. Po wniesieniu pozwu sąd może dopuścić tymczasowo do podjęcia naglącej czynności procesowej osobę niemogącą na razie przedstawić pełnomocnictwa. Zarządzenie to sąd może uzależnić od zabezpieczenia kosztów. § 2. Sąd wyznaczy równocześnie termin, w ciągu którego osoba działająca bez pełnomocnictwa powinna je złożyć albo przedstawić zatwierdzenie swej czynności przez stronę. Jeżeli termin upłynął bezskutecznie, sąd pominie czynności procesowe tej osoby. W tym wypadku przeciwnik może żądać od działającego bez umocowania zwrotu kosztów spowodowanych jego tymczasowym dopuszczeniem.

³⁶ Zob. wyrok SN z 26.05.2017 r. (I CZ 60/17), LEX nr 2309607; wyrok SN z 8.12.2011 r. (IV CSK 172/11), LEX nr 1119547.

³⁷ Art. 6 ust. 1 p.o.a. i art. 3 ust. 3 u.r.pr.

Aplikant działa jednak na podstawie korporacyjnego upoważnienia do zastępstwa i przez ten fakt uzyskuje poniekąd funkcję pełniącego obowiązki obrońcy z woli obrońcy, który upoważnia go do działania za siebie i w swoim imieniu jako tzw. obrońca główny, bo to jego łączy stosunek obrończy z podejrzanym lub oskarżonym albo skazanym. Umocowanie w prawie dla aplikanta stanowi przepis art. 225 § 3 k.p.k. w zw. z art. 77 p.o.a. (art. 35¹ u.r.pr.)³⁸ – przy jednoczesnym braku legalnej definicji obrońcy. Zarówno w przypadku pełnomocnika, jak i obrońcy należy przyjąć, że z uwagi na udzielone upoważnienie do zastępstwa również aplikant wchodzi w rolę obrońcy (ale nie głównego) na skutek upoważnienia do zastępstwa udzielonego przez obrońcę głównego i jako że poniekąd pełni obowiązki obrońcy, jest on zobligowany do zachowania tajemnicy zawodowej, do której zachowania obliuguje go złożone przez niego ślubowanie³⁹ po dokonaniu wpisu jego osoby na listę aplikantów. Powyższe normy prawne

³⁸ Art. 77 p.o.a. 1. Po sześciu miesiącach aplikacji adwokackiej aplikant adwokacki może zastępować adwokata przed sądami, organami ścigania, organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami, z wyjątkiem Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu. 2. Przez okres roku od daty zakończenia aplikacji wskazanej w zaświadczeniu o odbyciu aplikacji adwokackiej aplikant adwokacki może zastępować adwokata w zakresie, o którym mowa w ust. 1. W przypadku podjęcia uchwały, o której mowa w art. 79a, wydłużającej okres, o którym mowa w art. 79 ust. 1 pkt 4, aplikant adwokacki może zastępować adwokata przez okres dwóch lat od daty zakończenia aplikacji wskazanej w zaświadczeniu o odbyciu aplikacji adwokackiej. 3. Aplikant radcowski może zastępować adwokata na takich samych zasadach jak radcę prawnego, jeżeli adwokat jest współnikiem w spółce adwokacko-radcowskiej, z wyjątkiem spraw, w których adwokat występuje w charakterze obrońcy w postępowaniu karnym i w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe. 4. Uprawnienia, o których mowa w ust. 1, dotyczą również spraw objętych świadczeniem pomocy prawnej z urzędu. 5. Aplikant adwokacki może sporządzać i podpisywać pisma procesowe związane z występowaniem adwokata przed sądami, organami ścigania i organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami – z wyraźnego upoważnienia adwokata, z wyłączeniem apelacji, skargi kasacyjnej i skargi konstytucyjnej. Art. 35¹ u.r.pr. 1. Po sześciu miesiącach aplikacji radcowskiej aplikant radcowski może zastępować radcę prawnego przed sądami, organami ścigania, organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami, z wyjątkiem Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu. 2. Przez okres roku od daty zakończenia aplikacji wskazanej w zaświadczeniu o odbyciu aplikacji radcowskiej aplikant radcowski może zastępować radcę prawnego w zakresie, o którym mowa w ust. 1. W przypadku podjęcia uchwały, o której mowa w art. 371, wydłużającej okres, o którym mowa w art. 37 ust. 1 pkt 4, aplikant radcowski może zastępować radcę prawnego przez okres dwóch lat od daty zakończenia aplikacji wskazanej w zaświadczeniu o odbyciu aplikacji radcowskiej. 3. Uprawnienia, o których mowa w ust. 1, dotyczą również spraw objętych świadczeniem pomocy prawnej z urzędu. 4. Aplikant radcowski może sporządzać i podpisywać pisma procesowe związane z występowaniem radcy prawnego przed sądami, organami ścigania i organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami – z wyraźnego upoważnienia radcy prawnego, z wyłączeniem apelacji, skargi kasacyjnej i skargi konstytucyjnej. 5. Aplikant adwokacki może zastępować radcę prawnego na takich samych zasadach jak adwokata, jeżeli radca prawny jest współnikiem w spółce adwokacko-radcowskiej.

³⁹ Art. 69a ust. 3 p.o.a., art. 31² ust. 3 u.r.pr.: „lista radców prawnych, na którą wpisany został radca prawny”.

statuują, że taki, a nie inny reżim prawny co do tajemnicy obrończej powinien być stosowany *per analogiam* systemowo wobec aplikanta adwokackiego czy aplikanta radcowskiego, szczególnie że zachowanie tajemnicy zawodowej nie może zostać uszczuplone w stosunku do aplikanta działającego jako pełniący obowiązki obrońcy za obrońcę głównego. Pewien asumpt do tego stanowi rota ślubowania aplikanta; obie rotę ślubowania – adwokata i radcy prawnego – są co do treści odpowiednio tożsame⁴⁰.

PROFESJONALNY PEŁNOMOCNIK PEŁNIĄCY FUNKCJĘ POMOCNIKA PROCESOWEGO W ROLI KURATORA A UDZIELENIE UPOWAŻNIENIA DO ZASTĘPSTWA DLA APLIKANTA

Profesjonalny pełnomocnik – adwokat lub radca prawny, który został ustanowiony kuratorem np. dla osoby nieznannej z miejsca pobytu czy też kuratorem dla małoletniego w sprawie karnej, z uwagi na osobisty charakter tej funkcji i określone wymogi stawiane przez ustawodawcę wobec osoby pełniącej rolę kuratora musi stawać przed sądem – oczekuje się, że osobiście. Sądy przyjmują często, że nie może on udzielić upoważnienia do zastępstwa aplikantowi. Owa praktyka i ów pogląd są aktualnie tendencją wiodącą, która ma też silne oparcie w judykaturze oraz w doktrynie. Pogląd przeciwny do niego – jak się wydaje – opiera się na całościowym podejściu do tego zagadnienia, nie pomija bowiem okoliczności istotnych, które w pełni charakteryzują ową „więź procesową”: łączącą osobę kuratora z osobą oddaną pod kuratelę – nie jest już jednak w tej kwestii wykorzystywany⁴¹. Szczególną rolę kuratora należy upatrywać m.in. w fakcie, że jeżeli jest ona pełniona przez osobę wykonującą zawód zaufania publicznego, tj. sprawującą na co dzień funkcję profesjonalnego pełnomocnika procesowego w ramach jednego z zawodów prawniczych (adwokata lub radcy prawnego), to nie traci tego przymiotu, że wykonuje zawód zaufania publicznego. Funkcję bycia kuratorem wyprzedza *de facto* jego profesja zawodowa w ujęciu procesowym, gdyż w danej sprawie jest wprowadzicie ustanowiony kuratorem, ale jako adwokat albo radca prawny – parafrazując pewną myśl na potrzeby niniejszego tekstu, można nawet rzec, że kuratorem się bywa, a adwokatem lub radcą prawnym się jest. Prawdą jest, że funkcja kuratora ma charakter nie tylko zawodowy, ale też osobisty względem reprezentowanego, cechuje ją bowiem specyficzny, osobisty charakter relacji⁴². Udzielając upoważnienia do zastępstwa, kurator nie występuje jako pełnomocnik strony⁴³, ponieważ nie powstaje między nimi taki stosunek prawny.

Owo rozróżnienie budzi w praktyce pewne spory, rodzi bowiem praktyczne

⁴⁰ Zob. postanowienie SN z 26.10.2011 r. (I KZP 12/11), LEX nr 966846.

⁴¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10.11.2010 r. (V ACa 258/10), LEX nr 1131146.

⁴² D. Rydlichowska, *Rola kuratora dla doręczeń w postępowaniu cywilnym w kontekście zabezpieczenia interesu reprezentowanej strony*, „Palestra” 2016/3, s. 28–29.

⁴³ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10.11.2010 r. (V ACa 258/10), LEX nr 1131146.

problemy, przed jakimi stają osoby, które zgłosiły się w celu pełnienia funkcji kuratora lub wyraziły zgodę na bycie kuratorem, a wykonują jeden z zawodów prawniczych, tj. zawód adwokata lub radcy prawnego. Tak więc niezrozumiałe jest to, że kurator będący adwokatem lub radcą prawnym nie może upoważnić w ramach upoważnienia korporacyjnego do działania za siebie aplikanta ze swojej korporacji, w sytuacji gdy przecież stosunek osobisty łączący go jako kuratora z osobą objętą kuratelą nie ustaje z tego tytułu, jest on bowiem dalej jej kuratorem, tylko działa przez aplikanta, który zastępując go, pełni tylko takie obowiązki, a nie je wykonuje.

Kwestia charakteru kurateli na płaszczyźnie stosunku łączącego kuratora i podlegającego kurateli i możliwość wyznaczenia przez kuratora dla siebie zastępstwa przed sądem w ramach udzielonego przez kuratora ewentualnego upoważnienia korporacyjnego do zastępstwa wydają się na tę chwilę na tyle zagadnieniem istotnym i problematycznym, że znalazło się to w orbicie zainteresowań m.in. autorów publikujących na łamach „Palestry”⁴⁴. Taki stan rzeczy jest zapewne wynikiem braku jednoznacznego rozstrzygnięcia tej kwestii *ex lege*. Praktyka sądów w tym zakresie skłania się ku brakowi przyzwolenia na to, by adwokat (radca prawny) był zastępowany przez substytutę w osobie innego adwokata lub radcę prawnego, czy też aplikanta (aplikanta adwokackiego lub radcowskiego) w ramach upoważnienia do zastępstwa korporacyjnego. Taki stan rzeczy uznać należy za zbyt rygorystyczny i oparty na zbyt wąskim identyfikowaniu kurateli wyłącznie z osobistym charakterem tej funkcji, a to wszystko z pominięciem charakteru zawodu osoby, która tę funkcję pełni, będąc adwokatem lub radcą prawnym. Takie spojrzenie nie ma charakteru całościowego i nie idzie w parze z postrzeganiem roli profesjonalnego zawodu prawniczego w kontekście jego systemowego ujęcia w szeroko rozumianym wymiarze sprawiedliwości, w tym działania w jego ramach i dla jego dobra (dobra wymiaru sprawiedliwości).

Zwolennicy takiego rozumienia kurateli uznają za niedopuszczalne udzielenie pełnomocnictwa substytucyjnego albo upoważnienia do zastępstwa korporacyjnego z uwagi m.in. np. na dobro małoletniego dziecka. Takie podejście w sytuacji, gdy kurator działa, ale na danym etapie sprawy czy przy danej czynności procesowej przez ustanowionego dla siebie substytutę lub zastępcę, uznać należy za podejście zbyt rygorystyczne, oparte na błędnym założeniu i przyjęciu braku należytej staranności w działaniu już na przedpolu, że kurator jakoby wyzbył się swojej funkcji, nie bierze udziału w czynnościach, nie wykonuje kurateli przez już sam fakt tego rodzaju zastępstwa. Taki stan rzeczy

⁴⁴ W. Studziński, *Możliwość udzielania przez kuratora reprezentującego dziecko upoważnienia do zastępowania aplikantowi adwokackiemu oraz pełnomocnictwa lub substytucji adwokatowi*, „Palestra” 2021/6, s. 45–49; P. Karlik, *Możliwość skorzystania przez kuratora reprezentującego dziecko z zastępstwa aplikanta oraz prawo do ustanowienia pełnomocnika lub substytutę – polemika*, „Palestra” 2021/10, s. 37–44 – obaj autorzy prezentują odmienne poglądy w tej kwestii. Poglądem, z którym poniekąd się zgadzam, jest ten prezentowany przez W. Studzińskiego.

pozostaje w oczywistej sprzeczności z tym, że osoba kuratora jest jednocześnie osobą wykonującą zawód zaufania publicznego i odebranie takiej osobie możliwości działania przez „kogoś”, tj. substytutę albo zastępcę, stanowi zbyt dużą ingerencję organu w umowę społeczną, na której podstawie takim zawodom, jak adwokat i radca prawny, powierza się prowadzenie spraw z wyboru albo z urzędu.

UPRAWNIENIE APLIKANTA DO PODPISYWANIA PISM PROCESOWYCH

Aplikant adwokacki – zgodnie z przepisem art. 77 ust. 5 p.o.a. – „może sporządzać i podpisywać pisma procesowe związane z występowaniem adwokata przed sądami, organami ścigania i organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami – z wyraźnego upoważnienia adwokata, z wyłączeniem apelacji, skargi kasacyjnej i skargi konstytucyjnej”⁴⁵. Powyższa regulacja wprost wyłącza możliwość podpisania apelacji, skargi kasacyjnej i skargi konstytucyjnej przez aplikanta – powyższe unormowanie odnosi się do tego rodzaju pism we wszystkich procedurach: cywilnej, karnej i administracyjnej. Upoważnienie uprawniające aplikanta do podpisywania pism procesowych powinno zostać sporządzone w formie pisemnej, a także z jego treści powinno precyzyjnie wynikać, jakiego rodzaju pisma może on podpisać, ponieważ upoważniający do tego adwokat lub radca prawny może w tym zakresie poczynić ograniczenia zgodnie ze swym uznaniem⁴⁶. Tak udzielone upoważnienie następnie musi trafić do akt danej sprawy, o ile ma formę ograniczoną. Jeżeli jest tak, jak przewiduje to norma prawna art. 77 ust. 5 p.o.a., nie jest to już konieczne, gdyż zakres tego upoważnienia wynika z samej mocy prawa i tej okoliczności nie ma potrzeby wykazywać⁴⁷; ewentualnie takie upoważnienie do zastępstwa powinno zostać załączone jako załącznik do pisma podpisanego przez aplikanta, którego treść uprawnia do jego sporządzenia⁴⁸. W związku z tym udzielenie przez adwokata aplikantowi adwokackiemu upoważnienia do podpisania pism procesowych ponad zakres przewidziany przepisami ustawy skutkuje tym, że taka czynność jest nieważna, a pismo podpisane przez aplikanta (np. kasacja) będzie obciążone brakiem formalnym, który powinien być sanowany w trybie art. 373 k.p.c.⁴⁹

⁴⁵ Zob. § 12 ust. 3 Obwieszczenia Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 23.06.2020 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Regulaminu odbywania aplikacji adwokackiej (...); postanowienie NSA z 4.12.2018 r. (I OZ 1178/18), LEX nr 2589123.

⁴⁶ Postanowienie SN z 30.09.2020 r. (V CZ 47/20), LEX nr 3077341; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 6.09.2016 r. (II AKz 384/16), OSASz 2016/3, s. 35–39.

⁴⁷ Art. 77 ust. 5 p.o.a. Aplikant adwokacki może sporządzać i podpisywać pisma procesowe związane z występowaniem adwokata przed sądami, organami ścigania i organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami – z wyraźnego upoważnienia adwokata, z wyłączeniem apelacji, skargi kasacyjnej i skargi konstytucyjnej.

⁴⁸ Wyrok WSA w Bydgoszczy z 12.06.2019 r. (II SA/Bd 199/19), LEX nr 2685681.

⁴⁹ Art. 373. [Odrzucenie apelacji przez sąd drugiej instancji w postępowaniu cywilnym] § 1. Sąd drugiej instancji odrzuca apelację spóźnioną, nieopłaconą lub z innych przyczyn niedopusz-

w zw. z art. 126 § 1 pkt 6 k.p.c.⁵⁰ przez wezwanie profesjonalnego pełnomocnika przez sąd do uzupełnienia braku formalnego przez podpisanie kasacji. Po stronie aplikanta brakuje z mocy prawa takich uprawnień⁵¹. Brakiem formalnym będzie wniesienie pisma przez aplikanta w sytuacji, gdy w aktach sprawy nie znajduje się pełnomocnictwo główne ani też upoważnienie do zastępstwa dla aplikanta⁵². W judykaturze wprawdzie został wyrażony pogląd, że udzielone upoważnienie do podpisywania pism powinno być dokładnie sprecyzowane co do ich rodzaju w zakresie środków zaskarżenia, jakim jest zażalenie, ponieważ z uwagi na abstrakcyjność udzielonego upoważnienia może ono skutkować tym, że sąd odmówi przyjęcia zażalenia jako wniesionego przez osobę nieuprawnioną, w sytuacji gdy z treści upoważnienia do zastępstwa nie wynika, jakiego rodzaju pisma aplikant może podpisywać. Dlatego też upoważnienie sporządzone w trybie art. 77 ust. 5 p.o.a. w sposób zrozumiały i konkretny powinno określać, jakiego rodzaju pisma aplikant może podpisywać za mocodawcę będącego profesjonalnym pełnomocnikiem i działającego w danej sprawie⁵³.

UPOWAŻNIENIE DO CZYNNOŚCI TECHNICZNEJ

Powyższe rozważania odnosiły się do zakresu uprawnień nabywanych przez aplikantów po upływie 6 miesięcy odbywania przez nich aplikacji. Zaznaczyć jednak należy w tym miejscu, że w czasie owych 6 miesięcy mogą oni zastępować profesjonalnego pełnomocnika w zakresie np. czynności technicznych w ramach udzielonego im upoważnienia do nich przez niego jako np. patrona czy też za jego zgodą, a na rzecz innego profesjonalnego pełnomocnika (adwokata bądź radcy prawnego) w zależności od tego, do której z korporacji przynależy dany aplikant – to wszystko na zasadzie udzielenia upoważnienia w ramach swojej korporacji.

Profesjonalny pełnomocnik (adwokat lub radca prawny) udziela aplikantowi w formie pisemnej upoważnienia do czynności technicznej, z którego treści wynika w sposób jasny i zrozumiały, na czym ta czynność techniczna ma polegać. Do powyższych czynności zalicza się także m.in. zapoznanie się z aktami sprawy w czytelni sądowej, wykonanie odpisów z akt sprawy w formie fotokopii w czytelni sądowej czy też umocowanie do odbioru dokumentów, np. odpisów orzeczeń czy protokołów w budynku sądu, czy też odbycie widzenia z osadzonym (tymczasowo aresztowanym lub skazanym) w celu przekazania mu dokumentacji związanej ze sprawą, w której jest reprezentowany, lub też

czalną, jak również apelację, której braków strona nie usunęła w wyznaczonym terminie. § 2. Czynności związane z nadaniem biegu apelacji może wykonywać referendarz sądowy.

⁵⁰ Art. 126. [Ogólne warunki pism procesowych] § 1. Każde pismo procesowe powinno zawierać: (...) 6) podpis strony albo jej przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika.

⁵¹ Postanowienie SN z 26.05.2017 r. (I CZ 60/17), LEX nr 2309607.

⁵² Wyrok NSA z 17.04.2018 r. (I FSK 818/16), LEX nr 2487318.

⁵³ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 6.09.2016 r. (II Akz 384/16), LEX nr 2139160.

odebrania od niego pisemnej zgody na złożenie przez obrońcę w jego imieniu wniosku konsensualnego w trybie art. 387 k.p.k.⁵⁴

Poza sporem zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w judykaturze pozostaje to, że adwokat będący obrońcą albo też pełnomocnikiem procesowym może udzielić dalszego umocowania radcy prawnemu jako jego pełnomocnikowi substytucyjnemu i odwrotnie. Zatem aplikant adwokacki i radcowski nie może być pełnomocnikiem w postępowaniu cywilnym i karnym czy też obrońcą w postępowaniu karnym, niezależnie od tego, czy został umocowany przez adwokata, czy przez radcę prawnego, czy przez stronę, ponieważ taka okoliczność została wyłączona – jako prawnie skuteczna – przez przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, Kodeksu postępowania karnego, Kodeksu postępowania administracyjnego, jak również ustaw korporacyjnych, w których ustawodawca wyraźnie odróżnił dalsze pełnomocnictwo – tj. pełnomocnictwo substytucyjne – od zastępstwa adwokatów i radców prawnych przez aplikantów w ramach tzw. upoważnienia korporacyjnego do zastępstwa. Taki stan rzeczy jest stanem pożądanym i czyni zadość zasadzie *ius et lex* (prawo jest ustawą)⁵⁵.

PODSUMOWANIE – POSTULATY *DE LEGE FERENDA*

Aplikanci w trakcie odbywania aplikacji często działają za adwokata lub radcę prawnego w różnego rodzaju sprawach cywilnych, karnych i administracyjnych. Dzieje się to jednak tylko w ramach udzielonego korporacyjnego upoważnienia do zastępstwa i tylko w ramach obranej przez głównego obrońcę lub pełnomocnika linii procesowej, który *de facto* wprost odpowiada przed swoim klientem – osobą przez siebie reprezentowaną – za wynik sprawy. Ów adwokat lub radca prawny udzielający upoważnienia do zastępstwa siebie jako adwokata lub radcę prawnego w danej sprawie, działając jako pełnomocnik procesowy albo obrońca, dalej pozostaje tylko gwarantem profesjonalizmu i na nim też spoczywa obowiązek, by aplikant go zastępujący „nie położył” sprawy, którą on firmuje swoim imieniem i nazwiskiem w ramach wykonywanego profesjonalnego zawodu adwokata albo radcy prawnego.

Dlatego też opowiadam się za taką zmianą prawa, która sprawi, że osoba, która pełni funkcję kuratora w danej sprawie, a jednocześnie wykonuje czynnie zawód adwokata lub radcy prawnego, będzie mogła skutecznie udzielić pełnomocnictwa substytucyjnego profesjonalnemu pełnomocnikowi albo też upoważnienia do zastępstwa siebie w ramach upoważnienia korporacyjnego do zastępstwa aplikanta ze swojej korporacji.

Wydaje się, że nadszedł już czas, by ta kwestia została rozstrzygnięta jednoznacznie, normatywnie, a nie w drodze wykładni sądowej i poglądów doktryny, które mogą tylko kształtować praktykę, ale nie mogą stanowić prawa.

⁵⁴ Dobrowolne poddanie się karze.

⁵⁵ Uchwała SN z 28.06.2006 r. (III CZP 27/06), Legalis nr 74976.

ABSTRACT

Patricia Różańska-Ungur

The author is an advocate (District Bar Association in Opole), a doctoral student at the Doctoral School of the University of Opole.

Extent of the trainee's corporate mandate for representation

The trainee representative mandate has been in place for a long time. However, as it is simply a corporate mandate, it is viewed differently in this context. This is further complicated by the question of a professional representative acting as a guardian ad litem, as well as the question of granting authorisation for a trainee for representation or even a substitution in litigation court proceedings for another professional representative, such as an advocate or attorney-at-law. The wide range of aspects associated with the trainee's practice, linked to the trainee's legal training as an advocate or attorney-at-law, means that the trainee must be considered as a quasi-functional person in the justice system as a whole. There is a lack of agreement in the literature and among legal professionals on all the issues involved, such as the procedural arrangements in which the trainee may act in place of their professional principal. The legal regulation should be unambiguous in this regard and not open to individual judicial interpretation. Therefore, any significant problems or procedural dilemmas that may arise for a "front-line" advocate or attorney-at-law, as well as a trainee, concerning, inter alia, the aforementioned issues, may only be considered a secondary issue for non-practitioners, and requires a clear, normative resolution, not made through judicial interpretation or jurisprudential doctrine, but rather through a universally applicable legal norm.

Keywords: *advocate, attorney-at-law, trainee advocate, trainee attorney-at-law, professional litigation representative, defence attorney, power of attorney to represent in court proceedings, authorisation to defend, substitution power of attorney, corporate mandate for representation, law corporations, guardian ad litem, defence secrecy, urgent legal action*

Patricia Różańska-Ungur

ORCID: 0000-0002-5052-4887; e-mail: patricia.rozanska-ungur@uni.opole.pl

Autorka jest adwokatem (Izba Adwokacka w Opolu), doktorantką w Szkole Doktorskiej Uniwersytetu Opolskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Eichstaedt Krzysztof** (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, Warszawa 2021, LEX/el., t. 1, komentarz do art. 87 k.p.k.
- Karlik Piotr**, *Możliwość skorzystania przez kuratora reprezentującego dziecko z zastępstwa aplikanta oraz prawo do ustanowienia pełnomocnika lub substytutą – polemika*, „Palestra” 2021/10, s. 37–44
- Paluszkiewicz Hanna** (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020, LEX/el., komentarz do art. 87 k.p.k.
- Partyk Tomasz**, *Pełnomocnictwo substytucyjne a upoważnienie aplikanta do zastępowania adwokata lub radcy prawnego*, Warszawa 2015, LEX/el.
- Posnow Włodzimierz** (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2021, Legalis/el., komentarz do art. 87 k.p.k.
- Rydlichowska Dominika**, *Rola kuratora dla doręczeń w postępowaniu cywilnym w kontekście zabezpieczenia interesu reprezentowanej strony*, „Palestra” 2016/3, s. 28–29
- Studziński Witold**, *Możliwość udzielania przez kuratora reprezentującego dziecko upoważnienia do zastępowania aplikantowi adwokackiemu oraz pełnomocnictwa lub substytucji adwokatowi*, „Palestra” 2021/6, s. 45–49

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

ZMIANA TORU RUCHU PRZYCZYNĄ SKUTKOWEGO ZDARZENIA DROGOWEGO

Zderzenie pojazdów urzeczywistniło się w warunkach nieskomplikowanej sytuacji drogowej na czteropasowej jezdni. Mimo pory nocnej dobrą widoczność zapewniło nienaganne oświetlenie. Jezdnią poruszały się równolegle dwa pojazdy. Citroen jechał prawym pasem, a sąsiednim opel. W pewnej chwili kierujący opel zmienił tor ruchu w kierunku citroena, doszło do kontaktu między pojazdami, wskutek czego citroen zmienił tor ruchu w prawo i uderzył w drzewo.

Analizę wypadku drogowego należało rozpocząć od ustalenia, jakie powinności ciążyły na uczestnikach określonego zdarzenia drogowego.

Otóż kierującego samochodem marki Citroen, poruszającego się prawym skrajnym pasem czteropasowej jezdni na prostym odcinku drogi, bez konieczności podejmowania manewrów zmiany toru ruchu, obowiązy-

wała zwykła „ostrożność”. Natomiast kierującego samochodem marki Opel poruszającego się sąsiednim w odniesieniu do citroena pasem ruchu, który podjął manewr zmiany pasa z lewego na prawy, obowiązywała „szczególna ostrożność”.

W ogromnym uproszczeniu „ostrożnością” jest zachowanie zgodne z przyjętymi zasadami ruchu drogowego, które dotyczy m.in. kierującego w każdej istniejącej sytuacji. Kwalifikowaną postacią „ostrożności” jest natomiast „szczególna ostrożność”. Zakres podmiotowy tej instytucji został – w odniesieniu do „ostrożności” – zawężony do kierujących i pieszych oraz sytuacji *stricte* określonych przez ustawę, przy równoczesnym rozszerzeniu zakresu przedmiotowego – oprócz istniejących – na sytuacje zmieniające się lub mogące się zmienić, pod warunkiem że kierujący miał

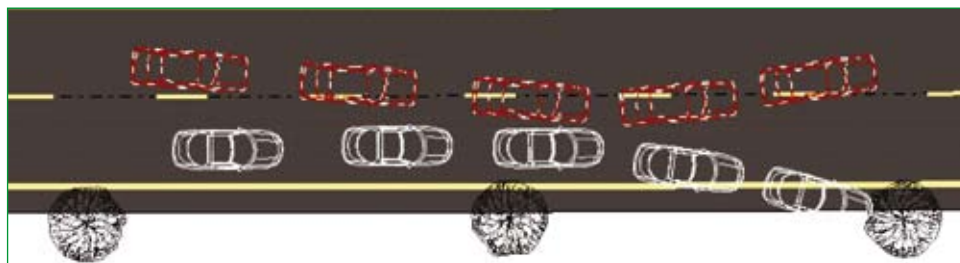
obiektywną możliwość je dostrzec lub przewidzieć w czasie umożliwiającym odpowiednią reakcję, w konsekwencji zapobiegającą skutkowemu zdarzeniu drogowemu. Właściwa realizacja zasady szczególnej ostrożności polega na pełnej koncentracji uwagi oraz uaktywnieniu zdolności przewidywania, a w przypadku braku intuicji na dołożeniu wszelkich starań do pobudzenia wyobraźni. Wspólną cechą „ostrożności” i „szczególnej ostrożności” jest „bezpieczna prędkość” i „dobra widoczność”. Bezpieczna prędkość to taka, która pozwoli nie na uniknięcie, lecz zapobiegnięcie skutkowemu zdarzeniu drogowemu. Wbrew pozorom pojęcia „uniknięcie” i „zapobiegnięcie” nie są tożsame. Pierwsze dotyczy sytuacji, kiedy kierujący tak wymanewrował, że udało mu się bez szwanku wyjechać ze strefy zagrożenia wypadkowego, ale do wypadku doszło, tyle że z udziałem innych uczestników ruchu. Natomiast drugie pojęcie oznacza stan znacznie trudniejszy, wszak chodzi o taki sposób kierowania pojazdem w otoczeniu kierujących, który w konsekwencji sprawia, że do wypadku w ogóle nie dochodzi, a więc nie tylko z udziałem autora manewrów, ale i innego kierującego pojazdem.

Kierujący samochodem marki Opel, jako zmieniający pas ruchu, zgodnie

z dyspozycją art. 22 ust. 4 w związku z ust. 1 p.r.d., miał obowiązek zachowania „szczególnej ostrożności”, realizowanej przez intensywne śledzenie zmian zachodzących na drodze, które prowadzą kierującego do oceny, czy ma obowiązek nadal ustępować innym uczestnikom ruchu, czy może kontynuować jazdę na pasie ruchu dotychczas zajęтым przez inne pojazdy posiadające pierwszeństwo, czy powstała luka odpowiedniej długości, która stworzyła możliwości bezpiecznego wjazdu na sąsiedni pas ruchu. Tym obowiązkom nie sprostał kierujący samochodem marki Opel, zmieniając pas z lewego na prawy, którym poruszał się kierujący samochodem marki Citroen.

Poniższy rysunek stanowi materiał poglądowy, przedstawiający w formacie 2D prawdopodobny sposób przemieszczania się obu pojazdów, w tym chwilowe ich złączenie i rozłączenie, po którym samochód marki Opel (obrys na górze) pojechał dalej prawym pasem lub odbił w lewo na sąsiedni pas, a samochód marki Citroen (obrys na dole), poprzecznie przemieszczając się, uderzył w drzewo.

Wprawdzie warunki widoczności w porze dziennej różnią się od warunków po zmierzchu, jednakże tę





różnicę łagodzi właściwe oświetlenie krytycznego odcinka drogi, co można dostrzec na zdjęciu wykonanym bezpośrednio po wypadku.

Niemniej pora po zmierzchu nakłada na kierujących obowiązek zwiększenia uwagi w ramach zarówno „ostrożności”, jak i „szczególnej ostrożności” (art. 3 p.r.d.). Kierujący samochodem marki Opel, jadąc swoim pasem ruchu (drugim od prawej), miał w ramach „ostrożności” obowiązek kontrolowania bezpiecznego odstępu bocznego od pojazdów poruszających się sąsiednim pasem ruchu, zwłaszcza podczas prostoliniowego względem osi jezdni wyprzedzania. Natomiast chwila zapoczątkowania zmiany toru ruchu urzeczywistniała obowiązek zachowania „szczególnej ostrożności”. Zatem kontynuacja manewru zmierzającego do zmiany pasa ruchu z lewego na prawy, zajęty przez samochód marki Citroen, sprawiła, że

kierujący samochodem marki Opel zapoczątkował stan zagrożenia, który trwał aż do uderzenia w lewe naroże samochodu marki Citroen, a zatem niewątpliwie jest sprawcą zderzenia obu pojazdów.

Kierujący samochodem marki Citroen, który poruszał się prawym pasem skrajnym, miał w ramach „ostrożności” obowiązek kontrolowania odstępu od pojazdów poruszających się lewym pasem ruchu. Zatem mógł zaobserwować moment niebezpiecznego zbliżenia się samochodu marki Opel. Jest to w rzeczy samej jedynie hipoteza, która może być potwierdzona jedynie w drodze eksperymentu procesowego. Potwierdzenie hipotezy lub uzyskanie wysokiego prawdopodobieństwa jej prawdziwości wymagało od kierującego zastosowania zasady „ograniczonego zaufania” (art. 4 p.r.d.) w postaci gwałtownego hamowania, w ramach swojego pasa ruchu. Tylko w tym kontekście rozwa-

zań można mówić o obowiązku rezygnacji z pierwszeństwa przejazdu.

Na tle analizowanego zdarzenia jawi się twierdzenie, że powołany do zaopiniowania wypadku biegły słusznie nie odniósł się do zeznań świadków, ponieważ ich relacje w najmniejszym nawet stopniu nie wyjaśniły wątpliwości w kwestii faktycznego przebiegu zdarzenia, wszak w istocie nie mogli wypowiedzieć się na temat przebiegu wypadku, a zatem ich relacje sprowadzały się do oceny zachowania kierującego samochodem marki Opel przed wypadkiem i po jego zaistnieniu. Ocena zachowania tego kierującego nie miała *sensu stricto* związku z wypadkiem. Kierujący może zachowywać się dynamicznie w ruchu drogowym, często wyprzedzać, poruszając się slalomem między pojazdami, co *prima facie* sugeruje brawurę, a w konsekwencji może nie być sprawcą wypadku. Również nie może się ostać sugestia ucieczki z miejsca wypadku, jako przesłanka jego spowodowania, wszak powrócił na miejsce zdarzenia w warunkach braku dowodu, że uczynił to nie z własnej woli. Z kolei postrzeżenie uczestnika wypadku przez pryzmat uprzednio popełnianych przez niego wielu wykroczeń, a nawet spowodowanych kolizji drogowych, jest nieprofesjonalne. Ocena zachowania kierującego w kontekście spowodowania wypadku buduje się wyłącznie na podstawie ujawnionych i ponad wszelką wątpliwość udokumentowanych warunków jego zaistnienia i potwierdzonych okoliczności przebiegu, prowadzących wprost do nieuchronności skutku.

Analiza dostępnego materiału rozpoznawanego zdarzenia prowadzi do następujących konstatacji.

1. Brak możliwości obliczenia zarówno rzeczywistej, jak i przybliżonej prędkości samochodów marki Opel i Citroen przed zdarzeniem i podczas jego trwania czyni – z natury rzeczy – niemożliwym przeprowadzenie rzeczywistej i przybliżonej analizy czasowo-przestrzennej ruchu tych pojazdów na wskazanych odcinkach drogi. Określone powody uniemożliwiają przeprowadzenie rzeczywistej rekonstrukcji przedmiotowego wypadku drogowego.

2. Można z dużym prawdopodobieństwem wywieść, że kierujący samochodem marki Opel podczas zmiany pasa ruchu swoim zachowaniem naruszył podstawowe zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym przez niezachowanie „szczególnej ostrożności” – w ramach której miał obowiązek utrzymać bezpieczny odstęp od wyprzedzanego pojazdu marki Citroen i ustąpić jego kierującemu pierwszeństwa przed realizacją manewru zmiany pasa ruchu – wskutek czego doprowadził do zderzenia obu pojazdów.

3. Kierujący samochodem marki Citroen mógł zapobiec wypadkowi jedynie wówczas, gdyby właściwie obserwując warunki ruchu, zareagował prostoliniowym hamowaniem (w ramach zajmowanego pasa ruchu) na docierające do niego symptomy wskazujące na nieprawidłowe zachowanie wyprzedzającego z lewej strony kierującego samochodem marki Opel. Wówczas przez rezygnację z pierwszeństwa wypełniłby powin-

ności wymagane obowiązującą zasadą „ograniczonego zaufania”.

4. Ustalenie, czy kierujący samochodem marki Citroen miał obiektywną możliwość dostrzeżenia nieprawidłowego zachowania kierującego

samochodem marki Opel w czasie umożliwiającym skuteczność reakcji w postaci prostoliniowego hamowania w ramach pasa ruchu, którym się poruszał, jest możliwe jedynie w drodze eksperymentu procesowego.

Wojciech Kotowski

TABLE OF CONTENTS

FROM THE EDITORS

Ewa Stawicka

The State 5

ARTICLES

Tomasz A. Zienowicz

Surveillance capitalism – reflections from the perspective of legal theory 8

Marek Skwarcow

Fear of obstructing justice as grounds for applying pre-trial detention 21

Magdalena Matusiak-Frącczak

Obligatory assistance of an attorney and the right to a fair trial as enshrined in Article 6(1) of the European Convention of Human Rights 43

Józef Forystek

The appealability of the second instance court's ruling dismisses the application for reopening proceedings after the 2019 amendments to the Code of Civil Procedure 58

Michał Bieniak

Interpretation of promissory notes and promissory note declarations 82

Wojciech Gonet

Creation, operation, termination of a group of companies 91

Anna Bober-Kotarbińska

Outline of issues and legal challenges related to the application of non-fungible token technology in the field of intellectual property law 109

POLEMICS*Andrzej Malicki*

On the critical remarks concerning the regulation of § 36 of the Rules
of Advocate's Ethics - a polemic 123

RECENT CASE LAW*Marek A. Nowicki*

Review of the case-law of the European Court of Human Rights
(October–December 2022) 130

Tomasz Tadla

Diplomatic assurances in the case law of the European Court
of Human Rights in Strasbourg 158

*Jerzy Pisuliński, Julita Zawadzka**scientific editor – Jerzy Pisuliński*

A review of the Supreme Court's case law in civil matters 179

COMMENTARIES*Maciej Babula*

The possibility of using evidence obtained through torture by private
entities in the context of the convention principle of freedom from
ill-treatment and the right to a fair trial – a commentary on judgment
of the European Court of Human Rights of 5 November 2020
(application no. 31454/10), in the *Ćwik v. Poland* case 208

ADVOCATES' FORUM*Piotr Nowaczyk*

What's so special about an arbitrator's life? 220

Jacek Kędziński

For a proper repair of the content of Art. 191 § 1 of the Penal Code 239

Patricia Różańska-Ungur

Extent of the trainee's corporate mandate for representation 244

ROAD ACCIDENTS*Wojciech Kotowski*

Change of vehicle trajectory as a cause of consequential traffic incident 263

List of reviewers of the „Palestra” monthly 270

Informations for authors 271

Lista recenzentów miesięcznika „Palestra”

Rafał Adamus, Tomasz P. Antoszek, Zbigniew Banaszczyk, Michał Barański, Jacek Barcik,
Radosław Baszuk, Marek Bielski, Łukasz Błaszczak, Justyna Błażejowska,
Paweł Borszowski, Leszek Bosek, Paweł Daniluk, Piotr Fiedorczyk, Józef Forystek,
Urszula Fronczek, Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska, Ewa Gmurzyńska,
Ewa Habryn-Chojnacka, Wojciech Hermeliński, Aleksander Herzog,
Paweł Kabata, Hanna Knysiak-Sudyka, Tomasz T. Koncewicz, Michał Kowalski,
Wojciech Kotowski, Małgorzata Kożuch, Rafał Kubiak, Maciej Łaszczuk,
Anna Machnikowska, Jarosław Majewski, Michał Markiewicz,
Elwira Marszałkowska-Krześ, Maciej Mataczyński, Marcin Matczak, Grzegorz Materna,
Jacek Mazurkiewicz, Marek Michalski, Wojciech Morawski, Dariusz Mucha,
Marek Antoni Nowicki, Krzysztof Pietrzykowski, Tomasz Pietrzykowski,
Jerzy Pisuliński, Paweł Podrecki, Łukasz Pohl, Andrzej Powałowski, Justyna Przedańska,
Janusz Raglewski, Sebastian Samol, Wojciech Sawczyn, Tomasz Siemiątkowski,
Rafał Sikorski, Jerzy Skorupka, Elżbieta Skowrońska-Bocian, Marek Skwarcow,
Tomasz Sójka, Ewa Stawicka, Sławomir Steinborn, Monika Strus-Wołos, Robert Suwaj,
Bartłomiej Swaczyna, Krystyna Szczepanowska-Kozłowska, Dariusz Szostek,
Maciej Szpunar, Dobrosława Szumiło-Kulczycka, Marek Szydło, Andrzej Świątłowski,
Andrzej Tomaszek, Piotr Tuleja, Piotr Uziębło, Andrzej Ważny,
Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz, Maria Zabłocka, Stanisław Zabłocki,
Konrad Zacharzewski, Jerzy Zajadło, Wojciech Zalewski, Mariusz Zelek,
Jan Zimmermann, Fryderyk Zoll

„PALESTRA” – INFORMACJE DLA AUTORÓW

W „Palestrze” publikujemy artykuły naukowe, artykuły praktyczne, glosy, przeglądy orzecznictwa, dotyczące szeroko ujętego prawa sądowego, czyli materialnego i procesowego prawa cywilnego (w tym prawa handlowego, prawa własności intelektualnej oraz prawa pracy) oraz materialnego i procesowego prawa karnego. Podejmowane są również zagadnienia z zakresu prawa administracyjnego, konstytucyjnego oraz międzynarodowego, a także publikacje historyczno-prawne, dotyczące szeroko rozumianej adwokatury.

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

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

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

Wszystkie teksty naukowe przesyłane do redakcji „Palestry” poddawane są recenzjom wewnętrznym i zewnętrznym. Wynik recenzji wpływa na decyzję o skiero-

waniu tekstu do druku. Redakcja zastrzega sobie prawo skracania tekstów, zmiany tytułów, śródtytułów oraz poprawek merytorycznych i stylistycznych, w tym również w wersjach angielskich.

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

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

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

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

Za publikację w „Palestrze” autorzy otrzymują 40 pkt zgodnie z Komunikatem MEiN z 1.12.2021 r. w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych.

W numerze między innymi:

MAREK SKWARCOW

Obawa mactwa procesowego jako przesłanka
stosowania tymczasowego aresztowania

MAGDALENA MATUSIAK-FRĄCCZAK

Przymus adwokacki we Francji na tle prawa do sprawiedliwego procesu
w świetle art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

JÓZEF FORYTEK

Zaskarżalność postanowienia sądu drugiej instancji o odrzuceniu
skargi o wznowienie postępowania po nowelizacji
Kodeksu postępowania cywilnego z 2019 r.

MICHAŁ BIENIAK

Wykładnia weksła i deklaracji wekslowej

WOJCIECH GONET

Tworzenie, funkcjonowanie, zakończenie działania grupy spółek

ANNA BOBER-KOTARBIŃSKA

Zarys zagadnień i wyzwań prawnych związanych
z zastosowaniem technologii niewymienialnych tokenów
w obszarze prawa własności intelektualnej