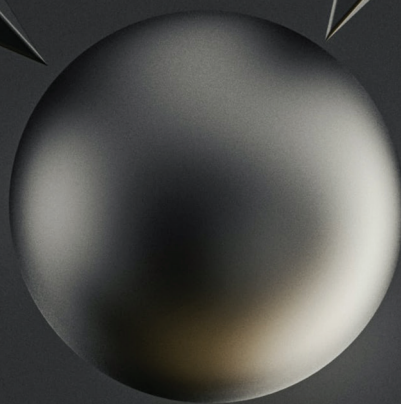


Prawo

w 2022 roku
Studia i materiały

REDAKCJA
KONRAD CHWEDCZUK
KAROL ŁUKOMIAK



ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

PRAWO W 2022 ROKU
STUDIA I MATERIAŁY

REDAKCJA

KONRAD CHWEDCZUK

KAROL ŁUKOMIAK

Prawo

w 2022 roku
Studia i materiały

REDAKCJA
KONRAD CHWEDCZUK
KAROL ŁUKOMIAK

ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

REDAKCJA
KONRAD CHWEDCZUK
KAROL ŁUKOMIAK

RECENZENCI

PROF. DR HAB. BRONISŁAW WŁODZIMIERZ SITEK
DR HAB. PAWEŁ WOJCIECHOWSKI
DR RAFAŁ R. WASILEWSKI
DR MIŁOSZ MALAGA, LL.M.
DR INŻ. RAFAŁ ŚPIEWAŁ

KOREKTA I SKŁAD
DIANA ŁUKOMIAK

PROJEKT OKŁADKI
KAROL ŁUKOMIAK

© COPYRIGHT BY AUTHORS & ARCHAEGRAPH

ISBN: 978-83-67074-89-6

WERSJA ELEKTRONICZNA DOSTĘPNA NA STRONIE INTERNETOWEJ WYDAWCY:

www.archaeograph.pl

ORAZ W REPOZYTORIUM CYFROWYM BIBLIOTEKI NARODOWEJ
I PROFILACH AUTORÓW W INTERNETOWYCH SERWISACH NAUKOWYCH

ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

ŁÓDŹ, WRZESIEŃ 2022

SPIS TREŚCI

Przedmowa	9
Łukasz Kubicki	
Prawne aspekty pracy zdalnej, a bezpieczeństwo i higiena pracy	11
Katarzyna Karpacka	
Nowe ramy prawa własności nieruchomości	25
Dorota Bańkowska	
Mediacja online w sprawach gospodarczych	43
Jakub Płaziuk	
Zmierzch polubownych metod rozwiązywania sporów – o nowelizacji kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania cywilnego słów kilka	59
Konrad Zając	
Innowacyjne koncepcje prawnopodatkowe w postpandemicznej gospodarce światowej	75
Michał Bielicki	
Racjonalność wprowadzenia prostej spółki akcyjnej do prawa polskiego	95
Cezary Strojny	
Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością	107
Bartłomiej Brambor	
Przemiany w sądownictwie Rzeczypospolitej pod koniec XVI w. jako przejaw stawania się szlachty podmiotem władzy suwerennej	133

Michał Byczyński	
Światowa Organizacja Zdrowia: globalny legislator?	151
Maria Papis, Paweł Wieczorek	
Uprawnienia pracodawcy wobec osób podlegających obowiązkowemu szczepieniu przeciw COVID-19	163
Ewa Łapińska	
Testament notarialny osoby niepełnosprawnej	185
Marharyta Halushchenko	
Analiza wpływu produkcji popkulturowych na (potencjalnych) sprawców przestępstw	199
Sebastian Traczyk	
Zjawisko gwałtu naprawczego jako typ czynu zabronionego - analiza prawnokarna i kryminologiczna na tle porównawczym	211
Łukasz Sowul	
Dotacje jako przychód narodowego funduszu zdrowia	221
Michał Pfanhauser	
Tzw. kontratyp pozaustawowy jako negatywny warunek dopuszczalności procesu karnego	235
Jakub Klugiewicz	
Kodeks Karny z 1932 roku jako wskazówka dla obecnego ustawodawcy	251
Jakub Klugiewicz	
Spółczeństwo i prawo Rzeczypospolitej wobec zmian technologicznych we współczesnym świecie	261
Katarzyna Paździorko	
Skutki wyroków prejudycjalnych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej	278
Szymon Staszak	
Złota Akcja Skarbu Państwa	297

Piotr Stokłosa	
Błąd prezentyzmu jako czynnik istotnie wpływający na postrzeganie i ocenę regulacji normatywnych	313
Stanisław Lipiec	
The international legal services in Poland - pilot study results	323
Paulina Koziół-Bajdel	
Analiza Konstytucji Islandii w ujęciu historycznym, prawnym i społecznym.....	339
Filip Wszyński	
Myśl przewodnia (<i>Der Rote Faden</i>) niemieckiego ładu korporacyjnego na tle nowych systemów <i>Corporate Governance</i>. Rozwój instytucjonalny.....	351

PRZEDMOWA

Koniec 2019 roku był początkiem zachorowalności na COVID-19, choroby spowodowanej aktywnością koronawirusa, która zmusiła społeczeństwo do pewnego rodzaju izolacji. Podobne konsekwencje dotknęły świat nauki. Uczniowie w przeciągu niespełna dwóch lat musieli zmierzyć się ze zdalnymi formami nauki z wykorzystaniem technologii. Skutki takiego stanu rzeczy będą z pewnością tematem rozważań w niedalekiej przyszłości. Podobny los spotkał społeczność akademicką. Nie tylko zajęcia uczelniane, ale również spotkania konferencyjne, przeszły do świata wirtualnego. Aktualnie - wrzesień 2022 roku - poziom zakażeń został opanowany i wprowadzone szczepienia skutecznie obniżyły zachorowalność.

Frekwencja na obradach zdalnych i chęć publikacji rozdziału w opracowaniu pokonferencyjnym, świadczy o zaangażowaniu i rozwoju naukowym młodych badaczy w tym trudnym czasie.

Niniejsza publikacja stanowi pokłosie konferencji pt. ArchaeGraph Law Conference, która odbyła się w trybie zdalnym (online) 8 kwietnia 2022 roku kiedy w Polsce obowiązywał stan epidemiologiczny. Uczestnikami obrad byli studenci, doktoranci i pracownicy naukowcy reprezentujący wiele jednostek naukowych z Polski.

Opracowanie ma interdyscyplinarny charakter, a teksty napisane są w językach polskim i angielskim. W monografii poruszane są tematy z zakresu prawa karnego i cywilnego, prawa pracy i prawa spółek. Teksty dotyczą również kwestii mediacji, procesu legislacyjnego oraz sądownictwa. Zakres powyższych tematów nie ogranicza się do terenów Polski, ale również do wybranej części Europy. Widmo koronawirusa jest wciąż aktualne, dlatego jeden z rozdziałów porusza problematykę stosunku pracodawców wobec szczepień pracowników.

Dziękujemy autorom, recenzentom i wszystkim innym osobom zaangażowanym w powstanie publikacji. Mamy nadzieję, że jej wysoki poziom merytoryczny przełoży się w osobisty rozwój naukowy autorów i w ogólny stan wiedzy nad poruszonymi w książce tematami.

Z poważaniem
Redakcja

PRAWNE ASPEKTY PRACY ZDALNEJ, A BEZPIECZEŃSTWO I HIGIENA PRACY

UWAGI WPROWADZAJĄCE

Z przedstawionych badań Głównego Urzędu Statystycznego wynika, iż liczba aktywnych zawodowo osób w Polsce wyniosła 17 278 tys. z końcem 2021 roku. (Główny Urząd Statystyczny, *Pracujący...*, 2022, s.1). Niniejsze badanie, ponadto zawiera informację o osobach pracujących w domu. Bowiern pracę zdalną w czwartym kwartale ubiegłego roku zwykle lub czasami wykonywało 13% wszystkich pracujących, co dowodzi o powszechności tej formy zatrudnienia w Polsce (Główny Urząd Statystyczny, *Pracujący...*, 2022, s.3). Wynik wstępnej analizy badania ekonomicznej aktywności ludności prowadzi do konkluzji, iż z przedmiotową formą zatrudnienia jaką jest praca zdalna spotkało się lub spotyka szerokie grono ludzi aktywnych zawodowo. Jako że współczesne realia są silnie definiowane poprzez ciągłą zmianę warunków gospodarczo-społecznych, dotyczy to również aspektu życia człowieka, jakim jest praca.

Niewątpliwie praca stanowi immamentny element działalności ludzkiej, toteż ustawodawca poczynił prawnie relewantne kroki, aby tę sferę regulować. W kontekście obowiązujących przepisów wyodrębnia się *ex lege* katalog pięciu podstaw nawiązania stosunku pracy. Zgodnie z dyspozycją art. 2 obowiązującej ustawy Kodeks pracy są to umowa o pracę, mianowania, wyboru, powołania i spółdzielcza umowa o pracę (ustawa z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks pracy, Dz.U. 2020 poz.1340 z późn. zm.). Ustawodawca wymienia z nadmienionego katalogu *in principio* umowę o pracę, która to pozostaje

¹ ORCID: 0000-0001-8275-4639

istotna w kontekście omawiania zagadnień związanych z pracą zdalną. Ten rodzaj nawiązania stosunku pracy ma doniosłe znaczenie w zakresie omawianej tematyki. Należy wspomnieć, iż umowa o pracę jest zawierana jako zobowiązanie wykonywania określonego rodzaju pracy przez pracownika na rzecz i pod kierownictwem pracodawcy, nadto w miejscu i czasie przez niego wyznaczonym, a pracodawca jest zobligowany do wypłaty wynagrodzenia pracownikowi (*vide*: art. 22 § 1 k.p.). Z uwagi na potrzeby niniejszego opracowania poprzez formę zatrudnienia należy rozumieć również elastyczne formy zatrudnienia, jakimi są telepraca i praca zdalna. Z punktu widzenia właściwej systematyki oprócz telepracy i pracy zdalnej należy, ponadto wyodrębnić tak zwaną pracę hybrydową, która stanowi formę mieszaną pomiędzy pracą zdalną a stacjonarną. Brak definicji legalnej pracy hybrydowej, a także regulacji w tym zakresie prowadzi do konsekwencji, iż ta tematyka zostanie pominięta w niniejszym opracowaniu.

PRAWNE ASPEKTY OCHRONY PRACOWNIKA W MIEJSCU PRACY

Funkcja ochronna prawa pracy

Konsekwencją i efektem zawartej umowy o pracę jest powstanie stosunku pracy, gdzie pracownik stanowi jego słabszą stronę. Do najważniejszych i najbardziej charakterystycznych funkcji prawa pracy należy funkcja ochronna, która ma na celu uprzywilejowanie pracownika jako słabszego kontrahenta stosunku pracy. Zakres przedmiotowy tej funkcji jest szeroki i ma swe odzwierciedlenie zarówno w indywidualnym, jak i zbiorowym prawie pracy. Ochrona pracownika na płaszczyźnie indywidualnej ma wyraz w między innymi w swobodzie nawiązaniu stosunku pracy, jego zmiany i rozwiązaniu (*vide*: art. 22, 42, 30 k.p.). W zakresie omawianej funkcji znajdują się również zagadnienia związane z wynagrodzeniem za pracę, czasem pracy, wymiarem urlopu wypoczynkowego (B. Ćwiertniak, Z. Salwa, *Zakres przedmiotowy i podmiotowy...*, Warszawa 2017). Co więcej, powyższa funkcja ma swój wyraz również między innymi w przepisach dotyczących wspomnianych zasad bezpieczeństwa i higieny pracy pracowników, a nadto o ochronie pracy kobiet (*vide*: np. art. 176 k.p.) czy młodocianych (*vide*: art. 190-193 k.p.). Niewątpliwie zasady BHP odgrywają zasadniczą rolę w świadczonej przez pracownika pracy i znalazły swe odzwierciedlenie na gruncie regulacji prawnych (na potrzeby niniejszego opracowania-BHP stanowi skrót od słów bezpieczeństwo i higiena pracy). Należy wspomnieć, iż poruszana tematyka została zawarta

w obecnie obowiązującej ustawie zasadniczej, co świadczy o doniosłości i randze tej materii. Mowa tu o artykułach 65 ust. 1 i art. 66 ust. 1 i 2 mających miejsce w obecnej Konstytucji Rzeczypospolitej Polski (Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

Polskie regulacje prawne w zakresie ochrony pracownika

Ustawodawca poczynił prawne kroki w celu ochrony interesów i praw pracowników, co ma swój wyraz w aktach prawnych, począwszy od rangi konstytucyjnej przez ustawowej na rozporządzeniach kończąc. Obowiązująca ustawa zasadnicza w artykule 38 stanowi, iż Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia. Nadto polska ustawa zasadnicza, jak już zostało wspomniane w art. 66 § 1 i 2 stanowi prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, a także prawo do urlopu (Dz. U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.). W aktualnie obowiązującym Kodeksie pracy dyspozycja artykułu 18 § 1-3. wyraża ustanowioną przez ustawodawcę zasadę uprzywilejowania pracownika. Norma ta określa między innymi, iż postanowienia zawieranej umowy o pracę nie mogą być w swej istocie mniej korzystne od przepisów już istniejących. Zatem regulacja ta ma charakter semiimperatywny (K. Jaśkowski, E. Maniewska, K. Jaśkowski, *Komentarz aktualizowany...*, 2022). Nadto regulacje chroniące pracownika znalazły swe miejsce, również w aktach mających rangę rozporządzenia. Słowem przykładu potwierdzającym powyższe stwierdzenie może być Rozporządzenie ministra pracy i polityki społecznej z dnia 26 września 1997 roku (t.j. Dz. U. z 2003 r. nr 169, poz. 1650 z późn. zm.), które także w swej treści stanowi o regulacjach dotyczących ogólnych zasad bezpieczeństwa i higieny pracy.

Praca świadczona poprzez środki komunikacji elektronicznej

Prawo pracy, aby w stosowny sposób spełniało swe zadanie musi, odpowiadać realiom społeczno-ekonomicznym, w których ma swe miejsce (W. Muszalski, *Ogólna refleksja...*, 2015, s. 59). Relewantnym pozostaje fakt nieodłącznej więzi prawa pracy z warunkami społecznymi, jakie mają miejsce. Wprowadzenie regulacji dotyczącej pracy zdalnej było podyktowane zaistniałą sytuacją pandemiczną, jaka miała miejsce z początkiem marca 2020 roku. Natomiast abstrahując od tej formy zatrudnienia pracownika ustawodawca już wcześniej, bo blisko piętnaście lat temu, wprowadził do polskiego systemu

prawa tak zwaną telepracę. Niewątpliwie przyczynkiem do zmian, jakie zaistniały w prawie pracy i stosunkach, które to prawo pracy reguluje przyczyniła się pandemia SARS-CoV-2. Realia pandemiczne przyczyniły się do wielu zmian w otaczającym nas świecie. Pomimo faktu, że minęły już blisko dwa lata od pojawienia się pandemii widoczny jest jej wpływ, także i dziś na wiele aspektów życia człowieka.

Przez wzgląd na właściwą systematykę w tym miejscu trzeba wspomnieć, iż do form pracy świadczonych poprzez środki komunikacji elektronicznej należy telepraca, praca zdalna, a także poprzez jej charakter praca hybrydowa. W zakresie omawianej materii pozostaje wspomnieć, iż ustawodawca wprowadził definicję legalną świadczenia usług drogą elektroniczną, która ma relewantne znaczenie przy świadczeniu pracy w formie telepracy. Zatem świadczenie usług drogą elektroniczną będzie to wykonywanie usług bez jednoczesnej obecności stron tj. na odległość poprzez przekazywanie danych na indywidualne żądanie usługobiorcy. Wspomniane dane będą przesyłane i otrzymywane za pomocą urządzeń służących do elektronicznego przetwarzania, wyłącznie z kompresją cyfrową. Dotyczy to także przechowywania danych, które są w całości nadawane, odbierane lub transmitowane za pomocą sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (*vide*: art. 2 pkt. 4 ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 344)). Natomiast co do pracy zdalnej ustawodawca zastrzegł, iż jest ona wykonywana poza miejscem stałego wykonywania pracy, a także w szczególności praca zdalna może być wykonywana przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Jak wynika z powyższego w zakresie znaczenia środków komunikacji, forma pracy zdalnej charakteryzuje się mniejszą dokładnością w tej materii, niż przepisach o telepracy.

Pojęcie pracy zdalnej

Niewątpliwie pojęcie pracy zdalnej na gruncie niniejszego opracowania stanowi istotną tematykę. Pandemiczne realia znacząco wpłynęły na pracowników świadczących pracę jak i pracodawców. Zmieniająca się rzeczywistość stała się asumptem dla ustawodawcy do wprowadzenia ustawy, regulującej zaistniałe zmiany (ustawa z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, Dz.U.2021 poz. 2095, dalej: ustawa covidowa). Wówczas to *ipso iure*

została wprowadzona przez ustawodawcę definicja pracy zdalnej w art. 3 ust. 3 (*vide*: ustawa covidowa). Ustawodawca zawarł *ex lege*, iż poleca się pracę zdalną okresowo w oparciu o umowę o pracę i co relewantne poza stałym miejscem wykonywania pracy. Niewątpliwie z punktu widzenia niniejszej pracy, także prawnie istotnie pozostaje, iż praca zdalna jest nawiązywana i świadczona na podstawie umowy o pracę. Zostały nakreślone ramy czasowe obowiązywania tych regulacji co oznacza, że możemy mówić o pewnej temporalności pracy zdalnej. Praca zdalna może zostać polecona w czasie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii oraz w okresie 3 miesięcy po zakończeniu go. Owe polecenie może zostać cofnięte przez pracodawcę w każdym czasie (*vide*: art. 3 ust. 8, ustawa covidowa). Rzeczony artykuł daje przyzwolenie na polecanie tego rodzaju pracy wówczas, gdy pracownik posiada właściwe umiejętności i zostaną spełnione warunki techniczne, natomiast ta tematyka zostanie jeszcze poruszona w dalszej części niniejszego opracowania. Praca zdalna w momencie jej wprowadzenia przez ustawodawcę stanowiła pewne *novum*, jednak przyjmując perspektywę nam dzisiejszą stała się spowszechniałą formą zatrudnienia.

Różnice telepracy od pracy zdalnej

Należy nadmienić, iż w kierunku elastycznych form zatrudnienia ustawodawca poczynił pewne legislacyjne kroki w Kodeksie pracy już w 2007 roku (ustawa z dnia 24 sierpnia 2007 roku o zmianie ustawy, Kodeks pracy Dz. U 181 poz. 1288, rozdział II b, - art. 67⁵ – 67¹⁷). Mianowicie mowa tu o nadmienionej już formie zatrudnienia jaką jest telepraca. Zawarta *ex lege* definicja ustawowa telepracy stanowi, że ta forma zatrudnienia jest wykonywana regularnie poza zakładem pracy z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu przepisów Ustawy z dnia 18 lipca 2002 roku o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 344). Zauważalny jest brak rozróżnienia pomiędzy telepracą, a wspomnianą wcześniej pracą zdalną na płaszczyźnie języka potocznego, co stanowi niewątpliwie błąd, gdyż te pojęcia nie są tożsame. Zważywszy na różnice, pomiędzy telepracą od zwykłych form zatrudnienia telepracownik, również jest pracownikiem w rozumieniu Kodeksu pracy (*vide*: art. 2 i 22 § 1 k.p.). Istotnym jest fakt, że teleprace od pracy zdalnej wprowadzonej Ustawą covidową odróżnia okresowość tej drugiej. Wspomniana już temporalność ma dychotomiczny charakter, dotyczy zarówno obowiązywania tych regulacji podczas czasu stanu epidemii i trzy miesiące po odwołaniu go. Telepraca charakteryzuje

się regularnością w przeciwieństwie do pracy zdalnej, która ze swej istoty ma charakter incydentalny. Istotną różnicą pomiędzy pracą zdalną a telepracą jest podstawa powstania tych stosunków pracy. Mianowicie cechą charakterystyczną dla pracy zdalnej jest polecenie jej przez pracodawcę, natomiast dla telepracy stosowne porozumienie pomiędzy pracodawcą a pracownikiem.

Ochrona prawna i warunki pracy pracownika pracującego zdalnie

Z uwagi na konstrukcję prawną definicji pracy zdalnej jest ona świadczona w oparciu o umowę o pracę, co wynika *de iure* z przytoczanych już przeze mnie treści przepisów prawnych. Z powyższego faktu można i należy wywodzić prawne konsekwencje w sferze bezpieczeństwa i higieny pracy pracowników. Bowiem, jeżeli ustawodawca zastrzegł, iż praca zdalna dotyczy osób pracujących na podstawie o pracę to bez względu jest forma zatrudnienia czy to zdalna, albo praca świadczona w sposób tradycyjny w miejscu pracy. Zatem zbiorczo przepisy działu zawarte w obowiązującym Kodeksie pracy, dotyczące zasad BHP dotyczą w swej hipotezie, także osób pracujących zdalnie (*vide*: art. 207-209³ k.p.). Mając na uwadze powyższe regulacje zawarte w jednym z artykułów (*vide*: art. 207 § 1 i 2 k.p.) stanowią o tym, że to pracodawca jest odpowiedzialny za zachowanie i przestrzeganie zasad BHP w zakładzie pracy, jak również po jego stronie istnieje prawny obowiązek ochrony zdrowia i życia pracowników. Ponadto pracodawca został ogólnie zobowiązany przez ustawodawcę do zapewnienia pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (*vide*: art. 15 k.p.). Należy również wspomnieć o zawartym w art. 229 § 1-8 Kodeksu pracy prawnym obowiązku poddawania pracowników badaniom lekarskim. Należy nadmienić, iż w wspomnianym kontekście ustawa wprowadzająca możliwość pracy zdalnej, zawiesiła wykonanie niektórych obowiązków w zakresie wybranych badań pracowników wynikających np. z art. 229 § 2 (*vide*: art. 12a ust. 1 Ustawa covidowa).

Relevantnym jest zastrzeżenie ustawodawcy, że wspomniane polecenie pracy zdalnej może być wykorzystane, gdy umiejętności, możliwości techniczne, warunki lokalowe i rodzaj świadczonej pracy przez pracownika na to pozwalają. Należy o tym pamiętać, bowiem powyższa regulacja prowadzi do istotnych konsekwencji w zakresie poruszanej tematyki. Co do określonych *ex lege* umiejętności pracownika można domniemywać, iż zamiar ustawodawcy dotyczył realnych zdolności nie natomiast kwalifikacji formalnych takich jak np. dyplom ukończenia studiów. Nadto warunki pracy zdalnej związane ze świadczeniem pracy mogą wymagać od osoby świadczącej pracę w tej formie

większej praktycznej wiedzy z zakresu obsługi np. systemów teleinformatycznych czy komputera. Wówczas to pracodawca powinien zapewnić szkolenia czy też poinstruować pracownika (L. Mitrus, *Praca zdalna de lege...*, 2020, s. 6). Natomiast co do przeprowadzania szkoleń, to ta tematyka zostanie rozwinięta w dalszej części niniejszej pracy. Co więcej, ustawodawca zobowiązał pracodawcę do dostarczenia niezbędnych narzędzi i materiałów potrzebnych do wykonywania pracy zdalnej (*vide*: art. 3 ust. 4 ustawa covidowa). Jeśli chodzi o narzędzie do świadczenia wyżej wymienionego stosunku pracy z pewnością będzie to urządzenie, które pozwalałoby na bezpośrednie porozumiewanie się na odległość. Słowem przykładu może być to komputer stacjonarny czy przenośny (laptop), ewentualnie inny sprzęt spełniający wspomnianą przesłankę.

Ewidencja czasu pracy i kontroli pracy zdalnej

Zgodnie z artykułem 149 § 1 Kodeksu pracy ustawodawca zastrzegł, iż pracodawca prowadzi ewidencję czasu pracy pracownika do celów prawidłowego ustalenia jego wynagrodzenia i innych świadczeń związanych ze świadczeniem pracy. Natomiast co do pracy zdalnej pracownik w kontekście tej formy zatrudnienia zobligowany jest przez ustawodawcę do prowadzenia ewidencji wykonanych czynności przez siebie, jak również opisu, datę i czas wykonania ich. Tym samym to pracownik ma za zadanie dokonywanie powyższych czynności z częstotliwością wskazaną w poleceniu pracodawcy (*vide*: art. 3 ust. 7 ustawa covidowa). Tym samym widoczne jest przerzucenie obowiązku ewidencji czasu pracy z pracodawcy na pracownika, oczywiście zgodnie z wyżej nadmienionym poleceniem. Należy tym samym zaznaczyć, iż obowiązek ewidencyjny ma jedynie charakter fakultatywny. Niemniej jednak wskazane powyższe regulacje spełniają zadanie praktyczne. Bowiem prowadzenie ewidencji czasu pracy ma na celu nie tylko wymiar kontrolny pracownika względem pracodawcy, a także może prowadzić do lepszej organizacji pracy osoby świadczącej pracę zdalną.

Natomiast co pozostaje istotne w świetle poruszanej tematyki to przepisy tejże ustawy, w tym zakresie nie wprowadzają podstaw prawnych do prowadzenia kontroli pracownika zdalnego w jego miejscu zamieszkania, a ograniczają się jedynie do kontroli efektów świadczonej pracy (*vide*: art. 3 ust. 6 ustawa covidowa). Istotnym jest, aby tego rodzaju kwestie regulować np. w regulaminie pracy. Powyższa kwestia kontroli jest dyskusyjna i dyskusyjna, gdyż skoro praca zdalna jest świadczona w oparciu o umowę o pracę,

można poddawać dyskusji czy też ona może podlegać kontroli Państwowej Inspekcji Pracy. Niemniej jednak pracodawca jest zobligowany przez ustawodawcę na gruncie art. 226 pkt. 1 i 2 Kodeksu pracy do dokonywania oceny ryzyka zawodowego, jaki ma związek z wykonywaną przez pracownika pracą. Samą definicję ryzyka zawodowego wprowadza stosowne Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 roku (t.j. Dz. U. z 2003 r. nr 169, poz. 1650 z późn. zm.), a rozumie się przez to prawdopodobieństwo wystąpienia niepożądanych zdarzeń związanych z wykonywaną pracą, powodujących straty, w szczególności wystąpienia u pracowników niekorzystnych skutków zdrowotnych w wyniku zagrożeń zawodowych występujących w środowisku pracy lub jej sposobu wykonywania (*vide*: § 2 pkt. 7). To pracodawca zobligowany jest do prowadzenia dokumentacji oceny ryzyka oraz zastosowania niezbędnych środków profilaktycznych. Wyżej nadmienione rozporządzenie stanowi o tym, iż ocena ryzyka zawodowego powinna uwzględniać w szczególności opis ocenianego stanowiska pracy, wyniki przeprowadzonej oceny ryzyka zawodowego dla każdego z czynników środowiska pracy i niezbędne środki profilaktyczne zmniejszające to ryzyko. Ponadto dokumentacja dotycząca oceny ryzyka zawodowego powinna uwzględnić datę przeprowadzonej oceny oraz osoby jej dokonujące (*vide*: § 39a ust. 3 pkt. 1-3). Jak wynika z powyższego, ocena ryzyka stanowi istotny element kontroli i profilaktyki. Właściwy inspektor pracy zajmuje się kontrolą prawidłowości sporządzania kart dotyczących ryzyka zawodowego (P. Wojciechowski *Kodeks pracy...*, Warszawa 2017).

Prawo do bycia offline

W przedmiotowym zakresie poruszanej materii leżą, także zagadnienia związane z prawem pracownika do bycia odłączonym lub wyłączonym z ang. *offline*. Szeroka intensyfikacja i wydłużenie się czasu pracy, a ponadto mieszanie się życia prywatnego z zawodowym pracownika wykonującego pracę zdalną doprowadziło w rezultacie do podjęcia przez Parlament Europejski stosownej rezolucji (Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 21 stycznia 2021 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie prawa do bycia offline, Dz. U. UE. C. z 2021 r. nr 456, s. 161). Wspomniana rezolucja obiera na cel ochronę zdrowia i psychiki pracowników przed nadmiernym przeciążeniem i efektami pracy zdalnej lub innej pracy świadczonej poprzez środki telekomunikacyjne. Nadmieniony akt prawny bierze pod uwagę, iż „mając na uwadze, że coraz częstsze wykorzystywanie narzędzi cyfrowych do celów zawodowych

doprowadziło do powstania kultury <<stale osiągalnego>>, <<zawsze dostępnego>> lub <<będącego w ciągłej gotowości>> pracownika, co może mieć szkodliwy wpływ na prawa podstawowe pracowników i sprawiedliwe warunki pracy”. Należy wspomnieć, że zgodnie z wprowadzoną przez ustawodawcę definicją czasem pracy jest czas, w którym pracownik pozostaje do dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym wyznaczonym miejscu do wykonywania pracy (*vide*: art. 128 § 1 k.p.). Jednakże obecna sytuacja i możliwe środki telekomunikacyjne dają możliwość niemal ciągłego pozostawania w dyspozycji pracownika względem pracodawcy. Nadmieniony akt prawny ma charakter nienormatywny, jednak stanowi doniosły głos i kierunek zmian w kontekście poruszanej tematyki.

Wybrane prawnokarne aspekty odpowiedzialności za niedotrzymanie obowiązków wobec pracownika w zakresie BHP

Relevantnym w kontekście niniejszego opracowania jest, również wskazanie sankcji karnych za niedotrzymanie warunków bezpieczeństwa i higieny pracy. Ustawodawca określił karę grzywny za zaniechanie obowiązkom leżącym po stronie pracodawcy. Sankcja za nadmienione wykroczenie w tej materii to kara grzywny od 1000 do 30 000 złotych (*vide*: art. 283 § 1 k.p.). Warty uwagi jest, że za wymienionymi w przypadku BHP obowiązkami leżącymi po stronie pracodawcy, ustawodawca przewidział sankcje za niedotrzymanie obowiązków między innymi w obowiązującym Kodeksie karnym (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku, Kodeks karny, Dz.U.2021 poz. 2345). Ustawodawca w artykule 220 § 1-3 obecnego Kodeksu karnego zawarł regulację, która dotyczy narażenia życia, albo zdrowia poprzez niedotrzymanie obowiązku wynikającego z zasad BHP. Komentowany artykuł w paragrafie pierwszym stanowi „Kto będąc odpowiedzialny za bezpieczeństwo i higienę pracy, nie dopełnia wynikającego stąd obowiązku i przez to naraża pracownika na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu”. Przepis ten, jak wskazuje *in fine*, ma charakter indywidualno-konkretny i dotyczy osób fizycznych odpowiedzialnych za warunki BHP. Przesłupstwo to ma charakter materialny, a jego skutek stanowi narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub skutków dla zdrowia pracownika mających postać obrażeń ciała wskazanych w art. 156 Kodeksu karnego (M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny...*, LEX/el. 2022). Przedstawiony artykuł za wyżej wspomniane przestępstwo przewiduje karę pozbawienia wolności do lat 3.

Niewątpliwie w zakresie poruszanej materii pozostają zagadnienia związane z regulacjami dotyczącymi szkolenia z zasad BHP. Ustawodawca dopuścił możliwość przeprowadzania wstępnych szkoleń w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy pracowników w całości za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej (*vide*: art. 12e ust.1 ustawa covidowa). Od wspomnianej regulacji istnieje szereg wyjątków, co za tym idzie wyłączone zostały szkolenia z instruktażu stanowiskowego na przykład w sytuacji pracownika zatrudnionego na stanowisku roboczym, czy też na którym występuje narażenie na działanie czynników niebezpiecznych. Sankcją za niedotrzymanie wyżej wymienionego obowiązku obarczony jest pracodawca (*vide*: 283 § 1 k.p.).

Wybrane zagadnienia dotyczące ochrony danych osobowych w pracy zdalnej

Na gruncie omawianej tematyki należy wspomnieć o zagadnieniach związanych z ochroną danych osobowych w pracy zdalnej. Niewątpliwie z uwagi na charakter incydentalny pracy zdalnej wielu pracowników musiało lub musi korzystać ze sprzętu prywatnego. Wobec tego w praktyce ochrona danych osobowych w pracy zdalnej może być problematyczna. Należy nadmienić, iż to pracodawca został obowiązany do zapewnienia odpowiednich środków technicznych, a także organizacyjnych. Pracodawca na podstawie stosownego rozporządzenia jest administratorem danych osobowych i należy z tego faktu wywodzić prawne konsekwencje w sferze ochrony danych osobowych (Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r., Dz. U. UE. L. z 2016 r. nr 119, s. 1 z późn. zm., dalej: Ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

Jak już zostało nadmienione we wcześniejszej części niniejszej pracy, obowiązek zapewnienia odpowiedniej infrastruktury do świadczenia pracy zdalnej leży po stronie pracodawcy. Jednakże w zakresie korzystania z sieci internetowej, pracownicy świadczący pracę zdalną wykorzystują własną sieć domową, co rodzi pytanie o bezpieczeństwo tych łączy. Z pewnością niejednokrotnie pracodawcy przerzucają obowiązek dostarczenia odpowiednich bezpiecznych i zabezpieczonych sieci na pracownika. Powyższe zjawisko jest dość dyskusyjne, bowiem jak zostało już podkreślone to na pracodawcy ciąży obowiązek dostarczenia odpowiedniej infrastruktury, w tym bezpiecznych łączy internetowych. Na powyższe wskazuje *expressis verbis* art. 24 ust. 1-3 nadmienionego rozporządzenia dotyczącego ochrony danych osobowych (*vide*: art. 24 ust. 1-3 Ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

UWAGI KOŃCOWE

Konkludując przedmiotowe rozważania, ochrona życia i zdrowia w pracy stanowi relewantny obowiązek pracodawcy (*vide*: art. 94 pkt. 4 k.p.) i jest jedną z istotnych funkcji prawa, począwszy od aktów rangi konstytucyjnej przez ustawy, a na rozporządzeniach kończąc. Z uwagi na fakt, że *de iure* ustawodawca ustanowił, iż praca zdalna odbywa się w oparciu o umowę o pracę, z tego faktu należy wywodzić prawne konsekwencje. Pomimo, iż w swym założeniu praca zdalna ma charakter incydentalny, bowiem świadczy o tym wspomniana okresowość, należy pamiętać, iż bez znaczenia pozostaje forma zatrudnienia, jeśli chodzi o prawa pracownika i warunki BHP. Niewątpliwie sytuacja wywołana pandemią zmieniła i zmienia otaczający nas świat, w tym również zagadnienia związane z pracą. Owe zmiany mogą stanowić pole do nadużyć po stronie pracodawcy, należy jednak pamiętać o przysługujących prawach pracowniczych. Ponadto trzeba mieć na uwadze, iż ustawodawca przewidział za niedotrzymanie warunków BHP stosowne sankcje. Również istotna pozostaje ochrona danych osobowych, bowiem z uwagi na charakter pracy zdalnej może to stanowić przestrzeń do uchybień po stronie pracodawcy. Z pewnością *de lege ferenda* ustawodawca zakresli w kontekście materii warunków bezpieczeństwa i higieny pracy w przyszłości w sposób bardziej wyraźny. Można przypuszczać, iż dojdzie to pewnego rodzaju swoistej konceptualizacji tych zagadnień z uwagi na coraz bardziej widoczną obecność tej formy zatrudnienia w praktyce i zmieniające się realia. Widoczny jest dynamiczny rozwój elastycznych form zatrudnienia w tym, także pracy zdalnej. Przedstawiony temat warunków BHP w pracy zdalnej w niniejszej pracy pozwolił na określenie zarysu problemu, oczywiście nie w sposób holistyczny i przedstawia nowe wyzwania stawiane przed prawem pracy przez zmieniającą się dynamicznie rzeczywistość.

BIBLIOGRAFIA

- Ćwiertniak B. M., Salwa Z., Salwa Z.,
2017 *Zakres przedmiotowy i podmiotowy funkcji ochronnej, System Prawa Pracy. Tom I. Część ogólna*, red. K. W. Baran, Warszawa.
- Główny Urząd Statystyczny
2022 *„Pracujący, bezrobotni i bierni zawodowo” wyniki wstępne analizy BAEL w czwartym kwartale 2021 r.*

- Jaśkowski K., Maniewska E., Jaśkowski K.,
2022 *Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy*, LEX/el.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., (Dz. U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.) - art. 38, 65 ust. 1, 66 ust. 1 i 2,
- Mitrus L.,
2020 *Praca zdalna de lege lata i de lege ferenda - zmiana miejsca wykonywania pracy czy nowa koncepcja stosunku pracy?*, cz. 1, Praca i Zabezpieczenie społeczne, nr 10.
- Budyn-Kulik M.
2022 [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el.
- Muszalski W.,
2015 *Ogólna refleksja o rozwoju prawa pracy i jego uwarunkowaniu*, Studia iuridica Lublinensia vol. XXIV, 3, Lublin.
- Wojciechowski P.,
2017 *Kodeks pracy. Komentarz, wyd. VII*, red. L. Florek, Warszawa.
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 21 stycznia 2021 r. zawierające zalecenia dla Komisji w sprawie prawa do bycia offline, (Dz. U. UE. C. z 2021 r. nr 456), s. 161,
- Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (t.j. Dz. U. z 2003 r. nr 169, poz. 1650 z późn. zm.) - § 2 pkt. 7, § 39a ust. 3 pkt. 1-3,
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. U. UE. L. z 2016 r. nr 119, s. 1 z późn. zm.) - art. 24 ust. 1-3,
- Ustawa z dnia 18 lipca 2002 roku o świadczeniu usług drogą elektroniczną, (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 344) - art. 2 pkt. 4,

Ustawa z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (także: Ustawa covidowa) (Dz.U.2021 poz. 2095) - art. 3 ust. 3, 4, i 6-8, 12a ust. 1, 12e ust.1,

Ustawa z dnia 24 sierpnia 2007 roku o zmianie ustawy, Kodeks pracy (Dz. U 181 poz. 1288), rozdział II b, - art. 67⁵ – 67¹⁷,

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks pracy, (Dz.U. 2020 poz.1340), art. 2, 18 § 1-3 art. 22 § 1, 15, 42, 30, 94 pkt. 4, 128 § 1, 149, 176, 190-193, 207 § 1 i 2 i nast., Dział dziesiąty 207-209³, 226 pkt. 1 i 2, 229 § 1-8, 283 § 1,

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku, Kodeks karny, (Dz.U.2021 poz. 2345) – art. 220.

NOWE RAMY PRAWA WŁASNOŚCI NIERUCHOMOŚCI

Kontrowersje wokół prawa własności polaryzują społeczeństwa już od czasów starożytnych. Spór pomiędzy zwolennikami ustroju opartego na własności publicznej oraz zagorzałymi zwolennikami własności prywatnej jest żywy, niezależnie od upływu czasu. Równie aktualne są dyskusje na temat istoty i struktury własności, w tym obowiązków i uprawnień właściciela. Jako kategoria ekonomiczna i instytucja prawna, własność nieustannie towarzyszy rozwojowi społecznemu. Z uwagi na to, zmienia swoją treść w toku ewolucji, jaką przechodzi organizacja społeczeństwa. Własność nie jest gwarancją wolności ani kategorią absolutną. Jeśli ma być konstytucyjnie chroniona, trzeba określić jej przedmiotowe i podmiotowe elementy oraz odpowiadające im gwarancje. Nie jest to możliwe w oderwaniu od państwa, gospodarki i polityki. Ochrona własności stanowi podstawowy fundament gospodarki rynkowej i funkcjonowania demokratycznego państwa prawnego. Fundament ten traci jednak swoją stabilność, gdy ochrona własności zamienia się w nadmierną ingerencję państwa w tradycyjne uprawnienia właściciela.

Zarówno pojęcie własności, jak i jej wartość konstytucyjna wartość, w polskim ustawodawstwie (ale również orzecznictwie i doktrynie) ulegały ewolucji. Wynikało to z ideologii, na których opierały się kolejne konstytucje i bezpośrednio wpływało na zakres, treść oraz gwarancje ochrony własności. Aktualnie obowiązująca Konstytucja z 1997 roku reguluje własność w 4 rozdziałach: „Rzeczpospolita”, „Wolności, Prawa i Obowiązki Człowieka i Obywatela”, „Samorząd Terytorialny” oraz „Finanse Publiczne”¹. Na potrzeby niniejszego opracowania, omówione szerzej zostaną jedynie regulacje zawarte w artykułach 20, 21 i 64.

¹ Ustawa z 02.04.1997 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)

Artykuł 20 Konstytucji określa własność jako jeden z filarów pożądanego przez ustawodawcę modelu gospodarki, przy czym model ten powinien się opierać na majątku prywatnym a nie publicznym. Wynika z tego pozytywny obowiązek wspierania przez państwo własności prywatnej. Nakaz ten powinien być realizowany poprzez odpowiednią politykę państwową, sprzyjającą tworzeniu instrumentów na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej opartej o własność prywatną. Tym samym regulacja ta stwarza granice dla zbytnej aktywności i ingerencji państwa w dynamiczny rozwój gospodarki rynkowej.

W ścisłym powiązaniu z art. 20 pozostaje następny artykuł, który formułuje gwarancje ochrony własności i prawa dziedziczenia. Artykuł ten nakłada na państwo obowiązek zagwarantowania ochrony własności. Obowiązek ten rozumiany jest jako gwarancja istnienia i poszanowania własności. W aspekcie negatywnym oznacza zakaz nieuzasadnionej ingerencji państwa w własność innych osób, w aspekcie pozytywnym – nakaz ukształtowania instytucji prawnych służących zapewnieniu środków ochrony.

Podczas gdy prawa ujęte tych artykułach mają charakter publiczno-prawny i zostały sformułowane od strony obowiązków państwa, prawa ujęte w art. 64 wyrażają konkretne prawa podmiotowe. Wynika to również z faktu umieszczenia tej normy w rozdziale o wolnościach jednostki. Przepis formułuje gwarancje prawa własności i innych praw majątkowych oraz zasadę ochrony tych praw, która jest „równa dla wszystkich”. Dodatkowo z uwagi na potraktowanie prawa do własności jako prawa ekonomicznego, przepis ten wymienia przesłanki dopuszczalności jego ograniczenia. Zawarte w nim warunki dopuszczalności ograniczenia własności stanowią kryterium kontroli dla działań ustawodawcy w tym zakresie. Ograniczenie prawa własności nie może mieć miejsca bez wyraźnej podstawy ustawowej, a przepisy te nie mogą niweczyć podstawowych uprawnień, które składają się na treść prawa własności. Zgodnie z klasycznym ujęciem właścicielowi przysługuje triada uprawnień – prawo do posiadania (*ius possidendi*), prawo do dysponowania (*ius disponendi*), oraz prawo do korzystania (*ius utendi*). Dopuszczalność ograniczenia prawa własności musi być oceniana także z punktu widzenia przesłanek wymienionych w art. 31 ust. 2 Konstytucji: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Przepis ten wprowadza tzw. zasadę

proporcjonalności ograniczania praw, realizującą się w sytuacji, gdy prawa jednego człowieka kolidują z prawami innych osób lub z ważnym interesem publicznym. Prawa te podlegają nieustannemu waznieniu, w celu ustalenia dopuszczalności ograniczenia, które może nastąpić tylko w celu spełnienia jednej z wymienionych przesłanek. Dodatkowo pokreślenia wymaga fakt, że ograniczenie musi być niezbędne – osiągnięcie celu nie jest możliwe w żaden inny sposób, a wybrany środek ograniczenia prawa musi być jak najmniej uciążliwy dla jednostki. Oznacza to, że państwo, wyznaczając granice obrony prawa własności, staje się gwarantem i dysponentem tych praw oraz określa zakres praw przysługujących jednostce. Każde ograniczenie prawa własności podlega łącznej ocenie na podstawie obu artykułów 31 ust. 3 i 64 ust. 3. Katalogu przesłanek w art. 31 ust. 3, zgodnie z wykładnią, ma charakter zamknięty. Pomimo tego, zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie dochodzi do szerokiej interpretacji treści poszczególnych przesłanek. Zwłaszcza przesłanka „porządku publicznego”, wywodząc się z powszechnej świadomości ludzkiej, stanowi czynnik pokoju społecznego i, z uwagi na moralny porządek, wymusza konformizm w życiu publicznym.

Względy obiektywne podyktowane stopniem rozwoju cywilizacji uniemożliwiają pełne korzystanie z prawa własności. Chociaż prawo własności jest najpełniejszym z praw majątkowych, niejednokrotnie jest bardziej ograniczone niż kategoria prawna ograniczonych praw rzeczowych. Wpływ ustawodawcy na zakres prawa własności przybiera różną postać, a ograniczenia rozproszone są w wielu aktach prawnych. Liczne z nich dotyczą własności nieruchomości.

Definicja legalna nieruchomości sformułowana w Kodeksie Cywilnym², została częściowo powtórzona w ustawie o gospodarce nieruchomościami (u.g.n.)³. Bez względu na to, czy pod pojęciem nieruchomości rozumiemy grunt niezabudowany, zabudowany, budynek czy lokal, w wielu aktach prawnych znajdziemy różnorodne formy ograniczenia wszystkich uprawnień właściciela.

Klasycznym przykładem ograniczenia *ius possidendi* jest instytucja wywłaszczenia, szczegółowo uregulowana we wspomnianej już ustawie o gospodarce nieruchomościami. Zgodnie z ustawą „Wywłaszczenie nieruchomości może być dokonane, jeżeli cele publiczne nie mogą być zrealizowane w inny sposób niż przez pozbawienie albo ograniczenie praw do nieruchomości,

² Ustawa z 23.04.1964 r. Kodeks Cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.)

³ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1899 z późn. zm.)

a prawa te nie mogą być nabyte w drodze umowy”. Za cel publiczny jest uznany ten, który znajduje się w katalogu działalności, sporządzonym przez ustawodawcę w art. 6 u.g.n. Wbrew stanowisku orzecznictwa, które uznaje ww. katalog za zbiór zamknięty, nie tylko ostatnia wymieniona przesłanka („inne cele publiczne określone w odrębnych ustawach”) wskazuje na otwarty charakter katalogu. Świadczy o tym także niedoprecyzowany i uwarunkowany politycznie zakres przedmiotowy regulacji, co znalazło potwierdzenie w wielokrotnej nowelizacji przepisu.⁴ Każda kolejna nowelizacja rozszerzyła katalog celu publicznego, wpływając na zawężenie granic prawa własności. Tym samym ustawodawca, rozszerzając zakres pojęcia „cel publiczny”, zawęża ramy prawa własności.

Ius disponendi doznaje ograniczeń w zakresie zbywania nieruchomości – poprzez instytucję prawa pierwokupu. Zastrzeżenie prawa pierwokupu powoduje, po stronie uprawnionego podmiotu, prawo do pierwszeństwa kupna rzeczy (w tym nieruchomości). Prawo pierwokupu nie jest roszczeniem o nabycie rzeczy, a jedynie prawem, które realizuje się wyłącznie wtedy, gdy zobowiązany zamierza sprzedać rzecz. Obowiązek respektowania tego uprawnienia spoczywa na sprzedawcy rzeczy. Prawo pierwokupu jest uprawnieniem prawno-kształtującym o charakterze względnym (w razie zawarcia przez zobowiązanego bezwarunkowej umowy sprzedaży pozostaje ona ważna), chyba, że prawo pierwokupu przysługuje z mocy ustawy (wtedy sprzedaż dokonana bezwarunkowo jest nieważna). Z mocy ustawy prawo pierwokupu przysługuje: Skarbowi Państwa, jednostce samorządu terytorialnego, współwłaścicielowi albo dzierżawcy lub podmiotom uprawnionym do tego w przepisach odrębnych. Te odrębne przepisy tworzą bardzo szeroki zbiór podmiotów uprawnionych na podstawie takich ustaw jak: ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych, ustawa o gospodarce nieruchomościami, ustawa o rewitalizacji, ustawa o lasach, ustawa prawo wodne, ustawa o ochronie przyrody, ustawa o specjalnych strefach ekonomicznych, ustawa o krajowym zasobie nieruchomości, ustawa o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa czy ustawa prawo geologiczne i górnicze.

W tym miejscu na uwagę zasługują szczególne przepisy dotyczące ceny nieruchomości, w przypadku skorzystania przez uprawnionego z prawa pierwokupu. O ile, zgodnie z art. 111 u.g.n., prawo pierwokupu wykonuje się po cenie ustalonej między stronami w umowie sprzedaży, o tyle wiele aktów prawnych wprowadza dodatkowe ograniczenie *ius disponendi*, w

⁴ Od 1997 roku, art. 6 u.g.n. był nowelizowany 18 razy

postaci możliwości ustalenia ceny nieruchomości przez uprawnionego lub sąd. Zgodnie z art. 3 ust. 8 ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego wykonujący prawo pierwokupu (dzierżawca, Agencja Nieruchomości Rolnych, Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa) może - w razie rażącej różnicy między ceną sprzedawanej nieruchomości a jej wartością rynkową - wystąpić do sądu o ustalenie ceny nieruchomości w terminie 14 dni od dnia złożenia oświadczenia o wykonaniu prawa pierwokupu. Ustalenie ceny następuje więc następnie, po wykonaniu prawa, na podstawie wartości nieruchomości określonej przez biegłego rzeczoznawcę. Mechanizm ten wielokrotnie potwierdził sąd. Stosownie do wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku: „Istnieje różnica pomiędzy wartością, a ceną nieruchomości. Ustawodawca w przepisach u.g.n. posługuje się pojęciem wartość nieruchomości, co oznacza wartość rynkową nieruchomości. To wartość nieruchomości jest podstawą ustalenia ceny, a nie odwrotnie. Cena nieruchomości stanowi zatem niejako konsekwencję wartości nieruchomości, jest jej pochodną. Rzeczoznawca majątkowy ustala wartość nieruchomości, a nie jej cenę na podstawie czynników rynkowych.”⁵ Stosowane w tym przypadku rozwiązanie nie tylko stanowi ograniczenie prawa własności właściciela nieruchomości, ale również wyjątek od kodeksowej zasady swobody umów, co również znajduje potwierdzenie w orzecznictwie.

Najwięcej ograniczeń spośród uprawnień właściciela doznaje jednak prawo do korzystania z nieruchomości. Ustawowe ograniczenie prawa do korzystania z rzeczy przybiera różnorodną postać. Wielokrotnie ustawodawca zakazuje właścicielowi określonego zachowania wprost, przy użyciu bezpośredniej normy prawnej. Przykładem mogą być regulacje ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, które ograniczają sposoby korzystania z nieruchomości, wpisanych do rejestru zabytków, w szczególności poprzez wprowadzenie nadzoru konserwatorskiego.⁶ Na właściciela zabytkowej nieruchomości został nałożony obowiązek uzyskiwania pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków na przeprowadzenie jakichkolwiek robót budowlanych w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy prawo budowlane.⁷ Prawo budowlane w tym zakresie konsekwentnie zmniejsza ograniczenia i obowiązki pozostałych właścicieli, aby ułatwić im podjęcie i przeprowadzenie inwestycji budowlanej, w tym również legalizację ewentualnej samowoli budowlanej. Jednak prowadzenie odpowiednich prac na terenie nieruchomości wpisanej do rejestru

⁵ Wyrok SA w Gdańsku z 26.02.2016 r., V ACa 667/15, LEX nr 2108566

⁶ Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 710 z późn. zm.)

⁷ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.)

zabytków wiąże się nadal z licznymi ograniczeniami i zakazami. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził:

„Szczególnie rygorystycznie ustawodawca potraktował prowadzenie robót budowlanych w obiektach budowlanych wpisanych do rejestru zabytków, wyłączając z kategorii remontu istniejących obiektów budowlanych i urządzeń budowlanych, na które nie jest wymagane pozwolenie na budowę (art. 29 ust. 2 pkt 1), obiekty wpisane do rejestru zabytków. W stosunku do nich obowiązuje ogólna zasada, że wszelkie roboty budowlane mogą być w nich wykonywane dopiero po uzyskaniu przez inwestora ostatecznej decyzji udzielającej pozwolenia na budowę.”⁸

W związku z faktem, że ochrona konserwatorska dotyczy nieruchomości (terenu), wojewódzki konserwator zabytków, na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy, wydaje również pozwolenie na usunięcie drzew z terenu, ponieważ pozwolenia wymaga podejmowanie każdego z działań, które mogłyby prowadzić do naruszenia substancji lub zmiany wyglądu zabytku wpisanego do rejestru. Podkreślenia wymaga fakt, że samo drzewo nie musi charakteryzować się żadnymi szczególnymi cechami, poza zlokalizowaniem na terenie danej nieruchomości.

Rozbiórka budynku możliwa jest jedynie po wcześniejszym wykreśleniu nieruchomości z rejestru zabytków przez Generalnego Konserwatora Zabytków. Ustawa bardzo daleko ingeruje w konstytucyjnie chronione prawo własności, nakładając na właściciela liczne obowiązki związane z opieką nad zabytkiem. W praktyce skutkuje to ograniczeniem możliwości inwestowania w nieruchomość zabytkową, a jednocześnie wymaga od właściciela zabezpieczenia zabytkowej substancji przed zniszczeniem. Wprowadzone ograniczenia mają na celu zachowanie zabytku dla ogółu społeczeństwa, co przysparza jednak właścicielowi wydatków oraz ogranicza jego uprawnienia do korzystania z rzeczy. Sądy wielokrotnie orzekały w sprawach o uchybienie w zakresie opieki nad zabytkowymi nieruchomościami, zaniechanie remontu i niespełnienie obowiązku utrzymania nieruchomości w należyтым stanie, dokonując ważenia chronionych dóbr. Podkreślenia wymaga fakt, że omawiana ustawa, wpływając znacząco na wykonywanie prawa własności, nie przewiduje żadnego mechanizmu umożliwiającego właścicielowi domaganie się wyrównania kosztów poniesionych wskutek wpisu nieruchomości do rejestru zabytków.

⁸ Wyrok NSA z 12.05.2011 r., II OSK 819/10, LEX nr 988204

Tak ukształtowane regulacje są przejawem obciążeniem właściciela nieruchomości kosztami realizacji interesu społecznego.

Prawo do korzystania doznaje również ograniczenia na podstawie ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Na szczególną uwagę zasługują tu przepisy nakazujące utrzymanie nieruchomości w należytych stanie technicznym i estetycznym. Pojęcie „utrzymanie” należy rozumieć jako zachowanie budynku w dobrej sprawności, poprzez usuwanie nieprawidłowości, które powstały w trakcie użytkowania. Należyty stan techniczny to stan pełnej sprawności obiektu, wolny od uszkodzeń, szczególnie takich, które mogą spowodować niebezpieczeństwo przy użytkowaniu nieruchomości. Z uwagi na to można powiedzieć, że obowiązek właściciela w tym zakresie ma charakter restytucyjny – przywrócenie istniejącej substancji do stanu obiektu zgodnego z art. 5 ust. 2 ustawy: „Obiekt budowlany należy użytkować w sposób zgodny z jego przeznaczeniem i wymaganiami ochrony środowiska oraz utrzymywać w należytych stanie technicznym i estetycznym, nie dopuszczając do nadmiernego pogorszenia jego właściwości użytkowych i sprawności technicznej.” Pojęcie „należytego stanu technicznego” nie sprowadza stanu budynku do prostego porównania z obowiązującymi w danym momencie przepisami budowlanymi. Ocena ta powinna nawiązywać do uwarunkowań, które towarzyszyły powstaniu budynku i jego stanu w chwili oddania do użytku. W orzecznictwie podkreśla się, że oceniając zgodność stanu technicznego obiektu budowlanego z przepisami techniczno-budowlanymi, należy badać, jaki stan techniczny został zaakceptowany w decyzji o pozwoleniu na budowę. Pojęcie „należytego stanu technicznego i estetycznego” było wielokrotnie przedmiotem analizy orzecznictwa. Należyty stan estetyczny to taki, w którym obiekt budowlany nie powoduje swoim wyglądem oszpeccenia otoczenia. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie: „Przepis art. 66 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane zgodnie z którym – w przypadku stwierdzenia, że obiekt budowlany powoduje swym wyglądem oszpeccenie otoczenia – właściwy organ nakazuje, w drodze decyzji, usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości, określając termin wykonania tego obowiązku, zamieszczony jest w rozdziale 6 ustawy – utrzymanie budynków.”⁹ Jak w odniesieniu do tych przepisów wygląda sytuacja największego kamienicznika w Polsce, miasta Łodzi? Miasto w swoich zasobach ma ok. 6000 kamienic, z czego ponad 1000 wymaga natychmiastowej interwencji, z uwagi na stan zużycia przekraczający 70 proc. Niewątpliwie mamy tu do czynienia

⁹ Wyrok WSA w Krakowie z 20.01.2012 r., II SA/Kr 1661/11, LEX nr 1109797

z nienależytym stanem technicznym i estetycznym wpływającym na brak możliwości bezpiecznego użytkowania nieruchomości. Świadczy to o zróżnicowaniu sytuacji prawnej o charakterze podmiotowym i mniejszych ograniczeniach w zakresie prawa do zużycia rzeczy pomiędzy właścicielami nieruchomości.

Szereg regulacji, które bezpośrednio wpływają na ograniczenie prawa do korzystania, w tym prawa do pobierania pożytków wynika wprost z ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie kodeksu cywilnego. Ustawa dotyczy osób, które używają lokalu mieszkalnego na podstawie innego tytułu prawnego niż prawo własności, ale przede wszystkim określa prawa i obowiązki właścicieli tych lokali, ponieważ one stanowią podstawę do określenia ram ochrony przysługującej lokatorom. Obowiązek ochrony praw lokatorów wynika z art. 75 Konstytucji RP. Zgodnie z jego treścią: „Władze publiczne prowadzą politykę sprzyjającą zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli, w szczególności przeciwdziałają bezdomności, wspierają rozwój budownictwa socjalnego oraz popierają działania obywateli zmierzające do uzyskania własnego mieszkania”. Przepis nie uznaje prawa do mieszkania za prawo podmiotowe, z którego wynikałyby roszczenia po stronie jednostki. Nakłada jedynie na władze publiczne obowiązek realizacji zasadniczych celów konstytucyjnych, nie precyzując formy ani metod działania. Sama polityka, sprzyjająca zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych, nie może być łączona z obowiązkiem dostarczenia mieszkania każdemu obywatelowi. Ustawę stosuje się do wszystkich stosunków prawnych, które uprawniają lokatora do używania lokalu. Tym samym obowiązki, wynikające ze szczególnej ochrony praw lokatorów przewidzianej w ustawie, obciążają każdy podmiot, z którym taki stosunek wiąże lokatora. W aktualnej formie przepisy ustawy dotyczą każdego właściciela rzeczy, zgodnie z definicją w art. 2: „Ileokroć w ustawie jest mowa o właścicielu – należy przez to rozumieć wynajmującego lub inną osobę, z którą wiąże lokatora stosunek prawny uprawniający go do używania lokalu”. Oznacza to, że wszelkie kwestie wysokości czynszu najmu, możliwości wypowiedzenia umów, obowiązków utrzymania lokalu, w równym stopniu dotyczą własności Skarbu Państwa, gminy, osób prawnych i fizycznych. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie: „Pojęcie właściciel w rozumieniu cytowanej ustawy jest pojęciem autonomicznym, oderwanym od zakresu znaczeniowego tego terminu obowiązującego na gruncie art. 140 k.c. Na potrzeby tej ustawy za właściciela uznaje się bowiem osobę dysponującą tytułem prawnym do lokalu, który upoważnia ją do oddania tego lokalu innej osobie – lokatorowi – do korzystania. W tym znaczeniu właścicielem nie jest tylko podmiot prawa własności, lecz każdy, kto włada lokalem

na podstawie jakiegokolwiek ważnego stosunku prawnego, w szczególności: wynajmujący, użyczający, nabywca nieruchomości na podstawie umowy dożywocia, spółdzielnia mieszkaniowa.”¹⁰

Ustawa zawiera szereg regulacji, które bezpośrednio wpływają na ograniczenie omawianych uprawnień właściciela. O ile władze publiczne, przestrzegając przepisów o ochronie praw lokatorów, realizują politykę sprzyjającą zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli, o tyle dla pozostałych podmiotów przepisy te stanowią kolizję z ich prawem do własności. Poprzez regulacje tej ustawy prawo do pobierania pożytków doznaje ograniczenia w wielu aspektach. Kwestie podwyższenia czynszu najmu (albo innych opłat) były w doktrynie i orzecznictwie podejmowane wielokrotnie, dlatego nie będą przedmiotem szerszej analizy. Na uwagę zasługuje jednak pojęcie „godziwego zysku”, którym posługuje się ustawodawca. Godziwy zysk jest rozumiany jako słuszne, właściwe przysporzenie, jednak w orzeczeniach sądu doznaje ograniczenia wysokości. Potwierdził to Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie: „Zysk w kontekście niniejszej sprawy należy rozumieć, jako różnicę pomiędzy kwotą uzyskiwaną w ramach najmu, pomniejszoną o wszelkie wydatki, jakie zmuszony jest ponieść wynajmujący. Tym samym, dla wykazania zasadności podwyżki czynszu pozwana spółka winna przedstawić zestawienie miesięcznych kosztów ponoszonych na utrzymanie lokali wynajmowanych poszczególnym podmiotom i wpływów z tytułu najmu. Dopiero takie ujęcie przedmiotu pozwoliłoby na ewentualne uznanie, iż zysk osiągną po podwyższeniu wysokości czynszu posiada przymiot godziwego. Niedopuszczalnym jest zatem zaaprobowanie poglądu, zgodnie z którym ponad pięciokrotna wielokrotność czynszu, zasługuje na miano godziwego zysku.”¹¹ Stosowanie do cytowanego wyroku można stwierdzić, że w godziwość w tym przypadku ma odmienne ramy od godziwości w Kodeksie Pracy.¹² Wynagrodzenie godziwe to ekwiwalent wysiłku, kwalifikacji i czasu poświęconego na wykonanie pracy. To taka płaca, która zgodnie z Kodeksem Pracy odpowiada rodzajowi wykonywanej pracy, kwalifikacjom wymaganym przy jej wykonywaniu, uwzględniając ilość i jakość świadczonej pracy. Wynagrodzenie godziwe jest szerszym pojęciem od wynagrodzenia minimalnego. Jest ono interpretowane jako płaca zapewniająca pracownikom godziwy standard, zależny od rozwoju gospodarczego i poziomu ogólnego dobrobytu w danym kraju. Wynagrodzenie godziwe zapewnia pracownikowi

¹⁰ Wyrok SA w Warszawie z 10.05.2016 r., VI ACa 67/15, LEX nr 2172534

¹¹ Wyrok SR w Warszawie z 18.06.2012 r., II C 549/12, LEX nr 2133443.

¹² Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1320 z późn. zm.)

przywoity poziom życia w warunkach konkretnego kraju, z uwzględnieniem średniego poziomu płac, kosztów utrzymania, świadczeń z tytułu ubezpieczeń społecznych. Pojęcie godziwości na gruncie Kodeksu Pracy doznaje więc ograniczenia poziomu minimalnego – godziwe to „nie niższe niż”. Z kolei na gruncie omawianej ustawy o ochronie praw lokatorów, godziwość doznaje ograniczenia poziomu maksymalnego. Godziwy zysk jest tu rozumiany jako „nie wyższy niż”. Dzieje się tak z uwagi na nieustanne ważenie interesów wynajmującego i lokatora. Niegodziwy (zbyt wysoki) zysk właściciela w ustawodawstwie i orzecznictwie stanowi naruszenie interesu lokatora i podstawę do wprowadzenia przepisów o czynszu regulowanym. W konsekwencji, analizowana regulacja to nie tylko ograniczenie prawa do pobierania pożytków, ale również ingerencja w zasadę swobody umów.

Szereg problemów pojawia się również na tle nierówności pomiędzy obowiązkami stron – lokatora i wynajmującego. Zgodnie z art. 6a ustawy: „Wynajmujący jest obowiązany do zapewnienia sprawnego działania istniejących instalacji i urządzeń związanych z budynkiem umożliwiających najemcy korzystanie z wody, paliw gazowych i ciekłych, ciepła, energii elektrycznej, dźwigów osobowych oraz innych instalacji i urządzeń stanowiących wyposażenie lokalu i budynku określone odrębnymi przepisami”. W ocenie sądów przepis ten należy rozumieć nie tylko jako obowiązek zapewnienia sprawności instalacji, ale również obowiązek zapewnienia dostępu do mediów, bez względu na to, czy lokator spełnia ciężący na nim podstawowy obowiązek, jakim jest uiszczanie czynszu najmu. Sąd wielokrotnie stwierdził, że umowy o dostarczenie mediów, zawarte przez wynajmującego, są osobnym stosunkiem prawnym, niezależnym od stosunku najmu, pobocznym wobec niego. Oznacza to, że wynajmujący jest zobowiązany do utrzymania należytego stanu technicznego (art. 61 ust. 1 ustawy prawo budowlane), zapewnienia sprawnego działania instalacji i urządzeń, dokonywania napraw, a także do umożliwienia lokatorowi dostępu do mediów, nawet pomimo nieuzyskiwania pożytków z nieruchomości.

Ochrona lokatora w tym zakresie została dodatkowo wzmocniona nowelizacją ustawy Kodeks Karny, którą ustawodawca, w art. 191 par. 1a, rozszerzył o regulacje dotyczące utrudniania korzystania z lokalu: „Tej samej karze podlega¹³, kto w celu określonym w § 1 stosuje przemoc innego rodzaju uporczywie lub w sposób istotnie utrudniający innej osobie korzystanie z zajmowanego

¹³ Kara pozbawienia wolności do lat 3

lokalu mieszkalnego.”¹⁴ Należy przy tej okazji zwrócić uwagę na określenie „zajmowany”, które dotyczy lokatora uprawnionego do zajmowania lokalu z tytułu umowy najmu, lokatora zajmującego lokal bezumownie, ale również tzw. „dzikiego lokatora”.

Bez względu na fakt, czy użycie określenia „zajmowany” wynikało z zamierzonego celu ustawodawcy, czy z naruszenia zasad poprawnej legislacji, skutkuje to rozszerzeniem ochrony również na relacje pozaprawne, znacząco zawężając uprawnienia właściciela w zakresie prawa do korzystania z rzeczy.

Dalsze ograniczenia realizują się sytuacjach, w których lokator używa lokalu w sposób sprzeczny z umową, niezgodnie z przeznaczeniem lub jest w zwłoce z zapłatą czynszu najmu. Ustawa bardzo precyzyjnie reguluje tryb i przesłanki dopuszczalności wypowiedzenia umowy najmu, co wynika z tradycyjnego elementu ochrony lokatora, jakim jest zakaz wypowiedzania umowy najmu bez uzasadnienia. Źródła tych regulacji należy upatrywać w istotnej wartości, jaką ustawodawca przyznał trwałości umowy najmu, ale przede wszystkim w konieczności ochrony godności człowieka, która zawsze będzie objęta silniejszą ochroną. Okresy wypowiedzenia umowy najmu wprowadzone przez ustawodawcę w art. 11 wynoszą od 1 miesiąca do 3 lat, w zależności od stopnia naruszeń obowiązków przez lokatora. W każdym przypadku właściciel zobowiązany jest ponadto do uprzedniego wyznaczenia lokatorowi odpowiedniego terminu na zaniechanie naruszeń. Dodatkowym rodzajem ingerencji w *ius fruendi* jest dopuszczenie przez ustawodawcę do zajmowania lokalu bez tytułu prawnego (co może mieć charakter wtórny lub pierwotny). Oznacza to, że lokal może być zajmowany przez osobę, która już nie ma do niego tytułu prawnego, ale również, przez tzw. „dzikiego lokatora” zajął lokal bezprawnie, w złej woli.

Przesłanki dopuszczalności wypowiedzenia umowy najmu wpływają bezpośrednio na zasady eksmisji i zapewnienia lokali socjalnych. Ustawa nakłada na sąd obowiązek badania z urzędu przesłanek orzeczenia o uprawnieniu do lokalu socjalnego, a ponadto zawiera katalog podmiotów, wobec których sąd nie może orzec o braku tego uprawnienia. Wskutek nowelizacji ustawy z dnia 21 kwietnia 2019 roku przesłanki, uprawniające do zawarcia umowy najmu socjalnego lokalu, zostały rozszerzone o klauzulę zasad współżycia społecznego, co ma dodatkowo ograniczyć liczbę tzw. „eksmisji na bruk”, jako niehumanitarnych i naruszających godność człowieka¹⁵. Ustawodawca zakładając,

¹⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2345 z późn. zm.)

¹⁵ Wyrok SO w Gdańsku z 14.11.2012 r., III Ca 264/12, LEX nr 1714948

że część lokatorów nie będzie w stanie zabezpieczyć swoich potrzeb mieszkaniowych, zobowiązuje gminę do zaspokojenia tych potrzeb. Jednak, pomimo adresowania tego nakazu do gminy, niejednokrotnie kosztami związanymi z realizacją tego nakazu obciążony jest właściciel. Dzieje się tak dlatego, że zapisy o wykonaniu eksmisji doznają dodatkowych ograniczeń tj. zakazu wykonania wyroków eksmisyjnych w okresie zimowym od 01 listopada od 31 marca, oraz nakazu zapewnienia osobie eksmitowanej pomieszczenia tymczasowego. Ochrona ta podyktowana jest względami etycznymi, które wpływają na kształtowanie postaw społecznych, co w praktyce decyduje o tym, które prawa i wolności będą uznane za nadrzędne i realizowane. Tym samym ograniczenie prawa do korzystania z nieruchomości przerodziło się w ciężar zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, który władza publiczna przeniosła na właścicieli lokali.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na dysonans pomiędzy, omówionym wyżej, konstytucyjnym obowiązkiem państwa a jego praktyczną realizacją, w zakresie analizowanej eksmisji. Chodzi o instytucję prawa cywilnego, jaką jest interwencja uboczna. Zgodnie z przepisami, o toczącej się sprawie o eksmisję sąd informuje gminę właściwą ze względu na miejsce położenia nieruchomości podlegającej opróżnieniu. Sąd robi to z urzędu, dlatego gmina zawsze może przystąpić do sprawy. Z uwagi na fakt, że to właśnie gmina jest zobowiązana zapewnić osobie eksmitowanej lokal socjalny, jej udział w postępowaniu i wiedza o potrzebie przygotowania lokalu socjalnego, mogłyby skrócić postępowanie oraz czas oczekiwania na lokal socjalny. Takie działanie byłoby instrumentem realizacji obowiązku państwa w zakresie prowadzenia polityki mieszkaniowej i ochrony jednostek słabszych ekonomicznie. W praktyce wielokrotnie, gmina jako interwenient uboczny, wnosi o oddalenie powództwa o eksmisję, a w przypadku jego uwzględnienia o orzeczenie braku uprawnienia do lokalu socjalnego.¹⁶ Wnioskuje o zbadanie okoliczności zajmowania lokalu oraz istnienia wskazanych przez właściciela podstaw eksmisji. Dodatkowo sprawdza stan majątkowy i rodzinny lokatora, w celu poszukiwania innego lokalu niż dotychczas zajmowany, w którym lokator mógłby zamieszkać po ewentualnej eksmisji.¹⁷ Przychylenie się przez sąd do wniosku gminy, w rezultacie pozostawia problem bez rozwiązania. Wymusza na właścicielu nie tylko obowiązek biernego znoszenia naruszeń, ale również ciężar określonego zachowania. W konsekwencji można stwierdzić, że

¹⁶ Wyrok SR w Lublinie z 24.01.2019 r., I C 850/17, LEX nr 2625625; Podobnie: Wyrok SR w Łodzi z 26.04.2017 r., I C 500/16, LEX nr 2332095.

¹⁷ Wyrok SR w Łodzi z 22.10.2018 r., I C 70/18, LEX nr 2699166.

to właśnie na właściciela jest przeniesiony konstytucyjny obowiązek realizacji polityki mieszkaniowej spoczywający na państwie.

Ograniczenie prawa do własności przybiera niekiedy postać tak dalece idącą, że z uwagi na ciężar realizacji celu publicznego czy zagwarantowania dobra wspólnego właściciele poszukują ochrony swoich praw w Europejskim Trybunale Praw Człowieka w Strassburgu. Przykładem tego może być skarga Hutten-Czapska przeciwko Polsce.¹⁸ Obywatelka Francji polskiego pochodzenia zarzuciła władzy publicznej naruszenie art. 1 Protokołu nr 1 Konwencji¹⁹ w związku z przepisami nakładającym na właścicieli budynków ograniczenia w podwyższeniu czynszu najmu oraz wypowiedzeniu stosunku najmu nawiązanego na podstawie decyzji administracyjnej. Skarżąca podnosiła, że nie ma możliwości faktycznego korzystania z nieruchomości oraz czerpania z niej pożytków. Powodem tego było zajmowanie nieruchomości przez lokatorów na podstawie decyzji administracyjnych, ograniczenie w przeprowadzeniu eksmisji oraz regulacje dotyczące maksymalnych stawek czynszowych. Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził w wyroku, że sytuacja mieszkaniowa w Polsce jest trudna z uwagi na dotkliwy deficyt mieszkaniowy oraz wysokie koszty nabycia mieszkań na wolnym rynku. Podkreślił, że potrzeba przekształcenia wyjątkowo sztywnego systemu przydziału mieszkań – pozostałości systemu komunistycznego), uzasadniała wprowadzenie regulacji prawnych celem ochrony najemców w okresie transformacji systemu politycznego, ekonomicznego i prawnego państwa polskiego, ale także ustalenie wysokości czynszu poniżej wartości rynkowej. „Trybunał nie znalazł jednakże uzasadnienia dla ciągłego zaniechania przez władze polskie zapewnienia skarżącej oraz innym właścicielom domów czynszowych, w trakcie całego okresu będącego przedmiotem rozważań Trybunału, niezbędnych środków na pokrycie kosztów utrzymania nieruchomości, nie mówiąc już o zapewnieniu minimalnego dochodu z najmu mieszkań.” Trybunał stwierdził, że „biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności, w szczególności skutki, jakie działanie systemu regulacji czynszu miało dla wykonywania prawa skarżącej do poszanowania mienia, władze nałożyły na skarżącą niewspółmierny i nadmierny ciężar, który nie może być uzasadniony realizowanym przez nie usprawiedliwionym interesem społeczeństwa. Doszło więc do naruszenia art. 1 Protokołu nr 1.”

¹⁸ Wyrok ETPC z dnia 22.02.2005 r., w sprawie *Hutten-Czapska przeciwko Polsce*, skarga nr 35014/97

¹⁹ Protokół Nr 1 i Nr 4 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. oraz sporządzony w Strasburgu dnia 16 września 1963 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175/1 z późn. zm.)

W uzasadnieniu wyroku podkreślił, że „Już 5 lat temu polski Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że obowiązywanie reżimu czynszu regulowanego opartego o postanowienia w sposób oczywisty i nieunikniony powodujące straty dla właścicieli domów czynszowych, powodowało, że ciężar społeczny reformy mieszkalnictwa rozłożony był niewspółmiernie, w sposób nieuzasadniony i arbitralny. Tym samym potwierdził, że przedmiotowa reforma odbywała się głównie kosztem właścicieli prywatnych domów czynszowych, a utrzymanie takie systemu regulacji czynszu może skutkować naruszeniem konstytucyjnej zasady rządów prawa i podważać zaufanie obywateli do państwa. Sposób w jaki władze wyliczyły wzrost czynszu powodował, że było niemożliwe z czysto matematycznych przyczyn uzyskiwanie przez właścicieli dochodu z czynszu lub przynajmniej pokrycie kosztów utrzymania nieruchomości.”

Wyrok w sprawie Hutten-Czapska nałożył na władze polskie obowiązek znalezienia środka, który zmierzałby do poprawy sytuacji sprzecznej z zapisami Konwencji. Od 2005 roku przepisy dotyczące czynszu regulowanego nie zmieniły się na korzyść właścicieli nieruchomości, natomiast mechanizmy ochrony lokatorów powiększyły się kosztem wszystkich uprawnień wynikających z prawa do własności. Na podsumowanie można przytoczyć stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, który wyjaśnił, że zasadność kształtowania wysokości czynszu „odpowiada współczesnemu pojmowaniu idei państwa socjalnego, żeby od wszystkich członków społeczeństwa żądać pewnych ofiar na rzecz tych, którzy nie są w stanie sami zapewnić egzystencji sobie i swoim rodzinom. (...) Na tle wymagań art. 31 ust. 3 zd. 1 Konstytucji za konieczne w polskich realiach społecznych można więc uznawać dalsze obowiązywanie przepisów ograniczających prawo własności właściciela budynku (lokalu), a w szczególności wyłączającą nieskrępowaną swobodę w ustalaniu wysokości czynszu oraz innych opłat pobieranych od lokatorów z tytułu zajmowania lokalu.”²⁰

Na podstawie analizowanych przepisów i orzeczeń sądowych można stwierdzić, że urzeczywistnianie ustrojowego obowiązku państwa, jakim jest realizacja polityki mieszkaniowej odbywa się z ograniczeniem tradycyjnych uprawnień właściciela. Współczesna polityka mieszkaniowa prowadzi do szeregu zaniechań, naruszeń i bezprawnych działań, które godzą w dobra materialne i osobiste stron. Ujawnia to dysonans między konstytucyjną regulacją własności a unormowaniami ustawowymi i orzecznictwem. Ustawodawca wprowadza coraz liczniejsze ograniczenia w każdym z omówionych wcześniej

²⁰ Wyrok TK z dnia 12.01.2000 r., P 11/98, OTK 2000, nr 1, poz. 3

uprawnień, składających się na prawo do własności. W aktach prawnych pojawiają się kolejne zakazy i nakazy, dodatkowe obowiązki właściciela oraz różnicowanie sytuacji prawnej o charakterze podmiotowym, właściwe dla stosunków społeczno-gospodarczych opartych na interwencjonizmie państwowym. Arbitralne decyzje o tym, co jest godziwym zyskiem, moralnością publiczną, celem publicznym, dobrem wspólnym czy należyтым stanem estetycznym coraz częściej stanowią uzasadnienie dla ingerencji władzy publicznej w prawa jednostek. Brak równej ochrony dla wszystkich stron, obciążanie właścicieli nieruchomości kosztami realizacji własnych obowiązków podważają zasadę zaufania obywateli do państwa. Właściciel, który nie może wykonywać swojego prawa, nie jest człowiekiem wolnym. Państwo „żądając ofiary” z prawa do własności, ogranicza prawo właściciela do samostanowienia oraz samodecydowania. Wprowadzając ograniczenia własności dowolnie i bezwarunkowo, w rezultacie razem z własnością pozbawia właściciela godności. Zapomina o tym, że własność, jako podstawa ustroju, definiuje relacje pomiędzy jednostkami, społeczeństwem a władzą państwową, a nadmierne ograniczenia i naruszenia własności wpływają na zaburzenie tych relacji.

BIBLIOGRAFIA

Barański T.

2019 [w:] Ustawa o własności lokali. Komentarz, red. H. Izdebski, Warszawa.

Chmaj M.

2016 Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa.

Garlicki L.

2003 Komentarz do art. 64 Konstytucji (w:) K. Działocha, L. Garlicki, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzeciński, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. 3., pod red. L. Garlickiego, Warszawa.

2003 Komentarz do art. 21 Konstytucji (w:) K. Działocha, L. Garlicki, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzeciński, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz, t. 3, pod red. L. Garlickiego, Warszawa.

Knypl Z.

2015 Eksmisja a prawa człowieka, Sopot.

Nowicki M.

1996 Kamienie Milowe. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa.

Safjan M.

2016 Konstytucja RP, Tom I, Komentarz Art. 1-86, Warszawa.

Akty prawne

Protokół Nr 1 i Nr 4 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. oraz sporządzony w Strasburgu dnia 16 września 1963 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175/1 z późn. zm.).

Ustawa z 02.04.1997 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

Ustawa z 23.04.1964 r. Kodeks Cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.).

Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1899 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 710 z późn. zm.).

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

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2345 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.).

Orzecznictwo

Wyrok ETPC z dnia 22.02.2005 r., w sprawie Hutten-Czapska przeciw Polsce, skarga nr 35014/97.

Wyrok NSA z 12.05.2011 r., II OSK 819/10, LEX nr 988204.

Wyrok SA w Gdańsku z 26.02.2016 r., V ACa 667/15, LEX nr 2108566.

Wyrok SA w Warszawie z 10.05.2016 r., VI ACa 67/15, LEX nr 2172534.

Wyrok SO w Gdańsku z 14.11.2012 r., III Ca 264/12, LEX nr 1714948.

Wyrok SR w Lublinie z 24.01.2019 r., I C 850/17, LEX nr 2625625.

Wyrok SR w Łodzi z 22.10.2018 r., I C 70/18, LEX nr 2699166.

Wyrok SR w Łodzi z 26.04.2017 r., I C 500/16, LEX nr 2332095.

Wyrok SR w Warszawie z 18.06.2012 r., II C 549/12, LEX nr 2133443.

Wyrok TK z dnia 12.01.2000 r., P 11/98, OTK 2000, nr 1, poz. 3.

Wyrok WSA w Krakowie z 20.01.2012 r., II SA/Kr 1661/11, LEX nr 1109797.

MEDIACJA ONLINE W SPRAWACH GOSPODARCZYCH

WPROWADZENIE

Mediacja w sprawach gospodarczych jest procesem wspomaganym negocjacji pomiędzy równoprawnymi podmiotami – partnerami biznesowymi – przy udziale osoby trzeciej mediatora, który jest neutralny i bezstronny. Neutralność mediatora oznacza brak interesu w ustaleniach treści porozumienia – ugody i niezależność (Ereciński 2016, s. 40), a bezstronność (Stefańska 2015, s. 516) rozumiana jest jako zapewnienie stronom sporu równych praw w prowadzonym postępowaniu mediacyjnym.

Doświadczenie pandemii przyczyniło się do zastosowania *mediacji online* zwłaszcza w zakresie rozwiązywania sporów gospodarczych, gdzie nie ma przeszkód technicznych ani psychologicznych, ponieważ środki porozumiewania na odległość wykorzystywane są w codziennej pracy profesjonalistów – uczestników obrotu gospodarczego.

W sprawach gospodarczych nie ma barier, które mogłyby dotyczyć osób fizycznych w zakresie dostępu do odpowiedniego połączenia internetowego zapewniającego skuteczną niezakłóconą komunikację, które jest niezbędne do organizacji spotkań mediacyjnych *online*. Ponadto przedsiębiorcy jako profesjonalści, nie muszą mierzyć się z przełamywaniem barier psychologicznych i technicznych wiążących się z porozumiewaniem się za pomocą środków komunikowania się na odległość.

Dopuszczalność przeprowadzenia mediacji *online* wynika z założenia, że mediacja jako alternatywna metoda rozwiązywania sporów ma być odformalizowana i elastyczna, tak aby stanowiła wygodną formę osiągnięcia

porozumienia pomiędzy skonfliktowanymi stronami i stanowiła rzeczywistą alternatywę dla postępowania sądowego. *Mediacja online* to mediacja prowadzona za pomocą środków porozumiewania się na odległość tzn. strony sporu i mediator nie przebywają w jednym pomieszczeniu, a postępowanie mediacyjne prowadzone jest za pomocą Internetu¹.

Mediacja jako metoda pozasądowego rozwiązywania sporów w sprawach cywilnych i handlowych ma być dostosowana do indywidualnych potrzeb, a strony mają wpływ na jej przebieg². Postępowanie mediacyjne może być prowadzone z wykorzystaniem nowoczesnych technologii³. Mediacja zgodnie z art. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008⁴ jest zorganizowanym postępowaniem o dobrowolnym charakterze, bez względu na jego nazwę lub określenie, w którym przynajmniej dwie strony sporu próbują osiągnąć porozumienie w celu rozwiązania sporu, korzystając z pomocy mediatora. Zgodnie z art. 183¹¹ k.p.c. wyznaczenie posiedzenia mediacyjnego nie jest wymagane, jeżeli strony zgodzą się na prowadzenie mediacji bez posiedzenia mediacyjnego, w związku z powyższym to decyzja stron sporu co do przebiegu i formy prowadzonych rozmów mediacyjnych jest decydująca. Tak, więc postulat wpływu stron na przebieg mediacji powinien zawsze być traktowany priorytetowo. Mediacja *online* oznacza mediację prowadzoną za pomocą środków porozumiewania na odległość w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną.⁵

Elastyczność mediacji zakłada jak największe uproszczenie jej przebiegu, w przeciwieństwie do postępowania sądowego, nie jest konieczne przeprowadzanie dowodów na potwierdzenie stanu faktycznego czy prawnego sprawy, chodzi bowiem o to, aby skoncentrować uwagę na wypracowaniu rozwiązania, a nie udawadnianiu np. wysokości szkody, winy czy adekwatnego związku

¹ patrz „technologia jako czwarta strona postępowania mediacyjnego E : Katsch i J. Rifkin za M. Skibińska Mediacja w erze Covid – 19 (koronawirusa), Lex, dost. elekt. 17.10. 2021

² Pkt 6 preambuły Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, Dz. U. L 136/3 z dnia 24.05.2008 r..

³ Pkt 9 preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, Dz. U. L 136 /3 z dnia 24.05.2008 r..

⁴ Dz.U. L 136/3

⁵ Zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. 2002 nr 144 poz. 1204) środki porozumiewania na odległość są to „rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności poczta elektroniczna,

przyczynowego, jak to ma miejsce w przypadku przedmiotu sporu w postępowaniu sądowym o odszkodowanie.

Sprawa gospodarczą jest sprawą ze stosunków cywilnych między przedsiębiorcami w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej (art. 458² § 1 pkt. 1 k.p.c.⁶). Sprawą gospodarczą będzie więc sprawa, wynikająca ze stosunków cywilnych w znaczeniu materialnym tj. sprawa, w której ochrona prawna polega na wywołaniu skutku w ramach stosunku cywilnoprawnego powstałego pomiędzy równoprawnymi podmiotami będącymi przedsiębiorcami w ramach prowadzonej działalności gospodarczej (Gudowski 2020, art. 458², teza 3 s.1086).

Przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, którym ustawa przyznaje zdolność prawną (np. Skarb Państwa działający przez jednostki organizacyjne), prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową (art. 43¹ k.c.⁷). Przedsiębiorcami są także wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 ust. 2 pr. przedsiębior.⁸). Działalność gospodarcza to zorganizowana działalność o charakterze zarobkowym, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły, podporządkowana regułom opłacalności i zysku lub zasadzie racjonalnego gospodarowania, wykonywana we własnym imieniu (art. 3 pr. przedsiębior.⁹).

Mediacja w sprawach gospodarczych, prowadzona na podstawie postanowienia sądu pełni funkcję uzupełniającą albo stanowi alternatywę - w przypadku mediacji umownej, w stosunku do postępowania sądowego, które jest czasochłonne i kosztowne (Stefańska 2015, art. 183¹ s 512). Przedsiębiorcy korzystając z mediacji, jako alternatywnej metody rozwiązywania sporów, zyskują czas i oszczędzają pieniądze, ale przede wszystkim mają realny wpływ na uregulowanie wzajemnych relacji w sytuacji konfliktowej, wynikającej zazwyczaj z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych. Mediacja poza korzyścią w postaci rozwiązania sporu prawnego przyczynia się też do utrzymania relacji biznesowych pomiędzy podmiotami gospodarczymi.

⁶ Kodeks postępowania cywilnego ustawa z dnia 17 listopada 1964 r.,(tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.)

⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny tekst jedn. Dz.U. 2022 poz. 1360

⁸ Ustawa Prawo przedsiębiorców z dnia 6 marca 2018 r., t.j. Dz. U. 2021 r., poz. 162, www.sip.gov.pl

⁹ Ustawa Prawo przedsiębiorców z dnia 6 marca 2018 r., t.j. Dz.U. 2021 r., poz. 162, www.sip.gov.pl

Postępowanie mediacyjne jest poufne, tak więc uczestnicy mediacji oraz mediator zobowiązani są zgodnie z art. 183⁴ § 2 k.p.c.¹⁰ zachować w tajemnicy fakty, o których dowiedzieli się w związku z udziałem w postępowaniu mediacyjnym. Bezskuteczne jest powoływanie się w toku postępowania przed sądem lub sądem polubownym na propozycje ugodowe, propozycje wzajemnych ustępstw lub inne oświadczenia składane w postępowaniu mediacyjnym (art. 183⁴ § 3 k.p.c.).

WSZCZĘCIE MEDIACJI ONLINE W SPRAWACH GOSPODARCZYCH

Mediacja umowna zostaje wszczęta przez wystąpienie strony sporu z wnioskiem o mediację i przesłaniem do mediatora, wraz z potwierdzeniem doręczenia wniosku drugiej stronie sporu. Druga strona sporu może wyrazić zgodę na mediację lub odmówić udziału w postępowaniu mediacyjnym. W doktrynie podkreśla się, że nie ma wymogu określonej formy dla oświadczenia woli o zgodzie na mediację, tak więc zgoda ta może być wyrażona *per facta concludentia* przez faktyczne przystąpienie do mediacji tzn. udział strony w posiedzeniu mediacyjnym (Ereciński 2016, art. 183⁶, s.52).

W przypadku zawarcia przez strony umowy o mediację - do wniosku o wszczęcie mediacji należy załączyć wskazaną umowę albo umowę zawierającą klauzulę mediacyjną (Ereciński 2016, art. 183¹, s. 29). Umowy zawierane pomiędzy przedsiębiorcami, zawierają często klauzule mediacyjne, na mocy których, w sytuacji zaistnienia sporu związanego z realizacją zawartej umowy tj. spełnieniem wynikających z niej obowiązków, strony zobowiązują się do podjęcia próby polubownego rozwiązania sporu w drodze mediacji. Umieszczenie wspomnianej klauzuli w warunkach umowy, zawartej pomiędzy przedsiębiorcami, jest elementem realizacji polityki biznesowej polegającej na ograniczeniu ryzyka i zminimalizowaniu strat związanych kosztami procesów sądowych.

Zgodnie z art. 183⁶ k.p.c. mimo doręczenia mediatorowi wniosku o wszczęcie mediacji z potwierdzonym dowodem doręczenia jego odpisu drugiej stronie, mediacja nie zostanie wszczęta, gdy mediator w terminie tygodnia od dnia doręczenia wspomnianego wniosku o przeprowadzenie mediacji, odmówił przeprowadzenia mediacji oraz gdy strony nie zawarły wcześniej umowy o mediację i druga strona nie wyraziła zgody na mediację. Potwierdzenie

¹⁰ Kodeks postępowania cywilnego ustawa z dnia 17 listopada 1964 r.,(tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.)

doręczenia odpisu wniosku może stanowić potwierdzenie nadania wniosku listem poleconym na adres strony (Stefańska 2015, art. 183⁶, s.519), czy też potwierdzenie pisemne drugiej strony o doręczeniu jej przedmiotowego wniosku - w przypadku mediacji prowadzonej w tradycyjnej stacjonarnej formie (Ereciński 2016, art. 183⁶, s. 52). Wyjątkowo potwierdzenie doręczenia nie jest wymagane, gdy wniosek o wszczęcie postępowania mediacyjnego składają łącznie strony sporu (Ereciński 2016, s.52).

Natomiast w mediacji *online* dopuszczalne jest złożenie wniosku za pośrednictwem poczty email i ew. potwierdzenia wysłania drugiej stronie wniosku - za pośrednictwem poczty email. Możliwe jest również elektroniczne składanie wniosków o wszczęcie mediacji za pomocą stron internetowych ośrodków mediacyjnych lub stron internetowych mediatorów. W mediacji *online* możliwe jest również złożenie wniosku w tradycyjnej formie, a prowadzenie postępowania mediacyjnego w formie zdalnej.

Wniosek o wszczęcie mediacji powinien zawierać oznaczenie stron, dokładnie określone żądanie, przytoczenie okoliczności uzasadniających żądanie, podpis strony oraz wymienienie załączników (w tym umowa o mediację, jeżeli została uprzednio zawarta)¹¹.

W przypadku postanowienia sądu wydanego na podstawie art. 354 k.p.c.¹² w zw. 183⁸ § 1 k.p.c., kierującego strony do mediacji, mediacja zostanie wszczęta pod warunkiem uzyskania zgody stron postępowania cywilnego. Podkreślić należy, że postanowienie sądu kierujące strony do mediacji powinno być przedstawione mediatorowi po upływie terminu wskazanego w art. 183⁸ § 2 k.p.c. gdyż postępowania mediacyjnego nie prowadzi się, jeżeli strona w terminie tygodnia od dnia ogłoszenia lub doręczenia ww. postanowienia nie wyrazi zgody na mediację i tym samym postępowanie mediacyjne nie zostanie wszczęte (Pieckowski 2011, s.76).

W postępowaniu upominawczym i nakazowym skierowanie przez sąd sprawy do mediacji możliwe jest po skutecznym wniesieniu sprzeciwu albo zarzutów (art. 183⁸ § 3 k.p.c.).

W sytuacji, gdy mediator otrzymałby postanowienie o skierowaniu do mediacji *online* -prowadzonej za pomocą środków porozumiewania się na odległość w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r o świadczeniu usług

¹¹ art. 183⁷ k.p.c. ustawa z dnia 17 listopada 1964 r.,(tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.)

¹² Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego z dnia 17 listopada 1964 r., tekst jedn. Dz.U. z 2020 r.poz.1575 zm: Dz.U. z 2020 r. poz. 1578, poz. 2520; z 2021 r.poz.11, poz.1030,poz. 1177, poz.1090

drogą elektroniczną¹³, mediator może skontaktować się ze stronami za pośrednictwem poczty email lub telefonicznie i bezpośrednio przyjąć od stron sporu oświadczenie o wyrażeniu zgody na mediację. Wspomniana zgoda na przeprowadzenie postępowania mediacyjnego może zostać wyrażona w sposób dorozumiany tj. przez przystąpienie stron sporu do sesji mediacyjnej online. W takiej sytuacji mediator zyskuje szansę do zachęcenia i przekonania stron niezdecydowanych do udziału w mediacji, co może przyczynić się do budowania zaufania zarówno do mediatora jak i instytucji mediacji. W takim przypadku sąd nie jest obciążony pilnowaniem terminu tygodniowego, który liczony jest od doręczenia rzeczowego postanowienia, co jest ułatwieniem ze względu na fakt, że daty dokonania doręczenia postanowienia sądu kierującego do mediacji stronom sporu w praktyce są różne.

Zakładając przesłanie skanu postanowienia sądu kierującego strony do mediacji za pośrednictwem poczty email, możliwa byłaby synchronizacja doręczenia, co przyczyniłoby się do skrócenia czasu mediacji. Takie rozwiązanie zostało uregulowane w § 170 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych¹⁴, co należy ocenić pozytywnie w zakresie uelastyczenia warunków prowadzenia mediacji. Jednocześnie nie wyłącza to dobrowolności mediacji, ponieważ strony mogą zarówno nie wyrazić zgody na mediację, jak również złożyć oświadczenie o rezygnacji z mediacji w trakcie postępowania mediacyjnego.

Zsynchronizowany czas doręczenia stronom sporu i mediatorowi postanowienia o skierowaniu do mediacji ułatwiłby obliczanie wyznaczonego terminu mediacji, jak również wpłynąłby na efektywne wykorzystanie czasu przeznaczonego na mediację. Czas wyznaczony na mediację w postanowieniu sądu określany jest często następująco: „dwa miesiące od nawiązania kontaktu ze stronami” lub „dwa miesiące od daty doręczenia postanowienia o skierowaniu do mediacji mediatorowi”. W postanowieniu sądu o skierowaniu do mediacji można określić sposób prowadzenia mediacji jako mediacji *online*, w szczególności, gdy siedziby przedsiębiorców położone są w oddalonych od siebie miejscowościach.

W praktyce daty doręczenia postanowienia kierującego strony do mediacji są różne, powstaje problem od której daty powinien być liczony termin wyznaczony na mediację. Wydaje się, że określenie daty początkowej jako daty nawiązania kontaktu ze stronami ma wymiar praktyczny, ponieważ w

¹³ Dz.U. 2002 nr 144 poz. 1204

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2019 r Regulamin urzędowania sądów powszechnych, Dz.U. 2019 poz. 1141

momencie nawiązania wspomnianego kontaktu mediator jest w stanie potwierdzić zgodę na mediację, co jest elementem kluczowym w skutecznej mediacji.

Pełnomocnictwo procesowe zawiera umocowanie do reprezentacji strony sporu w postępowaniu mediacyjnym zgodnie z art. 86 k.p.c., jeżeli nie wyłączono zawarcia ugody w udzielonym pełnomocnictwie zgodnie z art. 91 pkt 4 k.p.c. (Antolak-Szymański i Piaskowska 2017, s.104).

Wszczęcie mediacji umownej stanowi alternatywę dla dochodzenia ochrony prawnej w toku procesu sądowego i zawieszania biegu terminu przedawnienia roszczeń (art. 121 pkt 5 k.c.). Bieg przedawnienia zostaje zawieszony na czas trwania mediacji.

OBOWIĄZKI MEDIATORA W MEDIACJI ONLINE.

Ze względu na specyfikę mediacji *online*, wskazane jest, aby w przypadku mediacji gospodarczej, mediator zapoznał się z aktami sprawy przed przeprowadzeniem sesji mediacyjnych, ponieważ wpłynie to na lepsze przygotowanie mediacji i skuteczne zaplanowanie jej przebiegu. Zgodnie z art. 183⁹ k.p.c. mediator ma prawo do zapoznania się z aktami sprawy, chyba że strona w terminie tygodnia od dnia doręczenia lub ogłoszenia postanowienia kierującego do mediacji, nie wyrazi zgody na zapoznanie się mediatora z aktami sprawy. Właściwą praktyką jest poinformowanie stron sporu przez mediatora, o zamiarze zapoznania się z aktami sprawy.

Mediator jako organizator postępowania mediacyjnego powinien zadbać o przestrzeganie zasad mediacji, o równowagę stron w mediacji w zakresie czynnego uczestnictwa i efektywne wykorzystaniu czasu przeznaczanego na mediację, a także zapewnienie równości stron sporu w formułowaniu propozycji ugodowych.

Wykorzystanie środków komunikacji na odległość w tym przede wszystkim platform ZOOM i TEAMS itp. wiąże z dodatkowym obowiązkiem informacyjnym w zakresie wymaganym, przepisami ustawy wynikającym z art. 13 rozporządzenia 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/WE¹⁵. Takie pouczenie może być zarówno odczytane na początku sesji mediacyjnej, jednak praktycznym rozwiązaniem

¹⁵ (Dz.U. UE. L. z 2016 r. Nr 119)

ze względu na oszczędność czasu i niezakłócony przebieg sesji mediacyjnej - jest zapoznanie uczestników postępowania mediacyjnego z treścią klauzuli informacyjnej RODO przed spotkaniem udostępniając ją np. w treści wiadomości e-mail, a odbierając jedynie oświadczenie o potwierdzeniu zapoznania uczestników mediacji z treścią wspomnianej klauzuli.

Mediator powinien także pouczyć strony sporu, pełnomocników o brzmieniu art. 183⁴ §1 i 2 tj. o tym, że postępowanie mediacyjne nie jest jawne oraz o obowiązku zachowania poufności co do faktów i składanych propozycji ugodowych. Mediator zobowiązany jest do dbałości o właściwy przebieg i przestrzeganie zasad mediacji oraz właściwej organizacji postępowania mediacyjnego przez organizowanie zarówno sesji indywidualnych jak i planowanie sesji wspólnych, kierując się indywidualnymi potrzebami stron mediacji, tak aby zmaksymalizować szansę na osiągnięcie przez strony porozumienia, którego wyrazem będzie zawarcie ugody.

Obowiązkiem mediatora jest pouczyć uczestników o kosztach mediacji, w tym o przysługującym mediatorowi wynagrodzeniu oraz wydatkach związanych z prowadzeniem postępowania mediacyjnego (opłaty za opinie biegłych, wynajem sal konferencyjnych na posiedzenia mediacyjne - w przypadku mediacji hybrydowej, gdy część spotkań mediacyjnych odbywa się w formie stacjonarnej). W przypadku mediacji prowadzonej na podstawie postanowienia sądu kierującego do mediacji wynagrodzenia mediatora określone jest w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 2016 r.¹⁶

Należy podkreślić, że przeprowadzona mediacja, jeżeli nawet nie zakończy się ugodą to sprzyjać będzie koncyliacyjnemu podejściu stron procesu w trakcie postępowania sądowego i prawdopodobieństwo zawarcie ugody sądowej znacznie wzrasta, w wyniku lepszego zrozumienia sytuacji faktycznej i procesowej stron sporu, które zostało osiągnięte dzięki postępowaniu mediacyjnemu (Rutkowska 2021, art. 183¹, Lex el.).

Mediator jest zobowiązany do sporządzenia protokołu z mediacji (art. 183¹² k.p.c.), w którym oznacza się miejsce i czas przeprowadzania mediacji, a także imię i nazwisko (nazwę) i adresy stron, imię i nazwisko mediatora oraz wynik mediacji. W przypadku zawarcia ugody przed mediatorem, zamieszcza się jej treść w protokole lub załącza w postaci załącznika. W mediacji *online* możliwe jest podpisanie ugody kwalifikowanym podpisem

¹⁶ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 czerwca 2016 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym Dz.U. z 2016 r., poz. 921, www.isap.gov.pl.

elektronicznym¹⁷ albo składając podpis własnoręcznie na dokumencie zawierającym treść porozumienia i przesłać drugiej stronie do podpisu¹⁸ (wyłączając sytuacje, w których ze względu na przedmiot ugody wymagana jest szczególna forma czynności prawnej). Niemożność podpisania ugody przez stronę mediator stwierdza w protokole. Mediator jest zobowiązany do pouczenia stron o tym, że podpisanie ugody przez strony jest jednoznaczne z wyrażeniem zgody na wystąpienie do sądu z wnioskiem o jej zatwierdzenie. W przypadku skierowania stron do mediacji przez sąd – mediator składa protokół w sądzie. W przypadku mediacji prowadzonej na podstawie umowy o mediację, gdy strona wystąpi z wnioskiem o zatwierdzenie ugody w sądzie – mediator składa protokół w sądzie, który byłby właściwy do rozpoznania sprawy według właściwości ogólnej lub wyłącznej.

ROLA PROFESJONALNEGO PEŁNOMOCNIKA W MEDIACJI ONLINE

Należy podkreślić, że mediacja *online* może być skuteczną formą rozwiązania sporu pod warunkiem należytego przygotowania wszystkich uczestników mediacji w tym: mediatora, stron sporu oraz pełnomocników reprezentujących strony.

Zgodnie z § 44 Kodeksu Etyki Adwokackiej¹⁹ adwokat ma obowiązek dążyć do rozstrzygnięć pozwalających zaoszczędzić klientowi kosztów, jak również ma obowiązek poinformować klienta o alternatywnych metodach rozwiązywania sporu oraz doradzać ugodowe zakończenie sprawy, gdy jest to uzasadnione interesem klienta.

Zgodnie a art. 8 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego²⁰, radca prawny świadcząc klientowi pomoc prawną, postępuje lojalnie i kieruje się dobrem klienta w celu ochrony jego praw.

Prawnik powinien doradzać klientowi najlepszą metodę rozwiązania sytuacji konfliktowej, przeprowadzając rzetelną analizę kosztów i korzyści wynikających z możliwych sposobów rozstrzygnięcia sporu. Pełnomocnik powinien rozważyć polubowne rozwiązanie sporu w przypadku, gdy:

¹⁷ Art. 5 ust 2 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym, Dz.U Nr 130 poz. 1450 ze zm.

¹⁸ Art. 78 kodeksu cywilnego ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r., tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz 1740 ze zm. -

¹⁹ Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu, www.nra.pl

²⁰ Kodeks Etyki Radcy Prawnego, www.oirp.warszawa.pl

- klient jest zainteresowany udziałem w mediacji;
- proces sądowy jest niewskazany ze względów finansowych czy też wizerunkowych;
- strony sporu prowadzą wspólnie działalność gospodarczą lub mają wspólne interesy osobiste, którym spór sądowy może zagrozić (relacje rodzinne, bieżąca działalność biznesowa);
- spór sądowy mógłby spowodować inne niekorzystne skutki dla stron sporu ze względu na koszty i zaangażowanie czasu w związku z prowadzonym sporem sądowym;
- proces sądowy prowadziłyby tylko do częściowego rozstrzygnięcia kwestii spornych;
- istnieje uzasadnione ryzyko, że orzeczenie sądowe rozstrzygające spór nie zostałoby wykonane;
- przedmiot sporu są kwestie zarządzania;
- koszty procesu sądowego przewyższają wchodzące w grę interesy strony wymagające ochrony prawnej;
- źródłem konfliktu są rozbieżności danych, różnice kulturowe albo w grę wchodzi konflikt osobisty.²¹

Prawnicy wewnętrzni podmiotów gospodarczych z racji wykonywanych obowiązków, znają aspekty faktyczne i prawne spornej sprawy, natomiast większego zaangażowania w przygotowania do mediacji oczekiwane jest od pełnomocników procesowych powołanych do reprezentacji w konkretnym sporze gospodarczym. Radca prawny, adwokat powinien posiadać warsztat negocjacyjny, tak aby dokonując oceny sytuacji faktycznej i prawnej sporu, ocenić prawidłowo mocne i słabe strony sporu w kontekście postępowania sądowego, tak aby wyjaśnić klientowi wiążące się z procesem sądowym ryzyka zarówno w aspekcie finansowym jak i organizacyjnym.

Profesjonalny pełnomocnik bazując na doświadczeniu zawodowym i zgodnie z posiadaną wiedzą o zaistniałym sporze, w zakresie faktów i możliwych do przeprowadzenia dowodów w postępowaniu rozpoznawczym, a także regulacji prawnych powinien być wyposażony w umiejętności w zakresie odpowiedniej komunikacji, aby nawet skomplikowane zagadnienia prawne wyjaśnić klientowi w sposób rzetelny. Radca prawny i adwokat przede wszystkim doradza klientowi w zakresie taktyki negocjacyjnej w fazie

²¹ *Guide to Mediation for Lawyers*, Mediation Development Toolkit Ensuring Implementation of the CEPEJ Guidelines on mediation. https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/ACCESS_TO_JUSTICE/ATJ_Guides_recommendations/EN_ATJ_20180627_Guide-to-Mediation-for-Lawyers.pdf

przygotowania do mediacji i wspólnie ustalają cel negocjacji. Profesjonalni pełnomocnicy powinni udzielać informacji o tańszych i szybszych, alternatywnych metodach rozwiązania sporu, wskazywać zalety mediacji przez porównanie czasu, przebiegu i kosztów związanych z mediacją i postępowaniem sądowym (Skowrońska 2012, s.91; Gmurzyńska i Morek 2009, s. 298).

Profesjonalny pełnomocnik powinien wspólnie z klientem przeanalizować sprawę sporną pod kątem okoliczności faktycznych i aspektów prawnych, w celu ustalenia silnych i słabych stron sporu sądowego i potencjalnego wyniku postępowania sądowego. Następnie należy skonfrontować tak przeprowadzoną analizę z oczekiwaniami klienta co do potencjalnego efektu w postaci orzeczenia sądu albo rozwiązania sporu w drodze mediacji.

Pełnomocnik reprezentujący stronę sporu, powinien w trakcie przygotowania do mediacji:

- przeprowadzić analizę ryzyka i kosztów postępowania sądowego;
- wyjaśnić zasady mediacji;
- zidentyfikować interes strony sporu;
- opracować strategię negocjacji w trakcie mediacji, tak aby interes klienta w postaci zadawalającego porozumienia jako wyniku postępowania mediacyjnego, został zaspokojony²².

Wynikiem takiego przygotowania do postępowania mediacyjnego z dużym prawdopodobieństwem, będzie zawarcie ugody. Pełnomocnik powinien asystować i doradzać *mandantowi*, niewykluczona jest również udział strony w mediacji przez odpowiednio umocowanego pełnomocnika.

Pełnomocnik pełni również ważną rolę w trakcie postępowania mediacyjnego *online* wspierając reprezentowanego klienta w formułowaniu propozycji ugodowych, tak aby w dobrej wierze i przy udziale mediatora wypracować kompromis satysfakcjonujący obie strony sporu. Pełnomocnik powinien zadbać również o odpowiednie przygotowanie techniczne tj. obsługę platformy internetowej służącej do spotkań online, tak aby zapewnić niezakłócony przebieg spotkania mediacyjnego.

²² *Guidelines for Lawyers in Mediations, Law Council of Australia*, wskazówki opracowane na podstawie praktyki członków Law Council of Australia Expert Standing Committee on Alternative Dispute Resolution, <https://www.lawcouncil.asn.au/docs/74c9c71f-0641-e711-93fb-005056be13b5/1108-Policy-Guideline-Guidelines-for-Lawyers-in-Mediations.pdf>, dost. 18.10.2021 r.

ZALETY I WADY POSTĘPOWANIA MEDIACYJNEGO ONLINE W SPRAWACH GOSPODARCZYCH

Niewątpliwie największą zaletą jest efektywność, mierzona stosunkiem czasu zarezerwowanego na poszczególne sesje mediacyjne *online*, do czasu i kosztu organizacji spotkań stacjonarnych, w szczególności, w przypadku znacznego oddalenia miejscowości, w których znajdują się siedziby skonfliktowanych przedsiębiorców. Opór przed spotkaniem *online* stanowił naturalną barierę psychologiczną, która to została niejako pokonana w związku z zapobieganiem rozprzestrzenianiu się wirusa SARS-Cov2, i wprowadzeniem codziennej praktyki pracy zdalnej, w wyniku czego to spotkania *online* stały się jedynymi dostępnymi formami organizacji negocjacji, co w sposób bezpośredni wymusiło dostosowanie się wszelkich podmiotów do funkcjonowania w trybie *online*.

Wadą postępowania mediacyjnego *online* jest brak możliwości odczytania prawdziwych intencji uczestników wynikających z sygnałów niewerbalnych tj. mowy ciała. Uczestnicy mediacji *online* w poczuciu pewnego „bezpieczeństwa odległości” w przeciwieństwie do uczestnictwa w mediacji stacjonarnej, skłonni są do trwania w pozycjach negocjacyjnych, co może czasami utrudniać uzyskanie kompromisowego rozwiązania sporu w postaci zawartej ugody. Z drugiej jednak strony, poziom emocji związanych z zaistniałym sporem może stanowić znaczącą przeszkodę w nawiązaniu rozmów mediacyjnych w trakcie posiedzeń stacjonarnych, i w takim przypadku mediacja *online*, może stanowić ułatwienie w zainicjowaniu wspólnych rozmów w celu wypracowania akceptowalnej przez strony sporu, treści porozumienia.

Mediacja *online* sprzyja zachowaniu równowagi między skonfliktowanymi stronami i zapobieganiu dominacji jednej strony w stosunku do drugiej strony sporu.

PODSUMOWANIE

Szybkość i efektywność postępowania mediacyjnego *online* w sprawach gospodarczych, zapewnia oszczędność czasu i ograniczenie kosztów ponoszonych przez przedsiębiorców w związku z zaistniałym sporem. Poza korzyściami psychologicznymi, przedsiębiorcy zyskują czas na prowadzenie firm, zamiast prowadzenia sporu sądowego, którego wynik w postaci zadawalającego rozstrzygnięcia jest prawdopodobny, ale niepewny. Należy podkreślić doniosłą rolę adwokatów i radców prawnych w efektywnej mediacji, która

wymaga zaangażowania i profesjonalnej analizy zaistniałego sporu prawnego w zakresie możliwych wyników postępowania sądowego, przygotowania do postępowania mediacyjnego, tak aby czas mediacji był czasem efektywnie wykorzystanym. Profesjonalni pełnomocnicy mogą mieć znaczący wpływ na rozwiązywanie sporów w drodze mediacji przeprowadzonej na podstawie umowy doradzając klientowi w zakresie wyboru właściwego mediatora do przeprowadzenia mediacji w danej sprawie spornej. Należy zauważyć, że mediacja *online* może wpłynąć na ograniczenie kosztów mediacji poprzez ograniczenie wydatków związanych z organizacją postępowania mediacyjnego, natomiast sposób prowadzenia mediacji nie ma wpływu na wysokość wynagrodzenia mediatora.

BIBLIOGRAFIA

Źródła prawa

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, Dz. U. L 136/3 z dnia 24.05.2008

Rozporządzenia 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 (Dz.U. UE. L. z 2016 r. Nr 119)

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, Dz. U. L 136/3 z dnia 24.05.2008

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, tekst jedn. Dz.U. z 2020 r.poz.1575 zm: Dz.U. z 2020 r. poz. 1578, poz. 2520; z 2021 r.poz.11, poz.1030,poz. 1177, poz.1090

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny tekst jedn. Dz.U. 2022 poz. 1360

Ustawa Prawo przedsiębiorców z dnia 6 marca 2018 r., t.j. Dz. U. 2021 r., poz. 162, www.sip.gov.pl

Ustawa z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym, Dz.U Nr 130 poz. 1450 ze zm.

Ustawa z dnia 18 lipca 20002 r o świadczeniu usług drogą elektroniczną
(Dz.U. 2002 nr 144 poz. 1204

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 czerwca 2016 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym Dz.U. z 2016 r., poz. 921, www.isap.gov.pl.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2019 r Regulamin urzędowania sądów powszechnych, Dz.U. 2019 poz. 1141

Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu, www.nra.pl

Kodeks Etyki Radcy Prawnego, załącznik do Uchwały Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych nr 3/2014 z dnia 22 listopada 2014 r.www.oirp.warszawa.pl

Literatura

Antolak – Szymański K. i in.

2017 *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Komentarz.

Erciński T.

2016 *Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz*, Tom II.

Gmurzyńska E i in.

2009 *Mediacja a prawnicy* [w:] *Mediacja. Teoria i praktyka*, red. E. Gmurzyńska, R. Morek.

Gudowski J.

2020 *Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz*, Tom II, red T. Zmbrzuski.

Rutkowska A. i in.

2021 [w:] *Kodeks postępowania cywilnego, Postępowanie procesowe, Komentarz aktualizowany*, red. O.M. Piaskowska, Lex 2021

Skibińska M.

2021 *Mediacja w erze Covid – 19 (koronawirusa)*, Lex.

Skowrońska K.

2012 *Rola adwokatów i radców prawnych w negocjacjach i mediacjach gospodarczych*, ADR, nr 4

Stefańska E.

2015 *Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz*, Tom I, wyd. III,
red. M. Manowska

[https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/
ACCESS_TO_JUSTICE/ATJ_Guides_recommendations/EN_
ATJ_20180627_Guide-to-Mediation-for-Lawyers.pdf](https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/ACCESS_TO_JUSTICE/ATJ_Guides_recommendations/EN_ATJ_20180627_Guide-to-Mediation-for-Lawyers.pdf)

ZMIERZCH POLUBOWNYCH METOD ROZWIĄZYWANIA SPORÓW – O NOWELIZACJI KODEKSU CYWILNEGO I KODEKSU POSTĘPOWANIA CYWILNEGO SŁÓW KILKA

UWAGI WPROWADZAJĄCE

29 grudnia 2021 r. w Dzienniku Ustaw ogłoszona została Ustawa z dnia 2 grudnia 2021 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny, ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. Przepisy wprowadzone na mocy wskazanej ustawy w sposób znaczący modyfikują dotychczasowe regulacje dotyczące przerywania biegu terminu przedawnienia. Ustawodawca zdecydował, że wszczęcie postępowania mediacyjnego jak również złożenie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej nie będzie powodowało przerwania biegu terminu przedawnienia lecz jego zawieszenie. Celem niniejszego opracowania jest analiza dotychczas funkcjonujących rozwiązań związanych z przerwaniem biegu terminu przedawnienia, ich ocena oraz analiza wprowadzonych nowelizacją przepisów i ich wpływu na dotychczas obowiązujące regulacje. W toku prowadzonej analizy będę także poszukiwał odpowiedzi na pytanie, czy wprowadzone rozwiązania nie doprowadzą do sytuacji, w które społeczeństwo zrezygnuje z alternatywnych metod rozwiązywania sporów na rzecz rozstrzygnięcia ich na drodze sądowej. Dotychczas wprowadzane przez ustawodawcę rozwiązania, co do zasady miały na celu promowanie alternatywnych metod rozwiązywania sporów, czego skutkiem miało być odciążenie

¹ ORCID: 0000-0001-7613-9963

wymiaru sprawiedliwości od rozpoznawania spraw, które mogły zostać na drodze polubownej. Jak się jednak wydaje wprowadzone rozwiązania zmierzają w odwrotnym kierunku. Oczywiście, celem ich wprowadzenia jest przeciwdziałanie pewnym nadużyciom, które pojawiały się przy stosowaniu mediacji oraz zawezwania do próby ugodowej, chociaż recepta na te rozwiązania proponowana przez doktrynę jak i judykaturę była jednak odmienna od tej, na której wprowadzenie zdecydował się Ustawodawca.

DOTYCHCZASOWE REGULACJE W ZAKRESIE PRZEDAWNIENTA

Przedawnienie jest instytucją prawa materialnego, która pozwala na uchylenie się od zaspokojenia określonego roszczenia po upływie terminu przedawnienia (Jachimowicz 2018, s. 101)². Oznacza to, że z przepisów prawa materialnego wynika określony termin, po upływie którego dłużnik będzie mógł się uchylić od jego zaspokojenia. Samo przedawnienie roszczenia następujące na płaszczyźnie prawa materialnego nie spowoduje jeszcze, że roszczenie nie będzie mogło zostać uwzględnione przez sąd w procesie. Uchylenie się od zaspokojenia roszczenia następuje poprzez skuteczne podniesienie przez dłużnika (pозwanego) zarzutu w procesie (Ciepła 2015, s. 110-111)³. Przy czym przepisy różnicują w tym zakresie upływ terminu przedawnienia w stosunku do konsumenta (Por. Górniak, Łaguna 2019, s. 72–86 oraz Nowakowski 2020, s. 107)⁴, który to fakt sąd ma obowiązek uwzględnić z urzędu, od przedawnienia w stosunku do innych podmiotów, co są bierze pod uwagę wyłącznie na zarzut (Kluza 2021, s. 29-30; Krajewski 2018, s. 12; Kuźmicka-Sulikowska 2018, s. 559; Machnikowski 2018, s. 7; Wojewoda 2021, s. 460-462). Konsument nie może także zrzec się możliwości podniesienia zarzutu przedawnienia (Strugała 2021, s. 82-84). Upływ terminu przedawnienia powoduje, zatem, że zobowiązany nabywa zarzut, którego podniesienie pozbawia uprawnionego jedynie możliwości przymusowego dochodzenia

² Samo przedawnienie bywa również poddawane krytyce w doktrynie. Wskazuje się, że przedawnienie, mające na celu usprawnienie systemu sprawiedliwości, jak również stanowiące po naglenie wierzyciela, by dochodził swoich praw w rozsądnym terminie, jest niewątpliwie dla niego krzywdzące, a dopuszczenie do sytuacji, w której dłużnika „ratuje się” od konieczności zaspokojenia świadczenia wpływa bardzo niekorzystnie na budowanie w społeczeństwie poczucia sprawiedliwości.

³ W doktrynie sporne pozostaje do kiedy taki zarzut musi zostać podniesiony przez pozwanego.

⁴ W doktrynie spornym jest czy za konsumenta w rozumieniu przepisów o przedawnieniu można traktować również pracownika.

przedawnionego roszczenia, samo zaś to roszczenie istnieje nadal, tyle tylko że w postaci naturalnej (Kordasiewicz 2008, s. 569-570, nb 10-11).

Kwestię przerwania biegu terminu przedawnienia reguluje art. 123 k.c. Przepis ten w brzmieniu obowiązującym do 29 czerwca 2022 r. wyróżniał trzy przesłanki powodujące przerwanie biegu terminu przedawnienia. Pierwszą z przesłanek jest dokonanie czynności przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym, jeżeli została przedsięwzięta bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia. Drugą przesłanką przerwania biegu terminu przedawnienia jest uznanie roszczenia przez osobę, przeciwko której roszczenie przysługuje (Górecka-Ochnio 2019, s. 51; Szlęzak 2019, s. 12-13; Stępień-Sporek 2010, s. 203-204)⁵. Trzecią natomiast przesłanką jest wszczęcie postępowania mediacyjnego. Po przerwaniu przedawnienie biegnie na nowo (art. 124 § 1 k.c.), przy czym biegnie ono dopiero od momentu zakończenia postępowania wszczętego jedną z powyższych czynności (art. 124 § 2 k.c.) (Kowalczyk 2019, s. 30).

Pierwsza ze wskazanych przesłanek jest najbardziej niedookreśloną spośród wymienionych przez Ustawodawcę, aby na jej podstawie doszło do przerwania biegu terminu przedawnienia spełnione muszą być dwa elementy. Po pierwsze, musi zostać dokonana czynność przed sądem lub odpowiednim organem. Wśród takich czynności podjętych przed sądem lub odpowiednim organem wyróżnia się: powództwo o świadczenie (Tomczak 2021, s. 412-415; Torbus 2015, s. 335)⁶, a także powództwo adhezyjne w ramach postępowania karnego, powództwo wzajemne, wnioski powoda o wezwanie dłużnika do wzięcia udziału w sprawie w charakterze pozwanego (art. 194 § 1 i 3, art. 198 k.p.c.), zawiadomienie lub wezwanie osób, których udział w sprawie jest konieczny (art. 195, 198 k.p.c.) lub przystąpienie do sprawy w charakterze powoda dokonane przez osobę w odpowiedzi na skierowane do niej zawiadomienie sądu o toczącym się postępowaniu (art. 196, 198 k.p.c.) (Zakrzewski 2018, art. 123). Przerwanie biegu terminu przedawnienia może również powodować złożenie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej⁷, wszczęcie

⁵ Wątpliwości nie budzi przerwanie biegu terminu przedawnienia w przypadku tzw. właściwego uznania roszczenia. W przypadku uznania niewłaściwego należy *ad casu* dokonywać oceny czy mogło dojść do przerwania biegu terminu przedawnienia.

⁶ Co istotne w doktrynie wyrażona została także teza, że w sytuacji gdyby powództwo zostanie oddalone jako oczywiście bezzasadne na podstawie art. 191¹ k.p.c. spowoduje przerwanie biegu terminu przedawnienia; Przerwanie biegu terminu przedawnienia następuje również w następstwie wytoczenia powództwa przed sądem państwa obcego.

⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2014 r., V CSK 586/13, LEX nr 1493992.

postępowania przed sądem polubownym (Zachariasiewicz 2015, s. 83-85)⁸, złożenie wniosku o nadanie tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności (Błaszczak, Kuźmicka-Sulikowska 2012, s. 243; Sadza 2014, s. 792-793; Zembruski 2021, s. 383-384)⁹, przy czym przytoczone wyliczenia mają charakter wyłącznie przykładowy i nie wyczerpują katalogu czynności które przerywają bieg terminu przedawnienia. Drugim z elementów, który musi zostać spełniony by doszło do przerwania biegu terminu przedawnienia jest to, że czynność musi zostać podjęta bezpośrednio w celu dochodzenia, ustalenia, zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia. Jeżeli dana czynność podjęta przed sądem lub odpowiednim organem nie zmierza do dochodzenia, ustalenia, zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia nie powinna powodować przerwania biegu terminu przedawnienia (Pyziak-Szafnicka 2014, art. 123, pkt. 20-22)¹⁰. W odniesieniu do tej przesłanki Ustawodawca wyposażył zatem sąd w narzędzie, nad podstawie którego możliwe jest stwierdzenie, że określona czynność nie spowodowała przerwania biegu terminu przedawnienia, a to z tego względu, że jej celem nie było dochodzenie, ustalenie, zaspokojenie lub zabezpieczenia roszczenia. Na wprowadzenie takie elementu „weryfikacyjnego” Ustawodawca nie zdecydował się w odniesieniu do wszczęcia postępowania mediacyjnego, ale jak się wydaje wynikało to z faktu, iż wszczęcie postępowania mediacyjnego następuje jednak w znacząco odmienny sposób niż na przykład wszczęcie postępowania o zawezwanie do próby ugodowej. Kwestia zostanie szerzej omówiona w ramach rozdziału IV.

ZAWEZWANIE DO PRÓBY UGODOWEJ JAKO PRZESŁANKA PRZERWANIA BIEGU TERMINU PRZEDAWNIEŃ

Jak już wskazano w rozdziale II powyżej zawezwanie do próby ugodowej jest czynnością dokonaną bezpośrednio przed sądem, w związku z czym może powodować przerwanie biegu terminu przedawnienia. Przy czym w odniesieniu do zawezwania do próby ugodowej funkcjonuje przesłanka weryfikacyjna,

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2005 r., V CK 467/04, LEX nr 395074; Przy czym do przerwania biegu przedawnienia dojdzie wyłącznie w sytuacji wyłącznie w sytuacji, gdy strony wcześniej zawarły skuteczny zapis na sąd polubowny.

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r., IV CSK 156/1, LEX nr 1111012.

¹⁰ W doktrynie za takie czynności uznaje się np. wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych, jeśli poprzedza wytoczenie powództwa (art. 100 i n. ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594 z późn. zm.) oraz o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego dla strony zwolnionej od kosztów sądowych (art. 117 § 1 k.p.c.), wniosek o zabezpieczenie dowodów (art. 310 i n. k.p.c.), o ustanowienie kuratora do reprezentowania strony pozwanej w przyszłym procesie (art. 143 k.p.c.), o wyznaczenie sądu właściwego do rozpoznania sprawy.

która pozwala uznać, że dane zawezwanie do próby ugodowej nie spowodowało przerwania biegu terminu przedawnienia z tego względu, że jego celem nie było dochodzenie, ustalenie, zaspokojenie lub zabezpieczenie roszczenia. Ze względu jednak na ocenność tej przesłanki weryfikacyjnej w przeszłości dość często dochodziło na tym polu do nadużyć, gdyż wnioski o zawezwanie do próby ugodowej składane były wyłącznie w celu przerwania biegu terminu przedawnienia. Dlaczego rozwiązanie w postaci składania wniosku o zawezwanie do próby ugodowej w celu przerwania biegu terminu przedawnienia było takie popularne? Wydaje się, że w tym zakresie decydującą przesłanką był niski koszt takiego postępowania. Wierzyciel, któremu przysługiwało określone roszczenie mógł wystąpić do sądu z pozwem w celu rozstrzygnięcia sprawy wtedy jednak mógł uiścić opłatę od pozwu. Jeżeli roszczenie wierzyciela było niepewne to z reguły nie chciał on ryzykować wszczynania postępowania poprzez złożenie pozwu, gdyż w ten sposób narażał się na stosunkowo wysokie koszty. Z reguły jednak wierzyciel nie chciał tracić możliwości zaspokojenia swojego potencjalnego roszczenia ze względu na fakt, że uległo ono przedawnieniu. Alternatywą dla wystąpienia do sądu z powództwem mogło być dla wierzyciela złożenie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej, którego koszt był z reguły dużo niższy niż koszt wytoczenia powództwa. Prowadziło to do sytuacji, że wierzyciele składali wnioski o zawezwanie do próby ugodowej tylko w celu przerwania biegu terminu przedawnienia. Takie zachowanie wierzycieli zostało w doktrynie i judykaturze poddane krytyce.

W pierwszej kolejności można wskazać, że w doktrynie pojawiły się głosy, że zawezwanie do próby ugodowej w ogóle nie powoduje przerwania biegu terminu przedawnienia. Jako argument za przyjęciem tej tezy wskazywano, że ani wszczęcie mediacji, ani zawezwanie do próby ugodowej, nie są czynnościami przedsiębranymi bezpośrednio w celu dochodzenia roszczenia (Szłęczak 2014, s. 17). O ile jednak pierwsza z tych czynności przedawnienie przerywa, bo ustawa wprost tak stanowi, o tyle druga nie - bo różnice pomiędzy postępowaniem mediacyjnym a pojednawczym są na tyle znaczne, że analogii nie uzasadniają. Milczenie w kwestii postępowania pojednawczego, z równoczesnym wyraźnym uznaniem wszczęcia mediacji za czynność przerywającą przedawnienie, wspiera tezę, iż zawezwanie do próby ugodowej nie stanowi czynności przerywającej przedawnienie (Szłęczak 2014, s. 16).

Takie stanowisko nie spotkało się jednak z aprobatą judykatury, który wyraźnie opowiedziała się za stanowiskiem, że zawezwanie do próby ugodowej przerywa bieg terminu przedawnienia, choć w sposób wyraźny akcentowana jest kwestia weryfikacji czy celem złożonego wniosku o zawezwanie do

próby ugodowej jest dochodzenie roszczenia¹¹. Kolejne wypowiedzi doktryny zmierzały więc do zaaprobowania poglądu, że za niedopuszczalne należy uznać *a priori* przyjęcie, że zawezwanie do próby ugodowej spełnia przesłanki wskazane w art. 123 k.c. i za każdym razem powinno podlegać badaniu (Szłęk 2019, s. 27). Przedawnienie powinien przerywać wyłącznie taki wniosek, którego jedynym celem nie było przerwanie biegu terminu przedawnienia (Kutyła, Wiaksa 2020, s. 48). Pochodną tego poglądu są tezy, że jeżeli zawezwanie do próby ugodowej zmierza wyłącznie do przerywania biegu terminu przedawnienia może stanowić nadużycie prawa na podstawie art. 5 k.c.¹². W innych wypowiedziach doktryny i judykatury złożenie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej wyłącznie w celu przerywania biegu terminu przedawnienia traktowane jest nie jako nadużycie prawa podmiotowego na podstawie art. 5 k.c., lecz jako nadużycie prawa procesowego (Torbus 2010, s. 594–608)¹³. Przedstawiciele doktryny opowiadający się za tym, że wniosek o zawezwanie do próby ugodowej może stanowić nadużycie prawa procesowego wskazują, że sąd, do którego wpłynął wniosek o zawezwanie do próby ugodowej, powinien dokonać jego oceny nie tylko pod względem formalnym, ale również pod kątem dopuszczalności. W ramach oceny dopuszczalności wniosku o zawezwanie do próby ugodowej musi uwzględnić to, czy wystąpienie z nim nie jest – jako nadużycie uprawnienia procesowego – sprzeczne z dobrymi obyczajami (Kuśmierczyk 2022).

Nie sposób jednak nie zauważyć, że w wypowiedziach Sądu Najwyższego pojawiają się jednak poglądy, że z perspektywy podstaw stosowania art. 123 § 1 k.c. cele towarzyszące wierzycielowi nie podlegają badaniu, jako pozbawione doniosłości prawnej. Skutek przerywania biegu przedawnienia, przewidziany w art. 123 § 1 pkt 1 k.p.c., następuje bowiem z mocy prawa (*ex lege*), w następstwie dokonania określonej czynności procesowej. Istotne pozostaje natomiast jedynie to, czy wniosek o zawezwanie do próby ugodowej został wniesiony skutecznie w tym sensie, że nie nastąpił zwrot wniosku, jego odrzucenie lub umorzenie postępowania pojednawczego¹⁴. Teza jednak, że każde zawezwanie do próby ugodowej powoduje przerwę biegu terminu przedawnienia jak to już było wspomniane była i jest krytykowana w doktrynie (Szłęk 2021, s. 15–16. Pisuliński, Karasek 2007, s. 180–188).

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 103/17, LEX nr 2642795.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2019 r., IV CSK 77/18, LEX nr 2657427.

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2020 r., IV CSK 582/18, LEX nr 3107532.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2021 r., II CSKP 104/21

Jak się wydaje zarówno argumenty zwolenników koncepcji, że każde za-
wezwanie do próby ugodowej powinno stanowić przerwę biegu terminu prze-
dawnienia oraz zwolenników koncepcji, że wniesienie zawezwania do pró-
by ugodowej jedynie w celu przerywania biegu terminu przedawnienia może
stanowić nadużycie, nie są pozbawione sensu. Słusznie wskazuje F. Zedler,
że w przypadku, gdy wzywający do próby ugodowej wystąpił z zawezwaniem
w ostatnim dniu terminu do dochodzenia roszczeń, odrzucenie jego wnio-
sku, w związku ze skąpym materiałem sprawy zebrany w postępowaniu
pojednawczym, na podstawie którego odrzucono jego wezwanie do próby
ugodowej i ograniczonymi możliwościami obrony jego praw w postępowa-
niu zażaleniowym, może doprowadzić do sytuacji, w której następuje prze-
dawnienie jego roszczeń. W ten sposób może zostać pozbawiony skutecznej
możliwości dochodzenia swych roszczeń (Zedler 2019, s. 13). W mojej oce-
nie źródłem omawianych problemów jest traktowanie zawezwania do próby
ugodowej jako czynności nadużywającej prawa procesowego. Samo jednak
wniesienie zawezwania do próby ugodowej nie powoduje, że następnie rosz-
czenie rozpoznawane przez sąd zostanie uznane za przedawnione lub nie. Na-
stępuje to na skutek podniesienia przez stronę zarzutu w tym przedmiocie lub
uwzględnienia tej okoliczności przez sąd z urzędu w sytuacji, gdy sprawa do-
tyczy konsumenta. Jak się wydaje najlepszym rozwiązaniem omawianego pro-
blemu byłoby traktowanie jako nadużycie prawa procesowego na podstawie
art. 4¹ k.p.c. ewentualnej okoliczności, że do przerywania biegu terminu prze-
dawnienia doszło na skutek wcześniejszego zawezwania do próby ugodowej.
Sąd w postępowaniu rozpoznawczym byłby w takiej sytuacji w stanie dokład-
nie przeanalizować jak wyglądało wcześniejsze postępowanie o zawezwanie
do próby ugodowej i czy jego celem było wyłącznie przerywanie biegu ter-
minu przedawnienia, czy też powód wniósł wniosek o zawezwanie do próby
ugodowej faktycznie w celu dochodzenia roszczenia (Wolwiak 2022, s. 29)¹⁵.
Problemy te doprowadziły do zadania przez Sąd Najwyższy postanowieniem
z dnia 16.10.2020 r., w sprawie o sygnaturze IV CSK 107/20 pytań praw-
nych powiększonemu składowi Sądu Najwyższego: czy zawezwanie do próby
ugodowej może przerwać bieg przedawnienia roszczenia, a jeśli tak, czy prze-
rwa biegu przedawnienia zależy od tego, czy wierzyciel, mając na względzie
zachowanie dłużnika, mógł rozsądnie oceniać, że postępowanie pojednawcze
doprowadzi do zawarcia ugody oraz czy jeżeli zawezwanie do próby ugodowej

¹⁵ Na kwestię odpowiedniego sformułowania wniosku o zawezwanie do próby ugodowej zwraca uwagę I. Wolwiak, który wskazuje, że wniosek musi zawierać oznaczenie roszczenia oraz przedstawienie propozycji ugodowych przy związłym oznaczeniu sprawy.

spowodowało przeprowadzenie postępowania pojednawczego, w postępowaniu rozpoznawczym dopuszczalne jest ustalenie, że nie przerwało ono biegu przedawnienia roszczenia (Giara 2021, s. 1035-1038)¹⁶

Kwestię nadużywania zawezwania do próby ugodowej jako taniej możliwości przerywania biegu terminu przedawnienia zauważył także Ustawodawca wprowadzając 21 sierpnia 2019 r. zmianę w zakresie opłaty wniosku o zawezwanie do próby ugodowej. Przed wejściem w życie wskazanych przepisów opłata ta wynosiła jedynie 300 zł niezależnie od wartości roszczenia wierzyciela. Wprowadzoną nowelizacją Ustawodawca zdecydował, że opłata od wniosku o zawezwanie do próby ugodowej wynosić będzie 1/5 opłaty od pozwu, co w większości przypadków stanowiło zdecydowaną podwyżkę w zakresie opłaty od wniosku o zawezwanie do próby ugodowej. Jak się wydaje uiszczenie 1/5 opłaty od pozwu wyłącznie w tym celu by przerwać bieg terminu przedawnienia jest kwotą stosunkowo wysoką i jak się wydaje już samo wprowadzenie tego rozwiązania powinno zmniejszyć ilość wniosków o zawezwanie do próby ugodowej, które były składane wyłącznie w celu przerywania biegu terminu przedawnienia. Jednocześnie złożenie takiego wniosku dla wierzyciela, który nie jest pewien swojego roszczenia, wciąż stanowi lepsze rozwiązanie niż wystąpienie z powództwem od którego konieczne byłoby uiszczenie pełnej opłaty.

WSZCZĘCIE POSTĘPOWANIA MEDIACYJNEGO JAKO PRZESŁANKA PRZERWANIA BIEGU TERMINU PRZEDAWNIEŃ

Podstawowa różnica pomiędzy złożeniem wniosku o zawezwanie do próby ugodowej, a wszczęciem mediacji jako przesłanką przerywania biegu terminu przedawnienia, jest wykładnia pojęcia wszczęcie mediacji. Kwestię tą należy rozważyć wyłącznie w odniesieniu do mediacji prowadzonej na etapie przed wniesieniem powództwa, gdyż mediacja, na którą może skierować strony sąd na podstawie art. 183⁸ k.p.c., prowadzona jest już po wniesieniu pozwu, a zatem po przerywaniu biegu terminu przedawnienia, które następuje na skutek wystąpienia do sądu z powództwem (Falkiewicz 2012, s. 23-24). Regulację w zakresie wszczęcia postępowania mediacyjnego na etapie przed sądownym zawiera art. 183⁶ k.p.c., zgodnie z którym wszczęcie mediacji przez

¹⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2020 r., IV CSK 107/20, LEX nr 3077377; <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/skutki-wezwania-do-proby-ugodowej,510831.html> (dostęp 22.05.2022).

stronę następuje z chwilą doręczenia mediatorowi wniosku o przeprowadzenie mediacji, z dołączonym dowodem doręczenia jego podpisu drugiej stronie. Mimo jednak doręczenia wniosku, mediacja nie zostaje wszczęta, jeżeli stały mediator, w terminie tygodnia od dnia doręczenia mu wniosku o przeprowadzenie mediacji, odmówił przeprowadzenia mediacji albo strony zawarły umowę o mediację, w której wskazano jako mediatora osobę niebędącą stałym mediatorem, a osoba ta, w terminie tygodnia od dnia doręczenia jej wniosku o przeprowadzenie mediacji, odmówiła przeprowadzenia mediacji albo strony zawarły umowę o mediację bez wskazania mediatora i osoba, do której strona zwróciła się o przeprowadzenie mediacji, w terminie tygodnia od dnia doręczenia jej wniosku o przeprowadzenie mediacji, nie wyraziła zgody na przeprowadzenie mediacji albo druga strona w terminie tygodnia nie wyraziła zgody na osobę mediatora albo strony nie zawarły umowy o mediację, a druga strona nie wyraziła zgody na mediację (Kuźmicka-Sulikowska 2016, s. 127-128).

W przypadku postępowania mediacyjnego kształtowanie terminu przedawnienia nie następuje wyłącznie przez jedną stronę – wierzyciela, lecz w jego ewentualnym przerwaniu ma swój udział dłużnik. Wynika to z faktu, że w odniesieniu do mediacji dłużnik z wierzycielem przed powstaniem sporu muszą zawrzeć umowę o mediację, a tym samym dłużnik przyjmuje ryzyko, że w przyszłości wierzyciel będzie mógł doprowadzić do przerwania biegu terminu przedawnienia poprzez wszczęcie mediacji (Derlatka 2018, s. 77). Alternatywnie, jeżeli dłużnik z wierzycielem nie zawarli umowy o mediację, to żeby doszło do jej wszczęcia dłużnik musi na to wyrazić zgodę. Także w tej sytuacji dłużnik wyrażając zgodę na przeprowadzenie mediacji musi liczyć się z tym, że dojdzie na skutek jej wszczęcia do przerwania terminu przedawnienia (Chańko 2010). Wszczęcie mediacji niezależnie od tego czy zakończy się ona sukcesem powoduje przerwanie biegu terminu przedawnienia (Sobolewski 2007, s. 36).

ZMIANY W ZAKRESIE PRZERWANIA TERMINU PRZEDAWNIEŃ – MEDIACJA I ZAWEZWANIE DO PRÓBY UGODOWEJ JAKO PRZESŁANKI ZAWIESZENIA TERMINU PRZEDAWNIEŃ

Omówione powyżej rozwiązania dotyczące przerwania biegu terminu przedawnienia na skutek zgłoszenia wniosku o zawezwanie do próby ugodowej lub wszczęcia postępowania mediacyjnego ulegną zdecydowanej zmianie od

dnia 30 czerwca 2021 r. W treści uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks cywilny, ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw wskazano, że wniosek o zawezwanie do próby ugodowej na tle pozostałych czynności procesowych przerywających bieg przedawnienia przedstawia się przy tym o tyle szczególnie, że zakończona niepowodzeniem próba ugodowa nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej. Wniosek taki z jednej strony przedłuża zatem czas, jakim dysponuje wierzyciel na dochodzenie roszczenia, a z drugiej strony – nie przesądza o istnieniu albo nieistnieniu zobowiązania dłużnika i nie zamyka wierzycielowi drogi do dalszego dochodzenia roszczenia. Trudno to pogodzić z opisanymi wyżej celami instytucji przedawnienia. Mając na uwadze powyższe kontrowersje, związane z nadużywaniem przez wierzycieli instytucji zawezwania do próby ugodowej, zdecydowano się wprowadzić regulację ograniczającą wpływ złożenia wniosku o zawezwanie do próby ugodowej bądź wszczęcie postępowania mediacyjnego, prowadzonego bez zaangażowania sądu, na bieg terminu przedawnienia do jego zawieszenia, na czas trwania postępowania pojednawczego bądź mediacyjnego¹⁷.

Ze wskazanych powyżej względów Ustawodawca podjął decyzję, o modyfikacji dotychczasowych rozwiązań dotyczących przerwania biegu terminu przedawnienia w odniesieniu do zawezwania do próby ugodowej oraz wszczęcia mediacji. Z art. 123§1 k.c. usunięty został pkt. 3, co prowadzi do wniosku, że wszczęcie mediacji nie będzie powodowało przerwy biegu terminu przedawnienia. Natomiast w art. 121 k.c. odnoszącym się do zawieszenia terminu przedawnienia dodano pkt. 5 i 6 dotyczący odpowiednio postępowania mediacyjnego i postępowania o zawezwanie do próby ugodowej. Wprowadzone w ramach nowelizacji rozwiązania oznaczają, że w przypadku gdy strony postanowią o przeprowadzeniu mediacji przed wszczęciem postępowania rozpoznawczego w sprawie, to przeprowadzenie tej mediacji nie będzie powodowało przerwania biegu terminu przedawnienia, a wyłącznie jego zawieszenie. Taka sama sytuacja będzie miała miejsce w odniesieniu do wniosku o zawezwanie do próby ugodowej. Złożenie takiego wniosku nie będzie powodowało przerwania biegu terminu przedawnienia, a jedynie jego zawieszenie przez czas trwania tego postępowania.

Przeprowadzone w rozdziałach II – V rozważania nie mają jednak wymiaru wyłącznie historycznego, a to ze względu na treść przepisów intertemporalnych ustawy o zmianie ustawy - Kodeks cywilny, ustawy - Kodeks

¹⁷ Druk nr 1344. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego; <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1344> (dostęp: 21.05.2022)

postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. Zgodnie z art. 8 te same ustawy do mediacji oraz postępowania pojednawczego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Oznacza to, że przerwę biegu terminu przedawnienia spowodują wszystkie zawezwania do próby ugodowej złożone przed 30.06.2022 r. jak również wszelkie wszczęte przed tym terminie postępowania mediacyjne (Kowalczyk 2022, s. 405).

OCENA ROZWIĄZANIA ORAZ WNIOSKI

Wydaje się, że zaproponowane przez Ustawodawcę rozwiązania należy ocenić negatywnie, a ich wprowadzenie może przyczynić się do zmniejszenia ilości spraw załatwianych w sposób polubowny na rzecz rozstrzygnięcia spraw na drodze sądowej. Pojawia się ryzyko, że strony w sytuacji, gdy do upływu terminu przedawnienia nie będzie brakowało zbyt dużo czasu strony zamiast spróbować polubownie rozwiązać spór będą decydowały się na wniesienie pozwu, żeby nie ryzykować przedawnienia posiadanego przez nie roszczenia. Jak się wydaje dotychczas obowiązujące rozwiązania, które pozwalały dokonać oceny, czy zawezwanie do próby ugodowej miało na celu zaspokojenie roszczenia, połączone z wprowadzonym w 2019 r. wzrostem opłaty od zawezwania do próby ugodowej były rozwiązaniem lepszy niż obecnie wprowadzone. Za całkowicie niezrozumiałe natomiast należy uznać wprowadzenie omawianej zmiany w odniesieniu do postępowania mediacyjnego. Jak już było to wskazane w rozdziale IV postępowanie mediacyjne na etapie przedprocesowym mogło być wszczęte wyłącznie jeżeli strony zawarły wcześniej umowę o mediację lub dłużnik wyraził na to zgodę. Zawierając umowę o mediację lub wyrażając na nią zgodę dłużnik musiał liczyć się z tym, że w ten sposób doprowadzi do przerwania biegu terminu przedawnienia.

Pierwsze poglądy dotyczące wskazanej tematyki wskazują na jej negatywną ocenę - Postępowania pojednawcze są z reguły szybsze, mniej sformalizowane i mniej kosztowne dla stron. Zmiana przepisów Kodeksu cywilnego powodująca, iż złożenie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej wyłącznie zawiesi a nie przerwie bieg terminu przedawnienia roszczenia może spowodować zaprzestanie wnoszenia takich wniosków do sądu¹⁸. Podobnie negatywnie wprowadzona rozwiązania oceniła Naczelna Rada Adwokacka w opinii

¹⁸ <https://serwisy.gazetaprawna.pl/orzeczenia/artykuly/8366727,zawezwanie-do-proby-ugodowej-mediacja-przerwanie-biegu-przedawnienia.html> (dostęp 21.05.2022)

do projektu ustawy¹⁹. Jak się wydaje te negatywne oceny wprowadzonego rozwiązania należy podzielić. Przepis w kształcie obowiązującym przed nowelizacją pozwalały radzić sobie z wnioskami o zawezwanie do próby ugodowej, których jedynym celem było przerwanie biegu przedawnienia. Mediacja, z kolei, nie powinna w tym zakresie już w ogóle budzić żadnych wątpliwości. Wprowadzone na mocy nowelizacji rozwiązania doprowadzą do sytuacji w której wierzyciel, którego roszczenie będzie zbliżało się do końca terminu przedawnienia nie zaryzykuje polubownego rozwiązania sprawy, poprzez wszczęcie postępowania o zawezwanie do próby ugodowej lub mediacyjnego z obawy, że po jego zakończeniu nie pozostanie mu zbyt wiele czasu na przygotowanie ewentualnego pozwu, gdyż dopiero ta czynność przerwie bieg terminu przedawnienia.

BIBLIOGRAFIA

- Błaszczak Ł., Kuźmicka-Sulikowska J.
2012 *Wniosek o nadanie klauzuli wykonalności i wniosek o stwierdzenie wykonalności a przerwanie biegu przedawnienia roszczeń*. Polski Proces Cywilny, nr 2.
- Chańko P., Strumiłło T.
2010 *Przerwa biegu terminu przedawnienia na skutek wszczęcia mediacji*. ADR Arbitraż i Mediacja, nr 1.
- Ciepła H. *Przedawnienie i zarzut przedawnienia w procesie cywilnym*. Ius Novum 2015 nr 4.
- Derlatka J.
2018 *Zasady mediacji w postępowaniu cywilnym – uwagi prakseologiczne i prawnoporównawcze*. Polski Proces Cywilny, nr 3.
- Falkiewicz K., Romatowska M.
2012 *Uгода w postępowaniu mediacyjnym w sprawach cywilnych*. Temidium. Prawo i Praktyka, nr 5.
- Giaro M.
2021 *Przerwanie biegu przedawnienia przez zawezwanie do próby ugodowej*. Monitor Prawniczy, nr 19.

¹⁹ <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/AC9C806F21402CECC12587520040FFB4/%24File/1344-003.pdf> (dostęp 22.05.2022)

Górecka-Ochnio K.

2019 *Uznanie niewłaściwe w świetle zmian Kodeksu cywilnego*. Przegląd Prawa Handlowego, nr 2.

Górniak K., Łaguna Ł.

2019 *Przedawnienie roszczenia przeciwko pracownikowi będącemu konsumentem*. Przegląd Sądowy, nr 7–8.

Jachimowicz Z.

2018 *Przedawnienie wierzytelności a społeczne przeświadczenie o konieczności ponoszenia konsekwencji swoich działań*. Przegląd Prawa Publicznego, nr 7-8.

Kluza J.

2021 *Reforma terminów przedawnienia w prawie prywatnym*. Przegląd Prawno-Ekonomiczny, nr 1.

Kordasiewicz B.

2008 [w:] *System Prawa Prywatnego, t. 2, Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa.

Kowalczyk B.

2019 *Wpływ wniosku o udzielenie zabezpieczenia na bieg terminów do zaskarżenia uchwał spółek kapitałowych – możliwość stosowania per analogiam przepisów o przedawnieniu*. Przegląd Prawa Handlowego, nr 4.

2022 *Zawezwanie do próby ugodowej a przerwanie biegu przedawnienia – nowe ujęcie starego problemu*. Monitor Prawniczy, nr 8.

Krajewski M.

2018 *Zmiany regulacji przedawnienia roszczeń*. Przegląd Prawa Handlowego, nr 12.

Kuśmierczyk M.

2022 *Przerwanie biegu przedawnienia roszczeń majątkowych przez złożenie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej*. Doradztwo Podatkowe Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych, nr 1.

Kutyła J., Wiaksa A.

2020 *Wniosek o zawezwanie do próby ugodowej, a przerwa biegu terminu przedawnienia*. Monitor Prawa Handlowego, nr 1.

Kuźmicka-Sulikowska J.

2018 *Przedmiot przedawnienia, jego terminy i skutki w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z 2015 roku i ustawie z 13 kwietnia 2018 roku.* Kwartalnik Prawa Prywatnego, nr 3.

Kuźmicka-Sulikowska J.

2016 *Przerwanie biegu przedawnienia roszczeń przez wszczęcie mediacji.* Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny, nr 2.

Machnikowski P.

2018 *Nowelizacja przepisów Kodeksu cywilnego o przedawnieniu roszczeń.* Przegląd Sądowy, nr 9.

Nowakowski T.

2020 *Przedawnienie roszczenia przeciwko pracownikowi będącemu konsumentem. Krytyczne uwagi na marginesie artykułu K. Górniaka i Ł. Łaguny.* Przegląd Sądowy, nr 5.

Pisuliński J. Karasek I.

2007 *Glosa do uchwały z dnia 28 czerwca 2006 r. (III CZP 42/06).* Przegląd Sądowy, nr 7–8.

Pyziak-Szafnicka M.

2014 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna.* red. P. Księżak, Warszawa.

Sadza A.

2014 *Postępowanie cywilne - wnioski o nadanie klauzuli wykonalności - przedawnienie - przerwanie i zawieszenie biegu przedawnienia. Glosa do wyroku SN z dnia 12 stycznia 2012 r., II CSK 203/11.* OSP 6/60.

Sobolewski P.

2007 *Skutki prawne umowy o mediację.* Przegląd Prawa Handlowego, nr 8.

Stępień-Sporek A.

2010 *Kilka uwag o uznaniu niewłaściwym.* Gdańskie Studia Prawnicze, nr 2.

Strugała R.

2021 *Zrzeczenie niewłaściwe. Możliwość uchylecia skutków przedawnienia przez dłużnika-konsumenta w świetle znowelizowanych przepisów o przedawnieniu.* Przegląd Sądowy, nr 7-8.

Szlęzak A.

- 2014 *Czy zawezwanie do próby ugodowej przerywa bieg przedawnienia?* Przegląd Sądowy, nr 6.
- 2019 *Próba ugodowa jako przerywająca termin przedawnienia.* Przegląd Sądowy, nr 11-12.
- 2019 *Uznanie niewłaściwe jako zdarzenie przerywające bieg terminu przedawnienia.* Przegląd Sądowy, nr 1.
- 2021 *Zawezwanie do próby ugodowej jako czynność przerywająca bieg terminu przedawnienia – na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z 17.06.2021, II CSKP 104/21.* Przegląd Prawa Handlowego, nr 11.

Tomczak T.

- 2021 *Czy wniesienie powództwa oczywiście bezzasadnego w rozumieniu art. 191¹ k.p.c. przerywa bieg przedawnienia?* St.Jur.Torun., nr 2.

Torbus A.

- 2010 *Zawezwanie do zawarcia ugody w postępowaniu pojednawczym a problem nadużycia prawa* [w:] A. Jakubecki, J.A. Strzępka (red.), *Ius et remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*, Wolters Kluwer, Warszawa.
- 2015 *Wytoczenie powództwa przed sądem państwa obcego jako przyczyna przerwy biegu przedawnienia (art. 123 § 1 pkt 1 k.c.).* Polski Proces Cywilny, nr 3.

Wojewoda M., Kostwiński M.

- 2021 *Uwzględnienie przedawnienia z urzędu w postępowaniu cywilnym (w kontekście dochodzenia roszczeń odsetkowych).* Monitor Prawniczy nr 9.

Wolwiak I.

- 2022 *Przedawnienie roszczenia – ochrona czy przeszkoda w poszukiwaniu przedprocesowego rozwiązania sporu – cz. I.* Monitor Prawniczy, nr 1.

Zachariasiewicz M., Zralek J.

- 2015 *Nieskuteczność przerywania biegu terminu przedawnienia w przypadku wniesienia pozwu przed niewłaściwe forum arbitrażowe lub państwowe.* Przegląd Sądowy, nr 5.

Zakrzewski P.

2018 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1-125)*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa.

Zedler F.

2019 *Zawezwanie do próby ugodowej wyłącznie w celu przerwania biegu przedawnienia. Glosa do wyroku SN z dnia 27 lipca 2018 r., V CSK 384/17. OSP 6/56.*

Zembrzuski T.

2021 *Złożenie wniosku o nadanie klauzuli wykonalności a przerwanie biegu przedawnienia roszczeń. Monitor Prawniczy, nr 7.*

INNOWACYJNE KONCEPCJE PRAWNOPODATKOWE W POSTPANDEMICZNEJ GOSPODARCE ŚWIATOWEJ

WSTĘP

Pandemia COVID-19 wywołała największą recesję gospodarczą od czasów wielkiego kryzysu z lat 1929-1933, obejmując swym zasięgiem praktycznie wszystkie kraje i większość sektorów globalnej gospodarki (Wheelock 2020, s. 1-3). Odnotowywany wzrost liczby zachorowań w kolejnych państwach doprowadził m.in. do rekordowych spadków na światowych giełdach, spadku ceny ropy naftowej w Stanach Zjednoczonych oraz powszechnych braków w zaopatrzeniu na skutek paniki zakupowej (Watts i Kommenda 2020). Aby zahamować rozprzestrzenianie się choroby, władze polityczne często decydowały się wprowadzanie szeregu ograniczeń w życiu społeczno-gospodarczym (ang. *lockdown*), co bezpośrednio przełożyło się na zahamowanie wzrostu gospodarczego oraz powszechną obawę społeczną przed utratą pracy. W reakcji na zaistniałą sytuację kryzysową, władze państwowe były zmuszone podjąć nadzwyczajne kroki nie tylko w celu zmniejszenia transmisji wirusa, lecz także by zminimalizować negatywne skutki nieuniknionej recesji dla rodzimej gospodarki, zwłaszcza przeciwdziałając wzrostowi bezrobocia. Wprowadzone pakiety rozwiązań fiskalno-monetarnych, nakierowane w szczególności na pomoc w utrzymaniu płynności finansowej przez podmioty gospodarcze, ochronę pracowników i osób tracących źródła dochodów, obniżanie lub czasowe

¹ ORCID: 0000-0003-2898-6118

znoszenie ciężarów publicznoprawnych, a także odpowiednie działania prewencyjne i sygnalizacyjne zmniejszające wahania na rynkach finansowych, pozwoliły złagodzić skutki pandemicznego załamania gospodarczego. W krajach OECD łączna kwota rządowych papierów wartościowych wyemitowanych w okresie od stycznia do maja 2020 r. osiągnęła 11 bln USD².

Konsekwencje powziętych działań stymulacyjnych wywarły oczywisty wpływ na wzrost poziomu zadłużenia państw i zwiększenie ujemnych sald budżetowych. W pierwszym roku trwania pandemii (od marca 2020 r. do marca 2021 r.) dług publiczny Stanów Zjednoczonych wzrósł z 23,45 bln USD do 28,02 bln USD (wzrost o 19,29%)³. Niewiele mniejszy wzrost zadłużenia odnotowała Japonia, której dług wzrósł z 11,42 bln USD do 14,64 bln USD (wzrost o 28,2%). Największy procentowy wzrost zadłużenia odnotowały z kolei Niemcy, dług których wzrósł z 2,37 bln USD do 3,2 bln USD (wzrost o 35,02%)⁴. Według prognoz Międzynarodowego Funduszu Walutowego, łączny globalny dług publiczny w latach 2019-2022 wzrośnie o 24,6 bln USD, natomiast polski dług publiczny w 2022 r. zwiększy się w porównaniu z 2019 r. o 451 mld PLN, co oznacza wzrost o 43,1%⁵.

Znaczący wzrost wydatków budżetowych poszczególnych państw oraz ich ograniczona zdolność do dalszego zadłużania się stwarzają potrzebę pozyskania nowych źródeł dochodów. Nie ulega wątpliwości, że najistotniejszym środkiem realizacji niniejszej potrzeby będzie wzrost wpływów podatkowych, które stanowią podstawowe źródło dochodów budżetowych. Zwiększenie dochodów podatkowych może nastąpić poprzez podwyżkę należności podatkowych już istniejących w systemie podatkowym państwa lub przez opracowanie i implementowanie nowych danin publicznoprawnych. W ostatnich latach w debacie publicznej coraz częściej pojawiają się koncepcje wdrożenia innowacyjnych rozwiązań podatkowych ukierunkowanych na opodatkowanie konkretnego sektora gospodarki oraz postulaty nałożenia podatków pośrednich na niektóre wyroby konsumpcyjne czy dodatkowego opodatkowania osób fizycznych osiągających wysokie dochody. Istnieje duże prawdopodobieństwo, iż kryzys wywołany pandemią, a dokładniej związany z nim wzrost

² <https://www.obserwatorfinansowy.pl/bez-kategorii/rotator/dlug-publiczny-eksploдовал-swiat-zagrozony-stagnacja/> (dostęp 3.01.2022).

³ <https://finbold.com/us-japan-national-debt-surges-by-8-trillion-in-the-last-12-months-china-recovers/> (dostęp 3.01.2022).

⁴ Ibidem.

⁵ <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020> (dostęp 3.01.2022).

zapotrzebowania na nowe wpływy budżetowe, przyspieszy opracowanie i przyjęcie nowych konstrukcji prawnopodatkowych.

Celem niniejszej pracy jest przedstawienie wybranych innowacyjnych koncepcji na skonstruowanie i wdrożenie nowych ciężarów podatkowych lub danin quasi-podatkowych, mogących dodatkowo zwiększyć dochody budżetowe poszczególnych państw lub organizacji międzynarodowych w postpandemicznej rzeczywistości gospodarczej. Praca ukazuje pewne globalne trendy i kierunki koncepcyjne w opodatkowaniu *sensu largo*, coraz powszechniej postulowane i realizowane przez niektóre środowiska społeczne lub polityczne.

NOWE REGUŁY ALOKACJI DOCHODU ORAZ GLOBALNY MINIMALNY CIT

Idea wdrożenia globalnego minimalnego podatku od przedsiębiorstw (dalej: globalny CIT) ukształtowała się na kanwie współpracy międzynarodowej w ramach OECD nad stworzeniem jednolitych, konsensualnych reguł opodatkowania gospodarki cyfrowej. Wzrost poziomu cyfryzacji życia społecznego i gospodarczego ujawnił bowiem pewne wyzwania dotyczące sfery podatkowej. Problemem okazała się możliwość efektywnego opodatkowania dochodów przedsiębiorstw z sektora cyfrowego przez państwa, na obszarze których niniejsze podmioty gospodarcze prowadzą faktyczną wirtualną działalność, świadcząc usługi lokalnym klientom i osiągając dochody z tego tytułu, mimo braku posiadania fizycznych związków z ich terytorium. Obecne międzynarodowe reguły opodatkowania zysków transgranicznych, na podstawie których poszczególne jurysdykcje mogą dochodzić roszczeń podatkowych względem innym państw były tworzone z myślą o tradycyjnych modelach biznesowych, w odniesieniu do których ustalenie rezydencji podatkowej danego podmiotu zasadniczo nie stanowi trudności. Niemniej, w stosunku do przedsiębiorstw cyfrowych niniejsze zasady stały się mało wydajne, gdyż nie prowadzą do realizacji zasadniczego celu, jakim jest efektywne i sprawiedliwe opodatkowanie zysków z prowadzonej działalności gospodarczej (Lipniewicz 2018, dostęp: LEX). Wysoki poziom umiędzynarodowienia branży cyfrowej, a zwłaszcza zanik więzi łączących przedsiębiorstwa z obszarem państwa, na rynku którego pozostają one aktywne gospodarczo, umożliwił faktyczne prowadzenie działalności w danym kraju bez konieczności utrzymywania fizycznej obecności na jego terytorium.

Ustalenie rezydencji podatkowej przedsiębiorstwa z sektora cyfrowego w oparciu o konwencyjne kryteria testu siedziby (miejsca rejestracji) lub

miejsca faktycznego zarządu jest w praktyce irrelewantne. Istnieje bowiem możliwość rejestracji spółki w jurysdykcji o łagodnym reżimie opodatkowania (raju podatkowym), mimo że faktycznym miejscem prowadzenia działalności gospodarczej jest inne państwo. Miejsce faktycznego zarządu, a więc miejsce rzeczywistego położenia ośrodka kontrolującego i decyzyjnego danej spółki, również może pozostawać w pełni odrębne od obszaru państwa, na którym wykazuje ona aktywność gospodarczą. Efektywne zarządzanie podmiotem gospodarczym nie jest już uzależnione od posiadania fizycznego dostępu do jego danych i zasobów. Możliwe jest bowiem omawianie spraw dotyczących spółki i podejmowanie decyzji biznesowych przez członków zarządu z dowolnego miejsca na świecie, przy wykorzystaniu środków porozumiewania się na odległość (Jamróży i in. 2016, LEX).

Konwencyjna zasada źródła, w myśl której zyski przedsiębiorstwa mającego siedzibę w danym państwie podlegają opodatkowaniu tylko w tym państwie, chyba że przedsiębiorstwo prowadzi w innym państwie działalność gospodarczą poprzez położony tam stały zakład, również pozostaje bezskuteczna w odniesieniu do branży cyfrowej. Przez pojęcie „stałego zakładu” rozumie się stałą placówkę, za pośrednictwem której prowadzona jest częściowa lub całkowita działalność podmiotu gospodarczego (art. 5 ust. 1 KM-OECD⁶). Ukonstytuowanie się stałego zakładu danego przedsiębiorstwa, umożliwia państwu, na obszarze którego prowadzona jest działalność za jego pośrednictwem na opodatkowanie zysków wygenerowanych przez ten zakład. Problemem jest jednak kwestia kwalifikacji urządzeń informatycznych, takich jak strony internetowe, wykorzystywanych do prowadzenia cyfrowej działalności. Sama strona internetowa, będąca połączeniem programu komputerowego i danych elektronicznych, nie stanowi dobra materialnego, nie wykazuje cech trwałości, istnienia lokalizacji, co w rezultacie uniemożliwia jej uznanie za stały zakład przedsiębiorstwa, wobec czego państwo, na rynku którego prowadzona jest działalność za pośrednictwem takiej strony nie ma podstaw do obciążenia podatkiem dochodów powstałych na jego terytorium (Bany 2016, s.136). Miejscem opodatkowania zysków nie jest zatem jurysdykcja, w której następuje finalny etap procesów biznesowych stanowiących źródło dochodów danego przedsiębiorstwa.

⁶ Konwencja Modelowa w sprawie podatku od dochodu i majątku Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju z dnia 21 listopada 2017 r. https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page33 (dostęp 2.01.2022).

Potrzeba zrewidowania międzynarodowego prawa podatkowego w zakresie opodatkowania zysków transgraniczna jest dostrzegalna już od wielu lat, zarówno w literaturze przedmiotu jak i na szczęblu organizacji międzynarodowych, w szczególności Unii Europejskiej i OECD (Lewandowska i Warnieło 2018, s. 52). Najszerszej komentowaną koncepcją była inicjatywa przedłożona przez OECD w 2015 r., będąca efektem prac w ramach programu BEPS. Zakładała ona przyjęcie dodatkowej, alternatywnej definicji stałego zakładu, odnoszącej się do cyfrowego sektora gospodarki. Precyzując, przedsiębiorstwo, świadczące usługi cyfrowe byłoby uznane za posiadające ukonstytuowany stały zakład na terytorium danej jurysdykcji, jeżeli utrzymywałoby na jej krajowym rynku „znaczącą obecność cyfrową” (ang. *significant economic presence*). Autorzy ukierunkowali niniejszą propozycję na podmioty, w przypadku działalności których kluczową rolę odgrywają elementy niematerialne a składniki materialne (biura, maszyny) pełnią wobec nich rolę służebną (Raport OECD 2015, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*).

Wobec braku ponadnarodowego porozumienia co do ostatecznego kształtu wspólnych nowych reguł pozwalających efektywnie opodatkować gospodarkę cyfrową, poszczególne państwa implementowały własne rozwiązania w tej materii. Szeroką popularność zdobył wprowadzony przez Wielką Brytanię w 2015 r. podatek od przekierowanych zysków (ang. *diverted profits tax*), szerzej znany jako „*Google tax*”⁷. Z kolei Francja i Włochy wdrożyły podatek od usług cyfrowych (ang. *digital service tax*) skonstruowany w oparciu o model postulowany przez Komisję Europejską w 2018 r. jako rozwiązanie przejściowe do czasu wypracowania innych konsensualnych reguł opodatkowania. Własne koncepcje przyjęły również m.in. Węgry (tzw. podatek od reklam), Izrael (podatek cyfrowy) oraz Indie (opłata wyrównawcza, ang. *equalisation levy*)⁸.

Pandemia COVID-19 zdynamizowała międzynarodowe prace nad nowymi zasadami opodatkowania. W październiku 2021 r. OECD wydała oświadczenie o uzyskanym porozumieniu przez 136 państw reprezentujących ponad 90% światowego PKB, w zakresie wprowadzenia zasadniczych zmian w międzynarodowym prawie podatkowym, które mają zapewnić sprawiedliwy podział władztwa podatkowego nad cyfrową gospodarką⁹. Założenia

⁷ Finance Act 2015, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/11/part/3/enacted> (dostęp 14.03.2021).

⁸ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en> (dostęp 2.01.2022).

⁹ <https://www.oecd.org/newsroom/oecd-releases-pillar-two-model-rules-for-domestic-implementation-of-15-percent-global-minimum-tax.htm> (dostęp 2.01.2022).

niniejszej reformy mają być szczegółowo opracowane w ramach kontynuacji projektu BEPS 2.0 i uwzględnić dwa filary tematyczne.

Pierwszy filar projektu ma obejmować zmiany w zasadach alokacji części zysków przedsiębiorstw międzynarodowych do poszczególnych krajów, na terenie których prowadzą one działalność gospodarczą i generują zyski. Nowe reguły mają znaleźć zastosowanie do podmiotów, których suma globalnych przychody przekracza 20 mld EUR oraz poziom rentowności wynosi co najmniej 10%. Poziom rentowności liczony będzie poprzez podzielenie kwoty dochodu przed opodatkowaniem przez kwotę przychodów. W przypadku pozytywnego wdrożenia niniejszego rozwiązania, dopuszcza się możliwość obniżenia globalnego progu przychodów z 20 mld EUR do 10 mld EUR po upływie 7 lat jego obowiązywania. Podmioty te zostaną zobligowane do częściowej alokacji osiągniętych zysków do jurysdykcji, w których wykazują aktywność gospodarczą (tzw. jurysdykcje rynkowe) bez względu na fizyczną obecność na ich obszarze. Przeniesieniu będzie podlegać część zysków rezydualnych (rozumianych jako zyski przekraczające 10% globalnych przychodów) ustalona na poziomie 25% a o finalnym miejscu ich przydzielenia decydować będzie specjalny klucz bazujący na kryterium przychodowym, wykraczający poza zasadę ceny rynkowej. Beneficjentami alokacji zysków będą państwa, na rynku których wygenerowano przychody wyższe lub równe 1 mln EUR, w przypadku państw o PKB niższym niż 40 mld EUR kwota ta zostanie zmniejszona do 250 tys. EUR¹⁰.

Nowe zasady ustalania miejsca opodatkowania dochodu zmierzające do obciążenia podatkiem części zysku przedsiębiorstwa w państwie uzyskania dochodu mają dotyczyć przede wszystkim działalności polegającej na świadczeniu konsumentom zautomatyzowanych usług cyfrowych, w których zaangażowanie czynnika ludzkiego jest drugorzędne tj. usługi reklamowe, serwisy społecznościowe, obrót danymi użytkowników, chmura obliczeniowa. Dodatkowo, działania podejmowane w ramach filaru pierwszego mają dążyć do uproszczenia regulacji o cenach transferowych oraz ograniczyć obowiązki formalnoprawne przedsiębiorstw, a także wzmacniać zasadę pewności podatkowej poprzez przyjęcie mechanizmu zapobiegania i rozwiązywania ewentualnych sporów powstałych na gruncie nowych reguł alokacyjnych¹¹.

Drugi filar projektu zakłada natomiast implementację globalnego minimalnego podatku CIT, którego celem będzie przeciwdziałanie zjawisku

¹⁰ <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf> (dostęp 2.01.2022).

¹¹ Ibidem.

erozji podstawy opodatkowania. Nowy podatek ma utrudniać transferowanie zysków poza państwa, w których zyski te zostały osiągnięte do jurysdykcji stosujących szkodliwą konkurencję podatkową. Jego podmiotami będą przedsiębiorstwa międzynarodowe, których skonsolidowany roczny globalny przychód przewyższa 750 mln EUR. Stawkę podatku ustalono na poziomie 15% od łącznego globalnego dochodu podatnika. Warto zaznaczyć, iż zakres niniejszej regulacji nie jest ukierunkowany wyłącznie na opodatkowanie gospodarki cyfrowej, nie jest to kolejny podatek sektorowy, jego przyjęcie ma bowiem charakter szerszy i obejmuje reformę podatku CIT *sensu stricto*. Nowe przepisy mają docelowo eliminować stan, w którym efektywna stawka opodatkowania danego przedsiębiorstwa byłaby niższa od prawnie ustalonego poziomu. Innymi słowy, reforma ma prowadzić do sytuacji, w której stosunek kwoty ostatecznie należnego podatku do wartości podstawy opodatkowania nie będzie niższy niż 15% w żadnej jurysdykcji, w której spółka prowadzi działalność. Zgodnie z nową podstawową regułą, jeżeli faktyczne opodatkowanie dochodu spółki zależnej w danym państwie będzie niższe niż ustalony próg, wówczas podatnik kontrolujący tę spółkę będzie zobligowany uiszczyć powstałą różnicę w państwie swojej rezydencji. Przykładowo, jeżeli zyski spółki zależnej w innym państwie podlegają efektywnej stawce podatkowej na poziomie 12%, a stawka globalnego minimalnego podatku wynosi 15%, to istnieje konieczność uiszczenia podatku wyrównawczego na poziomie 3% w jurysdykcji, będącej miejscem rezydencji spółki matki. Jest to tzw. zasada wyłączenia dochodu (ang. *Income Inclusion Rule*) i w swoim kształcie nawiązuje do przepisów o zagranicznej spółce kontrolowanej (CFC). Są to regulacje przewidujące obowiązek uwzględniania w podstawie opodatkowania u krajowego rezydenta podatkowego, dochodów uzyskiwanych przez kontrolowany podmiot zagraniczny, którego miejscem siedziby lub zarządu jest państwo o niższym poziomie opodatkowania niż obowiązujący w państwie rezydencji tego rezydenta. Zasadnicza różnica polega jednak na tym, iż w przypadku regulacji CFC opodatkowanie dochodu w państwie rezydencji spółki matki następuje według podstawowej stawki obowiązującej w tej jurysdykcji, natomiast zasada wyłączenia przewiduje tylko opodatkowanie wyrównawcze do ustalonego poziomu¹².

¹² Raport OECD 2020, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.pdf> (dostęp 2.01.2022).

Uzupełnieniem powyższej zasady ma być również druga reguła, zwana regułą niedostatecznie opodatkowanych płatności (ang. *Undertaxed Payments Rule*). Jej istotą jest ochrona interesów fiskalnych państwa źródła a znajdzie zastosowanie w przypadku, gdy zbyt niski dochód danego podmiotu nie będzie podlegał opodatkowaniu na gruncie reguły wyłączenia. Zasada ta ma więc charakter wtórny, wprowadza zakaz stosowania odliczeń podatkowych lub wymóg równoważnej korekty w zakresie, w jakim niski dochód danej spółki nie podlega opodatkowaniu na podstawie zasady wyłączenia. Obie reguły stanowią fundament konstrukcyjny nowego globalnego podatku, łącznie nazywane są mechanizmem GloBE (ang. *Global Anti-Base Erosion*)¹³.

Implementacja założeń filarowych tj. przyjęcie konwencji modelowej na szczeblu OECD nastąpić ma w 2023 r. i będzie wiązać się z koniecznością wprowadzenia odpowiednich zmian w krajowych przepisach podatkowych oraz w bilateralnych umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania. Co ważne, integralną częścią niniejszej reformy będzie zobowiązanie się poszczególnych państw do derogacji wszystkich krajowych regulacji o podatkach od usług cyfrowych i innych podobnych danin oraz niewdrażania takich rozwiązań w przyszłości.

GRANICZNY PODATEK WĘGLOWY

Nowa danina, która zacznie obowiązywać od 1 stycznia 2023 r. została opracowana z inicjatywy Komisji Europejskiej i stanowić ma ważny element unijnej polityki klimatycznej. Projekt regulacji został przedstawiony w lipcu 2021 r. jako część szerszego pakietu zmian legislacyjnych w zakresie klimatu i energii, celem którego jest ograniczenie emisji gazów cieplarnianych netto o co najmniej 55% do 2030 r. w stosunku do poziomu z 1990 r. (tzw. *Fit for 55*)¹⁴. W opinii Komisji, niniejszy podatek ma przyczynić się do zrównania pozycji konkurencyjnej między przemysłem europejskim a przemysłem państw trzecich, których reżimy prawne nie obligują producentów do zachowywania standardów klimatycznych, zgodnych z zasadami unijnego systemu handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych. Istniejąca nierównowaga konkurencyjna na rynku europejskim prowadzi do zjawiska tzw. ucieczki emisji CO₂ (ang. *Carbon leakage*), polegającej na przenoszeniu wysokoemisyjnej produkcji

¹³ Ibidem.

¹⁴ <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/eu-plan-for-a-green-transition/> (dostęp 3.01.2022).

przez przedsiębiorstwa mające siedzibę w Unii Europejskiej do państw, które stosują mniej restrykcyjne regulacje klimatyczne lub gdy produkty unijne są zastępowane wyrobami z importu, których produkcja wiąże się z wyższą emisją CO₂. Taka praktyka umożliwia obniżenie odpowiednich kosztów produkcji, niemniej z punktu widzenia Komisji jest ona niepożądana i niekorzystna dla unijnej gospodarki, w szczególności utrudnia realizację celów w zakresie redukcji światowej emisji CO₂, w związku z czym wymaga odpowiedniej reakcji regulacyjnej¹⁵. Celem Komisji jest doprowadzenie do sytuacji, w której przenoszenie wysokoemisyjnej produkcji poza UE a następnie sprowadzanie wytworzonych produktów na teren UE, przestanie być ekonomicznie opłacalne.

Odpowiedzią na niniejsze wyzwanie ma być nowy mechanizm dostosowawczy ceny CO₂ na granicy (ang. *Carbon Border Adjustment Mechanism* - CBAM), zwany również granicznym podatkiem węglowym¹⁶. Istota nowej daniny polega *de facto* na dodatkowym obciążeniu finansowym importu do Unii Europejskiej określonych produktów z państw o łagodniejszych normach środowiskowych. Regulacja ta ma zrównać cenę emisji CO₂ dla produktów unijnych i produktów importowych, tak by nie były one tańsze od ich unijnymi odpowiedników. Innymi słowy, nowy mechanizm zobliguje importerów do ponoszenia kosztów emisyjnych w tej samej kwocie, jaką ponosiliby produkując na rynku unijnym. Będzie to zatem opłata w formie cła węglowego, nakładana na towary w związku z ich importem na obszar celny UE z krajów o niższych standardach klimatycznych.

Wprowadzenie podatku węglowego rozpocznie się od 3-letniego okresu przejściowego, w pierwszej fazie znajdzie on zastosowanie do wyrobów, z którymi związane jest najwyższe ryzyko przeniesienia emisji tj. cementu, energii elektrycznej, nawozów, aluminium, żelaza i stali. Sektory te charakteryzują się wysokim poziomem emisji CO₂, istnieje względem nich wysokie ryzyko ucieczki emisji. Możliwe jest objęcie mechanizmem dostosowawczym również innych towarów w kolejnych latach.

Nowa regulacja nakłada na podmioty dokonujące przywozu niniejszych wyrobów spoza obszaru celnego UE obowiązek spełnienia szeregu wymogów formalnoprawnych. Podmiot przed dokonaniem importu będzie zobligowany do złożenia w specjalnej procedurze wniosku o zezwolenie przywozowe odpowiednich towarów na obszar celny UE. Towary będą mogły być przywożone

¹⁵ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13977-2021-INIT/en/pdf> (dostęp 3. 01.2022).

¹⁶ Ibidem.

do UE wyłącznie przez importera, który zostanie do tego upoważniony przez właściwy organ krajowy. We wniosku trzeba będzie wskazać informacje dotyczące nie tylko importowanych towarów (szacunkową wartość pieniężną i wielkość przywożonych towarów), ale również dane o sytuacji finansowej przedsiębiorstwa oraz zaświadczenie z organu podatkowego w państwie członkowskim, w którym zgłaszający ma siedzibę o braku zaległości podatkowych. Dodatkowo, do wniosku trzeba będzie dołączyć oświadczenie, że zgłaszający nie dopuścił się żadnych poważnych naruszeń przepisów prawa celnego, podatkowego i konkurencji w okresie 5 lat od złożenia wniosku, obejmujące również wskazanie, że nie był notowany za poważne przestępstwa związane z prowadzoną działalnością gospodarczą¹⁷.

Mechanizm ten będzie niejako odzwierciedlać obecny unijny system handlu uprawnieniami do emisji (EU ETS), ponieważ będzie opierał się na konieczności zakupu specjalnych certyfikatów przez podmioty dokonujące importu. Importerzy zostaną zobligowani do dokonania rejestracji we właściwym organie państwa członkowskiego, który zostanie upoważniony do sprzedaży certyfikatów CBAM. Organ krajowy będzie dokonywał przeglądu i weryfikacji otrzymanych zgłoszeń. Cena certyfikatów będzie ustalana w zależności od tygodniowej średniej ceny aukcyjnej uprawnień w ramach unijnego systemu handlu uprawnieniami do emisji wyrażonej w euro/tonę wyemitowanego CO₂. Innymi słowy, zakup certyfikatów przez importerów z UE dokonywany będzie po cenie odpowiadającej cenie emisji, jaka zostałyby zapłacone, gdyby importowane towary zostały wyprodukowane zgodnie z unijnymi przepisami dotyczącymi ustalania opłat za emisję gazów cieplarnianych¹⁸.

Importerzy zostaną zobligowani do złożenia odpowiedniej deklaracji w terminie do dnia 31 maja każdego roku, w której wskażą ilość towarów przywiezionych do UE w poprzednim roku kalendarzowym (z podziałem na poszczególne kategorie w megawatach dla energii elektrycznej i w tonach dla pozostałych towarów) oraz łączną ilość emisji CO₂ będącą następstwem ich wyprodukowania (tzw. emisję wbudowaną w towar). Następnie, podmiot dokonujący importu będzie umarzał odpowiednią liczbę wcześniej zakupionych certyfikatów, która będzie odpowiadać ilości emisji CO₂ związanej z przywożonymi produktami. Jeżeli importerzy uprawdopodobnią, że cena emisji CO₂ została już przez nich uiszczona podczas produkcji sprowadzanych

¹⁷ Projekt Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego mechanizm dostosowywania cen na granicach z uwzględnieniem emisji CO₂, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=C_ELEX:52021PC0564&from=EN (dostęp 3.01.2022).

¹⁸ Ibidem.

towarów, wówczas takie koszty polityki klimatycznej poniesione w kraju trzecim będą mogli proporcjonalnie odliczyć od rachunku końcowego w ramach unijnego mechanizmu CBAM. Nowe zasady mają zagwarantować, że koszty emisji ponoszone przez importerów będą takie same jak koszty ponoszone przez producentów krajowych, tym samym towary produkowane w UE i towary importowane z państw trzecich będą podlegać równemu i sprawiedliwemu traktowaniu z punktu widzenia regulacji klimatycznych, co pozwoli z kolei na eliminację zjawiska ucieczki emisji poza UE. Podatek graniczny może realnie poprawić konkurencyjność unijnych producentów niskoemisyjnych wobec producentów z krajów o niższych standardach w zakresie polityki klimatycznej¹⁹.

Mechanizm CBAM będzie obejmował import towarów ze wszystkich państw spoza UE z wyjątkiem państw trzecich, które uczestniczą lub są związane z unijnym systemem handlu uprawnieniami do emisji (państwa EOG, Szwajcaria). Co ważne, zostanie on wprowadzony na mocy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE, tym samym będzie obowiązywać bezpośrednio w każdym państwie członkowskim UE bez konieczności uprzedniej implementacji do krajowych systemów prawnych. Dochody z granicznego podatku węglowego stanowią część zasobów własnych budżetu ogólnego UE²⁰.

PODATEK OD OPAKOWAŃ Z TWORZYW SZTUCZNYCH NIEPODDANYCH RECYKLINGOWI

Kolejnym rozwiązaniem fiskalnym, które ma realizować ambitną politykę UE w zakresie wdrażania technologii nastawionych na ochronę środowiska naturalnego, jest podatek od opakowań z tworzyw sztucznych niepoddanych recyklingowi tzw. podatek od plastiku (ang. *plastic tax*, *plastic levy*)²¹. Decyzja o jego wprowadzeniu zapadła na szczycie Rady Europejskiej lipcu 2020 r., który dotyczył Wieloletnich Ram Finansowych UE na lata 2021-2027 i Planu Odbudowy (tzw. *Next Generation EU*), tym samym spotkała się z aprobatą wszystkich państw członkowskich. Wpływy z niniejszej daniny od 1 stycznia 2021 r. stanowią nowe źródło dochodów w budżecie unijnym (stanowią część zasobów własnych UE) jako element składki członkowskiej wpłacanej do

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Decyzja Rady UE z dnia 14 grudnia 2020 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej oraz uchylająca decyzję 2014/335/UE <http://data.europa.eu/eli/dec/2020/2053/oj> (dostęp 3.01.2022).

budżetu UE. Danina ta nie obciąża zatem w sposób bezpośredni producentów, importerów lub finalnych odbiorców opakowań z tworzyw sztucznych, lecz źródłem jej finansowania są środki budżetowe poszczególnych państw członkowskich.

Konstrukcja rozwiązania opiera się na zastosowaniu jednolitej stawki poboru do masy odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych wytworzonych w poszczególnych państwach członkowskich, która nie została poddana recyklingowi. Wysokość niniejszej stawki ustalono na poziomie 0,80 EUR za kilogram masy odpadów wraz z mechanizmem rocznej obniżki ryczałtowej stosowanej w odniesieniu do niektórych mniej zamożnych państw członkowskich, pozwalający unikać im konieczności ponoszenia nadmiernych wkładów. Konkretyzując, roczna obniżka ryczałtowa znajdzie zastosowanie do wkładów państw członkowskich, których dochód narodowy brutto na mieszkańca w 2017 r. był niższy od średniej unijnej. Obniżka ta będzie odpowiadać 3,8 kilogramom pomnożonym przez liczbę ludności danego państwa członkowskiego w 2017 r.²²

Masę odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych, które nie są poddawane recyklingowi, oblicza się jako różnicę między masą odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych wytwarzanych w państwie członkowskim w danym roku a masą odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych, które są poddawane recyklingowi w danym roku, określoną zgodnie z dyrektywą 94/62/WE²³. Wysokość wkładów jest obliczana na podstawie danych Eurostatu dotyczących wytwarzania i recyklingu odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych, które gromadzą i przekazują państwa członkowskie na podstawie już istniejących obowiązków sprawozdawczych.

Stworzenie nowego źródła zasobów własnych opartych na krajowych wkładach, które są proporcjonalne do ilości odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych niepoddanych recyklingowi w poszczególnych państwach członkowskich, w założeniu ma motywować do zmniejszenia zużycia jednorazowych produktów z tworzyw sztucznych oraz promować recykling i wspierać gospodarkę o obiegu zamkniętym. Równocześnie, przy poszanowaniu zasady pomocniczości, państwa członkowskie posiadają swobodę w wyborze środków, które będą w sposób najbardziej efektywny realizować określone cele. Przyjęty mechanizm ma przede wszystkim zachęcać państwa do

²² Ibidem.

²³ Dyrektywa 94/62/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 1994 r. w sprawie opakowań i odpadów opakowaniowych <http://data.europa.eu/eli/dir/1994/62/oj> (dostęp 3.01.2022).

systematycznego ograniczania ilości odpadów opakowaniowych i pośrednio wspierać wdrażanie unijnej strategii w dziedzinie tworzyw sztucznych²⁴. Państwa członkowskie powinny więc podejmować kroki, w szczególności prace legislacyjne prowadzące do urzeczywistnienia stawianych celów np. przyjmować regulacje podwyższające standardy recyklingowe na rynku krajowym obligujące producentów.

PODATKI MAJĄTKOWE DLA NAJBOGATSZYCH – POSTULAT „*TAX THE RICH*”

Na przestrzeni kilkunastu ostatnich lat coraz szerzej komentowana i postulowana w świecie zachodnim stała się idea wdrożenia rozwiązań ukierunkowanych na opodatkowanie majątku osób najbogatszych, w myśl popularnego sloganu „*tax the rich*”²⁵. Postulat wprowadzenia podatku majątkowego zyskał dużą popularność w kampanii wyborczej przed wyborami prezydenckimi w Stanach Zjednoczonych w 2020 r., był bowiem formułowany przez środowiska związane z Partią Demokratyczną. Zwolennicy przyjęcia niniejszego podatku wskazują, iż byłby to środek prowadzący do ograniczenia narastających w ciągu ostatnich dekad nierówności społecznych. Co więcej, mógłby być dodatkowym źródłem wpływów budżetowych, w szczególności zmniejszając ogólne zadłużenie będące następstwem kryzysu pandemicznego²⁶.

W podatku majątkowym wartość podstawy opodatkowania ustala się na podstawie posiadanej masy majątkowej a nie jak ma to miejsce m.in. w podatku dochodowym w oparciu o sam przyrost majątku lub w podatku konsumpcyjnym, w których opodatkowaniu podlega wydatkowanie majątku. Innymi słowy, podstawą opodatkowania w podatku majątkowym jest określona masa majątkowa, na którą składają się m.in. nieruchomości gruntowe, budynki, nieruchomości rolne lub leśne, spadki lub darowizny (Szewczyk i Zapadka 2006, Legalis). Warto zaznaczyć, iż cywilnoprawny termin „majątku” odnosi się zarówno do przysługujących praw, jak i obowiązków danego podmiotu, tym samym na gruncie prawa podatkowego bardziej zasadnym pojęciem określającym omawiany rodzaj podatku byłoby „mienie”, które odnosi

²⁴ Decyzja Rady UE z dnia 14 grudnia 2020 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej oraz uchylająca decyzję 2014/335/UE <http://data.europa.eu/eli/dec/2020/2053/oj> (dostęp 3.01.2022).

²⁵ <https://money.usnews.com/money/personal-finance/taxes/articles/what-it-really-means-to-tax-the-rich> (dostęp 3.01.2022).

²⁶ <https://edition.cnn.com/2021/10/21/politics/democrats-tax-rich/index.html> (dostęp 2.01.2022).

się wyłącznie do aktywów (praw) a więc do tej części majątku, która w istocie zostaje obciążona podatkiem. Zważywszy jednak na regułę autonomii prawa podatkowego, rozciągającą się również na obszar terminologiczny tej dziedziny prawa, należy zaakceptować utrwalone w literaturze przedmiotu pojęcie podatku majątkowego.

Jak wspomniano, kwestia wprowadzenia podatku majątkowego ukierunkowanego na opodatkowanie osób najbogatszych była szeroko dyskutowana podczas amerykańskiej kampanii prezydenckiej w 2020 r. Idea ta regularnie pojawia się w amerykańskiej debacie publicznej i spotyka się z wysokim poparciem społecznym. Stany Zjednoczone są jednym z państw, w których postulat opodatkowania osób najbogatszych jest najmocniej akcentowany. Wynika to z faktu, iż właśnie z tego państwa wciąż pochodzi najwięcej miliarderów (w 2021 r. na liście magazynu „Forbes” znalazło się 724 nazwisk amerykańskich obywateli, w 2020 r. było ich z kolei 614)²⁷. Amerykańscy politycy i naukowcy zwracają uwagę na postępujące zjawisko nierówności społecznych i podążania w kierunku plutokracji, czyli systemu rządów, w którym podstawową zasadą władzy jest bogactwo a wpływ bogatych na procesy polityczne i sprawowanie władzy jest decydujący.

W 2020 r. szerokim echem odbiła się propozycja opodatkowania najbogatszych przedstawiona przez E. Warren, opracowana przez E. Saeza i G. Zucmana - ekonomistów z Uniwersytetu Kalifornijskiego w Berkeley (Saez i Zucman 2019, s. 2-4). Naukowcy przedstawili badania, iż obecnie 0,1% najbogatszych amerykańskich gospodarstw domowych (prawie 175 tys. gospodarstw domowych), koncentruje ok. 20% ogólnego bogactwa kraju. Co więcej, tendencja ta pogłębia się na przestrzeni lat – przykładowo, w 1980 r. ten sam odsetek gospodarstw domowych skupiał mniej niż 10% całkowitego majątku. Wobec tego, koncepcja nowego podatku zakładała opodatkowanie majątku osób fizycznych, którego wartość netto przekracza 50 mln USD stawką 2% w skali roku oraz stawką 3% majątek o wartości przekraczającej 1 mld USD netto (z czasem propozycja dotycząca drugiej stawki wzrosła z 3% do 6%). Według szacunków w ciągu dziesięciu lat wpływy z nowego podatku wyniosłyby ok. 2,75 bln USD. Koncepcja ta ostatecznie nie została wcielona w życie, niemniej podobne rozwiązania nieustannie pojawiają się w amerykańskiej przestrzeni politycznej. Przykładowo, w październiku 2021 r. senator Ron Wyden z Partii Demokratycznej przedstawił projekt wdrożenia podatku

²⁷ <https://www.forbes.pl/rankingi/najbogatsi-ludzie-swiata-2021-wedlug-forbes-jeff-bezos-numerem-1/j7bmdr2> (dostęp 3.01.2022).

od niezrealizowanych zysków kapitałowych dla osób fizycznych dysponujących aktywami wartymi powyżej 1 mld USD i mających przez trzy lata z rządu przychody warte co najmniej 100 mln USD²⁸. Mimo braku porozumienia co do ostatecznego kształtu nowego podatku majątkowego, pojawia się coraz większa zgodność dotycząca samej idei ukierunkowania modelu opodatkowania dochodu i majątku osób fizycznych na taki, który szczególnie będzie obciążał najbogatszy odsetek społeczeństwa. Opodatkowanie ma zatem wyraźniej pełnić funkcję redystrybucyjną.

Jednym z najślynniejszych popularyzatorów idei podatku majątkowego jest francuski ekonomista badający zjawisko nierówności dochodowych - Thomas Piketty. Zdaniem naukowca najpilniejszą potrzebą dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej jest stworzenie instrumentu fiskalnego, który będzie w stanie zahamować ciągłe narastanie nierówności społecznych na świecie. Piketty już w 2014 r. na łamach publikacji „*Capital in The Twenty First Century*” przedstawił koncepcję globalnego podatku majątkowego (Piketty 2014). Podstawą opodatkowania miałyby być wartość indywidualnego majątku netto osoby fizycznej obliczana jako różnica pomiędzy sumą wszystkich posiadanych aktywów a sumą zobowiązań. Na wartość stanowiącą podstawę do obliczenia wymiaru podatku składałyby się zatem z jednej strony aktywa finansowe np. papiery wartościowe i depozyty bankowe, z drugiej natomiast aktywa niefinansowe, czyli pozostałe składniki majątkowe m.in. nieruchomości i dzieła sztuki. Kształt podatku miałby być progresywny a poszczególne stawki byłby warunkowane wysokością rynkowej wartości majątku. W kwestii ustalenia wysokości stawek podatku Piketty przedstawia dwa zasadnicze koncepty. W myśl pierwszego, stawka podatku wynosiłaby 0% dla majątku netto poniżej 1 mln EUR, 1% dla majątku od 1 do 5 mln EUR, i 2% dla majątku o wartości przekraczającej 5 mln EUR. Zgodnie natomiast z drugim proponowanym konceptem, stawka podatku wynosiłaby 0,1% dla majątku do 200 tys. EUR, 0,5% dla majątku do 1 mln EUR oraz od 5 do 10% dla majątku powyżej 1 mld EUR.

Warto zaznaczyć, iż Piketty w idei globalnego podatku majątkowego dopatruje się w pierwszej kolejności skutków ekonomiczno-społecznych a nie *stricto* fiskalnych. Uważa bowiem, że danina ta ma wywierać wpływ regulacyjny na system gospodarczy, jakim jest kapitalizm. Kwestia korzyści fiskalnych dla państw w postaci dodatkowych wpływów budżetowych pozostaje

²⁸ <https://www.finance.senate.gov/chairmans-news/wyden-unveils-billionaires-income-tax> (dostęp 3.01.2022).

drugorzędna. W opinii Piketty’ego główną przyczyną narastania nierówności społecznych jest wyższa stopa zwrotu z kapitału od tempa wzrostu gospodarczego, wobec czego próba wyeliminowania tej przyczyny musi wiązać się z fiskalnym oddziaływaniem na poziom stopy zwrotu z kapitału. Właśnie takim rozwiązaniem może być globalny podatek majątkowy, który powinien być dopełnieniem już istniejących obciążeń podatkowych (Malinowski i Tomkiewicz 2015, s. 96).

W krajach europejskich koncepcje podatków majątkowych dla najbogatszych nie znajdują obecnie powszechnej realizacji w ustawodawstwie. Badania OECD wskazują, iż próby opodatkowania majątku najbogatszych nie osiągają celów redystrybucyjnych i wymagają ponoszenia znacznych nakładów administracyjnych (Wroński 2021, s. 2-5). Trudności dotyczą chociażby kwestii ustalenia bazy podatkowej. Z pewnością bowiem instytucje finansowe w odpowiedzi na nowy podatek uruchomią innowacyjne instrumenty finansowe, które pozwolą ulokować majątek w taki sposób, iż nie będzie on podlegał opodatkowaniu. Skuteczność takiego podatku będzie zatem niewielka zarówno w wymiarze fiskalnym, jak i strukturalnym polegającym na znikomym ograniczaniu nierówności majątkowych. Niemniej, liczba zwolenników takiego podatku nieustannie wzrasta a propozycje w tym zakresie w ostatnim czasie wysuwa m.in. Międzynarodowy Fundusz Walutowy, z kolei w Polsce – Polski Instytut Ekonomiczny²⁹.

PODSUMOWANIE

Koncepcje wdrożenia nowych ciężarów podatkowych lub danin quasi-podatkowych, mogących dodatkowo zwiększyć dochody budżetowe poszczególnych państw lub organizacji międzynarodowych w postpandemicznej rzeczywistości gospodarczej, ukierunkowane są na trzy zasadnicze płaszczyzny. Docelowo dodatkowemu opodatkowaniu mają podlegać duże międzynarodowe przedsiębiorstwa, zwłaszcza prowadzące działalność cyfrową, podmioty prowadzące działalność wysokoemisyjną oraz osoby fizyczne stanowiące najbogatszy odsetek społeczeństwa. Nie ulega wątpliwości, iż normy prawa podatkowego powinny zostać w możliwie najefektywniejszy sposób dopasowane do obecnej rzeczywistości gospodarczej. Globalizacja i postępująca cyfryzacja życia gospodarczego są wyzwaniem dla legislacji podatkowej. Unikanie opodatkowania poprzez erozję podstawy opodatkowania i transferowanie zysków

²⁹ <https://pie.net.pl/wp-content/uploads/2021/06/PIE-Raport-Global-taxes.pdf> (dostęp 3.01.2022).

jest zjawiskiem niepożądanym i wymagającym zwalczania. Potrzeba implementacji zmian w regułach opodatkowania dochodów z działalności cyfrowej jest w pełni uargumentowana.

Niemniej, zjawisko instrumentalnego wykorzystywania prawa podatkowego do realizacji określonych celów politycznych powinno budzić sprzeciw. Wdrażanie podatków sektorowych jest co do zasady niezgodne z regułą powszechności opodatkowania. Obciążanie jednego sektora gospodarki, jak ma to miejsce w granicznym podatku węglowym czy podatku od tworzyw sztucznych, jest bowiem nieuzasadnione. Podatek ten może zostać wliczony w cenę produktu i w efekcie podlegać incydencji, a więc przrzuceniu na nabywcę. Wobec tego realizacja ambitnych celów klimatycznych i środowiskowych będzie jedynie pozorna, doprowadzi do wzrostu cen i negatywnych konsekwencji gospodarczych.

Wdrażanie nowych ciężarów podatkowych i innych danin publicznych wymaga dogłębnej analizy, w szczególności uwzględnienia kryterium ekonomicznego, technicznego, administracyjnego oraz sprawiedliwości. Kluczowe jest bowiem dopracowanie mechanizmów, które ograniczyłyby negatywny wpływ nowych podatków na możliwości rozwoju gospodarczego, co będzie miało szczególne znaczenie w rzeczywistości postpandemicznej.

BIBLIOGRAFIA

Bany K.,

2016 *Modelowa konwencja w sprawie podatku od dochodu i majątku OECD*, Warszawa.

Lewandowska M., Warnieło J.,

2018 *Międzynarodowe aspekty opodatkowania dochodów przedsiębiorstw gospodarki cyfrowej*, Przegląd Podatkowy, nr 18

Lipniewicz R.,

2018 *Jurisdykcja podatkowa w cyberprzestrzeni*, Warszawa.

Malinowski G. Tomkiewicz J.,

2015 *Koncepcja globalnego podatku majątkowego*, The Central European Journal of Social Sciences and Humanities, nr 43.

Saez E., Zucman G.,

2019 *Progressive Wealth Taxation*, University of California, Berkeley.

Szewczyk A., Zapadka P.,

2006 *Charakterystyka podatków majątkowych i lokalnych w polskim systemie podatkowym*, Edukacja Prawnicza.

Warnieło J.,

2016 *Międzynarodowe aspekty opodatkowania gospodarki cyfrowej* [w:] *Opodatkowanie dochodów transgranicznych* (red.) M. Jamróży, Warszawa.

Watts J., Kommenda N.,

2020 *Coronavirus pandemic leading to huge drop in air pollution*, The Guardian.

Wheelock D. C.

2020 *Comparing the COVID-19 Recession with the Great Depression*, Economic Synopses nr 39.

<https://finbold.com/us-japan-national-debt-surges-by-8-trillion-in-the-last-12-months-china-recovers/>

<https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020>

Konwencja Modelowa w sprawie podatku od dochodu i majątku Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju z dnia 21 listopada 2017 r.
https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page33

Finance Act 2015, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/11/part/3/enacted>

<https://www.oecd.org/newsroom/oecd-releases-pillar-two-model-rules-for-domestic-implementation-of-15-percent-global-minimum-tax.htm>

<https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>

Raport OECD

2020 *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.pdf>.

Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>.

<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/eu-plan-for-a-green-transition/>

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13977-2021-INIT/en/pdf>

Projekt Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego mechanizm dostosowywania cen na granicach z uwzględnieniem emisji CO₂, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=C_ELEX:52021PC0564&from=EN

Decyzja Rady UE z dnia 14 grudnia 2020 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej oraz uchylająca decyzję 2014/335/UE <http://data.europa.eu/eli/dec/2020/2053/oj>

Dyrektywa 94/62/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 1994 r. w sprawie opakowań i odpadów opakowaniowych <http://data.europa.eu/eli/dir/1994/62/oj>

Decyzja Rady UE z dnia 14 grudnia 2020 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej oraz uchylająca decyzję 2014/335/UE <http://data.europa.eu/eli/dec/2020/2053/oj>

<https://money.usnews.com/money/personal-finance/taxes/articles/what-it-really-means-to-tax-the-rich>

<https://edition.cnn.com/2021/10/21/politics/democrats-tax-rich/index.html>

<https://www.forbes.pl/rankingi/najbogatsi-ludzie-swiata-2021-wedlug-forbes-jeff-bezos-numerem-1/j7bmdr2>

<https://www.finance.senate.gov/chairmans-news/wyden-unveils-billionaires-income-tax>

<https://pie.net.pl/wp-content/uploads/2021/06/PIE-Raport-Global-taxes.pdf>

RACJONALNOŚĆ WPROWADZENIA PROSTEJ SPÓŁKI AKCYJNEJ DO PRAWA POLSKIEGO

KONSTRUKCJA PRAWNA PROSTEJ SPÓŁKI AKCYJNEJ

Prosta spółka handlowa jest konstruktem zasadniczo nowym dla polskiego porządku prawnego. Podobne instytucje funkcjonują jednakże za granicą już od wielu lat, gdzie okazują się być świetną formą prowadzenia działalności gospodarczej.

Już na samym wstępie należy zaznaczyć, iż opisanie całej konstrukcji prostej spółki akcyjnej nie leży w zamiarze niniejszego artykułu, a jedynie przybliżenie jej najważniejszych elementów, zaś następnie przeprowadzenie syntetycznej analizy zmierzającej do zrozumienia przesłanek stojących za wprowadzeniem tej instytucji. Szczególnie istotnym w tym kontekście będzie omówienie konstrukcji sposobów ochrony wierzycieli oraz zaznaczenie kwestii podatkowych.

Wprowadzenie prostej spółki akcyjnej do porządku prawnego przysporzyło jej wielu entuzjastów, ale i wielu krytyków. Ci pierwsi dostrzegali w niej przede wszystkim możliwość utworzenia idealnej formy prowadzenia działalności gospodarczej dla startupów. Z kolei krytycy wskazywali na zagrożenia płynące z faktu niskiego kapitału zakładowego oraz postulowali raczej nowelizację istniejącej już w Polsce konstrukcji spółki komandytowo-akcyjnej. Jednocześnie należy zauważyć, iż prosta spółka akcyjna od wielu lat funkcjonuje w zagranicznych porządkach prawnych i w mojej opinii znajduje ona raczej bytu. Tym samym słusznie, że została wprowadzona do rodzimego porządku prawnego. Należy pamiętać, że wprowadzanie nowych form prowadzenia

działalności gospodarczej powinno wynikać z warunków panujących na rynkach danego kraju oraz umożliwiać im stosowny rozwój. Jednocześnie można się zgodzić z postulatami traktującymi o konieczności właściwego zabezpieczeniu interesu potencjalnych wierzycieli.

Regulacje dotyczące prostej spółki handlowej zostały zawarte, w kodeksie spółek handlowych. Jej istotą jest utworzenie nowej osoby prawnej w celu prowadzenia konkretnej działalności gospodarczej zaklasyfikowanej według powszechnie stosowanego oznaczenia PKD. Na marginesie można dodać, że PSA może być założona w każdym prawnie dopuszczalnym celu, nie ma w tym zakresie ograniczeń jedynie do kategorii czysto zarobkowych¹.

Podobnie jak „zwykła” spółka akcyjna, również i tutaj do czynienia mamy z akcjonariuszem albo akcjonariuszami obejmującymi daną pulę wyemitowanych akcji. Zastosowano skuteczne rozwiązanie wprowadzające akcje założycielskie, które pozwalają określonej grupie albo pojedynczej osobie na posiadanie zawsze określonej, tej samej liczbie udziałów np. 15% (Dumkiewicz 2022, art. 300²⁶). Jest to swoiste novum pozwalające na zahamowanie potencjalnych, późniejszych zmian stosunkowych pomiędzy akcjonariuszami w przypadku umorzenia lub wprowadzenia dodatkowej puli akcji. Oznacza to, że w przypadku m.in. wprowadzenia dodatkowych akcji, powiększa się ogólna ich pula co powoduje zmianę w stosunkach między istniejącymi już akcjonariuszami. Przyjęte rozwiązanie pozwala na wyłączenie z grona tych osób akcjonariuszy posiadających akcje założycielskie. Jest to niewątpliwie właściwie przemyślane rozwiązanie pozwalające na prostsze operowaniem mechanizmem opartym na liczbie posiadanych akcji. W szczególności metoda ta pozwala na utrzymanie określonej większości udziałów wymaganych do podejmowania i przegłosowywania danych uchwał.

Kolejnym ciekawym, choć w zupełności zamierzonym wymogiem, jest minimalny poziom wkładu pieniężnego określonym na poziomie 1 zł. Jest to wszakże wielkość symboliczna, jednakże doskonale obrazuje jaki był zamiar ustawodawcy. Wiąże się to z możliwością aportową akcjonariuszy, którzy za wkład niepieniężny np. w postaci pracy, mogą obejmować akcje. Celem takiego rozwiązania jest wprowadzenie braku ograniczeń w przypadku, gdy osoba posiadająca jakiś know-how, chce wejść na rynek, jednakże nie ma wystarczającego kapitału. W tym miejscu należy przypomnieć, że „zwykła” spółka akcyjna ma próg początkowego kapitału określony na poziomie 100 000 zł

1 Por. art. 300¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1526 z późn. zm.).

(Adamus 2021, art. 300³). Natomiast poniekąd podobna z racji na konstrukcję spółka komandytowo-akcyjna, kreuje konieczność wkładu na 50 000 zł. Krytykowana jest tutaj przede wszystkim możliwość, a raczej jej brak zaspokojenia potencjalnych wierzycieli, co przekłada się na możliwość wykorzystania spółki jako narzędzie do prowadzenia działalności niezgodnej z prawem. Jest to jak najbardziej zrozumiałe zdanie, jednak w kontrze można wskazać niewiele większy próg 5 000 zł, obecny w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Mimo wyższego minimalnego kapitału zakładowego jest to dalej niewystarczający poziom, aby w optymalny sposób zabezpieczyć interesy podmiotów wchodzących w interesy ze spółką.

Wymóg odpowiedniego wkładu kapitałowego do spółki powinien być więc określany na poziomie zależnym od działalności danej spółki. Trudno w tym zakresie jednoznacznie wskazać kwotę, która każdorazowo dawałaby gwarancję wypłacalności i możliwości zaspokojenia wierzyciela w konkretnym stosunku zobowiązaniowym. Może się okazać, że z racji na profil działalności spółki kwota 5 000 zł jaka jest wymagana do spółki z o.o. będzie mogła z racji na wspomnianą działalność lepiej zaspokoić dług, niż kwota 100 000 zł, wymagana do utworzenia spółki akcyjnej. Dla przykładu wystarczy wskazać, iż przedmiotem działalności spółki z o.o. może być (według klasyfikacji PKD) wydawanie gazet (por. PKD 58.13.Z). W tym przypadku nietrudno sobie wyobrazić, iż na koszty związane z produkcją zaliczyć należy m.in. najem lokalu oraz koszty produkcji czy zatrudnienie niewielkiego raczej personelu zajmującego się obsługą przedsięwzięcia. Powstałe w wyniku tego koszty okażą się zdecydowanie niższe niż np. koszty związane z produkcją statków kosmicznych (por. PKD 30.30. Z), będących przedmiotem działalności potencjalnej spółki akcyjnej, posiadającej większy kapitał.

W końcu należy zauważyć, iż w praktyce raczej dojdzie do sytuacji, w której to kapitał akcyjny PSA będzie większy od 1 zł. Będzie to spowodowane tym, iż akcjonariusze wchodzący w skład danej PSA, będą dzielić się na tych wnoszących tzw. know-how oraz tych wnoszących kapitał. Konstrukcja ta pozwoli na stworzenie warunków do kreowania nowych podmiotów zrzeszających ludzi, którzy za pośrednictwem swojego wkładu będą mogli realizować cele danej spółki. Przypomina to poniekąd sytuację jak z licznych portali crowdfundingowych, gdzie na dany cel zbierana jest kwota pieniężna mająca pozwolić na jego realizację. Dzięki formie spółki, osoby posiadające akcje mogą liczyć na stosowną gratyfikację pieniężną w przypadku powodzenia projektu. Pozwala to na zapewnienie długotrwałego (ciągłego) prowadzenia działalności gospodarczej. Co więcej, w przypadku niepowodzenia, to właśnie

akcjonariusze wnoszący wkład pieniężny za objęte akcje są osobami, które tracą w pierwszej kolejności. Jest to jednak obarczone ryzykiem, którego każdy powinien być świadomy.

Co zaś tyczy się procedury zawarcia spółki, należy wskazać, że została ona maksymalnie uproszczona. Wprowadzono możliwość rejestracji poprzez system S24, jednak nic nie stoi na przeszkodzie, aby wszystkich niezbędnych czynności dokonać poprzez notariusza. W tym kontekście należy powiedzieć, iż opłaty nie są w tym zakresie duże, gdyż kształtują się one na poziomie 100 zł netto. Ponadto należy doliczyć opłatę sądową oraz opłatę za zgłoszenie do MSiG, łącznie w wysokości 350 (albo 600) zł w zależności czy do utworzenia spółki doszło za pośrednictwem notariusza czy też bezpośrednio przez system S24².

Należy również podkreślić, iż poza uproszczeniem sposobu utworzenia spółki, istotne zmiany zostały wprowadzone także w organach występujących w PSA. Zalicza się do nich zarząd i radę nadzorczą, albo występującą jedynie tutaj radę dyrektorów. Jeżeli chodzi o zarząd i radę nadzorczą to przepisy odwołują do regulacji znanych z pozostałych spółek kapitałowych. Wypada jednak omówić pokrótce wspomnianą radę dyrektorów. Organ ten dzieli się na osoby piastujące funkcję dyrektorów wykonawczych oraz dyrektorów niewykonawczych. Podział ten jest więc całkowity i rozłączny, a kryterium jakie mu przyświeca zależy od kompetencji jakie obejmą obecne w nim osoby. Sama rada łączy w sobie zadania przewidziane dla zarządu oraz rady nadzorczej. Prowadzi ona więc sprawy spółki, reprezentuje spółkę, a także sprawuje nad nią nadzór. Dyrektorzy wykonawczy zajmują się sprawami spółki, zaś dyrektorzy nie wykonawczy sprawują nadzór. Kompetencje do reprezentowania spółki przypadają zarówno dyrektorom wykonawczym, jak i nie wykonawczym³.

Spoglądając na powyższe można zauważyć, iż ustawodawca kierował się przede wszystkim uproszczeniem formy prowadzenia działalności gospodarczej, a także dużą swobodą ukształtowania organizacji spółki, zarówno spoglądając na możliwość wyboru z jakimi organami będzie wiązać się utworzenie danej spółki, a więc czy wystąpi wariant tradycyjny z radą nadzorczą oraz zarządem, czy wystąpi bliższy kulturze anglosaskiej wariant z radą dyrektorów. Postępowanie to należy ocenić w mojej ocenie pozytywnie. Odnosząc się do faktu, iż konstrukcja omawianej spółki jest zasadniczo uproszczona, zarówno w sferze wymogów do jej utworzenia jak i całej procedury, stan ten

² <https://www.biznes.gov.pl/pl/opisy-procedur/-/proc/346>, 24.11.2021 r.

³ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1526 z późn. zm.), tytuł III, rozdział III, oddział 4.

powinien sprzyjać jej zawiązywaniu oraz wybieraniu w przypadku omawianych za chwilę startupów.

WYKORZYSTANIE PROSTEJ SPÓŁKI AKCYJNEJ DO PROWADZENIA STARTUPÓW.

Startup, czyli według obowiązujących definicji, przedsiębiorstwo poszukujące modelu biznesowego, posiadające unikalne know-how. Jednocześnie unikatowymi cechami jest większe ryzyko niepowodzenia (specjaliści wskazują, że wynosi ono aż 90%) ale również możliwość skalowania zysków co czyni ją ryzykowną formą prowadzenia, jednak w przypadku powodzenia oznacza duże dochody⁴.

To właśnie ze względu na przede wszystkim te zapotrzebowania rynkowe powstała forma prowadzenia działalności gospodarczej w postaci prostej spółki akcyjnej.

Z racji na niedługie obowiązywanie tej formy, trudno wskazać ze stuprocentową pewnością, które sektory skorzystają z tego rozwiązania i dla których będzie to dobry wybór. Jednak już teraz zauważa się, że najbardziej wykorzysta to branża związana z nowoczesnymi technologiami. W tym miejscu można zauważyć, że dominującą cechą, determinującą wybór PSA, będzie posiadanie przez założycieli wspomnianego know-how, pomysłu na biznes oraz pracę, do której niezbędne będzie zapewne posiadanie specyficznej wiedzy. Powyższe umożliwi szczególnie fakt, iż PSA jako spółka kapitałowa daje możliwość na obejmowanie akcji w zamian za aport w postaci wskazywanej pracy.

Kluczowym jest więc wyodrębnienie dwóch grup:

- założycielskiej – która dysponuje pomysłem na biznes oraz niezbędną wiedzą, lecz nieposiadającą kapitału,
- inwestującej – posiadającej kapitał i chcących wesprzeć nim pierwszą grupę w zamian za objęcie części akcji.

Oczywistym jest, że posiadanie akcji wiąże się z przyszłym zyskiem, jednak kluczowym, jest tutaj odpowiednie kalkulowanie ryzykiem. W przypadku, gdyby grupa założycielska posiadała większy kapitał, odpowiedniejsza mogłaby się okazać spółka z o.o., w której progiem wejścia jest konieczność uiszczenia wkładu pieniężnego w wysokości 5 000 zł. Inną kwestią pozostaje jeszcze kwestia podatkowa, która może nie zawsze odpowiadać danemu modelowi biznesowemu i która powinna być kalkulowana osobno ze względu

⁴ <https://pfr.pl/slownik/slownik-startup.html>.

na pomysł. W przypadku złego doboru formy prowadzenia działalności gospodarczej istnieje ryzyko przekształcenia danej spółki albo konieczność jej zlikwidowania.

Całość dobrze można zobrazować przykładem. Wyobraźmy sobie, że grupa trzech studentów informatyki kończy studia i wspólnie postanawiają, że chcą założyć firmę zajmującą się tworzeniem małych gier niezależnych. Wszyscy mają wiedzę i pomysł jak tego dokonać. Nie mają jednak żadnego kapitału, który mogliby przeznaczyć na oprogramowanie czy zakup odpowiedniego sprzętu. W takiej sytuacji możliwe jest albo otwarcie kampanii fundraisingowej, albo założenie wspólnie PSA. W tym celu, oprócz spełnieniu niezbędnych kryteriów, muszą jeszcze pamiętać o biznesplanie oraz przyciągnięciu odpowiedniej grupy inwestorów chcących wesprzeć projekt. Po realizacji tych zamierzeń wszyscy obejmują akcje i liczą na zysk. Przykład choć prosty powinien zasadniczo oddawać założenia, które stały za stworzeniem omawianej formy prowadzenia działalności gospodarczej.

KWESTIE PODATKOWE

Istotną ze względu na formułę startupu jest omówienie kwestii podatkowych, będących szczególnie problematyczne z racji na występujący schemat podwójnego opodatkowania. PSA jako spółka jest płatnikiem podatku CIT, oznacza to, że w przypadku zysków podatek zostanie odprowadzony po raz pierwszy w momencie rozliczenia dochodów na poziomie spółki, zaś drugi raz w momencie wypłaty zysku akcjonariuszom. Kolejnym utrudnieniem jest fakt, iż PSA nie może być opodatkowana według tzw. estońskiego Pit-u (Kowalski 2021). Oznacza to niestety zmniejszone dochody otrzymywane w ramach prowadzenia danej działalności gospodarczej. Ważną uwagą jest również fakt, iż nie należy z racji chociażby na mniejszy minimalny wkład kapitałowy stwierdzić, iż PSA przeznaczona jest wyłącznie do niewielkich form działalności gospodarczej, czy też do omawianych startupów. W tym względzie PSA niczym nie różni się od innych podmiotów, nie można tutaj mówić też o żadnym uprzywilejowaniu, gdyż prosta spółka akcyjna tj. inne podmioty, może zostać objęta 9% podatkiem CIT. Spełniając oczywiście te same warunki (Kowalski 2021).

W tym względzie może okazać się to pomocne dla nowych PSA, które spełniają kryteria (nie osiągają przychodów w wysokości 2.000.000 euro oraz jest nowym lub małym podatnikiem), aby ograniczyć straty wynikające z obowiązującego opodatkowania.

Niestety, w przypadku podatku VAT, czy innych występujących form opodatkowania, ustawodawca również nie wykazał się inwencją, co konkludując skłania do postawienia tezy, iż decydując się na utworzenie PSA, nie można liczyć na żadne łagodniejsze traktowanie. Jak podkreśla doktryna, wyjątkowo przydatne mogłoby okazać się opodatkowanie wspomnianym estońskim CIT-em.

OCHRONA WIERZYCIELI PSA

Na wstępie zostało podkreślone, że krytycy omawianej formy prowadzenia działalności gospodarczej wskazywali trudności w egzekwowaniu należnych im świadczeń z tytułu potencjalnych zobowiązań. Po pierwsze wypada wskazać, iż ustawodawca wprowadza obowiązek przeprowadzenia tzw. testu wypłacalności (por. art. 300¹⁵ §5 k.s.h.). Polega on na tym, iż przed dokonaniem wypłaty dywidend na rzecz akcjonariuszy, należy przeprowadzić procedurę polegającą na określeniu czy uszczuplenie kapitału akcyjnego nie spowoduje niewypłacalności w terminie 6 miesięcy od dnia wypłaty. Warto wspomnieć, iż przed wprowadzeniem tego rozwiązania dyskutowany był okres 1 roku, co jednak mogłoby powodować większe problemy przed podjęciem uchwały o wypłatę dywidend. Co w efekcie mogłoby przełożyć się na większe obawy przed podjęciem wspomnianej uchwały i zapewne skutkowałoby odchodzeniem od formy PSA.

Istotne jest również wskazanie tego, kto podejmuje się przeprowadzenia testu wypłacalności. Jak słusznie zauważa doktryna, nie może tego dokonać akcjonariusz będący wszak żywo zainteresowany otrzymaniem dywidend. Zgodnie z obecnymi regulacjami oraz przyjętą praktyką można wyróżnić dwie sytuacje:

- w przypadku, gdy PSA posiada zarząd, to właśnie on dokonuje tej oceny,
- w przypadku, gdy zdecydowano się na utworzenie Rady Dyrektorów, to właśnie ona podejmuje się wspomnianego obowiązku.

Słusznie zauważa się, iż z racji na brak jest *explicite* wskazania jednoznacznej dyspozycji w przedmiocie opisywanego obowiązku, może on również być powierzony Radzie Nadzorczej (o ile została utworzona). Rozwiązanie takie nawet lepiej odpowiadałoby kompetencjom wspomnianego organu, jako takiego, który ma nadzorować działalność danej spółki (Ignaczak 2021, s. 10-18).

Swoistym ograniczeniem jakie wprowadza poruszony powyżej artykuł, jest zakaz wypłaty łącznej dywidend przekraczający zyski za ostatni rok obrotowy. Oznacza to, że w przypadku, gdy za dany rok nie zostaną wypłacone dywidendy lub zostaną wypłacone jedynie w części, ich reszta tworzyć będzie rezerwy kapitałowe na dalszy użytek spółki. Pozwala to na ograniczenie w wprowadzeniu zbyt dużych kwot z kapitału spółki. Kapitał ten może w końcu obok poszerzania i rozwoju działalności gospodarczej pozwolić na zaspokojenie powstałych roszczeń.

Do innych środków ochrony wierzyciela należy zaliczyć:

- odpowiedzialność z tytułu przeszacowania aportów (art. 300¹⁰ k.s.h.)
- zwrot zaliczek na poczet dywidend (art. 300¹⁷ k.s.h.)
- odpowiedzialność na podstawie art. 300²¹ k.s.h.
- odpowiedzialność z tytułu bezprawnych wypłat (art. 300²² k.s.h.)

Odnosząc się po kolei do każdego z wymienionych środków, można zauważyć, iż odpowiedzialność z tytułu przeszacowania aportów jest tą samą odpowiedzialnością, o której traktuje artykuł 175 k.s.h., a który wprost wskazuje na odpowiedzialność solidarną w kontekście spółki jak i wspólnika wnoszącego wkład oraz wszystkich członków zarządu, którzy pomimo powzięcia informacji o zawyżeniu danego wkładu, zgłosili spółkę, bądź zadecydowali o podwyższeniu wkładu. W tym wypadku, wskazać należy na zmianę w zakresie odpowiedzialności odpowiednio na akcjonariusza wnoszącego wkład, jako osobę obejmującą akcje. Warto przy tym wskazać, że jedynie „znaczące” przeszacowanie aportu będzie stanowić naruszenie opisywanej dyspozycji pociągające za sobą konsekwencje prawne (Dumkiewicz 2022, art. 300¹⁰). Zastosowanie tej klauzuli generalnej wskazuje na zwrócenie się w stronę orzecznictwa, jednakże ze względu na świeżość wprowadzonych regulacji pomocnicze może okazać się porównanie orzeczeń w sprawach o przeszacowanie z wspomnianego artykułu 175 k.s.h.

Przechodząc do konstrukcji zwrotu zaliczek, należy pamiętać, że artykuł, o którym mowa powyżej, ma zastosowanie jedynie w sytuacji, w której to już po wypłacie spółka odnotowała straty albo zyski nieprzekraczające sumy wypłaconych zaliczek na poczet dywidend. Odnosi się to pośrednio do obowiązku wypłacania dywidend w wysokości nie większej od wypracowanego przez spółkę zysku w danym roku obrotowym. Gdy dojdzie do omawianej nieprawidłowości powstaje automatycznie obowiązek zwrotu tej części zaliczki przez osoby, które dywidendy pobrały do wysokości zysku jaki spółka osiągnęła (a więc całości albo części) (Dumkiewicz 2022, art. 300¹⁰).

Odpowiedzialność, o której mowa w art. 300²¹ k.s.h. polegająca na przekroczeniu świadczenia zakres godziwego świadczenia za świadczenie wzajemne otrzymywane od spółki w kierunku podmiotu świadczącego, polega na podobnej konstrukcji zastosowania klauzuli generalnej co w przypadku opisywanej odpowiedzialności na zasadzie przeszacowania aportu. Ekwiwalentność, o której mowa w przytoczonym przepisie, ma więc stanowić należyte wynagrodzenie za poczynioną pracę bądź spełnione świadczenie. W doktrynie zwraca się uwagę na zapobieżenie ukrytych przepływów kapitału spółki na rzecz np. akcjonariuszy pod pozorem świadczenia pozakorporacyjnego (Keler 2021, art. 300²¹) będącego w zasadzie podstawą do poczynienia dodatkowych świadczeń z kapitału akcyjnego na jego rzecz. Istotą tej regulacji jest zwiększenie ochrony pozostałych akcjonariuszy i stworzenie warunków do równego udziału w zyskach spółki. Ma to kapitalne znaczenie przy opisywanych start-upach, gdzie może dochodzić do prób uprzywilejowania części akcjonariuszy będących większościami udziałowcami w spółce w celu ich zatrzymania bądź celem wyprowadzenia części aktywów z pominięciem prawa (a więc w przypadku np. chęci osiągnięcia zysków większych niż pozostali akcjonariusze). Do takich sytuacji może dojść, gdy jeden z akcjonariuszy zawyżając świadczenie wzajemne od spółki z tytułu najmu zawyża czynsz, działając tym samym na szkodę pozostałych akcjonariuszy w postaci zmniejszenia ogólnego zysku spółki co w efekcie przekłada się na zmniejszenie możliwości wypłaty większych dywidend. Nie chodzi jednak o wprowadzanie zakazu świadczeń wzajemnych względem poszczególnych podmiotów, a jedynie o ograniczenie nieuczciwego transferu kapitału, stanowiącego naruszenie zasady równości między poszczególnymi relacjami danych podmiotów.

Na samym końcu kilka słów odnośnie odpowiedzialności z tytułu bezprawnych wypłat. Przedmiotem ochrony w zakresie regulacji zawartej w art. 300²² k.s.h. może być m.in. wypłata dywidendy w sytuacji, w której procedura ta nie spełniła testu wypłacalności. Podmiotami będącymi obciążonymi ryzykiem takiego wzbogacenia są akcjonariusze oraz członkowie organów spółki (o ile na ich rzecz poczyniono bezprawną wypłatę) (Dumkiewicz 2022, art. 300²²).

Podsumowując, ustawodawca wbrew twierdzeniom opozycjonistów PSA, wprowadził całkiem liczne mechanizmy ochrony wierzycieli. Można w tym miejscu zwrócić uwagę przede wszystkim na opisane na początku bezpośrednio konstrukcje w postaci np. testu wypłacalności zmierzające do ograniczenia utraty kapitału spółki, czy pozostałe opisane regulacje stanowiące swoiste uzupełnienie omawianych wcześniej instytucji.

PODSUMOWANIE

Reasumując poczynione w niniejszym artykule uwagi, zdaje się, iż wprowadzenie nowego tworu w postaci prostej spółki akcyjnej było dobrym pomysłem. Decyzja ta zdaje się być uwarunkowana w szczególności dynamiką obecnego rynku oraz potrzebą szybkiego reagowania na powstające i zmieniające się trendy. Zważywszy na prostotę formy i szybkość założenia oraz likwidacji PSA, może spełnić pokładane w niej nadzieję. Obok opisywanych startupów można żywić nadzieję, że będzie ona wygodną formą dla innych podmiotów. Niestety, jej brak elastyczności w kwestiach podatkowych, a zwłaszcza niezastosowanie estońskiego PIT-u znacznie ogranicza jej walory, szczególnie dla większych przedsięwzięć.

Ciekawym rozwiązaniem było także wprowadzenie dużej liczby indeksów do pojedynczej jednostki redakcyjnej – artykułu. Zabieg ten zapewne ma swoich zwolenników jak i przeciwników, jednak w praktyce nie powinno to stanowić problemów nawet dla początkujących prawników.

Osobną kwestią, której poświęcona została znaczna część pracy, a więc kwestia ochrony wierzycieli, to wskazać należy, że w dużej mierze niesłuszny jest zarzut wskazywania na niedostateczną realizację ich ochrony. Pomimo symbolicznego wkładu w postaci 1 zł, w praktyce raczej rzadko będzie występował on na takim poziomie. Ponadto zważywszy na pozostałe przyjęte rozwiązania raczej należałoby przychylić się do stwierdzenia, że ochrona ta jest realizowana co najmniej dostatecznie.

Wszystko to skłania do tego, iż PSA, jako nowa forma prowadzenia działalności gospodarczej powinna odnaleźć się w polskiej rzeczywistości, jednak zależeć to będzie nie tylko od aspektów legislacyjnych a od warunków ekonomicznych, a więc jak było to już sygnalizowane wcześniej, w szczególności od dynamiki rynków.

BIBLIOGRAFIA:

Monografia

Adamus R.

2021 [w:] *Prosta spółka akcyjna. Komentarz*, red. P. Malinowski, Warszawa.

Ignaczak A.,

2021 *Instrumenty ochrony wierzycieli prostej spółki akcyjnej*, PPH, nr 8.

Koziół G.,
2020 *Prosta Spółka Akcyjna Komentarz do art. 300¹-300¹³⁴ KSH*, Warszawa.

Koziół G.,
2020 *Prosta spółka akcyjna*, Warszawa.

Opalski A.,
2019 *Prosta spółka akcyjna - nowy typ spółki handlowej, cz. I*, PPH, nr 11.

Kodeks spółek handlowych 2020 z komentarzem przygotowanym przez radcę prawnego Michała Koralewskiego, 2019

Monografia wieloautorska

Dumkiewicz M.
2022 [w:] A. Kidyba, M. Dumkiewicz, *Komentarz aktualizowany do art. 1-300 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych*.

Okolski J., Strzelecka S.,
2021 *Nowy typ spółki kapitałowej – Prosta spółka akcyjna*, PPH, nr 8

Stawowy M., Wróblewska M.,
2021 *2. Powstanie prostej spółki akcyjnej – etapy* [w:] M. Stawowy, M. Wróblewska, *Prosta spółka akcyjna. Praktyczny poradnik dla start-upowca*, Warszawa.

Komentarz

Keler G.
2021 [w:] *Prosta spółka akcyjna. Komentarz*, red. R. Adamus, P. Malinowski, Warszawa.

Kowalski R.,
2021 *Opodatkowanie prostej spółki akcyjnej (PSA)*.

Strona internetowa

<https://pfr.pl/slownik/slownik-startup.html>

<https://www.biznes.gov.pl/pl/opisy-procedur/-/proc/346>

Ustawa

Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ CZŁONKÓW ZARZĄDU ZA ZOBOWIĄZANIA SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ

WSTĘP

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest kapitałową spółką handlową, która posiada osobowość prawną. Jej funkcjonowanie zostało uregulowane w przepisach Kodeksu spółek handlowych. (Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 2320 z późn. zm.).

Do osób które mogą założyć spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością zalicza się zarówno osoby fizyczne jak i osoby prawne. Natomiast spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością mogą reprezentować inne osoby niż wspólnicy, którzy zostaną przez z nich powołani w skład zarządu. Zarząd jest organem wykonawczym spółki. W przypadku problemów finansowych spółki, gdy nie jest ona w stanie realizować swoich zobowiązań, członkowie zarządu mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności.

W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ważnym zadaniem ustawodawcy było uregulowanie nie tylko jej wewnętrznego ustroju, ale także relacji występujących pomiędzy wspólnikami czy członkami zarządu. W związku z czym ważne jest, aby w strukturze spółki zostały sprecyzowane jasne mechanizmy mające na celu odpowiednie funkcjonowanie spółki.

Wierzycielami spółki są mogą być osoby fizyczne oraz prawne, które posiadają wobec spółki wierzytelność. Charakter wierzytelności może być różnorodny na przykład wierzytelność może wynikać z faktury sprzedażowej, należności z tytułu wynagrodzeń czy niewypłaconego przez spółkę odszkodowania.

Ochrona wierzycieli w spółce z o.o. niewątpliwie przejawia się uregulowaniem długu należącego do spółki. Jedną z możliwości, która może pozwolić na spłatę długu jest wprowadzona przez ustawodawcę odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki. Wskazana odpowiedzialność występuje wtedy, gdy spółka samodzielnie nie może uregulować zobowiązania. (Osajda 2014, s.42)

Niewątpliwie instytucja odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązanie spółki w przypadku jej niewypłacalności jest popularną instytucją w Polsce, ponieważ została szeroko omówiona w wielu monografiach naukowych oraz poruszona w setkach orzeczeń sądowych, w tym orzeczeń Sądu Najwyższego, gdzie wielokrotnie poddawano analizie art. 299 Kodeksu spółek handlowych.

Celem artykułu jest przybliżenie zasad odpowiedzialności członków zarządu wynikającej z art. 299 Kodeksu spółek handlowych, ale także innych podstawowych aktów prawnych, które regulują kwestie odpowiedzialności członków zarządu. Przedstawione zostały również praktyczne aspekty wynikające ze stosowania art. 299 Kodeksu spółek handlowych na podstawie wielu przykładów zaczerpniętych z praktyki orzeczniczej sądów.

Metodą badawczą wykorzystaną w realizacji zamierzonych celów była metoda dogmatyczno – prawna, a także metoda porównawcza.

ISTOTA ZARZĄDU JAKO ORGANU WYKONAWCZEGO W SPÓŁCE Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ

Zarząd jest organem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, który musi zostać zawsze powołany. Powołanie zarządu jest jednym z podstawowych warunków zarejestrowania spółki w rejestrze przedsiębiorców. Głównymi zadaniami zarządu są reprezentacja i prowadzenie spraw spółki. Jeżeli zdarzy się sytuacja, że w spółce nie zostanie powołany zarząd, albo wystąpią braki w jego składzie to spółka nie może występować jako podmiot gospodarczy. W takiej sytuacji konieczne jest, aby jak najszybciej został powołany zarząd, ewentualnie został uzupełniony brak w jego składzie. W przeciwnym razie kolejnym krokiem jest ustanowienie przez sąd kuratora dla spółki, którego zadaniem jest powołanie zarządu lub uzupełnienie braków w jego składzie. Gdy starania kuratora okażą się bezskuteczne to ma on za zadanie doprowadzić do likwidacji spółki.

Zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest organem, który posiada rozległy zakres kompetencji. Przede wszystkim tylko zarząd występuje

w imieniu spółki w relacjach z innymi podmiotami. Ponadto zarządowi przysługuje domniemanie kompetencji, co oznacza, że do kompetencji zarządu należy podejmowanie decyzji w sprawach, które nie zostały zastrzeżone przepisami prawa lub w umowie spółki jako należące do kompetencji innych organów. Wspólnicy mają prawo do ingerowania w ustawowo wyznaczony zakres kompetencji zarządu. Mogą oni także określić w umowie spółki zakres samodzielności zarządu. (Kidyba 2009, s.438)

Zarząd jest organem, który reprezentuje spółkę, więc czynności podjęte przez zarząd wywołują skutki bezpośrednio po stronie spółki. Zarząd jest organem wykonawczym, który realizuje postanowienia zgromadzenia wspólników, które jest organem ustawodawczym w spółce. (Pietrzak 2020, s.81)

Omawiając organ jakim jest zarząd warto zwrócić uwagę na odróżnienie dwóch nazw: „zarząd” oraz „członkowie zarządu”. Zarząd jest organem spółki, który posiada pewny zakres kompetencji i nie jest osobnym podmiotem prawa. Zarząd jest organem, który wchodzi w skład organizacyjny spółki, a dokonane przez niego czynności są działaniami spółki. Zarząd posiada szereg praw i obowiązków, które są uregulowane w Kodeksie spółek handlowych. Członkowie zarządu są to osoby fizyczne, które wchodzi w skład organu jakim jest zarząd. Członkowie zarządu są odrębnymi podmiotami prawa. Osoby wchodzące w skład zarządu realizują wolę osoby prawnej poprzez podejmowanie jako organ decyzji, których skutki wiążą bezpośrednio spółkę. W przepisach prawa można znaleźć pojęcia „zarząd” oraz „członkowie zarządu”. Jednak koniecznym jest aby jest właściwie rozróżnić. W przypadku, gdy jest mowa o zarządzie to należy rozumieć przez to organ jako całość, a w sytuacji, gdy mowa jest o członkach zarządu to odnosi się to bezpośrednio do osoby fizycznej, która wchodzi w skład zarządu. (Kopaczyńska-Pietrzniak 2010, s.398)

Osoby fizyczne wchodzące w skład zarządu są jego członkami. Przysługują im równe prawa i obowiązki bez znaczenia na nazwę pełnionej funkcji. W przypadku, gdy jeden z członków zarządu objął funkcję „prezesa zarządu”, a pozostali są „członkami zarządu” trzeba mieć na uwadze, że mają oni takie same prawa i obowiązki. Odstępstwa może wprowadzać umowa spółki, która w swoich zapisach może wprowadzać uprzywilejowanie prezesa zarządu np. w sytuacji głosowania, gdy liczba głosów jest taka sama to o powzięciu pewnej decyzji decyduje głos prezesa. Ponadto prezesowi zarządu można być nadane szczególne uprawnienia dotyczące kierowania pracami zarządu np. prawo kierowania obradami zarządu czy zarządzania przerw. (Kidyba 2009, s.438)

Zarząd jako obligatoryjny organ spółki musi prawidłowo funkcjonować, to znaczy, że jego działanie musi być zgodne z ustawą i umową spółki. Niezależnie od tego czy działania zarządu mieszczą się w ramach jego kompetencji, które zostały wyznaczone przez inne organy spółki, od sposobu realizacji tych działań oraz ich skuteczności zależy sukces. Sukcesem jest osiągnięcia celu, dla którego została powołana spółka. Szerokie kompetencje zarządu powodują, że jest to organ, którego członkowie ponoszą najszerszą odpowiedzialność w spółce z o.o.

Podstawowym zadaniem zarządu są reprezentacja i prowadzenie spraw spółki. Prowadzenie spraw spółki przejawia się tym, że zarząd dokonuje wszelkich czynności w ramach wewnętrznych stosunków w spółce. Reprezentacja spółki przez zarząd polega na składaniu i przyjmowaniu przez zarząd oświadczeń w imieniu spółki. Mając na względzie rozdzielenie kapitału od zarządzania, ustanowiony w spółce z o.o. zarząd wykonuje obie wyżej opisane funkcje (zarządzania i reprezentacji) niezależnie od woli współników. Wspólnicy co do zasady nie mają możliwości ingerowania w działalność zarządu. Mogą jedynie w umowie spółki dodać zapisy, które mogą ograniczać działalność zarządu. Przykładowo wspólnicy mogą dodać w umowie spółki zapis, że zaciągnięcie przez spółkę zobowiązania przekraczającego pewną wartość wymaga wcześniejszej uchwały współników. Zarząd wykonuje swoje zadania korzystając z domniemania kompetencji. Oznacza to, że gdy wykonanie danej czynności nie jest zastrzeżone ustawowo bądź w umowie do kompetencji innych organów spółki, to do jej realizacji jest uprawniony zarząd. (Rodzyńkiewicz 2014, s. 457)

Jak już wspomniano podstawową funkcją zarządu jest prowadzenie spraw spółki. Odnosi się to zarówno do wewnętrznego jak i zewnętrznego zarządzania spółką. Zarząd ma za zadanie realizować czynności dotyczące wewnętrznej administracji spółki, ale także podejmować decyzje biznesowe z podmiotami zewnętrznymi. Zgodnie z przepisami każdy członek zarządu ma nie tylko prawo, ale obowiązek prowadzenia spraw spółki.

Członkowie zarządu są ustawowo zobowiązani do prowadzenia spraw spółki, które nie przekraczają zakresu tzw. zwykłych czynności. Podejmowanie decyzji w takich sprawach nie wymaga wcześniejszej zgody współników w postaci uchwały. Jednak w sytuacji, gdy sprawa przekracza zakres zwykłych czynności, albo któryś z członków zarządu sprzeciwi się decyzji pozostałych członków – wymagana jest uchwała. W związku z powyższym zawsze istnieje trudność co do określenia charakteru podejmowanej przez zarząd czynności: czy mieści się ona w zakresie zwykłych czynności czy też nie. W takim

względnie konieczna jest analiza danego przypadku. Kluczowe znaczenie będzie miał rodzaj i zakres prowadzonej przez spółkę działalności i określenie czy podjęcie danej decyzji przez zarząd będzie miało wpływ na funkcjonowanie spółki. W związku z czym możliwy jest podział kompetencji członków zarządu. Może on zostać określony w umowie spółki albo regulaminie zarządu. Ustalenie kompetencji zarządu czy też jego regulaminu następuje w drodze uchwały podejmowanej przez organ do tego uprawniony. Podział kompetencji polega na przyporządkowaniu każdemu z członków zarządu pewnej działy funkcjonowania spółki, którym będzie się zajmował. (Król-Gajewska 2009, s.112)

Kompetencją zarządu jest także reprezentowanie spółki. Przejawia się to składaniem i przyjmowaniem przez zarząd oświadczeń woli w imieniu i na rzecz spółki. Członek zarządu ma prawo do tego, aby reprezentować spółkę w sprawach sądowych i pozasądowych. (Art.205§3 Ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych)

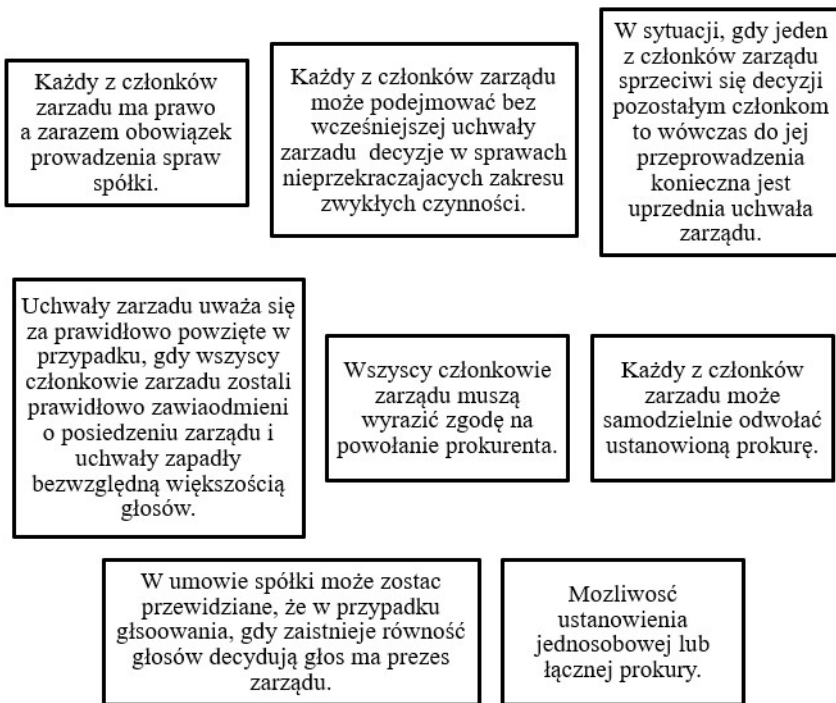
W sytuacji zarządu jednoosobowego to jedyny członek ma prawo do reprezentowania spółki. W sytuacji zarządu kolegiального umowa spółki powinna określać sposób reprezentowania spółki przez zarząd. Jeżeli brak jest takich zapisów to zastosowanie mają przepisy ustawy, gdzie wskazuje się, że w przypadku, gdy w umowie spółki nie zostało to uregulowane to oświadczenia w imieniu spółki mogą składać dwaj członkowie działający łącznie lub jeden członek działający wraz z prokurentem spółki. (Art.204§1,2 Ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych)

Powyższa regulacja reprezentacji łącznej (członek zarządu wraz z prokurentem) nie ma zastosowania w przypadku zarządu jednoosobowego i dotyczy wyłącznie zarządu wieloosobowego. Podstawowe kompetencje zarządu zostały wymienione na rysunku 1.

W spółce, w której w skład zarządu wchodzi wyłącznie jedna osoba, uprawnionym do jej reprezentacji będzie tylko ten członek zarządu.

Wspólnicy mają możliwość dokonać w umowie spółki zapisów ustalające sposób reprezentacji spółki. Przykładowo może zostać ustalone, że w przypadku zarządu wieloosobowego każdy z jego członków może reprezentować spółkę samodzielnie. Możliwa jest także reprezentacja łączna, czyli spółka jest reprezentowana przez kilku członków zarządu łącznie bądź też wszystkich zarządów łącznie.

Rysunek 1. Kompetencje zarządu wieloosobowego



Źródło: opracowanie własne na podstawie Świeca 2012, s. 77.

Należy również zwrócić uwagę na możliwość, aby jeden z członków zarządu, który jest umocowany do reprezentacji łącznej z drugim członkiem mógł zostać ustanowiony pełnomocnikiem do dokonania danej czynności. W sytuacji naruszenia łącznej reprezentacji np. zawarcie umowy handlowej, gdzie umowę zawiera tylko jeden z członków zarządu – umowa jest nieważna.

Czynności, które podejmuje wieloosobowy zarząd w imieniu spółki utożsamiane są jako czynności samej spółki

ODPOWIEDZIALNOŚĆ CZŁONKÓW ZARZĄDU SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ZA JEJ ZOBOWIĄZANIA

Podstawowym założeniem prawa prywatnego jest odpowiedzialność dłużnika, za zobowiązania, które zaciągnął. W rezultacie za zobowiązania zaciągnięte przez daną osobę odpowiada wyłącznie ta osoba jako dłużnik. W przypadku gdy dłużnikiem jest osoba prawna to odpowiedzialności nie ponoszą wspólnicy spółki z o.o. czy przykładowo akcjonariusze w spółce akcyjnej.

Wyjątkiem od wyżej opisanych założeń jest art., 299 Kodeksu spółek handlowych. Przywołany przepis jest rezultatem stwierdzenia przez ustawodawcę, że dotychczasowe przepisy prawne nie zapewniały ochrony wierzycieli. Wierzyciel, który posiada roszczenie wobec spółki z ograniczoną odpowiedzialnością powinien w pierwszej kolejności je egzekwować od spółki, ponieważ spółka jako odrębny podmiot gospodarczy odpowiada za swoje zobowiązania posiadany majątkiem. Gwarancją majątku spółki można uznać posiadany przez nią kapitał zakładowy.

Analizując artykuł 299 Kodeksu spółek handlowych należy zwrócić uwagę, że ma on bardzo duże znaczenie w praktyce funkcjonowania spółki. Wskazany przepis jest przedmiotem bardzo dużej ilości orzeczeń sądowych oraz wypowiedzi doktryny. Ponadto odpowiedzialność członków zarządu jest zawarta również w przepisach prawa upadłościowego, co zostanie nakreślone poniżej.

W niniejszym rozdziale zostaną zaprezentowane zagadnienia, które bezpośrednio odnoszą się do stosowania wyżej wymienionego przepisu: zakres odpowiedzialności członków zarządu, jej charakter, przesłanki odpowiedzialności oraz przesłanki zwalniające z odpowiedzialności członka zarządu.

Przechodząc do analizy art. 299 Kodeksu spółek handlowych należy krótko wyjaśnić w jakim celu omawiana instytucja została wprowadzona do polskiego prawa. Mając na względzie art. 299 Kodeksu spółek handlowych konieczne było zapewnienie większej ochrony wierzycieli spółki, ponieważ coraz często pojawiały się sytuacje, że utworzone spółki z ograniczoną odpowiedzialności były pozostawiane w obrocie bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego, a tym samym zaspokojenia wierzycieli. Forma spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest dość popularna, więc w celu zapewnienia jej wiarygodności konieczne było doprecyzowanie przepisów. W związku z czym wprowadzenie zapisów art. 299 kodeksu spółek handlowych niewątpliwie miało wypełnić następujące funkcje:

- a) kompensacyjną, która sprowadza się do zaspokojenia chociaż części wysokości wierzytelności, którego spełnienie nie mogło zostać dokonane z majątku spółki,
- b) prewencji ogólnej polegającej na zapewnieniu ochrony uczestników obrotu gospodarczego przed sytuacją, że na rynku będą funkcjonować podmioty niewypłacalne, co działałoby z pokrzywdzeniem dla ich przyszłych kontrahentów,

- c) prewencji szczególnej polegającej na tym, że członek zarządu świadomy spoczywającej na nim odpowiedzialności będzie wykazywał większą staranność w wypełnianiu swoich obowiązków.

Poddając analizie cechy odpowiedzialności członków zarządu, które wynikają z art. 299 Kodeksu spółek handlowych wyróżnia się zasadniczo trzy cechy tej odpowiedzialności.

Rysunek 2. Cechy odpowiedzialności członków zarządu wynikające z art. 299 Kodeksu spółek handlowych



Źródło: Kappes 2009, s. 55.

Odpowiedzialność członków zarządu wynikająca z art. 299 Kodeksu spółek handlowych jest osobista i indywidualna. Daje to możliwość, aby wierzyciele spółki domagali się zaspokojenia swoich roszczeń z całego majątku poszczególnych członków zarządu. Ponadto uważa się, że odpowiedzialność członków zarządu jest bezwzględna, czyli nie może zostać wyłączona na mocy porozumienia wspólników-uchwały.

Odpowiedzialność wynikająca z omawianego przepisu jest odpowiedzialnością subsydiarną. Oznacza to, że uwarunkowana jest ona wykazaniem stanu bezskuteczności egzekucji z majątku spółki. Jednak należy pamiętać, że roszczenie wierzyciela przeciwko członkom zarządu jest samodzielnie i powstaje w okresie późniejszym niż roszczenie przeciwko spółce. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2007 r., sygn. akt V CSK 55/07) Wierzyciel spółki ma możliwość dochodzenia swojego roszczenia od członka zarządu także po wykreśleniu spółki z rejestru przedsiębiorców. Swoista ochrona wierzycieli została zawarta w orzecznictwie sądowym, gdzie kilkakrotnie zostało stwierdzone, iż członek zarządu wobec którego wierzyciel wystąpił z powództwem na podstawie art. 299 Kodeksu spółek handlowych nie może podnosić zarzutu

przedawnienia roszczenia w sytuacji, gdy wierzyciel posiada tytuł egzekucyjny wydany przeciwko spółce. (Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. akt III CZP 94/08)

Odpowiedzialność członków zarządu, która wynika z art. 299 Kodeksu spółek handlowych ma charakter solidarny. Oznacza to, każdy z wierzycieli spółki ma możliwość dochodzenia spełnia świadczenia od wszystkich członków zarządów łącznie, bądź też od kilku łącznie czy od każdego z osobna. Jeżeli, któryś z członków zarządu (dłużnik) spełni świadczenie wierzyciela pozostali członkowie zarządu są zwolnieni z obowiązku spełnienia świadczenia wobec wierzyciela. Jednak członek zarządu od którego dłużnik wyegzekwował należność może domagać się od pozostałych członków zarządu zwrotu odpowiedniej części spełnionego świadczenia. (Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2008 r. ,sygn. akt III CZP 94/08)

Jak wspomniano w drugiej części pracy wspólnicy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością są co do zasady zwolnieni z odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Jednak nie ma to miejsca w sytuacji, gdy wspólnicy bądź wspólnik wchodzi w skład zarządu spółki. W tym względzie członek zarządu, który jest współnikiem odpowiada na z art. 299 Kodeksu spółek handlowych. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2003 r., sygn. akt IV CKN 1779/2000)

Analizując orzecznictwo sądowe zauważalny jest pogląd, że członkowie zarządu nie ponoszą odpowiedzialności wyłącznie do wysokości roszczenia głównego, ale także odpowiedzialność obejmuje koszty procesu, które zostały zasądzone od spółki , koszty postępowania sądowego, ,koszty postępowania egzekucyjnego, a także należności uboczne – odsetki za opóźnienie naliczane od roszczenia głównego. (Wyrok Sadu Najwyższego z 8 marca 2007 r., sygn. akt III CSK 352/06)

Analizując zakres podmiotowy przepisu art. 299 Kodeksu spółek handlowych stwierdza się, że warunkiem odpowiedzialności członków zarządu jest istnienie zobowiązania a nie jego wymagalność. Wskazany aspekt został wielokrotnie wskazany w obowiązującym orzecznictwie sądowym.

Warto wskazać, że do odpowiedzialności wynikającej z art. 299 Kodeksu spółek handlowych mogą zostać pociągnięci nie tylko członkowie zarządu, ale także likwidatorzy, którzy pełnili swoje funkcje w okresie, gdy powstało roszczenie dochodzone przez wierzyciela. Nie jest konieczne, aby wymagalność roszczenia powstała w okresie sprawowania funkcji przez likwidatora lub członka zarządu. Istotny jest sam fakt powstania zobowiązania. Wynika to z przepisów Prawa upadłościowego, albowiem w sytuacji, gdy członek zarządu

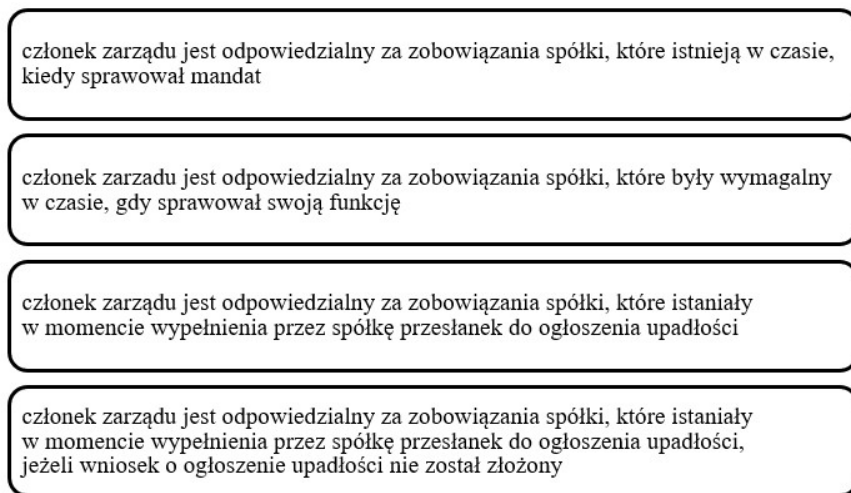
lub likwidator składa do sądu wniosek o ogłoszenie upadłości spółki to wraz z wydaniem przez sąd postanowienia o ogłoszeniu upadłości wszystkie niewymagalne roszczenia stają się wymagalne. Nie ma znaczenia tutaj termin płatności, który może być określony w przyszłości. Ponadto z dniem wydania przez sąd postanowienia o ogłoszeniu upadłości wszystkie zobowiązania niepieniężne przekwalifikowują się jako zobowiązania o charakterze pieniężnym. Natomiast terminem ich płatności jest dzień ogłoszenia upadłości spółki. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. Akt I ACa 718/13)

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że członek zarządu ponosi odpowiedzialność z art. 299 Kodeksu spółek handlowych za działania podejmowane przez okres swojej kadencji czyli od momentu powołania na funkcję członka zarządu, aż do momentu wygaśnięcia mandatu. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2001 r., sygn. akt. V CKN 186/00)

Należy wspomnieć sytuacji, gdy członek zarządu został odwołany, jednak pozostali członkowie spółki nie dopełnili obowiązku wykreślenia danych osobowych ustępującego członka zarządu. W związku z czym członek zarządu, którego mandat wygasł nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania spółki, które powstały po wygaśnięciu jego mandatu. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2001 r., sygn. akt. V CKN 186/00)

W związku z czym można jednoznacznie stwierdzić, że wpis lub wykreślenie danej osoby ze składu osobowego zarządu nie ma znaczenia w kontekście ponoszonej przez członka zarządu odpowiedzialności wynikającej z art. 299 Kodeksu spółek handlowych. Zmiana w systemie ma jedynie charakter deklaratoryjny i kształtuje wewnętrzną strukturę spółki. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r. sygn., akt V CSK 188/10)

Jednak należy mieć na uwadze, że członek zarządu jest odpowiedzialny za zobowiązania spółki w sytuacji, gdy powstały one w trakcie pełnienia przez niego funkcji członka zarządu. Odpowiedzialność jest aktualna nawet po odwołaniu lub złożeniu rezygnacji przez członka zarządu. Jeżeli członek zarządu wykaże, że zobowiązanie spółki które dochodzi wierzyciel powstało w okresie, gdy nie sprawował już funkcji może nie zostać pociągnięty do odpowiedzialności. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. akt V CSK 347/10).

Rysunek 3. Rodzaje zobowiązań za które odpowiedzialny jest członek zarządu

Źródło: Kappes 2009, s.68 .

Jak wskazano powyżej ważnym problemem, który odnosi się do zakresu odpowiedzialności wynikającej z art. 299 Kodeksu spółek handlowych jest określenie jakie zobowiązania mogą być przedmiotem powództwa z art. 299 Kodeksu spółek handlowych. Związane jest to z zakresem czasowym zobowiązań spółki, za które może być przypisana odpowiedzialność. Określenie zakresu czasowego jest bardzo ważne, ponieważ do odpowiedzialności mogą być pociągnięci członkowi zarządu, którzy nie pełnią już swoje funkcji, a dawniej pozostawali w zarządzie. W literaturze wskazuje się na cztery sytuacje, kiedy członek zarządu odpowiada za zobowiązania spółki, co obrazuje rysunek 3.

Zgodnie z dyspozycją wnikającą z art. 299 Kodeksu spółek handlowych członkowie zarządu spółki odpowiadają za zobowiązania jeżeli egzekucja skierowana przeciwko spółce okazała się bezskuteczna. Mając powyższe na uwadze wiele osób może być przekonany iż jest tylko jedna przesłanka warunkująca odpowiedzialność członków zarządu – bezskuteczność egzekucji. Jednak należy zwrócić uwagę na sformułowanie „za zobowiązanie spółki”, które jest określone w art. 299§1 Kodeksu spółek handlowych. W związku z czym, aby egzekucja wobec spółki mogła okazać się bezskuteczna konieczne jest istnienie niezaspokojonego zobowiązania określonego w tytule wykonawczym. (Kappes 2009, s.55)

Mając powyższe na uwadze są dwie przesłanki odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki, które warunkują ich odpowiedzialność (rysunek 4).

W przypadku zobowiązania spółki należy wyszczególnić dwie grupy zagadnień (tamże, s.56):

- a) za jaki rodzaj zobowiązania spółki odpowiedzialny jest członek zarządu oraz w jaki sposób powinny być one wyrażone,
- b) ważność i zakres zobowiązania spółki, a co za tym idzie ich wpływ na odpowiedzialność członka zarządu.

Natomiast w przypadku bezskuteczności egzekucji należy wyróżnić następujące zagadnienia, które mają wpływ na odpowiedzialność członków zarządu (tamże, s.57):

- a) sposób stwierdzenia bezskuteczności egzekucji (wykazanie czy bezskuteczność dotyczy całego majątku spółki, czy też tylko pewnej jej części),
- b) wpływ postępowania upadłościowego na bezskuteczność egzekucji
- c) wskazanie majątku spółki celem zaspokojenia wierzycieli.

Rysunek 4. Przesłanki odpowiedzialności



Źródło: opracowanie własne na podstawie Kappes 2009, s. 55.

Przesłanką warunkującą odpowiedzialność członka zarządu jest występowanie ważnego zobowiązania spółki. W związku z czym należy rozważyć, za jakie zobowiązania spółki ponoszona jest odpowiedzialność z art. 299 Kodeksu spółek handlowych.

Obowiązkiem wierzyciela, który składa pozew przeciwko członkowi zarządu jest wykazanie istnienia zobowiązania. Przed wszystkim wierzyciel musi przytoczyć czas powstania zobowiązania, a przede wszystkim określić czy w okresie pełnienia przez daną osobę funkcji członka zarządu dane zobowiązanie istniało. Pozwoli to zdecydować, czy pozwany jest w ogóle odpowiedzialny za dane zobowiązanie.

W doktrynie oraz orzecznictwie sądowym często podnoszony jest pewien warunek wniesienia pozwu przez wierzyciela przeciwko członkowi zarządu. Orzecznictwo wskazuje, że do złożenia pozwu przeciwko członkom zarządu konieczne jest wcześniejsze posiadanie tytułu egzekucyjnego przeciwko spółce. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2005 r. sygn. akt V CK 129/05). Jednak możliwe jest, aby wierzyciel wykazał istnienie zobowiązania

w inny sposób aniżeli poprzez posiadanie tytułu wykonawczego wydanego przeciwko spółce. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2006 r. sygn. akt I CSK 300/06).

Jak wynika z powyższego wykazanie istnienia zobowiązania spółki jest jedną z przesłanek, która pozwala na pociągnięcie do odpowiedzialności członków zarządu. Koniecznym jest także wskazanie za które zobowiązanie odpowiedzialny jest konkretny członek zarządu. W orzecznictwie utrwalone jest, że do odpowiedzialności za zobowiązania spółki mogą zostać pociągnięci wyłącznie członkowie zarządu, którzy pełnili swoje funkcje w czasie istnienia zobowiązania spółki. Zobowiązanie nie musi być wymagalne. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2007 r. ,sygn. akt II CSK 381/06)

Należy podkreślić, że ciężar dowodu w postępowaniu przeciwko członkowi zarządu spoczywa na dłużniku czyli na pozwanym. Z art. 299 Kodeksu spółek handlowych automatycznie domniemywa się, że pozwany członek zarządu ponosi w pełni odpowiedzialność za szkodę jaką poniósł wierzyciel w wyniku bezskutecznej egzekucji przeprowadzonej z majątku spółki. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt I ACa 217/13)

Powód ma obowiązek wykazania tylko, że egzekucja była bezskuteczna. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 31 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACa 272/13).

Analizując orzecznictwo sądowe zauważalny jest pogląd polegający na domniemywaniu odpowiedzialności członka zarządu za zobowiązania spółki. Przejawia się to tezą, że jeżeli pozwany członek zarządu był tylko formalnie członkiem zarządu i nie zajmował się sprawami spółki, to nie jest to przesłanka zwalniająca daną osobę z odpowiedzialności z art. 299 Kodeksu spółek handlowych. W takiej sytuacji członek zarządu nie powinien podejmować się pełnienia swojej funkcji, ponieważ bycie członkiem zarządu rodzi za sobą szereg obowiązków oraz odpowiedzialność w przypadku ich niedopełnienia. Sąd nie może akceptować fikcyjnego sprawowania tego typu funkcji poprzez powoływanie na członków zarządu tzw. „słupów”. (Wyrok Sadu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 marca 2021 r. , sygn. akt VII AGa 1482/18)

Zgodnie z jednolitym stanowiskiem sądów w sytuacji bezskuteczności egzekucji za zobowiązania spółki odpowiedzialność ponoszą członkowie zarządu, którzy pełnili swoją funkcję w czasie istnienia zobowiązania, które nie musiało być w tym czasie wymagalne. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2010 r., sygn. akt V CSK 248/09)

Drugą z przesłanek, która warunkuje odpowiedzialność członków zarządu jest bezskuteczność egzekucji. Jednak o bezskuteczności egzekucji nie można mówić wyłącznie wtedy, gdy zostało wydane przez organ egzekucyjny postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego ze względu na jego bezskuteczność. O bezskuteczności egzekucji można twierdzić w sytuacji, gdy wierzyciel posiada niezaspokojone zobowiązania od spółki, a jej majątek jest niewystarczający na pokrycie zobowiązań. Bezskuteczność można zdefiniować jako stan nieściągalności wierzytelności od samej spółki. Innymi słowy jest to sytuacja, gdy wierzyciel niezaprzeczalnie może stwierdzić, że spółka jako dłużnik nie posiada majątku, który mógłby zaspokoić roszczenia (Walerjan, Żak 2010, s.86)

Jeżeli spółka nie jest w posiadaniu majątku, który mógłby stanowić zaspokojenie oznacza to stan nieściągalności wierzytelności, który prowadzi do bezskuteczności egzekucji. Wykazanie bezskuteczności egzekucji wiąże się z możliwością wykazania przez wierzyciela w każdy możliwy sposób, że majątek spółki nie pozwala na zaspokojenie roszczenia. Nie ma konieczności faktycznego przeprowadzania egzekucji przez organ egzekucyjny w sytuacji, gdy można jednoznacznie stwierdzić, że spółka nie posiada żadnego majątku, który mógłby stanowić zaspokojenie wierzycieli. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 16 czerwca 1992 r., sygn. akt. I Acz 183/92)

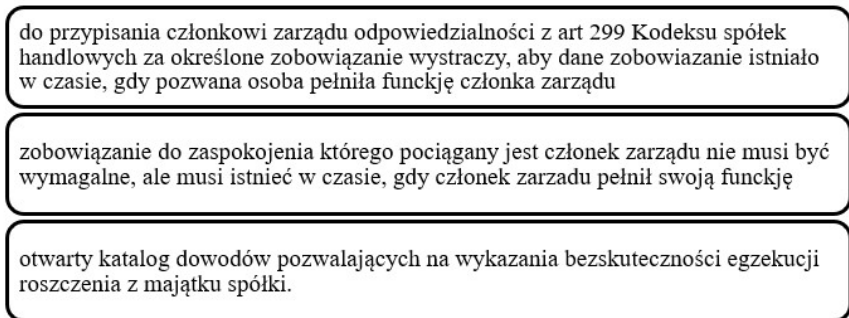
Należy również zwrócić uwagę, że członek zarządu może uniknąć odpowiedzialności wynikającej z art. 299 Kodeksu spółek handlowych pod warunkiem, że wykaze, iż wierzyciel, który wniósł pozew przeciwko niemu nie uzyskał zaspokojenia z majątku spółki ze swojej winy. Jest to sytuacja, gdy wierzyciel mógł podjąć działania egzekucyjne w czasie gdy egzekucja była możliwa, ale tego nie uczynił. (Wyrok Sądu Najwyższego z 24 czerwca 2004 r., sygn. akt III CK 107/03)

Jednak należy mieć na uwadze, że wierzyciel ma swobodę w wyborze czasu oraz zakresu egzekucji przeciwko spółce. W rzeczywistości wierzyciel nie posiada bieżącej wiedzy na temat majątku spółki, więc obarczanie wierzyciela negatywnymi konsekwencjami nieszczęścia postępowania egzekucyjnego wtedy gdy było to możliwe jest nieuzasadnione. (Walerjan, Żak 2010, s.88)

W związku czym należy stwierdzić, że po wykazaniu przez wierzyciela istnienia zobowiązania i bezskuteczność egzekucji jego roszczenia wobec spółki, osoba, która pełniła funkcję członka zarządu lub likwidatora w czasie, powstania bądź istnienia zobowiązania będzie subsydiarnie zobowiązana do jego zapłaty.

W związku z powyższym można sformułować trzy podstawowe cechy odpowiedzialności członków zarządu, które zostały wykazane na rysunku 5.

Rysunek 5. Odpowiedzialność członków zarządu- cechy



Źródło: opracowanie własne

Analizując odpowiedzialność warto przywołać pogląd, który wskazuje, że osoba obejmująca funkcję w zarządzie spółki niewypłacalnej ma obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości bez względu na stan majątku spółki, nawet gdyby taki wniosek został oddalony. Sąd Najwyższy wskazuje argumenty potwierdzające przywołaną tezę. Przede wszystkim szkoda jest pojęciem prawa materialnego, a nie prawa egzekucyjnego. W związku z czym brak doznania szkody przez wierzyciela spółki pomimo niezłożenia w terminie wniosku o upadłość oznacza, że majątek wierzyciela spółki nie doznał negatywnych konsekwencji z powodu zaniechania członka zarządu. Pasywa majątku wierzyciela zawsze wzrastają, ponieważ niespełnienie świadczenia w terminie implikuje powiększenie się majątku wierzyciela o należne odsetki z tytułu nieterminowej zapłaty. Warto zauważyć, że zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości ma charakter informacyjno-ostrzegawczy. Potencjalni nowi wierzyciele spółki mogą nie mieć wiedzy i świadomości na temat rzeczywistego stanu majątkowego spółki, co mogłoby spowodować podjęcie przez wierzycieli niekorzystnych dla nich decyzji. Natomiast złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości informuje potencjalnych nowych wierzycieli spółki o stanie majątku podmiotu, z którym chcieliby podjąć współpracę gospodarczą. Ponoszenie odpowiedzialności przez osoby, które obejmują funkcję w zarządzie niewypłacalnej spółki, w sytuacji gdy nie zgłoszą wniosku o upadłość, pozwala na uniknięcie sytuacji, w której w obrocie gospodarczym funkcjonowałyby niewypłacalne spółki. W sytuacji, gdy obejmują oni funkcję w zarządzie niewypłacalnej spółki i nie musieliby składać wniosku

o ogłoszenie upadłości i nie ponosiliby tym samym żadnej odpowiedzialności to spółka mogłaby trwać w obrocie i dalej zaciągać długi, których nie byłaby w stanie spłacić. Niewątpliwie doprowadziłoby to do upadłości innych przedsiębiorstw, które nawiązałyby współpracę z niewypłacalną spółką. Jeżeli nowy członek zarządu niewypłacalnej spółki nie jest pewny czy zgłaszając wniosek o ogłoszenie upadłości sąd oddali ze względu na brak majątku na pokrycie postępowania upadłościowego – członek zarządu powinien taki wniosek złożyć, aby sąd samodzielnie ocenił stan majątkowy spółki. Dokonanie oceny wysokości majątku pozwalającego na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego należy do sądu a nie do zarządu spółki. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2021 r., sygn. akt IV CSKP 32/21); uchwała Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2017 r., sygn. akt III CZP 65/17). Przywołane wyżej argumenty wskazują, że osoby, które obejmują funkcję w zarządzie niewypłacalnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością mają obowiązek zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości pod rygorem ponoszenia odpowiedzialności wynikającej z art. 299 Kodeksu spółek handlowych. Jeżeli wniosek o ogłoszenie upadłości zostanie oddalony przez sąd ze względu na to, że spółka nie będzie posiadała majątku pozwalającego na pokrycie kosztów postępowania, to członkowie zarządu powinny podjąć działania zmierzające do zakończenia bytu prawnego spółki. W sytuacji gdy będą dalej prowadzić sprawę niewypłacalnej spółki, utrzymywać ją w obrocie, a tym samym zaciągać nowe zobowiązania członkowie zarządu ponoszą osobistą odpowiedzialność względem wierzycieli spółki. Samo objęcie funkcji członka zarządu w niewypłacalnej spółce nie oznacza, że dana osoba ponosi odpowiedzialność za długi spółki, ponieważ może się od tego uwolnić zgłaszając wniosek o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie, który jest liczony od momentu objęcia funkcji w zarządzie spółki.

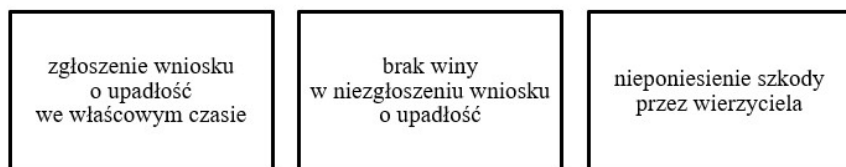
Niewątpliwie odpowiedzialność członków zarządu wynikająca z art. 299 Kodeksu spółek handlowych jest odpowiedzialnością surową, ale nie absolutną. Wprowadzając omawiany przepis ustawodawca kierował się wzmocnieniem ochrony wierzyciela spółki z o.o. Jednak zostały wprowadzone przesłani negatywne odpowiedzialności. Jeżeli wierzyciel wykaże spełnienie choćby jednej z trzech przesłanek uwolni się od odpowiedzialności. W związku z czym należy zauważyć, że ustawodawca wzmacniając ochronę wierzyciela spółki z o.o., nie pozostawił dłużnika na straconej pozycji. Przepis art. 299§2 Kodeksu spółek handlowych przewiduje domniemanie winy członka zarządu w niezgłoszeniu wniosku o upadłość we właściwym czasie. Każdy członek zarządu powinien na bieżąco posiadać informację odnośnie stanu finansowego

spółki oraz możliwości zaspokojenia wierzycieli. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2008 r. ,sygn. akt II CSK 545/07)

W literaturze przesłanki, o których mowa w niniejszym podrozdziale są określane różnorodnie. Wyróżnia się je jako przesłanki ekskulpacyjne, egzoneracyjne, uwalniające, zwalniające z odpowiedzialności, albo też jako negatywne przesłanki odpowiedzialności. Pojęcie „przesłanki ekskulpacyjne” bezpośrednio odnosi się do odpowiedzialności na zasadzie winy. W związku z czym omawiany termin warto odrzucić, ponieważ wykazanie winy nie jest decydującym charakterem odpowiedzialności. Termin „przesłanki egzoneracyjne” również nie jest do końca poprawny, ponieważ odnosi się on do całkowitego rozdzielenia winy członka zarządu jako niewarunkującej jego odpowiedzialności. W związku z powyższym najbardziej optymalnym będzie posługiwanie się pojęciem „przesłanki zwalniające” jako terminu neutralny. (Kappes 2009, s.268)

Ustawodawca przewidział trzy przesłanki, które umożliwiają członkowi zarządu uwolnienie się od odpowiedzialności za długi spółki (rysunek 6). Ustawodawca wyraźnie wskazał, że ciężar wykazania omawianych okoliczności spoczywa na członku zarządu

Rysunek 6. Przesłanki zwalniające z odpowiedzialności członków zarządu



Źródło: opracowanie własne

Jak przedstawiono na rysunku 6 członek zarządu może uniknąć odpowiedzialności za długi spółki, jeżeli wykaże, iż we właściwym czasie został złożony wniosek o ogłoszenie upadłości lub zostało wszczęte postępowanie układowe. (Art.299§2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych)

Nie ma wątpliwości co do tego, że złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki zwalnia członka zarządu z odpowiedzialności. Nie ma znaczenia czy ów wniosek został złożony członek zarządu, który jest pociągany do odpowiedzialności z art. 299 Kodeksu spółek handlowych, inny członek zarządu czy też inna osoba, która miała legitymację do jego złożenia. (Siemiątkowski, 2007 s. 211)

W związku z czym nie ma znaczenia fakt, że członek zarządu wykazał się starannością i złożył wniosek o ogłoszenie upadłości spółki, ale liczy się

sam fakt, że przedmiotowy wniosek został złożony. Pozostaje to w sprzeczności z art. 299§2 Kodeksu spółek handlowych, który wskazuje, że przesłanką uniknięcia przez członka zarządu jest wykazanie, że nie ponosi on winy za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki w odpowiednim czasie. W przypadku, gdy istnieje możliwość uwolnienia się przez członka zarządu od odpowiedzialności nie składając przez niego samego wniosku o ogłoszenie upadłości i nie wynikało to z winy danego członka zarządu, można stwierdzić, że przesłanką do uniknięcia odpowiedzialności przez członka zarządu jest dołożenie przez niego wszelkich starań, aby wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony (nawet w rezultacie czego wniosek nie został złożony). W sytuacji, gdy wniosek o ogłoszenie upadłości spółki został złożony przez osobę trzecią, to członek zarządu nie ma obowiązku udowadniać jakiegokolwiek staranności. (Kappes 2009, s.269)

Omawiając przedmiotową przesłanką kluczowe znaczenie ma fakt dołożenia przez członka zarządu wszelkich starań, aby wniosek o ogłoszenie upadłości spółki został złożony. Jeżeli ów wniosek został złożony przez osobę trzecią to traktuje się to tak jakby wniosek złożył członek zarządu pociągany do odpowiedzialności. Przemawia za tym wykładnia celowościowa. Ponadto mając na względzie interes wierzyciela nie ma znaczenia kto wystąpił z wnioskiem o ogłoszenie upadłości spółki. W każdym przypadku wierzyciel jest chroniony jednakowo pod warunkiem, że wniosek został złożony w odpowiednim czasie.

W sytuacji, gdy wniosek o ogłoszenie upadłości spółki został złożony przez innego członka zarządu to można wobec członka zarządu pociągane do odpowiedzialności wysnuć zarzut oparty na drugiej przesłance zwalniającej, czyli brak winy za niezłożenie wniosku o upadłość. Jeżeli inna osoba złożyła wniosek o upadłości i uczyniła to w sposób skuteczny to członek zarządu jest z tego obowiązku zwolniony. Warto wskazać, że gdy wniosek o upadłości zgłasza inna osoba, aniżeli któryś z członków zarządu i czyni to w odpowiednim czasie to wierzyciel nie ponosi żadnej szkody. Wniosek o upadłość został zgłoszony w odpowiednim czasie, więc sytuacja wierzyciela nie została w żaden sposób pogorszona w kontekście zaspokojenia roszczenia. Dla wierzyciela najistotniejszy jest fakt ogłoszenia upadłości spółki w odpowiednim czasie, a nie to kto złożył wniosek.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że przesłanką wyłączającą odpowiedzialność członka zarządu jest samo zgłoszenie wniosku o upadłość spółki, jednak musi być ono skuteczne, czyli na skutek złożenia wniosku sąd ogłosił upadłość spółki i w związku czym wszczęto postępowanie likwidacyjne. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 1997 r, sygn. Akt III CKN 65/97)

Podstawową kwestią podlegającą analizie w przypadku omawianej przesłanki jest pojęcie „właściwego czasu” na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki.

Wspomniana kwestia została wielokrotnie poruszona w orzecznictwie sądowym. Sąd Najwyższy bardzo często wskazuje, że ważną kwestią określenia właściwego czasu do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego jest ochrona wierzyciela. Nie ma możliwości aby za czas właściwy uznać moment, gdy wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony, ale został oddalony ze względu na brak majątku spółki, który nie pokryłby nawet kosztów postępowania. Za naganne uznaje się akceptowanie przez zarząd sytuacji finansowej spółki, gdzie przez wiele miesięcy brak jest środków na rachunku bankowym. Stwarza to zagrożenie dla wierzycieli spółki. Jeżeli w takiej sytuacji członkowie zarządu nie podejmą się żadnych czynności zmierzających do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości to narażają się na odpowiedzialność z art. 299 Kodeksu spółek handlowych. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 1997 r. ,sygn. akt II CKN 117/97).

W orzecznictwie wskazuje się, że dokonując wykładni art. 298 Kodeksu spółek handlowych należy brać pod uwagę funkcję ochronną praw wierzycieli. Za właściwy czas uważa się czas, który umożliwi ochronę wszystkich wierzycieli spółki. Jeżeli złożony przez członka zarządu wniosek nie pozwolił ochronić wierzyciela w żaden sposób oznacza to, że został on złożony za późno. Ponadto za wniosek złożony w niewłaściwym czasie uważa się wniosek, który został oddalony przez sąd ze względu na ubogi majątek spółki, który nie pozwoliłby zaspokoić żadnego wierzyciela. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2000 r., sygn. akt I ACa 620/00).

Za właściwy czas uznaje się też sytuację, gdy wiadome jest, że majątek spółki nie pozwoli na zaspokojenie jej wierzycieli, ale sytuacja finansowa nie oznacza, że spółka jest niewypłacalna (niezdolna do pokrycia nawet kosztów postępowania). W związku z czym członek zarządu jest zwolniony z odpowiedzialności za długi spółki, jeżeliłoży wniosek o ogłoszenie upadłości spółki, gdy będzie miała ona środki na pokrycie kosztów postępowania i sąd ogłosi upadłość spółki.

Powszechnie przyjmuje się, że właściwy czas na złożenie wniosku o którym mowa w art. 299 Kodeksu spółek handlowych jest czas, gdy zadłużona spółka reguluje jeszcze swoje zobowiązania, ale wiadome jest, że nie ma wystarczających środków na pokrycie wszystkich swoich wierzycieli. W związku z powyższym za czas właściwy nie uznaje się czas, gdy dłużnik zaprzestał regulować wszystkie swoje długi i nie posiada żadnego majątku na ich zaspokojenie.

Z drugiej strony za czas właściwy nie można uznać również sytuacji, gdy dłużnik nie uregulował pierwszego długu z jakichkolwiek przyczyn. Niewypłacalnością jest także sytuacja, gdy dłużnik nie posiada środków i przez długi okres czasu nie reguluje swoich zobowiązań. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2004 r., sygn. akt IV CK 148/14).

Jak wskazał Sąd Najwyższy podczas badania czasu, kiedy wypełniły się przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości nie należy kierować się subiektywnym przekonaniem członków zarządu o przewidywanej przyszłej sytuacji finansowej spółki, ale kryterium obiektywnym odnoszącym się do rzeczywistej sytuacji finansowej spółki. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2011 r., sygn. akt I CSK 574/10).

Drugą przesłanką, która uwalnia członka zarządu od odpowiedzialności jest brak jego winy w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości spółki bądź wniosku o wszczęcie postępowania układowego. Rozpatrywanie tej przesłanki nie wytycza aby niezłożenie wniosku o upadłość przez członka zarządu oznaczało jego winę. Wyraźnie jest wskazane, że członek zarządu jest zobowiązany do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, jeżeli wystąpią ku temu odpowiednie przesłanki pozwalające na ogłoszenie upadłości. Wynika to z przepisów Prawa upadłościowego. Wypełniając swój obowiązek jaki jest złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości członek zarządu powinien wykazać należytą staranność. Natomiast niezłożenie przedmiotowego wniosku stanowi naruszenie zasady staranności. (Kappes 2009, s.293) Zostało to potwierdzone w orzecznictwie sądowym. Wyraźnie jest wskazane, że wypełnienie przez członka zarządu obowiązku jakim jest złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości stanowi swoisty akt staranności, który ma bezpośredni wpływ na zakres i sposób zaspokojenia wierzycieli. Pozostaje jedynie domniemanie winy członka zarządu za niezłożenie wniosku, które członek zarządu może starać się obalić. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 02 października 1997 r., sygn. Akt III CKN 182/97)

Omawiając problematykę winy można twierdzić, że jest to cecha zachowania danej osoby, która w odniesieniu do omawianej przesłanki wyraża się poprzez niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Członek zarządu jest odpowiedzialny w sytuacji, gdy niezłożenie przez niego wniosku o ogłoszenie upadłości było zawinione. Wina o której mowa w odniesieniu do omawianej przesłanki jest podobnie skonstruowana do winy na gruncie odpowiedzialności odszkodowawczej. Elementami składowymi winy są: bezprawność oraz stosunek sprawcy do czynu. Bezprawność jest elementem obiektywnym. Natomiast stosunek sprawcy do czynu jest elementem subiektywnym i

odnosi się do umyślnego działania bądź nieumyślności – lekkomyślności lub niedbalstwa. W związku z czym wina jest wyłącznie elementem wchodzącym w zakres przesłanki zwalniającej.

Wypełnienie drugiej przesłanki zwalniającej członka zarządu z odpowiedzialności może odbyć się poprzez podważenie elementów wypełnienia zawnionego zachowania. Problemem pozostaje z zaprzeczeniem „bezprawności”, co jest elementem winy. Pomimo pojęcia „czas właściwy”, który jest konieczny do zgłoszenia wniosku o upadłość, wyłącznym wariantem pozyskania bezprawności jako elementu winy jest wykazanie, że wniosek o upadłość został zgłoszony z zachowaniem przesłanek wynikających z art. 21 Prawa upadłościowego. Jeżeli członek zarządu wykaże, że wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony z zachowaniem warunków wynikających z art. 21 Prawa upadłościowego, to oznacza, że nie ponosi on winy w kontekście drugiej przesłanki zwalniającej i zostaje zwolniony z odpowiedzialności.

Wniosek o ogłoszenie upadłości członek zarządu ma obowiązek złożyć w ciągu trzydziestu dni licząc od dnia kiedy powstała podstawa do ogłoszenia upadłości spółki. Upadłość spółki to uznanie jej za niewypłacalną. W polskim ustawodawstwie istnieją dwie podstawowe sytuacje, gdy dłużnika można uznać za niewypłacalnego (rysunek 7).

Rysunek 7. Przesłanki niewypłacalności

Dłużnik jest niewypłacalny gdy:	
utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań	stan zobowiązań jest większy od wielkości majątku spółki i trwa co najmniej 24 miesiące

Źródło: opracowanie własne na podstawie Art. 21, ust 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe .

Możliwe jest powołanie się na brak winy w niezłożeniu przez członka zarządu wniosku o upadłość jako wyraz braku bezprawności. Dotyczy to wyłącznie sytuacji, gdy członek zarządu złożył we właściwym czasie wniosek o ogłoszenie upadłości, zgodnie z przepisami Prawa upadłościowego, ale według sądu nie był to właściwy czas w kontekście pierwszej przesłanki zwalniającej.

Członek zarządu nie może usprawiedliwiać się tym, że nie znał stanu finansowego spółki, więc nie zgłosił wniosku o upadłość. Członek zarządu ma obowiązek posiadać wiedzę dotyczącą kondycji finansowej zarządzanej spółki.

Nieodłącznym elementem posiadania wiedzy na temat sytuacji majątkowej spółki jest możliwość określenia przez członka zarządu zdolności spółki do regulowania swoich zobowiązań. (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt III SA/Wa 1409/10).

W orzecznictwie sądowym jest jednoznacznie wskazane, że brak znajomości kondycji finansowej spółki oraz brak zainteresowania tym członka zarządu jest uznawane za zawonione zaniechanie przez członka zarządu realizacji podstawowych obowiązków. W związku czym nie może stanowić podstawy do uznania braku winy członka zarządu w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2011 r., sygn. akt I UK 442/10)

Członek zarządu może uchylić się od odpowiedzialności jeżeli na podstawie rzetelnie prowadzonych dokumentów księgowych (ksiąg handlowych, sprawozdań finansowych itp.) wykaże, że w czasie, gdy sprawował funkcję członka zarządu stan finansowy spółki nie uzasadniał złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania układowego. Członkowie zarządu są zobowiązani do zadbania o szczegółową dokumentację księgową spółki, przede wszystkim pod względem prawidłowości sporządzonych sprawozdań finansowych. (Wyrok Sadu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 marca 2021 r., sygn. akt VII AGa 1482/18)

Brak winy członka zarządu w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości spółki może być związany z różnymi okolicznościami. Najważniejsze jest, aby przywoływanie przez członka zarządu okoliczności spowodowały brak możliwości stwierdzenia istnienia podstawy do ogłoszenia upadłości pomimo dołożenia należytej staranności przez członka zarządu. Członek zarządu musi udowodnić, że pełnił funkcję członka zarządu stan finansowy spółki nie uzasadniał złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości bądź otwarcia postępowania układowego. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2010 r., sygn. akt V CSK 172/10).

Mając powyższe na uwadze zarzuty wynikające z drugiej przesłanki zwalniającej mają za zadanie podawać w wątpliwość subiektywny charakter elementu winy – przede wszystkim niedołożenia należytej staranności. Omawiana przesłanka może być podstawą nie tylko do całkowitego uwolnienia się członka zarządu od odpowiedzialności, ale także do jej ograniczenia. Ograniczenie odpowiedzialności będzie miało miejsce w sytuacji, gdy członek zarządu wykaże, że wierzyciel zostałby zaspokojony tylko w części. Członek zarządu byłby wówczas odpowiedzialny za część zobowiązania spółki, która została by wypłacona wierzycielowi z masy upadłości spółki (w przypadku termino-

wego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości).(Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 29 czerwca 2020 r. ,sygn. akt V ACa 410/17).

Powoływanie się członka zarządu na podział czynności pomiędzy osoby wchodzące w skład zarządu nie pozwoli uniknąć odpowiedzialności z art. 299 Kodeksu spółek handlowych. W orzecznictwie wskazuje się, że wskazany wyżej przepis jest bezwzględnie obowiązujący. W związku z czym nie ma znaczenia podział obowiązków pomiędzy członków zarządu bądź też ustalenie zakresu działań przez poszczególnych członków zarządu zapisane przez wspólników w umowie spółki czy uchwałach.(Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2014 r., sygn. akt II CSK 446/13).

Trzecią przesłanką, której wypełnienie pozwala uwolnić się członkowi zarządu z odpowiedzialności wynikającej z art. 299 Kodeksu spółek handlowych jest wykazanie, że pomimo niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wierzyciel nie poniósł szkody.

PODSUMOWANIE

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest spółką kapitałową, która może zostać utworzona w drodze zawarcia umowy spółki przez jedną lub więcej osób. Proces powstania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością składa się z kilku etapów: zawarcia umowy spółki, wniesienia przez wspólników wkładów na pokrycie kapitału zakładowego, powołanie zarządu oraz wpis do rejestru przedsiębiorców KRS.

W spółce z ograniczoną odpowiedzialnością wyróżnia się trzy rodzaje organów: zgromadzenie wspólników, które jest najwyższą władzą spółki, zarząd spółki oraz rada nadzorcza lub komisja rewizyjna. Zgromadzenie wspólników jako organ stanowiący oraz zarząd jako organ wykonawczy są to organy, które muszą zostać zawsze powołane w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością.

Zarząd jest organem wykonawczym, który ma prawo do reprezentowania oraz prowadzenia spraw spółki. Członkowie wchodzący w skład zarządu powoływani są przez wspólników na podstawie uchwały. Zarząd podejmuje wszelki czynności, które wchodzą w sferę zewnętrzną spółki. Warunkiem powołania danej osoby w skład zarządu jest udzielenie przez tą osobę zgody. Reprezentowanie spółki nie przysługuje bezpośrednio wspólnikom spółki. Wspólnicy mogą reprezentować spółkę poprzez udzieloną im przez zarząd prokurę bądź pełnomocnictwo. Zarząd spółki może być jednoosobowy bądź wieloosobowy. Sprawy spółki prowadzone są nie tylko przez zarząd, ale także zgromadzenie wspólników.

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiada za zobowiązania całym swoim majątkiem. Wspólnicy ponoszą ograniczoną odpowiedzialność – do wartości wniesionych przez nich wkładów. Oznacza to, że wspólnicy nie ponoszą odpowiedzialności własnym majątkiem za zobowiązania spółki. W sytuacji, gdy egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, to za jej zobowiązanie odpowiadają członkowie zarządu w sposób solidarny. Istnieje możliwość, aby członek zarządu uniknął odpowiedzialności wypełniając tzw. przesłanki egzoneracyjne, na które składają się: wykazanie, że członek zarządu złożył we właściwym czasie wniosek o ogłoszenie upadłości lub wniosek o otwarcie postępowania układowego; wykazał, że niezłożenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z winy członka zarządu; wykazanie, że pomimo niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz nieszczęścia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody. Okoliczności zwalniające od odpowiedzialności powinny zostać wskazane przez członków zarządu.

BIBLIOGRAFIA

Pozycje zwarte

Kappes A.

2009 *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa.

Kidyba A.

2009 *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością- Komentarz*, Warszawa .

Kopaczyńska-Pieczniak K.

2010 *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Wolters Kluwer, Warszawa.

Król-Gajewska M., Wyrzykowska A.

2008 *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Zagadnienia praktyczne*. Warszawa.

Osajda K.

2014 *Niewypłacalność sp. z o. o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa.

Pietrzak A.

2020 *Umowa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa .

Rodzinkiewicz M.

2014 *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. VI, Warszawa .

Siemiątkowski T.

2007 *Odpowiedzialność cywilnoprawna w spółkach kapitałowych*, Warszawa.

Świeca J.

2012 *Odpowiedzialność Zarządu Spółki*, Poltext, Warszawa.

Walerjan D., Żak T.

2010 *Odpowiedzialność członków zarządu spółek kapitałowych oraz praktyczne jej ograniczenia*, Warszawa.

Akty prawne

Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych ,Dz. U. z 2019 r., poz. 1798 z późn. zm.

Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe, Dz. U. z 2020 r., poz. 1228.

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 16 czerwca 1992 r.(sygn. akt. I Acz 183/92).

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 1997 r. (sygn. akt II CKN 117/97).

Wyrok Sadu Najwyższego z dnia 6 czerwca 1997 r. (sygn. akt III CKN 65/97).

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 02 października 1997 r. (sygn. Akt III CKN 182/97).

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2000 r., (sygn. akt I ACa 620/00).

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2001 r. (sygn. akt. V CKN 186/00).

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2003 r. (sygn. akt IV CKN 1779/2000).

Wyrok Sądu Najwyższego z 24 czerwca 2004 r. (sygn. akt III CK 107/03).

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2004 r., (sygn. akt IV CK 148/14).

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2005 r. (sygn. akt V CK 129/05)
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt I CSK 300/06).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2007 r. (sygn. akt II CSK 381/06).
- Wyrok Sadu Najwyższego z 8 marca 2007 r. (sygn. akt III CSK 352/06).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2008 r. (sygn. akt II CSK 545/07).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2007 r. (sygn. akt V CSK 55/07).
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2008 r. (sygn. akt III CZP 94/08).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2010 r. (sygn. akt V CSK 248/09).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2011 r. (sygn. akt I CSK 574/10).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2010 r.(sygn. akt V CSK 172/10).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r.(sygn. akt V CSK 188/10).
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt III SA/Wa 1409/10).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2011 r.(sygn. akt V CSK 347/10).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2011 r. (sygn. akt I UK 442/10).
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 31 stycznia 2013 r. (sygn. akt I ACa 272/13).
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt I ACa 217/13).
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 kwietnia 2014 r. (sygn. Akt I ACa 718/13).
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2017 r. (sygn. akt III CZP 65/17).
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 29 czerwca 2020 r. (sygn. akt V ACa 410/17).
- Wyrok Sadu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 marca 2021 r. (sygn. akt VII AGa 1482/18).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2021 r. (sygn. akt IV CSKP 32/21)

PRZEMIANY W SĄDOWNICTWIE RZECZYPOSPOLITEJ POD KONIEC XVI W. JAKO PRZEJAW STAWANIA SIĘ SZLACHTY PODMIOTEM WŁADZY SUWERENNEJ

WSTĘP

Ostatnie dekady XVI w. były czasem głębokich przemian w ustroju politycznym Rzeczypospolitej Obojga Narodów. Pozbawiona monarchy, musiała ona wypracować nowe sposoby funkcjonowania. Szlachta, czyli naród polityczny – dominujący stan w państwie, stanęła przed dylematem w jakim kierunku organizm państwowy ma zostać skierowany. Był to też czas rywalizacji wewnątrz tego stanu między możnowładztwem a szlachtą średnią. Przyjęte wówczas rozwiązania wynikały z rezultatów tej rywalizacji. Bez wątpienia pierwsze bezkrólewia były w tej kwestii kluczowe. Ukształtowały one praktykę sądów kapturowych, które urzeczywistniały zasadę nadrzędności prawa nad władzą. Przejmowały one bowiem dawne prerogatywy monarsze i przekazywały je w ręce szlachty. Kolejnym z elementów tych przemian był nowy kształt sądownictwa apelacyjnego szlacheckiego. Reformę sądów królewskich zainicjował już ruch egzekucyjny z połowy XVI w., jednak jego owoce w postaci Trybunału Generalnego Koronnego urzeczywistniły się dopiero za panowania Stefana Batorego (Uruszczak 2015, s. 261). Takie przekazanie prerogatyw od monarchy do zbiorowości szlacheckiej możliwe było tylko w kraju, w którym władza najwyższa-suwerenna nie przysługiwała jedynie jednej osobie (Uruszczak 2015, s. 262). Świadczyło to o nadrzędności prawa wobec wszystkich stanów, nawet króla. Było też przejawem stosunkowo wysokiej świadomości prawnej i poczucia odpowiedzialności za losy państwa przez szlachtę. Pierwsze

bezkrólewia toczyły się w atmosferze troski o dobro Rzeczypospolitej i świadomości jak konieczności zachowania porządku. Można w tym się dopatrzeć dziedzictwa epoki jagiellońskiej, kiedy to prawo, a tym samym praworządność w dzisiejszym rozumieniu, było niejako celem polityki, która wobec niego miała pełnić rolę służebną, a nie na odwrót (Uruszczak 2014, s. 160). To właśnie łamanie prawa przez monarchę było przyczyną powstania ruchu egzekucyjnego w pierwszej połowie XVI w. (Uruszczak 2014, s. 167) Od bezkrólewia po abdykacji Jana Kazimierza w 1668 r. na pierwszy plan wysunęły się walki między koteriami magnackimi o elekcję wysuwanego przez nich kandydata na króla. Wcześniej oczywiście też miały miejsce takie zabiegi (choćby w 1587 r.), jednak w powszechnej opinii szlacheckiej przeważało poczucie zagrożenia i świadomość konieczności zadbania o porządek i bezpieczeństwo państwa (Augustyniak 2008, s. 526).

SYTUACJA RZECZYPOSLITEJ W 1572 ROKU

Śmierć Zygmunta Augusta w 1572 r. spotkała Rzeczpospolitą w trakcie burzliwych przemian i reform. Ruch egzekucyjny narodził się jeszcze za panowania Zygmunta Starego, w latach 20-tych XVI w. Złożony był on z przedstawicieli szlachty średniej, a jego głównym postulatem była egzekucja, czyli realne przestrzeganie, praw, szczególnie prawa zakazującego łącznego obejmowania przez jedną osobę kilku urzędów. Drugim postulatem była „egzekucja dóbr”, czyli zwrócenie skarbowi królewskiemu bezprawnie rozdanych królewskich ziem. Ruch egzekucyjny postulował też większą centralizację i unifikację państwa (Gierowski 1989, s. 104). Z jednej strony dotyczyło to ściślejszego zespolenia w ramach Korony terytoriów takich jak Prusy Królewskie czy Mazowsze, które zachowywały pewne odrębności prawno-ustrojowe. Z drugiej chodziło o ustalenie wzajemnego stosunku między państwem polskim a litewskim, które dotąd połączone były jedynie unią personalną. Do 1562 r. ruch egzekucyjny był w opozycji, a król rządził opierając się na magnaterii i Senacie. Na sejmie piotrkowskim odbywającym się na przełomie 1562 i 1563 r., król sprzymierzył się z ruchem egzekucyjnym i poparł ich postulaty. Nie wszystkie udało się w pełni urzeczywistnić, w najszerszym stopniu dokonano unifikacji Rzeczypospolitej. We współpracy z ruchem egzekucyjnym Zygmunt August począł działać na rzecz trwałego scalenia z Polską państwa litewskiego. W latach 1563-1564 przelał na rzecz Korony swoje prawa dziedziczne do Litwy. Mimo pierwotnego oporu litewskiej magnaterii, na sejmie lubelskim w 1569 r. zaprzysiężona została unia między państwami.

Wspólny miał być władca, sejm, senat, a także polityka zagraniczna. Odrębność zachowana została w zakresie wojska, skarbu i sądownictwa. Powstało w ten sposób ogromne, wielonarodowościowe państwo, w którym dominującą rolę odgrywała szlachta. Kolejną kwestią, którą ruch egzekucyjny chciał się zająć była reforma sądownictwa. Na przeszkodzie stanęła jednak śmierć króla. Zygmunt August pozostawiał kraj w toku znacznych reform, tuż po przeprowadzeniu największej z nich (Dubas-Urwanowicz 2002, s. 146). Rzeczpospolita nie zdążyła jeszcze okrzepnąć po reformach ruchu egzekucyjnego i unii lubelskiej, a już stawała przed kolejnym, jeszcze większym wyzwaniem.

SĄDOWNICTWO JAKO PREROGATYWA KRÓLEWSKA

Król uważany był za emanację prawa, po śmierci Zygmunta Augusta sądy wstrzymały funkcjonowanie. Od strony formalnej, pozwy w ówczesnym sądownictwie wydawane były w imieniu króla. Od strony materialnej król miał możliwość ingerencji w działalność sędziów (Dubas-Urwanowicz 2002, s. 146). Do niego należało też sądownictwo apelacyjne. Zaległości w procesach apelacyjnych spowodowały konieczność, zdaniem szlachty, głębokiej reformy tego poziomu wymiaru sprawiedliwości. W latach 1556-1557 pojawił się pomysł przejścia uprawnień sądu apelacyjnego przez senatorów. Spotkało się to z oporem szlachty średniej i zostało zarzucone (Bednaruk 2008, s. 45). Ostatni sejm za życia Zygmunta Augusta był areną sporów o to kto ma przejąć monarsze uprawnienia apelacyjne. Nie udało się jednak uzyskać konsensusu, dlatego też w czas burzliwego bezkrólewia Rzeczpospolita wkraczała z nierozwiązaną kwestią sądownictwa w razie nieobecności króla i brakiem reformy sądownictwa apelacyjnego.

RAMY CZASOWE I STAN NAUKI

W niniejszej publikacji przeanalizuję przemiany zachodzące w wymiarze sprawiedliwości w ostatnich dekadach XVI w. i sposób w jaki odzwierciedlały one przesunięcie się środka ciężkości władzy suwerennej w państwie. Datą początkową moich badań jest śmierć Zygmunta Augusta w 1572 r., a końcową wybór Zygmunta III Wazy na króla w 1587 r. Uformowane i ugruntowane wówczas instytucje zaważyły na funkcjonowaniu sądownictwa do sejmu niemego z 1717 r., a pośrednio aż do upadku Rzeczypospolitej pod koniec XVIII w. W mojej pracy skupię się na zagadnieniach dotyczących sądów kapturowych i sądownictwa apelacyjnego. Reformy ich dotyczące były

najbardziej doniosłe i w największym stopniu odpowiadały bardziej ogólnym zachodzącym wówczas przemianom ustrojowym. Tematyka sądów kapturowych i Trybunału Generalnego Koronnego była już podejmowana w nauce, moja praca wpisze się w analizy dotyczące przemian ustrojowych pod koniec XVI w., uzupełniając je o nowe spojrzenie dotyczące sądownictwa i stosunku doń szlachty wielkopolskiej. Szczególnie wyczerpującą pozycją w ostatnich latach dotyczącą sądów kapturowych była monografia autorstwa Oskara Kaneckiego pt. *Sądy kapturowe Wielkiego Księstwa Litewskiego (1572-1764)*. Natomiast kwestię Trybunału Generalnego Koronnego w sposób dokładny zbadał Waldemar Bednaruk w monografii *Trybunał Koronny. Szlachecki sąd najwyższy w latach 1578-1794*. Należy też przytoczyć artykuły Ewy Dubas-Urwanowicz dotyczące przemian ustrojowych w Rzeczypospolitej pod koniec XVI w. i badania Diany Koniecznej nad sądami kapturowymi brzeskolitewskimi. Natomiast opinia szlachty wielkopolskiej na temat wymiaru sprawiedliwości w proponowanym przeze mnie okresie nie była dotąd przedmiotem szczegółowych badań (wstępna próba zarysu problematyki dla okresu XVIII w. jest artykuł M. Zwierzykowskiego z 2017 r.).

GENEZA SĄDÓW KAPTUROWYCH

W czasach piastowskich i jagiellońskich król uważany był za personifikację sprawiedliwości i jej szafarza. Po śmierci Zygmunta Augusta w 1572 r. sądy ziemskie, które wydawały wyroki w imieniu monarchy, wstrzymały swoją działalność. Ze śmiercią monarchy wygasła upoważnienie sądów do funkcjonowania, a przywracał je dopiero nowy król. Z drugiej strony perspektywa długiego bezkrólewia stawiała konieczność sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Kwestie związane z organizacją państwa, w tym bezpieczeństwa i porządku wewnętrznego na wypadek śmierci monarchy nie były unormowane, mimo tego, że pod koniec życia Zygmunta Augusta, na skutek choroby króla i niemożność sprawowania przezeń sądów wzrosła przestępczość (Kanecki 2020, s. 54). Po śmierci monarchy na terenach sejmików zawiązano konfederacje zwane kapturami, które na czas bezkrólewia miały dbać o porządek wewnętrzny. Szlachta zbierała się na zjazdy doby bezkrólewia samorzutnie. Miało to znaczenie szczególne, gdyż możliwość zwoływania sejmików i zjazdów szlacheckich uważana była przez szlachtę za najwyższy przejaw władzy suwerennej (Lityński 1974, s. 182), która w czasie bezkrólewia w całości przynależała do narodu szlacheckiego. 28 stycznia 1573 r. uchwalona została konfederacja generalna warszawska, której jednym z najważniejszych celów

było właśnie zapewnienie porządku wewnętrznego. Zatwierdzono wówczas konfederacje powołane przez poszczególne województwa w celu wymiaru sprawiedliwości, a także dopuszczono możliwość powoływania takich konfederacji przez województwa, które tego jeszcze nie zrobiły (Kanecki 2020, s. 56). Także po ucieczce Henryka Walezego, zachowanie porządku wewnętrznego było jednym z najbardziej istotnych zagadnień poruszanych przez sejmiki i zjazdy szlacheckie. Nacisk na zachowanie bezpieczeństwa wewnętrznego i uszanowanie wyroków sądów kapturowych kładła na sejmiku szlachta wielkopolska (Dworzaczek 1957, s. 20). Sądy kapturowe działać miały w sposób analogiczny do sądów ziemskich z czasów życia monarchy. Z jednej strony okres bezkrólewia wskazywany był jako okazja do przeprowadzenia gruntownych reform ustrojowych, w tym w dziedzinie sądownictwa. Z drugiej jednak strony szlachta często wyrażała zdanie zgoła odmienne. Przykładem może być szlachta wielkopolska, która na sejmiku oznajmiała, że okres bezkrólewia to nie czas na gwałtowne reformy, ale najważniejsze jest zachowanie porządku wewnętrznego (Dworzaczek 1957, s. 49) i poszanowanie dawnych praw (Dworzaczek 1957, s. 50). Taka postawa szlachty mogła mieć źródło w jej przeświadczeniu, że co prawda w czasie bezkrólewia to ona sprawuje władzę suwerenną, jednak jest to jedynie stan przejściowy, a głębsze zmiany ustrojowe winne być poparte przez wszystkie podmioty sprawujące władzę, a więc przez sejm, Senat i króla. Widać tu niewątpliwie wciąż silny respekt przed majestatem królewskim i przeświadczenie o tym, że to król jest prawowitym dysponentem i strażnikiem sprawiedliwości.

FUNKCJONOWANIE SĄDÓW KAPTUROWYCH

Proces powołania sądu kapturowego rozpoczynał się od wydania przez arcybiskupa gnieźnieńskiego uniwersału informującego o dacie śmierci króla, z którym to momentem moc traciły dotychczasowe sądy ziemskie. Był to przejaw ciągle silnie obecnej zasady traktowania króla jako strażnika sprawiedliwości. Podstawą zapewnienia porządku wewnętrznego doby bezkrólewia były jednak lokalne konfederacje poszczególnych ziem (Kanecki 2020, s. 127). Następnym istotnym momentem były obrady sejmików przedkonwokacyjnych poszczególnych ziem. W ich trakcie, w oparciu o lokalne konfederacje, ustalane były zasady dotyczące wznowienia sądownictwa w trakcie bezkrólewia oraz sposobu, składu i terminu powołania sądów kapturowych. Rozwiązania i procedury ukształtowane w tej mierze podczas trzech pierwszych bezkrólewia stanowiły wzór, na którym opierała się szlachta przy ustalaniu porządku

wewnętrznego na czas bezkrólewia jeszcze w drugiej połowie XVII w. (Kanecki 2020, s. 95). Niezwykle istotnym etapem na drodze do powołani sądownictwa doby bezkrólewia był sejm konwokacyjny. Jednym z jego głównych zadań było zapewnienie w Rzeczypospolitej bezpieczeństwa wewnętrznego na czas bezkrólewia (Kanecki 2020, s. 98). Na sejmie tym posłowie z poszczególnych ziem starali się o potwierdzenie postanowień lokalnych sejmików, a poszczególne konfederacje łączone były w jedną konfederację generalną, która radzić miała wszelkim problemom doby bezkrólewia (Kanecki 2020, s. 129). Podczas pierwszego sejmiku konwokacyjnego w 1573 r. uchwalona została konfederacja warszawska, która określała zasady organizacji porządku wewnętrznego w czasie bezkrólewia. Przyjęte w jej ramach ustalenia stały się wzorem dla organizacji kolejnych bezkrólewi (Augustyniak 2008, s. 531.). Następnie na podstawie zaaprobowanych przez sejm konwokacyjny ustaleń, funkcjonowały sądy kapturowe. Ich wyroki aprobował później sejm koronacyjny (Kanecki 2020, s. 103). Jest to kolejny przykład przywiązania szlachty do idei, że to monarcha jest najwyższym szafarzem sprawiedliwości i że wszelkie wyroki sądowe wydawane są w jego imieniu, nawet te wydane w trakcie bezkrólewia. Miejscem odbywania sądów kapturowych, zgodnie z postanowieniami konfederacji generalnej miały być główne miasta poszczególnych województw lub ziem, jednakże poszczególne sejmiki mogły też ustalić inne miejsca, najczęściej były to zwyczajowe miejsca obradowania sądów ziemskich (Kanecki 2020, s.129). W przypadku Wielkopolski wspólny sejmik odbywał się dla województw poznańskiego i kaliskiego w Środzie Wielkopolskiej (Zwierzykowski 2016, s. 77). Co do zasady źródłem prawa dla sądów kapturowych formalnie były uchwalone przez sejmiki lauda. Jednakże często wskazywano w nich, iż sąd winien kierować się także prawem pospolicym i konstytucjami sejmowymi (Kanecki 2020, s. 134). Właściwość temporalna sądów kapturowych obejmowała sprawy wszczęte po śmierci króla aż do koronacji, jednakże zdarzały się sytuacje gdy kończyły one funkcjonowanie nieco wcześniej (Kanecki 2020, s. 299). Co do zasady w skład sądów wchodziłi urzędnicy sądów ziemskich i grodzkich oraz deputaci szlacheccy. Sądziłi oni nie tylko szlachtę, ale też chłopów, duchownych i, mimo stawianego oporu, mieszczan (Kanecki 2020, s. 298). Nie była dopuszczalna apelacja od wyroków sądów kapturowych, gdyż powoływane były one na mocy laudów sejmikowych. Natomiast naruszenie przez sąd kapturowy swojej jurysdykcji mogło być skarżone do sądu sejmowego lub do nowo wybranego króla. Co do zasady wyroki sądów kapturowych egzekwowane były przez starostów grodowych, jednakże gdy nie było to możliwe, egzekucji dokonywać miała

sama szlachta danej ziemi, poprzez powołanie pospolitego ruszenia. Świadczyło to o wzrastającej podmiotowości szlachty i przejęciu przez nią części kompetencji przynależących wcześniej monarchii (Dubas-Urwanowicz 2002, s. 156).

ZNACZENIE SĄDÓW KAPTUROWYCH

Powołanie sądów kapturowych było odpowiedzią na doraźną potrzebę państwa w obliczu śmierci króla. Do jego bezpiecznego funkcjonowania konieczny był wymiar sprawiedliwości. Niejako skutkiem ubocznym było częściowe przeniesienie ciężaru bycia podmiotem wymiaru sprawiedliwości z osoby monarchy na samorząd szlachecki. W prawach i obowiązkach królewskich dotyczących utrzymania porządku wewnętrznego doby bezkrólewia, monarchę zastępowały bowiem konfederacje, które nadawały ustaleniom szlachty poszczególnych ziem ramy formalne i prawomocność (Dubas-Urwanowicz 2002, s.156). Uchwały podjęte podczas konfederacji bezwzględnie obowiązywały biorących w nich udział. Wyrażało to podmiotowość polityczną stanu szlacheckiego, a także równość wobec prawa w obrębie tego stanu (Dubas-Urwanowicz 2002, s. 156). Rywalizacja między szlachtą średnią a magnaterią była jednym z głównych punktów zapalnych sytuacji wewnętrznej Rzeczypospolitej u schyłku XVI w., takie rozwiązania świadczyły o tym, że szlachta średnia wówczas miała przewagę. Wypada się zgodzić z Ewą Dubas-Urwanowicz, która w decentralizacji odpowiedzialności za losy państwa, czego przejawem były sądy kapturowe, widzi świadectwo dojrzałości szlacheckiego społeczeństwa obywatelskiego (Dubas-Urwanowicz 2002, s. 158). Nie zmienia tego fakt, iż owa decentralizacja nastąpiła niejako z konieczności, wobec braku ugruntowanego formalnie trybu funkcjonowania państwa wobec bezkrólewia. Decentralizacja uprawnień związanych z wymiarem sprawiedliwości była elementem szerszego zjawiska przejmowania pewnych kompetencji, wcześniej sprawowanych przez organy centralne, przez lokalne sejmiki, takich jak na przykład kompetencje w zakresie skarbowości (Zwierzykowski 2006, s. 65). Proces ten miał przybrać na sile w XVII w.

SĄDOWNICTWO APELACYJNE DO 1578 ROKU

Drugą ważną reformą wymiaru sprawiedliwości pod koniec XVI w. było powołanie w 1578 r. Trybunału Generalnego Koronnego. W czasach jagiellońskich sądem wyższej instancji, wśród sądów ziemskich, był sąd królewski sejmowy. Należał on, obok sądów asesorskich, relacyjnych i referendarskich

do grupy sądów królewskich. Sądy asesorskie, relacyjne i referendarskie zwa-
ne też były sądami nadwornymi. Sąd asesorski był sądem wyższej instancji
przeciwko miastom królewskim i mieszczanom, a także w sprawach o do-
bra i dochody króla. Sąd relacyjny rozpoznawał apelacje z księstw lennych
(Prus i Kurlandii), a także rozsądzał spory między prawosławnymi a unitami.
Sąd referendarski był właściwy dla spraw dotyczących chłopów z dóbr kró-
lewskich. Od jego orzeczeń dopuszczalna była apelacja do sądu asesorskiego.
Co do zasady wszystkie wymienione wyżej sądy królewskie obradowały
z udziałem monarchy, jednakże zdarzało się nierzadko, że wydawały one orze-
czenia bez jego udziału. W takiej sytuacji przyjęto dopuszczalność apelacji do
składu sądu z udziałem króla (Uruszczak 2014, s. 261). Królewski sąd sej-
mowy nabrał znaczenia w XVI w. i przejął on uprawnienia funkcjonujących
wcześniej sądów wiecowych, od których wyroków wprowadzono w czasach
Zygmunta Starego apelację. Obok króla, w charakterze asesorów zasiadali
w nim obecni na sejmie senatorowie. Było to skutkiem współpracy monarchy,
który chciał umocnić swą władzę ze szlachtą średnią, która pragnęła zmniej-
szenia wpływu magnaterii (Bednaruk 2008, s. 25). Nie wprowadzono jednak
ograniczeń dotyczących ilości apelacji, ani wagi sprawy, od której apelacja
może być wniesiona (Bednaruk 2008, s. 27). Ponadto postępowanie sądowe
cechowało się wieloma instancjami pośrednimi zanim dotarło do sądu kró-
lewskiego. Skutkowało to wydłużającymi się znacznie procesami. By temu
zaradzić król często wywoływał przed swój sąd, łamiąc prawo, sprawy z po-
minięciem instancji pośrednich (Bednaruk 2008, s. 32). Zaradziło to pro-
blemowi na krótką metę, jednak w połączeniu z faktem, iż czas i miejsce ta-
kiej rozprawy nie były dla stron znane z wyprzedzeniem, po pewnym czasie
opóźnienia powracały. Kwestią najwyższej wagi stała się reforma sądownictwa
apelacyjnego.

POWSTANIE TRYBUNAŁU GENERALNEGO KORONNEGO

W związku z narastającym zaległościami w procesach, od połowy XVI
w. miał miejsce kryzys sądownictwa. Od czasu uchwalenia *formula processus*
w 1523 r. trwały prace nad kolejnymi reformami sądownictwa jednak żadna
z nich nie doszła do skutku, jak np. korektura praw, czyli kodyfikacja pol-
skiego prawa materialnego (Uruszczak 2015, s. 261). Apelacje wnoszone
do sądu królewskiego rozpatrywane były po bardzo długim czasie. Z uwagi
na ich ilość i konieczność osobistego ich rozpatrzenia przez króla, opóźnienia

były wieloletnie. Kryzys sądownictwa był sprawą palącą w połowie XVI w. na co dowodem jest liczna publicystyka polityczna z tego czasu, poruszająca tę kwestię. Publicyści tacy jak Stanisław Orzechowski i Andrzej Frycz Modrzewski, przedstawiali w swych publikacjach szerokie projekty reform sądownictwa. Przyczynili się oni tym samym do popularyzacji wśród szlachty koncepcji reformy sądownictwa apelacyjnego (Bednaruk 2008, s. 37). W latach 50-tych XVI wieku pojawiały się na sejmach projekty reform, jednak żaden z nich nie nabrał rozpędu. Prace nad reformą sądownictwa apelacyjnego w szerszym zakresie zainicjowane zostały dopiero przez ruch egzekucji praw w latach 60. i 70 XVI w. Starano się zaradzić kryzysowi poprzez doraźne powołanie w 1563 r. wojewódzkich sądów wiecowych jako sądów ostatniej instancji. Miały one zebrać się w każdym województwie tam gdzie zbierały się wiece. W skład tych sądów oprócz wojewody, kasztelana i urzędników ziemskich wchodzić mieli deputaci wybierani przez ogół szlachty danego województwa. Taki skład był bez wątpienia sukcesem ruchu egzekucyjnego i nie odpowiadał postulatowi możnowładców. Sądy te, mimo silnej opozycji ze strony możnowładczej, odniosły ograniczony sukces (Bednaruk 2008, s. 49). Powtórzono to podczas bezkrólewia w latach 1572-1573 i 1574-1576, nie zaradziło to jednak wszystkim problemom. Konieczne było powołanie sądu apelacyjnego, który funkcjonowałby bardziej regularnie i często. Sądy wiecowe powołane jednak zostały tylko w niektórych województwach. Jednym z nich była Wielkopolska, której szlachta na sejmiku zastrzegła, że wyroki sądu wiecowego mają mieć taką samą moc jak wyroki wydane przez króla (Dworaczek 1957, s. 23). Do śmierci Zygmunta Augusta jeszcze kilka razy przedstawiane były na sejmach projekty reformy sądownictwa apelacyjnego. Za każdym razem próby te nie przynosiły efektu z uwagi na spory między możnowładcami a szlachtą średnią dotyczące składu projektowanych sądów. Blisko powołania sądu najwyższej instancji było podczas sejmiku koronacyjnego Henryka Walezego. Dość dobrze przemyślany projekt nie doszedł jednak do skutku z uwagi na opór możnowładztwa i króla, który chciał sprawować sądy osobiście (Bednaruk 2008, s. 54). Kwestia sądownictwa apelacyjnego była gorąco dyskusowana już od początku panowania Stefana Batorego. Na sejmie w 1576 r. starły się wizje króla, sejmu i Senatu, wobec sporów nie doszło jednak do konsensusu. Na sejmie w 1578 r., kwestia sądownictwa wróciła. Sejm zagroził, że w wypadku nie przyjęcia jego propozycji nie poprze on wojny z Rosją. Wobec takiej postawy król, sejm i Senat poczęli poszukiwać kompromisu. Głównymi kwestiami zapalnymi był skład sądu i jego kompetencje. Szlachta zgodziła się na pewne ustępstwa dotyczące zasiadania w Trybunale możnych

duchownych oraz zachowania przez króla części prerogatyw sędziowskich (Bednaruk 2008, s. 63). Konstytucją z 1578 r. sejm powołał Trybunał Generalny Koronny rozpatrujący apelacje od sądów ziemskich, grodzkich i podkomorskich. Tym sposobem szlachta przejęła kolejną królewską prerogatywę, a stopniowe przenoszenie ciężaru władzy suwerennej na nią nabrało tempa.

FUNKCJONOWANIE TRYBUNAŁU GENERALNEGO

W Trybunale zasiadali sędziowie, zwani deputatami, wybierani co roku na sejmikach deputackich. Kwestią sporną w nauce jest czy wybór dokonywany był większością głosów czy jednomyślnie. Liczba deputatów wybieranych z poszczególnych ziem i województw zależała od ich wielkości. Co do zasady wybierano po jednym deputacie, jednak większe województwa wybierały po dwóch. Pierwotnie deputatów było w sumie dwudziestu siedmiu, liczba ta wzrosła potem do czterdziestu trzech i pięćdziesięciu. Oprócz nich w sprawach majątkowych przeciw klerowi brało udział dodatkowych sześciu deputatów duchownych. Potem liczba ta wzrosła do ośmiu. Fakt wyboru deputatów na sejmikach był niewątpliwym sukcesem szlachty średniej. Dzięki temu każdy szlachcic posesjonat, mogący głosować na sejmiku miał wpływ na funkcjonowanie sądownictwa najwyższej instancji. Świadczyło to o przejęciu części władzy monarszej przez rzesze szlacheckie i było przejawem decentralizacji ośrodka władzy. Trybunał zbierał się na dwie sesje: wiosenno-letnią w Lublinie dla Małopolski i jesienno-zimową w Piotrkowie dla Wielkopolski. Dokładne terminy początku i końca obradowania Trybunału zmieniały się na przestrzeni lat z uwagi na fakt narastających opóźnień w wydawaniu orzeczeń (Bednaruk 2008, s. 131). Sędziowie trybunalscy nie sprawowali swojej funkcji dożywotnio, gdyż zdecydowano się na wprowadzenie kadencyjności Trybunału. Kadencja sędziego trwała rok, a po jej upływie dana osoba przez cztery lat nie mogła ponownie ubiegać się o elekcję. Sędziowie nie musieli mieć wykształcenia prawniczego, podobnie jak adwokaci reprezentujący strony przed Trybunałem. Odzwierciedlało to ogólną zasadę sądownictwa szlacheckiego (Lityński 1978, s. 22), która wynikała z powszechnej w I Rzeczypospolitej skrajnie negatywnej opinii jaką mieli prawnicy oraz ogólnej niechęci do prawa rzymskiego, kojarzonego z zachodnioeuropejskim absolutyzmem (Górski 2020, s. 473). Pierwotnie Trybunał na sesji Wielkopolskiej zajmował się sprawami z samej Wielkopolski i Mazowsza, od 1589 r. objął swą jurysdykcją także Prusy Królewskie. Podobnie wcielone do Korony w 1569 r. województwa kijowskie, braclawskie i wołyńskie zostały objęte

jurysdykcją Trybunału dopiero w 1589 r. Wpływające do Trybunału sprawy były rejestrowane. Jedynym rodzajem rejestru początkowo wyróżnionego był rejestr wojewódzki, dla którego rejestrowano z uwagi na właściwość terytorialną. Kolejność rejestrowania natomiast spraw przez długi czas pozostawała nieuregulowana co powodowało narzekania na funkcjonowanie Trybunału i oskarżenia o stronniczość. Ponadto początkowo zakładano, że sądzone będą po kolei wszystkie sprawy z danego województwa, po czym rozpoczynano by sądzenie spraw z innego województwa. O kolejności województw decydować miało ich, zakorzenie w tradycji, starszeństwo. Z czasem jednak powyższa zasada doczekała się licznych naruszeń (Bednaruk 2008, s. 142). Co do zasady Trybunał Generalny był sądem apelacyjnym, w pewnych jednak sprawach sądził też w pierwszej instancji, a z biegiem czasu liczba spraw powierzanych mu w pierwszej instancji rosła. Przyczyniało się to do opóźnień w wydawaniu wyroków. Do końca XVII w. Trybunał funkcjonował jednak stosunkowo sprawnie, pomimo typowej dla sądów szlacheckich, maksymalnej ochrony praw strony (Bednaruk 2008, s. 302). Od początku jego istnienia częste były głosy nawołujące do jego poprawy, podkreślano jednak, że ważne i pożądane jest jego istnienie (Król 2015, s. 21). Świadczyło to o tym, że szlachta świadoma była odpowiedzialności którą przejęła od króla i ceniła fakt jej posiadania. Wyroki orzekano jednomyślnie, w głosowaniu jawnym, a gdy nie osiągnięto jednomyślności przy pierwszym głosowaniu, przeprowadzano głosowanie drugie i trzecie, w których obowiązywała zasada większości głosów (Bednaruk 2008, s. 182). Egzekucja wyroków trybunalskich następowała w sposób typowy dla sądów prawa polskiego tamtych czasów. Strona przegrana mogła dobrowolnie wykonać wyrok, a dopiero po uprawomocnieniu się wyroku i upłynięciu odpowiedniego terminu następowała przymusowa egzekucja. Ponadto zasadą było, że egzekucji dokonywał nie sam Trybunał, lecz sąd, który wydał wyrok w pierwszej instancji (Bednaruk 2008, s. 192).

ZNACZENIE TRYBUNAŁU GENERALNEGO

Powołanie Trybunału Generalnego Koronnego było przejawem oddzielenia władzy sądowniczej od wykonawczej i ustawodawczej, a także przejawem nadrzędności prawa nad jednostką. Można pokusić się o stwierdzenie, że było też kontynuacją i rozwinięciem postulatów ruchu egzekucyjnego. Ruchu, u którego zarania leżało przekonanie o nadrzędności prawa, nawet nad królem (Uruszczak 2014, s. 167). Było też przejawem dążeń społeczeństwa Rzeczypospolitej do jak najdalszego odejścia od absolutyzmu. Stawało tamę

królewskiej samowoli i czyniło z ustroju Rzeczypospolitej złożony mechanizm, do którego sprawnego funkcjonowania konieczne było zrozumienie swojej roli przez każdego z jej aktorów (króla, sejm i Senat) (Uruszczak 2015, s. 262). Należy się zgodzić z Waldemarem Bednarukiem, że mimo iż szlachta polska bez wątpienia znała instytucje sądów apelacyjnych Europy Zachodniej, jak na przykład sąd kameralny Rzeszy, to Trybunał Koronny był bez wątpienia efektem polskiej myśli politycznej dostosowanym do polskich realiów politycznych (Bednaruk 2008, s. 299). W XVII i XVIII w. sesje trybunalskie i wybory deputatów były niezwykle ważnym elementem życia politycznego. Właściwość Trybunału stale była rozszerzana, a tym samym wzrastało jego znaczenie (Bednaruk 2008, s. 301). Fakcje magnackie rywalizowały o obsadzenie Trybunału swoimi przedstawicielami. Wybór deputatów i marszałków Trybunału cieszył się ogromnym zainteresowaniem szlachty, podczas gdy jego wyroki cieszyły się dużym autorytetem i rozwijały kulturę prawną w Rzeczypospolitej. Same sesje trybunalskie odznaczały się rozbudowanym ceremoniałem, także o sakralnym obliczu (Uruszczak 2014, s. 263). W miejscach obrad rozwinął się kult Matki Boskiej Trybunalskiej. Cały czas jednak król uważany był za szafarza sprawiedliwości. Do niego wciąż należało sądzenie mieszczan z miast królewskich i chłopów z królewszczyzn, a sądy ziemskie w dalszym ciągu wydawały wyroki w jego imieniu. Dążenie do rozluźnienia związku monarchy z sądownictwem apelacyjnym obecne było nie tylko w Koronie, lecz w całej Rzeczypospolitej. W 1581 r. powołany został trybunał dla Wielkiego Księstwa Litewskiego, funkcjonujący w sposób analogiczny do Trybunału Koronnego. W ten sposób w całej Rzeczypospolitej zapanował taki sam system sądownictwa apelacyjnego. Położyło to kres różnym uprawnieniom monarszym w Koronie i Wielkim Księstwie Litewskim i świadczyło o woli szlachty litewskiej pozostawania w związku z Koroną. Powołanie Trybunału Generalnego Koronnego było jednym z pierwszych kroków prowadzących do przejścia przez zbiorowość szlachecką dawnych prerogatyw królewskich. W 1618 r. powołany został Trybunał Skarbowy Radomski, rozpoznający apelacje w sprawach skarbowych. Wraz z Trybunałami Generalnymi Koronnymi i Litewskim było to jeden z przykładów centralizacji państwa i oddzielenia się najwyższych państwowych uprawnień od osoby monarchy, przed rozpoczętym w XVII w. postępującym procesem decentralizacji, kiedy sejmiki stopniowo przejmowały co raz większy zakres władzy. Trybunał Generalny pozostał wówczas jednym z niewielu przejawów centralizacji państwa (Lityński 1978, s. 27). Pamiętać jednak należy, że powstanie Trybunału Generalnego Koronnego było sukcesem szlachty średniej, a więc osiągnięciem Rzeczypospolitej

doby demokracji szlacheckiej, przed zapanowaniem oligarchii magnackiej w XVII w. (Lityński 1996, s. 177). Ponadto centralizacja władzy sądowiczej przez Trybunał była jedynie połowiczna. Był to wprawdzie jedyny sąd apelacyjny dla całej Korony, jednak sędziowie byli wybierani na lokalnych sejmikach, co z kolei było przejawem decentralizacji. Paradoksalnie reforma sądownictwa apelacyjnego z 1578 r. stanowiła jednocześnie przejaw centralizacji i decentralizacji wymiaru sprawiedliwości. Bez wątpienia jednak świadczyła ona o mocnym w owym czasie wpływie szlachty średniej i przejmowaniu przez nią części dawnych uprawnień monarszych.

ZAKOŃCZENIE

Powstanie sądów kapturowych i powołanie Trybunału Generalnego Koronnego pod koniec XVI w. były przemianami o doniosłym znaczeniu w polskim sądownictwie. W ich wyniku uszczuplona została pula prerogatyw przysługujących królowi, a udział w sprawowaniu sprawiedliwości zyskała szlachta. Był to przejaw zachodzących wówczas przemian związanych ze stawianiem się szlachty suwerennym podmiotem władzy. Pamiętać jednak trzeba, że król wciąż był uważany za szarfa sprawiedliwości. Sądy kapturowe zaprzestawały działalności gdy kończyło się bezkrólewie, a ich powstanie wynikało z konieczności zapewnienia porządku wewnętrznego w tym okresie. Natomiast powstanie Trybunału Generalnego Koronnego było skutkiem wieloletnich zaniedbań w dziedzinie sądownictwa apelacyjnego. W obu przypadkach przejście przez szlachtę monarszych uprawnień było do pewnego stopnia wymuszone, a szlachta nie traktowała tego jak uszczuplenie królewskiego majestatu, ale jak konieczny środek zaradczy na bieżące potrzeby państwa. Świadczy to o świadomości odpowiedzialności za jego los przez szlachtę. Poczucie odpowiedzialności za losy państwa wskazuje jednak, że szlachta dostrzegała w sobie podmiot sprawujący władzę, może nie na równi z królem, jednak co najmniej go dopełniający. Trzeba wszakże pamiętać, że kształt reform sądownictwa w omawianym okresie w sposób niebagatelny wynikał z układu sił w ówczesnej sytuacji wewnętrznej Rzeczypospolitej. Deputaci do Trybunału Koronnego wybierani byli przez szlachtę na sejmikach, a w skład sądów kapturowych wchodziłi wybrani przez szlachtę deputaci. Przyjęcie takich rozwiązań wynikało z siły szlachty średniej w owym czasie i znaczenia jaki miał na kształtowanie się państwa ruch egzekucyjny. Był to czas funkcjonującej demokracji szlacheckiej, a przemiany w sądownictwie ten stan rzeczy odzwierciedlały.

Udział szlachty w wymiarze sprawiedliwości świadczył o tym, że stała się ona wówczas podmiotem suwerennym (Lityński 1983, s. 179).

BIBLIOGRAFIA

- Augustyniak U.,
2008 *Historia Polski. 1572-1795*, Warszawa.
- Balzer O.
1886 *Geneza Trybunału Koronnego. Studium z dziejów sądownictwa polskiego XVI wieku*, Warszawa.
- Bardach J.
1983 *Sejm dawnej Rzeczypospolitej jako najwyższy organ reprezentacyjny*, „Czasopismo Prawno-Historyczne”, t. 35, z. 1.
- Bednaruk W.
2008 *Trybunał koronny. Szlachecki sąd najwyższy w latach 1589-1794*, Lublin.
- Borucki M.
1972 *Sejmy i sejmiki szlacheckie*, Warszawa.
- Dubas-Urwanowicz E.
1995 *Stosunek Korony do Unii z Litwą w latach 1562-1574*, „Studia Podlaskie”, t. 5.
2002 *Królestwo bez króla? Kompetencje monarsze w dwóch pierwszych bezkrólestwach po śmierci Zygmunta Augusta*, „Przegląd Historyczny”, t. 93, z. 2.
2008 „Warunek warszawski” z września 1574 a status prawno-polityczny państwa, „Czasopismo Prawno-Historyczne”, t. 60, z. 1.
- Dworzaczek W.
1957 *Akta sejmikowe województw poznańskiego i kaliskiego. T. 1, (1572-1632), Cz. 1, 1572-1616*, Poznań.
- Filipczak-Kocur A.
2002 *Litewski Trybunał Skarbowy (1591-1717)*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego”, t. 7.
- Gierowski J.
1989 *Historia Polski. 1505-1795*, Warszawa.

Górski K.

2020 *Wizerunek sędziego w polskich utworach literackich i piśmiennictwie politycznym XVI i XVII stulecia*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa”, z.4

Grodziski S.

2004 *Z dziejów staropolskiej kultury prawnej*, Kraków.

Kanecki O.

2020 *Sądy kapturowe Wielkiego Księstwa Litewskiego (1572-1764)*, Sopot.

Konieczna D.

2008 *Wpływ sejmiku brzesko-litewskiego na działalność sądu kapturowego w okresie 1572-1764* [w:] *Studia historyczno-prawne. Księga poświęcona na pamięci Profesora Jana Seredyki*, Opole.

Kriegseisen W.

1995 *Sejm Rzeczypospolitej szlacheckiej (do 1763 roku). Geneza i kryzys władzy ustawodawczej*, Warszawa.

1991 *Sejmiki Rzeczypospolitej szlacheckiej w XVII i XVIII wieku*, Warszawa.

Król A.

2015 *Sejmik bełski wobec prawa i sądownictwa szlacheckiego w latach 1572-1668*, „Archiwum Państwowe w Rzeszowie. Prace historyczno-archiwalne”, t. XXVII.

Lewandowska-Malec I.

2011 *Przepisy uchylające, reguły kolizyjne i klauzule niderogujące w prawie staropolskim*, „Forum Prawnicze”, t. 5.

Lityński A.

1984 *Deputacje skarbowe województwa płockiego (1609-1652)*, „Kwartalnik Historyczny”, t. 91.

1972 *Małopolskie sądy skarbowe do 1717 r.*, „Czasopismo Prawno-Historyczne”, t. 24, z. 2.

1974 *Problem szlacheckiego prawa zgromadzeń ziemskich w Polsce w XVII i XVIII w.*, „Czasopismo Prawno-Historyczne”, t. 26, z. 1.

1992 *Samorząd szlachecki w Polsce XVII-XVIII wieku*, „Kwartalnik Historyczny”, t. 99, z. 4.

1970 *Z problematyki klasyfikacji sejmików ziemskich*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego”, nr 5, Prace Prawnicze I.

- 1978 *O Trybunale Koronnym i palestrze trybunalskiej*, „Palestra”, t. 22, z. 10.
- 1981 *Prawnokarna ochrona sądów szlacheckich w Polsce XVI-XVIII w.*, „Przegląd Prawa i Administracji”, t. 15.
- 1983 *Sejmiki ziemskie koronne Rzeczypospolitej w okresie oligarchii*, „Czasopismo Prawno-Historyczne”, t. XXV, z. 1.
- 1996 *Sejmiki w dawnej Rzeczypospolitej. Problemy badawcze*, „Czasopismo Prawno-Historyczne”, t. XLVIII.

Makiłła D.

- 2000 *Sejmik Wielkiego Księstwa Litewskiego XVI-XVIII w. Ustrój i funkcjonowanie: sejmik trocki*, Warszawa.
- 2015 *Próba reformy sądownictwa powszechnego z czasów bezkrólewia po ucieczce Henryka Walezego (1574)*, „Misaclanea Historico-Iuridica”, t. 14, z. 2.

Maisel W.

- 1982 *Archeologia prawna Polski*, Warszawa.
- 1982 *Trybunał Koronny w świetle laudów sejmikowych i konstytucji sejmowych*, „Czasopismo Prawno-Historyczne”, T. 24, z. 2.

Olszewski H.

- 1961 *Praktyka limitowania sejmików*, „Czasopismo Prawno-Historyczne”, t.13, z. 1.
- 2002 *Sejmy w dawnej Rzeczypospolitej. Ustrój i idee*, Poznań.

Opaliński E.

- 1985 *Elekcje wazowskie w Polsce. Stosunek szlachty do instytucji okresu bezkrólewia*, „Kwartalnik Historyczny”, r. 92, nr 3.

Pawiński A.

- 1978 *Rządy sejmikowe w Polsce 1572-1795 na tle stosunków woj. kujawskich*, Warszawa.

Płaza S.

- 1997 *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym, cz. I: X-XVIII w.*, Kraków.
- 1969 *Próby reform ustrojowych w czasie pierwszego bezkrólewia (1572-1574)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”, nr 216, Prace Prawnicze.
- 1984 *Sejmiki i zjazdy szlacheckie województw poznańskiego i kaliskiego. Ustrój i funkcjonowanie (1572-1632)*, Warszawa-Kraków.

Rembowski A.

2010 *Konfederacja i rokosz*, Kraków.

Uruszczak W.

1980 *Kultura polityczna i prawna w sejmie polskim czasów Odrodzenia*, Czasopismo Prawno-Historyczne, 32, z. 2, s. 47-62.

2015 *Historia państwa i prawa polskiego. Tom I (966-1795)*, Warszawa.

2009 *Poselstwo sejmowe w dawnej Polsce. Posłaniec, mandatariusz, poseł narodu*, „Czasopismo Prawno-Historyczne”, t. 61, z. 1.

2014 *Prawo celem polityki w Polsce Jagiellonów*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa”, z. 7.

Zarzycki W.

2000 *Temida sejmowa. Z dziejów sądu sejmowego w Polsce przedrozbiorowej*, Warszawa.

Zwierzykowski M.

2003 *Szlacheckie instytucje sądowe i samorządowe na Starym Rynku od XVI do XVIII w.*, „Kronika Miasta Poznania”, nr 2.

2003 *Komisja Skarbowa Poznańska. Z dziejów sejmikowego sądownictwa i administracji skarbowej w XVII i XVIII w.*, Poznań.

2006 *Etapy ewolucji sejmikowej administracji i sądownictwa skarbowego XVI-XVIII wieku*. [w:] *Podstawy materialne Państwa. Zagadnienia prawno-historyczne*, red. D. Bogacz et. al., Szczecin.

2017 *„Sine iustitia in libertate żyć nie chcemy”. Prawo i sprawiedliwość w dyskursie politycznym kampanii sejmowych lat 1696-1762*, [w:] *Wartości polityczne Rzeczypospolitej Obojga Narodów. Struktury aksjologiczne i granice cywilizacyjne*, red. A. Grześkowiak-Krawicz, et. al. Warszawa.

Zwierzykowski M., Tacka E.

2016 *Miejsca obrad sejmików województw Wielkopolski właściwej od XVI do XVIII wieku*, „Res Historia”, z. 42.

ŚWIATOWA ORGANIZACJA ZDROWIA: GLOBALNY LEGISLATOR?

WSTĘP

Dokument o nazwie International Health Regulations 2005 (dalej: IHR 2005) stanowi fundament zrównoważonej i trafnej strategii walki z zagrożeniami dla zdrowia publicznego w skali globalnej. Pandemia koronawirusa niewątpliwie ukazała konieczność stosowania takich środków zaradczych, które są spójne, jednolite, a nadto powinny być one kontrolowane odgórnie, najlepiej przez organy wysoko wyspecjalizowane. Państwa członkowskie Światowej Organizacji Zdrowia (dalej: WHO) wydają się nie zawsze respektować wymogi stawiane przez ową Organizację; w szczególności należy wskazać na nagminne łamanie zakazu niepotrzebnych ograniczeń handlu czy podróżowania. W tym miejscu powstaje pytanie: czy WHO jest władne do wydawania aktów prawnych, które są wiążące dla Państw członkowskich? Jeśli tak, to jakie mogą być konsekwencje nieprzestrzegania tych aktów? W rozdziale poniższym, na podstawie dotychczasowej praktyki Państw oraz WHO, podjęta zostanie próba odpowiedzi na pytanie: czy w związku z charakterem teoretycznym i praktycznym działań podejmowanych przez WHO, można ją określić mianem „globalnego legislatora”?

Ze względu na niezwykle szeroki zakres działalności WHO, próba odpowiedzi sformułowana zostanie na podstawie aktów prawnych, wydawanych na podstawie International Health Regulations 2005 – dokumentu, który w ostatnim, pandemicznym czasie miał niebagatelne znaczenie dla zdrowia i życia jednostek na całym świecie.

¹ ORCID: 0000-0001-6856-0627

ZAGADNIENIA WPROWADZAJĄCE

WHO – geneza organizacji

Współpraca na arenie międzynarodowej w dziedzinie zdrowia publicznego rozpoczęła się w drugiej połowie XIX wieku i zapoczątkowana została poprzez międzynarodowe konferencje sanitarne i opracowywanie międzynarodowych konwencji sanitarnych oraz tworzenie międzyrządowych instytucji zdrowia publicznego (Beigbeder 2013, s. 2).

Współpraca ta była naturalnym skutkiem czy wręcz koniecznością, ze względu na szybkie rozprzestrzenianie się chorób epidemicznych, takich jak cholera czy dżuma. To natomiast związane było z dynamicznym rozszerzeniem stosunków międzynarodowych i wymianą handlową wynikającą z prężnego rozwoju transportu i łączności w skali globalnej. Można wskazać na trzy główne cechy współpracy międzynarodowej w zakresie zdrowia publicznego, która miała miejsce przed utworzeniem WHO: (a) przyznanie pierwszeństwa ochronie niektórych populacji, początkowo europejskich, poprzez wprowadzenie kwarantanny; (b) brak wiedzy naukowej lekarzy na temat charakteru, sposobu rozprzestrzeniania się i profilaktyki głównych chorób epidemicznych; oraz (c) troska o narzucenie jedynie minimalnej ingerencji w handel międzynarodowy i transport (Beigbeder 2013, s. 3), co zresztą praktykowane jest przez WHO do dnia dzisiejszego. Wobec takiego stanu rzeczy, dostrzeżono potrzebę dołożenia wszelkich starań, celem lepszej ochrony zdrowia publicznego.

W 1945 roku Konferencja Organizacji Międzynarodowej w San Francisco, z inicjatywy Chin i Brazylii, włączyła „zdrowie” do Karty Narodów Zjednoczonych (Artykuły 13, 55, 57, 62 Karty Narodów Zjednoczonych) i jednogłośnie wezwała do zorganizowania kolejnej konferencji w celu ustanowienia międzynarodowej organizacji zajmującej się zdrowiem.

Wskutek powyższego, Rada Gospodarcza i Społeczna Organizacji Narodów Zjednoczonych (dalej: ECOSOC) zwołała Techniczny Komitet Przygotowawczy złożony z międzynarodowych ekspertów ds. zdrowia z szesnastu krajów wraz z obserwatorami z wcześniej istniejących organizacji zdrowotnych. Komitet zebrał się w Paryżu w marcu i kwietniu 1946 roku i uzgodnił pakiet propozycji do Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia (dalej: Konstytucja WHO). Po rozpatrzeniu propozycji przez ECOSOC zostały one przedłożone Międzynarodowej Konferencji Zdrowia, która odbyła się w Nowym Jorku w czerwcu i lipcu 1946 roku. Konferencja przyjęła ostateczny

tekst Konstytucji, który został podpisany 22 lipca 1946 roku przez sześćdziesiąt jeden rządów państw.

Konstytucja WHO weszła w życie 7 kwietnia 1948 roku – dzień ten jest obecnie obchodzony jako Światowy Dzień Zdrowia. Pierwsze Światowe Zgromadzenie Zdrowia zostało zwołane w Genewie w dniu 24 czerwca 1948 roku. Wybrano wówczas dr Brocka Chisholma na pierwszego dyrektora generalnego Zgromadzenia, który pełnił funkcję sekretarza wykonawczego komisji tymczasowej. Zgromadzenie zatwierdziło program i budżet organizacji oraz nawiązało oficjalne stosunki z ONZ, Międzynarodową Organizacją Pracy (MOP), Organizacją Narodów Zjednoczonych do spraw Wyżywienia i Rolnictwa (FAO) oraz Organizacją Narodów Zjednoczonych do spraw Oświaty, Nauki i Kultury (UNESCO).

Członkostwo w WHO jest dostępne i otwarte dla wszystkich państw. Członkowie ONZ mogą zostać członkami, podpisując lub w inny sposób akceptując Konstytucję WHO (Art. 3 Konstytucji WHO). Pozostali kandydaci mogą zostać przyjęci jako członkowie, jeśli ich wniosek zostanie zatwierdzony zwykłą większością głosów Zgromadzenia Zdrowia (Art. 4 Konstytucji WHO).

Konstytucja WHO nie ma przewiduje możliwości zrzeczenie się członkostwa, natomiast warto nadmienić, iż Stany Zjednoczone zastrzegły sobie takie uprawnienie w deklaracji przyjętej przez pierwsze Światowe Zgromadzenie Zdrowia. Nie istnieją również przepisy przewidujące wydalenie członka z Organizacji; jednakże, jeśli członek nie wywiąże się ze swoich zobowiązań finansowych wobec organizacji lub w innych wyjątkowych okolicznościach, Światowe Zgromadzenie Zdrowia może w swoisty sposób ukarać członka, poprzez zawieszenie niektórych jego praw członkowskich (Art. 7 Konstytucji WHO; zob. Spagnolo 2017, s. 9).

International Health Regulations 2005 – geneza dokumentu

International Health Regulations 2005 (dalej: IHR 2005) to instrument prawnie wiążąca wszystkie państwa członkowskie WHO (Wilson 2010, s. 507). Przepisy IHR 2005 pomagają społeczności międzynarodowej w zapobieganiu i reagowaniu na poważne zagrożenia dla zdrowia publicznego o zasięgu międzynarodowym (potencjalnie przekraczające granice poszczególnych państw), które stwarzają zagrożenie dla zdrowia i dobra ludzkości. IHR 2005 wywodzi się z dokumentów przyjętych w 1851 roku przez Międzynarodowe Konferencje Sanitarne. Wprowadzano wówczas okresowe rewizje przepisów w celu dostosowania do zmieniających się w czasie zagrożeń chorobowych,

polegających na dodawaniu lub usuwaniu określonych chorób objętych zakresem przepisów oraz środków, które powinny być podejmowane przez władze państwowe w obliczu niebezpieczeństwa zdrowotnego ludności.

Powstałe w rezultacie międzynarodowe przepisy sanitarne, po raz pierwszy przyjęte w 1903 r., skupiały się na chorobach, które najbardziej dotyczyły krajów europejskich, początkowo cholery, dżumy, tyfusu, ospy i żółtej febry. Rozpoczęto działania mające na celu zrewidowanie obowiązującej regulacji, aby umożliwić reagowanie na rosnące ryzyko związane z pojawiającymi się i nawracającymi chorobami. W połączeniu ze wzrostem globalnego ruchu i handlu nieustannie pojawiały się nowe drobnoustroje, ale również dotychczas znane choroby. Momentem przełomowym był wybuch choroby ostrej niewydolności oddechowej (SARS) w 2003 roku, któremu towarzyszyło potężne ryzyko związane z ptasią grypą (H5N1). Wydarzenia te zmotywowały państwa członkowskie WHO do pilnej pracy nad dokumentem, który lepiej będzie nadawał się do walki z globalnym zagrożeniem zdrowia publicznego; który byłby dostosowany do aktualnych potrzeb i możliwości ludzkości. Zarówno tych zdrowotnych, jak i choćby ekonomicznych.

Po wybuchu epidemii SARS w 2003 r. i obawach związanych z pandemią grypy w latach 2004–2005 w związku z pojawieniem się ptasiej grypy (H5N1), Światowa Organizacja Zdrowia przyjęła w maju 2005 roku dokument o nazwie IHR 2005. Zmienione przepisy były wynikiem dziesięcioletniego procesu rewizji w ramach WHO, który znacząco zmienił międzynarodowy reżim prawny w zakresie prawa do zdrowia, rozszerzając zakres jego stosowania, nakładając nowe obowiązki na państwa-strony, a także przyznając WHO uprawnienia do reagowania na sytuacje kryzysowe dotyczące zdrowia publicznego.

IHR 2005 odegrały znaczącą rolę w odpowiedzi WHO na epidemię grypy A(H1N1) (Fidler 2009, 267-9; Katz 2009, 1165-70). Po raz pierwszy od wejścia w życie IHR 2005, w czerwcu 2007 roku WHO utworzyła Komitet ds. Sytuacji Nadzwyczajnych, który doradza Dyrektorowi Generalnemu WHO, ogłasza stan zagrożenia zdrowia publicznego o zasięgu międzynarodowym i wydaje tymczasowe zalecenia dotyczące zwiększenia nadzoru czy też o potrzebie unikania niepotrzebnych ograniczeń w handlu, podróżach i prawach człowieka.

Celem IHR 2005 jest

„zapobieganie, ochrona przed, kontrola i zapewnienie reakcji zdrowia publicznego na międzynarodowe rozprzestrzenianie się choroby

w sposób współmierny do zagrożeń dla zdrowia publicznego i ograniczony do niego oraz pozwalający uniknąć niepotrzebnej ingerencji w międzynarodowe ruchu i handlu”.

Preambuła powyższa jest o tyle istotna, że ma niebagatelny wpływ na interpretację przepisów IHR 2005. W związku z nią zrozumiałe są ponadto art. 15 i 16 dokumentu, które umożliwiają WHO wydawanie zaleceń dla państw członkowskich.

RAMY PRAWNE DZIAŁALNOŚCI WHO

Traktat, który ustanowił WHO, jest określany jako „Konstytucja” Organizacji. Wybór terminu wydaje się nie być przypadkowy, bowiem uprawnienia przyznane Organizacji, wymienione w jej Konstytucji, są na tyle szerokie, aby móc znacząco wpływać na postępowanie państw członkowskich czy na społeczność międzynarodową jako taką – przy czym należy wyjaśnić, że oczywiście w kontekście IHR 2005 mowa tutaj o zdolności Organizacji do zapobiegania rozprzestrzenianiu się epidemii i poprawy standardów zdrowotnych (Alvarez 2016, s. 196-197). Uprawnienia takie wymienione są w art. 2 Konstytucji.

Norma tamże zawarta zawiera listę około dwudziestu funkcji do których wdrożenia uprawniona jest WHO. Obejmują one definicję standardów technicznych (litera d) do koordynacji wysiłków społeczności międzynarodowej w zakresie opieki zdrowotnej (litera a). Na tle tak określonego charakteru Organizacji, w pełni uprawnionym wydaje się pogląd, iż ten szeroki zakres funkcji wzmocnił wymiar publiczny działalności WHO (Fiedler 2005, s. 63-68), który z pewnością wyróżnia Organizację na tle innych organizacji międzynarodowych.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że WHO „chce” być uznawana za wiodącą międzynarodową organizację zajmującą się prawem do zdrowia (Hanrieder 2015, 197; Spagnolo 2017, 3). WHO w swej działalności niewątpliwie tworzy różnego rodzaju normy, w szczególności normy prawne. Organizacja projektuje, a następnie oczekuje przestrzegania określonych standardów postępowania w sprawach zdrowotnych wśród państw członkowskich (zob. np. Morgenstern 1969, s. 91).

Art. 21 i 22 Konstytucji uprawnia WHO do opracowywania przepisów wiążących państwa członkowskie. Ściśle określono warunki, w jakich takie normy wchodzi w życie i wywierają wpływ na zobowiązaniach państw członkowskich organizacji, a także moment, w którym stają się one skuteczne. Art.

22 przewiduje, że przepisy przyjęte przez Organizację wejdą w życie, chyba że Państwa Członkowskie sprzeciwią się temu przed określoną datą. Jest to standardowa procedura, którą stosuje się w celu wyrażenia zgody przez państwo członkowskie na dany dokument.

IHR 2005 zostały przyjęte zgodnie z tą procedurą. Z tego powodu istnieje pewnego rodzaju niepewność co do ich charakteru prawnego, ponieważ z jednej strony można je sklasyfikować jako akty wiążące WHO, ale z drugiej strony posiadają również cechy typowe dla traktatów międzynarodowych (Virzo 2015, s. 311-313). Uzasadnione jest twierdzenie, że są one jednostronnymi aktami WHO, ponieważ formalnie przyjęto je rezolucją WHO opartą na art. 21 i 22 Konstytucji. Z tego punktu widzenia trudno jest wykluczyć IHR 2005 z kategorii „reguł organizacji”, która obejmuje „akty założycielskie, stosowne decyzje i uchwały oraz ustanowione” praktyki Organizacji. Z drugiej strony, istnieją pewne czynniki, które mogą prowadzić do odmiennej kwalifikacji IHR.

W szczególności należy zauważyć, że do wejścia w życie dokumenty konieczna była zgoda państw, choćby milcząca (art. 2j VCLT). Ponadto, IHR 2005 są zarejestrowane u Sekretarza Generalnego ONZ zgodnie z art. 102 Karty Narodów Zjednoczonych, a zatem są otwarte na ratyfikację dla państw niebędących członkami WHO (art. 64 VCLT). Państwa członkowskie mogą zaś zgłaszać zastrzeżenia do IHR 2005, tak samo, jak ma to miejsce w przypadku traktatów (art. 62 VCLT).

Podsumowując, IHR 2005 mają wspólne cechy z traktatami międzynarodowymi. Są niewątpliwie zbiorem zobowiązań uzgodnionych między państwami członkowskimi, będąc jednocześnie regułami organizacji i obowiązków wynikających z traktatu zawartego przez państwa członkowskie WHO. Można w konsekwencji stwierdzić, że IHR 2005 są aktem *sui generis* (Spagnolo 2017, s. 3).

W literaturze przedmiotu jeszcze przed wybuchem epidemii koronawirusa, odnotowywano, że obecna wersja IHR 2005 wydaje się być elastycznym narzędziem które może znaleźć zastosowanie w przyszłych epidemiach, mimo że na dzień wejścia w życie dokumentu pozostają one nieznanne (Burci 2005, s. 437 i n.). Zrewidowana wersja IHR 2005 nie tylko na nowo definiuje obszar ich zastosowania (Fiedler 2004, *passim*), ale również tworzy precyzyjny system zarządzania kryzysami zdrowotnymi, nakładając na państwa członkowskie szereg obowiązków.

Państwa członkowskie zobowiązane są choćby do tworzenia krajowych punktów kontaktowych (art. 4 IHR 2005); muszą też monitorować

i raportować wydarzeń do WHO, które mogłyby doprowadzić do rozprzestrzenienia się epidemii (art. 5 i 6 IHR 2005), a także dzielić się informacjami (art. 7 IHR 2005). Ponadto, wzywa się Państwa do

„opracowania, wzmocnienia i utrzymania, tak szybko jak to możliwe, ale nie później niż pięć lat od wejścia w życie niniejszych Przepisów dla tego Państwa-Strony, zdolności do niezwłocznego reagowania i skutecznego przeciwdziałania zagrożeniom zdrowia publicznego o zasięgu międzynarodowym” (art. 5 IHR 2005).

Rola WHO jako koordynatora jest zauważalnie zwiększona, niemal do granic możliwości. WHO jest władna poddawać badaniu informacje, które otrzymuje od państw członkowskich, a następnie oceniać, czy spełnione są warunki, aby ogłosić istnienie „stanu zagrożenia zdrowia publicznego o zasięgu międzynarodowym” (art. 12 IHR 2005). WHO przysługuje w takiej sytuacji prawo do przyjmowania tymczasowych zaleceń mających na celu powstrzymania kryzysu zdrowotnego (art. 15 IHR 2005). Mają one fundamentalne znaczenie ponieważ stanowią one narzędzie, które WHO wykorzystuje do proponowania najlepszych środków zaradczych, możliwych do przyjęcia przez państwa (Vignes 2005, §56). WHO może wydawać także stałe zalecenia, które obowiązują stale lub okresowo (art. 16 IHR 2005). Reperkusją tej znaczącej roli Organizacji zdaje się być art. 43 IHR, który daje WHO uprawnienia do żądania uzasadnienia swego postępowania przez państwa, w przypadku braku przestrzegania wydawanych zaleceń.

W tym miejscu warto wspomnieć, choćby bardzo generalnie, o *ratio legis* IHR 2005. Poza oczywistym i widocznym od razu celem tego dokumentu, jakim jest zapobieganie i zwalczanie zagrożeń dla zdrowia publicznego o zasięgu międzynarodowym, IHR 2005 wypełniają jeszcze jedną, niezwykle istotną rolę. IHR 2005 mają za zadanie balansować różnego rodzaju dobra, które chronione są przez prawo. Z jednej strony jest to prawo do zdrowia (*ergo* również prawo do życia), natomiast z drugiej strony są to różnego rodzaju interesy społeczne, kulturalne i ekonomiczne, które mogą zostać naruszone przez państwa, wskutek nieprzemysłanych i nazbyt intruzywnych reakcji na epidemie (Habibi 2020, *passim*). Środki zaradcze ewidentnie nie mogą przekraczać w swej szkodliwości samego zjawiska, któremu mają zapobiegać. IHR 2005 stoi na straży, by do takiej sytuacji nigdy nie doszło.

Stąd choćby wynika obowiązek państw członkowskich na gruncie art. 43 IHR 2005, zawierający cały szereg wymogów stawianych państwu, które chciałoby wprowadzić dodatkowe, bardziej surowe niż te proponowane

przez WHO, środki zaradcze. Art. 44 IHR 2005 stawia natomiast inny wymóg, równie istotny, polegający na obowiązku współpracy państw ze sobą nawzajem, ale także z WHO jako taką. Z tych dwóch przepisów można wyprowadzić dwie, niezwykle konkretne zasady, trafnie odzwierciedlające ducha IHR 2005: zakaz wprowadzania środków bardziej surowych niż te, wskazane przez WHO oraz obowiązek współpracy. Zasady te pozostają ze sobą w zgodzie, a co więcej, jedynie w drodze symultanicznej ich realizacji możliwe będzie osiągnięcie celu nadrzędnego: ochrony zdrowia publicznego.

MOŻLIWE SKUTKI NIEPRZESTRZEGANIA AKTÓW PRAWNYCH AUTORSTWA WHO

Celem stwierdzenia, jakie mogą być potencjalne konsekwencje niestosowania się do aktów prawnych wydawanych przez WHO (w kontekście IHR 2005 mowa jest o zaleceniach z art. 15 i 16) konieczne jest przeanalizowanie natury faktycznej i prawnej Organizacji.

Analiza Konstytucji WHO nie wykazuje żadnej normy zakazującej stosowania środków zaradczych ani normy jednoznacznie przyznającej WHO takie uprawnienia. Art. 7 Konstytucji traktuje jedynie o możliwości nakładania przez organizację sankcji na państwa, które nie przestrzegają swoich zobowiązań finansowych oraz, w niektórych przypadkach, gdy są one odpowiedzialne za poważne naruszenia praw podstawowych (por. Klein 1998, s. 401 i n.). Podkreślić należy, iż chodzi tutaj o państwa z zewnątrz – nie zaś o państwa członkowskie, niewywiązujące się z obowiązków nań nałożonych przez WHO.

Konieczne wydaje się zatem wykazanie istnienia norm – odmiennych od mechanizmu sankcjonowania ustanowionego w art. 7 – które uprawniają WHO do reagowania przeciwko własnym państwom członkowskim. W tym celu w Konstytucji Organizacji znajduje się postanowienie, które pozwala Zgromadzeniu WHO na podjęcie „wszelkich innych odpowiednich działań dla realizacji celów Organizacji” (art. 18 litera m). Ta dyspozycja daje WHO wystarczająco szerokie uprawnienia, które umożliwiłyby jej podjęcie środków zaradczych, chociaż praktyka pokazuje, że uprawnienia te były wykorzystywane przez czas z innych powodów. W rzeczywistości, patrząc na praktykę WHO, zauważalne jest, że rozszerzyła ona kompetencje organizacji, często wymuszając przy tym aprobatę państw członkowskich (Spagnolo 2017, s. 9).

Teoretycznie WHO dysponuje marginesem swobody w swoich działaniach i może być autonomiczna w przyjmowaniu środków i zaleceń przeciwko swoim państwom członkowskim. W rzeczywistości niektórzy autorzy

twierdzą, że art. 43 IHR 2005, który zobowiązuje państwa do nieprzyjmowania zbędnych, restrykcyjnych środków, pozwala WHO jedynie na „*naming and shaming*” (wskazywanie i zawstydzanie – tłumaczenie autora) państw członkowskich, które nie stosują się do określonych nakazów i zakazów (Spagnolo 2017, s. 6). Co prawda, WHO przysługuje prawo do żądania zaprzestania działań niezgodnych z zaleceniami Organizacji, ale norma ta nie jest w żaden sposób sankcjonowana. Być może odzwierciedla to dotychczasowe podejście organizacji, która nigdy nie podjęła działań przeciwko państwom, które naruszyły art. 43 IHR 2005.

Teoretycznie, można przyjąć, iż WHO mogłaby jednak przyjąć środki zaradcze przeciwko państwom członkowskim na podstawie art. 22 Konstytucji, gdyby poprzez niestosowanie się do wydawanych zaleceń naruszyły one ogólne zasady prawa międzynarodowego. Kluczowe jest zatem zrozumienie, czy narusza się art. 43 IHR 2005 kwalifikuje się jedynie jako naruszenie zasad organizacji czy też niesie za sobą poważniejsze skutki, w postaci naruszenia prawa międzynarodowego *sensu largo*.

WNIOSKI

Na gruncie przeprowadzonej analizy, słusznie wydaje się stwierdzenie, że Światowa Organizacja Zdrowia jest „globalnym legislatorem”. Jak wynika z powyższych rozważań, zarówno geneza, cel działalności oraz środki, którymi dysponuje WHO, dość jasno wskazują na charakter tej Organizacji. Oczywiście, należy dostrzec problem, jakim jest nie do końca skuteczny mechanizm egzekucyjny, co rzeczywiście może wpływać na postrzeganie WHO nie jako pełnoprawnego organu legislacyjnego, ale quasi-legislatora. Krytykom pragnę jednak wskazać, iż problem z praktyczną możliwością egzekwowania norm prawa międzynarodowego posiada nie tylko WHO. Jest to raczej ogólny problem, który może dotyczyć każdej organizacji międzynarodowej, a jak pokazuje historia – nawet sądów międzynarodowych, których wyroków nie da się fizycznie wyegzekwować. Wydaje się, iż jest to związane z samą istotą prawa międzynarodowego, któremu brak jest jakiegokolwiek centralnego organu egzekucyjnego, a z drugiej strony cechy tego prawa, którą jest woluntarność jego podmiotów.

BIBLIOGRAFIA

Alvarez J.

2016 *The Impact of International Organizations on International Law*,
Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publisher

Beigbeder Y.

2013 *World Health Organization (WHO)*, Max Planck Encyclopedias of
International Law

Burci G.

2005 *Institutional Adaptation without Reform: WHO and the Challenges
to Globalization*, International Organisations Law Review 2, no. 2

Burci G., Vignes C.

2004 *World Health Organisation*, The Hague: Kluwer Law International

Fidler D.

2004 *Revision of the World Health Organization's International Health Re-
gulations*, ASIL Insights

2005 *Caught Between Paradise and Power: Public Health, Pathogenic
Threats, and the Axis of Illness*, McGeorge LawReview

2009 *H1N1 after action review: learning from the unexpected, the success
and the fear*. Future Microbiology 4

Habibi R.

2020 *Do not violate the International Health Regulations during the
COVID-19 outbreak*, The Lancet, vol 395

Hanrieder T.

2015 *WHO orchestrates? Coping with competitors in global health*, Interna-
tional Organizations as Orchestrators

Katz R.

2009 *Use of revised international health regulations during influenza
A(H1N1) epidemic*. Emerging Infectious Diseases 15

Klein P.

1998 *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juri-
diques internes et en droit des gens*, Bruylant

Morgenstern F.

1969 *Legal Problems of International Organisations*, Cambridge: Cambridge University Press

Spagnolo A.

2017 *(Non) Compliance with the International Health Regulations of the WHO from the Perspective of the Law of International Responsibility*, Global Jurist.

Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organisations or between International Organisations (Vienna, 21 May 1986), not yet in force, text available in Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organisations or between International Organisations, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.94.V.5)

Virzo R.

2015 *The Proliferation of International Acts of International Organisations. A Proposal for Their Classification*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers

UPRAWNIENIA PRACODAWCY WOBEC OSÓB PODLEGAJĄCYCH OBOWIĄZKOWEMU SZCZEPIENIU PRZECIWIW COVID-19

WSTĘP

„Szczepienia ochronne okazały się najskuteczniejszym dotąd narzędziem zwalczania chorób zakaźnych i przyczyniły się w znacznej mierze do ogromnego skoku cywilizacyjnego, jakiego doświadczyła ludzkość w ciągu ostatniego wieku” – taki komunikat widnieje na stronie internetowej Głównego Inspektora Sanitarnego. Zgodnie z tą myślą również i szczepienia przeciwko wirusowi Sars-CoV-2 zostały przedstawione jako najskuteczniejszy sposób walki z pandemią COVID-19. W konsekwencji w przestrzeni publicznej rozpoczęła się dyskusja na temat dobrowolności tychże szczepień, a także tego, jakie grupy społeczne objąć ewentualnym obowiązkiem szczepiennym – gdyby przyjąć, że powinny być one obligatoryjne. Ostatecznie po około dwóch latach pandemii prawodawca zdecydował się na wprowadzenie obowiązkowych szczepień wobec kilku kategorii osób.

Autorzy niniejszej pracy nie podejmują się analizy natury epidemiologicznej przedstawianego zagadnienia, jako że stanowi ona domenę nauk innych niż prawne. Podkreślenia wymaga więc, że poza dyskursem pozostaną kwestie takie jak ocena powagi zagrożenia pandemicznego czy sposobu przeciwdziałania temu zagrożeniu. Pewnym założeniem i punktem odniesienia dla poniższych rozważań natomiast jest fakt, że wirus Sars-CoV-2 jest wirusem niebezpiecznym, budzącym obawę o zdrowie, a nawet życie całych mas

ludzkich – głównie z uwagi na wysoki odsetek zgonów¹ wśród chorych, ciężki przebieg choroby, a także brak metody zapobiegania jej przed dość długi okres panowania pandemii. W związku z tym obiektywnym stwierdzeniem poza oceną autorów pozostanie to, w jaki sposób władza publiczna wypełnia swój konstytucyjny obowiązek zwalczania chorób epidemicznych², tj. minimalizuje ryzyka związane z pandemią COVID-19.

Celem niniejszego opracowania jest więc analiza *stricte* prawna wprowadzonego obowiązku szczepień, *in concreto* w kontekście uprawnień pracodawcy wobec osób objętych tymże obowiązkiem. Jego pojawienie się w polskim systemie prawnym zrodziło wiele pytań – ze strony zarówno pracodawców jak i pracowników – o jego praktyczne implikacje na stosunek pracy oraz wynikające z niego uprawnienia. Z uwagi na brak regulacji szczególnych we wskazanym obszarze należy wskazać, co generalnie może, a czego nie może pracodawca w świetle obowiązujących regulacji natury ogólnej, tj. przede wszystkim zgodnie z Kodeksem pracy³.

OBOWIĄZKOWE SZCZEPIENIA W POLSCE

Dotychczasowe rozwiązania

Institucja szczepień obowiązkowych nie jest niczym nowym i nieznanym polskiemu prawodawstwu. Fakt ten powinien pozwolić lepiej zrozumieć logikę stojącą za wprowadzeniem podobnego imperatywu w związku z pandemią COVID-19.

Dotychczasowe rozwiązania poświęcone tej materii regulowane są na poziomie ustawowym w art. 17 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (dalej jako „u.z.z.z.”)⁴. Przepis ten w ust. 10 zawiera ogólną delegację dla ministra właściwego ds. zdrowia do wydania rozporządzenia określającego m. in. wykaz chorób zakaźnych objętych obowiązkiem szczepień ochronnych, a także osoby lub grupy osób obowiązane do poddawania się obowiązkowym szczepieniom ochronnym przeciw chorobom zakaźnym, wiek i inne okoliczności

¹ 3 marca 2020 r. Dyrektor Generalny Światowej Organizacji Zdrowia ogłosił uśredniony współczynnik śmiertelności COVID-19 na 3,4%. 5 maja 2022 r. na stronie WHO pojawiła się informacja, że w okresie od 1.01.2020 r. do 31.12.2021 r. szacowana liczba ofiar śmiertelnych powiązanych bezpośrednio lub pośrednio z pandemią COVID-19 wynosi około 15 milionów.

² Art. 68 ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483).

³ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1320 z późn. zm.).

⁴ Dz. U. z 2008 r. poz. 1570 z późn. zm.

stanowiące przesłankę do nałożenia obowiązku szczepień ochronnych na te osoby. Na tej podstawie od wielu już lat obowiązuje rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie obowiązkowych szczepień ochronnych⁵. I tak, w § 2 tego rozporządzenia utworzono enumeratywny wykaz czternastu chorób zakaźnych objętych obowiązkowym szczepieniem ochronnym, wśród których znajdują się m. in. gruźlica, krztusiec, tzw. świnka, odra, różyczka, tężec, wirusowe zapalenie wątroby (WZW) typu B czy wścieklizna. Samo rozporządzenie precyzuje też przesłanki, od których spełnienia uzależnione jest powstanie obowiązku poddania się odpowiedniemu szczepieniu.

Obowiązkowe szczepienie na COVID-19

Obecnie do katalogu szczepień obowiązkowych należy również szczepienie przeciw COVID-19. W aspekcie prawnym funkcjonuje ono jednak w sposób odmienny od dotychczasowych szczepień ochronnych.

Prawodawca nie zdecydował się na poszerzenie listy zawartej w powyżej cytowanym rozporządzeniu. Wykorzystał jednak „furtkę” z tej samej ustawy, w postaci art. 46 ust. 2 i 4 u.z.z.z. Zgodnie z tą delegacją ustawową w rozporządzeniu wprowadzającym stan epidemii lub stan zagrożenia epidemicznego, obok uregulowania kwestii takich jak m. in. czasowe ograniczenie określonego sposobu przemieszczania się, czasowe ograniczenie funkcjonowania określonych instytucji lub zakładów pracy czy zakaz organizowania widowisk i innych zgromadzeń ludności, można ustanowić także obowiązek przeprowadzenia odpowiednich szczepień ochronnych oraz wyznaczyć grupy osób podlegające tym szczepieniom, jak również rodzaj przeprowadzanych szczepień ochronnych⁶. Wprowadzenie powyższych obowiązków warunkowane jest jednoczesnym uwzględnieniem drogi szerszenia się zakażeń i chorób zakaźnych oraz sytuacją epidemiczną na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii. W konsekwencji obowiązkowe szczepienie

⁵ Dz. U. z 2011 r. poz. 1086 z późn. zm.

⁶ Pierwotnie obowiązek szczepień przeciw COVID-19 regulowany był w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 340), jednak wraz z odwołaniem stanu epidemii oraz ogłoszeniem stanu zagrożenia epidemicznego na terenie całego kraju weszło w życie nowe rozporządzenie w tym zakresie. Zgodnie z uzasadnieniem do rozporządzenia w przedmiocie ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego „Główny Inspektor Sanitarny wniósł o utrzymanie wprowadzonego w stanie epidemii obowiązku szczepień przeciwko COVID-19, w stosunku do tej samej grupy osób, która została określona w uchylanym rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii”.

przeciw COVID-19 obecnie ma swoje źródło w § 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 12 maja 2022 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego⁷.

W związku z powyższym pojawia się pytanie, dlaczego prawodawca nie zdecydował się na poszerzenie istniejącego już katalogu w „starym” rozporządzeniu. W uzasadnieniu do obu rozporządzeń wprowadzających, kolejno, stan epidemii oraz stan zagrożenia epidemicznego, brak jest bezpośredniego odniesienia do tej kwestii. Tak jednak z ich brzmienia oraz *ratio legis* dla wprowadzenia takiego obowiązku można wywnioskować, iż jest to wynik niechęci do wprowadzenia obowiązku szczepień ochronnych przeciw COVID-19 do względnie stałego katalogu. Z tego wynika, że prawodawca traktuje pandemię wirusa Sars-CoV-2 w kategorii zjawiska tymczasowego; zdaje się to mieć swoje uzasadnione podstawy mimo już kilkuletniego utrzymywania się tego zagrożenia w społeczeństwie.

Należy jednak zauważyć, że może to budzić swego rodzaju niepewność prawną, ponieważ wraz z odwołaniem stanu epidemii lub stanu zagrożenia epidemicznego na obszarze RP obowiązek szczepień ochronnych przeciw COVID-19 przestanie istnieć, o ile nie zostanie on wówczas „przesunięty” do trwałej listy zawartej w rozporządzeniu Ministra Zdrowia w sprawie obowiązkowych szczepień ochronnych. Tymczasowość tego obowiązku oraz perspektywa jego eliminacji z systemu prawnego może jednak, zwłaszcza z upływem czasu, podważyć jednak zasadność jego wprowadzenia oraz daleko idące konsekwencje prawne, jakie ze sobą niesie.

Zakres podmiotowy

Niezwykle istotną kwestią jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, kto podlega obowiązkowemu szczepieniu na COVID-19. Zgodnie z przywołaną wyżej podstawą prawną są to:

- 1) osoby wykonujące zawód medyczny w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (dalej jako „u.d.l.” lub „ustawa o działalności leczniczej”)⁸ w podmiotach wykonujących działalność leczniczą oraz osoby wykonujące czynności zawodowe w tych podmiotach, inne niż wykonywanie zawodu medycznego;
- 2) osoby zatrudnione oraz osoby realizujące usługi farmaceutyczne, zadania

⁷ Dz. U. z 2022 r. poz. 1028.

⁸ Dz. U. z 2011 r. poz. 654 z późn. zm.

zawodowe lub czynności fachowe w aptece ogólnodostępnej lub punkcie aptecznym;

- 3) studenci kształcący się na kierunkach przygotowujących do wykonywania zawodu medycznego, o którym mowa w art. 68 ust.1 pkt 1-8 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce⁹.

Ze wskazanych regulacji wynika więc, że obowiązkowym szczepieniom podlegają – przyjmując dla celów niniejszej pracy ogólny, zbiorczy termin dla całej grupy – pracownicy służby zdrowia. Mowa jest o terminie ogólnym i zbiorczym, ponieważ pogłębiona analiza przepisu prowadzi do wniosków, że w istocie tylko grupa opisana w punkcie 3), tj. studenci przygotowujący się do wykonywania zawodu medycznego, została wskazana przez ustawodawcę od strony podmiotowej. Dla grup opisanych w punkcie 1) oraz 2) istotne są pojęcia „podmiotu wykonującego działalność leczniczą” oraz „apteki ogólnodostępnej” czy „punktu aptecznego” – a nie faktycznej kwalifikacji tych osób jako pracowników ochrony zdrowia. Aby dostrzec to szersze niż na pierwszy rzut oka ujęcie zakresu podmiotowego obowiązku szczepień, konieczne jest przybliżenie kilku pojęć wskazanych w przywołanym przepisie rozporządzenia.

Podmiot wykonujący działalność leczniczą został szeroko zdefiniowany w ustawie o działalności leczniczej przez wyliczenie jednostek będących takimi podmiotami w art. 4 tej ustawy (m.in. przedsiębiorcy, samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, określone jednostki budżetowe czy instytuty badawcze), a także dodanie do tych jednostek lekarzy, pielęgniarek lub fizjoterapeutów wykonujących zawód jako praktykę zawodową. Dopiero po zaliczeniu danego podmiotu do grona podmiotów wykonujących działalność leczniczą relewantny staje się podział wskazany w punkcie 1) przepisu rozporządzenia, tj. na osoby wykonujące zawód medyczny oraz te wykonujące czynności zawodowe we wskazanych podmiotach – jako że to właśnie te dwie kategorie osób są obowiązane się zaszczepić. Zgodnie z ustawą o działalności leczniczej przez osobę wykonującą zawód medyczny rozumie się osobę uprawnioną na podstawie odrębnych przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz osobę legitymującą się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny, tj. na przykład lekarza, lekarza dentyście czy pielęgniarkę. Większych trudności interpretacyjnych dostarcza natomiast określenie „osoby wykonujące czynności zawodowe”. Zgodnie z poradnikiem wydanym w inicjatywy Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej z 2014 r. (Gruza i Hordyjewicz 2014)

⁹ Dz. U. z 2018 r. poz. 1668 z późn. zm.

czynności zawodowe to działanie pracownika podjęte w ramach zadania zawodowego (tj. etapu pracy), dające określony efekt użyteczny. Działanie to może mieć charakter wykonawczy, organizacyjny i współpracy. W praktyce wydaje się więc, że pojęcie to obejmuje swoim zakresem właściwie wszystkie osoby wykonujące pracę w podmiotach wykonujących działalność leczniczą, co zdecydowanie poszerza krąg osób mających się poddać obowiązkowemu szczepieniu. W takim układzie bowiem zaszczepić powinna się również na przykład osoba zatrudniona na recepcji czy nawet sprząająca w danym podmiocie, jako że również wykonuje ona czynności zawodowe.

Prawodawca podobnie rozszerza zakres podmiotowy w przypadku aptek ogólnodostępnych i punktów aptecznych, czyli dwóch miejsc, w których możliwe jest prowadzenie obrotu detalicznego produktami leczniczymi. Zgodnie z ustawą – Prawo farmaceutyczne apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne¹⁰. Z kolei punkt apteczny to miejsce, w którym można prowadzić obrót detaliczny produktami leczniczymi, mimo że nie jest apteką¹¹ – pełni funkcję apteki na terenie wiejskim, jeśli na terenie danej wsi nie jest prowadzona apteka ogólnodostępna. Stosownie do przywołanego punktu 2) rozporządzenia obowiązkowi szczepień podlegają osoby zatrudnione w jednym z tych miejsc, a także osoby, które realizują w nich usługi farmaceutyczne, zadania zawodowe lub czynności fachowe. Ustawodawca posługuje się w tym punkcie określeniami „zadania zawodowe” oraz „czynności fachowe”, które, choć inaczej ujęte, swoim zakresem odpowiadają, zdaniem autorów, w gruncie rzeczy użytym w punkcie 1) rozporządzenia pojęciu „czynności zawodowe”. Z uwagi na to obowiązkiem szczepień przeciwko COVID-19 jest objęty w zasadzie cały personel apteki czy punktu aptecznego.

Przedstawione powyżej zasady na gruncie rozporządzenia Ministra Zdrowia dotyczącego stanu zagrożenia epidemicznego doznają dwóch wyjątków. Po pierwsze, z obowiązku szczepienia zwolnione są osoby, które nie mają przeciwwskazań do szczepienia w zakresie stanu ich zdrowia. Po drugie, co stanowi *novum* w porównaniu do wcześniejszego rozporządzenia regulującego stan epidemii z 2020 r., obowiązek nie dotyczy osób, które wykonują test antygenowy lub molekularny w kierunku Sars-CoV-2 każdorazowo, nie później jednak niż w ciągu 48 godzin od momentu rozpoczęcia pracy, nauki, czynności zawodowych lub fachowych. Nie wydaje się, by ten dodany wyjątek

¹⁰ Art. 86 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1977 z późn. zm.).

¹¹ Art. 70 *ibidem*.

miał być często stosowany w praktyce w przypadku stosunku pracy z uwagi na jego immanentne cechy, tj. ciągłość i powtarzalność czynności wykonywanych pod kierownictwem pracodawcy. Może jednak znaleźć zastosowanie w innych, kazuistycznych wypadkach.

Status osoby zaszczepionej

Przywołane rozporządzenie Ministra Zdrowia wskazuje, na czym polega wypełnienie obowiązku szczepień. Zgodnie z nim osoby objęte obowiązkiem szczepień przeciwko COVID-19 powinny posiadać ważne unijne cyfrowe zaświadczenie COVID w rozumieniu art. 2 pkt 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/953¹², czyli tzw. unijny certyfikat „covidowy”. Prawodawca wychodzi więc z założenia, że osoby określone w rozporządzeniu powinny posiadać dowód wykonania szczepienia w postaci zaświadczenia potwierdzającego, że jego posiadacz otrzymał szczepionkę przeciwko COVID-19 w państwie członkowskim wydającym zaświadczenie.

RÓWNOŚĆ I NIEDYSKRIMINACJA

Zasada równego traktowania oraz zakaz dyskryminacji na gruncie prawa pracy

W następstwie przedstawionego powyżej zakresu stosowania nowego obowiązku szczepień pojawia się uzasadniona wątpliwość, w jaki sposób regulacja ta może wpływać na stosunek pracy osób objętych takim prewencyjnym szczepieniem. Próba znalezienia odpowiedzi na ewentualnie rodzące się w związku z tym pytania wydaje się tym bardziej potrzebna, że pandemia w dalszym ciągu jest tematem, wobec którego społeczeństwo polskie przejawia dość skrajne postawy.

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań jest kwestia równości i niedyskryminacji w zakresie prawa pracy. Odnotowania wymaga fakt, że równość w znaczeniu prawnopracowniczym obejmuje swym zakresem nie tylko sam okres zatrudnienia u danego pracodawcy. Prawo do równego traktowania stanowi uprawnienie pracownicze (Góral i Kuba 2017). Równe traktowanie

¹² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/953 z dnia 14 czerwca 2021 r. w sprawie ram wydawania, weryfikowania i uznawania interopetacyjnych zaświadczeń o szczepieniu, o wyniku testu i o powrocie do zdrowia w związku z COVID-19 (unijne cyfrowe zaświadczenie COVID) w celu ułatwienia swobodnego przemieszczania się w czasie pandemii COVID-19 (Dz. Urz. UE L 211 z 15.06.2021, str. 1, z późn. zm.

w zakładzie pracy powinno uwzględniać wszystkie fazy zatrudnienia, tj. od nawiązania stosunku pracy, przez czas jego trwania, aż po zakończenie. Abstrahując w tym miejscu od założeń konstytucyjnych, konwencyjnych, a także regulacji unijnych, wyraźną i autonomiczną podstawę prawną w tej kwestii stanowi art. 18^{3a} § 1 Kodeksu pracy, zgodnie z którym pracownicy powinni być równo traktowani zarówno w zakresie nawiązania, jak i rozwiązania stosunku pracy, a także m. in. warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych. Należy jednocześnie podkreślić, że mimo użycia przez ustawodawcę wyrazu „pracownik” w treści powyższego przepisu, uprawnienie do równego traktowania w dostępie do zatrudnienia przysługuje również kandydatowi do pracy, tj. osobie, którą z danym pracodawcą nie łączy jeszcze stosunek pracy (Góral i Kuba 2017).

Jasnym jest, że źródłem nierównego traktowania może być właściwie jakiegokolwiek zróżnicowanie pozycji pracowników lub kandydatów do pracy, jeśli znajdują się w takiej samej lub podobnej sytuacji. Nie oznacza to jednak, że każda dyferencjacja stanowić będzie działanie bezprawne ze strony pracodawcy. W samym Kodeksie pracy, *in concreto* w art. 18^{3b} znajduje się szereg przesłanek, których spełnienie będzie tożsame z nienaruszeniem zasady równego traktowania. Swego rodzaju uogólnienie dla tych przesłanek stanowi, skądinąd słuszne, stanowisko prezentowane w doktrynie, że „dyferencjacja sytuacji prawnej pracownika może być usprawiedliwiona uzasadnioną cechą relewantną, kryterium zaś różnicowania jest dozwolone, obiektywne i uzasadnione” (Tomaszewska 2020)¹³. Z kolei zagadnienie dyskryminacji przeważnie bywa łączone z nierównym traktowaniem, którego podłoże stanowią pewne cechy osobowe człowieka¹⁴.

W związku z powyższym należy spróbować udzielić odpowiedzi na pytanie, czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie, zasada równego traktowania może wpłynąć na obowiązek szczepień pracowników służby zdrowia. Nietrudno dojść do wniosku, że jeżeli obowiązek ten ma być respektowany, musi on być również sankcjonowany, szczególnie w kontekście nastrojów społecznych związanych z pandemią oraz podejściem negującym lub bagatelizującym zagrożenie, prezentowanym przez dość duże grupy społeczne. Samo rozporządzenie wprowadzające obowiązek szczepień przeciw COVID-19 ani ustawa

¹³ Tak również wyrok TK z 16.12.1997 r., K 8/97, OTK 1997/5–6, poz. 70.

¹⁴ Jako nieistotny dla treści niniejszego artykułu pominięty został problem rzekomego zrównania przez ustawodawcę w roku 2019 pojęcia dyskryminacji z każdym nieuzasadnionym obiektywnymi przyczynami nierównym traktowaniem poprzez nowelizację wprowadzoną ustawą z dnia 16 maja 2019 r. o zmianie ustawy - Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r. poz. 1043).

stanowiąca dlań podstawę nie dają pracodawcy narzędzi do egzekwowania tego obowiązku. Tym samym koniecznym wydaje się sięganie po ogólne instytucje z zakresu prawa pracy, umożliwiające podjęcie pracodawcy odpowiednich działań i wyciągnięcie ewentualnych konsekwencji wobec pracownika, takich jak zastosowanie kar porządkowych, niedopuszczenie do pracy bez zachowania prawa do wynagrodzenia, zmiana warunków pracy czy wręcz wypowiedzenie stosunku pracy lub jego rozwiązanie ze skutkiem natychmiastowym w tzw. trybie dyscyplinarnym. I w tym kontekście pojawia się podstawowa wątpliwość, tj. czy pracodawca może sięgać po wspomniane narzędzia, uzasadniając ich użycie niezastosowaniem się przez pracownika do wprowadzonego obowiązku szczepień.

Ratio legis

Przed przejściem do charakterystyki poszczególnych instytucji prawa pracy należy dokonać analizy, czy w ogóle uzasadnione jest wprowadzenie obowiązkowych szczepień dla pracowników służby zdrowia. Wniosek z tejże analizy pozwoli na sformułowanie puenty, czy w omawianym zakresie przedmiotowym generalnie możliwe jest mówienie o jakimkolwiek umotywowaniu czy obiektywizmie.

Odnosząc się do wspomnianego już, istniejącego przed pandemią wirusa Sars-CoV-2 obowiązku szczepień, szczepienia te były realizowane w znacznej części według kalendarza szczepień u dzieci i młodzieży do 19. roku życia. Jednak w kontekście niniejszego artykułu szczególnego podkreślenia wymaga fakt, że podlegały im również osoby szczególnie narażone na zachorowanie, czyli właśnie pracownicy ochrony zdrowia, służby weterynaryjne czy studenci uczelni medycznych. Szczególną uwagę przykuwa jedna z przesłanek podmiotowych dotyczących obowiązku szczepienia prewencyjnego przeciwko WZW typu B. Okazuje się bowiem, że wszystkie osoby wykonujące zawód medyczny, a które są jednocześnie narażone na zakażenie, muszą się poddać temu obowiązkowi, o ile nigdy wcześniej nie zostały zaszczepione przeciw wirusowemu zapaleniu wątroby typu B, chociażby jako dziecko. Nie jest więc ewenementem to, że pracownicy służby zdrowia podlegają innym zasadom niż pracownicy innych grup zawodowych.

Natomiast w kontekście regulacji covidowych, w uzasadnieniu do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2021 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii, którym to rozporządzeniem wprowadzono po raz pierwszy

do polskiego systemu prawnego obowiązek szczepień przeciw COVID-19, wskazano powody wytypowania tej konkretnej grupy zawodowej do poddania się szczepieniom. Oprócz ogólnego wskazania, że szczepienia są metodą prewencyjną zarówno indywidualną jak i zbiorową, prawodawca sprecyzował, że konieczne jest wdrożenie działań profilaktycznych w odniesieniu do grup osób mających bezpośredni kontakt z pacjentami przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych. W uzasadnieniu znalazło się również stwierdzenie, że wskazane grupy zawodowe są strategiczne z punktu widzenia działania państwa w czasie pandemii, jako że odpowiadają za funkcjonowanie systemu ochrony zdrowia.

Trudno się nie zgodzić z przytoczoną argumentacją. Podstawowym *ratio legis* wprowadzonego obowiązku szczepień przeciwko COVID-19 jest ochrona zdrowia i życia ludzi. Zdaje się, że ustawodawca wyszedł ze słusznego założenia, że w miejscach takich jak podmioty wykonujące działalność leczniczą czy apteki ogólnodostępne spotyka się ludzi z różnymi dolegliwościami – od tych, którzy faktycznie są nosicielami wirusa Sars-CoV-2, przez tych z chorobami współistniejącymi czy nawet zwykłym, okresowym obniżeniem odporności – które to czynniki podwyższają ryzyko zachorowania czy cięższego przebiegu koronawirusa. Rolą państwa natomiast jest ryzyko to zmniejszać lub, w miarę możliwości, eliminować. Poza tym bez wątplenia to pracownicy służby zdrowia odpowiadają za funkcjonowanie kluczowego obszaru działalności państwa w trakcie pandemii, tj. sektora ochrony zdrowia. Nie można pozostawać obojętnym wobec faktu, że zakłady pracy prowadzące inny rodzaj działalności również ponoszą szkodę w obliczu braku prewencji w postaci chociażby właśnie szczepień ochronnych, natomiast w służbie zdrowia wydaje się to szczególnie dotkliwe. Straty w innych obszarach (na przykład społeczne czy finansowe) są dotkliwe, ale z pewnością nie tak poważnie jak zagrożenie dla zdrowia i życia ludzi w całym państwie.

Z przywołanym zagadnieniem wiąże się z jednej strony konieczność utrzymania ciągłości świadczeń zdrowotnych, a z drugiej strony – zachowania do nich dostępu. W czasie pandemii wizje kilkudniowego przestoju na skutek kwarantanny pracowników jednego działu w zakładzie produkcyjnym czy zajęć szkolnych lub akademickich w formule zdalnej nie budziły większego zdziwienia, natomiast brak dostępności lekarzy mogących udzielić pomocy

medycznej powodował już gwałtowny sprzeciw, niezrozumienie oraz strach¹⁵. Niemożliwym jest sytuacja, w której szpital po prostu nie funkcjonuje czy mimo jego ciągłego działania brakuje w nim lekarzy mogących zająć się pacjentami. Dostęp do świadczeń zdrowotnych jest kwestią zasadniczą z perspektywy ochrony praw pacjenta – zgodnie z art. 6 ustawy o prawach pacjenta¹⁶ pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej, a w sytuacji ograniczonych możliwości udzielenia odpowiednich świadczeń zdrowotnych do przejrzystej, obiektywnej, opartej na kryteriach medycznych, procedury ustalającej kolejność dostępu do tych świadczeń. Warto podkreślić, że nie dotyczy ona wyłącznie pacjentów zmagających się z wirusem Sars-CoV-2, lecz również tych cierpiących na inne schorzenia. W trakcie pandemii miał miejsce szereg zdarzeń, które uwidoczniły problem braków kadrowych w zawodach medycznych – chociażby kwestia wypełniania luk przez studentów wyższych lat kierunków medycznych¹⁷ czy oddelegowywanie pracowników¹⁸ z oddziałów „niecovidowych” do „covidowych” z uwagi na krytyczny stan wielu pacjentów. Oczywiście, dzięki temu pacjenci „covidowi” otrzymali nad wyraz potrzebną im pomoc, natomiast niejako rykoszetem ucierpieli na tym chorzy z innymi dolegliwościami. Przede wszystkim wskazać należy osoby, które w danym momencie nie kwalifikowały się jako tzw. „pilny przypadek”, ale wczesne wykrycie choroby mogło ich uchronić przed poważnymi konsekwencjami (na przykład w przypadku pacjentów onkologicznych). Nie można również zapominać o wydłużających się kolejkach do specjalistów, przełożonych wizytach czy nawet operacjach, jak i odkładanych przez wielu pacjentów z chorobami przewlekłymi konsultacji u swoich lekarzy, z którymi powinni być w stałym kontakcie.

¹⁵ W 2020 r. Fundacja My Pacjenci przeprowadziła badanie, w którym aż 80% ankietowanych odpowiedziało, że dostęp do lekarza w sprawach niezwiązanych z koronawirusem jest utrudniony. Mimo że 44,6% badanych odpowiedziało, że rozumie powagę sytuacji i spokojnie czeka na możliwość odbicia wizyty, to prawie 20% wyraziło niepokój o zdrowie swoje lub osoby bliskiej, 14,4% czuło się niepewnie z uwagi na brak informacji o dalszych działaniach w służbie zdrowia, 5,4% zmanifestowało złość lub rozżalenie, a 3,5% bezradność lub bezsilność.

¹⁶ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. 2009 nr 52 poz. 417).

¹⁷ 26 marca 2021 r. Ministerstwo Zdrowia skierowało do rektorów uczelni medycznych pismo, w którym zwróciło się z prośbą o utworzenie list chętnych studentów 5. i 6. roku kierunków medycznych, by mogli być oni skierowani przez wojewodów do pracy przy zwalczaniu epidemii. Podstawą dla takiego działania jest art. 47 ust. 15 pkt 1 u.z.z.z.

¹⁸ Podstawą takiego działania jest art. 47 ust. 1 u.z.z.z., zgodnie z którym „pracownicy podmiotów leczniczych, osoby wykonujące zawody medyczne oraz osoby, z którymi podpisano umowy na wykonywanie świadczeń zdrowotnych, mogą być skierowaniu do pracy przy zwalczaniu epidemii”. Zgodnie z ust. 2 przywołanego przepisu skierowanie takie następowało w drodze decyzji.

Autorzy chcą jednocześnie podkreślić, że w momencie prac nad artykułem na stronie Sejmu RP widnieje poselski projekt ustawy o szczególnych rozwiązaniach zapewniających możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w czasie epidemii COVID-19¹⁹. Oprócz ogólnych kwestii prawnopracowniczych, tj. dotyczących stosunku pracy między dowolnym pracodawcą a pracownikiem, znajduje się w nim również *lex specialis* dotyczący podmiotów wykonujących działalność leczniczą. Zgodnie z nim kierownik takiego podmiotu może nałożyć obowiązek zaszczepienia się przeciwko COVID-19 na jego pracowników oraz osoby pozostające w stosunku cywilnoprawnym z tym podmiotem, jeżeli nie ma przeciwwskazań do szczepienia w zakresie ich stanu zdrowia. Według uzasadnienia do projektu chodzi o wszystkie osoby pracujące w podmiocie, a nie tylko wykonujące świadczenia zdrowotne. Jak argumentują projektodawcy, proponowane rozwiązanie „*związane jest niewątpliwie ze specyfiką wykonywanej pracy przez zatrudnionych w podmiotach wykonujących działalność leczniczą. Osoby te wykonują pracę w miejscu, w którym ryzyko zarażenia wirusem Sars-CoV-2 jest bardzo wysokie*”. Nie jest to oczywiście ustawa obowiązująca, natomiast może stanowić pewną wskazówkę interpretacyjną, że prawodawca dąży do nadania pracodawcom coraz to szerszych uprawnień w zakresie przeciwdziałania pandemii.

Ogólna analiza prowadzi więc do konstatacji, że bycie pracownikiem służby zdrowia wiąże się ze szczególnymi uregulowaniami oraz statusem, który może wymagać dostosowania się do przepisów ochronnych o podwyższonym rygorze. Pracownicy służby zdrowia muszą liczyć się z faktem, iż ustawodawca bierze pod uwagę nie tylko ich indywidualny interes, ale i interes całego społeczeństwa²⁰.

Jako że przedmiotowy temat stanowi obszerne zagadnienie, uwaga autorów pozostanie skupiona wokół pracodawców będących podmiotami wykonującymi działalność leczniczą oraz osób wykonujących zawód medyczny.

¹⁹ <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1846>

²⁰ Argumentacja ta zdaje się mieć swoje uzasadnienie również w innych krajach Unii Europejskiej. W komunikacie prasowym nr 42/2022 z dnia 19 maja 2022 r. niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny poinformował, że odrzucił skargę pracowników ochrony zdrowia w sprawie niekonstytucyjności obowiązku szczepienia przeciw COVID-19 - orzekł, że nie narusza on wolności zawodowej, bo jego celem jest ochrona osób o obniżonej odporności przed zarażeniem. Zdaniem FTK osoby wykonujące zawody medyczne ponoszą szczególną odpowiedzialność wobec osób, które leczą i którymi się opiekują.

SZCZEPIENIA PRZECIW COVID-19 A PRAWO PRACY

Nawiązanie stosunku pracy

Jak zostało to już powyżej zaakcentowane, wyrażona w Kodeksie pracy zasada równego traktowania obejmuje swoim zastosowaniem etap jeszcze sprzed nawiązania stosunku pracy, tj. fazę rekrutacji. Tym samym kandydaci do pracy nie mogą być różnicowani z powodu nieuzasadnionych, nieproporcjonalnych i nieobiektywnych przyczyn. Zanim jednak dojdzie do różnicowania sytuacji kandydatów do pracy z uwagi na fakt zaszczepienia lub nie, pracodawca musi w jakiś sposób powziąć informację w tym zakresie. Wśród przepisów stanowiących podstawę prawną do wprowadzenia obowiązku szczepień przeciw COVID-19 brak jest norm poświęconych temu zagadnieniu, co oznacza konieczność sięgnięcia po przepisy ogólne prawa pracy.

I tak, w przypadku osoby ubiegającej się o zatrudnienie pracodawca ma obowiązek zażądać określonych w art. 22¹ § 1 Kodeksu pracy danych osobowych, czyli imienia (imion) i nazwiska, daty urodzenia, danych kontaktowych wskazanych przez taką osobę, a także, o ile jest to niezbędne do wykonywania pracy określonego rodzaju lub na określonym stanowisku, danych dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz przebiegu dotychczasowego zatrudnienia. Wśród tego enumeratywnego katalogu danych osobowych brak jest informacji o stanie zdrowia, do których bezsprzecznie należy zaliczyć informację o zaszczepieniu²¹. Oznacza to, że koniecznym będzie w tym przypadku zastosowanie normy zawartej w art. 22¹ § 4 Kodeksu pracy, zgodnie z którym pracodawca żąda od kandydata podania innych danych osobowych niż wyżej określone, gdy jest to niezbędne do zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa.

W analizowanym przypadku pracodawca może zgodnie z prawem zażądać informacji o zaszczepieniu. Obowiązek wykonania szczepienia dotyczy pracowników służby zdrowia, a więc stanowi warunek dopuszczenia do rzeczywistego wykonywania zawodu w podmiocie wykonującym działalność leczniczą, a właściwie warunek dopuszczenia do stanowiska pracy. Tym samym dla pracodawcy będącego takim podmiotem informacja o zaszczepieniu staje się niezbędna w zakresie możliwości prowadzenia działalności leczniczej. Taka wykładnia jest też zgodna z przepisami Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie

²¹ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 9.01.2020 r., II SA/Wa 1302/19, LEX nr 2785384.

ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych (dalej jako „RODO”)²², *in concreto* mieści się w hipotezie art. 9 ust. 2 lit. g), h) oraz j), które to stanowią wyjątki od zakazu przetwarzania danych wrażliwych, w tym danych o stanie zdrowia. Można raczej bez większych wątpliwości uznać, że taka informacja mieści się zarówno w pojęciu ważnego interesu publicznego, profilaktyki zdrowotnej, jak i interesu publicznego w dziedzinie zdrowia publicznego.

Po ustaleniu, że pracodawca dysponuje możliwością zażądania takiej informacji, należy w dalszej kolejności stwierdzić, czy w następstwie powzięcia wiadomości o niezaszczepieniu osoby ubiegającej się o zatrudnienie jest on uprawniony do uznania tego za kryterium warunkujące nawiązanie stosunku pracy. W tym przypadku argumentacja będzie zbliżona do możliwości zażądania stosownych danych o zaszczepieniu. Sam obowiązek zaszczepienia powstaje po stronie pracownika, co samo w sobie stanowi oczywistość. Ciężko bowiem wyobrazić sobie, aby pracodawca był uprawniony czy wręcz zobowiązany do „zmuszenia” pracownika do poddania się szczepieniu bez wyraźnej podstawy prawnej. Tak jednak głównym celem scharakteryzowanych powyżej podmiotów będących pracodawcami jest wykonywanie działalności leczniczej. Mimo że obowiązek zaszczepienia leży po stronie pracownika, to zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 3 u.d.l. na pracodawcy w postaci podmiotu leczniczego spoczywa obowiązek zapewnienia, że świadczeń zdrowotnych udzielają wyłącznie osoby wykonujące zawód medyczny oraz spełniające wszelkie wymagania zdrowotne. Tylko taka osoba może zostać dopuszczona do stanowiska pracy. Powyższe oznacza, że pracodawca, będący podmiotem leczniczym w rozumieniu tych przepisów, dysponuje uprawnieniem do weryfikowania stanu zdrowia pracownika, ponieważ w przeciwnym razie nie byłby w stanie realizować własnego obowiązku ustawowego. Należy wskazać, że uprawnienie to nie wynika wprost z Kodeksu pracy, a z przepisów szczególnych dotyczących prowadzenia podmiotów leczniczych. Jest to wręcz warunek prowadzenia działalności leczniczej. Oznacza to, że zatrudnienie osoby, która nie spełnia wszystkich prawnych obowiązków w tym zakresie staje się dla pracodawcy bezcelowe. Tym samym zasadna jest weryfikacja kwestii szczepień u kandydata.

Można więc stwierdzić, że powyżej wskazany obowiązek prawny spoczywający na pracodawcy stanowi obiektywną przyczynę uzasadniającą odmienne traktowanie osób ubiegających się o zatrudnienie. Uwzględnienia wymaga w tym przypadku również dbałość o ważny interes publiczny w postaci

²² Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 119, str. 1 z późn. zm.

zdrowia publicznego oraz uzasadniony interes pracodawcy w postaci możliwości prowadzenia działalności leczniczej. Rekapitułując, podmiot leczniczy mając na jedno miejsce dwóch kandydatów ubiegających się o zatrudnienie, jednego zaszczepionego, a drugiego nie, może zatrudnić osobę zaszczepioną, wskazując jako jedyną przyczynę brak zaszczepienia przeciw COVID-19 drugiego kandydata. Zdaniem autorów niniejszego opracowania, taki pracodawca nie naraża się na jakąkolwiek odpowiedzialność prawnopracowniczą w następstwie takiego działania.

Czas trwania stosunku pracy

Przed przejściem do analizy możliwości podjęcia określonych działań przez pracodawcę wobec osoby posiadającej już przymiot pracownika, zaznaczenia wymaga fakt, że sytuacja prawna jest analogiczna jak przy fazie rekrutacji – tutaj również brak jest przepisu szczególnego.

Ponownie należy zacząć od problematyki przetwarzania danych osobowych. Żeby możliwe było w ogóle podniesienie kwestii nierównego traktowania w związku z obowiązkiem szczepień przeciw COVID-19, pracodawca musi wpieryw pozyskać stosowną informację w tym zakresie. Jak już wspomniano, samo rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego statuuje jedynie obowiązek posiadania tzw. unijnego certyfikatu „covidowego”; nie wprowadza jednak obowiązku udostępnienia go pracodawcy przez pracownika ani uprawnienia domagania się takiego udostępnienia przez pracodawcę. Konieczne jest ponowne sięgnięcie do art. 22¹ § 4 Kodeksu pracy. Mimo tego, że mowa jest o osobie już zatrudnionej, do której sporządzono w § 3 tego przepisu odrębny katalog udostępnianych danych osobowych, również na tej liście próżno szukać podstawy prawnej dla zażądania dowodu zaszczepienia. Stąd zastosowanie znajdzie instytucja z § 4, pozwalająca (czy wręcz nakazująca) pracodawcy żądać podania innych danych osobowych niż określone w tym katalogu, gdy jest to niezbędne do zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa. Również w tej sytuacji obowiązkiem leżącym po stronie pracodawcy będzie nakaz z art. 17 ust. 1 pkt 3 u.d.l., pozostający w ścisłym związku z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego. Skoro bowiem obowiązkiem pracownika jest poddanie się szczepieniu, a obowiązkiem pracodawcy dopuszczenie do pracy jedynie tych pracowników, którzy spełniają wszelkie prawne wymogi w zakresie zdrowia,

to obowiązek weryfikacji w rzeczywistości obciąża pracodawcę. Tym samym korelacja obu tych przepisów stanowi dla pracodawcy podstawę prawną do żądania dowodu zaszczepienia od pracownika.

Przyjmując, że pracodawca jest już w posiadaniu informacji o statusie zaszczepienia swoich pracowników, kolejnym krokiem jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy staje się on uprawniony do różnicowania sytuacji pracowników na tej podstawie. Przede wszystkim należy stwierdzić, że profilaktyczne i prewencyjne wymagania zdrowotne nie są również niczym szczególnie nowym w sektorze ochrony zdrowia. Mając na uwadze opisany już obowiązek pracodawcy wynikający z art. 17 ust. 1 pkt 3 u.d.l., warto również wskazać, że pracodawca na podstawie samego Kodeksu pracy, *in concreto* art. 15 w zw. z art. 207, jest zobowiązany do ochrony zdrowia i życia pracowników poprzez zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. Natomiast podstawowym obowiązkiem pracownika z art. 211 Kodeksu pracy jest przestrzeganie przepisów i zasad BHP. Za niestosowanie się przez pracownika do tych obowiązków, na podstawie art. 108 § 1 Kodeksu pracy, pracodawcy przysługuje prawo do posłużenia się sankcją upomnienia lub nagany, a nawet kary pieniężnej. Wydaje się, że w zakresie tej konstrukcji prawnej znajdzie się także niepoddanie się obowiązkowemu szczepieniu. Walka ze skutkami pandemii stanowi sytuację nadzwyczajną, tak więc należy zgodzić się z twierdzeniem, że wówczas „zadaniem pracodawcy jest poszukiwanie optymalnych rozwiązań służących ochronie życia i zdrowia pracowników” (Głądoch 2020, s. 6). W związku z tym zastosowanie środków w postaci kar porządkowych stanowi rozwiązanie proporcjonalne, adekwatne i uzasadnione.

Z kolei zgodnie z art. 80 Kodeksu pracy wynagrodzenie przysługuje za pracę wykonaną. Za czas niewykonywania pracy pracownik zachowuje prawo do wynagrodzenia tylko wówczas, gdy przepisy prawa pracy tak stanowią. Przepis ten daje wyraz wzajemnemu charakterowi stosunku pracy, uzupełniając normę wyrażoną w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, zgodnie z którą przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem (Stelina 2018). Co prawda ekwiwalentność stosunku pracy nie polega ze strony pracodawcy jedynie na wypłacie wynagrodzenia, ale również na zobowiązaniu się do zatrudnienia pracownika i dopuszczaniu go do pracy, tak jednak słusznie wskazuje A.M. Świątkowski, że taka konstrukcja prawna „jest korygowana przez ochronne przepisy prawa pracy” (Świątkowski 2016, s. 7-27). Zdaniem autorów niniejszej publikacji

regulacją ochronną, umożliwiającą pracodawcy niedopuszczenie do pracy osoby niezaszczepionej w analizowanej kwestii, będzie relacja art. 211 Kodeksu pracy w zw. z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego z art. 17 ust. 1 pkt 3 u.d.l. Dotychczasowe rozważania pozwalają dojść do jednoznacznego wniosku, że pracodawca będący podmiotem wykonującym działalność leczniczą nie ma możliwości dopuszczenia do pracy osoby niezaszczepionej, przynajmniej w zakresie udzielania samych świadczeń zdrowotnych. Obowiązek niedopuszczenia do pracy wynika w tym przypadku z samych przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Tym samym zachowanie pracownika nie będzie podlegało ochronie przewidzianej w art. 81 § 1 Kodeksu pracy, dzięki której pracownikowi w razie przestoju w zakładzie pracy przysługuje prawo do wynagrodzenia, o ile sam nie ponosi winy za wywołany przestój. Sąd Najwyższy, zajmując się nieco innym zagadnieniem, w wyroku z dnia z dnia 23 września 2004 r., sygn. akt I PK 541/03, uznał, że odmowa poddania się kontrolnym badaniom lekarskim „uzasadnia niedopuszczenie pracownika do pracy bez zachowania prawa do wynagrodzenia, gdy jedyną przyczyną tej odmowy są okoliczności leżące po stronie pracownika”²³. Wyrażając aprobatę dla takiej wykładni, należy jednocześnie dostrzec pewną analogię wobec komentowanego problemu. Niepodporządkowanie się przez pracownika podmiotu wykonującego działalność leczniczą do prawnego obowiązku szczepień również stanowi okoliczność wyłączną leżącą po stronie pracownika. Konkludując – pracodawca w takiej sytuacji może nie dopuścić niezaszczepionego pracownika do pracy i jednocześnie zaprzestać na ten czas wypłaty wynagrodzenia. Jeżeli pracodawca zdecyduje się na ten krok, pracownik nie będzie mógł go następnie dochodzić. Odzyska do niego prawo dopiero w momencie zaszczepienia, jednak bez możliwości żądania wynagrodzenia już utraconego przez niedopuszczenie do pracy na skutek niezaszczepienia.

Na zakończenie tego wątku, należy zgodzić się z komunikatem Ministerstwa Zdrowia²⁴, w którym stwierdzono, że pracodawca uprawniony jest „organizować pracę tak, by osoba niezaszczepiona wykonywała pracę w sposób nie stwarzający zagrożenia ewentualnego zakażenia wirusem SARS-CoV-2 innych osób (innych pracowników lub osób, w odniesieniu do których prowadzona jest działalność pracodawcy)”. Jasną podstawę prawną w tej kwestii ponownie stanowią kodeksowe przepisy poświęcone bezpieczeństwu

²³ Wyrok SN z 23.09.2004 r., I PK 541/03, OSNP 2005, nr 7, poz. 94.

²⁴ <https://www.gov.pl/web/zdrowie/obowiazek-szczepienia-sluzb-medycznych>

i higienie pracy. *In concreto* będzie to art. 207 § 2 pkt 1 Kodeksu pracy, który w połączeniu z wcześniejszymi rozwiązaniami tworzą pełny obraz prawny opisywanej sytuacji.

Rozwiązanie stosunku pracy

Mając na uwadze tak często podkreślany w niniejszym tekście obowiązek pracodawcy, będącego podmiotem prowadzącym działalność leczniczą, wynikający z art. 17 ust. 1 pkt 3 u.d.l., niejedynemu pracodawca może dojść do konkluzji, że dalsze zatrudnianie osoby, która nie zamierza poddać się obowiązkowi szczepienia przeciw COVID-19, pozbawione jest sensu. Jednak czy z taką osobą można rozwiązać umowę o pracę, wskazując jako przyczynę niepoddanie się szczepieniu? Zdaniem autorów odpowiedź jest twierdząca. Przyjmując bowiem, że obowiązek zaszczepienia przynależy do otwartego katalogu z art. 211 Kodeksu pracy, stanowi on jednocześnie podstawowy obowiązek pracownika. Niemożność dopuszczenia takiej osoby do pracy wskutek niezrealizowania obowiązku prawnego przez pracownika na nim ciążącego stanowi w tym przypadku uzasadnioną przyczynę rozwiązania umowy o pracę za wypowiedzeniem w myśl przepisów Kodeksu pracy jako złamanie podstawowego obowiązku pracowniczego. Zbliżone stanowisko wyraża I. Kaczorowska-Kossowska stwierdzając, że „skoro bowiem mamy do czynienia z obowiązkiem prawnym dotyczącym warunku wykonywania pracy, niezastosowanie się do tego obowiązku może stanowić co najmniej przesłankę utraty zaufania do pracownika” (Kaczorowska-Kossowska 2022).

Idąc jednak krok dalej, zasadnym zdaje się stwierdzenie, że w skrajnym przypadku możliwe jest również rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia, tj. w tzw. trybie dyscyplinarnym, na podstawie art. 52 § 1 pkt 1 Kodeksu pracy. W takiej sytuacji pracodawca byłby jednak obowiązany do wykazania ciężkiego stopnia naruszenia obowiązku pracowniczego. Z pewnością pracodawca musi wtedy działać ostrożnie i z zachowaniem proporcji niezbędnych w danych okolicznościach, które powinny uzasadniać tak radykalne działanie. Nie można jednak wykluczyć zastosowania tej instytucji w szczególnych okolicznościach, mając na uwadze fakt, jakiej grupy zawodowej dotyczy omawiany obowiązek oraz jak niebezpieczne mogą okazać się w praktyce skutki albo niezastosowania się danego pracownika do obowiązku zaszczepienia przeciw COVID-19 albo konieczności odsunięcia takiej osoby od pracy. Wydaje się, że aby możliwym było zastosowanie instytucji rozwiązania umowy o pracę bez zachowania okresu wypowiedzenia, poza samym niedochowaniem obowiązku

zaszczepienia, koniecznym byłoby wykazanie dotkliwych następstw takiego działania pracownika.

PODSUMOWANIE

Zdaniem autorów niniejszej pracy nie ulega wątpliwości, że zakres uprawnień pracodawcy związanych z obowiązkowym szczepieniem przeciw COVID-19 jest szeroki. Odpowiedź na większość nasuwających się na myśl pytań ma swoje uzasadnienie w Kodeksie pracy oraz ustawach szczególnych regulujących sektor ochrony zdrowia. Jak zostało wykazane w przeprowadzonej analizie, zakres znajduje więc umotywowanie w obowiązujących przepisach.

Szczepienie przeciw COVID-19 nie ma charakteru dobrowolnego, lecz obowiązkowy. Tym samym, zdaniem autorów niniejszej pracy, dyskusja na temat tego, czy szczepienie pracownika jest wyrazem jego autonomicznej woli i należy je rozpatrywać z perspektywy praw człowieka, *in concreto* pacjenta, staje się bezprzedmiotowa. Pracodawca zyskał szereg instrumentów, którymi może się posługiwać, by ten prawny obowiązek egzekwować. Potwierdza to nawet wykładnia autentyczna samego Ministerstwa Zdrowia, zgodnie z którą na gruncie Kodeksu pracy możliwe jest: żądanie przez pracodawcę złożenia oświadczenia o realizacji obowiązku poddania się szczepieniu przeciwko COVID-19 pracownika; wprowadzenie przez pracodawcę zmian w organizacji pracy pracownika, który się nie poddał takiemu szczepieniu; rozwiązanie przez pracodawcę stosunku pracy z pracownikiem, który nie poddał się takiemu szczepieniu. Jednocześnie każdorazowo wymagane jest od pracodawcy, by zachował zgodność z zasadą równego traktowania i to przez jej pryzmat podejmował wszelkie działania. Wydaje się to jak najbardziej uzasadnione, jako że w tak newralgicznej kwestii prawidłowym postępowaniem jest kierowanie się nie tylko przesłankami obiektywnymi (instytucjami prawa pracy) jak i subiektywnymi (zasada równego traktowania, zakaz dyskryminacji). Pozwala to na uniknięcie podejmowania skrajnie formalistyczno-legalistycznych decyzji, które mogłyby *de facto* doprowadzić do silnego poczucia niesprawiedliwości ze strony pracowników. Autorzy niniejszego opracowania pragną podkreślić, że pracodawca powinien w rozsądny sposób ocenić zagrożenie wynikające z braku zaszczepienia się pracownika, następnie – jeśli istnieje groźba zmaterializowania się tego zagrożenia – w pierwszej kolejności sięgnąć po miękkie sposoby perswazji, na przykład upomnienie, a dopiero potem inne środki, takie jak niezapłacenie wynagrodzenia, zmiana warunków pracy i płacy oraz, jako *ultima ratio*, rozwiązanie stosunku pracy.

Reasumując, nie wydaje się, by egzekwowanie uprawnień w związku z obowiązkowymi szczepieniami przeciwko COVID-19 w oparciu o przepisy Kodeksu pracy narażało pracodawcę na jakąkolwiek odpowiedzialność. Regulacja obowiązku szczepień w akcie prawnym o randzie rozporządzenia na podstawie prawidłowej delegacji ustawowej (tj. wskazującej właściwy organ do wydania rozporządzenia, zakres spraw przekazanych do uregulowania oraz wytyczne dotyczące treści) stanowi należyte uzasadnienie dla działań różnicujących przez pracodawcę. Jeśli wprowadzone różnicowanie jest uzasadnione ze względu na potrzebę ochrony określonych dóbr czy wartości oraz proporcjonalne, nie może być mowy o nierównym traktowaniu czy dyskryminacji. Wręcz przeciwnie - wydaje się, że państwo wręcz ceduje część obowiązków kontrolnych na swoich obywateli, dlatego też pracodawcy zostali zaangażowani w egzekwowanie wykonania obowiązku szczepienia ochronnego przeciw COVID-19.

BIBLIOGRAFIA

Źródła prawne i orzecznictwo

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

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 18 sierpnia 2011 r. w sprawie obowiązkowych szczepień ochronnych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 753 z późn. zm.).

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 340).

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 maja 2022 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz. U. z 2022 r. poz. 1028).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 119, str. 1 z późn. zm.).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/953 z dnia 14 czerwca 2021 r. w sprawie ram wydawania, weryfikowania i uznawania interopetacyjnych zaświadczeń o szczepieniu, o wyniku testu i o powrocie do zdrowia w związku z COVID-19 (unijne cyfrowe zaświadczenie COVID) w celu ułatwienia swobodnego przemieszczania się w czasie pandemii COVID-19 (Dz. Urz. UE L 211 z 15.06.2021, str. 1, z późn. zm.).

Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2069 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. 2009 nr 52 poz. 417).

Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1977 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2011 r. poz. 654 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 16 maja 2019 r. o zmianie ustawy - Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r. poz. 1043).

Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U. z 2018 r. poz. 1668 z późn. zm.).

Wyrok SN z 23.09.2004 r., I PK 541/03, OSNP 2005, nr 7, poz. 94

Wyrok TK z 16.12.1997 r., K 8/97, OTK 1997/5–6, poz. 70.

Wyrok WSA w Warszawie z 9.01.2020 r., II SA/Wa 1302/19.

Literatura

Gładoch M.

2020 *Prawo pracodawcy do kontroli pracowników w związku z zagrożeniem COVID-19*, PiZS, nr 7.

Góral Z., Kuba M.

2017 *Zakres podmiotowy zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu* [w:] Z. Góral, M. Kuba, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu pracowniczym*, Warszawa.

Gruza M., Hordyjewicz T.

2014 *Klasyfikacja zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy. Tworzenie i stosowanie*. Warszawa.

Kaczorowska-Kossowska I.

2022 *Obowiązek szczepień przeciwko COVID-19 w sektorze ochrony zdrowia*, LEX/el., Warszawa.

Stelina J.

2018 *art. 22 [w:] Kodeks pracy. Komentarz*, red. A. Sobczyk, Legalis, Warszawa.

Świątkowski A.M.

2016 *Roszczenie o dopuszczenie do pracy w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, PS, nr 2, s. 7-27.

Tomaszewska M.

2020 *art. 18(3(a)) [w:] Kodeks pracy. Komentarz. Tom I. Art. 1-113*, wyd. V, red. K. W. Baran, Warszawa.

Netografia

Główny Inspektorat Sanitarny

Komunikat „Szczepienia ochronne”, <https://www.gov.pl/web/gis/szczepienia-obowiazkowe>

Federalny Trybunał Konstytucyjny (niem. Bundesverfassungsgericht)

2022 Komunikat prasowy 42/2022, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/bvg22-042.html#xd_co_f=ZTc3OTc0YzItYmM3My00NTFkLTliYWMT-MzllNmQ4MwVIZGM0-

Fundacja My Pacjenci

2020 „Pacjenci w pandemii – wyniki ogólnopolskiego badania opinii”, <https://mypacjenci.org/pacjenci-w-pandemii/>

Ministerstwo Zdrowia

2022 *Komunikat „Obowiązek szczepienia służb medycznych”*, <https://www.gov.pl/web/zdrowie/obowiazek-szczepienia-sluzb-medycznych>

Poselski projekt ustawy o szczególnych rozwiązaniach zapewniających możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w czasie epidemii COVID-19, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1846>

World Health Organization

News “14.9 million excess deaths associated with the COVID-19 pandemic in 2020 and 2021”, <https://www.who.int/news/item/05-05-2022-14.9-million-excess-deaths-were-associated-with-the-covid-19-pandemic-in-2020-and-2021>

TESTAMENT NOTARIALNY OSOBY NIEPEŁNOSPRAWNEJ

WPROWADZENIE

Na tle zwykłych form oświadczenia woli *mortis causa* wyróżnia się testament notarialny ze względu na sposób regulacji. W przepisach prawnych art. 950 Kodeksu cywilnego¹ ustawodawca zawarł lapidarne sformułowanie, iż ostatnia wola spadkodawcy może zostać utrwalona w formie aktu notarialnego. Toteż ustalenie wymogów formalnych warunkujących możliwość ważnego dokonania rozrządzeń testamentowych w formie aktu notarialnego, jak również nakreślenie przebiegu wspomnianej czynności notarialnej wymaga odwołania się do unormowań zawartych w ustawie z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie². Powołany akt normatywny nie formułuje – wprost – kryteriów, które powinien spełniać potencjalny testator zamierzający uregulować losy zgromadzonych dóbr majątkowych poprzez dokonanie dyspozycji majątkowych na wypadek śmierci w formie aktu notarialnego. Jednakże wspomniana ustawa zawiera szereg regulacji prawnych stanowiących czynniki istotnie oddziałujące na proces sporządzenia testamentu notarialnego osoby niepełnosprawnej. Aczkolwiek nie każdy rodzaj niepełnosprawności powoduje modyfikację w zakresie utrwalenia ostatniej woli w formie aktu notarialnego. W związku z powyższym, celem artykułu jest zaprezentowanie zależności zachodzących pomiędzy niepełnosprawnością testatora a procedurą sporządzenia testamentu notarialnego.

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.); dalej: KC.

² Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1192 ze zm.).

TESTAMENT NOTARIALNY

Sięgnięcie do prawa rzymskiego, w którym zaczęły pojawiać się pierwsze dogmatyczne definicje terminu „*testament*”, pokazuje iż już wtedy akt ostatniej woli był postrzegany jako oświadczenie woli spadkodawcy zawierające życzenia dotyczące tego, co powinno stać się po śmierci testatora (Zajadło 2013, s. 113; Kuryłowicz, Wiliński 2016, s. 146-147; Wołodkiewicz, Zabłocka 2016, s. 178-179)(*Digesta Justyniana* 28, 1, 1: „*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*”). Aktualnie obowiązujące polskie prawo spadkowe nie konstruuje definicji legalnej niniejszego pojęcia. W związku z tym, odpowiedzi odnośnie desygnatu przypisywanego testamentowi należy poszukiwać w doktrynie i judykaturze.

W piśmiennictwie dominuje stanowisko rozróżniające dwa znaczenia terminu „*testament*” (Skowrońska-Bocian 2020, s. 73). Po pierwsze, jest to dokument obejmujący ostatnią wolę testatora. Po drugie, jest to specyficzna czynność prawna (tzw. czynność testamentowa) (Borysiak, Osajda 2021, komentarz do art. 941 KC, Nb. 41), która wyróżnia się następującymi cechami: wyłączność, jednostronność, osobisty charakter, skuteczność *mortis causa*, sformalizowanie, odwołalność. Poza wskazanymi znaczeniami pojawiło się w literaturze interesujące stanowisko sytuujące testament jako sumę kilku czynności testamentowych, sumę kilku dokumentów albo sumę kilku czynności testamentowych i kilku dokumentów, a ponadto także innych czynności prawnych lub zachowań spadkodawcy (Gutowski 2022, komentarz do art. 941 KC, Nb. 6-10).

Polskie prawo spadkowe różnicuje formy oświadczenia woli *mortis causa* dokonując ich podziału na: zwykłe (art. 949-951 KC) oraz szczególne (art. 952-954 KC). Do pierwszej z wymienionych grup zalicza się testament notarialny. Tym, co wyróżnia go na tle pozostałych zwykłych form aktu ostatniej woli jest nietypowa metoda regulacji, która powoduje konieczność sięgnięcia do ustawy – Prawo o notariacie w celu ustalenia wymogów formalnych. W świetle obowiązującego prawa krąg podmiotów uprawnionych do sporządzenia aktu notarialnego obejmującego rozrządzenia testamentowe nie ogranicza się jedynie do notariusza. Mianowicie, powyższą kompetencją dysponuje również zatrudniony w kancelarii notarialnej zastępca notarialny, którego notariusz upoważnił do dokonania tej czynności notarialnej (art. 1 § 2 w zw. z art. 76a § 2 ustawy – Prawo o notariacie). Oprócz tego, jest dopuszczalne sporządzenie aktu notarialnego przez konsula, któremu Minister Sprawiedliwości udzielił pisemnego upoważnienia na wniosek ministra właściwego do spraw zagranicznych (Czubik 1997, s. 55) (art. 28 ust. 3 ustawy z dnia 25

czerwca 2015 r. – Prawo konsularne³). Aczkolwiek w piśmiennictwie występuje stanowisko przeciwne akcentujące ogólne brzmienie powołanej regulacji, które nie wyposaża wprost konsula w kompetencję sporządzenia testamentu notarialnego. Dodatkowo podkreśla się, iż wymóg uzyskania stosownego pisemnego upoważnienia czyni niemożliwym dokonanie rozrządzeń testamentowych przed konsulem (Cybuła, Załucki 2014, s. 119-120).

W ramach procedury sporządzenia testamentu notarialnego można wyróżnić dwa główne etapy tj. złożenie przez spadkodawcę oświadczenia woli na wypadek śmierci oraz sporządzenie przez notariusza aktu notarialnego stanowiącego wierne odzwierciedlenie ostatniej woli testatora. Jednakże wyrażenie oświadczenia woli przez spadkodawcę poprzedza realizacja przez notariusza następujących wymogów:

1. stwierdzenie tożsamości spadkodawcy (art. 85 ustawy – Prawo o notariacie),
2. ustalenie, czy testator posiada pełną zdolność do czynności prawnych (art. 86 ustawy – Prawo o notariacie), gdyż zgodnie z unormowaniami art. 944 § 1 KC zdolności testowania pozbawiono osoby nieposiadające zdolności do czynności prawnych oraz posiadające ograniczoną zdolność do czynności prawnych,
3. upewnienie się, że spadkodawca posiada *animus testandi* oraz oświadcza ostatnią wolę w sposób swobodny i świadomy (Załucki 2020, komentarz do art. 950 KC, Nb. 4).

Oprócz tego, przepisy art. 80 § 3 ustawy – Prawo o notariacie zobowiązują notariusza do udzielania niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności. Dopiero po wywiązaniu się przez notariusza z zasygnalizowanych obowiązków następuje złożenie przez spadkodawcę oświadczenia woli na wypadek śmierci. Potem jest ono ujmowane w formę aktu notarialnego z uwzględnieniem wymogów określonych w art. 92 § 1 powołanego aktu normatywnego. Przed złożeniem wymaganych prawem podpisów notariusz lub inna osoba w jego obecności odczytuje sporządzony akt notarialny. Dokonanie przedstawionej czynności notarialnej wieńczy otrzymanie przez testatora wypisu testamentu mającego moc prawną oryginału.

Doktryna nie wypracowała jednolitego stanowiska w kwestii skutków niezachowania wymogów formalnych przewidzianych w ustawie – Prawo o notariacie przy sporządzaniu testamentu. Niektórzy uważają, iż jakiegokolwiek

³ Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. – Prawo konsularne (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 823 ze zm.).

naruszenie unormowań powołanego aktu normatywnego skutkuje nieważnością testamentu notarialnego. Zaś inni akcentują konieczność różnicowania wspomnianych naruszeń. Toteż nie każde uchybienie przesądza o nieważności dokonanych rozrządzeń testamentowych w formie aktu notarialnego.

MIEJSCE SPORZĄDZENIA TESTAMENTU NOTARIALNEGO – UDOGODNIENIE DLA OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH?

Unormowania ustawy – Prawo o notariacie wyraźnie wskazują miejsce dokonania czynności notarialnej. W świetle przepisów art. 3 § 1 powołanego aktu normatywnego regułą jest dokonywanie wspomnianych czynności w kancelarii notarialnej. U podłoża tej zasady leży uzasadnienie aksjologiczne. Przede wszystkim działając w zakresie swoich kompetencji notariusz staje się osobą zaufania publicznego. Zaś dokonywanym przez niego czynnościom notarialnym przypisuje się walor dokumentu publicznego. Toteż ustawowe określenie miejsca dokonywania czynności notarialnych stanowi konsekwencję ich urzędowego charakteru, korzystania przez notariusza z przymiotu osoby zaufania publicznego oraz przyznanego mu zakresu ochrony⁴.

Przedstawiona reguła nie ma charakteru absolutnego. Tym samym jest dopuszczalne dokonanie czynności notarialnej w innym miejscu, o ile jest to uzasadnione charakterem czynności lub szczególnymi okolicznościami (art. 3 § 2 wspomnianego aktu prawnego). W przypadku obu powołanych przesłanek mamy do czynienia z wyjątkową, nieprzewidzianą sytuacją uniemożliwiającą dokonanie czynności notarialnej w sposób standardowy. Sposób interpretacji wyjątków od zasady z art. 3 § 1 ustawy – Prawo o notariacie wzbudza wątpliwości. W ramach doktryny wykształciły się w tym zakresie dwa stanowiska tj. restrykcyjne i liberalne. Pierwsze z nich optuje za wykładnią ścieśniającą. Zwolennikom niniejszego poglądu przypisuje się postulat ścisłego określenia zakresu pojęciowego przewidzianych w ustawie wyjątków, które umożliwiają uczynienie innego pomieszczenia niż kancelaria notarialna miejscem wykonania czynności notarialnej (Szereda 2022, komentarz do art. 3 ustawy – Prawo o notariacie, Nb. 4). Toteż ani notariusz, ani strony nie dysponują swobodą w zakresie przestrzennego umiejscowienia czynności notarialnej⁵. Ustawodawca pozbawił ich możliwości wyboru dogodnego dla nich miejsca, w którym miałyby zostać dokonana czynność notarialna. Sporządzanie protestów,

⁴ Zob. wyrok SN z dnia 29 maja 2013 r., SDI 4/13, Legalis; postanowienie SN z dnia 29 października 2014 r., SDI 33/14, Legalis.

⁵ Zob. postanowienie SO w Krakowie z dnia 28 czerwca 2013 r., II Cz 1036/13, niepubl.

weksli i czeków, spisywanie protokołów zgromadzenia wspólników spółek handlowych, uchwał walnego zgromadzenia spółki akcyjnej są wskazywane w literaturze jako czynności, których charakter przemawia za dokonaniem ich poza kancelarią notarialną (Rataj, Szereda 2019, komentarz do art. 3 ustawy – Prawo o notariacie, Nb. 4). Zaś w ramach „*szczególnych okoliczności*” mieści się m.in. choroba strony lub osoby, która uczestniczy w dokonaniu czynności notarialnej, nagły wypadek uzasadniający obawę rychłej śmierci osoby zamierzającej dokonać czynności notarialnej. Dowolność notariusza w ocenie, czy w konkretnym stanie faktycznym ziściły się przesłanki warunkujące możliwość odstąpienia od zasady z art. 3 § 1 powołanego aktu normatywnego, może powodować odpowiedzialność dyscyplinarną. W świetle regulacji § 26 pkt 7 Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza dokonywanie czynności notarialnych poza siedzibą kancelarii, z częstotliwością albo w warunkach, które wskazują na naruszenie zasady lojalności stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji.

Z kolei stanowisko liberalne charakteryzuje się elastycznym podejściem do miejsca, w którym powinno dokonywać się czynności notarialnych. Toteż jego stronnicy akcentują możliwość interpretacji art. 3 § 2 ustawy – Prawo o notariacie przez pryzmat zapewnienia sprawnej obsługi, a zarazem zmniejszenia utrudnień, które mogą pojawić się przy dokonywaniu czynności notarialnych. W związku z tym, przesłanki: „*charakter czynności*” oraz „*szczególne okoliczności*” należałoby interpretować rozszerzająco z uwzględnieniem zachodzących w społeczeństwie zmian społecznych, gospodarczych, jak również postępującego rozwoju technologicznego i ekonomicznego. Stanowisko liberalne należy do mniejszości. Natomiast większość przedstawicieli doktryny zalicza się do kręgu zwolenników poglądu restrykcyjnego.

Orzecznictwo niemalże jednolicie opowiedziało się za stosowaniem wykładni restrykcyjnej do wyjątków ukonstytuowanych w art. 3 § 2 powołanej ustawy. Znaczna część orzeczeń sądowych podkreśla, iż w świetle rozważanych unormowań za *szczególne okoliczności* uzasadniające odstąpienie od zasady z art. 3 § 1 wspomnianego aktu prawnego nie poczytuje się ani zgody stron i notariusza co do innego miejsca dokonania czynności notarialnej, ani ich wygody⁶. Tym bardziej do katalogu *szczególnych okoliczności* nie zalicza się względów finansowych⁷. W postanowieniu z dnia 30 marca 2009 r. (SDI 2/09, OSNSD 2009, nr 1, poz. 114) SN stwierdził, iż życzenie strony czynności nadania ceremonialnego charakteru aktowi sprzedaży i wydania

⁶ Zob. postanowienie SN z dnia 11 grudnia 2002 r., III DS 18/02, OSNAPiUS 2004, Nr 6, poz. 108; postanowienie SN z dnia 30 marca 2009 r., SDI 1/09, OSNSD 2009, Nr 1, poz. 113.

⁷ Zob. postanowienie SN z dnia 9 maja 2019 r., II DSI 51/18, Legalis.

nieruchomości nie powinno być rozpatrywane w kategoriach szczególnej okoliczności uzasadniającej odstępianie od zasady dokonywania czynności notarialnych w kancelarii notarialnej. Dodatkowo, zaistnieniu szczególnych okoliczności przeczy regularne, powtarzające się dokonywanie czynności notarialnych w innym miejscu, w sytuacji gdy dotyczy to tych samych uczestników co do których nie zachodzi żadna okoliczność uniemożliwiająca stawienictwo w kancelarii notarialnej⁸.

Udogodnienie w postaci możliwości dokonania czynności notarialnej poza kancelarią notarialną może wiązać się ze zwiększeniem należnego notariuszowi honorarium. Zgodnie z § 17 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej⁹ w powyższym przypadku wynagrodzenie może zostać maksymalnie zwiększone o kwotę 50 zł, gdy czynność została dokonana w porze dziennej (tj. w godzinach między 8:00 a 20:00) albo o kwotę 100 zł – w porze nocnej (tj. w godzinach między 20:00 a 8:00).

Biorąc niniejsze rozważania pod uwagę, z praktycznego punktu widzenia dokonanie czynności testamentowej poza kancelarią notarialną będzie uzasadnione ze względu na szczególne okoliczności wówczas, gdy co do którejkolwiek strony zachodzi przyczyna obiektywnie uniemożliwiająca jej stawienictwo w kancelarii notarialnej¹⁰. Próba zaadaptowania wyjątku z art. 3 § 2 ustawy – Prawo o notariacie do sytuacji osób niepełnosprawnych prowadzi do wniosku, iż nie każdy dotknięty niepełnosprawnością będzie mógł skorzystać z możliwości sporządzenia oświadczenia woli na wypadek śmierci w formie aktu notarialnego w innym miejscu niż kancelaria notarialna. Przede wszystkim musi to być taki stopień niepełnosprawności, który uzasadniałby udanie się notariusza do miejsca pobytu osoby chcącej dokonać dyspozycji majątkowych *mortis causa*. Niewątpliwie zastosowanie wyjątku z art. 3 § 2 powołanego aktu prawnego odnosi się do niepełnosprawności ruchowej. W związku z powyższym należy rozważyć, jak daleko sięgają granice jego zastosowania. Implikuje to konieczność zastanowienia się nad następującymi kwestiami: czy obiektywna niemożliwość stawienictwa w kancelarii notarialnej obejmuje stan faktyczny, gdy testator mógłby dotrzeć na miejsce dokonania czynności

⁸ Zob. wyrok SN z dnia 29 kwietnia 2008 r., SDI 9/08, OSNSD 2008, Nr 1, poz. 114.

⁹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1473 ze zm.).

¹⁰ W kwestii testamentu notarialnego rozważania dotyczące możliwości dokonania wspomnianej czynności poza kancelarią notarialną należy ograniczyć do przesłanki „szczególnych okoliczności”, gdyż drugi z wyjątków przewidzianych w art. 3 § 2 ustawy – Prawo o notariacie nie znajdzie zastosowania w tym przypadku.

notarialnej, gdyby skorzystał z pomocy innej osoby? Czy niesprzyjające warunki budynku, w którym usytuowana jest kancelaria notarialna wpływają na zaistnienie po stronie testatora szczególnych okoliczności uzasadniających sporządzenie testamentu notarialnego w innym miejscu?

Moim zdaniem, kalectwo – powodujące, iż zwykle czynności życia codziennego urastają do rangi niemożliwych wyzwań – stanowi okoliczność w pełni uzasadniającą odstępnie od zasady dokonywania czynności notarialnych w kancelarii notarialnej. Pokrzywdzenie przez los sprawia, że niemożliwe byłoby wymaganie od osób dotkniętych niepełnosprawnością ruchową w stopniu uniemożliwiającym swobodne przemieszczanie się zaangażowania innych osób, bez pomocy których potencjalny testator nie mógłby dotrzeć do kancelarii notarialnej. Szczególna sytuacja wspomnianej grupy spadkodawców wymaga uprzywilejowanego potraktowania, gdyż dopiero wtedy staje się dla nich dostępne sporządzenie testamentu notarialnego. Odnośnie warunków budynku, w którym zlokalizowana jest kancelaria notarialna nie można pominąć postanowienia SN z dnia 30 marca 2009 r. (SDI 1/09, OSNSD 2009, Nr 1, poz. 113). Stwierdzono w nim, że lepsze dostosowanie do potrzeb osób niepełnosprawnych budynku, w którym umiejscowiono kancelarię w porównaniu z budynkiem stanowiącym siedzibę spółdzielni mieszkaniowej (tj. miejscem, w którym dokonano czynności notarialnej) powoduje, iż przy uwzględnieniu innych okoliczności nie znajduje zastosowania wyjątek ustanowiony w art. 3 § 1 ustawy – Prawo o notariacie. Aczkolwiek ograniczenie możliwości odstąpienia od zasady dokonywania czynności notarialnych w kancelarii do przypadków niepełnosprawności w stopniu uniemożliwiającym swobodne przemieszczanie się sprawia, że warunki techniczne budynku stają się kwestią drugorzędną, gdyż przyczynę niemożliwości dotarcia do kancelarii stanowi kalectwo uczestnika czynności notarialnej, a nie brak dostosowania gmachu do potrzeb osób niepełnosprawnych.

WYMÓG PRZEKONANIA SIĘ, IŻ TREŚĆ CZYNNOŚCI NOTARIALNEJ JEST DOKŁADNIE ZNANA I ZROZUMIAŁA DLA OSÓB GŁUCHYCH LUB GŁUCHONIEMYCH

Dostrzegając ograniczenia wynikające z kalectwa osoby chcącej dokonać czynności notarialnej, ustawodawca obarczył notariusza dodatkowymi obowiązkami. Zgodnie z art. 87 § 1 pkt 2 ustawy – Prawo o notariacie w przypadku, gdy stroną czynności notarialnej jest osoba głucha lub głuchoniema, wówczas notariusz jest zobowiązany upewnić się, iż treść tej czynności jest jej

dokładnie znana i rozumiała. Innymi słowy, notariusz musi przedsięwziąć czynności, dzięki którym nabierze pełnej i bezwarunkowej pewności, iż dokonywana czynność notarialna pozostaje komunikatywna dla osoby ze wspomnianymi dysfunkcjami komunikacyjnymi. Konieczność niedopuszczenia do powstania rozdzwiewku pomiędzy wolą osoby o szczególnych potrzebach komunikacyjnych a treścią dokonywanej czynności notarialnej legła u podłoża sformułowania dodatkowych wymogów, o których mowa w art. 87 § 1 pkt 2 powołanego aktu prawnego. W orzecznictwie SN podkreślono, że celem powyższych unormowań jest zapewnienie wysokiego stopnia pewności, iż zostaną wywołane skutki prawne zamierzone przez osobę składającą oświadczenie woli objęte aktem notarialnym (Borysiak, Osajda 2021 komentarz do art. 87 ustawy – Prawo o notariacie, Nb. 5.1)¹¹.

W literaturze podnosi się, że aktualizacja dodatkowych obowiązków notariusza następuje w stosunku do osób niesłyszących całkowicie oraz w stopniu, który uniemożliwia komunikowanie się przy wykorzystaniu głosu¹². Warto w tym miejscu powołać wyrok SN z dnia 19 stycznia 2018 r. (I CSK 181/17, Legalis), w którym stwierdzono, iż prawidłowa komunikacja pomiędzy notariuszem a stroną czynności notarialnej korzystającą z aparatu słuchowego stanowi okoliczność zwalniającą notariusza od realizacji dodatkowych wymogów przewidzianych w art. 87 § 1 pkt 2 i 3 ustawy – Prawo o notariacie.

Należy spostrzec, że przepisy art. 87 § 1 pkt 2 wspomnianego aktu normatywnego nie precyzują, w jaki sposób notariusz ma się przekonać, czy treść czynności notarialnej jest dokładnie znana i rozumiała dla osoby głuchej lub głuchoniemej. W doktrynie wskazuje się, iż realizacja powyższego obowiązku notariusza następuje poprzez skierowanie do osoby z dysfunkcjami komunikacyjnymi dodatkowych pytań. W tym przypadku osiągnięcie porozumienia pomiędzy notariuszem a osobą głuchą lub głuchoniemą wymaga od tej drugiej posiadania umiejętności czytania z ruchu warg. Innym sposobem zapoznania osoby o szczególnych potrzebach komunikacyjnych z treścią czynności notarialnej jest udostępnienie jej tekstu sporządzanego dokumentu, dzięki czemu może ona samodzielnie lub wspólnie z osobą zaufaną zaznajomić się z nim, a następnie zaakceptować. Ponadto w orzecznictwie SN wskazano jeszcze jedną dopuszczalną metodę stanowiącą realizację obowiązku notariusza, o którym mowa w art. 87 § 1 pkt 2 niniejszego aktu prawnego. Mianowicie, dopuszcza

¹¹ Zob. postanowienie SN z dnia 2 lutego 2005 r., IV CK 453/04, niepubl.

¹² Szereda 2018, komentarz do art. 87 ustawy – Prawo o notariacie, Nb. 20.

się tłumaczenie na język migowy¹³. Niezależnie od sposobu, którym posłużył się notariusz w celu nabrania pełnej i bezwarunkowej pewności, iż treść czynności notarialnej jest dokładnie znana i zrozumiała dla osoby głuchej lub głuchoniemej, konieczne jest dokonanie stosownej wzmianki informującej o wywiązaniu się notariusza z powyższego obowiązku. Co istotne, zgodnie ze stanowiskiem SN jej brak przesądza o nieważności testamentu notarialnego osoby ze wspomnianymi dysfunkcjami komunikacyjnymi¹⁴. Aczkolwiek przywołany pogląd jest źródłem kontrowersji¹⁵.

W odróżnieniu do obligatoryjnego wymogu przekonania się, iż czynność notarialna jest komunikatywna dla osoby głuchej lub głuchoniemej, przywołanie do czynności biegłego ma charakter fakultatywny. W związku z tym, jest to uprawnienie notariusza. Wyłącznie on dysponuje możliwością dokonania oceny, czy w danym przypadku jest potrzebna pomoc biegłego. Aczkolwiek przywołanie do czynności notarialnej biegłego jest zasadne dopiero wówczas, gdy notariusz stosując dostępne mu metody nie zdoła porozumieć się z osobą o szczególnych potrzebach komunikacyjnych w sposób pozwalający na nabranie pełnej i bezwarunkowej pewności, iż dokonywana czynność notarialna jest jej dokładnie znana i zrozumiała. Z uwagi na dysfunkcje komunikacyjne uczestnika czynności notarialnej w roli biegłego występuje tłumacz migowy. Ponieważ w art. 87 § 1 pkt 2 ustawy – Prawo o notariacie ustawodawca posłużył się sformułowaniem „*biegły*”, wpis na listę tłumaczy migowych jest niewystarczający. W świetle § 13 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie biegłych sądowych¹⁶ jedynie osoba, która ukończyła 21 lat życia, a zarazem posiada „*Certyfikat drugi – „T2” – tłumacz-biegły w zakresie języka migowego*” lub tytuł eksperta tego języka, wydane przez Polski Związek Głuchych, może być biegłym.

MOŻLIWOŚĆ PRZYWOŁANIA DO CZYNNOŚCI NOTARIALNEJ OSOBY ZAUFANEJ

Kolejny przejaw opieki o osoby dotknięte kalectwem został zawarty w art. 87 § 1 pkt 3 ustawy – Prawo o notariacie. Gdy w czynności notarialnej uczestniczy osoba niewidoma, niema, głucha lub głuchoniema, wówczas istnieje

¹³ Zob. uchwałę SN z dnia 19 lipca 2001 r., III CZP 36/01, Legalis.

¹⁴ Zob. uchwałę SN z dnia 19 lipca 2001 r., III CZP 36/01, Legalis.

¹⁵ Zob. glosa krytyczna A. Oleszki, Rejent 2001, nr 12, s. 118 i n.; glosa aprobowująca S. Wójcika, OSP 2002, z. 2, poz. 18.

¹⁶ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych (tj. Dz.U. Nr 15, poz. 133).

możliwość przywołania osoby zaufanej, o ile takie życzenie zostanie wyrażone przez osobę dotkniętą kalectwem. Co istotne, notariuszowi nie przysługuje prawo odmowy realizacji wspomnianego życzenia (Wolak 2013, s. 73).

Z uprawnienia przewidzianego w art. 87 § 1 pkt 3 powołanego aktu normatywnego może skorzystać osoba dotknięta utratą wzroku lub znacznym zaburzeniem widzenia¹⁷. Nieuzasadnione jest odmienne traktowanie osób całkowicie niewidzących oraz niewidzących w znacznym stopniu, gdyż w ich codziennym życiu trudno jest dostrzec znaczące różnice (w obu przypadkach kalectwo może być źródłem trudności i dyskomfortu) (Wolak 2013, s. 75-76). Irrelevantnymi czynnikami są czas i przyczyna powstania wspomnianego upośledzenia. Zaś pojęciom „osoba głucha” oraz „osoba głuchoniema” należy przypisywać znaczenie, w którym zostały użyte przedmiotowe pojęcia w przepisach art. 87 § 1 pkt 2 ustawy – Prawo o notariacie.

Sformułowanie art. 87 § 1 pkt 3 wspomnianego aktu prawnego w przedstawiony sposób implikuje powstanie po stronie notariusza obowiązku poinformowania osoby zainteresowanej o możliwości przywołania do czynności notarialnej osoby zaufanej. Z formalnego punktu widzenia treść czynności notarialnej powinna zostać wzbogacona o informację o powyższym uprawnieniu. Jednakże jej brak nie zawsze będzie przesądzać o nieważności dokonanej czynności. W świetle orzecznictwa SN brak wzmianki o uprawnieniu do przywołania osoby zaufanej nie może być przyczyną nieważności testamentu¹⁸.

Z perspektywy rozważanego rozwiązania prawnego istotnego znaczenia nabiera udzielenie odpowiedzi na pytanie, kto może występować w roli osoby zaufanej. Ustawa – Prawo o notariacie milczy w tej kwestii. Toteż próba konkretyzacji analizowanego terminu wymaga odwołania się do dorobku doktryny i judykatury. Osobą zaufaną przywoływaną do czynności notarialnej powinien być ktoś bliski, a zarazem dbający o interesy osoby dotkniętej dysfunkcją komunikacyjną. Skoro jej rola polega na byciu powiernikiem oraz udzieleniu niezbędnej pomocy w przekazaniu woli osoby o szczególnych potrzebach komunikacyjnych, jest trudne do wyobrażenia, aby osoba zainteresowana powierzyła powyższe zadania nieznanemu, tudzież osobie, z którą nie łączy jej bliskie relacje. Uszczegóławiając, rola osoby zaufanej sprowadza się do: wsparcia psychicznego, zagwarantowania poczucia pewności oraz udzielenia pomocy w wyrażeniu realnej woli. W związku z tym, kontrowersyjny wydaje się pogląd SN wyrażony w postanowieniu z dnia 21 stycznia 2011 r. (III CSK

¹⁷ Zob. postanowienie SN z dnia 21 stycznia 2011 r., III CSK 67/10, Legalis.

¹⁸ Zob. postanowienie SN z dnia 21 stycznia 2011 r., III CSK 67/10, Legalis.

67/10, Legalis), w świetle którego wymóg sformułowany w art. 87 § 1 pkt 3 wspomnianego aktu prawnego zostanie zrealizowany, gdy osoba zaufana nie jest obecna przy dokonywaniu czynności notarialnej, lecz jedynie oczekuje w stanie gotowości do udzielenia pomocy w poczekalni kancelarii notarialnej. W tym przypadku trudno jest mówić o realizacji funkcji przypisywanej osobie zaufanej (Wolak 2013, s. 76).

Należy spostrzec, iż do osoby zaufanej nie znajduje zastosowania instytucja wyłączenia świadka¹⁹. Osobie zaufanej przypisuje się realizację potrzeb stanowiących efekt subiektywnych oczekiwań osoby, na której życzenia została ona przywołana do czynności notarialnej. Jako argument uzasadniający powyższe stanowisko podaje się, że zadanie osoby zaufanej nie sprowadza się do zobiektywizowanego poświadczenia faktu i przebiegu dokonywanej czynności (Pastuszko 2020, s. 181-182).

W literaturze przedmiotem dyskusji stała się możliwość powierzenia osobie zaufanej funkcji łącznika pomiędzy osobą z dysfunkcjami komunikacyjnymi a notariuszem poprzez dokonywanie przekładu treści czynności notarialnej na język migowy. Z jednej strony pojawia się stanowisko akcentujące dopuszczalność zaprezentowanego rozwiązania (Oleszko 2012, s. 448; Borysiak, Osajda 2021, komentarz do art. 87 ustawy – Prawo o notariacie, Nb. 7). Z kolei przeciwnicy powyższego poglądu argumentując jego błędność wskazują na możliwość powstania dysonansu pomiędzy rzeczywistą treścią czynności notarialnej a tym, co zostało przekazane osobie głuchej lub głuchoniemej przez osobę zaufaną. Ponadto podkreśla się brak pewności notariusza co do zgodności dokonanego przekładu na język migowy a rzeczywistą treścią czynności notarialnej (Szereda 2022, komentarz do art. 87 ustawy – Prawo o notariacie, Nb. 15).

W kontekście obowiązków notariusza wynikających z art. 87 § 1 pkt 2 i 3 ustawy – Prawo o notariacie istotne znaczenie ma wyrok SN z dnia 19 stycznia 2018 r. (I CSK 181/17, Legalis), w którym stwierdzono, iż prawidłowa komunikacja pomiędzy notariuszem a stroną czynności notarialnej korzystającą z aparatu słuchowego stanowi okoliczność zwalniającą notariusza od realizacji dodatkowych wymogów przewidzianych w art. 87 § 1 pkt 2 i 3 ustawy – Prawo o notariacie.

¹⁹ Zob. postanowienie SN z dnia 12 marca 1998 r., II CKU 147/97, Legalis; postanowienie SN z dnia 15 stycznia 2019 r., V CSK 298/18, Legalis.

PODSUMOWANIE

Ustawodawca dostrzegając ograniczenia wynikające z niepełnosprawności, wyszedł naprzeciw osobom dotkniętym kalectwem, które chciałyby uregulować pośmiertne losy zgromadzonych dóbr majątkowych poprzez sporządzenie testamentu notarialnego. Dbając o wierne odzwierciedlenie ostatniej woli testatora w sporządzanym akcie notarialnym, procedurę dokonania czynności testamentowej rozbudowano o dodatkowe wymogi. Przedstawione rozwiązania prawne są zasadne, gdyż dysfunkcje komunikacyjne zwiększają ryzyko zniekształcenia oświadczenia woli spadkodawcy, dlatego wskazane jest zaostrożenie poziomu należytej staranności notariusza w stosunku do osób głuchych lub głuchoniemych. Podobnie słuszne jest przyznanie uprawnienia do domagania się obecności osoby zaufanej przy dokonywaniu czynności notarialnej przez niewidomych, niemych oraz osoby z wcześniej wspomnianymi dysfunkcjami komunikacyjnymi. Zaś w odniesieniu do niepełnosprawności ruchowej w stopniu uniemożliwiającym swobodne przemieszczanie się zasadne jest rozciągnięcie wyjątków ukonstytuowanych w art. 3 § 2 ustawy – Prawo o notariacie. Biorąc pod uwagę pokrzywdzenie przez los istotnie utrudniające normalne funkcjonowanie w codziennym życiu należy dążyć do ułatwienia dostępu do możliwości sporządzenia testamentu notarialnego. Nieuzasadnione jest piętrowanie trudności poprzez wymóg stawiennictwa w kancelarii osoby niepełnosprawnej ruchowo w stopniu uniemożliwiającym swobodne przemieszczanie się. Po analizie przedstawionych rozwiązań prawnych przewidzianych w ustawie – Prawo o notariacie nasuwa się pytanie, czy są one wystarczające?

BIBLIOGRAFIA

- Borysiak W., Osajda K.
2021 *Prawo o notariacie. Komentarz*, Warszawa.
- Czubik P.
1997 *Ograniczenia funkcji i czynności notarialnych konsula RP w świetle polskiego prawa konsularnego na tle uregulowań prawa międzynarodowego publicznego*, „Rejent”, Nr 10.
- Cybula P., Załucki M.
2014 *Funkcje konsula w sprawach spadkowych*, [w:] *Wybrane zagadnienia współczesnego prawa konsularnego z perspektywy prawa i praktyki międzynarodowej oraz polskiej*, red. W. Burek, P. Czubik, Kraków.

Gniewek E., Machnikowski P.

2021 *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa.

Gutowski M.

2022 *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 627-1088 KC, t. III*, Warszawa.

Jacyszyn J.

2006 *Notariusz – zawodem zaufania publicznego*, [w:] *III Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Nowoczesny notariat w bezpiecznym państwie*, red. R. Szytk, Warszawa-Kluczbork.

Księżak P.

2015 *Kodeks cywilny. Wybór orzecznictwa*, Warszawa.

Kuryłowicz M., Wiliński A.

2016 *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa.

Maciejewska-Szałas M.

2021 *Testament notarialny*, [w:] *Prawo w administracji i gospodarce*, red. S. Osojca-Kozłowska, Łódź-Kielce.

Niedośpiął M.

2016 *Testament notarialny (akt notarialny) a art. 244, 252 i art. 247 k.p.c.*, „Orzecznictwo Sądów Administracyjnych”, t. 26, Nr 7.

Niedośpiął M.

2017 *Sposób złożenia oświadczenia woli przez spadkodawcę w testamencie notarialnym (art. 60 k.c.)*, cz. II, „Jurysta”, Nr 11.

Oleszko A.

2001 *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 2001 r. (III CZP 36/01)*, „Rejent”, Nr 12.

2003 *Obrót cywilnoprawny w praktyce notarialnej i wieczystoksięgowej*, Zakamycze.

2012 *Prawo o notariacie. Komentarz, cz. 2, t. 1*, Warszawa.

2015 *Akt notarialny jako podstawa odpowiedzialności prawnej notariusza – dyscyplinarnej, cywilnej, karnej*, Warszawa.

Pastuszko R.

2006 *Obowiązek wyjaśniająco-doradczy notariusza a wysłuchanie stron czynności notarialnej*, [w:] *III Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Nowoczesny notariat w bezpiecznym państwie*, red. R. Szytk, Warszawa-Kluczbork.

2019 *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2019 r. (V CSK 298/18)*, „*Studia Iuridica Lublinensia*”, vol. XXVIII.

Rataj A., Szereda A. J.

2019 *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1-78d Prawa o notariacie*, Warszawa.

Rudnicki J.

2013 *Rola formy testamentu. Uwagi na tle porównawczym*, „*Forum Prawnicze*”, Nr 4.

Rzewuski M.

2012 *Notarial testament in Europe*, „*Studia Prawnoustrojowe*”, Nr 16.

Skowrońska-Bocian E.

2020 *Prawo spadkowe*, Warszawa.

Szarek-Zwijacz A.

2014 *Szczególne okoliczności uzasadniające dokonanie czynności poza kancelarią. Glosa do postanowienia Sądu Okręgowego w Krakowie z 28 czerwca 2013 r.*, „*Nowy Przegląd Notarialny*”, Nr 3.

Szereda A. J.

2018 *Czynności notarialne. Komentarz do art. 79-112 Prawa o notariacie*, Warszawa.

2022 *Prawo o notariacie. Komentarz*, Warszawa.

Wolak G.

2013 *Akt notarialny z udziałem osoby niewidomej. Glosa do postanowienia SN z dnia 15 stycznia 2011 r.*, III CSK 67/10, „*Nowy Przegląd Notarialny*”, Nr 1.

Wołodkiewicz W., Zabłocka M.

2016 *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa.

Wójcik S.

2002 *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 2001 r. (III CZP 36/01)*, „*Orzecznictwo Sądów Polskich*”, Nr 2.

Wrzcionek R.

2008 *Konsul wykonujący czynności notarialne*, „*Europejski przegląd sądowy*”, Nr 1.

Zajadło J.

2013 *Łacińska terminologia prawnicza*, Warszawa.

ANALIZA WPŁYWU PRODUKCJI POPULTUROWYCH NA (POTENCJALNYCH) SPRAWCÓW PRZESTĘPSTW

WSTĘP

W obecnych czasach nie da się nie zauważyć szybkiego rozwoju nowoczesnych technologii, a wraz z tym – wprowadzania nowych technik i metod do codziennej pracy kryminalistyka. Intensywne rozszerzenie możliwości naukowych *forensic science* jest przedmiotem powszechnego zainteresowania społeczności od dłuższego czasu, ale szczególnie nasiliło się po powstaniu różnego rodzaju produkcji filmowych (na przykład seriale „CSI” i „Kości”). Pojawienie się materiałów audiowizualnych o tematyce kryminalistycznej skutkowało wzrostem społecznego oczekiwania wobec organów ścigania („*CSI effect*”), ale także wpłynęło na wzrost wiedzy potencjalnych sprawców („*police chief's effect*”).

W tym artykule chciałabym skupić się na przedstawieniu i analizie „*copycat effect*” - czyli na przestępstwach wzorowanych, które zostały zaprezentowane w mediach (Surette 1998, s. 137). To zjawisko od lat nabiera popularności w literaturze zagranicznej i co raz częściej występuje w świecie ontologicznym. Warto zaznaczyć, że zostaną tu przedstawione wybrane zagadnienia, skupiające się bardziej na negatywnym wpływie na potencjalnych sprawców przestępstw.

Celem tego artykułu jest przedstawienie jak wyselekcjonowane produkcje popkulturowe – serii filmów „Krzyk” („*Scream*”), „Piła” („*Saw*”) oraz

¹ ORCID: 0000-0003-1551-2896.

„Halloween” („*Halloween*”) wpłynęły na sprawców i co może wynikać z tego dla potencjalnych odbiorców takich produkcji. Najwięcej uwagi zostanie poświęcone pierwszej serii, gdyż jej analiza w pewien sposób „rzutuje” na pozostałe.

PRZYCZYNY POWSTANIA „*COPYCAT EFFECT*”

Na temat tego, dlaczego powstał „*copycat effect*” psychologowie dalej nie potrafią wskazać konkretnych odpowiedzi. Podkreślają, że zależy to od różnorodnych czynników i należy badać każdy przypadek indywidualnie. Jednak wśród najważniejszych „impulsów” wymienia się:

- niezaawansowany rozwój emocjonalny i psychiczny jednostki skutkuje większą podatnością na wpływy krwawych i brutalnych treści albo na rozmycie granic pomiędzy fabułą filmu a rzeczywistością (według badań, większa ilość przestępców „zainspirowanych” ma mniej, niż 25 lat) (Helfgott 2008, s. 377).
- problemy rodzinne, szczególnie przemoc w rodzinie mogą spowodować powstanie takich pobudek przestępczych, jak odizolowanie się od społeczeństwa, brak umiejętności nawiązywania więzi międzyludzkich albo chęć skrzywdzenia innych;
- wpływ kultury i demografii, który sugeruje jednostce pozytywną relację „przestępstwo – sława” (Tufekci, 2012).

Z powyższego wynika, że nie ma „zerojedynkowej” metody „obliczenia” kto i ze względu na jakie okoliczności popadnie pod wpływ mediów i zacznie naśladować penalizowane zachowania, które zaczynają przeważać we współczesnych produkcjach popkulturowych – można wyprowadzić tezę, że gwałtowny wzrost filmów i seriali o tematyce kryminalnej wprost wiąże się ze wzrostem zainteresowania takimi produkcjami i jako wynik – pojawia się chęć popełnienia przestępstwa przez wybrane jednostki.

W ramach informacji dodatkowej warto zaznaczyć, że jedno z ostatnich badań na temat „*copycat effect*” zostało przeprowadzone w 2017 roku i dotyczyło dość niejednoznacznej problematyki samobójczych ataków terrorystycznych (badanie przeprowadzone przez Nicholasa Farnhama i Dr. Marieke Liem).

Oczywiście nie jest to związane z tematyką danego artykułu, ale wniosek badaczy jest wart uwagi: wskazali, że pomimo wielkiej ilości przypadków do analizy wyprowadzenie konkretnego stwierdzenia albo podsumowania jest utrudnione ze względu na specyfikę i ewaluację zjawiska wraz z rozwojem mediów.

Oczywiście w ramach powyżej przytoczonych tez warto wskazać, że dobrowolna chęć dokonania czynu zabronionego wprost wiąże się z wewnętrzną agresją jednostki, która w odniesieniu do osób małoletnich najczęściej jest wynikiem braku odpowiednich metod wychowawczych oraz przemocy fizycznej (została pominięta problematyka czynników biologicznych i genetycznych, a także innych, które mogą spowodować lub nasilić agresję u niektórych jednostek).

W wyniku tego, rzutuje to na ogólne tło zachowań przestępczych wśród młodzieży. W celu zobrazowania danej problematyki wybrałam teorię zróżnicowanych powiązań socjologa Edwina Sutherlanda, która podkreśla, że zachowania dewiacyjne nie są wrodzone, i wpływ mediów na takie zachowania jest raczej znikomy, gdyż mogą pomóc jednostce tylko w znalezieniu pewnego wzorca zachowań. Jako pierwszorzędną przesłankę popełnienia przestępstw wskazuje wpływ zróżnicowań kulturowych w danym społeczeństwie, szczególnie jeżeli ten konflikt toczy się wokół wartości moralnych i normatywnych (Ostrowska i Stojecka-Zuber 2018, s. 182-183).

W oparciu o teorię Sutherlanda można wyprowadzić wniosek, że sprawcy mogą „zainspirować się” konkretną postacią z filmu i jej modelem postępowania, lecz nie jest to zwykle naśladownictwo „dla zabawy”, gdyż podświadomie produkcja filmowa nie wpłynęła na psychikę odbiorcy, tylko ewentualnie mogła wzbudzić w nim przekonanie, że jak podejmie się czynności przestępczych, jak bohater z filmu, to nie poniesie konsekwencji, poczuje satysfakcję itd. W odniesieniu do danego stwierdzenia poniżej zostaną przedstawione wybrane kazusy, które zobrazują bardziej dokładnie dane zjawisko.

SERIA FILMÓW „KRZYK”

Przechodząc do meritum jako pierwszy przykład „filmu-inspiracji dla potencjalnych sprawców” chciałabym przedstawić serię „Krzyk”, która powstała w 1996 roku. Warto zaznaczyć, że motyw dalej zyskuje na popularności – w 2015 r. powstał serial „Krzyk”, a także w 2022 r. pojawił się kolejny film oryginalnej serii.

Główna fabuła filmów koncentruje się wokół dziewczyny, na którą poluje morderca w dość nietypowej masce i czarnym płaszczu z kapturem, którego głównym narzędziem najczęściej jest nóż kuchenny. Potocznie morderca z serii filmów „Krzyk” jest określany jako „*Ghostface*” (oczywiście ze względu na wygląd maski). Warto zaznaczyć, że projekt maski specjalnie odsyła do obrazu „Krzyk” Edvarda Muncha (1893).

Morderca przed dokonaniem zabójstwa dzwoni do swoich ofiar, wprowadzając je w stan niepokoju poprzez zadawanie prostych, lecz przerażających pytań, które w większości dotyczą tematyki filmów grozy. W każdej części za maską zabójcy kryje się inny człowiek i motyw, ale wszyscy dążą do jednego celu - zabicia głównej bohaterki. Niewątpliwym i bardzo charakterystycznym „znakiem rozpoznawalnym” mordercy jest zadanie wielkiej ilości ciosów nożem swoim ofiarom, co wskazuje na element „nadzabijania” („*overkill*”) - komponent zbrodni, który najczęściej wskazuje na niestabilny stan emocjonalny sprawcy.

Trzeba zaznaczyć, że sama seria filmów jest częściowo oparta na prawdziwych wydarzeniach z 1990 roku - Danny Rolling (*Rozpruwacz z Gainesville*) zamordował pięciu studentów, w wyniku czego wywołał wielki społeczny chaos (Hedash, 2019).

Sprawca wchodził przez okna do akademików, zabijał ofiary dźgając je nożem, co więcej - zostawił odciętą głowę jednej z ofiar na półce, aby stanęła twarzą do jej ciała opartego na łóżku (Ott, 2019). Sprawa została szeroko omówiona w mediach i znalazła swoje odzwierciedlenie nie tylko w „Krzyku”, lecz także w innych filmach i książkach (Danny Rolling wcześniej popełnił wielką ilość przestępstw, lecz został powszechnie rozpoznawalny właśnie przez wielki rozgłos wokół sprawy zabójstwa studentów).

Warto podkreślić, że seria filmów stała się „źródłem inspiracji” dla kilku niepowiązanych ze sobą osób, co niewątpliwie wskazuje na to, że współczesna popkultura ma niewiarygodny wpływ na ludzką psychikę i potrafi wywołać na nią niepożądany wpływ. W artykule przytoczę 3 przykłady, aczkolwiek po sprawdzeniu powszechnie dostępnej informacji na dany temat wynika, że przypadków zabójstw, zainspirowanych „Krzykiem” było co najmniej powyżej 10.

Pierwszym przykładem jest *casus* ze Stanów Zjednoczonych, który miał miejsce w 1998 roku - kobieta została zadżgana na śmierć przez swojego nastoletniego syna i siostrzeńca, którzy zabili matkę pod wpływem filmu „Krzyk”. Planowali także zabić ojca (Deutsch, 1999). Warto zaznaczyć, że dokonali zabójstwa prawie tak samo, jak w słynnej serii filmów, ale bez dodatkowych atrybutów – czyli bez maski i płaszcza, bez uprzedniej gry w „pytanie i odpowiedź” z ofiarą, gdyż nie mieli faktycznej możliwości zapłacenia za „atrybuty kinowego zabójcy”. W nawiązaniu do tego, sami sprawcy wyraźnie wskazywali, że zacerpnęli pomysł na zabójstwo z filmów (Krikorian, 1998).

Kolejnym przykładem jest sprawa z 2001 roku, która toczyła się w Belgii - kierowca ciężarówki, który miał 24 lata postanowił zabić nieletnią uczennicę,

z powodu nieodwzajemnionej miłości. Młody człowiek założył uprzednio zakupiony strój *Ghostface'a* i dźgał dziewczynę nożem kuchennym 30 razy. Dokonane przestępstwo charakteryzowało się jedną odmiennością w porównaniu do filmów – zabójca pozostawił zwłoki na łóżku i wsunął różę w jedną z dłoni ofiary. Później kierowca ogłosił, że już wcześniej zaplanował, jak zabije dziewczynę i kierował się wskazówkami z już wspomnianych filmów (Osborn, 2001).

Ostatnim analizowanym przykładem jest francuski *casus* z 2002 roku – 17-latek zabił swoją koleżankę ze szkoły. Chłopak, prawie jako ekranowa postać, zadzwonił do dziewczyny, zapraszając ją na spotkanie. Nie odchodząc od domu rodzinnego dziewczyny założył strój i maskę i zadał jej aż 17 ciosów nożem kuchennym. Na przesłuchaniu nastoletni morderca powiedział: „Byłem opętany, pragnąłem doznać doświadczeń bohaterów filmu „Krzyk”. Chciałem zabijać tak jak oni” (Kęciek, 2002).

Powyższe przypadki są dość kontrowersyjne, ale wskazują na pewne rozbieżności:

- po pierwsze, zabójstwa zostały dokonane w różnych krajach – Stany Zjednoczone, Belgia, Francja – wskazuje to na fakt, że seria filmów zyskała na popularności na całym świecie, niezależnie od tego, gdzie została nakręcona;
- po drugie, niebagatelną rolę odegrały lata dokonanych przestępstw – 1998, 2001, 2002 – jest to okres, kiedy seria filmów była na najwyższym szczeblu popularności, szczególnie wśród młodzieży (w tym okresie już zostały nakręcone 3 filmy serii);
- po trzecie, sposoby dokonania morderstw nie są w całości „skopiowane” z wersji oryginalnej – z pierwszego przykładu wynika, że nastolatków raczej zaintrygował sam sposób zabójstwa, gdyż sami przyznali, że nie mieli problemu z jego dokonaniem bez „dodatkowych atrybutów” *Ghostface'a*; z drugiego – sprawca najwyraźniej miał pewien pociąg do symbolizmu; z trzeciego – dość agresywne podejście sprawcy wskazało, że jego głównym celem było „odtworzenie kinowego zabójstwa”.

A także na podobieństwa:

- film miał wpływ na młode osoby (tylko jedna z nich miała 24 lata) – czyli najbardziej młoda, podatna na wpływ grupa; przemawia za tym także ten fakt, że filmy przedstawiają życie amerykańskich nastolatków, a więc można założyć, że młodzi przestępcy w pewien sposób chcieli się utożsamić z bohaterami filmów;

- postępowanie każdego z zabójców charakteryzowało się wcześniejszym przygotowaniem – nie świadczą o tym tylko zakupione atrybuty, lecz najwyraźniej z zachowania każdego z nich wynika, że w pewnym sensie znajdowali się „pod wpływem” filmu – nie popełnili swoich czynów od razu po zapoznaniu się z materiałem audiowizualnym, lecz przez jakiś czas planowali swoje kroki.

Niewątpliwie trzeba spróbować wykazać, dlaczego akurat seria filmów „Krzyk” wywarła tak ogromny wpływ na sprawców wyżej opisanych zabójstw. Spróbuję przytoczyć kilka opinii naukowców na temat wpływu szokujących i brutalnych treści telewizyjnych, a następnie sprawców wyżej wymienionych przestępstw albo osób z nimi powiązanych w celu przykładowego wyjaśnienia danej kwestii (chciałabym podkreślić, że przedstawione argumenty mają charakter ogólny, dlatego próbują zidentyfikować problem na podstawie kilku przypadków, wyprowadzając odpowiednie wnioski i rekomendacje do zredukowania takiego typu zachowań).

Tak jak zaznaczyłam powyżej, młodzi sprawcy należą do grupy wiekowej, która łatwo podatna jest na wpływ treści audiowizualnych – współczesne badania wykazują, że obecnie młode osoby nie specjalnie przejmują się przemocą w przekazach medialnych, szczególnie jeżeli dotyczy to filmów fabularnych, a nie realnych wydarzeń – obecnie osoby do 30 roku życia nie specjalnie uzewnętrzniają emocji w stosunku do agresji wobec dorosłych osób na ekranie (Tambor 2015, s. 88). Wracając do wspomnianych powodów, psycholożka, która wystąpiła w sprawie zabitej matki podkreśliła, że młodzi chłopcy potrzebowali „wzorca do skopiowania” do sukcesywnej realizacji swojego morderstwa, właśnie film „Krzyk” i główny antagonista posłużył dla nich takim przykładem (Kraterou, 2021). Następnie, chłopak, który zabił swoją koleżankę ze szkoły powiedział: “W końcu nie stało się nic złego. Wystarczy przecież przewinąć taśmę” (Sage, 2004). Akcentuje to na ten fakt, że po popełnieniu zabójstwa raczej nie zdawał sobie sprawę z tego, że zabił osobę, myślał, że „da się to odkręcić”. Potwierdzeniem tej tezy służy informacja z wyżej wskazanego artykułu, że chłopak dopiero kilka dni po popełnieniu morderstwa zaczął zdawać sobie sprawę z tego, co zrobił.

Kolejną kwestią jest to, że nieustannie wzrastająca tendencja do pokazywania aktów przemocy prowadzi do tego, że nie tylko dzieci i młodzież jest podatna na wpływ mediów poprzez wzmacnianie wewnętrznych postaw, lecz każdy z potencjalnych widzów, niezależnie od grupy wiekowej. Z takiego toku rozumowania wynika, że jeżeli osoba podświadomie toleruje agresywne

zachowania, to wpływ mediów może popchać ją do realizacji określonych czynów – obecnie w świecie mass medialnym da się zaobserwować tendencję do pokazywania wielkiej ilości aktów przemocy, i przeciętny widz podpadając pod wpływ takich treści, toleruje je jako normę. Oczywiście taka argumentacja jest bardzo daleko idąca i nie może dotyczyć każdego przypadku, lecz także ma uzasadnione podłoże.

Na przykładzie wyżej wymienionych przestępstw warto podkreślić jedną dość znaczącą zależność – każdy ze sprawców wyraźnie podkreślił znaczenie filmu i zachowania głównego mordercy, wybrali go sobie jako przykład. Da się wyprowadzić wniosek, że *Ghostface* posłużył dla nich jako wzór – osoba za maską, która nie jest rozpoznawalna przez otoczenie trzymając całą okolicę w strachu, zabijając zwykłym nożem kuchennym. Antagonista połączył w sobie, z jednej strony – tajemniczość, a z drugiej – siłę i spryt przy użyciu minimalnych środków.

Podsumowując dany punkt warto podkreślić, że seria filmów „Krzyk” niewątpliwie odegrała wielką rolę nie tylko w popkulturze, lecz także została otoczona kontrowersjami, gdyż twórców filmów niejednokrotnie obwiniano za inspirację do wielu morderstw w życiu realnym (między innymi w kontekście francuskiego kazusu rodzina zabitej dziewczyny próbowała wpłynąć na władze w celu eliminacji serii „Krzyk” z szerokiego dostępu. Spowodowało to tylko wzrost zainteresowania serią). Właśnie ta seria udowodniła, że prosta fabuła, gdzie zwykła osoba zaczyna zabijać i nie zawsze ponosi za to konsekwencję potrafi wykazać jak największy wpływ.

SERIA FILMÓW „PIŁA”

Kolejnym analizowanym przykładem jest jeden z bardziej udanych i popularnych w świecie horrorów, czyli seria filmów „Piła”, która pojawiła się w 2004 roku (aktualnie seria nalicza 9 filmów).

Fabuła filmów koncentruje się wokół mordercy (występuje pod określeniem „*Jigsaw*”), który buduje „pokoje tortur” i umieszcza tam swoje ofiary, próbując uzmysłowić im co zrobiły źle i zaproponować możliwości do potencjalnego uwolnienia z pułapek – antagonistą wymyśla skomplikowane łamigłówki do rozwiązania, które najczęściej prowadzą do śmierci ofiar. Trzeba odnotować, że antagonistą nie zabija sam, lecz daje wybór ofiarom do podejmowania określonych kroków, gdyż widzi w tym element wychowywania. Charakterystycznym dodatkiem antagonisty jest to, że korzysta ze swoich umiejętności inżynierskich do konstruowania pułapek i używa lalkę

Billy do audio kontaktu ze swoimi ofiarami, pozostając osobą postronną do końca. Filmy zyskały na popularności, gdyż ukazują widzom *modus operandi* mordercy, wewnętrzną psychologię i system wartości, krok po kroku wyjaśniając jego motyw - seria wkracza w sferę ludzkiego rozumienia moralności i sprawiedliwości.

„Piła” jest dość niejednoznaczna i niewątpliwie ma na celu wzbudzenie wewnętrznych kontrowersji u widzów i stała się „źródłem inspiracji” dla poniżej opisanych kazusów.

W 2007 roku dwie nastolatki stanęły przed sądem amerykańskim, dlatego że zadzwoniły do starszej pani, próbując zimitować „audio grę Billy” jak w serii filmów. Powiedziały, że w jej domu jest uwięziony człowiek i od tej chwili jej dom napełnia gaz toksyczny i to ona musi zdecydować, czy on przeżyje. W wyniku tego kobieta doznała udaru (Barns, 2016).

W 2009 roku, w Stanach Zjednoczonych matka zgłosiła swoich synów na Policję, gdyż usłyszała, jak opracowywali plan porwania, torturowania i zabicia uczniów jak w słynnej serii. Na szczęście chłopakom nie udało się zrealizować swojego planu. W późniejszej rozmowie z Policją podkreślali, że chcieli się wzorować dokładnie na scenach tortur z „Piły”. Główną motywacją chłopców była chęć sławy, gdyż chcieli ukarać osoby, które na to zasłużyły (Netter, 2009).

W 2013 roku młody człowiek z Wielkiej Brytanii, naśladowując scenę tortur z szóstej części filmu przeciął kręgosłup swojej ofierze, uderzając ją 17 razy nożem próbując odciąć rdzeń kręgowy. Motywacją sprawcy było uzyskanie dostępu do pieniędzy na koncie swojej ofiary. Sprawca przyznał, że próbował spowodować paraliż, a następnie śmierć ofiary, naśladowując scenę tortur z filmu (Robinson, 2013).

Warto zaznaczyć, że sposób postępowania powyższych osób niewątpliwie wskazuje na to, że próbowali „skopiować” *Jigsaw’a*, gdyż w całości powtarzali jego zachowania. Morderca z serii filmów został zobrazowany jako mądry człowiek, który ma konkretny cel, a sposób jego osiągnięcia chociaż amoralny, za pośrednictwem „gry intelektualnej” niewątpliwie wykazał wielki wpływ na sprawców - mężczyzna z Wielkiej Brytanii podkreślał, że czerpał przyjemność z torturowania swojej ofiary, lecz cały czas pamiętał o swoim końcowym celu – uzyskaniu dostępu do jej konta bankowego.

Uogólniając, trzeba podkreślić, że powyższe przykłady obrazują bardzo wyraźną zależność pomiędzy filmami a zachowaniem sprawców, którzy zdecydowali się na przeniesienie części fabuły do rzeczywistości i chociaż seria filmów „Piła” jest niejednoznacznym przykładem, lecz niewątpliwie

odegrała wielką rolę w kształtowaniu postaw sprawców w wyżej wymienionych sprawach.

SERIA FILMÓW „HALLOWEEN”

Kolejna seria filmów, inspirujących przestępców to „Halloween”, która powstała w 1978 roku (kolejny film okazał się w październiku 2021 roku). Głównym antagonistą jest bohater Michael Myers, który będąc dzieckiem zabił swoją siostrę nożem kuchennym i trafił do szpitala psychiatrycznego, a po kilkunastu latach postanawia wrócić i kontynuować zabójstwa.

Aktualnie seria nalicza 11 filmów i koncentruje się w większości wokół tematyki zemsty, problemach rodzinnych głównego mordercy i w skrótej formie poszerza informację o nim w kolejnych częściach. Niewątpliwie ta tematyka wydaje się być dość powszechna i zrozumiała dla przeciętnego widza i stała się „źródłem inspiracji” dla osoby w poniższym kazusie.

W 2013 roku 17-latek ze Stanów został oskarżony o zabójstwo matki i siostry. Sam sprawca przyznał, że horror „Halloween” z 2007 roku był dla niego inspiracją (17-latek dobrowolnie napisał wyznanie, które zostało wprowadzone jako dowód w sprawie). Chłopak podkreślał, że w trakcie oglądania „czułem się zdumiony, jak swobodnie chłopiec czuł się podczas morderstw i jak mało miał wyrzutów sumienia. (...) myślałem sobie, że tak samo będzie ze mną, kiedy kogoś zabiję. Początkowo chłopak chciał zabić swoje ofiary nożem, ale zmienił zdanie: „Po chwili pomyślałem sobie, że gdybym miał zabić (...), nie chciałbym, żeby cokolwiek czuli, więc postanowiłem zabić ich oboje rewolwerem, który ukradłem mojemu dziadkowi”; „spędziłem (...) ponad godzinę spacerując nerwowo po domu, myśląc, że życie już nigdy nie będzie takie samo (...)”. Jednak po chwili zawahania chłopak jednak zabił najpierw siostrę, a później matkę. „Zszokowany pobiegłem do swojego pokoju i wrzeszczałem z całych sił, byłem w rozsypce (...)”; „To najstraszniejsza i najbardziej przerażająca rzecz, jakiej kiedykolwiek doświadczyłem. A to, co stało się zeszłej nocy, będzie mnie prześladować na zawsze” (Gordon, 2013).

Ten przypadek obrazuje, jak jeden film potrafił zmienić życie nastolatka. Chociaż podjął się zastrzelenia swojej matki i siostry, odchodząc od filmowego wzorca, lecz do samego końca podkreślał swoje zainspirowanie filmem z 2007 roku. Zależność pomiędzy filmem a dokonanym przestępstwem wydaje się być jak najbardziej oczywista, gdyż młody sprawca sam podkreślił, że chciał poczuć się jak bohater filmu.

Reasumując, filmowa seria „Halloween” stała się kolejną na liście „inspiracją” dla sprawy. Przedstawia, podobnie jak w „Krzyku”, zwykłą osobę, która przy pomocy podręcznych przedmiotów potrafiła zabić, nie odczuwając przy tym większych skutków dla siebie. Przedstawiony powyżej przypadek po raz kolejny ilustruje, jak osoba, wzorując się na zachowaniu i postępowaniu głównego bohatera, dokonała zabójstwa.

WNIOSKI

Podsumowując, warto podkreślić, że w powyżej opisanych seriach filmów grozy da się zauważyć pewne podobieństwa: główni mordercy w większości przedstawiają zwykłych ludzi, którzy popełniają zbrodnie przy użyciu niezawansowanych przedmiotów. Każdy z nich ukrywa swoją tożsamość za maską, tym samym zachowując pewną anonimowość w realizacji swoich krwawych zamysłów. Wyjątkiem od tego oczywiście jest główny antagonista serii „Piła”, który korzysta z bardziej progresywnych i niepowtarzających się pułapek. Serie filmów, które zostały przedstawione w tym artykule stanowią pewnego rodzaju klasykę horrorów, a każda z nich dalej jest kontynuowana. Z racji tego nie jest to wielkim zaskoczeniem, że akurat dane filmy i zachowania głównych morderców zainspirowały młode osoby do popełnienia przestępstw – przedstawione kazusy wskazują na to, że dane materiały audiowizualne w większości wpłynęły na nastolatków, rozwój emocjonalny i psychiczny których jeszcze nie jest w całości ustabilizowany. Sposób dokonania przestępstw w filmach stał się dla nich pewnym wzorcem do skopiowania, dlatego każdy z nich próbował dokonać zamierzonego czynu tak jak w filmach, z niewielkimi odstępstwami, które dotyczyły bardziej sfery materialnej, niż psychicznej.

Oczywiście, powyżej opisana analiza nie wskazuje na to, że gdyby sprawy nie obejrzeni konkretnych filmów, to do popełnienia przestępstwa by nie doszło. Najprawdopodobniej przestępstwa i tak zostałyby popełnione, tylko miałyby inny wygląd, inne podłoże. Warto wskazać, że analiza stanowi jedynie przykład tego, jak współczesna popkultura, na przykładzie trzech popularnych horrorów potrafi wpłynąć na przeciętnego widza, szczególnie na najbardziej podatną na wpływ grupę. Trzeba wziąć pod uwagę, że brutalne treści w filmach fabularnych nie mają na celu zachęcić widza do przeniesienia akcji „z ekranu do rzeczywistości”, lecz mogą stanowić jeden z elementów wpływu na niestabilną psychikę jednostki (cytat jednego z bohaterów filmu „Krzyk” ilustruje taką zależność: „Movies don’t create psychos, movies make psychos more creative!”)

BIBLIOGRAFIA

Barns S.

2016 *HORROR STORY Real-life crimes inspired by films and TV shows... including Scream copycat murders and a foiled Saw torture plot*, <https://www.thesun.co.uk/living/2101206/real-life-crimes-inspired-by-films-and-tv-shows-including-scream-copycat-murders-and-a-foiled-saw-torture-plot/>

Deutsch L.

1999 'Scream' Evidence Barred From Trial, <https://apnews.com/article/17ef1e94a144c9927139603ab8f63aad>

Gordon S.

2013 *Confession: Horror Movie Gave Teen Idea to Kill Family*, <https://www.nbcdfw.com/news/local/confession-horror-movie-gave-teen-idea-to-kill-family/1954900/>

Hedash K.

2019 *Scream: The True Story That Inspired The 1996 Slasher*, <https://www.regmovies.com/static/en/us/blog/scream-true-story>

Helfgott J.

2008 *Criminal Behavior: Theories, Typologies and Criminal Justice*, Thousand Oaks

Kęciek K.

2002 *Zabił jak w filmie "Krzyk"*, <https://www.tygodnikprzeklad.pl/zabil-jak-filmie-krzyk/>

Kraterou A.

2021 SLASHER KILLER Boy, 16, butchered own mum stabbing her 45 times using horror movie 'Scream' as 'blueprint' & planned killing spree <https://www.thesun.co.uk/news/16468967/boy-16-butchered-own-mum-stabbing-her-45-times-using-horror-movie-scream-as-blueprint-planned-killing-spre/>

Krikorian M.

1998 *Son, Nephew Inspired by 'Scream' Movies Kill Woman, Police Say* <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1998-jan-15-me-8556-story.html>

Netter S.

2009 *Mom Snitches on Son Allegedly Planning 'Saw'-Inspired Murder-*
<https://abcnews.go.com/US/story?id=7131800&page=1>

Osborn A.

2001 *'Scream' movies are blamed by teenage girl's copycat killer*, <https://www.theguardian.com/world/2001/nov/18/filmnews.film>

Ostrowska M., Stojcka-Zuber R.

2018 *“Przestępczość nieletnich – wyjaśnienia teoretyczne i rzeczywistość badawcza”*, Scientific Bulletin of Chełm - Section of Pedagogy, nr 2.

Ott T.

2019 *Danny Rolling: The True Story Behind the Killer Who Inspired 'Scream'* <https://www.biography.com/news/danny-rolling-scream-killer-gainesville>

Robinson M.

2013 *Killer copied torture scene from horror film Saw by slicing through victim's spinal cord to make him reveal his PIN number* <https://www.dailymail.co.uk/news/article-2296887/Killer-Matthew-Tinling-copied-Saw-horror-film-slicing-victims-spinal-cord-make-reveal-PIN.html>

Sage A.

2004 *Scream mask killer stabbed girl 42 times*, <https://www.thetimes.co.uk/article/scream-mask-killer-stabbed-girl-42-times-f08p8fdvgnp>

Surette R.

1998 *Media, Crime, and Criminal Justice: Images and Realities*, Belmont.

Tambor A.

2015 *Film jako przedmiot i narzędzie nauczania kultury polskiej i języka polskiego jako obcego*, <https://core.ac.uk/download/pdf/197751242.pdf>

Tufekci Z.

2012 *The Media Needs to Stop Inspiring Copycat Murders. Here's How* <https://www.theatlantic.com/national/archive/2012/12/the-media-needs-to-stop-inspiring-copycat-murders-heres-how/266439/>

ZJAWISKO GWAŁTU NAPRAWCZEGO JAKO TYP CZYNU ZABRONIONEGO - ANALIZA PRAWNO-KARNA I KRYMINOLOGICZNA NA TLE PORÓWNAWCZYM

WPROWADZENIE

Przestępstwo zgwałcenia od lat stanowi najokrutniejszą formę przestępczości seksualnej jaka może zostać popełniona na wolności seksualnej jednostki. Właśnie ten typ czynu zabronionego stanowi równocześnie pojęcie kontrowersyjne, niejasne, a przy tym często wywołujące konflikty na gruncie doktrynalnym oraz orzeczniczym co do odpowiedzialności karnej sprawcy, który popełni przestępstwo zgwałcenia w innej formie niż dotychczas to następowało lub w trakcie okoliczności, które mogą świadczyć uzasadnione podejrzenia, że wolność seksualna jednostki pokrzywdzonej została realnie „nadszarpnięta” przez samego sprawcę przestępstwa (Janasik 2018: 103). Na gruncie niniejszego tekstu należy jednak dostrzec, że specyfika przestępstwa zgwałcenia we współczesnym świecie zmusza zarówno wymiar sprawiedliwości, jak i podmioty analizujące takie zjawiska, że zgwałcenia mogą również być wliczane do typów czynów zabronionych, które są popełniane z nienawiści do innych, co określane jest w opinii publicznej tzw. *hate crimes* (Dadak 2018: 22).

¹ ORCID: 0000-0001-9355-7243

GWAŁT NAPRAWCZY JAKO CZYNNIK *HATE CRIMES*

Zjawisko to zostało zdefiniowane na gruncie kryminologii amerykańskiej, gdzie sam czyn gwałtu naprawczego pojawił się po raz pierwszy w dokumentacji śledczej tamtejszych organów ścigania. Jak przez lata analizowano przyczyny zgwałceń, tak dochodzą do wniosku, że najczęstszą przyczyną, stanowiącą główny czynnik etiologiczny tego zjawiska jest chęć zaspokojenia swojego popędu seksualnego przez sprawcę czynu, co określano terminem *dolus directus coloratus* (Janasik 2018: 105). W toku prowadzonych śledztw, jak i badań osób oskarżonych lub skazanych za przestępczość seksualną zauważono, że sprawcy nie tyle dążą, w chwili sprawstwa zgwałcenia, do osiągnięcia podniecenia seksualnego i jego zaspokojenia dokonując bezprawnych zachowań na osobie pokrzywdzonej, co poprzez przemoc seksualną są w stanie udowodnić, iż stanowią oni podmiot wyżej usytuowany w pewnej, założonej przez sprawcę hierarchii, konstytuując tym samym model dominacji jednego człowieka nad drugim. Katalog przestępstw *hate crimes* wyróżniono natomiast poprzez inne profilowanie ofiary przez osobę sprawcy (Dadak 2018: 28). W przypadku gwałtu naprawczego odróżnia się ten typ czynu zabronionego od innych tym, że dobrem nie jest tu tylko kwestia wolności seksualnej, chęci dominacji nad jednostką, zaspokojenia swoich potrzeb seksualnych, lecz przede wszystkim identyfikacja ofiary z określoną grupą społeczną, etniczną, religijną a nawet konkretnych jednostek reprezentujących poglądy sprzeczne z twierdzeniami samego sprawcy i jego środowiska (Amerykańskie Towarzystwo Psychologiczne 1998).

Gwałt naprawczy jako przykład przestępstwa przeciw wolności seksualnej jednostki stanowi więc przykład na gruncie przestępczości opartej na szeroko pojętych uprzedzeniach, gdy sprawca decyduje się na wybranie ofiary tylko i wyłącznie poprzez czynnik jej przynależności, posiadanych cech czy poglądów. *hate crimes* w przypadku tego typu czynu zabronionego stanowi więc, że ofiarą gwałtu może paść każda osoba, która swoim pochodzeniem etnicznym, narodowością, wyglądem fizycznym, wiekiem, religią, tożsamością płciową lub orientacją seksualną daje domniemane w ocenie sprawcy podejrzenie innej postawy niż akceptowana przez niego (Janasik 2018: 105). I choć w przypadku innych form przestępczości tzw. *hate crimes* często nie stanowi realnego zagrożenia dla życia lub zdrowia sprawcy, to w wielu sytuacjach dochodzi do popełniania czynów przestępczych o większej sile oraz częstotliwości niż tylko stosowanie uszkodzenia mienia, przemocy słownej poprzez stosowanie m. in. obelg, zniewagi, przestępczości koleżeńskiej oraz szeroko pojętego

zjawiska *hate mailing*'u. Stąd realnym jest popełnianie przez sprawców okrutnych form przestępczości opartych na uprzedzeniach do konkretnych jednostek lub grup społecznych przez dane jednostki reprezentowanych jako popełnianie względem ich przestępstw z nienawiści, tym samym popełniając sprawstwo gwałtu naprawczego (Janasik 2018: 110). Wyróżnienie gwałtu naprawczego jako zjawiska tzw. *corrective rape* świadczy zatem, że jedną z istniejących form przestępczości z nienawiści są przestępstwa seksualne, które różnią się tym, że sprawca usprawiedliwia swoje zachowanie tym, iż jego popełnianie może mieć pozytywne aspekty względem osoby pokrzywdzonej, niezależnie od wyrażonej przez ofiarę takiego czynu - zgody na kontakty seksualne, a w większości - braku jej występowania za względu na te czynniki, które same motywują sprawcę do zachowań przestępnych (Dadak 2018: 31).

Zwrócić należy szczególną uwagę, że problem pojawiania się zjawiska gwałtu naprawczego dotyka co do zasady osób o innej orientacji seksualnej niż heteroseksualna, która uznawana jest przez sprawcę takich czynów zabronionych jako „jedyna” lub „prawidłowa” orientacja seksualna, co stanowi główny czynnik etiologiczny popełniania przestępstw seksualnych z nienawiści (Janasik 2018: 108-109). Nieodzownym przykładem może być tu zatem *casus* gwałtów popełnianych w południowej Afryce, które były dokonywane wielokrotnie na pewnej grupie kobiet, które w następstwie kolejnego ataku gwałtocieli wspólnie zawiadomiły organy ścigania. W toku śledztwa ujawniono jednak, że motywem działań była chęć „naprawienia” kobiet przez samych sprawców poprzez stosunek seksualny, ponieważ pokrzywdzone były osobami o orientacji homoseksualnej (Wesley 2012, 76). Seksualna przestępczość naprawcza, bo tak można ją wówczas nazwać, jest do dziś jednak uznana jako społeczne tabu, wielokrotnie utożsamiane jako zjawisko praktycznie nie występujące w rzeczywistości. Niemniej pojawienie się, choćby jednokrotnie, zachowania mogącego świadczyć o popełnianiu takich czynów sugeruje, że czyny te mają miejsce a problematyka z nimi związana opiera się nie na braku ich występowania, co nie zgłaszaniu takich incydentów przez ofiary przestępstw, które ulegają wielkim naciskom wiktyimizacji pierwotnej, jak i wtórnej. Osoby te zmuszone są wówczas do ujawnienia nie tylko informacji o przestępstwie i osobie sprawcy, jak też ujawnienia swojej orientacji seksualnej, co może dodatkowo stanowić element wiktyimizujący pokrzywdzonych. Co za tym idzie, „ciemna liczba” tego typu przestępstw powoduje, iż przestępczość seksualna z nienawiści, w tym gwałty naprawcze, a także motywy ich popełniania bywają nieujawniane, a dalej - niewykrywane i nie ścigane przez organy ścigania

z obawy ofiar przed ujawnieniem ich szczegółów związanych z prywatnością, w szczególności orientacją seksualną (Wesley 2012: 76).

SPRAWCA A OFIARA GWAŁTU NAPRAWCZEGO

Problematyka zjawiska seksualnej przestępczości naprawczej zmusza ponadto do analizy kryminologicznej oraz wiktymologicznej uczestników takich zachowań, którzy stanowią sprawców oraz ofiary danych typów czynów zabronionych (Dadak 2018: 23). Osoby popełniające gwałty naprawcze stanowią potencjalną grupę osób, uznających uprzedzenia jako prawdę, którą kierują się w swoim życiu, a przez to także działaniu, niezależnie od intensywności tego zjawiska, co powoduje, że poprzez uprzedzenia, stereotypy i inne aspekty związane z szeroko pojętą „nienawiścią” do pewnej grupy ludzi osoby są w stanie popełniać przestępstwa mniejszej, jak i większej wagi. Sprawcy takich typów czynów zabronionych, jak gwałtów naprawczych popełniają przestępstwa ze względu na właśnie posiadane przez siebie subiektywne przeświadczenia, które w ocenie samych sprawców dają im pozytywną prognozę negatywnego działania, „wybielając” niejako ich czyny jako korygowanie niezgodnych z ich hierarchią wartości oraz poglądami zachowań innych ludzi. Trafnie zostało to zaprezentowane na przykładzie mężczyzny, który dokonał gwałtu naprawczego na jednej kobiecie, która oficjalnie odnosiła się z tym, iż jest homoseksualistką. W ocenie jej gwałciiciela, taka kobieta nie poznała i nie pozna mężczyzny, z którym mogłaby, w jego ocenie, „naturalnie” współżyć, a przez to nie będzie wiedziała jak wygląda owe „prawidłowe” współżycie seksualne pomiędzy mężczyzną a kobietą. Dokonując na niej gwałtu naprawczego sprawca uważa, że niejako uczy taką kobietę prawidłowego modelu pożycia, korygując „błędy” związane z inną orientacją seksualną owej kobiety (Wesley 2012: 76). Uogólniając, sprawca takiej formy przestępczości seksualnej z nienawiści jest realizatorem dalej idącej dyskryminacji innych ludzi, która przerodziła się w swoim działaniu w realną przemoc fizyczną, w tym seksualną wobec takich podmiotów, zwłaszcza reprezentujących określone środowiska, negatywnie odbierane przez osoby sprawcy. Osoby popełniające gwałty naprawcze uznają się więc za osoby, które mogą naprawić czyjeś poglądy, twierdzenia, a nawet orientację seksualną, niezależnie od negatywnych czynników swoich działań. Nie można jednak zapominać, że zarówno przestępstwa powodowane z nienawiści, jak i wszelkie przestępstwa seksualne, w tym typy zgwałceń, czego przykładem jest gwałt naprawczy, mogą być popełniane zarówno przez mężczyzn, jak i kobiety, co podkreśla, że tak samo jak przestępstwo zgwałcenia,

gwałt naprawczy jest powszechnym, neutralnym płciowo typem czynu zabronionego, gdzie płeć oraz inna orientacja seksualna sprawcy nie ma żadnego znaczenia dla kwalifikacji prawnej tego czynu (Warylewski 2016: 22).

Osoba pokrzywdzona takim przestępstwem jest natomiast jednostką nie tyle narażoną na negatywne zachowania wśród społeczeństwa, w którym musi funkcjonować, co dodatkowo może stawać się potencjalną ofiarą takiej formy przestępczości. Nie można zatem dziwić się, iż osoby te często nie ujawniają swoich poglądów, twierdzeń, jak i nie podnoszą zdania na temat posiadanej przez nich orientacji seksualnej, a także przynależności do konkretnych grup społecznych. W obawie nie tyle przed swoistą „prewiktylizacją” ze względu na swoją osobę, jednostki te ukrywają się przed środowiskiem, który co do zasady jest dominującym aspektem życia w danej społeczności, która w dalszym ciągu zakorzeniona jest w modelach patriarchalnych, gdzie jedyną formą uznawania pożycia seksualnego jest współżycie heteroseksualne. Pokrzywdzonym poprzez gwałt naprawczy może stać się jednak, *per analogiam* względem osoby sprawcy, każda osoba, niezależnie od innych czynników, które mogą je klasyfikować m. in. różnica płci (Dadak 2018: 30).

GWAŁT NAPRAWCZY A PRZESTĘPSTWO ZGWAŁCENIA

Warto dostrzec, że w toku niniejszej pracy omówione przeze mnie, jak i innych kryminologów, zjawisko gwałtu naprawczego nosi nazwę *stricte* gwałtu (*rape*), nie natomiast zgwałcenia. Jest to o tyle kluczowe, iż zgwałcenie jest pojęciem szerszym, wpisującym w swój katalog wiele typów czynów zabronionych wliczając w to nie tylko stosunek płciowy pomiędzy sprawcą a ofiarą, lecz też inne zachowania seksualne dokonywane na osobie pokrzywdzonej bez jej zgody na takie zachowania. Gwałt naprawczy w tym kontekście jaki dotychczas został zauważony jest przestępstwem opierającym się jedynie na odbywaniu stosunku płciowego, który miałby wpłynąć na osobę „naprawianą” przez sprawcę. Swoisty *modus operandi* sprawcy jest jednak w znacznej mierze konserwatywny, gdzie osoba popełniająca taką formę przestępczości uznaje nie tyle konkretne formy współżycia za prawidłowe, co będzie odrzucać zachowania mogące świadczyć o niemoralnym zakresie praktyk seksualnych, dzięki czemu trafnym jest ograniczenie się jedynie do zachowań, gdzie to właśnie stosunek płciowy będzie dominował jako stały element praktyk sprawców w popełnianiu takiej form przestępczości. Za prawdę można więc uznać niejako, że gwałt naprawczy jest „naprawczym” stosunkiem płciowym, polegającym na penetracji analnej, oralnej lub waginalnej, pomijając aspekt

innych czynności seksualnych, które równocześnie mogłyby stanowić dalszą typologię takiej formy przestępczości.

INNE CZYNNOŚCI SEKSUALNE A GWAŁT NAPRAWCZY

Przestępstwo gwałtu naprawczego jako przestępstwa z nienawiści dotychczas utożsamiane jest jedynie z tym, że sprawca dokonuje spółkowania wraz z pokrzywdzonym. Nie uniknione jest jednak, iż szersze pojmowanie takiej formy przestępczości mogłoby być realnym zagrożeniem wolności seksualnej i nietykalności cielesnej. Nie ulega wątpliwości, że współzycie seksualne stanowi w tym przypadku kluczową formę dokonywania sprawstwa przestępstwa gwałtu naprawczego, niemniej nie można z góry odrzucić twierdzenia, iż inne czynności seksualne mogłyby nie być utożsamiane z zachowaniami owej naprawczej przestępczości seksualnej, stanowiącej swoisty katalog przestępstw seksualnych *hate crimes* (Dadak 2018: 25).

Co za tym idzie, sprawca nie musiałby każdorazowo współżyć z ofiarą swoich działań lecz poprzez zastosowanie względem niej określonych zachowań, działań jedynie o charakterze seksualnym, mógłby równocześnie dokonywać próby „naprawiania” pokrzywdzonej osoby poprzez inicjowanie zachowań erotycznych, nieakceptowanych przez samą osobę pokrzywdzoną. Inne czynności seksualne stanowiące na gruncie polskiego prawodawstwa penalnego otwarty katalog zachowań przeciwko wolności seksualnej i obyczajności świadczy o tym, iż każda osoba, która dopuszcza się pewnych działań na ofierze a działania te są formą przestępczości seksualnej, gdzie głównym motywem sprawstwa jest nienawiść do konkretnej grupy społecznej lub konkretnej osoby ze względu na około seksualne aspekty jej funkcjonowania w społeczeństwie świadczyłoby o tym, że sprawca takich zachowań popełniałby taki sam czyn, jak w sytuacji obcowania płciowego (Dadak 2018: 28).

Uogólniając, nie jest zatem wykluczone, że termin gwałtu naprawczego nie mógłby być rozszerzony o pojęcie zgwałcenia, gdyż wówczas kompleksowo możnaby było oceniać zjawisko naprawczej przestępczości seksualnej jako elementu *hate crimes*, które stanowią we współczesnych czasach aspekt kontrowersyjny i dyskusyjny w sferze biologicznej, socjologicznej, psychologicznej ale również i prawnej, w tym kryminologicznej. Nie można ponadto jednoznacznie określić, że przedmiotowy gwałt naprawczy ograniczany jest jedynie do obcowania płciowego z ograniczeniem innych czynności seksualnych. Dotychczas zbadane to zjawisko świadczy o tym, iż najczęściej występującą formą jego realizacji jest współzycie seksualne polegające na wskazanej uprzednio

penetracji oralnej, analnej lub waginalnej. Nie uniknione jest jednak to, że przy dotychczas powstałych sytuacjach stanów faktycznych tego przestępstwa sprawca mógł dopuścić się względem osoby pokrzywdzonej zachowań, które jednoznacznie wskazywałyby na współistnienie obcowania płciowego wraz z innymi czynnościami seksualnymi, towarzyszącymi realizacji tego typu czynu zabronionego jako szeroko pojętego przestępstwa z nienawiści.

PODSUMOWANIE

Podsumowując, przestępstwa z nienawiści, znane powszechnie jako *hate crimes* są specyficzną grupą popełniania czynów zabronionych. *Modus operandi* sprawców takich przestępstw nacechowany jest na realizację założeń, które ugruntowane są w nienaukowych twierdzeniach, tezach, poglądach, stereotypach oraz zmanipulowanych zjawiskach, które swoją intensywnością prowadzącą do tego, iż osoby spełniające kryteria różnic społecznych, etnicznych, co do poglądów a nade wszystko innej orientacji seksualnej. Właśnie te ostatnie różnice pomiędzy jednostkami stają się w wyniku nasilonych działań ksenofobicznych aspektem kryminogennym popełniania określonej grupy przestępczości seksualnej, która odbiega od tradycyjnego modelu popełniania takich czynów w innych okolicznościach, czego przykładem jest między innymi zgwałcenie małżeńskie jako zmuszanie realizacji seksualnej powinności małżeńskiej, zgwałcenia randkowe jako przykład typu podstawowego zgwałcenia w wyniku zaspokojenia swojego popędu seksualnego przez sprawcę, zgwałcenie prostytutcyjne jako okoliczność przekroczenia granic zgody na odbycie kontaktu seksualnego oraz wiele innych przykładów takich form typów czynów zabronionych (Dadak 2018: 22). Gwałt naprawczy, a dokładniej rzecz ujmując, zgwałcenie naprawcze może być tu uznawane jako przykład specyficznego przestępstwa seksualnego, gdzie chęć zaspokojenia swojego popędu seksualnego, czy potrzeba dominacji nie stanowią tu kluczowego elementu do realizacji takich zachowań. Sprawca zgwałcenia naprawczego wchodzi w nową rolę - gwałciciel ma być swoistym korektorem zachowań, poglądów, cech innych osób. Tak ukształtowany w psychice sprawcy model nie tyle skutkuje swoistym „wybielaniem” jego negatywnych zachowań, co dodatkowo utwierdza sprawcę oraz osoby z jego środowiska, które posiadają takie same lub podobne poglądy, że poprzez jego negatywne działania dochodzi do czegoś pozytywnego, ugruntowując się, że takie zachowania nie są czymś złym, niemoralnym, a nawet bezprawnym, pomijając wówczas kwestię wolności seksualnej każdego człowieka i prawa jednostki do wyboru swojej

orientacji seksualnej, propagowania poglądów odnośnie tej sfery życia jako prawa wolności słowa każdego człowieka oraz innych podstawowych praw jednostki jako człowieka oraz obywatela.

Specyfika gwałtu naprawczego stanowi współcześnie dość znaczny problem kryminologiczny. Zjawisko to jest w znacznej mierze nie jest badane ze względu na niską wykrywalność tej konkretnej formy przestępczości co zapewne wiąże się ze znaczną „ciemną liczbą” przestępstw w tym zakresie. Nie można wykluczyć, iż przestępstwa te dochodziły, dochodzą i będą dochodzić w kręgach osób, gdzie kolidują poglądy lewicowe oraz prawicowe, zwłaszcza w sytuacjach zamieszkiwania przez osoby innej orientacji seksualnej lub poglądów na terenach, gdzie społecznie „dominuje” odmienne stanowisko większości mieszkańców.

Typologia gwałtu naprawczego wpisuje go jednak do przestępstw przeciwko wolności seksualnej dając naukom penalnym możliwość klasyfikacji oraz analizy tego zjawiska pod kątem kryminologicznym, w tym też wikty-mologicznym. I choć forma popełnienia tego czynu stanowi teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej sprawców za takie zachowania, praktycznie powoduje, iż nie będą oni ponosić winy, jeżeli czyn ten nie zostanie zgłoszony. Osoba pokrzywdzona natomiast może być „z góry” narażona jednak na zjawisko szeroko pojętej wiktyimizacji, zarówno pierwotnej, jak i wtórnej, gdzie ujawnieniu nie podlega tylko i wyłącznie kwestia popełnienia czynu zabronionego oraz to, że padło się ofiarą tego czynu, lecz dodatkowo ujawnienie innych okoliczności prywatnych danej osoby, które związane mogą być z upublicznieniem informacji, które nie miały ujrzeć światła dziennego, jak też mogące być stygmatyzującymi elementami kryminogennymi, które mogą spotkać taką osobę w przyszłości. Nic zatem dziwnego, że pokrzywdzone osoby unikają sytuacji, gdy mogłyby paść ofiarą przestępstwa gwałtu naprawczego, a tym bardziej nie zgłaszają takich czynów, gdy będą one miały miejsce, ze względu na to, że w dalszym ciągu kwestie związane ze stereotypowym postrzeganiem wielu rzeczy utrzymuje się w danej społeczności niezależnie od rozwoju współczesnego świata, zarówno technologicznego, jak i kulturowego. Gwałt naprawczy stanowi zatem jedno z najokrutniejszych form typów czynów zabronionych, które popełniane są oraz mogą być z nienawiści. I choć mogą być popełniane w sposób różny, zarówno w sferze publicznej, jak i stanowić czynnik przemocy domowej, tak zjawisko to nie różni się niczym od gwałtu lub zgwałcenia popełnianego w myśl prawodawstwa penalnego, gdzie kwestia motywacji sprawcy, jego płci, orientacji seksualnej, czy poglądów nie „mają dla kwalifikacji prawnej żadnego znaczenia” (Warylewski 2016: 22).

Problematyka „ciemnej liczby” popełnianych czynów, stanowiących gwałt naprawczy, a szeroko ujmując to - naprawcze przestępstwa seksualne - stanowi dodatkowo społeczne *tabu*, które nie definiowane spowoduje, że sprawcy przestępstw seksualnych z nienawiści będą nie ponosili odpowiedzialności karnej z tytułu zachowań, których się dopuścili a osoby pokrzywdzone nie tyle będą padały ofiarą takich czynów, co dodatkowo narażone są na liczne, negatywne konsekwencje w postaci zjawiska wiktyimizacji pierwotnej oraz wtórnej. W dalszej kolejności natomiast problematyka tego zjawiska winna być analizowana przez wymiar sprawiedliwości także pod kątem stosowania właściwej kary względem sprawcy, który w dalszym ciągu będzie miał poczucie, iż popełniając gwałt naprawczy kierował się pozytywnymi pobudkami, przez co wykluczać będzie zasadność stosowania względem niego jakichkolwiek dolegliwości. Problematyka związana z resocjalizacją takich osób natomiast budzi dalsze kontrowersje, które jak sam gwałt naprawczy, stanowią w dzisiejszych czasach realne zagrożenie dla wolności seksualnej innych jednostek, a pomimo to jest stereotypowo zakorzenione w społecznych *tabu*.

BIBLIOGRAFIA

- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. 1997 Nr 88 poz. 553 z późn. zm.), zwana również jako k.k.
- Andrejew I., Świda W., Wolter W.
1973 *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa.
- Dadak W.
2018 *Przestępstwa motywowane uprzedzeniami (o problemach z analizą przestępczości z nienawiści)*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, z. 4.
- Hanausek T., Marek Z., Widacki J.
1976 *Zgwałcenia*, Warszawa.
- Klinger P.
1935 *Vita sexualis. Prawda o życiu płciowym człowieka*, Łódź.
- Janasik M.
2018 *Trudne do wykrycia motywy sprawców zgwałcenia*, Acta Universitatis Lodziensis, Acta Iuridica, nr 82.

Jędrzejewski Z.

2009 *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa.

Mazowiecka L. (red.)

2016 *Zgwałcenie. Definicja, reakcja, wsparcie dla ofiar*, Warszawa.

Mozgawa M. (red.)

2012 *Przestępstwo zgwałcenia*, Warszawa.

Przygodzki J. (red.)

2019 *Okresy przejściowe - ustroj i prawo*, Wrocław.

Spotowski A.

1972 *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, „Państwo i Prawo”, nr 3.

Sygit B.

1992 *Cudzołóstwo i kara*, Toruń.

Wąsek A., Zawłocki R. (red.)

2010 *Kodeks Karny. Komentarz, t. 1*, Warszawa.

Wesley T.

2012 *Classifying ‘Corrective’ Rape: A Call for Justice”. A Journal on African Women’s Experiences: 75–81*. <http://www.osisa.org/sites/default/files/75-81.pdf>.

Wróbel W., Zoll A.

2012 *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków.

DOTACJE JAKO PRZYCHÓD NARODOWEGO FUNDUSZU ZDROWIA

WPROWADZENIE

Prawo do opieki medycznej jest jednym z podstawowych praw człowieka. Znajduje to swoje odzwierciedlenie w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.). Zgodnie z jej art. 68 ust. 1 każdy ma prawo do ochrony zdrowia. Ust. 2 wskazuje natomiast, iż obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Niemniej jednak warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa. Rzeczoną ustawą jest ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1285 z późn. zm.), dalej: Ustawa.

Prawo do publicznej opieki medycznej nie jest jednak powszechne – w Polsce obowiązuje bowiem system ubezpieczeniowy, utrzymywany zasadniczo ze składek na ubezpieczenie zdrowotne. W katalogu osób uprawnionych do korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych na zasadach określonych w Ustawie, znajdującym się w art. 2 ust. 1, na samym początku, czyli w punkcie pierwszym, polski ustawodawca wskazuje na osoby objęte powszechnym - obowiązkowym i dobrowolnym ubezpieczeniem zdrowotnym. Dalej wskazano natomiast inne podmioty. Można zatem dokonać rozróżnienia na dwie kategorie: ubezpieczeni oraz osoby inne niż ubezpieczeni spełniający kryteria określone przepisami. Obie te kategorie

są w ustawie zwane dalej łącznie "świadczeniobiorcami" (Łukasik, Nowak-Kubiak 2006).

Podmiotem zarządzającym środkami przeznaczonymi na ochronę zdrowia jest Narodowy Fundusz Zdrowia, dalej: NFZ. Jego podstawowym przychodem są składki na ubezpieczenie zdrowotne. Świadczyć może o tym fakt, iż są one wymienione w punkcie 1 katalogu przychodów, który znajduje się w art. 116 ust. 1 Ustawy. Poza składkami wskazano tam także m.in. na dotacje. W punkcie 5 w sposób ogólny wymieniono dotacje, w tym dotacje celowe przeznaczone na finansowanie zadań, o których mowa w art. 97 ust. 3 pkt 2b, 2c, 2e-2g i 4c. Zgodnie z punktem 5a przychodem NFZ jest także dotacja podmiotowa z budżetu państwa, o której mowa w art. 97 ust. 8a. Taki zabieg legislacyjny może dziwić. Wszak punkt 5a mieści się w definicji z punktu 5.

W polskim systemie prawnym istnieje definicja legalna dotacji. Zgodnie z art. 126 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 305 z późn. zm.), dalej: u.f.p., są to podlegające szczególnym zasadom rozliczania środki z budżetu państwa, budżetu jednostek samorządu terytorialnego oraz z państwowych funduszy celowych przeznaczone na podstawie niniejszej ustawy, odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych, na finansowanie lub dofinansowanie realizacji zadań publicznych. W akcie tym uregulowano trzy rodzaje dotacji: celowe, przedmiotowe i podmiotowe. Określone środki są uznawane za dotacje, gdy spełniają następujące warunki (Misiąg 2019):

- 1) są wypłacane z budżetu państwa, budżetu jednostek samorządu terytorialnego lub państwowych funduszy celowych;
- 2) podlegają szczególnym zasadom rozliczania;
- 3) są przeznaczone na podstawie ustawy o finansach publicznych, innej ustawy lub umowy międzynarodowej na finansowanie lub dofinansowanie realizacji zadań publicznych.

Problemem poruszonym w niniejszym artykule jest regulacja prawna oraz skala wsparcia udzielanego NFZ w formie dotacji. W pracy zostanie zaprezentowany aspekt prawny udzielanych dotacji z podaniem stosownych podstaw prawnych. Przedstawiony będzie także element praktyczny ich funkcjonowania, a mianowicie wysokość udzielonego wsparcia. Autor stawia hipotezę, że dotacje zasadniczo stanowią wsparcie dla NFZ na wyszczególnione wydatki, a nie na ogół działalności. Jego skala zaś, z uwagi na rzezone wyspecjalizowanie i ograniczenie do pewnego katalogu, nie jest duża i stanowi

mały procent przychodów. Niemniej zauważalna jest tendencja wzrostowa w tym zakresie.

DOTACJE CELOWE PRZEZNACZONE NA FINANSOWANIE ZADAŃ, O KTÓRYCH MOWA W ART. 97 UST. 3 PKT 2B, 2C, 2E-2G I 4C USTAWY

Art. 97 Ustawy reguluje zakres zadań NFZ. W ustępie 1, a zatem na samym początku, wskazano niejako jego podstawowy cel – zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na ochronę zdrowia. Niemniej to nie wszystko. Zgodnie z ust. 3 pkt 2b, 2c, 2e-2g i 4c Ustawy do zakresu działania NFZ należy również w szczególności:

- 1) finansowanie świadczeń gwarantowanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 31d w zakresie określonym w art. 15 ust. 2 pkt 12 (świadczeń wysokospecjalistycznych),
- 2) finansowanie leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych przysługujących świadczeniobiorcom, o których mowa w art. 43a ust. 1 (po ukończeniu 75. roku życia),
- 3) finansowanie leków przysługujących świadczeniobiorcom, o których mowa w art. 43b ust. 1 (w okresie ciąży),
- 4) finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych osobom do ukończenia 18. roku życia, w zakresie zwiększonych kwot zobowiązania NFZ wobec świadczeniodawców z tytułu udzielania tych świadczeń,
- 5) finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych poza granicami kraju, przysługujących świadczeniobiorcom na podstawie art. 42d, 42i i 42j;
- 6) finansowanie informatyzacji świadczeniodawców, której celem jest udzielanie przez nich świadczeń opieki zdrowotnej za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności, prowadzenie i wymiana elektronicznej dokumentacji medycznej, w tym digitalizacja dokumentacji medycznej prowadzonej w postaci papierowej oraz udostępnianie elektronicznych usług świadczeniobiorcom lub innym podmiotom.

Rzeczony wydatki posiadają dwa źródła finansowania. Zadania wymienione w punktach 1-3 są finansowe z dotacji celowej z budżetu państwa, przy czym nie uwzględnia ona kosztów administracyjnych (art. 97 ust. 8). Również

z budżetu państwa w formie dotacji celowej mogą być finansowane zadania wskazane w pkt 6 (art. 97 ust. 8b). Należy przy tym zastrzec, iż jest to wydatek fakultatywny, na co wskazuje sformułowanie „może” i obejmuje tylko część, a nie całość wydatków na te cel.

Inne źródło finansowania mają natomiast wydatki z punktów 4-5. Wsparcie w tym przypadku pochodzi z Funduszu Medycznego (art. 97 ust. 8c Ustawy). Podmiot ten funkcjonuje w oparciu o ustawę z dnia 7 października 2020 r. o Funduszu Medycznym (Dz. U. poz. 1875). Zgodnie z jej art. 6 ust. 1-2 jest to państwowy fundusz celowy, którego dysponentem jest minister właściwy do spraw zdrowia. Jak wskazuje art. 3 rzeczonego aktu, celem Funduszu Medycznego jest wsparcie działań zmierzających do poprawy zdrowia i jakości życia w Rzeczypospolitej Polskiej przez zapewnienie dodatkowych źródeł finansowania:

- 1) profilaktyki, wczesnego wykrywania, diagnostyki i leczenia chorób cywilizacyjnych, w tym chorób nowotworowych i chorób rzadkich;
- 2) infrastruktury ochrony zdrowia wpływającej na jakość i dostępność oraz bezpieczeństwo udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej;
- 3) dostępu do wysokiej jakości świadczeń opieki zdrowotnej;
- 4) rozwoju systemu opieki zdrowotnej przez koncentrację działań wokół pacjenta i jego potrzeb, ze szczególnym uwzględnieniem poprawy jakości życia pacjentów i ich rodzin;
- 5) świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych osobom do ukończenia 18. roku życia;
- 6) świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych świadczeniobiorcom poza granicami kraju.

Podsumowując tę część należy zauważyć, iż omówione w niej dotacje celowe realizują wyliczone enumeratywnie zadania. Strona dochodowa jest zatem powiązana ze stroną wydatkową. Wsparcie pochodzi zarówno z budżetu państwa, jak i Funduszu Medycznego. Na marginesie można wskazać, iż odnośnie środków pochodzących z Funduszu Medycznego można się pochylić nad swoistym „łańcuszkiem” przekazywanych środków. Otóż w tym przypadku dochodzi do przekazywania środków finansowych z jednej jednostki sektora finansów publicznych do innej. Państwowy fundusz celowy dotuje państwową jednostkę organizacyjną posiadającą osobowość prawną, jaką jest NFZ. W związku z tym pojawia się pytanie – czy nie jest to przypadkiem przysłowiowe przelewanie „z pustego w próżne”.

DOTACJA PODMIOTOWA Z BUDŻETU PAŃSTWA, O KTÓREJ MOWA W ART. 97 UST. 8A USTAWY

Zgodnie z art. 97 ust. 8a Ustawy, NFZ otrzymuje dotację z budżetu państwa na finansowanie świadczeń gwarantowanych na podstawie art. 131d. Przepis ten mówi natomiast o tym, że w ramach środków na finansowanie ochrony zdrowia (art. 131c ust. 1) jest możliwe przekazanie do NFZ dotacji podmiotowej z budżetu państwa na finansowanie świadczeń gwarantowanych. Przepisy te zostały wprowadzone z dniem 1.01.2018 r. nowelizacją z 24.11.2017 r. i mają na celu określenie minimalnych wydatków na ochronę zdrowia w stosunku do wartości produktu krajowego brutto (Pietraszewska-Macheta 2018).

To, co w pierwszej kolejności powinno wzbudzić uwagę, to rozbieżności dotyczące użytych w Ustawie sformułowań. Otóż art. 97 ust 8a posługuje się wyrażeniem „otrzymuje”, natomiast art. 131d ust. 1 „jest możliwe przekazanie”. Pojawia się zatem pytanie: czy udzielenie dotacji jest w takim przypadku obowiązkiem, czy jednak tylko uprawnieniem? Art. 131d Ustawy jest przepisem szczególnym, stanowiącym podstawę udzielenia dotacji. Art. 97 ust. 8a zaś tylko się do niego odwołuje. W związku z tym należy przypuszczać, iż ten wydatek budżetu państwa nie jest obligatoryjny.

Powyższy problem wynika zaś z tego, iż polski ustawodawca, dokonując nowelizacji, nie uczynił tego w sposób kompleksowy. Otóż art. 131d w obecnym brzmieniu obowiązuje od dnia 14.10.2021 r. Został on wówczas zmieniony na mocy ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1773). Dopiero wówczas zmieniono zwrot „finansuje się” na „jest możliwe przekazanie”. Brzmienie art. 97 ust. 8a zostało natomiast, najpewniej przez przeoczenie, pozostawione w dotychczasowym brzmieniu.

W ramach tej dotacji NFZ finansuje również zadania, o których mowa w art. 97 ust. 3 pkt 2a i 3 Ustawy. Chodzi tutaj o finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych ustawowo wskazanym osobom, w tym świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych świadczeniobiorcom innym niż ubezpieczeni spełniającym kryterium dochodowe do uzyskania świadczeń pieniężnych z pomocy społecznej zgodnie z art. 8 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2268 z późn. zm.).

Należy zatem zauważyć, iż omawiana dotacja podmiotowa służby finansowaniu świadczeń gwarantowanych w ogólności. W jej ramach mogą być

natomiast także finansowane świadczenia opieki zdrowotnej dla osób wyszczególnionych w Ustawie, w tym dla najbiedniejszych, korzystających ze wsparcia pomocy społecznej.

DOTACJA CELOWA Z BUDŻETU PAŃSTWA NA REALIZACJĘ ZADAŃ ZESPOŁÓW RATOWNICTWA MEDYCZNEGO

Dotacja na realizację zadań zespołów ratownictwa medycznego została uregulowana w ustawie szczególnej – ustawie z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2053 z późn. zm.). Określa ona zasady organizacji, funkcjonowania i finansowania systemu oraz zasady zapewnienia edukacji w zakresie udzielania pierwszej pomocy (art. 2 ust. 1). Zgodnie z jej artykułem 46 ust. 1 zadania zespołów ratownictwa medycznego, z wyłączeniem lotniczych zespołów ratownictwa medycznego, w tym wynikające z umów międzynarodowych, są finansowane z budżetu państwa z części, których dysponentami są poszczególni wojewodowie. Nie powinny one być zatem finansowane ze składek na ubezpieczenie zdrowotne.

Wojewoda powierza przeprowadzenie postępowania o zawarcie umów z dysponentami zespołów ratownictwa medycznego na wykonywanie zadań zespołów ratownictwa medycznego, zawieranie i rozliczanie wykonania tych umów dyrektorowi właściwego oddziału wojewódzkiego NFZ (art. 49 ust. 1). Środki na finansowanie tych umów wojewoda przekazuje NFZ w formie dotacji celowej w trybie i na zasadach określonych w przepisach o finansach publicznych w celu zapewnienia finansowania zadań zespołów ratownictwa medycznego na terenie właściwego oddziału wojewódzkiego NFZ (ust. 3). Ponadto zgodnie z ust. 4 koszty medycznych czynności ratunkowych wykonanych w roku poprzednim mogą być pokrywane ze środków finansowych przekazanych NFZ, w formie dotacji celowej, w roku następnym.

Niemniej omawiana powyżej konstrukcja może budzić następujące wątpliwości (Lenio 2018):

- 1) brak terminu, w którym dotacja celowa powinna być przekazana NFZ skutkować może jego przejściowym obciążeniem kosztami finansowania zadań wymienionych zespołów i faktycznego kredytowania budżetu państwa w tym zakresie,
- 2) dotacja powinna być udzielana na zadania przyszłe, a nie już wykonane, jak ma to miejsce w przypadku art. 49 ust. 4,

- 3) NFZ nie ma gwarancji otrzymania środków finansowych w wysokości ujętej w budżecie państwa, nawet jeżeli zawarł umowy na wykonywanie zadań zespołów ratownictwa medycznego w takiej wysokości.

Z powyższego wynika, iż państwo zdecydowało się pokrywać koszty realizacji zadań zespołów ratownictwa medycznego. Niemniej, jak zostało to wskazane, rzeczona konstrukcja ma swoje mankamenty. Najbardziej widać to na przykładzie finansowania zadań już zrealizowanych. Choć taka praktyka odbiega od istoty dotacji, to należy wskazać, że przyjmuje się, iż jest ona dopuszczalna. Dla przykładu Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 16 kwietnia 2019 r., sygn. akt III SA/Po 95/19 (LEX nr 2654279) stwierdził, że „Każda dotacja służyć ma finansowaniu lub dofinansowaniu realizacji zadań publicznych, a więc takich zadań, które istnieją w dacie przyznania prawa do ich finansowania lub dofinansowania. Dopiero po przyznaniu prawa do dotacji można mówić o realizacji zadania publicznego. Dotacja to wydatek redystrybucyjny, na coś przyszłego, a wyraźnie odstępowania jeśli je dopuścić muszą wynikać z przepisów ustawy”.

WYSOKOŚĆ WSPARCIA W FORMIE DOTACJI NA RZECZ NFZ

Składki na ubezpieczenie zdrowotne są podstawowym przychodem NFZ. Niemniej także i dotacje mają w nich swój udział. Aby zaprezentować strukturę przychodów NFZ, w pierwszej kolejności zostanie przedstawiona wysokość przychodów NFZ w ogóle, jak również z tytułu składek na ubezpieczenie zdrowotne. Wszystkie dane przedstawione w tej części pracy pochodzą z „Rocznego sprawozdania z wykonania planu finansowego Narodowego Funduszu Zdrowia na rok 2020” (http://www.nfz.gov.pl/download/gfx/nfz/pl/defaultaktualnosci/284/6560/1/zalacznik_do_uchwaly_nr_10_-_roczne_spr_z_wyk_planu_fin_nfz_na_2020_r.-sig.pdf, dostęp: 2.03.2022).

Tabela nr 1. Przychody NFZ w ogóle oraz przychody brutto z tytułu składek na ubezpieczenie zdrowotne (w PLN) w latach 2011-2020.

ROK	PRZYCHODY NFZ	PRZYCHODY BRUTTO NFZ Z TYTUŁU SKŁADEK NA UBEZPIECZENIE ZDROWOTNE (ZUS I KRUS)
2011	60.723.000.000	58.379.000.000
2012	62.958.000.000	60.403.000.000
2013	65.158.000.000	62.516.000.000
2014	67.185.000.000	64.679.000.000
2015	70.366.000.000	67.264.000.000

2016	73.849.000.000	70.237.000.000
2017	79.600.000.000	74.583.000.000
2018	85.272.000.000	80.878.000.000
2019	93.105.000.000	88.397.000.000
2020	102.408.000.000	89.845.000.000

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Rocznego sprawozdania z wykonania planu finansowego Narodowego Funduszu Zdrowia na rok 2020”.

Na powyższym przykładzie widać wyraźnie, iż składki na ubezpieczenie zdrowotne stanowią podstawowy przychód NFZ. W związku z tym nie ulega wątpliwości, iż kwoty dotacji będą znaczenie niższe. Potwierdza to poniższa tabela zawierająca kwoty przyznanych dotacji w podziale na poszczególne kategorie oraz w ujęciu całościowym. Autor zaznacza, iż w sprawozdaniu wyszczególniono jako oddzielne pozycje następujące kategorie dotacji:

- 1) dotacje z budżetu państwa na finansowanie zadań, o których mowa w art. 97 ust.3 pkt 2b, 2c i 2e Ustawy,
- 2) dotacja z budżetu państwa na realizację zadań zespołów ratownictwa medycznego,
- 3) dotacja podmiotowa z budżetu państwa, o której mowa w art. 97 ust. 8a Ustawy.

Tabela nr 2. Przychody NFZ z tytułu poszczególnych kategorii dotacji oraz w ujęciu łącznym (w PLN) w latach 2011-2020.

ROK	DOTACJE Z BUDŻETU PAŃSTWA NA FINANSOWANIE ZADAŃ, O KTÓRYCH MOWA W ART. 97 UST. 3 PKT 2B, 2C I 2E USTAWY	DOTACJA Z BUDŻETU PAŃSTWA NA REALIZACJĘ ZADAŃ ZESPOŁÓW RATOWNICTWA MEDYCZNEGO	DOTACJE RAZEM
2011	226.440.000	1.146.480.000	1.372.920.000
2012	253.379.000	1.468.873.000	1.722.252.000
2013	151.485.000	1.834.497.000	1.985.982.000
2014	166.396.000	1.837.947.000	2.004.343.000
2015	726.742.000	1.844.347.000	2.571.089.000
2016	1.161.694.000	1.868.117.000	3.029.811.000
2017	1.304.625.000	1.918.441.000	3.223.066.000
2018	1.547.043.000	2.035.029.000	3.582.072.000

2019	1.556.800.000	2.145.931.000	3.702.731.000
2020	169.719.000	2.386.730.000	2.556.449.000

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Rocznego sprawozdania z wykonania planu finansowego Narodowego Funduszu Zdrowia na rok 2020”.

Z przedstawionych powyżej danych wynika, iż dotacje stanowią tylko drobną część przychodów NFZ. Jest to kilka miliardów rocznie, co w porównaniu ze składkami na ubezpieczenie zdrowotne wydaje się być niską kwotą. Należy jednak zauważyć, iż ich wysokość oraz udział w przychodach NFZ w ogóle stale rosną. Dla przykładu w 2011 roku było to 1.372.920.000 zł, co stanowiło ok. 2% przychodów NFZ w ogóle, zaś w 2019 kwota ta wzrosła do 3.702.731.000 zł, co dało ok. 4% udziału w przychodach. Niemniej w 2020 roku tendencja ta załamała się. Było to spowodowane drastycznym spadkiem wysokości dotacji na określone ustawowo cele. Dotacja na realizację zadań zespołów ratownictwa medycznego utrzymała tendencję wzrostową.

W tabeli autor nie przedstawił danych dotyczących dotacji o której mowa w art. 97 ust. 8a. Instytucja ta weszła w życie dopiero w 2018 roku, a zatem zaledwie 4 lata temu. Nie figuruje ona w sprawozdaniu z wykonania planu finansowego Narodowego Funduszu Zdrowia na rok 2018 (https://www.nfz.gov.pl/download/gfx/nfz/pl/defaultaktualnosc/284/6490/1/zal_do_uchwaly_nr_11_roczne_spr._z_wyk._planu_finans._nfz_na_2018_r..pdf, dostęp: 2.03.2022) oraz 2019 (https://www.nfz.gov.pl/download/gfx/nfz/pl/defaultaktualnosc/284/6535/1/zalacznik_do_uchwaly_nr_5.pdf, dostęp: 2.03.2022). W sprawozdaniu za rok 2020 wskazano natomiast, iż kwota dotacji wyniosła okrągłe 0 zł.

Za rok 2021 brak jest sprawozdania. Dostępny jest natomiast ostateczny plan finansowy NFZ (https://www.nfz.gov.pl/gfx/nfz/userfiles/_public/bip/finanse_nfz/2021/ostateczny_plan_finansowy_nfz_na_rok_2021..xlsx, dostęp: 2.03.2022). Przychody oraz kwoty dotacji prezentują się w nim następująco:

- przychody netto z działalności NFZ – 106.718.780.000 PLN,
- dotacje z budżetu państwa na finansowanie zadań, o których mowa w art. 97 ust. 3 pkt 2b, 2c i 2e Ustawy – 1.093.902.000 PLN,
- dotacja z budżetu państwa na realizację zadań zespołów ratownictwa medycznego – 2.399.460.000 PLN,

- dotacja podmiotowa z budżetu państwa, o której mowa w art. 97 ust. 8a Ustawy - 2.556.557.000 PLN,
- dotacje łącznie – 6.049.919.000 PLN.

NFZ zamieścił na swojej stronie internetowej także plan finansowy na 2022 rok (https://www.nfz.gov.pl/gfx/nfz/userfiles/_public/bip/finansse_nfz/2021/plan_finansowy_nfz_na_rok_2022_-_30.07.2021.xlsx, dostęp: 2.03.2022). Niniejsza praca została przygotowana w marcu 2022 roku, w związku z czym istnieje duże prawdopodobieństwo, że jeszcze kilkakrotnie dojdzie do jego zmiany. Niemniej na moment sporządzania opracowania przychody NFZ prezentowały się następująco:

- przychody netto z działalności NFZ - 111.341.810.000 PLN,
- dotacje z budżetu państwa na finansowanie zadań, o których mowa w art. 97 ust. 3 pkt 2b, 2c i 2e Ustawy – 1.258.496.000 PLN,
- dotacja z budżetu państwa na realizację zadań zespołów ratownictwa medycznego – 2.266.767.000 PLN.
- dotacja podmiotowa z budżetu państwa, o której mowa w art. 97 ust. 8a Ustawy – 0 PLN,
- dotacje łącznie – 3.525.263.000 PLN.

Można zatem stwierdzić, iż wysokość dotacji udzielanych NFZ i ich udział w przychodach NFZ zasadniczo wzrasta. Rekordowy był przy tym rok 2021. Jeżeli ostateczny plan został wykonany zgodnie z przyjętymi założeniami, to wysokość przyznanej dotacji wyniosła aż 6.049.919.000 zł, co stanowiłoby aż ok. 5,7% wszystkich przychodów. Warto także odnotować, że dotacja o której mowa w art. 97 ust. 8a Ustawy została przyznana tylko raz – w 2020 roku.

PODSUMOWANIE

Podstawowym przychodem NFZ są składki na ubezpieczenie zdrowotne. Stanowią one znaczącą większość przychodów w ogóle. Niemniej przewidziane jest także wsparcie w formie dotacji. Mowa tutaj przede wszystkim o dotacjach celowych na wyszczególnione cele, jak również podmiotowych przeznaczonych na realizację świadczeń gwarantowanych. Niemniej te drugie nie są zazwyczaj w ogóle udzielane. Nie mamy zatem zasadniczo do czynienia z ogólnością wsparcia i strona dochodowa jest powiązana ze stroną wydatkową.

Godne uwagi jest to, że generalnie wysokość udzielonych dotacji, jak i ich udział w przychodach NFZ systematycznie wzrasta. Świadczyć to może

o tym, iż system ubezpieczeniowy staje się coraz mniej wydolny i w celu jego wsparcia przyznawane są stosowne środki finansowe. Jest to o tyle istotne, iż w art. 131c ust. 1 pkt 1 Ustawy w jego aktualnym brzmieniu przewidziano, że na finansowanie ochrony zdrowia przeznaczają się corocznie środki finansowe w wysokości nie niższej niż 7% produktu krajowego brutto, z zastrzeżeniem że wysokość środków finansowych przeznaczonych na finansowanie ochrony zdrowia w latach 2018-2026 nie może być niższa niż:

- a) 4,78% produktu krajowego brutto w 2018 r.,
- b) 4,86% produktu krajowego brutto w 2019 r.,
- c) 5,03% produktu krajowego brutto w 2020 r.,
- d) 5,30% produktu krajowego brutto w 2021 r.,
- e) 5,75% produktu krajowego brutto w 2022 r.,
- f) 6,00% produktu krajowego brutto w 2023 r.,
- g) 6,20% produktu krajowego brutto w 2024 r.,
- h) 6,50% produktu krajowego brutto w 2025 r.,
- i) 6,80% produktu krajowego brutto w 2026 r.

Oczywistym jest, iż aby spełnić zamierzone cele trzeba skądś uzyskać odpowiednie środki finansowe. W związku z tym możliwe jest zwiększenie w przyszłości wysokości przyznawanych NFZ dotacji, bądź wprowadzenie nowych. Wiązałoby się to jednak z dodatkowym obciążeniem budżetu państwa. Innym rozwiązaniem na zwiększenie możliwości finansowych NFZ jest zwiększenie przychodów ze składek na ubezpieczenie zdrowotne. Wymagałoby to jednak albo zwiększenia wysokości składki, albo kręgu osób podlegających obowiązkowemu ubezpieczeniu, ewentualnie i jedno i drugie. Rozwiązania wprowadzone w ramach tzw. Polskiego Ładu zdają się zmierzać w tym drugim kierunku, zwiększając obciążenie finansowe społeczeństwa poprzez zwiększenie przychodów ze składek. Jakie będą efekty wprowadzonych reform oraz czy zostaną zrealizowane wskazane w Ustawie cele? Przekonamy się o tym z czasem.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

Lenio P.

2018 *Publicznoprawne źródła finansowania ochrony zdrowia*, Warszawa.

Łukasik B., Nowak-Kubiak J.

2005 *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz*, Warszawa.

Misiąg W.

2019 *Komentarz do art. 126 u.f.p.*, [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, red. W. Misiąg, Warszawa.

Pietraszewska-Macheta A.

2018 *Komentarz do art. 131c, art. 131d Ustawy*, [w:] *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz*, red. A. Pietraszewska-Macheta, Warszawa.

Wykaz aktów prawnych

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1773).

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 305 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2053 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 7 października 2020 r. o Funduszu Medycznym (Dz. U. poz. 1875).

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1285 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2268 z późn. zm.).

Orzecznictwo

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 16 kwietnia 2019 r., sygn. akt III SA/Po 95/19, LEX nr 2654279.

Wykaz innych źródeł

Plan finansowy NFZ na 2022 r., https://www.nfz.gov.pl/gfx/nfz/userfiles/_public/bip/finanse_nfz/2021/ostateczny_plan_finansowy_nfz_na_rok_2021..xlsx, dostęp: 2.03.2022

Ostateczny plan finansowy NFZ na 2021 r., https://www.nfz.gov.pl/gfx/nfz/userfiles/_public/bip/finanse_nfz/2021/ostateczny_plan_finansowy_nfz_na_rok_2021..xlsx, dostęp: 2.03.2022.

Roczne sprawozdanie z wykonania planu finansowego Narodowego Funduszu Zdrowia na rok 2020, http://www.nfz.gov.pl/download/gfx/nfz/pl/defaultaktualnosci/284/6560/1/zalacznik_do_uchwaly_nr_10_-_roczne_spr_z_wyk_planu_fin_nfz_na_2020_r.-sig.pdf, dostęp: 2.03.2022.

Roczne sprawozdanie z wykonania planu finansowego Narodowego Funduszu Zdrowia na rok 2019, https://www.nfz.gov.pl/download/gfx/nfz/pl/defaultaktualnosci/284/6535/1/zalacznik_do_uchwaly_nr_5.pdf, dostęp: 2,03.2022.

Roczne sprawozdanie z wykonania planu finansowego Narodowego Funduszu Zdrowia na rok 2018, https://www.nfz.gov.pl/download/gfx/nfz/pl/defaultaktualnosci/284/6490/1/zal_do_uchwaly_nr_11_roczne_spr._z_wyk._planu_finans._nfz_na_2018_r..pdf, dostęp: 2.03.2022.

TZW. KONTRATYP POZAUSTAWOWY JAKO NEGATYWNY WARUNEK DOPUSZCZALNOŚCI PROCESU KARNEGO

WSTĘP

Problematyka warunków dopuszczalności procesu jest niezwykle istotna z punktu widzenia praktyki stosowania prawa, bowiem implikuje możliwość wszczęcia i prowadzenia postępowania w konkretnej sprawie przeciwko indywidualnej osobie o określone przestępstwo. To, czy jakaś okoliczność prawna lub faktyczna znajduje się w zakresie zastosowania przesłanek procesowych, decyduje, czy przeciwko danej osobie zostanie skierowane postępowanie karne, które może zakończyć się uznaniem jej za winną czynu zabronionego i zastosowaniem określonych środków reakcji karnej. Nie ulega jednak wątpliwości, że instytucja prawna znana w doktrynie prawa karnego pod nazwą kontratypów pozaustawowych skutecznie wymyka się jednoznacznej ocenie w kontekście jej wykorzystania podczas stosowania art. 17§1 k.p.k. Przyczyn tego stanu rzeczy jest wiele, warto wymienić chociażby spór co do samego istnienia oraz istoty tego rodzaju okoliczności, a także ich nienormatywny charakter. Autor podejmie się próby przyporządkowania tej instytucji do którejś z przesłanek procesowych. Aby jego rozstrzygnięcie i ocena były jak najbardziej konkluzywne, biorąc pod uwagę wysoko ocenny charakter przedmiotu badań, analiza rozpocznie się od przeglądu stanowisk przedstawicieli doktryny prawa karnego materialnego odnoszących się do instytucji kontratypów pozaustawowych. W tej części artykułu zostaną zbadane zarówno argumenty ich zwolenników, jak i podejście przeciwników do okoliczności tak nazywanych. Autor postara się dokonać syntezy wszystkich tych poglądów i odnaleźć

możliwie najbardziej ogólną płaszczyznę porozumienia, co do której rzezone poglądy powinny być zgodne. Następnie zostanie dokonany przegląd stanowisk przedstawicieli doktryny prawa karnego procesowego odnośnie usytuowania kontratypów pozaustawowych wśród przesłanek procesowych. Na koniec nastąpi ocena, w świetle całości poprzednich rozważań, która okoliczność wyłączająca ściganie w przypadku wystąpienia przedmiotowych okoliczności

MIEJSCE KONTRATYPÓW WŚRÓD PRZESŁANEK PROCESOWYCH

Wszczęcie i prowadzenie procesu karnego, tj. uregulowanego prawem ciągu czynności procesowych prowadzących do wykrycia i ustalenia sprawcy czynu zabronionego oraz rozstrzygnięcia o jego odpowiedzialności karnej, jest ściśle związane z występowaniem bądź nie tzw. przesłanek procesowych. Są to określone stany prawne i faktyczne, z którymi prawo karne procesowe łączy dopuszczalność albo niedopuszczalność postępowania (Cieślak 1973, s. 405). Mogą one dotyczyć zarówno procesu zasadniczego, jak i postępowań incydentalnych. W polskiej procedurze karnej przesłanki są one wyrażone w art. 17§1 k.p.k. i mają charakter wyłącznie negatywny (tj. przy wystąpieniu jakiegokolwiek z tych przesłanek nie można wszczęć i prowadzić postępowania karnego). Zdaniem autora, ten negatywny charakter wiąże się zasadniczo z określeniem katalogu sytuacji, w których prowadzenie postępowania bądź jego finał, czyli rozstrzygnięcie o odpowiedzialności karnej oskarżonego, byłoby bezprzedmiotowe (np. bezcelowym jest wszczynanie i prowadzenie postępowania, w którym do ścigania sprawcy potrzeba nieuzyskanego zezwolenia, albo i tak nie można byłoby tego sprawcy skazać z uwagi na przedawnienie karalności bądź niepodleganie orzecznictwu polskich sądów karnych) albo rozstrzygałoby wyłącznie na jego korzyść (np. przy braku czynu w ogóle albo przy braku realizacji wszystkich znamion danego przestępstwa). Przesłanki pozytywne (tj. takie, których łączne zaistnienie jest warunkiem *sine qua non* prowadzenia takiego postępowania) pojawiają się raczej w procedurach incydentalnych, takich jak zastosowanie tymczasowego aresztowania czy postępowanie nakazowe. Istnienie przesłanek negatywnych jak i niewystępowanie przesłanek pozytywnych określa się mianem przeszkód procesowych (Cieślak 2011, s. 7). Istnieje wiele podziałów tego rodzaju okoliczności. Dla porządku i zwięzłości niniejszego opracowania należy skupić się na najszerzym i jednocześnie jednym z najistotniejszych spośród nich. W myśl tego podziału, przesłanki procesowe możemy podzielić na formalne (niezwiązane

stricto z kwestią odpowiedzialności karnej oskarżonego, a dotyczące procesu jako takiego - określone w art. 17§1 pkt 5, 7-10 i częściowo 11 k.p.k.), materialne (wpływające na ww. odpowiedzialność - określone w art. 17§1 pkt 1-4 i częściowo 11 k.p.k.) oraz mieszane (wywierające skutki zarówno w sferze formalnej, jak i materialnej - określone w art. 17§1 pkt 6 i częściowo 11 k.p.k.). Warunki materialne można z kolei podzielić na stanowiące podstawę wydania wyroku uniewinniającego i stanowiące podstawę wyroku umarzającego. Należy jednak pamiętać, że zaistnienie przesłanek materialnych przed rozpoczęciem przewodu sądowego zawsze powoduje umorzenie postępowania, natomiast podział uniewinniająco-umarzający aktualizuje się dopiero w postępowaniu jurysdykcyjnym (zob. Skorupka 2020, s. 240-242). Przesłanki o charakterze uniewinniającym to niepełnienie czynu albo brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia (art. 17§1 pkt 1 k.p.k.) oraz brak realizacji znamion czynu zabronionego albo jego wtórna legalizacja (art. 17§1 pkt 2 k.p.k.). Jeśli chodzi o przesłanki umarzające, to są nimi znikoma szkodliwość społeczna czynu (art. 17§1 pkt 3 k.p.k.) albo niepodleganie sprawcy karze (art. 17§1 pkt 4 k.p.k.). Jedną z okoliczności, które wyłączają prowadzenie postępowania na podstawie przesłanek materialnych (a konkretnie wtórnej legalizacji czynu zabronionego), są kontratypy.

Kontratypy to okoliczności, jakie prowadzą do eliminacji odpowiedzialności karnej ze względu na odpadnięcie elementu bezprawności (Zoll 1982, s. 128.; Wolterb 1963, s. 506). Podstawą ich występowania jest kolizja różnych dóbr w różnych kontekstach (Zontek 2021), która sprawia, że należy wybrać jedno z nich, co czyni dotychczas nielegalne zachowanie naruszające drugie dobro legalnym. Kontratypy w ramach polskiej ustawy karnej możemy podzielić na ogólne i szczególne. Kontratypy ogólne są stypizowane w art. 25§1 (obrona konieczna), 26§1 (stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność) oraz 27§1 (eksperyment) k.k. Mogą one dotyczyć każdego typu czynu zabronionego. Z kolei kontratypy szczególne są ściśle związane z konkretnym typem czynu zabronionego. Przykładowo, taki kontratyp występuje w art. 213§2 k.k., który stanowi, że realizacja znamion przestępstwa z art. 212§1 lub 2 k.k. (zniesławienie w typie podstawowym lub kwalifikowanym - przy użyciu środków masowego komunikowania) nie jest nielegalna, o ile zarzut dotyczy postępowania osoby pełniącej funkcję publiczną lub służy obronie społecznie uzasadnionego interesu. Doktryna prawa karnego wyróżnia jednak jeszcze jeden rodzaj okoliczności nazywanych kontratypami, których charakter oraz nazwa budzą szerokie kontrowersje. Są to tzw. kontratypy pozaustawowe. Językowo rzecz ujmując, są to okoliczności wyłączające

bezprawność, które nie są znane ustawie karnej. Jako najbardziej popularne wymienia się zgodę pokrzywdzonego na naruszenie dobra prawnego, karcenie w celach wychowawczych i dozwolone ryzyko sportowe, jednak ich katalog jest otwarty i nieograniczony do tych wymienionych. Spór co do ich istnienia oraz charakteru prawnego od lat dzieli przedstawiciele polskiej nauki prawa karnego. W dalszej części artykułu autor postara się przytoczyć doktrynalne definicje autorstwa wielu polskich karnistów, by na podstawie tychże wyciągnąć esencję instytucji kontratypu pozaustawowego, na podstawie której będzie można ustalić, która z negatywnych przesłanek materialnych dopuszczalności procesu zaistnieje w sytuacji jego wystąpienia.

Przed przejściem do próby zdefiniowania kontratypu pozaustawowego, warto zwrócić uwagę na problematykę związku kontratypów z materialną cechą przestępstwa, ponieważ będzie to stanowiło istotny element w toku dalszych rozważań. W tym zakresie występują dwa poglądy. Jeden z nich stanowi, że zachowanie kontratypowe nadal było przestępstwem w zakresie zarówno formalnym (realizacja znamion) jak i materialnym (społeczna szkodliwość związana z naruszeniem dobra prawnego), a legalizacja wtórna następowałaby w oderwaniu od tych dwóch elementów. Czyn więc nadal byłby społecznie szkodliwy, choć legalny (Zoll 1982, s. 101-103). Z kolei, zgodnie z drugim poglądem, materialnoprawnym uzasadnieniem okoliczności wyłączających bezprawność jest ocena, iż popełnione w ich ramach czyny pozbawione są społecznej szkodliwości (Marek 1999, s. 161). Autor opowiada się za pierwszą z tych koncepcji. Czyn pozbawiony społecznej szkodliwości nie przestaje być bowiem od razu czynem bezprawnym, o czym będzie szerzej w dalszej części niniejszego opracowania. Nie zmienia to faktu, że w sytuacji kontratypowej faktycznie może dojść do znikomej szkodliwości społecznej czynu i często tak jest, natomiast jego formalna (ustawowa) legalizacja będzie miała wtedy pierwszeństwo przed badaniem, czy rzeczona szkodliwość jest znikoma - w sytuacji kontratypu czyn bowiem przestanie być bezprawny formalnie, przez co problem ocenności związany z kryteriami społecznej szkodliwości czynu w ogóle nie zaistnieje.

DOKTRYNALNA I ORZECZNICZA WIZJA KONTRATYPÓW POZAUSTAWOWYCH

Kontratypy pozaustawowe są instytucją prawa karnego materialnego, która wzbudza niezwykle liczne kontrowersje i jest przedmiotem wielu dyskusji, często dotyczących nawet samego jej istnienia. W doktrynie można

spotkać zarówno przeciwników, jak i zwolenników jej uznawania, zaś grono zwolenników jest jeszcze bardziej różnorodne odnośnie tego, czym kontratyp pozaustawowy *de facto* jest. W tym miejscu niezbędna będzie analiza różnych poglądów doktryny oraz orzecznictwa w celu ustalenia punktu wspólnego odnośnie tego, czym, według zwolenników, kontratyp pozaustawowy jest, a także, jak przeciwnicy tej instytucji odnoszą się do okoliczności, które według poglądów aprobujących mieszczą się w zakresie pozaustawowej kontratypizacji. Pozwoli to na odnalezienie możliwie najbardziej zgodnego elementu wspólnego dla ogółu poglądów, co sprawi, że będzie możliwe odniesienie go do jednej z przesłanek procesowych i ustalenie, która z nich w takich sytuacjach będzie miała zastosowanie.

Zaczynając od grupy przeciwników kontratypów pozaustawowych, należy na samym początku wspomnieć A. Zolla, według którego dylemat ich istnienia jest pozorny, bowiem takich sytuacjach jak tzw. zgoda pokrzywdzonego, zabiegi lekarskie, ryzyko sportowe czy ryzyko dnia codziennego nie występuje on ze względu na brak ataku na dobro prawne lub brak naruszenia przyjętych reguł postępowania, naruszenia normy sankcjonowanej i tym samym brak realizacji znamion typu czynu zabronionego. Nie ma więc w ogóle potrzeby rozważania wystąpienia sytuacji kontratypowej (Zoll 2009, s. 108-114). A. Zoll uważa, iż instytucja kontratypu pozaustawowego narusza zasadę trójpodziału władzy, ponieważ pozostawia organowi orzekającemu swobodę w określaniu, co jest bezprawne, a co nie, tym samym wkraczając w kompetencje władzy ustawodawczej (Zoll 2009, s. 108-114). A. Marek z kolei wprost uważa, że uchylenie przestępności drobnych czynów bezprawnych (np. zwyczajowe upominki, naruszenie nietykalności w obchodach śmigus-dyngus), może być oparte jedynie na stwierdzeniu ich znikomej szkodliwości, zaś skoro pierwotnie zdelegalizować jakieś zachowanie można tylko ustawą, to jego wtórna legalizacja musi nastąpić w ten sam sposób (Marek 2010). S. Tarapata wypowiada się w podobnym tonie, wskazując, że okoliczności ukryte pod nazwą kontratypów pozaustawowych, nie cechują się społeczną szkodliwością i przez to nie ma potrzeby ich specjalnego wyróżniania (Tarapata 2016, s. 395). Są to najbardziej znani autorzy przeciwni instytucji kontratypów pozaustawowych, którzy jednocześnie wypowiadają się w przedmiocie tego, jak określić zachowanie, do którego próbuje się odnieść wzorzec rzeczoności kontratypu. Pozostali krytycy tego poglądu skupiają się zasadniczo na ocenie kontratypów pozaustawowych w kontekście naruszenia przez nich zasad prawa konstytucyjnego i karnego, nie wchodząc w istotę okoliczności; np. R. Kubiak zauważa, że W. Wróblem, naruszenie przez instytucję

kontratypów pozaustawowych funkcji sprawiedliwościowej, ochronnej i kompensacyjnej prawa karnego, poprzez naruszenie interesów pokrzywdzonego związanych z brakiem realizacji sprawiedliwej odpłaty, uniemożliwieniem zrekompensowania krzywdy i szkody za przestępstwo (pozostawiając jedynie ewentualnie drogę cywilną za czyn niedozwolony), a także pozbawieniem bądź poważnym ograniczeniem możliwości obrony koniecznej, która musi odierać zamach bezprawny (Kubiak 2015, s. 82-110). Krytyka taka nie odnosi się do samej istoty kontratypu pozaustawowego, więc nie zostanie ona tutaj poddana szerszej analizie.

Przechodząc do zwolenników instytucji kontratypów pozaustawowych, zacznijmy od poglądu D. Szeleszczuka. Wyraża on ogólne stanowisko, iż prawo karne powinno interweniować tam, gdzie nie jest to niezbędne, gdzie w świadomości społecznej silniej zakorzeniło się przekonanie o obowiązywaniu jakiegoś zwyczaju, niż o obowiązywaniu normy prawnej, która by jego kultywowanie sankcjonowała (Szeleszczuk 2018, s. 124). Wynika z tego, iż kontratyp pozaustawowy jest zaakceptowanym przez wszystkich zwyczajem, a społeczna zgoda na niego sprawia, iż prawo karne nie powinno stawiać mu na przeszkodzie. J. Giezek wskazuje z kolei, iż kontratypem pozaustawowym jest okoliczność nieuregulowana na płaszczyźnie ustawowej, a stanowiąca o legalności podejmowanego zachowania na gruncie całego porządku prawnego (Giezek 2021, s. 232). Z kolei W. Zontek definiuje kontratypy pozaustawowe jako zbiór tradycyjnie przyjmowanych okoliczności, które formalnie realizują znamiona typów czynów zabronionych, ale uznawane są w społeczeństwie, ze względu na swoją powtarzalność, przewidywalność oraz stałe cechy, jako tolerowane (Zontek 2021). J. Hanc z kolei uważa, że legitymacją dla pozaustawowych kontratypów jest przekonująca niecelowość ukarania, niedostrzeżona i niezadekretowana jednak przez prawodawcę (Hanc 2020, s. 174). Odnośnie kreowania kontratypów pozaustawowych przez linie orzecznicze, S. Jakubowski i A. Gajewski wskazują, że jednolitość orzecznictwa uwzględniającego aprobowane w społeczeństwie wartości gwarantuje wzrost społecznego zaufania do sądów i przekonania o sprawiedliwości podejmowanych przez nie orzeczeń (Jakubowski, Gajewski 2015, s. 21). Pogląd ten, choć powołany na potrzeby linii orzeczniczej sądów administracyjnych, ma przełożenie na prawo karne w tym zakresie, że pozwala na utrwalenie przez linię orzeczniczą zachowań uważanych przez społeczeństwo za wartościowe i umożliwienie podmiotom je realizującym uniknięcia odpowiedzialności karnej. Stanowi to remedium na niedostosowane do społecznych oczekiwań ustawy oraz blokuje karanie pozytywnie nacechowanych przez społeczeństwo zachowań.

Orzecznictwo z kolei jest wybitnie przychylne instytucji kontratypów pozaustawowych, choć najczęściej nie odwołuje się do ich istoty, a jedynie wskazuje na ich istnienie. Istnieją jednak nieliczne przypadki, w których Sąd Najwyższy wypowiedział się odnośnie tego, czym one są. Przyjmuje on, że dominujące znaczenie merytorycznej strony przestępstwa (społeczna szkodliwość czynu) zmusza do tego, aby w pewnym zakresie wyłączyć przestępczość tego czy innego czynu w sytuacjach, w których nie może być mowy o społecznej szkodliwości czynu, nawet jeśli nie istnieje ustawowy zakaz¹. Występuje tutaj wnioskowanie *a minori ad maius*, w myśl którego, skoro ustawa w art. 2 k.k. nakazuje wyłączenie przestępczości czynu przy jego znikomej społecznej szkodliwości, to tym bardziej powinno ono nastąpić, gdy rzeczony szkodliwości w ogóle brak. Sąd Najwyższy wskazuje też, że istotą kontratypów pozaustawowych jest brak bezprawności przy jednoczesnej formalnej realizacji znamion czynu zabronionego². Oznacza to, że czyn zabroniony popełniony jest tylko formalnie, materialnie natomiast nie stanowi on przestępstwa.

ISTOTA KONTRATYPU POZAUSTAWOWEGO ORAZ PROBLEM JEGO NAZWY

Jak więc zostało wyżej przedstawione, poglądy na temat kontratypów pozaustawowych stanowią bardzo szerokie spektrum, w związku z czym nie jest łatwe ustalenie ich punktu wspólnego. Na pewno każdy z przedstawionych poglądów, zarówno ze strony przeciwników, jak i zwolenników kontratypów pozaustawowych, przyznaje, że wystąpienie okoliczności tak nazywanych powoduje brak bezprawności czynu. Czyn formalnie stanowiący czyn zabroniony nie jest więc przestępstwem w znaczeniu materialnym. Do braku rzeczony bezprawności inaczej się jednak odnoszą różni autorzy.

Przeciwnicy istnienia kontratypów pozaustawowych uznają sytuację takiego kontratypu za brak przestępstwa w ogóle czy to przez brak realizacji znamion przestępstwa, czy też brak społecznej szkodliwości czynu. Nie ma, ich zdaniem, potrzeby wyróżniania osobnej kategorii kontratypów pozaustawowych, skoro część takich okoliczności sprawia, że czyn zabroniony nie atakuje dobra prawnego (więc nie zachodzi przestępstwo), a reszta obniża poziom społecznej szkodliwości zachowania do znikomego bądź niższego. Zdaniem autora brak ataku na dobro prawne, o którym pisze A. Zoll, wiąże się jednoznacznie z całkowitym brakiem społecznej szkodliwości czynu, nawet gdy

¹ Postanowienie SN z 7.01.2008 r., V KK 158/07, OSNKW 2008, nr 5, poz. 34.

² Uchwała SN z 30.11.2016 r., SNO 49/16, LEX nr 2194888.

zostaną formalnie zrealizowane znamiona typu czynu zabronionego. Jednym z kryteriów oceny społecznej szkodliwości czynu jest, w myśl art. 115§2 k.k., rozmiar wyrządzonej lub grożącej szkody. Pod tym pojęciem należy rozumieć wielkość każdego – wyrządzonego lub grożącego – uszczerbku w dobrach prawnych, będących przedmiotem zamachu badanego czynu zabronionego (Daniluk 2011, s. 8). W przypadku, o którym wspomina A. Zoll, mowa jest o sytuacji, w której dobro prawne nie doznało żadnego uszczerbku. Co za tym idzie, faktycznie przeciwnicy uznawania kontratypów pozaustawowych akcentują brak szkodliwości społecznej w zachowaniu sprawcy.

Z kolei spośród poglądów aprobujących wyłania się ostatecznie obraz zgody społeczeństwa, którego ochronie prawo karne ma służyć, na pewne zachowania, nawet jeśli są one w myśl przepisów ustawy karnej bezprawne. Służy to - w dalszej perspektywie - realizacji funkcji ochronnej prawa karnego. Funkcja ta polega na ochronie dóbr przedstawiających wartość społeczną przed atakami prowadzącymi do ich naruszenia lub narażenia na niebezpieczeństwo, i jest uważana za najważniejsze zadanie prawa karnego (Giezek 2020, s. 33). Skoro więc prawo karne powinno chronić to, co społeczeństwo uważa za wartościowe, to tym bardziej nie powinno ono tych dóbr w sposób nieuzasadniony naruszać. Jeżeli zaś tak jest, bo ustawodawca nie dostosowuje prawa do wartości społecznie akceptowanych, to instytucja kontratypów pozaustawowych pozwala na ochronę tychże przed samymi ustawowymi środkami ochrony. Okoliczności popełnienia czynu, o których mowa w art. 115§2 k.k., które zwyczajowo są akceptowane przez społeczeństwo i uważane za wartościowe, są w stanie obniżyć szkodliwość społeczną czynu do poziomu znikomego lub wręcz zerowego.

Próbując doprowadzić do syntezy poglądy przeciwników i zwolenników kontratypów pozaustawowych, można uznać, iż esencją sytuacji z tą instytucją związanych jest niska szkodliwość społeczna danych czynów związana z powszechną ich akceptacją w społeczeństwie oraz przyjęciem ich, mimo formalnej bezprawności, jako normy postępowania. Powstaje w tym momencie pytanie, czy nazwa “kontratyp pozaustawowy” jest właściwa, w kontekście tego, że kontratyp opiera się na wyłączeniu bezprawności, a nie społecznej szkodliwości. T. Kaczmarek wskazuje, że brak społecznej szkodliwości w przestępstwie nie oznacza zarazem braku bezprawności, ponieważ taki czyn pozostaje czynem formalnie bezprawnym (Kaczmarek 2008, s. 21-33). Doktryna przyjmuje, że bezprawność oznacza sprzeczność z porządkiem prawnym, przy czym nie jest istotne, czy chodzi tu o system prawa karnego, czy o inną gałąź prawa (Jędrzejewski i in. 2016), a więc czyn jest

bezprawny wtedy, gdy sprzeciwia się normom zdekodowanym z przepisów prawnych. W tym kontekście nazywanie takich okoliczności kontratypami pozaustawowymi wydaje się być pewnym nadużyciem pojęcia. Należy w takiej sytuacji odnaleźć inną, syntetyczną nazwę dla tego zjawiska. W związku z faktem, iż doktryna uznaje za synonimiczne pojęcia społecznej szkodliwości czynu i jego karygodności (Banasik, 2020, s. 36-47; Filipczak 2015, s. 233-255), Autor chciałby tu zaproponować nazwę “powszechnie uznawane okoliczności wyłączające karygodność”. Oddaje ona istotę tego, co nazywane jest kontratypami pozaustawowymi, w najszerszym zakresie. Epitet “powszechnie uznawane” ma na celu podkreślenie, że nie chodzi o wszystkie okoliczności popełnienia czynu w rozumieniu art. 115§2 *in medio* k.k., a jedynie o te, które w drodze powszechnego społecznego uznania oraz dorobku judykatury i orzecznictwa zostały utrwalone jako powtarzalnie bardzo mocno zaniżające bądź wyłączające w konkretnych kontekstach szkodliwą społeczność czynu. Należy przy tym mieć na uwadze, że, uwzględniając argumentację zarówno przeciwników, jak i zwolenników kontratypów pozaustawowych, na przedmiotową sytuację wpływ mają nie tylko “okoliczności popełnienia czynu”, ale również inne kryteria z art. 115§2 k.k. (jak chociażby, w nawiązaniu do A. Zolla, brak wyrządzonej lub grożącej szkody). W dalszej części artykułu autor będzie posługiwał się pojęciem kontratypów pozaustawowych oraz powszechnie uznawanych okoliczności wyłączających karygodność zamiennie z uwagi na konieczność przedstawienia spektrum aktualnych poglądów związanych z przedmiotowymi okolicznościami, a wśród nich pojęcie kontratypów pozaustawowych jest ugruntowane.

PRÓBA OCENY KONTRATYPÓW POZAUSTAWOWYCH JAKO NEGATYWNEJ PRZESŁANKI PROCESOWEJ

Po wydobyciu esencji kontratypów pozaustawowych, czy też powszechnie uznawanych okoliczności wyłączających karygodność, należy przejść do kluczowych rozważań, jakie konsekwencje karnoprosesowe będzie miało zaistnienie takich okoliczności. Zasadniczo w doktrynie prawa karnego procesowego występują trzy poglądy odnośnie umiejscowienia kontratypów pozaustawowych wśród przesłanek procesowych. Zgodnie z nimi, za taką podstawę mogą uchodzić: art. 17§1 pkt 2 *in fine* k.p.k. (wtórna legalizacja czynu zabronionego), art. 17§1 pkt 3 k.p.k. (znikoma szkodliwość społeczna czynu) lub art. 17§1 pkt 11 k.p.k. (inna okoliczność wyłączająca ściganie).

Analizę zjawiska należy rozpocząć od wtórnej legalizacji czynu zabronionego, czyli od art. 17§1 pkt 2 *in fine* k.p.k. Przepis ten, jako przeszkoda procesowa związana z kontraktami ustawowymi, pierwsza nasuwa się na myśl, gdy mowa o kontraktach pozaustawowych. Takie też podejście przejawia większość przedstawicieli doktryny prawa karnego procesowego (Skorupka 2021; Kurowski 2022; Steinborn 2016), którzy w swoich publikacjach zasadniczo nie uzasadniają usytuowania ich w zakresie tego przepisu. W ocenie autora przepis ten ma jednak najslabszą legitymację do bycia podstawą umorzenia postępowania bądź uniewinnienia oskarżonego w związku z sytuacją kontraktu pozaustawowego. Art. 17§1 pkt 2 *in fine* k.p.k. wprost stanowi, iż nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, jeżeli ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa. Oznacza to, że podstawa wtórnej legalizacji czynu musi mieć swoje ustawowe źródło. Jej istnienie w porządku prawnym prowadzi do derogacji w jej zakresie normy czyniącej dane zachowanie bezprawnym. Pozaustawowy charakter przedmiotowych okoliczności stoi w jawnej sprzeczności z przesłanką procesową, dla której realizacji jest wymagana podstawa ustawowa.

Art. 17§1 pkt 11 k.p.k., czyli inne okoliczności wyłączające ściganie, również ma swoich zwolenników. Akcentują oni, że przepis ten ma niezwykle pojemną treść, a w jego ramach można umieścić okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną bez konieczności stosowania licznych, karkołomnych koncepcji naukowych (Kosonoga 2017; Brzozowski 2014, s. 206-208). Co do tego stanowiska również autor zachowuje stanowisko sceptyczne. Zgodzić się należy, że jest to najbardziej pojemna przesłanka procesowa, do której można zakwalifikować wiele okoliczności, jednak należy zauważyć, że one również powinny mieć swoje źródło ustawowe. Przepis nie stanowi o tym wprost, jednak należy pamiętać, iż, zgodnie z art. 7 Konstytucji RP, organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, że w państwie praworządym wszelka działalność władcza wymaga podstaw prawnych, tzn. legitymacji w prawie nadanym upoważnieniu do działania (Banaszak 2012). Ich działania muszą przynajmniej wyjściowo posiadać podstawę normatywną. Okoliczność taka może mieć charakter ocenny, ale musi wynikać z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. W podobnym tonie wypowiada się orzecznictwo, stanowiąc, że przez "inne okoliczności wyłączające ściganie" w ujęciu art. 17§1 pkt 11 k.p.k. rozumie się przeszkody natury prawnej, wynikające z norm k.p.k. oraz przepisów innych ustaw lub

umów międzynarodowych³. Do takich okoliczności zaliczyć można np. abolicję czy amnestię, jako że źródło tychże występuje w specjalnych ustawach abolicyjnych lub amnestyjnych. Trudno uznać że okoliczność niewystępująca w żadnym akcie ustawowym może być powołana jako uzasadnienie przesłanki wymagającej podstawy w ustawie. Tym samym należy przyjąć, że również art. 17§1 pkt 11 k.p.k. nie będzie miał zastosowania przy kontratypach pozaustawowych.

Biorąc pod uwagę, że pozostałe możliwości zostały wykluczone, a także w kontekście wcześniejszych rozważań nad istotą kontratypów pozaustawowych oraz zaproponowania przez autora nowego pojęcia w postaci “powszechnie uznawanych okoliczności wyłączających karygodność”, do wyboru pozostaje tylko obecna w art. 17§1 pkt 3 k.p.k. przesłanka znikomej szkodliwości społecznej czynu. Skoro istotą przedmiotowych sytuacji jest powszechna akceptacja w społeczeństwie okoliczności towarzyszących popełnieniu czynu zabronionego, która pozbawia te sytuacje karygodności, nie ulega wątpliwości, że rzeczona przesłanka procesowa najlepiej oddaje ich sens. To stanowisko zostało poddane krytyce z uwagi na to, że odrywa się od kontratypu pozaustawowego, akcentując rzeczony brak materialnego elementu przestępstwa (Brzozowski 2014, s. 206). Zarzut ten, w świetle wcześniejszych rozważań autora oraz propozycji nowej nazwy dla przedmiotowej instytucji, jest bezzasadny. Skoro esencją okoliczności tworzących znamiona kontratypu pozaustawowego jest właśnie obniżona czy wręcz znikoma szkodliwa społeczność czynu formalnie bezprawnego, a tolerowanego, akceptowanego czy wręcz afirmowanego przez społeczeństwo, to nie można mówić o żadnym oderwaniu jednej instytucji od drugiej. Społeczna szkodliwość czynu stanowi o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności nazywanej kontratypem pozaustawowym, i to bez względu na to, czy zostanie on nazwany w ten czy inny sposób. Poza tym, jak już to zostało wyżej wskazane, społeczna szkodliwość czynu w przypadku wystąpienia ustawowego kontratypu również jest znikoma bądź żadna, co wynika z pozostawienia nienaruszonym dobra prawnego o większej wartości kosztem dobra wartego mniej. Skoro więc w sytuacjach określonych w ustawie będzie ona miała stopień wykluczający w myśl art. 1§2 k.k. popełnienie przestępstwa, to jak najbardziej można to też odnieść do wyłączenia przestępności czynu wskutek zwyczajów i norm społecznych.

³ Postanowienie SN z 31.03.2016 r., II KK 313/15, OSNKW 2016, nr 7, poz. 44.

ZAKOŃCZENIE

Problem związany z uznawaniem lub nieuznawaniem istnienia kontraktów pozaustawowych, po bliższych przeglądzie, okazał się w gruncie rzeczy konfliktem pozornym. Zarówno ich przeciwnicy, jak i zwolennicy, uważają, że istnieją pewne okoliczności o charakterze pozanormatywnym i zwyczajowym, których zaistnienie implikuje brak uznania danego czynu za przestępstwo, mimo iż bez tych okoliczności byłby nim. Problem zaistniał na płaszczyźnie nazewnictwa, bowiem przeciwnicy wyrazili wątpliwości, by nazywać kontraktem okoliczność sprawiającą, że czyn formalnie nadal będzie przestępstwem, nawet jeśli nie jest nim materialnie. Jak się okazuje, wątpliwości te nie były pozbawione podstaw. Powszechne przyjęcie nazwy “kontraktów pozaustawowych” doprowadziło do tego, że większość przedstawicieli doktryny prawa karnego procesowego uznała te okoliczności za wyłączające ściganie karne z uwagi na wtórną legalizację czynu zabronionego - a takie coś nie jest możliwe, bowiem rzeczona wtórna legalizacja, w myśl art. 17§1 pkt 2 *in fine* k.p.k., może mieć tylko i wyłącznie ustawową podstawę. Zbadanie przeglądu stanowisk doktryny prawa karnego materialnego pozwoliło na ustalenie, że punktem stycznym poglądów dotyczących tego rodzaju okoliczności jest uznanie, że przez przyjęte w danym społeczeństwie normy społeczne, obyczajowe i zwyczajowe dane zachowanie przestaje być uznawane za nacechowane negatywnie, a wręcz dochodzi do jego afirmacji. Dlatego też istotne jest wprowadzenie pojęcia “powszechnie uznawanych okoliczności wyłączających karygodność”, które docelowo powinno wyprzeć “kontrakty pozaustawowe”. Tak ujęta istota tej instytucji niewątpliwie stanowi o braku społecznej szkodliwości takiego zachowania, co oznacza, że zastosowanie tutaj znajdzie art. 17§1 pkt 3 k.p.k. Co za tym idzie, takie postępowanie zawsze zostanie zakończone umorzeniem, bez względu na stadium, w którym przedmiotowa okoliczność zostanie ujawniona.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

Banasik K.,
2020 *Brak przestępstwa w przypadku posiadania śladowej ilości narkotyku*,
PS 2020, nr 7-8.

Banaszak B.,

- 2012 *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.* Wyd. 2, Warszawa.
- Bojarski M., Giezek J., Sienkiewicz Z.,
 2020 *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna.*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa.
- Brzozowski P.,
 2014 *Podstawa prawna odmowy wszczęcia (umorzenia) postępowania karnego w sytuacji wystąpienia pozaustawowego kontratypu*, Acta Iuris Stetinensis 8, 837.
- Cieślak M.,
 1973 *Polska procedura karna, podstawowe założenia teoretyczne*, wyd. PWN.
- Daniluk P.,
 2021 *Ocena społecznej szkodliwości czynu*, Prok. i Pr., Nr 6.
- Filipczak M.,
 2015 *Przygotowanie i usiłowanie w polskim prawie karnym*, Prok. i Pr.
- Giezek J. (red.),
 2021 *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz.*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa.
- Grajewski J., Rogoziński P., Steinborn S.,
 2016 *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, LEX/el.
- Hanc J.,
 2020 *L'art pour l'art, czyli o tzw. kontratypie sztuki*, SACLR, Nr 1.
- Jakubowski S, Gajewski A.,
 2015 *Argument z linii orzeczniczej w orzecznictwie sądów administracyjnych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa.
- Kaczmarek T.,
 2008 *O tzw. okolicznościach "wyłączających" bezprawność czynu*, Prok. i Pr., nr 10.
- Królikowski M., Zawłocki R., (red.)
 2021 *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116.* Wyd. 5, Warszawa.
- Kubiak R.,
 2015 *Czy istnieje "kontratyp zwyczajowy"?*, Prok. i Pr. 2015, nr 7-8.

- Marek A. (red.)
2010 *Kodeks karny. Komentarz, wyd. V*, Warszawa.
- Marek A.,
1999 *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Wydawnictwo Prawnicze sp. z o.o., Warszawa.
- Paprzycki L. (red.),
2016 *System Prawa Karnego. Tom IV. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, wyd. 2, C.H. Beck.
- Skorupka J. (red.),
2021 *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wyd. 5, Warszawa.
- Skorupka J. (red.), Kremens K., Nowicki K.,
2020 *Proces karny*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa.
- Stefański R. A., Zabłocki S. (red.),
2017 *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1-166*, Warszawa.
- Szeleszczuk D.,
2018 *Prawo karne, pojęcie wybryku, kontratyp zwyczajny. Glosa do wyroku SN z dnia 30 stycznia 2018 r., IV KK 475/17*, OSP, nr 12.
- Świecki D. (red.)
2022 *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*.
- Wolter W.,
1963 *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, PiP, Nr 10.
- Waltoś S. (red.),
2011 *Marian Cieślak. Dzieła wybrane. Tom IV. Prawo karne procesowe. Artykuły, studia i inne prace.*, Kraków.
- Tarapata S.,
2016 *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa.
- Zoll A.,
1982 *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (zagadnienia ogólne)*, Kraków.
2009 *W sprawie kontratypów*, PiP, nr 4.

Orzecznictwo

Postanowienie SN z 7.01.2008 r., V KK 158/07, OSNKW 2008, nr 5, poz. 34.

Postanowienie SN z 31.03.2016 r., II KK 313/15, OSNKW 2016, nr 7, poz. 44.

Uchwała SN z 30.11.2016 r., SNO 49/16, LEX nr 2194888.

KODEKS KARNY Z 1932 ROKU JAKO WSKAZÓWKA DLA OBECNEGO USTAWODAWCY

Streszczenie: Prawo karne obejmujące swoją właściwością nieletnich sprawców czynów zabronionych należy obecnie do najszerzej komentowanych w Polsce. Jest tak w związku z wejściem w życie ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich. Uchodzi ona w gronach eksperckich za akt prawny regresywny w stosunku do poprzednich aktów. Pierwszym aktem prawnym, który odnosił się do prawa nieletnich uchwalonym w niepodległej Polsce był Kodeks Karny z 1932 roku. Przyjmował on założenia na tyle innowacyjne, że w części dotyczącej nieletnich funkcjonował aż do 1983 roku. Sama biografia Makarewicza jest przykładem naukowca niebojącego się stawiać pytań. Właśnie dlatego udało mu się stworzyć jedną z najlepszych regulacji w dziejach Rzeczypospolitej.

Słowa kluczowe: *nieletni, prawo karne, Makarewicz, resocjalizacja*

WPROWADZENIE

Człowiek patrzący z perspektywy kilku dekad mógłby odnieść wrażenie, że II Rzeczpospolita była państwem upadłym. „Państwem sezonowym” od początku swojego istnienia Rzeczpospolita nazywana była przez niemieckich polityków niemogących wybaczyć Polakom odebrania części Wielkopolski i Śląska. W sposób dobry obrazuje to, w jakiej sytuacji znajdowała się Rzeczpospolita na początku swojego istnienia. Powszechna była bieda i niedożywienie ludności. Brakowało nawet najbardziej podstawowych artykułów pierwszej

potrzeby. Wysilek państwa skupił się na wojnie, pochłaniając w szczytowym momencie ponad połowę państwowego PKB. Kraj był zniszczony przez toczącą się od ponad 4 lat Wielką Wojnę i politykę okupacyjną. Biorąc pod uwagę, że zarówno Imperium Romanowów jak i Hohenzollernów prowadziło politykę mającą na celu sabotowanie rozwoju gospodarczego i społecznego ziem polskich był to potężny cios. Aparat przymusu w wielu miejscach faktycznie nie istniał lub nie spełniał swojej roli w sposób właściwy. Nawet jeśli w jego skład wchodził funkcjonariusze chcący wykonywać swoje obowiązki w dobry sposób, często lokalne grupy przestępcze były silniejsze. Dlatego do zadań policyjnych zaczęto kierować żandarmerię i Wojsko Polskie. Wśród ogólnego chaosu i anarchii przestępczość nie była rzadkością. Wielu obywateli państwa przywykło wręcz do wszechobecnej przemocy i bezradności władz. Właśnie dlatego jedną z najważniejszych rzeczy dla nowo powstałego państwa była reforma przestarzałego i odziedziczonego po zaborcach prawa, w tym prawa karnego.

W czerwcu 1919 roku rozpoczęła pracę Komisja Kodyfikacyjna RP. Została podzielona pomiędzy kilka sekcji regulujących najważniejsze dziedziny prawa. Sekcja prawa karnego została w późniejszym czasie podzielona pomiędzy prawo karne materialne, a prawo karne procesowe. Na czele pierwszej z nich stanął zwolennik progresywnego i nowoczesnego podejścia do prawa karnego i sprawców, profesor Juliusz Makarewicz. Na czele drugiej z nich stanął profesor Edmund Krzymuski, będący zwolennikiem klasycznej szkoły prawa karnego. Niezwykle ważną postacią Komisji był przysły prezes Sądu Najwyższego profesor Aleksander Mogilnicki, reprezentujący pogląd, że działania w stosunku do nieletnich sprawców przestępstw powinny objąć przede wszystkim daleko idące działania prewencyjne, nie karanie. Przepisy karne dotyczące nieletnich, pomimo kilku niedociągnięć były niezwykle innowacyjne. Zachowały one z niewielkimi zmianami moc obowiązującą aż do 1983 roku. Nawet przeciwne poglądom profesora komunistyczne władze doceniły jego kunszt prawniczy pozwalając, by przepisy jego autorstwa funkcjonowały jeszcze dekady po przejściu władzy. Pewien szacunek dla jego twórczości i wiedzy zachowały również władze Związku Sowieckiego. Po zajęciu Lwowa i włączeniu go do Związku Sowieckiego pozwoliły profesorowi wykładać na Uniwersytecie we Lwowie aż do śmierci. Juliusz Makarewicz prowadził tam wykład porównujący systemy prawa karnego krajów europejskich. Nigdy nie zgodził się pomimo ogromnej wiedzy na wykładanie prawa Związku Sowieckiego. Do końca pracy na uniwersytecie starał się mówić do studentów po polsku.

KRÓTKA BIOGRAFIA TWÓRCY PRAWA NIELETNICH

11 lipca 1932 roku po długich pracach legislacyjnych obejmujących prace Komisji Kodyfikacyjnej RP, a także Ministerstwa Sprawiedliwości, Prezydent RP wprowadził do porządku prawnego za pomocą rozporządzenia Kodeks Karny. Był to akt prawny wyróżniający się nie tylko w skali polskiej czy europejskiej, ale światowej. Profesor Juliusz Makarewicz, będący przez 10 lat zanim został profesorem uniwersytetu śledczym Sądu Okręgowego w Krakowie dogłębnie rozumiał naturę przestępstwa. W Polsce był prekursorem nowej pozytywistycznej szkoły prawa karnego. Postrzegał przestępstwo jako nie tylko zjawisko stricte prawnicze, ale przede wszystkim socjologiczne, antropologiczne i psychologiczne (https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/147980/zoll_juliusz_makarewicz_1872-1955_2000.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Dostęp: 22.08.2022]; Papierkowski, 1977).

Niezwykle progresywne jak na ówczesny czas poglądy badacza przyczyniły się do nieco utrudnionej drogi kariery naukowej. W 1896 roku usiłował się on habilitować na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie. Podstawą ubiegania się przez Makarewicza o tytuł doktora habilitowanego była praca „Das Wesen des Verbrechens” będąca pierwowzorem naukowego dzieła życia Makarewicza „Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage”. Praca ta była przełomem w życiu polskiego naukowca, przyczyniając się do jego popularności wśród europejskich kolegów. Nie wystarczyła jednak zdaniem profesorów Uniwersytetu Jagiellońskiego na czele z prof. Edmundem Krzymuskim do uzyskania tytułu doktora habilitowanego.

Makarewicz zmuszony został do zmiany kierunku swoich badań i uzyskania tytułu na podstawie pracy „Idealny zbieg przestępstw w ustawie karnej austriackiej”. Praca ta nie przyczyniła się do postępu w nauce, jednak pozwoliła Makarewiczowi na uzyskanie upragnionego stopnia naukowego.

Konflikt pomiędzy tak zwaną klasyczną szkołą prawa karnego, która dominowała w Europie od początku lat 60 XX wieku, a pomiędzy rozwijającą się dopiero szkołą socjologiczną prawa karnego, skupiającą się na przestępstwie jako zjawisku natury socjologicznej, historycznej i antropologicznej. Spór ten przyczyni się do dużego postępu polskiego prawodawstwa.

Profesor Makarewicz prowadząc swoje badania nie poprzestał na ogólnych badaniach czy własnych refleksjach. Analizował on korzystając z metody prawno-porównawczej systemu prawa karnego funkcjonujące w ważniejszych państwach Europy. Warto podkreślić, że większość przedwojennych systemów

prawnych prawa karnego składała się z przepisów opartych o rozwiązania klasycznej szkoły prawa karnego. W 1929 roku Makarewicz opublikował swoje refleksje z odbytej podróży po Stanach Zjednoczonych. Jak tłumaczy on w publikacji „USA kartki z podróży po Stanach Zjednoczonych” celem wyjazdu było poznanie odważnych trendów i pomysłów amerykańskich praktyków i teoretyków prawa. Dorobek profesora został doceniony przez amerykańskich kolegów. Makarewicz został przyjęty w poczet Amerykańskiej Akademii Nauk w Bostonie.

Po niezbyt przyjaznym przyjęciu przez bardzo konserwatywne środowisko krakowskich karnistów Juliusz Makarewicz zdecydował się na przeniesienie do Lwowa. Na decyzję uczonego wpłynął fakt, że żona badacza posiadała we Lwowie działkę, na której profesor w ciągu kilku lat postawił dom. Po zajęciu Lwowa przez Armię Czerwoną, a następnie Wehrmacht Makarewicz został odsunięty od prowadzenia wykładów. Nie zrezygnował jednak z pracy i prowadził kursy w ramach tajnego nauczania. W styczniu 1945 roku został przez sowieckie służby bezpieczeństwa aresztowany, a następnie w ramach walki z „polskimi faszystami” wywieziony na 9 miesięcy na tereny dzisiejszego Kazachstanu. W 1947 roku po długich staraniach, trwających od zajęcia Lwowa w 1939 roku Makarewicz został mianowany na stanowisko profesora Katedry Prawa Karnego i Procesu. Miał za zadanie poprowadzić wykład, którego treść skupiała się na systemach prawa karnego funkcjonujących poza Związkiem Sowieckim. Nazywał się „prawo karne państw burżuazyjnych”. Fakt, że sowieckie władze uczelni zgodziły się na tego typu wykład dowodzi, jak dużą wiedzę miał profesor na tle sowieckich kolegów. Kolejne niemal 2 lata zajęło Makarewiczowi ubieganie się o przywrócenie należnego tytułu naukowego. Mimo uzyskania go dostawał zaledwie połowę należnego wynagrodzenia. Profesor nie był jednak w stanie prowadzić nieskrępowanych badań, a chcąc zachować stanowisko i uniknąć ponownej deportacji w głąb Związku Sowieckiego zmuszony był do wprowadzania do swoich wykładów i publikacji wątków prosowieckich. Mimo tego faktu Makarewicz nigdy nie zdecydował się na prowadzenie wykładu poświęconego sowieckiemu prawu karnemu. Znamienne jest, że pomimo wykładania na sowieckim Państwowym Uniwersytecie Iwana Franki do końca życia wykładał nie tylko po rosyjsku, ale w innych językach takich jak francuski, ukraiński czy niemiecki. Najczęściej jednak starał się mówić po polsku (Redzik, 2019).

Największym dziełem profesora w dziedzinie legislacji pozostał jednak wprowadzony do porządku prawnego 11 lipca 1932 roku projekt Kodeksu Karnego (Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r.).

NAJWIĘKSZE DZIEŁO – KODEKS KARNY Z 1932 ROKU

Największym dziełem profesora w dziedzinie legislacji pozostał jednak wprowadzony do porządku prawnego 11 lipca 1932 roku projekt Kodeksu Karnego. W jego składzie znalazły się również przepisy dotyczące nieletnich sprawców czynów zabronionych (Grzeškowiak, 2012, s. 77). Za sprawą Makarewicza przyjęto w trakcie prac komisji szereg progresywnych instytucji i rozwiązań. Jedną z najważniejszych było przyjęcie zasady, że osoba nieletnia nie podlega karze, a wobec niej mogą być stosowane jedynie środki wychowawcze i poprawcze. Inną był wyraźny podział wieku, od którego dana osoba mogła ponosić odpowiedzialność i zakres tej odpowiedzialności. Do 13 roku życia żadna z osób nie mogła ponosić odpowiedzialności na podstawie przepisów kodeksu karnego. Pomiędzy 13 a 17 rokiem życia odpowiedzialność sprawcy zależała od tak zwanego rozeznania. Sprawca, który ukończył 17 lat, nie mógł zostać skazany, aż do 21 roku życia na najcięższe kary - karę dożywotniego pozbawienia wolności oraz karę śmierci (Grzeškowiak, 2012, s. 74). Odpowiadał jednak ze swoje czyny na zasadach ogólnych. Po raz kolejny więc zwyciężyła wizja szkoły socjologicznej obejmującej ustalenie stanu psychicznego i społecznego sprawcy czynu, a dopiero później podjęcie decyzji o stosowaniu stosownych środków karnych, poprawczych lub wychowawczych. Ustalenie stanu psychicznego sprawcy oraz świadomości obejmującą bezprawność lub brak bezprawności czynu zabronionego spoczywała na barkach sędziego. Nie bez znaczenia w tej materii było również określenie rozwoju umysłowego i moralnego pozwalającego na pokierowanie swoim postępowaniem. Należy poczynić uwagę, że instytucja ta była wówczas szeroko krytykowana. Czyniono uwagi, że w wielu sprawach jest niezwykle trudne lub wręcz niemożliwie określenie podczas jednej rozprawy dokładnie czy sprawca popełnił dany czyn z rozeznaniem czy nie. Jednak należy zwrócić jednocześnie uwagę, że przy ówczesnym stanie rozwoju nauk medycznych, psychologicznych, a także prawoznawstwa rozwiązanie to należało do jednych z najnowocześniejszych w Europie, dając początek nowoczesnego podejścia do nieletnich sprawców czynów zabronionych.

Niewielkie zmiany w przepisach Kodeksu Karnego z 1932 roku dotyczące sytuacji prawnej nieletnich nastąpiły dopiero niemal 40 lat po przejściu władzy w Polsce przez stronników Kremla i nieco ponad 50 lat po wejściu w życie Kodeksu Karnego autorstwa Makarewicza. Fakt ten udowadnia niezwykle nowatorski charakter regulacji autorstwa Komisji Kodyfikacyjnej RP. Pomimo celowo podtrzymywanego zacofania cywilizacyjnego na poziomie

technologicznym polskie elity umiały wznieść się na światowe wyżyny jeśli chodzi o rozwiązania prawno-administracyjne w nowym państwie. Dowodzi również tego, że wydane w formie rozporządzenia przepisy nie były przepisami politycznymi. W takim przypadku bowiem zostałyby one szybko derogowane przez polskie władze po 1945 roku.

PRAWO NIELETNICH W PRL

W 1970 roku w przepisach regulujących odpowiedzialność nieletnich poczyniono niewielkie zmiany. Jednocześnie wskazano w akcie rangi ustawowej, że postanowienia Kodeksu Makarewicza dotyczące nieletnich obowiązywać będą do czasu uchwalenia stosownej ustawy. Zmianą, o której mowa jest wprowadzenie do porządku prawnego artykułu 9. Podwyższono wiek odpowiedzialności na podstawie przepisów kodeksu z warunkowego 13 do warunkowego 16 roku życia. Odmiennie niż w Rozporządzeniu Prezydenta RP z 1932 roku określono jednak warunek odpowiedzialności. Sprawca odpowiadał na zasadach określonych w kodeksie w przypadku popełnienia zbrodni wymienionej w katalogu w paragrafie 2 artykułu 9 ustawy. Zaliczały się do nich najcięższe czyny zabronione na czele ze zbrodnią rozboju, gwałtu czy zbrodni przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu. W toku postępowania celem sądu było ponadto określenie okoliczności czynu, a także warunków osobistych i przeszłości sprawcy. Sąd powinien ustalić ponadto dojrzałość sprawcy zarówno w aspekcie psychicznym, moralnym jak i socjalnym.

Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich była pierwszym aktem prawnym w historii Rzeczypospolitej obejmującym w swojej materii prawo nieletnich jako osobny przedmiot regulacji, nie będący częścią ogólnych przepisów kodeksowych. Weszła w życie dopiero 13 maja 1983 roku. Po raz kolejno zastanawiano się nad, tym czy wobec nieletnich powinno się stosować środki karne czy jedynie poprawcze. Sam akt prawny, pomimo niezwykle długich prac legislacyjnych, oceniany był niezwykle krytycznie z uwagi na brak dostatecznie doprecyzowanych przepisów. Przyjęte regulacje określają kilka grup osób, wobec których mogą być stosowane środki, o których mowa w ustawie. W zakresie zwalczania demoralizacji może obejmować każdą osobę, która nie ukończyła 18 roku życia, a w zakresie wykonywania już zasadzonych środków wychowawczych i poprawczych osoby do 21 roku życia. Na podstawie ustawy toczą się również postępowania karne wobec osób, które mają pomiędzy 13 a 17 lat. Dalsza część regulacji nawiązuje do socjologicznej

myśli prawa, podkreślając potrzebę działań mających na celu przywrócenie do społeczeństwa danego nieletniego, który dopuścił się czynu karalnego.

Ostatnim, a jednocześnie jednym z najbardziej kontrowersyjnych projektów w historii prawodawstwa polskiego obejmujących swoim zakresem prawo dotyczące przestępnych nieletnich jest Ustawa z dnia 9 czerwca 2022 roku o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich.

NOWA WIZJA PRAWA NIELETNICH?

Ostatnim, a jednocześnie jednym z najbardziej kontrowersyjnych projektów w historii prawodawstwa polskiego obejmujących swoim zakresem prawo dotyczące przestępnych nieletnich jest Ustawa z dnia 9 czerwca 2022 roku o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich. 21 lipca 2022 roku na podpisanie ustawy zdecydował się prezydent Andrzej Duda. Twórcy ustawy postawili sobie za cel udoskonalenie w ich opinii niedostatecznie dobrze uregulowanego zagadnienia. Zdaniem ekspertów jednak jest to regres w polityce karnej i wychowawczej państwa (<https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114883,28690080,ustawa-o-wspieraniu-i-resocjalizacji-nieletnich-czeka-na-podpis.html>) [Dostęp: 24.08.2022]).

W nowo przyjętej ustawie pojawia się szereg rozwiązań, od których starali się odchodzić już członkowie sekcji prawa karnego Komisji Kodyfikacyjnej. Już stronnicy socjologicznej szkoły prawa w pierwszej połowie XX wieku zwracali uwagę, że środki podjęte wobec przestępczego nieletniego powinny mieć raczej funkcję opiekuńczo-wychowawczą niż karną. Zwracano uwagę na częsty brak dostatecznej dojrzałości dziecka do zrozumienia naganności swojego czynu. Osiągnięcia te nie przeszkadzają jednak ustawodawcy w przesunięciu granicy, od której można stosować środki poprawcze do 10 roku życia. Dziecko takie będzie można umieścić w ośrodku wychowawczym. Specjalistka od resocjalizacji pracująca na Uniwersytecie Jagiellońskim, prof. Małgorzata Michel zwraca uwagę, że powinno się popierać uspołecznienie nieletniego sprawcy czynu zabronionego. Izolacja sprawcy może pogłębić jego brak przystosowania do życia w społeczeństwie (<https://tvn24.pl/polska/ustawa-o-resocjalizacji-nieletnich-prezydenta-dudy-nie-przekonaly-organizacje-i-eksperci-zajmujacy-sie-dziecmi-nadeszly-mroczne-czasy-5864530>) [Dostęp: 24.08.2022]; Grześkowiak, 2015, s.69).

Z dużym zastrzeżeniami ekspertów spotyka się też przeniesienie środków dotychczas zarezerwowanych tylko dla sądów rodzinnych do rąk innych instytucji. Ustawa rozszerza możliwość stosowania środków przymusu

bezpośredniego wobec nieletnich. O prewencyjnym użyciu kajdanek nie trzeba będzie zawiadamiać tak jak dotychczas sądu, co rodzi obawy nadużywania tego środka. Nieletni pozbawiony zostaje środków gwarancyjnych w tej materii. Większa decyzyjność zostaje również oddana w ręce dyrektorów szkół. Jeśli nieletni przejawiać będzie ich zdaniem przejawy demoralizacji, będzie on mógł nałożyć na niego obowiązkowe prace porządkowe na terenie placówki po zajęciach. Formalnie wymagana będzie zgoda opiekunów nieletniego oraz samego nieletniego. Psycholodzy zwracają jednak uwagę na fakt, że faktyczny sprzeciw w związku z presją kilku osób dorosłych może nie być możliwy (<https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114883,28690080,ustawa-o-wspieraniu-i-resocjalizacji-nieletnich-czeka-na-podpis.html> [Dostęp: 24.08.2022]).

Ustawa nie wprowadza nowych rozwiązań na poziomie wychowawczym. Stan prawny będący w obowiązującej od 1983 roku ustawie został zachowany jeśli chodzi o środki terapeutyczne. Zdaniem prawnika i byłego ministra sprawiedliwości Zbigniewa Cwiąkalskiego zmiany zainicjowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości zgodne są z ogólną tendencją zwiększaniu wymiaru kar i zwielokrotniania środków wobec sprawców w kodeksie karnym.

Należy jednak zauważyć, że ustawa wprowadza zdecydowanie bardziej negatywne narzędzia pozwalające na bardziej zindywidualizowane oddziaływanie na sprawcę. Zdaniem przedstawicieli Ministerstwa Sprawiedliwości w ustawie wyraźnie rozgraniczeni zostają sprawcy, którzy nie są mocno demoralizowani, a naganny czyn jest często ich jedynym w życiu i ci, którzy dopuszczają się najcięższych zbrodni opisanych w Kodeksie Karnym (<https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114883,28690080,ustawa-o-wspieraniu-i-resocjalizacji-nieletnich-czeka-na-podpis.html> [Dostęp: 24.08.2022]).

Warto zauważyć, że sytuacja nieletnich szczególnie po lockdownach mających miejsce w 2020 i 2021 roku nie jest dobra. Znacznie zwiększył się odsetek tych, którzy potrzebują wsparcia specjalistów, w tym lekarzy, psychologów i psychoterapeutów. Na tego typu problemy nakładają się wyzwania znane już przed pandemią COVID-19, takie jak uzależnienia, szeroko pojęte oddziaływanie nowych technologii, takich jak social media. Dlatego właśnie zdaniem autora nowoczesne prawo obejmujące nieletnich potrzebuje nowych rozwiązań na miarę wyzwań XXI wieku. Kodeks Makarewicza i rozwiązania wobec nieletnich w nim zawarte były nie tylko zbiorem przepisów, ale częścią większej wizji. I tego rodzaju wizji brakuje dzisiaj decydentom (Zdrowie psychiczne i dobrostan młodych ludzi w czasie pandemii COVID-19).

ZAKOŃCZENIE

W 1918 roku nowo odrodzone państwo stanęło wobec wielu problemów natury politycznej, prawnej i gospodarczej. Jednym z najważniejszych było wychowanie nowego pokolenia mającego decydować o przetrwaniu i sile państwa. Wśród doraźnych problemów należy wyróżnić ponadto ogromną biedę i problemy z aprowizacją, poprzez które przestępczość dla wielu stała się jedynym sposobem na przeżycie. Mimo celowo utrzymywanego przez zaborców zacofania cywilizacyjnego ziem polskich oraz regulacji nie pozwalających na zbyt bogacenie się i rozwój mieszkańców pod zaborami zdołały wykształcić się elity. Najwybitniejsi prawnicy weszli w skład stworzonej już w połowie 1919 roku Komisji Kodyfikacyjnej RP mającej na celu napisanie zupełnie nowych regulacji odpowiadających gospodarczemu, społecznemu i kulturowemu realiom życia w Polsce. Jednym ze sztandarowych projektów Komisji był Kodeks Karny, który ostatecznie został wprowadzony do porządku prawnego w 1932 roku. Ostatecznie spór toczący się w Komisji co do wizji polityki państwa polskiego wygrali zwolennicy progresywnych i odważnych reform. Zdecydowali oni o porzuceniu klasycznego podejścia do prawa karnego na rzecz interdyscyplinarnego podejścia nieskupiającego się na przestępstwie, ale raczej osobie sprawcy i jego motywacji. Również w zakresie prawa nieletnich członkowie Komisji przyjęli postępowe rozwiązania opierające się na podejściu do sprawcy nie jako do „małego dorosłego”, ale potrzebującego pomocy dziecka. Ponadczasowy charakter przepisów potwierdza długość ich obowiązywania. Pomimo zmiany władzy, przepisy dotyczące nieletnich obowiązywały aż do 1983 roku. Ostatnią, niezwykle kontrowersyjną zmianą, która weszła w życie, jest ustawa o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich. Zdaniem wielu ekspertów uwstecznia ona politykę karną państwa wobec nieletnich. Przenosi niektóre kompetencje poza właściwość sądów rodzinnych przyznając je na przykład dyrektorom szkół. Problemem nie jest jednak tylko jedna regulacja. Problemem jest brak całościowej wizji na miarę „Makarewiczowskiej” - wizji prawa dla nieletnich odpowiadającej wyzwaniom XXI wieku.

BIBLIOGRAFIA

https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/147980/zoll_juliusz_makarewicz_1872-1955_2000.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Dostęp: 22.08.2022].

<https://tvn24.pl/polska/ustawa-o-resocjalizacji-nieletnich-prezydenta-dudy-nie-przekonaly-organizacje-i-eksperci-zajmujacy-sie-dziecmi-nadeszly-mroczne-czasy-5864530> [Dostęp: 24.08.2022].

<https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114883,28690080,ustawa-o-wspieraniu-i-resocjalizacji-nieletnich-czeka-na-podpis.html> [Dostęp: 24.08.2022].

Grzeškowiak, A., Wiak, K., Gałazka, M., Hałas, R., G., Hypś, S. Szeleszczuk, D., (red.)

2015 Kodeks karny z 1932 roku, Wydawnictwo KUL, Lublin.

Papierkowski Z.

1977 Juliusz Makarewicz. Prawo Kanoniczne: kwartalnik prawnohistoryczny 20/3-4, s. 237-243. Dostępny w: <https://bazhum.muzhp.pl/media/files/> [Dostęp: 24.08.2022].

Pyżalski J.

2021 Zdrowie psychiczne i dobrostan młodych ludzi w czasie pandemii COVID-19 – przegląd najistotniejszych problemów, Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka 2021/20/2: Ochrona dzieci przed krzywdzeniem w czasie pandemii COVID-19.

Redzik A.

2019 Zaprzeczyć sobie aby móc wykładać zgodnie z sobą — Juliusz Makarewicz o metodzie prowadzenia wykładu z prawa karnego państw burżuazyjnych w 1949 r. Z *Dziejów Prawa*, 12, s. 751-772.

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. 1932 nr 60 poz. 571).

SPOŁECZEŃSTWO I PRAWO RZECZPOSPOLITEJ WOBEC ZMIAN TECHNOLOGICZNYCH WE WSPÓŁCZESNYM ŚWIECIE

WPROWADZENIE

Rozwój naukowy jest jedną z najważniejszych determinant rozwoju społeczeństw. Dzisiaj to technologia i wykwalifikowane kadry pozwalają krajom odnosić spektakularne sukcesy na arenie międzynarodowej. Coraz większa liczba liderów zdaje sobie sprawę, że o pozycji państwa w globalnym łańcuchu dostaw nie decyduje wielkość armii lub liczba ludności, ale rozwój technologiczny, kapitał społeczny czy atrakcyjność modelu cywilizacyjnego, w tym rozwiązania podatkowe i społeczne. Pierwsze zmiany nazwane przez późniejszych badaczy pierwszą rewolucją przemysłową miały miejsce w XVIII wieku. Oznaczały one gwałtowne zmiany w przemyśle wprowadzające mechanizację produkcji, a do miast ogromne fabryki. Zmiany technologiczne przyczyniły się do radykalnych zmian w życiu ludzi. Za sprawą zmian w rolnictwie chłopci zmuszeni byli migrować do miast, by szukać pracy w fabrykach. Nastąpiła też zmiana społeczna uniezależniająca w pewnym stopniu pozycję społeczną od pochodzenia, na pierwszy plan wysuwając zamożność danej osoby (Ratajczak, Woźniak-Jęchorek, 2020; Zamorska, 2020).

Trend ten pogłębiał się i będzie się pogłębiać przy kolejnych rewolucjach przemysłowych. Kolejne rewolucje przynosiły gwałtowne zmiany prawne, choćby w aspekcie praw pracowniczych czy wyborczych. Kolejne grupy społeczne zaczynały domagać się i uzyskiwać coraz więcej praw. Gwałtowne zmiany technologiczne nazywane przez niektórych 4 rewolucją przemysłową

dzieją się na naszych oczach. Już dzisiaj możemy zobaczyć „kontury” nowej rzeczywistości. Wynalazki takie jak sztuczna inteligencja, 5G oraz internet rzeczy zmieniają świat w większym stopniu niż maszyna parowa czy parowóz. Podczas poprzednich rewolucji przemysłowych Polska nie była krajem niezależnym, zdolnym do samodzielnego kreowania swojej sytuacji politycznej i gospodarczej. Wręcz przeciwnie, zarówno przez XIX-wiecznych zaborców jak i przez Związek Sowiecki utrzymywana była w technologicznym zacofaniu. Elity były zmuszane do wyjazdu, a w czasach Związku Sowieckiego eksterminowane. Profesor Paweł Książak rozważa wizję, w której należałoby poczynić zmiany ustrojowe na poziomie konstytucyjnym, by sprostać wyzwaniom technologicznym takim jak sztuczna inteligencja. Już dzisiaj istnieje pierwszy na świecie projekt aktu kompleksowo regulującego zagadnienie sztucznej inteligencji. Z uwagi na jego znaczenie, zarówno dla obecnej debaty jak i przyszłych rozwiązań na całym świecie, został on szeroko opisany przez autora. W publikacji zostały omówione również najważniejsze wyzwania związane z gwałtownymi i głębokimi zmianami technologicznymi. Niewątpliwie spowodują one głębokie zmiany prawne i społeczne. Rzeczpospolita, by przetrwać jako niezależne państwo, potrzebuje zdaniem autora szeregu zmian, zarówno o charakterze legislacyjnym, jak i społecznym. Sama zmiana poszczególnych ustaw niewiele pomoże, jeśli nie pójdą za tym głębokie zmiany społeczne, obejmujące zmiany mentalności społeczeństwa. Zmiany powinny objąć również podejście aparatu państwa do obywateli i przedsiębiorców. Nowe technologie potrzebują nowoczesnego ustawodawstwa. Z jednej strony nie może ono hamować rozwoju poprzez chociażby podnoszenie kosztów administracyjno-prawnych korzystania z technologii. Z drugiej strony powinno zapewniać ochronę podstawowych praw i wolności. Wprowadzając regulacje prawne obejmujące nowe technologie w Polsce należy pamiętać o specyficznej historii obejmującej czasy zaborów i PRL. Poniższe opracowanie ma charakter przeglądowy. Długość i forma tekstu nie pozwala na kompleksowe omówienie wszystkich istotnych kwestii. Celem autora jest zabranie głosu w dyskusji nad przyszłością społeczeństwa i państwa wobec zmian technologicznych.

HISTORIA REWOLUCJI PRZEMYSŁOWYCH

Rozmyślając nad zmianami jakie przyniesie trwająca rewolucja przemysłowa warto pochylić się nad historycznymi przykładami trzech rewolucji przemysłowych, które zmieniły świat.

Wielkie odkrycia geograficzne poprzednich wieków i eksploatacja podbitych ziem oznaczała powolną zmianę struktury społecznej. Nastąpił wzrost znaczenia kupców. Odkrycia Karterjusza, Newtona i pojawienie się za sprawą Marcina Lutra protestantyzmu wprowadziło gwałtowne zmiany w postrzeganiu świata przez ówczesne społeczeństwa (Ratajczak, Woźniak-Jęchorek, 2020, s. 26-30; Zamorska, 2020, s. 9-14).

Pierwsza rewolucja przemysłowa rozpoczęła się w drugiej połowie XVIII wieku. Oznaczała ona powstanie społeczeństw klasowych i początek stosunków kapitalistycznych. Zmiany w rolnictwie spowodowały migracje ludności chłopskiej do miast, gdzie zaczęła ona pracować w fabrykach. Złe warunki pracy, brak prawa do wypoczynku, zrzeszania się czy ubezpieczenia zdrowotnego prowadziło do strajków, a te do postulatów, które były stopniowo akceptowane zarówno przez rządy, jak i poszczególnych właścicieli środków produkcji. Pierwsza rewolucja przemysłowa dała też początek ekonomii jako nauce, której pierwszymi przedstawicielami byli Adam Smith czy Jean Baptiste Say. Część społeczeństwa niebędąca beneficjentami nowych rozwiązań technologicznych zaczęła sprzeciwiać się mechanizacji produkcji niszcząc maszyny w fabrykach. Ruch przyjął nazwę luddyzmu. Ruch ten stał się popularny w Wielkiej Brytanii do tego stopnia, że brytyjski parlament wprowadził Frame-Breaking Act uznając niszczenie maszyn za przestępstwo zagrożone karą śmierci (Ratajczak, Woźniak-Jęchorek, 2020, s. 26-30; Zamorska, 2020, s. 9-14).

Druga rewolucja przemysłowa przyniosła znaczne poprawienie poziomu życia ludności w Europie. W latach 70 XIX wieku nastąpiło upowszechnienie wykorzystywania energii elektrycznej jako siły napędowej w fabrykach jak i źródła oświetlenia i napędu dla urządzeń telekomunikacyjnych. Wynaleziono silnik Diesla i silnik benzynowy, a ropa naftowa zaczęła być wykorzystywana jako kolejne źródło energii. Zmieniał się również sposób myślenia o ekonomii. Wyłaniały się zręby trzech szkół ekonomicznych – austriackiej, lozańskiej i anglo-amerykańskiej. W czasie kryzysu lat 20 i 30 XX wieku popularność zaczęły zdobywać postulaty głoszone przez J.M. Keynesa. Jako remedium na kryzys gospodarczy proponował on interwencjonizm państwowy. Idea ta dopiero 30 lat po II wojnie światowej zdominowała światową gospodarkę śmierci (Ratajczak, Woźniak-Jęchorek, 2020, s. 26-30; Zamorska, 2020, s. 9-14).

Kolejne wielkie zmiany technologiczne rozpoczęły się w latach 60 XX wieku. W literaturze są one znane jako trzecia rewolucja przemysłowa. Wdrożono częściową automatyzację produkcji za pomocą programowalnych sterowników z pamięcią i komputerów. Wynaleziono tranzystor, układy scalone i światłowodowy. Wynalazki te oznaczały początek rozwoju sektora tzw. nowych

technologii. Według amerykańskiego ekonomisty Roberta J. Gordona III rewolucja przemysłowa przyniosła rosnące nierówności społeczne, pogarszając warunki życia większości społeczeństwa śmierci (Ratajczak, Woźniak-Jęchorek, 2020, s. 26-30; Zamorska, 2020, s. 9-14).

Do Polski wynalazki I, II i III rewolucji przemysłowej docierały z opóźnieniem, podobnie jak prądy filozoficzne, polityczne i ekonomiczne z nimi związane. Jeszcze na początku XX wieku po odzyskaniu przez Polskę niepodległości do większości miast nie dotarła powszechna elektryfikacja, a polska nauka w latach 60 XX wieku koncertowała się głównie na rozwoju przemysłu ciężkiego, nie na wynalazkach cywilnych śmierci (Ratajczak, Woźniak-Jęchorek, 2020, s. 26-30; Zamorska, 2020, s. 9-14) .

W dyskusji nad nowymi technologiami należy rozróżnić rewolucję technologiczną znaną jako złoty okres oraz czas masowego wdrażania do gospodarki i codziennego życia obywateli rozwiązań technologicznych. Rewolucje przemysłową należy analizować więc w perspektywie długoterminowej śmierci (Ratajczak, Woźniak-Jęchorek, 2020, s. 26-30; Zamorska, 2020, s. 9-14).

POLSKIE SPOŁECZEŃSTWO W OBLICZU REWOLUCJI PRZEMYSŁOWEJ

Terminem „rewolucja” określane są w nauce szybkie i gwałtowne zmiany, niszczące stare niepasujące już do nowej wizji świata paradygmaty i twierdzenia. Zmiany, o których autor będzie pisał poniżej nie miały jednak gwałtownego charakteru, ale zajmowały kilka dekad. Termin rewolucja odnosi się do skutków gospodarczych i społecznych przemian. Termin „przemysłowa” również jest terminem umownym. Sam termin wprowadzony został przez francuskiego myślicieli - dyplomatę Louis-Guillaume Otto i ekonomistę Jérôme-Adolphe Blanqui. Rozpowszechniony zaś został przez angielskiego historyka myśli ekonomicznej Arnolda Toynbee opisującego rozwój gospodarczy swojego kraju w latach 1760-1840 (Zamorska, 2020, s. 7, 8, 9).

Thomas S. Kuhn proponuje definicję paradygmatu jako powszechnie uznawane osiągnięcia naukowe, które w pewnym czasie dostarczają społeczności uczonych modelowych problemów i rozwiązań. Rzadko zdarza się, że dwa paradygmaty są w stanie funkcjonować przez dłuższy czas pokojowo. W ocenie autora najważniejszą treścią każdej rewolucji naukowej czy technologicznej są daleko idące zmiany społeczne zachodzące jako skutek rewolucji oraz tak zwanej złotej ery danej technologii o czym autor jeszcze wspomni (Kuhn, 2009, s. 12,13; Zamorska, 2020, s. 9).

Polskie społeczeństwo nie miało możliwości funkcjonując pod zabarami samodzielnego kreowania swojej sytuacji politycznej i gospodarczej. Co za tym idzie postęp pierwszej i drugiej rewolucji przemysłowej docierał na ziemie polskie z opóźnieniem. Postęp techniczny obejmował tylko największe ośrodki miejskie, głównie w zaborze pruskim. Ziemie polskie były słabo zurbanizowane, a co za tym idzie tylko niewielka część społeczeństwa była obejmowana postępem technologicznym (Polityka dla rozwoju sztucznej inteligencji w Polsce od roku 2020 s.9).

Okres tak zwanej trzeciej rewolucji przemysłowej Polska znajdowała się w rozwoju zależnym. Będąc zależnymi od Związku Sowieckiego polskie władze nie były w stanie wykorzystać w pełni potencjału polskich badaczy i uczelni. Kraj ciągle odbudowywał się po II Wojnie światowej, która zniszczyła kraj nie tylko pod względem materialnym, ale także demograficznym. Niemieckie i sowieckie władze planowały eksterminację polskiej inteligencji, w tym naukowców i właścicieli przemysłu. Po wojnie główne zadania państwa były skoncentrowane wokół odbudowy kraju i budowy sił zbrojnych, co w połączeniu z nieefektywnym systemem centralnego planowania nie dawało zbyt wiele szans na rozwój polskim naukowcom. Pomimo braku dobrych warunków do rozwoju naukowego znajdowały się w powojennej Polsce wybitne postacie. Przykładem jest gen.dyw.prof.dr hab.inż. Sylwester Kaliski osiągający znaczne sukcesy w badaniach nad kontrolowaną syntezą termojądrową. Część publicystów łączy profesora z rzekomymi pracami nad technologią polskiej broni nuklearnej, mającej wyprzedzić sowiecką technologię, jednak brak na ten temat jednoznacznych dowodów (Albert, 1989, s. 486; <https://www.ifpilm.pl/17-news/krajowe/973-fakty-i-mity-o-gen-sylwestrze-kaliskim-zapowiedz> [Dostęp: 03.09.2022]).

Rozpoczynająca się więc rewolucja przemysłowa będzie pierwszą z wielkich rewolucji naukowo-technicznych, w której Rzeczpospolita będzie mogła wziąć udział jako suwerenne państwo zdolne do samodzielnego kreowania swojej polityki. Zmiany technologiczne przyspieszyła pandemia COVID-19 i wprowadzane w jej skutek lockdowny. Ukazały one decydentom potrzebę wprowadzania szybszej digitalizacji usług publicznych oraz niedoboru kadr zarówno medycznych, jak i we wszystkich dziedzinach potrzebnych przy budowie cyfrowego społeczeństwa (<https://www.parp.gov.pl/component/content/article/65361:pandemia-zapocatkowala-w-polsce-cyfrowa-rewolucje-na-niespotykana-dotad-skale-cyfryzuja-sie-zarowno-firmy-jak-i-urzedz> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Jednym z najpopularniejszych i najszerzej opisywanych w literaturze przedmiotu problemów jest wywołane przez postęp technologiczny bezrobocie. Polskie władze zdają się dostrzegać ten problem w kontekście sztucznej inteligencji. Nawet jeśli pewne zawody nie znikną zupełnie, ich znaczenie i prestiż będzie maleć. Czekają nas redefinicja wielu zawodów i powszechna automatyzacja. Zagrożone są nie tylko powtarzalne prace fizyczne, ale także miejsca pracy zajmowane przez tak zwane białe kołnierzyki. W Polsce konieczność przekwalifikowania się może objąć nawet około 40% pracowników. Najbardziej zagrożeni są pracownicy wykonywujący powtarzalne i rutynowe czynności. Otwiera to przed polskimi decydentami wiele szans i zagrożeń związanych z czasowym skokowym wzrostem bezrobocia. W „Polityce dla rozwoju sztucznej inteligencji w Polsce od 2020 roku” autorzy zauważają konieczność wspomaganie przez państwo procesu podnoszenia przydatnych na rynku pracy kompetencji. Dotyczy to przede wszystkim osób najbardziej zagrożonych utratą pracy. Przygotowane zostaną specjalne programy mające na celu rekwalifikację tych osób. Zadaniem państwa będzie także promocja świadomych wyborów kariery przystosowanych do gospodarki przyszłości (Ford, 2016, s. 93-137; Schwab, 2018, s. 181; Polityka dla rozwoju sztucznej inteligencji w Polsce od roku 2020 s. 24).

Jeden z najpopularniejszych autorów, Yuval Noah Harari wskazuje, że szeroko zakrojone zmiany technologiczne doprowadzą w końcu do powstania klasy ludzi długotrwale bezrobotnych i niezdolnych do pracy na skutek powszechnej automatyzacji i robotyzacji. Nazywa ich klasą ludzi „bezużytecznych”. Będą oni utrzymywać się z bezwarunkowego dochodu podstawowego, zajmując się wirtualnymi dobrami w meta-świecie (Harari, 2017, s. 52).

Polskie społeczeństwo zaledwie kilka dekad temu miało do czynienia z gwałtownymi przemianami gospodarczymi i społecznymi. Miało to miejsce w całym tak zwanym byłym bloku wschodnim i było związane z transformacją gospodarczą lat 80 i 90 XX wieku. Proces ten głęboko zapisał się w zbiorowej świadomości polskiego społeczeństwa poprzez spadek poziomu życia, mobilności społecznej i wzrost bezrobocia. Zdaniem autora doświadczenie to może w dużym stopniu oddziaływać na reakcje społeczne przy następnych dużych zmianach gospodarczych (Wilczyński, 1994, s. 66, 67; Doktor, 2010, s. 18, 19).

Kwestią sporną pozostaje również kwestia prawa regulującego tworzenie i korzystanie z wysokich technologii. Bezsprzeczne są techniczne możliwości, za pomocą których nowe technologie są w stanie zmieniać rzeczywistość krajach rozwijających się i rozwiniętych, jednak to od regulacji zależy skala i możliwość ich rzeczywistego wykorzystania. Zagadnienie komplikuje fakt

wzajemnego przenikania się technologii, co tworzy nowe problemy prawne. Roboty i sztuczna inteligencja zaczynają zastępować człowieka w relacjach społecznych. M. Zirk-Sadowski oraz Z. Niewiadomski stawiają tezę, że prawo powinno z wyprzedzeniem odpowiadać na pewne niebezpieczeństwa związane z rozwojem technologii (Maj, s. 145).

PROJEKT ROZPORZĄDZENIA UNII EUROPEJSKIEJ W SPRAWIE SZTUCZNEJ INTELIGENCJI

Kontrowersje wywołuje samo umiejscowienie przepisów prawnych dotyczących kluczowych technologii, decydujących o pozycji Polski w globalnym łańcuchu wartości. Co za tym idzie będzie ono miało wpływ na zamożność mieszkańców Polski i pozycję polityczną i gospodarczą Rzeczypospolitej.

21 kwietnia 2021 roku Komisja Europejska zaprezentowała projekt rozporządzenia regulujący rynek wewnętrzny w zakresie wykorzystywania sztucznej inteligencji. Sama definicja sztucznej inteligencji zawarta w akcie jest dość szeroka i obejmuje: mechanizmy uczenia maszynowego, w tym uczenie nadzorowane, uczenie się maszyn bez nadzoru i uczenie przez wzmocnienie, z wykorzystaniem szerokiej gamy metod, w tym uczenia głębokiego. Ponadto obejmuje: metody oparte na logice i wiedzy, w tym reprezentacja wiedzy, indukcyjne (logiczne) programowanie, bazy wiedzy, silniki inferencyjne i dedukcyjne, rozumowanie (symboliczne) i systemy ekspertowe, podejścia statystyczne, estymację bayesowską, metody wyszukiwania i optymalizacji. Komisja Europejska zastrzega sobie prawo do aktualizacji tej listy poprzez akty delegowane. Artykuł 290 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej wskazuje, że akty delegowane nie mogą dotyczyć istotnych elementów danego zagadnienia. W tym przypadku kontrowersyjnym pozostaje fakt, czy są to zagadnienia nieistotne (Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego I Rady Ustanawiające Przepisy Dotyczące Sztucznej Inteligencji (Akt W Sprawie Sztucznej Inteligencji) I Zmieniające Niektóre Akty Ustawodawcze Unii; <https://www.nature.com/articles/550324a> [Dostęp: 03.09.2022 r.]; <https://codozasady.pl/p/projekt-aktu-w-sprawie-si-czy-ue-stworzy-globalny-standard-regulacji-systemow-si-> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Sam projekt unijnego rozporządzenia przyjmuje podział oparty na analizie ryzyka jakie stwarza ich zastosowanie. W pierwszej kategorii ryzyka niedopuszczalnego specjaliści Komisji Europejskiej umieścili wykorzystywanie systemów sztucznej inteligencji w sposób sprzeczny z podstawowymi unijnymi wartościami oraz podstawowymi prawami i wolnościami obywatelskimi

takimi jak między innymi prawo do prywatności czy prawo do niedyskryminacji. Rozporządzenie zabrania wprost manipulowania przez algorytmy ludźmi w szczególności najbardziej narażonymi na tego typu działania ze względu na pewne cechy - osobami z niepełnosprawnościami czy zaburzeniami psychicznymi lub dziećmi (<https://www.parp.gov.pl/component/content/article/76823:akt-w-sprawie-sztucznej-inteligencji-na-co-powinni-przygotowac-sie-dostawcy-i-uzytkownicy-ai-w-zwiazku-z-nowymi-unijnymi-przepisami> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Co szczególnie warte podkreślenia twórcy aktu zdają się z niepokojem patrzeć na wykorzystywanie algorytmów sztucznej inteligencji do kontroli społeczeństwa jak ma to miejsce w Chińskiej Republice Ludowo-Demokratycznej. W rozporządzeniu zakazuje się wprost tak zwanego social scoringu definiowanego tutaj jako wprowadzanie oceny lub kwalifikacji osób fizycznych na podstawie ich zachowania lub cech osobowości. Zakazuje się też wykorzystywania systemów zdalnej identyfikacji biometrycznej w czasie rzeczywistym w celu egzekwowania prawa. Zapisy te są jednak nieprecyzyjne. Co więcej istnieją od nich wyjątki takie jak poszukiwanie ofiar przestępstw, w tym dzieci, które zaginęły. Stosowanie identyfikacji biometrycznej w czasie rzeczywistym ma być również możliwe w przypadku zapobiegania konkretnemu, poważnemu i bezpośredniemu zagrożeniu życia lub bezpieczeństwa osób fizycznych lub atakowi terrorystycznemu. Przestępstwo takie musi być zagrożone w danym kraju członkowskim karą, której dolna granica wynosi minimum 3 lata. Ostatnim wymienionym w ustawie wyjątkiem jest przypadek, kiedy państwo za pomocą swoich organów wykrywa, lokalizuje, identyfikuje lub ściga sprawców lub podejrzanych o popełnienie najcięższych przestępstw. W tym przypadku dany czyn w konkretnym kraju członkowskim musi być zagrożony minimalną karą 3 lat pozbawienia wolności (Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego I Rady Ustanawiające Przepisy Dotyczące Sztucznej Inteligencji (Akt W Sprawie Sztucznej Inteligencji) I Zmieniające Niektóre Akty Ustawodawcze Unii; <https://www.parp.gov.pl/component/content/article/76823:akt-w-sprawie-sztucznej-inteligencji-na-co-powinni-przygotowac-sie-dostawcy-i-uzytkownicy-ai-w-zwiazku-z-nowymi-unijnymi-przepisami> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Rozporządzenie zastrzega co prawda pewne gwarancje jeśli chodzi o korzystanie z tego rodzaju technologii przez państwo. Wskazuje się, iż każdorazowo powinny one być poddane kontroli sądowej lub niezależny organ administracyjny. Ponadto tylko od państw członkowskich zależy w jakich obszarach dopuszczają one do stosowania tego rodzaju uprawnień w swoich

państwach. Każde państwo, które zdecyduje się na taki krok będzie zobowiązane do wprowadzenia do krajowego porządku prawnego szczegółowych rozwiązań prawnych regulujących wydawanie i wykonywanie zezwoleń oraz nadzór systemów (<https://www.twobirds.com/pl/insights/2021/poland/210427-alert-prawny-sztuczna-inteligencja> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Systemy wysokiego ryzyka zostały przez Komisję Europejską wyróżnione ze względu na zagrożenie dla zdrowia i bezpieczeństwa lub praw podstawowych. Z systemem wysokiego ryzyka mamy do czynienia jeśli system AI jest przeznaczony do użycia jako związany z bezpieczeństwem element produktu (safety component) lub sam jest produktem objętym unijnymi przepisami harmonizacyjnymi wymienionymi w załączniku II do rozporządzenia. Do tego rodzaju produktów należą między innymi zabawki czy wyroby medyczne. Do systemów wysokiego ryzyka mają należeć ponadto produkty, których związany z bezpieczeństwem elementem jest system AI lub sam system AI jako produkt podlega na podstawie wyżej wskazanych przepisów harmonizacyjnych ocenie zgodności przeprowadzanej przez osobę trzecią w celu wprowadzenia tego produktu do obrotu lub oddania go do użytku (<https://www.parp.gov.pl/component/content/article/76823:akt-w-sprawie-sztucznej-inteligencji-na-co-powinni-przygotowac-sie-dostawcy-i-uzytkownicy-ai-w-zwiazku-z-nowymi-unijnymi-przepisami> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Do systemów wysokiego ryzyka należą także systemy wykorzystywane w obszarach takich jak: identyfikacja i kategoryzacja osób fizycznych za pomocą systemów biometrycznych, zarządzanie infrastrukturą krytyczną i jej eksploatacja, edukacja i nauka, zatrudnienie, zarządzanie pracownikami oraz obsługa samozatrudnionych, dostęp do usług publicznych i świadczeń, ściganie przestępstw, zarządzanie migracjami i azylem, przeprowadzanie kontroli granicznych, sprawowanie wymiaru sprawiedliwości i procesów demokratycznych (<https://www.parp.gov.pl/component/content/article/76823:akt-w-sprawie-sztucznej-inteligencji-na-co-powinni-przygotowac-sie-dostawcy-i-uzytkownicy-ai-w-zwiazku-z-nowymi-unijnymi-przepisami> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Rozporządzenie roztacza przed podmiotami chcącymi wprowadzić systemy sztucznej inteligencji uznawane jako systemy wysokiego ryzyka szereg wymogów formalnych i technicznych. Wśród nich znajdują się między innymi wdrożenie i prowadzenie systemów zarządzania ryzykiem. W przypadku stosowania technik obejmujących trenowanie modeli i co za tym idzie wykorzystywanie dużych ilości danych wymagane jest zapewnienie wysokiej jakości zbiorów treningowych, walidacyjnych i testowych danych. Oznacza

to potrzebę korzystania z ogromnej liczby danych rzeczywistych osób. Samo zagadnienie pozyskania tych danych na tle obecnie obowiązujących przepisów tj. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. oraz ustawę o ochronie danych osobowych oraz przepisy sektorowe (<https://koniecznywierzbicki.pl/artificial-intelligence-act-projekt-unijnego-rozporzadzenia-w-sprawie-sztucznej-inteligencji/> [Dostęp: 03.09.2022 r.]; <https://www.parp.gov.pl/component/content/article/76823:akt-w-sprawie-sztucznej-inteligencji-na-co-powinni-przygotowac-sie-dostawcy-i-uzytownicy-ai-w-zwiazku-z-nowymi-unijnymi-przepisami> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Każdy podmiot korzystający z tego typu systemów będzie zobowiązany również do automatycznego rejestrowania zdarzeń, zapewnienia przejrzystości i udostępniania informacji użytkownikom, zapewnić nadzór ze strony człowieka oraz solidność, dokładność i cyberbezpieczeństwo. Rozporządzenie precyzuje również inne obowiązki dostawców i użytkowników, a także oznakowania CE (<https://www.parp.gov.pl/component/content/article/76823:akt-w-sprawie-sztucznej-inteligencji-na-co-powinni-przygotowac-sie-dostawcy-i-uzytownicy-ai-w-zwiazku-z-nowymi-unijnymi-przepisami> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Warto podkreślić, że katalog ten nie został opisany precyzyjnie. Co więcej Komisja Europejska zastrzegła sobie prawo do wprowadzania zmian w tej kwestii za pomocą aktów delegowanych, a więc z pominięciem Parlamentu Europejskiego (https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/adopting-eu-law/implementing-and-delegated-acts_pl [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Status systemów ograniczonego ryzyka ustawodawca przewiduje dla systemów wchodzących w interakcje z ludźmi (np. chatbooty), są wykorzystywane do wykrywania emocji lub powiązań między ludźmi za pomocą danych biometrycznych lub generują obrazy, dźwięki czy treści wideo do złudzenia przypominające te rzeczywiste. W takich przypadkach za każdym razem system powinien informować użytkownika, o tym iż jest algorytmem sztucznej inteligencji. W tej sytuacji w projekcie mowa jest o dwóch wyjątkach. Rozporządzenie nie dotyczy sytuacji, w której mamy do czynienia z systemami powołanymi do przeciwdziałania i ścigania przestępstw. Prawodawca czyni też wyjątek dla technologii deepfake, jeśli będzie ona konieczna do wykonywania prawa do wolności wypowiedzi i prawa do wolności sztuki i nauki zagwarantowanych w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej. Rozporządzenie wskazuje przy tym, że przy stosowaniu tego typu środków

niezbędne jest nadanie odpowiednich gwarancji dla praw i wolności osób trzecich. Rozporządzenie projekt SI

Jako systemy stwarzające minimalne ryzyko zostały zakwalifikowane pozostałe systemy sztucznej inteligencji nie stwarzającego zagrożenia dla prawa i wolności obywatelskich lub stwarzające minimalne zagrożenie. Jako przykład tego typu systemów podaje się algorytmy stosowane w grach lub internetowych filtrach spamu. Komisja Europejska proponuje w tym przypadku zachęcanie podmiotów działających w różnych branżach, by same tworzyły wspólnie wypracowywane kodeksy etyczne i standardy (Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego I Rady Ustanawiające Przepisy Dotyczące Sztucznej Inteligencji (Akt W Sprawie Sztucznej Inteligencji) I Zmieniające Niektóre Akty Ustawodawcze Unii).

Jeśli rozporządzenie wejdzie w życie, nieprzestrzeganie go będzie skutkowało poważnymi sankcjami. W przypadku najpoważniejszego deliktu tj. nieprzestrzegania zakazu stosowania niedozwolonych w Unii Europejskiej systemów będzie mogło to skutkować karą do 30 mln euro lub, w odniesieniu do przedsiębiorstw, do 6% całkowitego rocznego światowego obrotu za poprzedni rok obrotowy (Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego I Rady Ustanawiające Przepisy Dotyczące Sztucznej Inteligencji (Akt W Sprawie Sztucznej Inteligencji) I Zmieniające Niektóre Akty Ustawodawcze Unii; <https://alebank.pl/nowa-regulacja-ue-dotyczaca-sztucznej-inteligencji-drakonskie-kary-za-naruszenie-przepisow/?id=367261&catid=25924> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Każde państwo zostaje zobowiązane do powołania organów nadzoru lub wyposażenia w stosowne uprawnienia już istniejących w kraju organów. Na szczeblu Unii Europejskiej powstanie Europejska Rada ds. Sztucznej Inteligencji skupiająca przewodniczących krajowych organów kontrolnych. W skład Rady wejdzie też Europejski Inspektor Ochrony Danych Osobowych. Zadaniem tego podmiotu będzie organem doradczym, którego celem będzie wsparcie zarówno Komisji Europejskiej jak i konkretnych państw w sprawach merytorycznych dotyczących sztucznej inteligencji (Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego I Rady Ustanawiające Przepisy Dotyczące Sztucznej Inteligencji (Akt W Sprawie Sztucznej Inteligencji) I Zmieniające Niektóre Akty Ustawodawcze Unii).

Warto podkreślić, że według projektu regulacja będzie obejmować nie tylko użytkowników unijnych, ale także między innymi jeśli same wyniki działania systemu są wykorzystywane na terenie Unii Europejskiej, a także jeśli operator ma siedzibę na terenie wspólnoty. Ma to na celu zapobiec próbom

obchodzenia unijnych regulacji (Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego I Rady Ustanawiające Przepisy Dotyczące Sztucznej Inteligencji (Akt W Sprawie Sztucznej Inteligencji) I Zmieniające Niektóre Akty Ustawodawcze Unii).

Unijny projekt rozporządzenia w sprawie sztucznej inteligencji jest pierwszą próbą kompleksowego uregulowania tej kwestii na świecie. Część publicystów sądzi, że czeka nas tak zwany efekt Brukseli. Postanowienia aktu mogą stać się globalnym standardem w zakresie regulacji systemów sztucznej inteligencji. Szczególnie dla krajów nieposiadających zaplecza eksperckiego (<https://codozasady.pl/p/projekt-aktu-w-sprawie-si-czy-ue-stworzy-globalny-standard-regulacji-systemow-si-> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Obecnie w polskim porządku prawnym nie istnieją kompleksowe regulacje obejmujące sztuczną inteligencję. Istnieją jednak regulacje sektorowe i ogólne obejmujące również zagadnienia dotyczące sztucznej inteligencji. Szczególne znaczenie mają w tej kwestii przepisy dotyczące danych osobowych, ochronę konsumentów i zasady uczciwej konkurencji rynkowej. Znaczenie w przypadku poszczególnych branż mają także regulacje sektorowe. Obecne przepisy krajowe nie pozwalają jednak na pełne wykorzystywanie potencjału. Niewątpliwie przed polskimi elitami politycznymi pojawia się duże wyzwanie. Jeśli polskie prawo nie będzie podążać za coraz szybciej zmieniającą się technologią, a system podatkowy nie będzie zachęcał przedsiębiorców i zagranicznych inwestorów do inwestycji w Polsce, w przeciągu kilku dekad Polska, może stać się pod względem technologii krajem trzeciego świata (<https://www.liberties.eu/pl/stories/ai-regulacje/43740> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Profesor Paweł Księżak, wykładający na Uniwersytecie Łódzkim, wspomina o potrzebnych zmianach ustrojowych w kontekście sztucznej inteligencji. Zastanawia się, jak daleko idące skutki jej powszechność i uniwersalność będzie miało dla państwa i żyjącego w nim społeczeństwa. Należy bowiem zauważyć, że sztuczna inteligencja ma potencjał, by swoją sprawnością przeraść możliwości ludzkie. Jednocześnie nie ponosi ona żadnej odpowiedzialności. Celem regulacji konstytucyjnej byłoby zabezpieczenie praw i wolności obywatelskich, a także ogólnych zasad korzystania i tworzenia systemów (Księżak, 2021).

Obecnie w polskim porządku prawnym brak jest całościowych rozwiązań obejmujących internet rzeczy, 5G czy sztuczną inteligencję. Regulacje poświęcone większości tego typu zagadnieniom rozbite są po kilku aktach prawnych. Internet Rzeczy regulowany jest w przepisach prawnych dotyczących cyberbezpieczeństwa, tj. Ustawie z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym

systemie cyberbezpieczeństwa, Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchylenia rozporządzenia (UE) nr 526/2013 czyli tzw. aktu o cyberbezpieczeństwie. Tematykę Internetu rzeczy obejmują ponadto przepisy dotyczące ochrony danych osobowych - RODO i Prawa Telekomunikacyjnego, a także wytyczne Grupy Roboczej art. 29, zastąpionej obecnie Europejską Radą Ochrony Danych (EROD), które pomimo, że nie są źródłem prawa sensu stricto są uważane jako tzw. softlaw. Przepisy prawa cywilnego obejmują regulacje dotyczące korzystania z rzeczy, oprogramowania i usług oraz treści umów. Ważną rolę w tym zakresie odgrywa prawo własności intelektualnej regulujące korzystanie z programu (Pisuliński, 2018; <https://www.traple.pl/2020/06/17/internet-rzeczy-najwazniejsze-regulacje-prawne-w-polsce/> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

Już w 2019 roku wprowadzono w życie ustawę o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw, czyli tak zwaną mega ustawę o 5G. Zmiany dotyczą zasad inwestowania w nową infrastrukturę oraz świadczenia usług telekomunikacyjnych. Rozpowszechnienie sieci 5G w Polsce oznacza nie tylko szybsze przesyłanie danych, ale także integrację inteligentnych sprzętów współpracujących ze sobą bezpośrednio (<https://www.komputerswiat.pl/artykuly/partnerskie/siec-5g-czym-jest-i-dlaczego-zmieni-nasze-zycie/jwlbz5s> [Dostęp: 03.09.2022 r.]; <https://przemyslprzyszlosci.gov.pl/megaustawa-o-5g-zaczela-obowiazywac/> [Dostęp: 03.09.2022 r.]).

PODSUMOWANIE

Pojawiające się co jakiś czas nowe technologie często wzbudzają szerokie zainteresowanie opinii publicznej. Niewielu członków społeczeństwa zastanawia się jednak nad potencjalnymi konsekwencjami wprowadzenia na szeroką skalę do naszego życia technologii takich jak sztuczna inteligencja, 5G, Internet Rzeczy czy Internet Usług. Będą one determinować ogromne zmiany w życiu każdej osoby. Największe nadzieje ekspertów związane są z rozwojem sztucznej inteligencji. Prawdopodobne jest, że jej szerokie wprowadzenie do gospodarki wpłynie na zmianę dotychczasowego paradygmatu ekonomicznego oraz kontraktu społecznego na Starym Kontynencie. Miało to miejsce przy wszystkich dotychczasowych zmianach technologicznych nazywanych w literaturze rewolucjami przemysłowymi. Na czynniki technologiczne nakładają

się psychologiczne, geopolityczne oraz ekonomiczne co sprawia, że przemiany zachodzące w życiu społeczeństw są większe, dotykając każdego członka społeczeństwa. Zdaniem autora kluczowe są nie tylko wynalezione technologie. To rozwiązania prawne przyjęte na danym obszarze decydują, w jaki sposób można je wykorzystywać. Decyzje polityków i rozwiązania prawne są z kolei determinowane przez odbiór społeczny danej technologii. Ma to znaczenie szczególnie w systemach demokratycznych, gdzie politycy są zmuszeni realizować wolę wyborców. Historyczne przykłady oporu przeciwko szeroko zakrojonym zmianom technologicznym (np. luddyci w Wielkiej Brytanii) pokazują, że gwałtowne zmiany technologiczne wywołują wśród niedoinformowanego społeczeństwa opór. Opór ten może przybierać różnego rodzaju formy, nie wyłączając działań, które dzisiaj można by opisywać jako ekstremistyczne. Dlatego tak ważne jest rozsądne podejście do nowych technologii, a przede wszystkim rzetelna edukacja i przygotowywanie społeczeństwa do zmian, które są nieuchronne. Następne dekady zdecydują o pozycji Rzeczpospolitej na świecie.

BIBLIOGRAFIA

Albert A.

1989 *Najnowsza historia Polski 1918-1980, część III 1945-1956*, Polonia Book Fund LTD, Londyn.

Doktor K.

2010 *Transformacja w perspektywie socjologicznej*, Forum Socjologiczne, tom 1, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław.

Ford M.

2016 *Świt robotów. Czy sztuczna inteligencja pozbawi nas pracy?*, cdp.pl Sp. z o. o., Warszawa.

Harari Y., N.

2017 *Sapiens: od zwierząt do bogów*, PWN, Warszawa.

Księżak P.

2021 *My, Naród? Konstytucjonalizacja sztucznej inteligencji, czyli o potrzebie przemodelowania założeń ustrojowych*, Przegląd Sejmowy, nr 4 (165), s. 65-87.

Kuhn T., S.

2009 *Struktura rewolucji naukowych*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa.

Maj M.

Sztuczna inteligencja i roboty wyzwaniem dla prawa. www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/95898/PDF/13_M_Maj_Sztuczna_inteligencja_i_roboty_wyzwaniem_dla_prawa.pdf [Dostęp: 03.09.2022 r.].

Pisuliński J.

2018 *Licencja na oprogramowanie a rozporządzanie rzeczą*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej, 2018/2, s. 74–84.

Polityka dla rozwoju sztucznej inteligencji w Polsce od roku 2020

2021 Załącznik do uchwały nr 196 Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2020 r. (poz. 23)

Ratajczak M., Woźniak-Jęchorek B.

2020 *Rewolucje przemysłowe i ich wpływ na rozwój ekonomii.* Dostęp w: <https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/19111/Marek%20Ratajczak%20Beata%20Wozniak-J%20chorek%20Rewolucje%20przemys%20owe%20i%20ich%20wp%20yw%20na%20rozw%20C3%B3j%20ekonomii%20Studia%20BAS%203%202020.pdf?sequence=1> [Dostęp: 03.09.2022].

Schwab K.

2018 *Czwarta rewolucja przemysłowa*, Wydawnictwo Studio EMKA, Warszawa.

Wilczyński W.

1994 *Transformacja gospodarki polskiej po pięciu latach – 1989 – 1994*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, rok LVI, zeszyt 3.

Zamorska K.

2020 *Pięć rewolucji przemysłowych – przyczyny, przebieg i skutki (ujęcie historyczno-analityczne,* <https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/19109/Katarzyna%20Zamorska%20Pi%20%20%20rewolucji%20przemys%20owych%20przyczyny,%20przebieg%20i%20skutki%20Studia%20BAS%203%202020.pdf?sequence=1> [Dostęp: 03.09.2022].

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchyle-
nia rozporządzenia (UE) nr 526/2013 (akt o cyberbezpieczeństwie),
Dostęp w: eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32019R0881 [Dostęp: 03.09.2022 r.].

Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa
(Dz. U. 2018, poz. 1560).

Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego I Rady Ustanawiające
Przepisy Dotyczące Sztucznej Inteligencji (Akt W Sprawie Sztucznej
Inteligencji) I Zmieniające Niektóre Akty Ustawodawcze Unii.

2021 Dostęp w: eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206 [Dostęp: 03.09.2022 r.].

Źródła internetowe

<https://alebank.pl/nowa-regulacja-ue-dotyczaca-sztucznej-inteligencji-drakonskie-kary-za-naruszenie-przepisow/?id=367261&catid=25924> [Dostęp: 03.09.2022 r.].

<https://codozasady.pl/p/projekt-aktu-w-sprawie-si-czy-ue-stworzy-globalny-standard-regulacji-systemow-si-> [Dostęp: 03.09.2022 r.].

https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/adopting-eu-law/implementing-and-delegated-acts_pl [Dostęp: 03.09.2022 r.].

<https://koniecznywierzbicki.pl/artificial-intelligence-act-projekt-unijnego-rozporzadzenia-w-sprawie-sztucznej-inteligencji/> [Dostęp: 03.09.2022 r.].

<https://przemyslprzyszlosci.gov.pl/megaustawa-o-5g-zaczela-obowiazywac/> [Dostęp: 03.09.2022 r.].

<https://www.ifpilm.pl/17-news/krajowe/973-fakty-i-mity-o-gen-sylwestrze-kaliskim-zapowiedz> [Dostęp: 03.09.2022].

<https://www.komputerswiat.pl/artykuly/partnerskie/siec-5g-czym-jest-i-dla-czego-zmieni-nasze-zycie/jwlbz5s> [Dostęp: 03.09.2022 r.].

<https://www.liberties.eu/pl/stories/ai-regulacje/43740> [Dostęp: 03.09.2022 r.].

<https://www.nature.com/articles/550324a> [Dostęp: 03.09.2022 r.].

<https://www.parp.gov.pl/component/content/article/76823:akt-w-sprawie-sztucznej-inteligencji-na-co-powinni-przygotowac-sie-dostawcy-i-uzytkownicy-ai-w-zwiazku-z-nowymi-unijnymi-przepisami> [Dostęp: 03.09.2022 r.].

<https://www.parp.gov.pl/component/content/article/65361:pandemia-zapoczatkowala-w-polsce-cyfrowa-rewolucje-na-niespotykana-dotad-skale-cyfryzuja-sie-zarowno-firmy-jak-i-urzedz> [Dostęp: 03.09.2022 r.].

<https://www.twobirds.com/pl/insights/2021/poland/210427-alert-prawny-sztuczna-inteligencja> [Dostęp: 03.09.2022 r.].

SKUTKI WYROKÓW PREJUDYCJALNYCH TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

WSTĘP

Celem niniejszej pracy będzie rozpoznanie i charakterystyka skutków wyroków prejudycjalnych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa tej instytucji. Skutki wyroków prejudycjalnych w niniejszej pracy będą poruszane w kontekście ich charakteru, mocy wiążącej *inter partes* oraz *erga omnes*, a także obowiązków sądów krajowych i innych organów państwa członkowskiego. Zgłębieniu owej problematyki w pierwszej kolejności posłuży charakterystyka Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, rys historyczny instytucji pytań prejudycjalnych, wskazanie podstawy normatywnej w postaci art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) oraz jej analiza. Należy jednak stanowczo podkreślić, że stanowi to tylko pewien element i ułamek w zakresie omawianej tematyki. Ze względu na jej wieloaspektowość, złożoność i zawiłość, odniesienia do właściwych orzeczeń TS, które są zawarte w niniejszej pracy, będą posiadały charakter zaledwie przyczynkowy.

Należy wskazać, iż zagadnienie skutków wyroków prejudycjalnych wydanych przez TS jest doniosłe teoretycznie oraz praktycznie. Poruszana kwestia jest szczególnie istotna dla funkcjonowania wymiarów sprawiedliwości w państwach należących do Unii Europejskiej – w tym również dla polskich sędziów. Do dnia dzisiejszego w jej obrębie pojawiają się pewne problemy szczególnie obecne w praktyce. Głównie dotyczą one zakresu związania przez sądy państw członkowskich wyrokami prejudycjalnymi wydanymi w innej

sprawie lecz pośrednio odnoszącymi się do stanu prawnego obowiązującego w innym państwie członkowskim.

Powyższe implikuje niezbędność dalszej dyskusji o poruszanej problematyce w kręgach czynnych zawodowo prawników oraz całej społeczności akademickiej.

ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Zgodnie z art. 13 Traktatu o Unii Europejskiej¹ (dalej: TUE) jedną z instytucji Unii Europejskiej jest Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które to miano - jak wskazuje art. 19 TUE - obejmuje dwa organy, czyli Trybunał Sprawiedliwości (dalej: TS) i Sąd, a także sądy wyspecjalizowane. W skład TS wchodzi jeden sędzia z każdego państwa członkowskiego. Aktualna ich liczba wynosi 27². Ponadto TS jest wspierany przez rzeczników generalnych, których jest 11, przy czym 5 jest stałych³.

Traktat o Unii Europejskiej stanowi w art. 19 ust. 1, że TS czuwa nad poszanowaniem prawa w wykładni i stosowaniu Traktatów. Jego kompetencja zawarta w tym przepisie jest ujęta szeroko - obejmuje ona postępowania sporne, jak i niesporne, które są przewidziane w sposób wyraźny w Traktatach (Barcz i in. 2020, s. 190). Należy na wstępie wskazać, że TS nie stosuje unijnego prawa wobec przedstawionemu mu stanu faktycznego w danej sprawie, w której orzeka, ponieważ nie jest mu przyznana taka kompetencja. UE posiada tylko te kompetencje, które zostały powierzone jej przez państwa. Okoliczność ta jest wyznaczona zasadą przyznania kompetencji zawartą w art. 5 TUE statuująca istnienie w Traktatach założycielskich wyraźnej podstawy prawnej dla podjęcia przez Unię działania w określonej kwestii (Lenaearts, i in. 2002, s. 385; von Bogdandy, Bast 2002, s. 338–339). Jeśli nie jest ona wskazana wyłączna kompetencja przynależy odpowiedniemu państwu członkowskiemu i jego instytucjom. TS będzie pozostawiał dokonanie właściwej kwalifikacji prawnej czynności, będącej głównym przedmiotem sporu, sądowi krajowemu (tak postąpił w sprawach: C-458/03 Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG; C-348/10 Norma-A SIA

¹ Traktat o Unii Europejskiej. Maastricht.1992.02.07. - Dz.U.2004.90.864/30 z dnia 2004.04.30.

² Polskim sędzią w Trybunale Sprawiedliwości UE jest prof. dr hab. Marek Safjan. Jego (druga już) kadencja mija 6.10.2021 r.

³ Działającym Rzecznikiem Generalnym w Trybunale Sprawiedliwości UE z Polski jest prof. dr hab. Maciej Szpunar. Jego druga kadencja mija 6.20.2024 r.

i Dekom SIA przeciwko Latgales plānošanas reģions; C-48/93 The Queen a Secretary of State for Transport ex parte przeciwko Factortame Ltd i in.,).

Reasumując, rola Trybunału sprowadza się do dokonania na rzecz sądu krajowego wykładni prawa unijnego, użytecznej dla orzeczenia, które sąd ten ma wydać w zawiesz przed nim sprawie⁴. Przeprowadzona wykładnia ma wpłynąć na stosowanie prawa unijnego w państwach członkowskich w taki sposób, aby było ono jednolicie rozumiane (Charzewski 2017, s. 53-55).

Co do zasady jest tak, że większość przekładanych spraw jest rozstrzyganych w pierwszej instancji przez Sąd. Niektóre z nich trafiają one jednak do TS w drodze specjalnej procedury kontroli lub w procedurze odwoławczej.

Należy jednak podkreślić, że w niektórych obszarach TS będzie jedyną i wyłącznie właściwą instancją. Tak jest w przypadku skarg przeciwko państwu członkowskiemu za naruszenie prawa Unii Europejskiej (dalej: UE), które to skargi są wnoszone przez Komisję Europejską, inne państwa członkowskie lub Radę Dyrektorów Europejskiego Banku Centralnego. Ponadto TS ma wyłączność do orzekania w przedmiocie skarg instytucji na nieważność aktów prawnych Rady, Parlamentu Europejskiego, obu tych instytucji stanowiących dany akt łącznie lub Komisji Europejskiej, a także Europejskiego Banku Centralnego oraz w sprawach o wydanie opinii odnośnie zgodności przyszłej umowy międzynarodowej z Traktatami (Barcz i in. 2020, s. 194-196).

Ponadto koniecznym jest wskazanie jeszcze jednej, specjalnej sfery, w której to TS posiada wyłączne prawo orzekania i stanowi właściwą instytucję. Otóż TS pozostaje wyłącznie właściwy w obrębie pytań prejudycjalnych wnoszonych przez sądy krajowe państw członkowskich.

RYS HISTORYCZNY INSTYTUCJI PYTAŃ PREJUDYCJALNYCH

Po raz pierwszy instytucja pytań prejudycjalnych została zawarta w art. 41 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali, który to przepis upoważniał Trybunał do wydawania odpowiedzi na pytania przedłożone mu przez sądy krajowe dotyczące ważności aktów prawnych Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali. Do momentu wejścia w życie Traktatu z Lizbony, tj. 1.12.2009 r. zmieniała się jedynie numeracja przepisu. Odpowiadający tej instytucji art. 177 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą został zastąpiony 1.5.1999 r. artykułem 234 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który został uchylony poprzez wejście

⁴ Wyrok TS z 13.11.2005 r., C-458/03, Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG. ECLI:EU:C:2005:605, pkt. 32.

w życie, wcześniej już wspomnianego, Traktatu z Lizbony. Aktualny obecnie art. 267 TFUE zasadniczo powtarza regulację art. 234 TWE. Nie zostały w jego obrębie wprowadzone żadne zasadnicze zmiany (Kornobis-Romanowska i in. 2010). Tzw. „reforma lizbońska” dodała jedynie czwarty akapit, w którym czytamy, że jeżeli pytanie prejudycjalne zostało „podniesione w sprawie zawisłej przed sądem krajowym dotyczącej osoby pozbawionej wolności, Trybunał stanowi w jak najkrótszym terminie” (Kornobis-Romanowska i in. 2010).

PODSTAWA NORMATYWNA INSTYTUCJI PYTAŃ PREJUDYCJALNYCH - ART. 267 TFUE

Postępowanie o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zwane również „orzeczeniem wstępnym”, jest pewną formą współpracy zachodzącą pomiędzy sądem krajowym, a TS. Z normy art. 267 TFUE wynika iż w sytuacji, w której przed sądem krajowym państwa członkowskiego UE toczy się spór, może on zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o dokonanie wykładni określonych aktów unijnych, o stwierdzenie, czy dany akt jest prawnie wiążący. Należy podkreślić, że omawiany przepis jest bezpośrednio skuteczny. Wyraża on kompetencję sądu krajowego do skorzystania z instytucji pytań prejudycjalnych, przy czym sąd od razu powołuje się na art. 267 TFUE. Bardziej szczegółowe regulacje odnośnie samego wniosku sądu krajowego, udziału, czy też stron w postępowaniu prejudycjalnym zawiera Rozdział 1, Tytuł 3 Regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości⁵.

Fundamentalnym celem, jaki realizuje instytucja odesłań prejudycjalnych, jest zapewnienie jednolitego stosowania prawa Unii w państwach członkowskich poprzez przede wszystkim ich sądy, a także organy administracyjne, które są związane pluralistycznymi regułami mającymi podstawę w ich różnorodnej tradycji prawnej i ustrojowej. Niebezpieczeństwo rozbieżności przy stosowaniu prawa unijnego wynika również z faktu, że akty prawne Unii muszą być dostępne we wszystkich wersjach językowych, co jest motywowane gwarancją dostępności prawa Unii względem wszystkich jej obywateli (Konieczna 2013, s. 45-47). W wyroku w sprawie 283/81, CILFIT Trybunał podkreślił, że „akty prawa wspólnotowego są redagowane w wielu językach i że różne wersje językowe są na równi autentyczne; wykładnia przepisu prawa wspólnotowego wymaga zatem porównania poszczególnych wersji

⁵ Regulamin postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości, Dz.U.U.E.L.2012.265.1.

językowych”⁶. Przekład aktów prawnych UE, które tworzą *acquis communautaire*, umożliwia sprawne działanie samej Unii w obrębie danego państwa członkowskiego i stanowi zasadnicze narzędzie integracji (Waszczuk 2008, s. 239). Sformułowanie, jakie zostało użyte w danym akcie prawnym Unii należy interpretować autonomicznie, co jest równoznaczne z tym, że określony organ krajowy nie powinien sugerować się znaczeniem tego zwrotu w ścisłym rozumieniu języka krajowego.

Uprawnionym do wniesienia pytania prejudycjalnego jest organ sądowy państwa członkowskiego UE, przy czym zwrot ten należy interpretować w sposób autonomiczny, co dopuszcza możliwość wystąpienia sytuacji, w której organ, nie uznawany przez prawo państwa członkowskiego za organ sądowy, będzie zakwalifikowany w świetle prawa unijnego za “sąd” określony w art. 267 TFUE. W wyroku w sprawie C-54/96, Dorsch Consult, Trybunał sformułował ogólne przesłanki, jakimi kieruje się w celu rozstrzygnięcia, czy dany organ jest uprawniony do zadania pytania prejudycjalnego. TS bierze pod uwagę ustawową podstawę prawną organu, jego stały charakter, obligatoryjną cechę jego właściwości, kontrydiktoryjność postępowania, stosowanie przez niego przepisów ustawowych i niezawisłość⁷. Ostatnią przesłankę Trybunał przedłożył w wyroku w sprawie obniżenia wynagrodzeń portugalskich sędziów z 2018 r., gdzie podkreślił on, że “niezawisłość sądów krajowych ma zasadnicze znaczenie w szczególności dla prawidłowego funkcjonowania systemu współpracy sądowej pod postacią mechanizmu odesłania prejudycjalnego przewidzianego w art. 267 TFUE, jako że „mechanizm ten może zostać uruchomiony przez organ, którego zadaniem jest stosowanie prawa Unii, spełniający w szczególności rzucone kryterium niezawisłości”⁸.

Poruszając w/w kwestię istotnym jest również odniesienie się do dokonanej przez TS wykładni tego pojęcia w wyroku w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18, gdzie TS wskazał, iż wymóg niezawisłości jako integralny element sądenia ma dwa aspekty - wewnętrzny i zewnętrzny⁹. Pierwszy “wymaga, aby dany organ wypełniał swoje zadania w pełni

⁶ Wyrok TS z 6.11.1982 r., C-283/81, Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA przeciwko Ministero della Sanità, ECLI:EU:C:1982:335, pkt. 18.

⁷ Wyrok TS z 17.9.1997 r., Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH przeciwko Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, C-54/96. ECLI:EU:C:1997:413, pkt. 23.

⁸ Wyrok TS z 27.2.2018 r., Associação Sindical dos Juizes Portugueses przeciwko Tribunal de Contas. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, pkt. 39.

⁹ Wyrok TS z 19.11.2019 r., A.K. przeciwko Krajowej Radzie Sądownictwa (C-585/18), oraz CP (C-624/18), DO (C-625/18) przeciwko Sądowi Najwyższemu, przy udziale Prokuratora Generalnego, zastępowanego przez Prokuraturę Krajową, sprawy połączone: C-585/18, C-624/18 i C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, pkt 120-123.

autonomicznie, bez podległości w ramach hierarchii służbowej, bez podporządkowania komukolwiek, w sposób wolny od nakazów czy wytycznych z jakiegokolwiek źródła, pozostając w ten sposób pod ochroną przed ingerencją i naciskami z zewnątrz, które mogą zagrozić niezależności osądu jego członków i wpływać na ich rozstrzygnięcia”. Drugi – łączy się z kolei z pojęciem bezstronności i dotyczy jednakowego dystansu do stron sporu i ich odpowiednich interesów w odniesieniu do jego przedmiotu. Aspekt ten wymaga przestrzegania obiektywizmu oraz braku wszelkiego interesu w rozstrzygnięciu sporu poza ścisłym stosowaniem przepisu prawa”¹⁰.

Reasumując, w świetle prawa unijnego za sąd można uznać taki organ państwowy, który może nie być organem państwowym, ale któremu powierzono pełnienie pewnych funkcji państwowych, co oznacza, że komisje dyscyplinarne stowarzyszeń, czy też izby gospodarcze będą stanowiły sąd w rozumieniu art. 267 TFUE, pod warunkiem, że orzekają one o obowiązkach i prawach jednostek¹¹.

Główną przesłanką skierowania względem TS pytania prejudycjalnego jest zaistnienie realnego sporu pomiędzy stronami postępowania przed sądem krajowym określonego państwa członkowskiego. Kluczowa jest ocena tegoż sądu o bezwzględnej potrzebie decyzji Trybunału w wykładni, czy też ważności aktu prawnego UE w rozpatrywanej sprawie, wynikający z zaistnienia sytuacji, gdy sprawa rozpatrywana przez sąd zawiera nowe zagadnienie interpretacyjne, które ma zasadnicze znaczenie względem jednolitego stosowania prawa Unii lub gdy dotychczasowe orzecznictwo TS nie dostarcza odpowiedzi na pytanie lub gdy interpretacja unijnej normy jest niezbędnym elementem do wydania orzeczenia przez sąd krajowy.

Trybunał bada, czy jego orzeczenie jest dopuszczalne w trybie pytania prejudycjalnego. Ma on uprawnienie do odmowy odpowiedzi na wszystkie przedstawione mu pytania, czy też do niezachowania ich kolejności (Barcz i in. 2020, s. 462). W wyroku w sprawie C-314/08, Filipiak, TS wskazał, że odmowa udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne może zaistnieć “gdy żądana wykładnia prawa wspólnotowego w sposób oczywisty nie ma żadnego

¹⁰ “Powyższe gwarancje niezawisłości i bezstronności wymagają istnienia zasad, w szczególności co do składu organu, powoływania jego członków, okresu trwania ich kadencji oraz powodów ich wyłączenia lub odwołania, pozwalających wykluczyć, w przekonaniu jednostek, wszelką uzasadnioną wątpliwość co do niezależności tego organu od czynników zewnętrznych oraz neutralności względem ścierających się przed nim interesów” - pkt 123 komentowanego wyroku.

¹¹ Por. wyrok TS z 21.10.2010 r., C-385/09, Nidera Handelscompagnie BV przeciwko Valstybinė mokesčių inspekcija prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos, ECLI:EU:C:2010:627 oraz wyrok TS z 6.10.1981 r., 246/80, C. Broekmeulen przeciwko Huisarts Registratie Commissie, ECLI:EU:C:1981:218.

związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu toczącego się przed sądem krajowym lub też gdy problem ma charakter hipotetyczny albo gdy Trybunałowi nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych koniecznych do tego, aby mógł odpowiedzieć na zadane mu pytania w użyteczny sposób”¹².

Innym aktualnym problemem poruszonym na gruncie orzecznictwa TS jest kwestia dopuszczalności wyroków dotyczących praworządności¹³. W wyroku w sprawach połączonych C-558/18 i C-563/18, Miasto Łowicz TS wypowiedział się w kwestii czy objęcie sprawy swoją właściwością w świetle art. 19 TUE pozwala na zadanie jakiegokolwiek pytania dotyczącego niezawisłości sędziów¹⁴. Trybunał przypomniał, że” w ramach procedury prejudycjalnej rola Trybunału polega na asystowaniu sądowi odsyłającemu w poszukiwaniu rozstrzygnięcia konkretnego zawisłego przed tym sądem sporu”. W związku z tym “konieczne jest zatem zaistnienie między owym sporem a przepisami prawa Unii, o których wykładnię się zwrócono, łącznika przejawiającego się w tym, że owa wykładnia jest obiektywnie niezbędna z punktu widzenia orzeczenia, jakie ma wydać sąd odsyłający”. Pytania zadane w tych sprawach były zasadne pod względem merytorycznym. Dodatkowym argumentem przemawiającym również za zasadnością powyższego stwierdzenia była okoliczność, że przepisy, które dotyczyły dyscyplinarnych postępowań sądów zostały zaskarżone przez Komisję w trybie art. 258 TFUE¹⁵.

Ostatnią kwestię stanowi obowiązek sądu, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu, o zwrócenie się z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Problematyka ta została poruszona w akapicie 3 art. 267 TFUE, w którym ustawodawca unijny nakłada na sąd krajowy obowiązek podjęcia się tychże działań. Zasadniczym orzeczeniem jest wyrok w sprawie C-283/81, CILFIT, w którym Trybunał stwierdził wyraźnie, iż sąd jakiego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa krajowego jest zobowiązany do przedłożenia pytania, chyba że poruszona problematyka nie ma

¹² Wyrok TS z 19.11.2009 r., C-314/08, Krzysztof Filipiak przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej w Poznaniu, ECLI:EU:C:2009:719, pkt. 42.

¹³ Patrz również: wyrok TS z 24.3.2022 r., C-697/20, W.G. przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej w L., ECLI:EU:C:2022:210.

¹⁴ Wyrok TS z 26.3.2020 r., sprawy połączone C-558/18 i C-563/18, Miasto Łowicz przeciwko Skarbowi Państwa – Wojewodzie Łódzkiemu, przy udziale: Prokuratora Generalnego zastępowanego przez Prokuraturę Krajową, początkowo Prokuratury Regionalnej w Łodzi, Rzecznika Praw Obywatelskich (C-558/18) oraz Prokurator Generalny zastępowany przez Prokuraturę Krajową, początkowo Prokuratura Okręgowa w Płocku, przeciwko VX, WW, XV (C-563/18), ECLI:EU:C:2020:234, pkt 44-58.

¹⁵ Skarga została wniesiona dnia 25.10.2019 r., C-791/19, Komisja Europejska przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, ECLI:EU:C:2021:596.

decydującego znaczenia względem rozstrzygnięcia sprawy a ocena tego znajduje się w zakresie kompetencji sądu krajowego, tudzież Trybunał orzekał już w danej sprawie, a nowy kontekst nie wpłynie w sposób znaczący na stosowanie orzecznictwa (tzw. doktryna *acte éclairé*), tudzież wykładnia danego przepisu jest jednoznaczna i oczywista (tzw. doktryna *acte clair*)¹⁶. Tzw. doktryna CILFIT została przyjęta we wcześniej wspomnianym już Regulaminie postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości w postaci art. 99 tego aktu prawnego¹⁷. Również polski traktat akcesyjny do UE wszedł w życie 1 maja 2004 r., a zatem od tego momentu TS jest właściwy względem wydania wyroku prejudycjalnego na wniosek któregośkolwiek z sądu Rzeczypospolitej Polskiej. Co warto podkreślić - podejście to zostało potwierdzone w wydanym niedawno wyroku w sprawie C-561/19, Consorzio Italian Management wbrew krytyce przedstawionej w opinii Rzecznika Generalnego Michała Robeka¹⁸.

Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie w swoim orzecznictwie podkreśla arcyważną rolę sądownictwa. Zaniechanie sądu krajowego względem obowiązku przedłożenia pytania prejudycjalnego stanowi naruszenie prawa unijnego, co jest równoznaczne z naruszeniem TFUE przez dane państwa członkowskie. W ten czas istnieje możliwość wszczęcia postępowania z art. 258 TFUE (Kornobis-Romanowska i in. 2010). W wyroku w sprawie C-224/01, Köbler przeciwko Austrii TS sformułował ujemne konsekwencje niewypełnienia przez sąd krajowy obowiązku zadania pytania prejudycjalnego, wśród których wymienił podważenie bezpośredniej skuteczności przepisów unijnych oraz osłabienie ochrony tych praw¹⁹. Ponadto TS w przytoczonym wyroku stwierdził, że naruszenie obowiązku przedłożenia pytania prejudycjalnego może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą państwa członkowskiego.

¹⁶ Wyrok TS z 6.11.1982 r., C-283/81, Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA przeciwko Ministero della Sanità, pkt 18, ECLI:EU:C:1982:335, pkt. 6-8.

¹⁷ Regulamin postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości, Dz.U.U.E.L.2012.265.1, Art. 99 "Jeżeli pytanie skierowane w trybie prejudycjalnym jest identyczne z pytaniem, w którego przedmiocie Trybunał już orzekał, jeżeli odpowiedź na pytanie prejudycjalne można wywieść w sposób jednoznaczny z orzecznictwa lub jeżeli odpowiedź na pytanie prejudycjalne nie pozostawia żadnych uzasadnionych wątpliwości, Trybunał może w każdej chwili, na wniosek sędziego sprawozdawcy i po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, orzec w formie postanowienia z uzasadnieniem."

¹⁸ Wyrok TS z 6.10.2021 r., C-561/19 Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA przeciwko Rete Ferroviaria Italiana SpA, ECLI:EU:C:2019:982, pkt 39-46; Opinia Rzecznika Generalnego Michała Robeka przedstawione w w/w sprawie. ECLI:EU:C:2021:291.

¹⁹ Wyrok TS z 30.9.2003 r. Gerhard Köbler przeciwko Republik Österreich, ECLI:EU:C:2003:513, pkt. 33

ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI JAKO PODSTAWA OKREŚLENIA SKUTKÓW WYROKÓW PREJUDYCJALNYCH

Jednoznaczne stwierdzenie, że nie ma żadnej traktatowej podstawy prawnej konstytuującej o skutkach wyroków prejudycjalnych jest dyskusyjne z uwagi na okoliczność, iż to sam TS dokonuje wykładni prawa unijnego w związku z wątpliwościami sądu krajowego w jej zakresie lub nieważności aktu prawa UE. Dużą rolę w ich określeniu pełni samo orzecznictwo TS, które opiera ich treści na skrupulatnie omówionym już art. 267 TFUE oraz na art. 4 ust. 3 TFUE wyrażającym zasadę lojalnej współpracy. Stanowi ona konkretyzację nadrzędnej reguły *pacta sunt servanda*, jak i ogólnych zasad prawa międzynarodowego związanych z obowiązkiem wykonywania zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych. Zgodnie z nią “Państwa Członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów”. Odnosi się ona nie tylko względem relacji pomiędzy Unią a państwami członkowskimi, ale wiąże także i instytucje oraz organy samej Unii - w tym i TS.

Jak zostało to wskazane na wcześniejszych etapach pracy, odpowiedź, jakiej udziela TS w danej sprawie jest swoistą interpretacją określonego przepisu prawnego. W konsekwencji nie ma ona charakteru konstytutywnego, ale cechuje ją deklaratoryjność. Orzeczenie TS wydane w procedurze pytań prejudycjalnych może przybrać postać *stricte* wyroku, tudzież postanowienia. Należy jednak podkreślić, że nigdy nie będzie to opinia, czy też jakakolwiek inna postać *soft law*. Jest to formalne orzeczenie o określonej mocy wiążącej (Kornobis-Romanowska i in. 2010). Wyrok zapadły w procedurze pytań prejudycjalnych wiąże przede wszystkim strony w postępowaniu, a zatem sąd krajowy, który zwrócił się do TS, jak i sądy orzekające w niższych instancjach w zakresie przedłożonej mu sprawy. W konsekwencji bezkompromisowo należy stwierdzić, że wiąże ono *inter partes*, co znajduje potwierdzenie w wyroku w sprawie C-69/85, Wuensche, w którym TS stwierdził, że wydany przez niego wyrok “jest wiążący dla sądu krajowego dla celów podjęcia decyzji, która ma on wydać w postępowaniu głównym”²⁰. Z kolei w wyroku, w sprawie C-16/65, Schwarze, TS wskazał, iż posiada on możliwości wykroczenia przez niego poza ramy samego wniosku skierowanego do niego przez sąd państwa

²⁰ Wyrok TS z 5.3.1986 r., C-69/85, Wuensche Handelsgesellschaft GmbH & Co. v. Germany, ECLI: ECLI:EU:C:1986:104, pkt. 12.

członkowskiego²¹. Ponadto sąd krajowy, który ponownie orzeka w tej samej sprawie, bądź to jakikolwiek inny sąd przypadły do orzekania w jej zakresie, może ponownie zwrócić się z pytaniem prejudycjalnym w kwestii wykładni, co potwierdza TS w wyroku w sprawie C-14/86, Pretura di Salò²². Jest to możliwe w sytuacji, gdy sąd krajowy nie będzie w stanie zastosować wyroku lub jego zrozumienie okaże się trudnością, lub sąd podnosi nowe, istotne dla sprawy kwestie, bądź to wskazuje elementy, które mogłyby wpłynąć na zastosowaną przez TS wykładnię (Wąsek-Wiaderek, Wojtaszek-Mik 2007, s. 80).

W doktrynie jednak występuje niejednolitość poglądów w stosunku mocy wiążącej *erga omnes* orzeczeń prejudycjalnych, co jest również związane z nadaniem im waloru precedensowego. Jan Barcz stoi na stanowisku, iż wyroki prejudycjalne nie posiadają mocy wiążącej *erga omnes* i nie stanowią formalnie precedensów (Barcz 2002, s. 36). Z kolei Marcin Radwan prezentuje pogląd, że zasadniczo wyrok TS ma skutek *inter partes*, jednak biorąc pod uwagę fakt, że TS może ograniczyć się do odesłania względem wcześniejszego orzeczenia, wyprowadził on wniosek, iż wyrok prejudycjalny skutkuje również *erga omnes* (Radwan 2004, s. 168). Anna Wyrozumska mówi o występowaniu pośredniego skutku *erga omnes* orzeczeń prejudycjalnych, wywodząc swój pogląd z doktryny *acte éclairé*, zasady pierwszeństwa prawa Unii oraz zasady lojalnej współpracy (Barcz i in. 2020, s. 471). Wyraźnym zatem jest to, że temat ten budzi wiele kontrowersji u praktyków oraz doktryny, która niejednokrotnie operuje zgoła odmiennymi poglądami.

Moc wiążąca *erga omnes* wyroków prejudycjalnych, jak i ich charakter precedensowy stanowi podstawę dla TS, który odmawiał wydania orzeczenia, powołując się na omówione we wcześniejszych etapach pracy trzy kwestie związane z tzw. doktryną CILFIT, którą to TS wielokrotnie przywoływał i podtrzymywał w późniejszym czasie²³. Stanowi ona dowód precedensowego charakteru tych orzeczeń, jednak nie należy w sposób zupełny utożsamiać działań TS z prawem precedensowym. Ujęcie, jakie tzw. doktryna CILFIT przedstawia, stanowi niejako zachętę wystosowaną przez TS względem sądów krajowych do opierania się na wydanym już orzecznictwie tej instytucji, jeżeli określone wątpliwości w obrębie konkretnego zagadnienia z zakresu prawa Unii, zostały wyjaśnione w sposób klarowny (Sanetra 2006, s. 5). Ponadto

²¹ Wyrok TS z 1.12.1965 r. C-16/65, Firma G. Schwarze przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, ECLI:EU:C:1965:106

²² Wyrok TS z 11.6.1987, C-14/86, Pretura di Salò przeciwko Włochy, ECLI: EC-LI:EU:C:1987:275, pkt. 6-8.

²³ Zob. str. 7-8 rozdziału.

należy zwrócić uwagę na fakt, iż orzecznictwo TS ogólnie może być przytaczane dla poparcia linii argumentacyjnej konkretnej jednostki, która dochodzi swoich praw przed określonym sądem krajowym, co będzie skutkowało doprowadzeniem tegoż sądu do konieczności bezpośredniego stosowania prawa Unii lub do zwrócenia się do TS z pytaniem prejudycjalnym (zob. Wyrok SN - III PO 7/18, Wyrok SN - V CSK 347/18, Postanowienie SA w Krakowie - I ACa 649/19) (Barczyk, Kot 2016, s.169-170).

Osobiście stoję na stanowisku, że zasadnym jest stwierdzenie, że orzeczenia prejudycjalne TS skutkują nie tylko *inter partes*, ale także *erga omnes*. Poparcie tegoż poglądu znajduje się w wyroku w sprawie 66/80, International Chemical Corporation, w którym TS wskazał, że pomimo, iż adresatem wyroku jest jedynie sąd, który stoi za zadaniem pytania prejudycjalnego, to jednak rozstrzygnięcie podjęte w zakresie wyroku TS, jest wiążące dla każdego innego sądu krajowego²⁴. Nie jest błędnym stwierdzenie, że podobna regulacja ma za cel zapewnienie pełnej efektywności i skuteczności unijnego prawa²⁵. Należy jednak wskazać, że realizacji tegoż celu nie podlegają tylko i wyłącznie sądy krajowe, bowiem jest to również obowiązek administracji publicznej państwa członkowskiego, która również zobowiązana jest do stosowania unijnego prawa w zakresie określonym w orzecznictwie TS w ramach ich kompetencji (Szpunar 2014, s. 98-99). Wyrok prejudycjalny skutkuje względem wszystkich organów państw członkowskich (w tym dla organów legislacyjnych, czy też organów wykonawczych).

Pogląd ten znajduje potwierdzenie w wyroku w sprawie C-453/00, Kühne & Heitz, w którym TS wskazuje, że wykładnia przepisu unijnego, dokonana przez TS w ramach kompetencji mu przyznanej w art. 267 TFUE, wyjaśnia i precyzuje w miarę potrzeb znaczenie oraz zakres przepisu prawa unijnego, tak jak powinien być rozumiany od chwili jego wejścia w życie. W następnym akapicie TS wysnuwa wnioski, podkreślając, że poddany przepis wykładni prawa UE powinien być stosowany nie tylko przez sąd, ale także przez organ administracyjny w ramach jego kompetencji nawet do stosunków prawnych powstałych przed wydaniem przez TS wyroku na podstawie wniosku o dokonanie wykładni. W ten czas istnieje możliwość, że doprowadzi

²⁴ Wyrok TS 13.5.1981, C-66/88, SpA International Chemical Corporation przeciwko Amministrazione delle finanze dello Stato, ECLI:EU:C:1981:102, pkt

²⁵ Por. Wyrok TS z 14.7.1976 Amministrazione delle Finanze dello Stato przeciwko Simmenthal SA, ECLI:EU:C:1978:49

to do obowiązku uchylenia ostatecznej decyzji administracyjnej i ponownego rozpatrzenia sprawy na skutek późniejszego wyroku TS²⁶.

Z kolei w wyroku w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18, KRS i Izby Dyscyplinarnej SN, TS umożliwił zadanie mu pytań przez polskich sędziów, które dotyczyło m. in. właściwości do rozpoznania spraw w postępowaniach głównych i podkreślił w jego uzasadnieniu, że wyrok ten będzie wiążący dla sądu odsyłającego i wszystkich pozostałych organów Rzeczypospolitej Polskiej bez możliwości zapobieżenia temu przez przepisy krajowe dotyczące nieważności postępowania lub określenia właściwości, do których odwołuje się rząd polski²⁷.

SKUTKI TEMPORALNE WYROKÓW PREJUDYCJALNYCH TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

Odrębną, ale równie istotną kwestię stanowią skutki temporalne wydania orzeczenia prejudycjalnego przez TS. Wyrok taki wiąże z chwilą jego ogłoszenia ze skutkiem *ex tunc* (tj. wiąże z mocą wsteczną od momentu wejścia w życie aktu lub przepisu, który jest przedmiotem wyroku)²⁸. TS posiada również kompetencje do ograniczenia skutków wyroków w czasie w taki sposób, że będą one stosowane od chwili wydania orzeczenia, (ze skutkiem *ex nunc*) lub od innego momentu wyraźnie wskazanego w orzeczeniu.

TS po raz pierwszy ograniczył skutki wyroku w wyroku w sprawie C-43/75, Defrenne dotyczącej wynagrodzeń pracowników płci męskiej i żeńskiej, które były nierówne. Gabrielle Defrenne, powódka pracująca jako stewardesa linii lotniczych “Sabena” otrzymywała niższe wynagrodzenie niż osoby płci męskiej zajmujące to samo stanowisko. W tej sytuacji powódka, powołując się na bezpośredni skutek prawa wspólnotowego (unijnego) oraz na art. 157 TFUE zażądała odszkodowania od swojego pracodawcy. TS wskazał bezpośredni skutek zasady niedyskryminacji w kontekście wysokości wynagrodzenia ze względu na płeć na przyszłość. Gdyby TS orzekł skutek *ex tunc* istniałoby ryzyko nadmiernego napływu skarg w podobnych stanach faktycznych, w których doszło do dyskryminacji płci w kontekście wynagrodzenia za

²⁶ Wyrok TS z 13.1.2004 r., C-453/00, Kühne & Heitz NV przeciwko Produktschap voor Pluimvee en Eieren, ECLI:EU:C:2004:17, pkt. 20-28.

²⁷ Wyrok TS z 19.11.2019 r., Sprawy połączone C-585/18, C-624/18 i C-625/18, A.K. przeciwko Krajowej Radzie Sądownictwa i CP i DO przeciwko Sądowi Najwyższemu, ECLI:EU:C:2019:982, pkt. 112.

²⁸ Zob. Wyrok TS z 29.11.1980, C-138-79, SA Roquette Frères przeciwko Radzie Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:1980:249, pkt. 37.

pracę. TS orzekł wyjątek dla osób, które wniosły wcześniej sprawę do sądu lub wszczęły podobne postępowanie²⁹.

SKUTKI STWIERDZENIA NIEWAŻNOŚCI AKTU W WYROKU PREJUDYCJALNYM TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

Procedurę podstawową w zakresie systemu ochrony prawnej Unii stanowi postępowanie o stwierdzenie nieważności aktu prawa UE. Jej celem jest wyeliminowanie aktów, które zostały przyjęte, a które naruszają prawo UE. Skargę o stwierdzenie nieważności aktu organu, instytucji lub jednostki organizacyjnej na podstawie art. 263 TFUE rozpatruje TS lub Sąd. Podany przepis ma zastosowanie do trzech kategorii aktów: aktów ustawodawczych, aktów innych niż zalecenia lub opinie, ale wydanych przez Komisję, Radę i Europejski Bank Centralny, aktów Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, organów lub jednostek organizacyjnych UE “zmierających do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich” (Barcz i in. 2020, s. 420-422). Zgodnie z art. 264 TFUE, “jeżeli skarga jest zasadna, TS orzeka o nieważności danego aktu”.

Należy podkreślić, że stwierdzenie nieważności unijnego aktu na skutek pytań prejudycjalnych jest rzadkim zdarzeniem. Jednym z przykładów jest postępowanie w sprawie o dyrektywę 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniającej dyrektywy 2002/58/WE. TS w wyroku w sprawach połączonych C-293/12 i C-594/12, Digital Rights Ireland, jasno stwierdził nieważność wspomnianej dyrektywy, wskazując jej zbyt szeroki zakres, brak odpowiednich gwarancji chroniących przed nadużyciami, a także to, że w sposób nieproporcjonalny ingerowała w gwarantowane w Karcie Praw Podstawowych UE prawo do prywatności i ochrony danych osobowych³⁰.

Na skutek wyroku TS, akt, który został uznany za nieważny na podstawie art. 263 TFUE, przestał obowiązywać w unijnym porządku prawnym w sposób automatyczny, jednak niestety orzecznictwo nie odpowiada wprost

²⁹ Wyrok Trybunału z dnia 8.4.1976 r., C-43-75, Gabrielle Defrenne przeciwko Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, ECLI:EU:C:1976:56, pkt. 75.

³⁰ Wyrok TS z 8.4.2004, Sprawy połączone C-293/12 i C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd przeciwko Minister for Communications, Marine and Natural Resources i in. oraz Kärntner Landesregierung i in. ECLI:EU:C:2014:238, pkt. 24-26.

na pytanie o skutki stwierdzenia nieważności aktu podjętego w procedurze pytań prejudycjalnych. W obrębie tego zagadnienia również funkcjonują kontrowersje.

Dominującym poglądem jest, że wyroki takie jak w komentowanej sprawie także posiadają skutki *inter partes*, *erga omnes* i *ex tunc*. W omawianym wyroku na fakt posiadania skutku *ex tunc* wskazuje ponadto brak odniesienia przez TS do ograniczenia skutków tego wyroku w czasie.

Należy podkreślić, że nieważność dotyczyć będzie tylko i wyłącznie dyrektywy, która była przedmiotem rozważań TS i wobec której TS tę nieważność orzekł, przez co nie jest możliwy wpływ na ważność takich samych, tudzież podobnych regulacji stosowanych przez unijnego ustawodawcę w innych aktach UE (Taborowski 2014, s. 5). Jest to równoznaczne z tym, że nawet jeśli takie regulacje, jakie były zawarte w dyrektywie 2006/24/WE są nadal obecne w unijnym porządku prawnym to nie tracą one tym samym charakteru wiążącego. One nadal są ważne. W tej sytuacji po raz kolejny uwiadcza się istotność i doniosłość roli, jaką pełnią sądy krajowe, bowiem to do nich będzie należał obowiązek zwrócenia się z pytaniem prejudycjalnym do TS, jeśli zawisł przed nimi spór dotyczący podobnych rozwiązań. Sądy krajowe nie posiadają kompetencji do samodzielnego stwierdzenia nieważności aktu prawa Unii³¹.

Ponadto odpowiednie instytucje unijne w tej sytuacji są zobowiązane do podjęcia wystarczających środków mających za cel usunięcie stwierdzonego bezprawia, co wynika bezpośrednio z art. 266 TFUE, który “jeśli jest to uzasadnione nadrzędnymi względami pewności prawa, przez analogię ma zastosowanie również w ramach odesłania prejudycjalnego dotyczącego oceny ważności aktów Unii zgodnie z art. 267 TFUE”³². Uwiadcza się na tym tle pewna dwubiegunowość w prawie unijnym w omawianej sprawie, bowiem akt ten nie przestaje obowiązywać, jednak nie jest w stanie wywoływać ważnych skutków prawnych. Ze względu na zasadę pewności prawa akt taki powinien zostać uchylony.

Należy wskazać, że wyrok TS wydany w trybie pytań prejudycjalnych, który stwierdził nieważność dyrektywy w unijnym porządku prawnym nie oznacza automatycznie nieważności aktów prawnych implementujących

³¹ Wyrok TS z 22.11.1987, C-314/85, Foto-Frost przeciwko Hauptzollamt Lübeck-Ost, ECLI:EU:C:1987:452, pkt. 20.

³² Opinia rzecznika generalnego Cruz Villalón przedstawiona w dniu 12.12.2013 r. w sprawie C-314/85, Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) przeciwko Minister for Communications, Marine and Natural Resources i inni oraz Kärntner Landesregierung (C-594/12) i inni., ECLI:EU:C:2013:845, pkt. 154-158.

tę dyrektywę wydanych przez ustawodawcę państwa członkowskiego UE. Organy państwowe ogółem - w tym i sądy - nie mogą uwzględniać przepisów prawa krajowego tych aktów prawnych za ważną podstawę prawną (Taborowski 2014, s. 5-6). Ich obowiązkiem będzie wzięcie pod uwagę założeń dotyczących zasady proporcjonalności, jak i ocenienie prawidłowości regulacji krajowych pod kątem wydanego wyroku w sprawach połączonych C-293/12 i C-594/12, Digital Rights Ireland. Jeżeli przepisy krajowe nie spełniałyby ich wówczas należałoby je uznać za sprzeczne z prawem unijnym, co z kolei mogłoby prowadzić do zastosowania pronijnej wykładni przez sądy krajowe, której to celem byłoby usunięcie występującej sprzeczności.

UWAGI KOŃCOWE

Różnice jakie występują między państwami członkowskimi wynikają z pluralizmu kulturowo-prawnego, konstytucyjnego, jak i z językowej odmienności, panującej na terenie Europy, a także uwarunkowań historycznych. Celem instytucji pytań prejudycjalnych jest wyeliminowanie rozbieżności w wykładni prawa unijnego oraz odmiennego jego stosowania w państwach członkowskich. Wyjątkowość tego rozwiązania upatruje się już we wprowadzonych przez państwa członkowskie fundamentach Traktatów. W wyroku 26/62, van Gend & Loos TS wskazał, że “Wspólnota stanowi nowy porządek prawny w prawie międzynarodowym, na rzecz którego państwa ograniczyły, jakkolwiek tylko w wąskich dziedzinach, swoje prawa suwerenne, i którego normy znajdują zastosowanie nie tylko do państw członkowskich, ale i pochodzących z nich jednostek”³³

Pomimo niedookreślenia przez ustawodawcę unijnego skutków wyroków wydawanych w trybie postępowania prejudycjalnego, wyroki TS pozwalają określić pewne ich ramy, co również wpływa na jednolitość stosowania i rozumienia prawa unijnego w państwach członkowskich. Niewątpliwie jest to, że wyroki prejudycjalne TS wywierają bezpośredni wpływ na orzecznictwo, jak i sposób funkcjonowania sądów krajowych oraz innych organów państw członkowskich. Są one wiążące *inter partes* i *erga omnes*. Wskazują one właściwe metody wykładni, do jakich organy te muszą się dostosować, bowiem to ich działanie będzie wpływało bezpośrednio i bezkompromisowo na prawa i obowiązki jednostki. Na tejsze płaszczyźnie w sposób doniosły rysuje się fundamentalna rola, którą pełnią przede wszystkim sądy krajowe nie tylko

³³ Wyrok TS z 5.2.1963, 26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos przeciwko niderlandzkiej administracji celnej, ECLI:EU:C:1963:1.

w porządku prawnym określonego państwa członkowskiego, ale także i na gruncie prawa unijnego.

BIBLIOGRAFIA

- Barcz J,
2002 *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Białystok.
- Barcz J., Górka M., Wyrozumska A.
2020 *Instytucja i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa.
- Barczyk M., Kot B.,
2016 *Wpływ orzeczenia TSUE w sprawie Hewlett-Packard Belgium SPRL przeciwko Reprobel SCRL na krąg beneficjentów opłat od urządzeń re-prograficznych i czystych nośników na gruncie ustawodawstwa polskiego*, Kraków.
- Charzewski P.
2017 *Rola Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wykładni prawa w dobie multicytryzmu*, Wrocław.
- Konieczna N.,
2013 *Unia Europejska - wielojęzyczny problem?*, Poznań.
- Łacny J., Kornobis-Romanowska D., Wróbel A. (red.)
2010 *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom III (art. 223-358)*, Warszawa.
- Łacny J., Szpunar M., Kornobis-Romanowska, D., M., Wróbel A.,
2010 *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz, t. III*, Warszawa.
- Radwan M.,
2004 *Procedura odesłania wstępnego według art. 234 TWE*, Warszawa.
- Szpunar M.,
2014 *Wybrane problemy stosowania prawa Unii Europejskiej w stosunkach cywilnoprawnych*, Warszawa.
- Taborowski M.,
2014 *Skutki wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdzającego nieważność dyrektywy retencyjnej*, LEX.

Waszczuk K,
2007/2008 *Znaczenie przekładu aktów prawnych Unii Europejskiej dla polskiego kontekstu kulturowego i dyskursu politycznego*, Toruń.

Wąsek-Wiaderek M., Wojtaszek-Mik E. (red.),
2007 *Pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, Warszawa.

Orzecznictwo

Opinia rzecznika generalnego *Cruz Villalón* przedstawiona w dniu 12.12.2013 r. w sprawie C-314/85, Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) przeciwko Minister for Communications, Marine and Natural Resources i inni oraz Kärntner Landesregierung (C-594/12) i inni., ECLI:EU:C:2013:845.

Opinia Rzecznika Generalnego Michala Robeka przedstawiona sprawie C-561/19 Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA przeciwko Rete Ferroviaria Italiana SpA. ECLI:EU:C:2021:291

Wyrok TS z 27.2.2018 r., Associação Sindical dos Juízes Portugueses przeciwko Tribunal de Contas, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

Wyrok TS z 6.10.2021 r., C-561/19 Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA przeciwko Rete Ferroviaria Italiana SpA, ECLI:EU:C:2019:982.

Wyrok TS z 17.9.1997 r., Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH przeciwko Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413.

Wyrok TS z 8.4.2004, Sprawy połączone C-293/12 i C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd przeciwko Minister for Communications, Marine and Natural Resources i in. oraz Kärntner Landesregierung i in., ECLI:EU:C:2014:238.

Wyrok TS z 1.12.1965 r. C-16/65, Firma G. Schwarze przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, ECLI:EU:C:1965:106.

Wyrok TS z 22.11.1987, C-314/85, Foto-Frost przeciwko Hauptzollamt Lübeck-Ost, ECLI:EU:C:1987:452.

Wyrok Trybunału z dnia 8.4.1976 r., C-43-75, Gabrielle Defrenne przeciwko Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, ECLI:EU:C:1976:56.

- Wyrok TS z 30.9.2003 r. Gerhard Köbler przeciwko Republik Österreich, ECLI:EU:C:2003:513.
- Wyrok TS z 13.1.2004 r., C-453/00, Kühne & Heitz NV przeciwko Produktschap voor Pluimvee en Eieren, ECLI:EU:C:2004:17.
- Wyrok TS z 19.11.2019 r., Sprawy połączone C-585/18, C-624/18 i C-625/18, A.K. przeciwko Krajowej Radzie Sądownictwa i CP i DO przeciwko Sądowi Najwyższemu, ECLI:EU:C:2019:982.
- Wyrok TS z 19.11.2009 r., C-314/08, Krzysztof Filipiak przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej w Poznaniu, ECLI:EU:C:2009:719.
- Wyrok TS z 26.3.2020 r., sprawy połączone C-558/18 i C-563/18, Miasto Łowicz przeciwko Skarbowi Państwa – Wojewodzie Łódzkiemu, przy udziale: Prokuratora Generalnego zastępowanego przez Prokuraturę Krajową, początkowo Prokuratury Regionalnej w Łodzi, Rzecznika Praw Obywatelskich (C-558/18) oraz Prokurator Generalny zastępowany przez Prokuraturę Krajową, początkowo Prokuratura Okręgowa w Płocku, przeciwko VX, WW, XV (C-563/18), ECLI:EU:C:2020:234.
- Wyrok TS z 13.11.2005 r., C-458/03, Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG; C-348/10 Norma-A SIA, pkt. 32, ECLI:EU:C:2005:605.
- Wyrok TS z 5.2.1963, 26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos przeciwko niderlandzkiej administracji celnej, ECLI:EU:C:1963:1.
- Wyrok TS z 11.6.198 14/86, Pretura di Salò przeciwko Włochy, ECLI: ECLI:EU:C:1987:275.
- Wyrok TS z 13.5.1981, C-66/88, SpA International Chemical Corporation przeciwko Amministrazione delle finanze dello Stato, ECLI:EU:C:1981:102.
- Wyrok TS z 6.11.1982 r., C-283/81, Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA przeciwko Ministero della Sanit, ECLI:EU:C:1982:335.
- Wyrok TS z 5.3.1986 r., C-69/85, Wuensche Handelsgesellschaft GmbH & Co. przeciwko Niemcy, ECLI: ECLI:EU:C:1986:104.

ZŁOTA AKCJA SKARBU PAŃSTWA

WPROWADZENIE

Niniejsza praca ma na celu przedstawienie oraz ocenę zgodności z prawem Unii Europejskiej specjalnych uprawnień przyznanych ministrowi właściwemu ds. aktywów państwowych na podstawie ustawy z 18 marca 2010 r.² Przedstawiona problematyka badawcza skupia się w szczególności na uprawnieniach ministra w odniesieniu do spółek kapitałowych, które posiadają w swoich aktywach mienie zakwalifikowane jako infrastrukturę krytyczną, niezbędną do prawidłowego funkcjonowania struktur państwa. Tematyka ta nie pozostaje, więc bez znaczenia dla bezpieczeństwa państwa, przy czym ingerowanie przez organy państwa w funkcjonowanie podmiotów prawa prywatnego jest w istocie ograniczone zarówno przez Konstytucję RP³, jak i prawo Unii Europejskiej w szczególności Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴. Mając to na uwadze poruszana tematyka wymaga holistycznego oraz dokładnego omówienia. Ocena regulacji prawnych zawartych w ustawie z 18 marca 2010 r. zasadna jest także z tego powodu, że przedstawiana w niniejszym pracy tematyka nie została poddana dostatecznym badaniom przy aktualnym stanie prawnym. Liczne publikacje dotyczące podobnej tematyki w dużej mierze pozostają aktualne, jednakże dotyczą stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie ustawy z 18 marca 2010 r. Dodatkowo

¹ ORCID: 0000-0003-2666-6225

² Ustawa z dnia 18 marca 2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw energii oraz ich wykonywanie w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2173), dalej „ustawa z 18 marca 2010 r.”.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej „Konstytucja RP”.

⁴ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. UE C 326, 26.10.2012), dalej „TFUE”.

ocena zgodności regulacji z prawem Unii Europejskiej poprzedzona została szczegółową analizą orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁵, poglądów doktryny, a także zbadaniem praktyki instytucjonalnej organów Unii Europejskiej, która ostatnimi latami uległa pewnej zmianie.

HISTORIA I POJĘCIE „ZŁOTEJ AKCJI”

Pojęcie „złotej akcji” z angielskiego „golden share” nie posiada swojej definicji legalnej, a także nie jest wykorzystywane przez ustawodawcę w żadnym akcie prawnym. Pojęcie to, jest więc dorobkiem literatury oraz nie posiada normatywnego charakteru (Szumański 1998, s.1. oraz Pawłowicz 2007, s. 31). W tożsamy sposób względem pojęcia „złotej akcji” wypowiedział się także Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 30.09.2004 r.⁶, przyjmując, że „pojęcie to nie jest kategorią normatywną, gdyż w prawie polskim instytucja ta nie została odrębnie uregulowana. Przyjmuje się, że oznacza ona szczególne uprzywilejowanie akcji w sposób, który umożliwi akcjonariuszowi pełną kontrolę nad podejmowaniem w spółce strategicznych decyzji”. Pojęciem „złotej akcji” w literaturze określa się szeroki katalog przyznawanych uprawnień. Uprawnienia te mogą być przyznane zarówno w statucie spółki na gruncie regulacji prywatnoprawnych między innymi: prawo weta, prawo powoływania oraz odwoływania członków organów spółki, prawo do udziału w określonym zysku, czy też uprzywilejowanie akcji pod względem głosów przypadających na jedną akcję⁷ (Piotrowski 2017, s. 166,167). Uprawnienia takie mogą być przyznane także na gruncie regulacji publicznoprawnych w ustawie przykładowo: prawo wpływania na strukturę akcjonariuszy wskazując maksymalną ilość kapitału jaki mogą posiadać inwestorzy zagraniczni, ograniczenie prawa głosu z posiadanych akcji, wyrażania zgody albo sprzeciwu co do czynności prawnych spółki (Marczewska 2015, s. 34, Romanowski 2005). Wynika to z faktu, że konstrukcja „złotej akcji” może mieć zarówno charakter prywatnoprawny, jak i publicznoprawny. (Małecka 2012, s. 29). Niejednolity sposób rozumienia pojęcia implikuje także okoliczność, że w różnych krajach Unii Europejskiej przyjmowano różne regulacje prawne, a także w odmienny sposób w krajach przebiegał proces prywatyzacji. Dlatego też pojęcie to jest w literaturze rozumiane w sposób niejednolity.

⁵ Dalej „TSUE”.

⁶ Wyrok SN z 30.09.2004 r., IV CK 713/03, OSNC 2005, nr 9, poz. 160.

⁷ Regulacje takie obowiązywały przed 1 maja 2004 r. w kodeksie spółek handlowych między innymi art. 625 k.s.h., przewidujący, że statuty spółek mogły na akcję Skarbu Państwa przyznawać maksymalnie do pięciu głosów na jedną akcję.

Niejednolity sposób rozumienia pojęcia wiąże się także z historycznym rozwojem instytucji prawnych klasyfikowanych jako „złota akcja”. Sam początek rozwoju instytucji złotej akcji należy wiązać z latami 80. XX wieku, gdzie w 1976 roku Międzynarodowy Fundusz Walutowy wydał krytyczną opinię dotyczącą stanu finansów publicznych Wielkiej Brytanii. Konieczna okazała się więc prywatyzacja części przedsiębiorstw państwowych celem zmniejszenia zadłużenia sektora finansów publicznych (Marczewska 2015, s. 33). Przebieg procesu prywatyzacji w latach 80. XX wieku miał nadzorować w rządzie Premier Margaret Thatcher, Kanclerz Skarbu Nigel Lawson (Kiełbasa 2010, s. 183 oraz Marczewska 2015, s. 33). Regulacje prawne Wielkiej Brytanii z jednej strony miały umożliwić prywatyzację przedsiębiorstw państwowych oraz poprawę sytuacji finansów publicznych, z drugiej jednak strony miały umożliwić zachowanie organom państwa wpływ na kluczowe decyzje w prywatyzowanych spółkach. Rozwiązaniom prawnym przyjmowanym przez Wielką Brytanię uważnie przyglądały się także inne państwa członkowskie Unii Europejskiej, które następnie wprowadzały podobne rozwiązania prawne w swoich systemach prawnych. Działania takie były podyktowane silnymi procesami prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych w latach 90. XX wieku (Małecka 2012, s. 29). Warty dodania jest także, że w literaturze wskazuje się także inny początek rozwoju konstrukcji „złotej akcji” związany z ustawą z dnia 21 lipca 1960 r., dotyczącą prywatyzacji koncernu motoryzacyjnego Volkswagenwerk. Zgodnie z niemiecką ustawą rządowi federalnemu oraz landowi Dolna Saksonia zostały przyznane szczególne uprawnienia w sferze czynności zarządczych w prywatyzowanej spółce (Kiełbasa 2010, s. 183 oraz Mataczyński 2008, s. 49).

Brak jednolitego sposobu rozumienia pojęcia „złotej akcji” stwarza konieczność przyjęcia, że na gruncie niniejszej pracy najbardziej adekwatne jest przyjmowanie, że „złota akcja” jest pewną kategorią uprawnień nadanych na mocy ustawy organowi państwa w odniesieniu do spółek. Podobny pogląd wyrażany jest także w literaturze, gdzie wskazuje się, że „państwo może więc oddziaływać na spółkę za pomocą instrumentów administracyjnoprawnych ze sfery imperium państwa oraz za pomocą instrumentów cywilnoprawnych, właścicielskich ze sfery dominium” (Romanowski 2005, s. 12, 30). Szczególne uprawnienia przyznane ministrowi właściwemu ds. aktywów państwowych na podstawie ustawy z 18 marca 2010 r., pozwalają już na wstępie wskazać, że uprawnienia te nie mają swojego źródła w statucie spółki oraz regulacja prywatnoprawnych, a w akcie powszechnie obowiązującego prawa ze sfery prawa administracyjnego.

UPRAWNIENIA PRZEVIDZIANE W USTAWIE Z DNIA 18 MARCA 2010 R.

Ustawa z dnia 18 marca 2010 r. uchyliła poprzednio obowiązującą ustawę z dnia 3 czerwca 2005 r.⁸, która przyznawała uprawnienia Ministrowi właściwemu ds. Skarbu Państwa, które należy zakwalifikować jako „złotą akcję”. Wprowadzenie regulacji ustawowych niewątpliwie należy wiązać z procesem prywatyzacji, który obejmuje przeniesienie przedsiębiorstwa z sektora publicznego do prywatnego, co stanowi samodzielną decyzję państwa (szer. Sperka-Cieciura 2017, s. 127). W ustawie z dnia 18 marca 2010 r. w art. 1 ust. 1 został wskazany przedmiot regulacji, który dotyczy przyznania Ministrowi Właściwemu ds. Aktywów Państwowych szczególnych uprawnień. Dalsze regulacje ustawy, w szczególności art. 2 dookreślają zakres przyznanych uprawnień. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 18 marca 2010 r., Ministrowi przysługuje uprawnienie do złożenia sprzeciwu wobec czynności prawnej, której przedmiotem jest rozporządzenie mieniem zakalifikowanym jako infrastruktura krytyczna⁹ w rozumieniu ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym¹⁰. Dodatkowo Ministrowi przysługuje uprawnienie do złożenia sprzeciwu wobec enumeratywnie wskazanych uchwał organów spółki stosownie do art. 2 ust. 2 ustawy. Przesłanką wyrażenia sprzeciwu jest powstanie rzeczywistego zagrożenia funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury krytycznej. Ustawodawca na gruncie ustawy nie wskazał w jaki sposób należy rozumieć stan rzeczywistego zagrożenia, należy jednak zauważyć, że infrastruktura krytyczna stanowi swoistą sieć naczyń powiązanych, gdzie funkcjonowanie jednego sektora wpływa na możliwości funkcjonowania pozostałych sektorów. W tym kontekście nie można pominąć doniosłej roli sektorów energetycznych, które zapewniają dostarczenie niezbędnych paliw oraz niezbędnej energii elektrycznej do funkcjonowania pozostałych sektorów infrastruktury. Przeprowadzone badania pozwalają przyjąć, że rzeczywisty stan zagrożenia będzie spełniony w sytuacji, gdy czynność

⁸ Ustawa z dnia 3 czerwca 2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego (Dz. U. Nr 132, poz. 1108 ze zm.).

⁹ Przez pojęcie „infrastruktura krytyczna” zgodnie z ustawą z 26 kwietnia 2007r. art. 3 pkt 2 należy rozumieć systemy oraz wchodzące w ich skład powiązane ze sobą funkcjonalnie obiekty, w tym obiekty budowlane, urządzenia, instalacje, usługi kluczowe dla bezpieczeństwa państwa i jego obywateli oraz służące zapewnieniu sprawnego funkcjonowania organów administracji publicznej, a także instytucji i przedsiębiorców

¹⁰ Ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 261 ze zm.).

prawna zakłuci funkcjonowanie infrastruktury krytycznej chociażby poprzez przerwanie całości strukturalnej, jak i w sytuacji gdy w przyszłości skutki dokonania czynności prawnej stworzą rzeczywisty stan zagrożenia. Warto jednak jednak dodać, że „możliwość zgłoszenia sprzeciwu nie jest w żaden sposób powiązana z wykonywaniem praw z akcji lub udziałów Skarbu Państwa w określonych podmiotach” (Grzegorzcyk 2011, lex). Dodatkowo możliwość wyrażenia sprzeciwu w żaden sposób nie jest powiązana z ilością posiadanych akcji czy też udziałów w danej spółce lub grupie kapitałowej. Aspektem istotnym jest posiadanie mienia zakwalifikowanego jako infrastruktura krytyczna oraz prowadzenie działalności w jednym z trzech sektorów wskazanym w art. 1 ustawy. W literaturze taką kwalifikację podmiotów trafnie określa się formułą podwójnej kwalifikacji (Hoc 2014, s. 54), ponieważ muszą być spełnione łącznie dwa kryteria, aby wobec czynności prawnej danego podmiotu Minister mógł wyrazić sprzeciw. Problematyka możliwości wyrażenia sprzeciwu budziła słuszne zastrzeżenia już na gruncie ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r., gdzie zgłaszano uwagi czy można łączyć „wykonywanie uprawnień właścicielskich wobec spółek strategicznych (*dominium*) z uprawnieniami nadzorczymi (*imperium*)” (Pawłowicz 2007, s. 39). Wątpliwości te pozostają niewątpliwie dalej aktualne na gruncie ustawy z dnia 18 marca 2010 r. W literaturze łączenie obu funkcji jest oceniane krytycznie. Nie sposób jednak nie zgodzić się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez E. Małecką, że „takie ukształtowanie uczestnictwa państwa w interesach gospodarczych eliminuje potrzebę jego ukrytej ingerencji w sprawy danej spółki, stanowiącą rzeczywiste zagrożenie dla funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury krytycznej. tego typu podmioty nie mogą podlegać jedynie grze rynkowej. „złota akcja” pozwala zachować państwu niezbędne uprawnienia kontrolne”. (Małecka 2012, s. 31). Przyznanie Ministrowi szczególnych uprawnień należy ocenić, więc jako możliwość podejmowania działań przez organ państwa w sferze imperium, czyli poprzez wykorzystanie przymusu państwowego.

W konsekwencji przeprowadzonych prac badawczych wydaje się, że na gruncie obowiązującej ustawy ustawodawca błędnie zbyt wąsko zakreślił, że sprzeciw Ministra może obejmować tylko czynności rozporządzające mieniem nie obejmując możliwością wyrażenia sprzeciwu wobec czynności prawnych zobowiązujących czy ustanowienie różnego rodzaju zabezpieczeń chociażby hipoteki na nieruchomości na którym znajduje się infrastruktura krytyczna. Powyższa uwaga jest o tyle istotna, że przepisy z zakresu prawa publicznego powinny w jednoznaczny, dookreślony sposób wskazywać zakres uprawnień przysługujących organom państwa. Dodatkowo wskazany brak regulacji

w tym zakresie wydaje się nieuzasadniony, ponieważ nie przewiduje możliwości wyrażenia sprzeciwu wobec czynności zobowiązującej, a więc czynności prawnej, która nie wywołuje skutku rzeczowego. W kwestii przepisów ustawy z dnia 18 marca 2010 r., zasadnym jest dodanie, że przewidziane w ustawie uprawnienia ministra nie przewidują możliwości ingerencji w skład personalny osób zasiadających w organach spółki, co wydaje się miało być realizacją zasady proporcjonalności ograniczeń.

ZŁOTA AKCJA W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ ORAZ ORZECZNICTWIE TSUE

Regulacje prawne przyznające specjalne uprawnienia organom państwa, od samego początku były przedmiotem zainteresowania organów Unii Europejskiej. Komisja Europejska¹¹ od początku lat 90. XX wieku rozpoczęła kilkanaście postępowań, których przedmiotem było stwierdzenie, że regulacje prawa krajowego przyznające specjalne uprawnienia organom, czy też skarbowi państwa, są niezgodne z prawem Unii Europejskiej. Głównym argumentem przytaczanym przez Komisję było naruszenie zasady swobody przepływu kapitału wyrażonej aktualnie w art. 63 TFUE. Dodatkowo Komisja uzasadniając swoje stanowisko podnosiła argumenty, że regulacje krajowe istotnie uchybiają zobowiązaniu wskazanym w art. 49 TFUE, czyli zakazie ograniczania swobody przedsiębiorczości oraz w sposób nieuzasadniony tworzy ograniczenie w swobodzie przepływu płatności. Podejmowane interwencji przez Komisję, były uzasadniana okolicznościami, że Komisja strzec przestrzegania traktatów, czego następstwem jest występowanie w literaturze określenia, że Komisja jest „strażnikiem traktatów”. Należy zauważyć także, że działania podejmowane przez KE mają na celu „minimalizowanie udziału państw członkowskich w funkcjonowanie działających na wspólnym rynku przedsiębiorstw” (Sperka-Cieciura 2017, s. 133).

Uwzględniając doniosłość zasady swobody przepływu kapitału dla tematu niniejszej pracy, nie sposób nie pominąć tej kwestii. Zgodnie z art. 63 TFUE zakazane są wszelkie ograniczenia w przepływie kapitału między Państwami Członkowskimi oraz między Państwami Członkowskimi a państwami trzecimi. Powyższy przepis wyraża zasadę swobody przepływu kapitału, która stanowi jedną z podstawowych zasad prawa Unii Europejskiej, która jest niezbędna do prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego.

¹¹ Wcześniej Komisja Wspólnot Europejskich, obecnie Komisja Europejska, dalej „Komisja” lub „KE”.

Należy zauważyć, że pojęcie „przepływu kapitału” nie zostało zdefiniowane na gruncie Traktatu, ani dyrektywy 88/361. Doktryna oraz TSUE w swoim orzecznictwie często odnosił się, więc do załącznika numer 1 dyrektywy 88/361, w którym zawarto przykładową listę kategorii przepływu kapitału, przy czym samo pojęcie zgodnie z poglądami doktryny powinno być rozumiane w szeroki sposób (por. Adamczyk 2008, s. 36, 2). Za takim stanowiskiem przemawia także, że załącznik do dyrektywy 88/361 „nie wyczerpuje pojęcia przepływów kapitału” (Mataczyński 2007, lex). Mając powyższe na uwadze w literaturze w sposób różny pojmuje się swobodę przepływu kapitału. Omawiając swobodę przepływu kapitału w sposób najbardziej ogólny można wskazać, że „swoboda przepływu kapitału oznacza, że inwestorzy podejmując decyzję o miejscu ulokowania kapitału mogą kierować się przede wszystkim kryterium gospodarczej atrakcyjności i nie muszą co do zasady obawiać się prawnych czy administracyjnych przeszkód.” (Mataczyński 2012, lex). Uwzględniając treść art. 63 TFUE, zasadnym jest, więc a contrario przyjmowanie, że ograniczeniem swobody przepływu kapitału są wszelkie regulacje prawne, które negatywnie oddziałują na możliwości inwestowania kapitału czy też wymianę towarów. W wyroku z 11 lipca 1974 r. Trybunał zwrócił w szczególności uwagę, że ograniczeniem swobody przepływu kapitału będą wszystkie przepisy państw członkowskich dotyczące obrotu, które mogą utrudniać handel wewnątrzspółnotowy pośrednio czy bezpośrednio, rzeczywiście czy choćby tylko potencjalnie.¹² Podobne stanowisko Trybunał zajął także w wyroku z dnia 16 marca 1999 r.¹³ W innych orzeczeniach TSUE zwrócił także uwagę, że ograniczeniem swobody przepływu kapitału są regulacje prawne państw członkowskich, które zniechęcają inwestorów do dokonywania inwestycji w danym państwie (por. Mataczyński 2008, s. 52). Prezentowane na gruncie niniejszej pracy stanowisko wydaje się powszechnie akceptowane w doktrynie, należy jednak stanowczo podkreślić, że regulacje traktatowe jak i orzecznictwo TSUE w drodze wyjątku dopuszcza możliwość ograniczenia swobody przepływu kapitału, co jest istotne w kontekście omawianego tematu.

W krajach członkowskich uprawnienia nadające szczególne uprawnienia organom państwa występowały w różnych wariantach. Regulacje takie były przedmiotem orzecznictwa TSUE między innymi wobec: Hiszpani¹⁴, Portu-

¹² Wyrok TS z 11.07.1974 r., 8/74, PROCUREUR DU ROI v. BENOÎT I GUSTAVE DASSONVILLE, ECR 1974, nr 5, poz. 837.

¹³ Wyrok TS z 16.03.1999 r., C-222/97, POSTĘPOWANIE WSZCZĘTE PRZEZ MANFRED TRUMMER I PETER MAYER, ECR 1999, nr 3, poz. I-1661.

¹⁴ Wyrok TS z 13.05.2003 r., C-463/00, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. KRÓLESTWO HISZPANII, ECR 2003, nr 5A, poz. I-4581.

galii¹⁵, Wielkiej Brytanii¹⁶, Francji¹⁷, Holandii¹⁸, czy też Niemiec¹⁹. Najczęściej kwestionowane regulacje przyznawały prawo powoływania członków zarządu, konieczność uzyskania zezwolenia na nabycie udziałów przez podmioty z innego państwa członkowskiego, prawo weta, czy też możliwość kategorycznego wyrażenia sprzeciwu co do czynności prawnych przedsiębiorstwa. Przykładowo w Niemczech zakwestionowana „złota akcja” przewidywała możliwość powoływania po dwóch członków rady nadzorczej przez rząd federalny oraz rząd landu Dolnej Saksonii. W Portugalii za to zakwestionowano przepisy, które zakazywały nabywania przez inwestorów z innych państw członkowskich większej ilości akcji niż wskazane w limicie oraz konieczność uzyskania zezwolenia na nabycie pakietu akcji w niektórych przedsiębiorstwach. Trybunał badając zgodność przepisów krajowych z prawem Unii Europejskiej prowadzi postępowanie dwuetapowe. W pierwszym etapie przeprowadzi test proporcjonalności, gdzie w przypadku stwierdzenia, że przepisy krajowe ingerują w prawo Unii Europejskiej, Trybunał rozważy, czy naruszenie takie można usprawiedliwić (Mataczyński 2007, lex). Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwem TSUE naruszenie będzie usprawiedliwione w sytuacji łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- 1) Stosowanie przepisów prawa krajowego jest podyktowane względami wskazanymi w art. 36 TFUE, a ich celem jest ochrona bezpieczeństwa publicznego, a nie interesu ekonomicznego państwa.
- 2) Stosowanie przepisów prawa krajowego nie dyskryminuje podmiotów z innych państw członkowskich, co stanowi afirmację zasady niedyskryminacji,
- 3) Przepisy krajowe wskazują obiektywne kryteria stosowania uprawnień, a kryteria te muszą być odpowiednie.
- 4) Przepisy krajowe ingerują w prawo Unii Europejskiej w jak najmniejszym stopniu, zgodnie z zasadą proporcjonalności (szer. Kowalczevska 2015, s. 99,100 oraz Mataczyński 2007, lex).

¹⁵ Wyrok TS z 11.11.2010 r., C-543/08, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. REPUBLIKA PORTUGALSKA, ZOTSiS 2010, nr 11A, poz. I-11241.

¹⁶ Wyrok TS z 13.05.2003 r., C-98/01, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. ZJEDNOCZONE KRÓLESTWO WIELKIEJ BRYTANII I IRLANDII PÓŁNOCNEJ, ECR 2003, nr 5A, poz. I-4641.

¹⁷ Wyrok TS z 4.06.2002 r., C-483/99, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. REPUBLIKA FRANCUSKA, ECR 2002, nr 6A, poz. I-4781.

¹⁸ Wyrok TS z 28.09.2006 r., C-282/04, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. KRÓLESTWO NIDERLANDÓW, ZOTSiS 2006, nr 8-9C, poz. I-9141.

¹⁹ Wyrok TS z 23.10.2007 r., C-112/05, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. REPUBLIKA FEDERALNA NIEMIEC, ZOTSiS 2007, nr 10B, poz. I-8995.

Niezmiennie od wielu lat KE oraz TSUE, jednoznacznie stoją na stanowisku, że konstrukcja „złotej akcji” jest niezgodna z prawem Unii Europejskiej, ponieważ narusza traktatową zasadę swobody przepływu kapitału. Trzeba jednak zwrócić szczególną uwagę, że TSUE tylko raz w wyroku z dnia 4 czerwca 2002 r.²⁰ uznał, że złota akcja przyznana organom państwa jest zgodna z prawem Unii Europejskiej. W przedmiotowej sprawie TSUE badał zgodność zaskarżonych przez KE przepisów dekretu królewskiego z dnia 10 czerwca 1994 r., który ustanawiał „złotą akcję na rzecz państwa”. Regulacje prawne Belgii zakładały obowiązek uzyskania notyfikacji ministra właściwego co do niektórych czynności prawnych dwóch spółek działających w sektorze energetycznym, które zostały sprywatyzowane. Kwestionowane przez KE przepisy przyznawały możliwość podjęcia przez ministra właściwego interwencji wobec czynności prawnej której przedmiotem jest zbycie, ustanowienie zabezpieczenia lub każda zmiana przeznaczenia strategicznych aktywów spółki, które stanowią część głównej infrastruktury krajowego przemysłu produktów energetycznych. Trybunał niewątpliwie trafnie przyjął, że przepisy prawa belgijskiego mają charakter ograniczający, okoliczność ta zresztą została także przyznana przez Belgię oraz częściowo przez Wielką Brytanię. Trybunał trafnie w uzasadnieniu wskazał powołując się na pkt 47 wyroku TS z dnia 4 czerwca 2002 r., C-367/98, że „względy, które mogą w zależności od okoliczności uzasadniać przypadki zachowania przez państwo pewnych wpływów w przedsiębiorstwach pierwotnie publicznych, a następnie sprywatyzowanych, jeżeli przedsiębiorstwa te działają w sektorze usług świadczonych w interesie ogólnym lub usług o charakterze strategicznym”. Na gruncie rozpatrywanej sprawy niewątpliwie oba sprywatyzowane przedsiębiorstwa prowadziły działalność w sektorze energetycznym, który jest kluczowy dla prawidłowego funkcjonowania całego aparatu państwa. Trybunał uwzględniając przeprowadzony test proporcjonalności uznał, że regulacje zawarte w dekrete królewskim z dnia 10 czerwca 1994 r., nie uchybiają zobowiązaniom traktatowym. W uzasadnieniu Trybunał wskazał, że przepisy prawa wewnętrznego Belgii podyktowane są względami bezpieczeństwa publicznego oraz koniecznością zapewnienia w sytuacji kryzysowej stałego bezpieczeństwa energetycznego. Na marginesie warto wskazać, że samo pojęcie „bezpieczeństwa publicznego” nie jest definiowane w Traktacie (szer. Pawłowicz 2007, s. 33). Dodatkowo TSUE w wyroku zwrócił uwagę w pkt 51, że stosowanie przepisów

²⁰ Wyrok TS z 4.06.2002 r., C-503/99, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. KRÓLESTWO BELGII,

dekretu możliwe jest tylko w przypadku naruszenia celów polityki energetycznej, a każde zastosowanie tych przepisów musi być uzasadnione oraz podlega ocenie sądowej. Warto nadmienić, że Trybunał w uzasadnieniu wyroku wskazał w pkt 46 argumentację zawartą w wyroku z 10 lipca 1984 r., 72/83²¹, w którym to uznał, że dopuszczalne są odstępstwa od zasady swobodnego przepływu towarów, w sytuacji gdy jest to uzasadnione celem wskazanym w art. 36 TFUE. Trybunał, więc uznał za dopuszczalne w drodze wyjątku stosowanie regulacji prawnych, które ograniczają swobodę przepływu kapitału. Wydany wyrok niewątpliwie wywołał duże poruszenie w doktrynie, w szczególności, że stanowił odstępstwo od już ugruntowanej linii orzeczniczej Trybunału. Treść wyroku oraz jego argumentacja, niewątpliwie przyczyniły się także do kierunku zmian legislacyjnych w Polsce w kontekście ustawy z dnia 18 marca 2010 r.

ZGODNOŚĆ REGULACJI KRAJOWYCH Z PRAWEM UNII EUROPEJSKIEJ

Asumptem do uchwalenia ustawy z dnia 18 marca 2010 r., były zasadne obawy dotyczące niezgodności ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r., z prawem Unii Europejskiej, gdzie KE w dniu 29 października 2009 r. złożyła skargę do TSUE (Kielbasa 2010, s. 179). Uwagi co do możliwej niezgodności z prawem Unii Europejskiej lub Konstytucją RP były zgłaszane w literaturze przedmiotu od początku obowiązywania ustawy. Uwagi takie były zgłaszane także podczas procedowania ustawy między innymi w pisemnej opinii dla Senatu RP z dnia 9 czerwca 2005 r. Aktualnie obowiązująca ustawa istotnie zmodyfikowała regulacje prawne dotyczące „złotej akcji” na wzór regulacji Belgijskich, które zostały uznane za zgodne z prawem Unii Europejskiej. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przepisy ustawy z dnia 18 marca 2010 r., dotyczą tylko spółek lub grup kapitałowych, które posiadają mienie zakwalifikowane do infrastruktury krytycznej oraz prowadzą działalność w jednym z trzech kluczowych sektorów. Wskazanie zakresu podmiotowego następuję, więc zgodnie z omawianym powyżej mechanizmem podwójnej kwalifikacji. Zakres przedmiotowy ustawy wskazujący na możliwość wyrażenia przez ministra sprzeciwu dotyczącego czynności prawnych lub niektórych uchwał, powinien spełniać kryteria wskazywane w orzecznictwie oraz będzie odpowiadać zasadzie proporcjonalności. Należy także podkreślić, że przepisy ustawy

²¹ Wyrok TS z 10.07.1984 r., 72/83, CAMPUS OIL LIMITED I INNI v. MINISTER FOR INDUSTRY AND ENERGY I INNI, ECR 1984, nr 7, poz. 2727.

z 18 marca 2010 r., przewidują wydanie sprzeciwu w formie decyzji administracyjnej. Wydanie sprzeciwu w formie decyzji administracyjnej wynika wprost z art. 2 ust. 3 ustawy z 18 marca 2010 r. Należy zwrócić także uwagę, że aktualnie w doktrynie, że rozwiązanie takie usuwa wątpliwości co do sposobu realizacji uprawnień przez ministra, ponieważ na gruncie ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r. w doktrynie brakowało co do tego zgody. Sprzeciw w formie decyzji administracyjnej „stwarza możliwość stosowania do przedmiotowej decyzji przepisów postępowania administracyjnego, w szczególności zaskarżenie jej do sądu administracyjnego” (Piotrowski 2017, s. 171). Co istotne regulacje obowiązujące w Polsce nie przewidują uprawnienia, aby minister mógł wyznaczyć dwóch członków zarządu w charakterze doradczym. Ustawodawstwo Polskie nie przewiduje, więc nawet pośredniego oddziaływania personalnego na skład osobowy organów spółki.

Całokształt regulacji aktualnie obowiązujących w Polsce wydaje się zasadnym przyjęcie, że regulacje przyznające Ministrowi Właściwemu ds. Aktywów Państwowych uprawnienie do wyrażenia sprzeciwu są zgodne z prawem Unii Europejskiej. Regulacje krajowe przygotowane na wzór regulacji obowiązujących w Belgii przede wszystkim mają na celu ochronę trzech kluczowych sektorów gospodarki, których funkcjonowanie jest niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania państwa oraz innych elementów wchodzących w skład infrastruktury krytycznej. Jak trafnie wskazano w literaturze uprawnienia takie mają charakter prewencyjny (szer. Grzegorzczak 2011, lex). Mając powyższe na względzie KE trafnie zarzucała możliwą niezgodność z prawem Unii Europejskiej przepisów ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r., niemniej obecnie obowiązująca ustawa, w proporcjonalnym oraz uzasadnionym zakresie ingeruje w jedną z traktatowych wolności, przy czym jest to usprawiedliwione względami wskazanymi w art. 36 TFUE oraz w orzecznictwie TSUE.

PODSUMOWANIE

Konstrukcja złotej akcji choć obecna w Polskim porządku prawnym od wielu lat dalej stanowi przedmiot badań doktryny w zakresie jej zgodności z Konstytucją RP, jak i prawem Unii Europejskiej. Aktualnie obowiązująca ustawa z dnia 18 marca 2010 r. uchylila ustawę z dnia 3 czerwca 2005 r., która była od wielu lat przedmiotem zainteresowania KE, w zakresie jej potencjalnej niezgodności z prawem Unii Europejskiej. Mając na uwadze przeprowadzone badania, których wyniki przedstawiono w niniejszej pracy, wydaje się, że aktualnie obowiązujące regulacje, stworzone na wzór regulacji

obowiązujących w Belgii, są zgodne z prawem Unii Europejskiej. Należy jednak zauważyć, że niniejszy temat może stanowić przestrzeń dalszych badań, w szczególności zgodności konstrukcji „złotej akcji” z regulacjami Konstytucji RP. Regulacje przyznające szczególne uprawnienia organom lub Skarbowi Państwa mogą stanowić także dalsze pole badań w aspekcie prywatnoprawnych, kiedy państwo nie oddziałuje w sferze imperium, a w sferze dominium jako przykładowo akcjonariusz spółki. Niewątpliwie udział państwa w procesach gospodarczych uległ przez ostatnie lata istotnemu zmniejszeniu, niemniej państwo oddziałuje na rynek różnymi instrumentami, w tym instrumentami prawnymi, które powinny podlegać dalszym, dokładnym badaniom.

BIBLIOGRAFIA

Źródła prawa

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. UE C 326, 26.10.2012).

Dyrektywa Rady z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu (Dz. U. UE. L. z 1988 r. Nr 178, str. 5).

Ustawa z dnia 18 marca 2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw energii oraz ich wykonywanie w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2173).

Ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 261 ze zm.).

Ustawa z dnia 3 czerwca 2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego (Dz. U. Nr 132, poz. 1108 ze zm.).

Literatura

Adamczyk Ł.

2008 *Swoboda przepływu kapitału w odniesieniu do państw trzecich* „Europejski Przegląd Sądowy” t.2.

Grzegorzcyk F

2011 *Ustawa o szczególnych uprawnieniach Ministra Skarbu Państwa. Komentarz.*

Hoc S.

2014 *Niektóre aspekty szczególnych uprawnień ministra skarbu państwa w gospodarce „Ius Novum” nr 8.*

Kiełbasa M.

2010 *Polska bez "złotej aspiryny"? : szczególne uprawnienia polskiego Skarbu Państwa przed unijnym Trybunałem „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” t. 8.*

Kowalczevska K.

2015 *Uprzywilejowana pozycja skarbu państwa w spółkach kapitałowych a ochrona strategicznych interesów państwa „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje” nr 17.*

Małecka E.

2012 *Publicznoprawne aspekty konstrukcji „złotej akcji” „Zeszyty Prawnicze” tom. 12.2*

Marczewska H.

2015 *Ograniczenia swobód rynku wewnętrznego i ich horyzontalna bezskuteczność w kontekście „złotej akcji” „Prawo Europejskie w praktyce”, nr 10.*

Mataczyński M.

2007 *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa.*

Mataczyński M.

2008 *Złota akcja Skarbu Państwa a swoboda przepływu kapitału. Glosa do wyroku TS z 23 października 2007 r., C-112/05 „Europejski Przegląd Sądowy” t.8.*

Mataczyński M.

2012 *Komentarz do art. 63 TFUE [w:] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I art. 1-89, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, 2012.*

Osajda K.

2004 *„Złota” akcja w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i w prawie polskim „Przegląd Prawa Handlowego” t. 8.*

Pawłowicz K.

2007 *„Złota akcja” Skarbu Państwa jako instytucja prawa publicznego* („Państwo i Prawo”) nr 2.

Piotr M.

2005 opinia prawna o uchwalonej przez Sejm w dniu 3 czerwca 2005 r. ustawie o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego

Piotrowski T.

2017 *Dopuszczalność „złotej akcji” w polskim systemie prawa spółek* „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne”, nr 21.

Romanowski M.

2005 *Europeizacja „złotej akcji” i jej wpływ na prawo polskie* „Monitor Prawniczy” nr 24.

Sperka-Cieciura A.

2017 *Czy Unia Europejska jest neutralna względem procesów prywatyzacyjnych?* „Studia Prawno-Ekonomiczne”, tom 102.

Szumański A.

1998 *„Złota” akcja w prawie polskim* „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 12.

Orzecznictwo

Wyrok SN z 30.09.2004 r., IV CK 713/03, OSNC 2005, nr 9, poz. 160.

Wyrok TS z 11.07.1974 r., 8/74, PROCUREUR DU ROI v. BENOÎT I GUSTAVE DASSONVILLE, ECR 1974, nr 5, poz. 837.

Wyrok TS z 10.07.1984 r., 72/83, CAMPUS OIL LIMITED I INNI v. MINISTER FOR INDUSTRY AND ENERGY I INNI, ECR 1984, nr 7, poz. 2727.

Wyrok TS z 16.03.1999 r., C-222/97, POSTĘPOWANIE WSZCZĘTE PRZEZ MANFRED TRUMMER I PETER MAYER, ECR 1999, nr 3, poz. I-1661.

Wyrok TS z 4.06.2002 r., C-503/99, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. KRÓLESTWO BELGII,

- Wyrok TS z 4.06.2002 r., C-483/99, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. REPUBLIKA FRANCUSKA, ECR 2002, nr 6A, poz. I-4781.
- Wyrok TS z 13.05.2003 r., C-463/00, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. KRÓLESTWO HISZPANII, ECR 2003, nr 5A, poz. I-4581.
- Wyrok TS z 13.05.2003 r., C-98/01, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. ZJEDNOCZONE KRÓLESTWO WIELKIEJ BRYTANII I IRLANDII PÓŁNOCNEJ, ECR 2003, nr 5A, poz. I-4641.
- Wyrok TS z 28.09.2006 r., C-282/04, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. KRÓLESTWO NIDERLANDÓW, ZOTSiS 2006, nr 8-9C, poz. I-9141.
- Wyrok TS z 23.10.2007 r., C-112/05, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. REPUBLIKA FEDERALNA NIEMIEC, ZOTSiS 2007, nr 10B, poz. I-8995.
- Wyrok TS z 11.11.2010 r., C-543/08, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. REPUBLIKA PORTUGALSKA, ZOTSiS 2010, nr 11A, poz. I-11241.

BŁĄD PREZENTYZMU JAKO CZYNNIK ISTOTNIE WPŁYWAJĄCY NA POSTRZEGANIE I OCENĘ REGULACJI NORMATYWNYCH.

Sposób w jaki postrzegamy rzeczywistość nie jest jednolity, lecz uzależniony od indywidualnych uwarunkowań jednostek. W celu klaryfikacji tej kwestii przeprowadzano i nadal przeprowadza się, na różne sposoby i pod wieloma kryteriami, ogromną liczbę dyferencjacji różnych sfer rzeczywistości. Jedną z nich, którą wyróżnię na potrzeby tego opracowania jest rzeczywistość normatywna. By w analizie tematu przesunąć się dalej i dotrzeć do tematu niniejszego artykułu - „błędu prezentyzmu” – (określenia definicyjnie bardzo pojemnego, które może pomieścić pod swą egidą ogromną liczbę potencjalnych interpretacji) należy najpierw podjąć próbę zdefiniowania rzeczywistości jako takiej. To właśnie od niej uzależniony będzie dalszy kurs treści poniższego wywodu.

Tutaj z pomocą przychodzą definicje proponowane przez Słownik Języka Polskiego PWN (SJP PWN), według którego rzeczywistość ² należy zdefiniować jako „to, co rzeczywiście, obiektywnie istnieje, co jest prawdziwe; realność; realia życia, warunki, w których ktoś żyje, coś się odbywa, np. rzeczywistość społeczna”

Opierając się na takich definicjach rzeczywistości można przejść do następnego kroku procesu definicyjnego. Rzeczywistość jako pewien obiektywny stan rzeczy, nie jest jednak odbierana przez nas w 100% w taki sposób jaką jest. Odbierana jest przez każdą jednostkę w sposób, na który wpływ mają jej

¹ ORCID 0000-0002-7784-2148

² <https://sjp.pl/rzeczywisto%C5%9B%C4%87>, dostęp 2022-04-21, 11:10

uwarunkowania indywidualne (np. poglądy, dotychczasowe doświadczenia życiowe itp.), które w skrajnych przypadkach mogą przyjąć charakter nawet zaburzeń psychicznych³.

Wobec tak dalece idącego indywidualizmu poznawczego należy zdefiniować cały proces, jaki prowadzi do odbioru i interpretacji rzeczywistości przez jednostkę. Ponownie podążając za definicją zaproponowaną przez SJP PWN⁴ postrzeganie (percepcja) rzeczywistości „to złożony proces poznawczy, który prowadzi do odebrania przez człowieka jakichś zjawisk lub procesów, zachodzący wskutek działania określonych bodźców na narządy zmysłowe; postrzeżenie”. Dopiero taki obraz rzeczywistości, uzupełniony o szeroko pojęte uwarunkowania jednostkowe, jest obiektem, który finalnie otrzymujemy. W obrazie tym, jak wspomniano wyżej mogą pojawić się tak znaczne różnice w stosunku do stanu rzeczywistego, że w skrajnych przypadkach przyjmą one charakter zaburzeń psychicznych. Jednakże powszechnie popełniane są błędy o doniosłości mniejszej – związane np. z błędnym odbiorem i interpretacją danego układu faktycznego. W takiej sytuacji będziemy mieli do czynienia z błędem, który SJP PWN definiuje w sposób tożsamy, jako „fałszywe mniemanie o czymś”⁵.

Jednym z powszechnych błędów i uproszczeń funkcjonujących w obiegu społecznym jest prezentyzm⁶, definiowany w SJP PWN „jako sposób interpretacji historii polegający na przenoszeniu problemów i zjawisk właściwych współczesności na przeszłość”. Na kanwie prezentyzmu powstawały również odrębne nurty i kierunki badawcze takie jak kierunek prezentystyczny w historiografii i metodologii badań historycznych w XX w., rozpowszechniony szczególnie w USA. Bardzo dobrze treść i sens owego błędu oddaje jedna z głównych tez owego nurtu, według której „poznanie prawdy historycznej nie jest możliwe, ponieważ wpływy, którym ulega historyk, przesłaniają mu rzeczywisty przebieg procesu dziejowego i wskutek tego obraz historii stanowi zawsze projekcję terażniejszości.”

Będący wyposażonym w taki arsenał definicyjny należy dokonać podsumowania i podjąć próbę zdefiniowania podstawowego dla niniejszego artykułu pojęcia – błędu prezentyzmu. Wobec tego należy przyjąć rozumienie błędu prezentyzmu jako fałszywego mniemania o rzeczywistości opartego na

³ <https://www.nlm.nih.gov/health/topics/schizophrenia/raise/raise-questions-and-answers> [dostęp 2022-04-21].

⁴ <https://sjp.pl/percepcja>, [dostęp 22-04-21].

⁵ <https://sjp.pl/b%C5%82%C4%85d> [dostęp 2022-04-21].

⁶ <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/prezentyzm;3962177.html> [dostęp 2022-04-21].

postrzeganiu przeszłości przez pryzmat terażniejszości i jej realiów. Tak zdefiniowany błąd prezentyzmu można przenieść na grunt normatywny.

Zjawisko błędu prezentyzmu i jego obecności w dyskursie społecznym nie mogą być jednak postrzegane, jako zjawiska w jakimkolwiek sensie nowe. Datować należy je już na okres starożytny, bowiem tam znajdują swój początek najdawniejsze, znane nam, chociażby związki frazeologiczne, które są doskonałą reminiscencją błędu prezentyzmu w sferze normatywnej dyskursu społecznego i legną u podstaw dalszej analizy. Wskazujące je mam na myśli frazeologizm „drakońskich praw”, jak i zasady „prawa talionu”, kojarzonej z kodeksem Hammurabiego.

Podstawą dla pierwszego z nich jest kodyfikacja prawa przeprowadzona w okolicach roku 621 p.n.e. przez Drakona (prawdopodobnie członka jednego z najstarszych ateńskich rodów szlacheckich), wybranego wtedy na jednego z dziesięciu archontów. Treścią postawionego przed nim zadania było spisanie prawa zwyczajowego oraz uregulowanie porządku prawnego ateńskiej polis. Fakt powierzenia mu tak doniosłego zadania musi niewątpliwie wskazywać na to, że cieszył się on powszechnym zaufaniem i uznaniem.

W opracowaniach historycznych podaje się niezmiennie, że regulacje drakońskie zachowały się jedynie w znikomym stopniu, niemniej jednak da się zdekodować ich główne założenia i postulaty, wśród których należy wymienić: nadanie prawa zwyczajowemu postaci usankcjonowanej i ogólnie dostępnej, czy ograniczenie powszechnej samopomocy.

Na przestępców czekał bardzo szeroki wachlarz kar - skazanych strącano w przepaść, duszono, wieszano, kamienowano, wbijano na krzyż, palono lub podawano im truciznę. Oprócz kary śmierci stosowano także konfiskatę mienia i odmawiano pogrzebu złoczyńcy. (przypis jakiś do czymś o drakonie). Karze śmierci mogli podlegać zabójcy, jak i dłużnicy dopuszczający się zwłoki. Już po kilku latach funkcjonowania owych norm zaczęto uważać je za rażąco niesprawiedliwe i odznaczające się niewspółmiernością kar do czynu, za który ją wymierzano. Świadomy tego miał być rzekomo sam Drakon, od którego pochodzi następujący cytat "Wiem, że to niesprawiedliwe, iż drobne przestępstwa i ciężkie zbrodnie karane są tak samo. Gdyby tylko udało się wymyślić karę surowszą niż śmierć...". Regulacje drakońskie zakończyły swój byt po niecałych 27 latach w związku z reformami przeprowadzonymi przez Solona⁷.

Podobną do Drakona intencję spisania panujących zwyczajów i praw miał król babiloński panujący zdecydowanie wcześniej, bo w XVIII w. p.n.e

⁷ <http://www.edusens.pl/edusensownik/jak-wygladaly-drakonskie-kary> [dostęp 10.05 2022].

– Hammurabi. Nadał on swoim zamiarom wymiar praktyczny, czego efektem było stworzenie tzw. „Kodeksu Hammurabiego”, z jego najślynniejszą normą „Jeśli pełnoprawny obywatel wybił oko członkowi klasy pełnoprawnych obywateli, wyrwą mu oko. Jeśli złamał kość pełnoprawnego obywatela, złamię mu kość” (Stępień 2000).

Tożsąmą regulację wprowadzała również słynna „Ustawa Dwunastu Tablic”, która groziła takim odwetem warunkowo, w razie trwałego okaleczenia. (jeśli ktoś pozbawił drugiego części ciała i nie zawarł z nim ugody, niech zostanie wykonane na nim prawo talionu). Dokonana w latach 451-449 p.n.e. Formalnie obowiązywało aż do kodyfikacji justyniańskiej w VI w. n.e. (Zabłoccy 2000).

Wspólną cechą każdej ze wspomnianych regulacji mimo różnic, w chociażby sferach kulturowych, czy czasie, w którym powstały, jest pierwotnie obyczajowy charakter tych norm, a później ich następczy transfer w sferę normatywną. Normę obyczajową charakteryzuje się odwołaniem do określonej konwencji społecznej jako swojej podstawy (Chauvin, Stawecki, Winczorek 2021). Kształtuje się on w sposób tożsamy do *usus* i *opinio iuris sive necessitatis* znanym z prawa publicznego międzynarodowego. Zgodnie z założeniami przyjętymi przez doktrynę tej sfery prawnej owe zwyczaj i norma przez niego statuowana powstają poprzez zgodne, jednolite i nieprzerwane stosowanie danej normy w podobnych sytuacjach (*usus*), uzupełnione o przekonanie, że ta praktyka jest obowiązującym prawem. (*opinio iuris sive necessitatis*) (Czapliński, Wyrozumska 2004). Na pierwszy plan przebija się tu niewątpliwie fakt utrwalenia danej normy poprzez jej powszechne przyjęcie i akceptację. Jak wynika to przekazów historycznych, co wspomniano wyżej, taki właśnie charakter miały owe normy, które legły u podstaw każdej ze wspomnianych regulacji. Musiały, więc być one, przynajmniej w okresie poprzedzającym ich potęgienie, normami powszechnie akceptowanymi i w jakimś zakresie przyjętymi.

Jak dowodzą powyższe przykłady optyka i charakter postrzegania danych norm, mimo ich wcześniejszego uznania i obyczajowego charakteru, zmienić może się bardzo szybko, jak było to chociażby w przypadku regulacji drakońskich, po 27 latach. Odbiór o negatywnych konotacjach wspomnianych norm pozostał w obiegu do dziś i jest obecny w wielu, różnie rozumianych i nierzadko błędnie stosowanych kontekstach, co powoduje tworzenie skrajnie nieprawidłowych wyobrażeń na temat regulacji normatywnych nimi opisywanych.

Zjawisko to ma charakter powszechny, a dalszą analizę pragnę wzbogacić o kilka przykładów przejawów błędu prezentyzmu w rzeczywistości społecznej.

Fot. 1 Przejaw prezentyzmu 1.

Prawo / Prawo dla Ciebie / PRAWO DROGOWE

Policja zbiera żniwo. Są nowe dane na temat drakońskich kar dla kierowców

Zmiana stawek mandatów drogowych wpływa na zachowanie kierowców. Już pokazują to statystyki policjantów ruchu drogowego - podaje RMF FM.

Publikacja: 01.02.2022 16:03



Źródło: (Nowy taryfikator mandatów: Jak drakońskie kary zadziały na kierowców? Są nowe dane - rp.pl, dostęp 31.03.2022 12:32)

Fot. 2 Przejaw prezentyzmu 2.

Drakońskie reformy

[< poprzedni](#)[następny >](#)

W 2003 roku w Gruzji zaczęły się reformy, które wprawiły w ostupienie jej własnych obywateli. W ciągu kilku lat z kraju, w którym płacono łapówki przy niemal każdej interakcji z urzędnikiem, Gruzja, dzięki drakońskim reformom stanęła w konkurencji transparentności obok najbardziej rozwiniętych krajów Europy.

Źródło: (<https://antykorupcja.gov.pl/ak/czy-wiesz-ze/9131,Drakonskie-reformy.html>, dostęp 31.03.2022 12:33)

Fot. 3 Przejaw prezentyzmu 3.

KORONAWIRUS
INFORMACJE

UNIA EUROPEJSKA +2

TOMASZ MOLGA 04-05-2021 07:07



KORONAWIRUS MAPA

UE narzuciła drakońskie prawo rolnikom. Obowiązuje od kwietnia, ale nasze ministerstwo milczy

Źródło: (UE narzuciła drakońskie prawo rolnikom. Obowiązuje od kwietnia, ale nasze ministerstwo milczy - WP Wiadomości, dostęp 31.03.2022 12:34)

Wskazane przykłady, mimo ich małej liczby, obrazują w jak szerokim zakresie i kontekście funkcjonuje owy frazeologizm będący reminiscencją błędu prezentyzmu, a wobec tego i on sam. W przykładach przytoczone przykłady pochodzą, w odpowiedniej kolejności, ze strony opiniotwórczej w sferze prawa, strony rządowej czy ogólnoinformacyjnej. Sformułowania oscylującego w różnej formie wokół „drakońskich kar” użyto w stosunku do zupełnie innych i oddalonych od siebie sfer normatywnych, bo polskiego prawa drogowego, ustawodawstwa gruzińskiego czy unijnego.

Konotacja taka i zestawienie drakońskich kar z nowym taryfikatorem mandatów, obowiązującym od 1 stycznia 2022 roku, wydaje się być w jakimś zakresie uzasadniona i została określona w ten sposób przez członków dyskursu publicznego z wielu sfer jeszcze przed powstaniem opiniotwórczych artykułów. Wątpliwe są one w dwóch pozostałych kontekstach, a więc gruzińskich reform antykryzysowych z 2003 roku czy rozporządzenia wykonawczego Komisji UE, które było odpowiedzią na zataczającą coraz szersze kręgu chorobę afrykańskiego pomoru świń.

Po zagłębieniu się w treść artykułu opublikowanego na stronie rządowej dowiemy się, co bezpośrednio wskazuje sam tekst artykułu, że owe reformy miały na celu upodobnienie gruzińskiego systemu do systemów szeroko pojętego Zachodu, poprzez wprowadzenie regulacji bezpośrednio wzorowanych, bądź podobnych do obowiązujących w jego krajach– „Uchwalono ustawy wzorowane m.in. na amerykańskim RICO i włoskim prawie antymafijnym”.

Konsekwentna interpretacja i zastosowanie tytułu jakim opatrzone ową artykuł wskazywałoby na drakońską proveniencję także wymienionych, jak i innych, nieprzytoczonych tu, regulacji zachodnich. Zrozumiałą jest konwencja wykorzystania tytułu artykułu o tej treści jako klasycznej kaczki dziennikarskiej, mającej na celu przyciągnięcie uwagi odbiorcy, jednakże nie do przecenienia jest również jego wpływ na wyobrażenie czytelnika o potencjalnej treści owych reform przed zapoznaniem się z nimi.

W sposób analogiczny błąd prezentyzmu oparty na tym frazeologizmie powielił artykuł dotyczący regulacji unijnych. Jest on również pełen sprzeczności, w stosunku do tytułu, jakim go opatrzone. W odniesieniu do rozporządzenia wykonawczego Komisji UE (2021/605), którego projekt opublikowano w 2016 roku (zgodnie z treścią artykułu), powołany autorytet – dr. Michał Rudy, prawnik i ekspert ds. prawa żywnościowego, wskazał, że problem niedostosowania do nowych, wówczas, regulacji unijnych dotyczy jedynie mniejszości gospodarstw hodowlanych, bowiem „Duże hodowle, duże podmioty już w znacznej części stosują się do wymienionych środków. Te średnie szybko

się do nich dostosują.” Jeszcze bardziej zaskakujące i wskazujące na świadomy charakter niekonsekwencji i powielenia błędu prezentyzmu autora są dalsze sformułowania, według których wspomniany ekspert „Potwierdza także, że nowe przepisy już obowiązują i nie powinny być dla nikogo zaskoczeniem.”

W obu przypadkach mamy, więc do czynienia z klasycznymi przykładami powielenia błędu prezentyzmu. Takie i podobne im publikacje tworzą płodny grunt dla powielania i ugruntowywania pozycji błędu prezentyzmu w społeczeństwie. Zjawisko to szczególnie widoczne jest w komentarzach do owych artykułów, które nie nadają się do zacytowania w tym miejscu.

Wspólnym wnioskiem, jaki da się wyciągnąć z bardzo płodnej sekcji komentarzy owych artykułów jest fakt całkowicie odmiennego i często sprzecznego rozumienia frazeologizmu „drakońskich praw”, czy jemu pokrewnych. Ciekaw potencjalnych zależności w interpretacji i rozumieniu tego frazeologizmu, a przez to skłonności do powielania błędu prezentyzmu, przeprowadziłem badania sondażowe, które poprzez przeprowadzenie ich w dobranych grupach, miały na celu owe zależności ukazać.

Respondenci, w łącznej liczbie 219, udzielili odpowiedzi na otwarte pytanie o następującej treści „Jakim przymiotnikiem określisz drakońskie prawa?” W tym celu podzielono ich na osoby zaliczone przeze mnie do dyskursu profesjonalnego i przeciwstawionemu mu dyskursu nieprofesjonalnego.

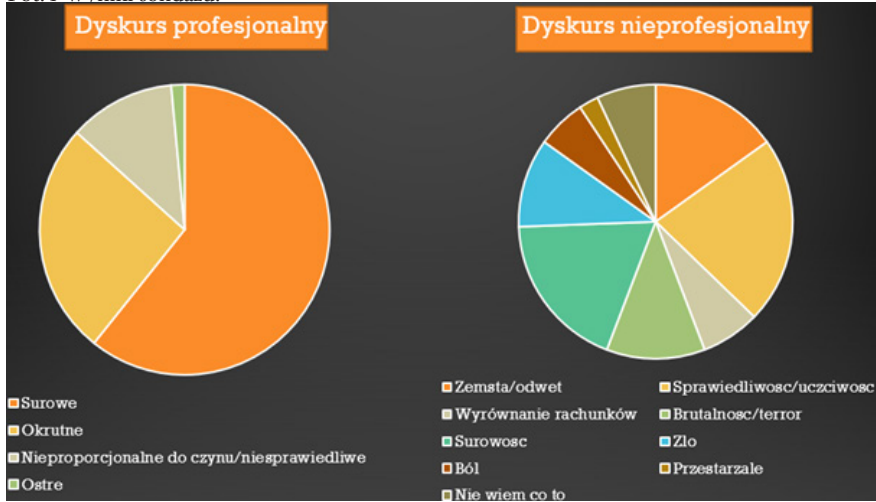
Do reprezentantów dyskursu profesjonalnego zaliczeni zostali studenci prawa różnych wydziałów (od 2 roku wzwyż) jak i absolwenci owych studiów i praktycy/akademy. Grupę reprezentowało 125 osób.

W dyskursie nieprofesjonalnym znaleźli się natomiast uczniowie szkół podstawowych (od klasy 6. w górę) jak i techników (pełny rozkład klas), czy osoby w sposób szeroko pojęty niezwiązane z prawem. Grupę reprezentowały 94 osoby.

Odpowiedzi w grupie reprezentantów dyskursu profesjonalnego były zdecydowanie bardziej jednolite i ujęte zawarte w swego rodzaju ramach definicyjnych 4 odpowiedzi. Większość (62%) respondentów z tej grupy określiło je mianem surowych. Na drugiej pozycji uplasowała się odpowiedź „okrutne” z wynikiem, zaledwie w porównaniu do surowości, 26%. Najrzadziej określano je mianem odpowiednio nieproporcjonalnych do czynu/niesprawiedliwych (12%) i ostrych (tylko 1%).

Takie skupienie odpowiedzi 125 respondentów w obrębie 4 opcji (pytanie miało charakter otwarte) wskazuje na osiągnięcie pewnego stopnia swego rodzaju ujednolicenia definicyjnego u tych osób. Jest to prawdopodobnie rezultat uczestnictwa w edukacji prawniczej i obcowania w jej toku z określoną kategorią treści.

Fot.4 Wyniki sondażu.



Źródło: Opracowanie własne

Znacznie większe różnice w mozaice odpowiedzi, widoczne są już gołym okiem, w sferze dyskursu nieprofesjonalnego. Powstaje swego rodzaju mozaika odpowiedzi o, nawet przeciwnym w stosunku do siebie, charakterze. Niemniej jednak największa liczba respondentów tej grupy skupiła się w odpowiedzi określającej drakońskie prawa mianem sprawiedliwych (22%), a na drugim miejscu uplasowała się odpowiedź, dominująca w grupie dyskursu profesjonalnego, surowość (19%), przez co razem odpowiadają za 41% odpowiedzi. Reszta respondentów rozdzieliła się na:

- zemstę/odwet (15%)
- brutalność/terror (12%)
- zło (10%)
- zero skojarzeń/nieznajomość frazeologizmu (7%)
- wyrównanie rachunków (7%)
- ból (6%)
- przestarzałość (2%)

Przeciwie do wniosku wyciągniętego z pewnej jednolitości odpowiedzi w grupie dyskursu profesjonalnego, należy stwierdzić, że brak przejścia przez tożsamy tok edukacji prawniczej, czy zupełnie inne toki, prowadzą do zróżnicowanych rozumień, bądź jego braku, wskazane go frazeologizmu przez respondentów wchodzących w skład tej grupy.

Najbardziej zaskakującym rezultatem wydaje się być fakt wskazania przez najliczniejszą grupę odpowiedzi oscylującej wokół regulacji drakońskich

postrzeganych jako sprawiedliwe, co w ogóle nie było obecne w dyskursie profesjonalnym (choć większość, bo 88% wcale nie wyklucza swoimi odpowiedziami ich sprawiedliwego charakteru).

Taka mnogość odpowiedzi już w tak małej grupie – 219 respondentów, wskazuje na potencjalną wielotorowość i nawet sprzeczność interpretacji charakteru regulacji normatywnych opatrzonych w dyskursie mianem drakońskich. Podczas gdy pewna grupa respondentów uznałaby je, z dużą dozą prawdopodobieństwa, *a priori* (przez swoje rozumienie praw drakońskich) za sprawiedliwe, znaczna część wskazałaby na ich surowy, okrutny, niesprawiedliwy, bądź wręcz samosądowy charakter. Odbiór owych regulacji prawdopodobnie zmieniłby się wraz z zapoznaniem się z ich konkretną treścią, jednakże często właśnie na podstawie powierzchownego zapoznania się z danym artykułem bądź tylko jego nagłówkiem, członkowie społeczeństwa dokonują osądu i powielają tę narrację w danym kontekście.

Z obecności błędu prezentyzmu normatywnego w obiegu społecznym, dyskursie profesjonalnym, jak i nieprofesjonalnym, obecność mnogości, nawet przeciwstawnych, ocen. Rodzi to płodny grunt dla szeregu negatywnych i destruktywnych dla jakościowego systemu państwa prawa zjawisk, jak populizm legalny, a najgroźniejszy chyba, w jego ramach populizm penalny. Świadome bądź nie, określanie danych regulacji mianem drakońskich, bądź opartych na prawie talionu, przez różnego rodzaju autorytety deontyczne, epistemiczne, znacznie przyczynia się do powielania, często, niezwyfikowanych przez samych ich „zwolenników” teorii w stosunku do danych regulacji normatywnych. Owy grunt może być i jest skrupulatnie zagospodarowywany przez wielu polityków odwołujących się w swych wypowiedziach do konotacji populistycznych i często zdobywających sobie tym samym wielu zwolenników, a następnie wyborców. Na dalszym etapie, obecność takich ugrupowań w którymkolwiek z elementów klasycznego trójpodziału władzy, powoduje jakościowy i merytoryczny rozkład regulacji normatywnych.

Zjawisko to, obecne w dyskursie społecznym każdego organizmu państwowego od wielu lat, należy uznać mimo jego, wydaje się powszechnej akceptacji, za zjawisko patologiczne i wymagające podjęcia zdecydowanych działań. Jak pokazały to wyniki sondażu jako rezultat przejścia przez tok edukacji prawniczej, członkowie społeczeństwa będący jednocześnie członkami dyskursu profesjonalnego, ujednoliciли i uczynili swoje rozumienie i podejście, do np. frazeologizmów będących reprezentatywną dźwignią zamachową prezentyzmu mniej, skrajnym co może przełożyć się na niższy stopień ich zaangażowania w powielanie błędu prezentyzmu i powodowanie wyżej wskazanych

skutków. Stanowią oni jednak mniejszość w dyskursie ogólnym, za którego znaczną część odpowiadają członkowie dyskursu nieprofesjonalnego. W związku z tym to oni w znacznej mierze przyczyniają się do powielania błędu prezentyzmu i dalszej eskalacji skutków jego obecności w dyskursie. Potencjalnym rozwiązaniem tego problemu jest, jak doskonale unaocznili to przypadek dyskursu profesjonalnego, pozytywistyczny postulat pracy u podstaw, a więc odpowiednia edukacja, a jeszcze przed nią uświadomienie podmiotów odpowiedzialnych za regulację i ustalanie jej toku o znaczeniu owych kwestii dla dalszego funkcjonowania społeczeństwa i organizmu państwowego.

BIBLIOGRAFIA

- Bravo B. i inni,
2011 *Historia starożytnych Greków. Okres klasyczny*, Warszawa
- Chauvin T., Stawecki T., Winczorek P.,
2021 *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa
- Czapliński W., Wyrozumska A.,
2004 *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa
- Musiał D.,
2008 *Świat grecki od Homera do Kleopatry*, Warszawa
- Zabłoccy M. i J.,
2000 *Ustawa XII Tablic*, Warszawa
- Stępień M.,
2000 *Kodeks Hammurabiego*, Warszawa
- Ziółkowski A.,
2004 *Dzieje Rzymu*, Poznań

THE INTERNATIONAL LEGAL SERVICES IN POLAND - PILOT STUDY RESULTS

Globalisation is a major challenge for lawyers who are required to work simultaneously locally and globally. Today, it is natural for an inhabitant of China, Brazil or Fiji to become a client of a Polish law firm. Foreigners committing crimes in foreign countries is an everyday occurrence. The borderless world means that a local company can start production in the most isolated regions of Australia and Oceania within a few months. If a lawyer from Poland, Germany or Brazil wants to take part in these changes, he or she needs to learn the law of other countries and learn other economic, cultural and social systems. He also needs to learn the mechanisms of legal service to local clients - foreigners or even consider undertaking a job as a lawyer on the other side of the world. He or she needs to start thinking about his profession globally to answer an important question: is he ready to handles foreigners' cases in his local practice, emigrate, work cross-border or internationally and is he able to use international mechanisms in his daily practice (Dezalay and Garth, 2011; Galloway et al., 2020).

Polish advocates and legal advisers are also experiencing the effects of these processes. More and more lawyers have foreign clients, work abroad, support foreign companies and apply transnational law. Globalisation is knocking on the door of most Polish law firms regardless of their profile, because Polish lawyers are the part of the European legal world and are subject to the same processes as other European, African or Asian jurists. Their situation is an example of the globalisation changes affecting European and global lawyers.

¹ ORCID 0000-0002-1014-1208

The Polish legal services market is changing. A strong driver is globalisation - Europeanisation, under the influence of the European Union. Each year, Polish lawyers have more and more opportunities for international development and active participation in the globalised legal services market. Do they take advantage of these opportunities? Do they see their prospects, or do they see their limitations? How they work every day in a world of foreign clients and new international law and how they overcome barriers are very interesting questions.

The phenomena of globalisation concerning Polish lawyers and the entire legal services market have not yet been comprehensively investigated. Preliminary studies by Sjoerd Claessens (Claessens, 2008), Bruno Nascimbene (Nascimbene and Bergamini, 2009), Andrew Boon (Boon, 2017) and Ule Hammerslev (Drolshammer and Pfeifer, 2001) on the internationalisation of legal activities are conducted in the European perspective. The European Commission is also constantly working to improve the borderless and barrier-free provision of legal services in the European Union. However, in Poland there is little discussion of lawyers in the international and global context. The works of Małgorzata Kożuch (Kożuch, 2016), Zenon and Jędrzej Klatka (Klatka, 2003), Arkadiusz Bereza (Bereza, 2012), Marek Gnusowski (Gnusowski, 2014) and Robert Tabaszewski (Tabaszewski, 2017) only suggest the problem of the internationalisation of legal professionals.

We have attempted to describe and explain the internationalisation of Polish lawyers and legal services because of the noticeable globalisation changes among European and Polish lawyers, the extensive changes in the legal services market, and the research deficiencies. Obtaining information from legal market participants is the best way to look at the changes. Therefore, we decided to conduct empirical research engaging Polish lawyers. The results of this research should be compared to the legal status quo, to evaluate the impact of legal regulations and policies on the professional and business reality of Polish and European lawyers.

Sociological, anthropological and legal research is the only way to fully outline, diagnose and understand the reality of globalisation of lawyers and legal services. Therefore, the study must be multidisciplinary, while the different research methods must be triangulated. A pilot study was chosen because of the large size of the study, the broad topic, the many research questions and hypotheses. The objectives of the pilot study were primarily: preliminary identification of the topic, identification of research fields, verification of assumptions made on the basis of observations and literature review, verification

of hypotheses. Additionally, the preliminary study helped to: identify and revise previously planned research methods, research tools and techniques, research assumptions, and facilitated the development of technical elements of the study (Grzeszkiewicz-Radulska, 2012, pp. 113–141; Hunt et al., 1982, pp. 269–273).

RESEARCH METHODS

The study explored the ways of working by Polish lawyers in Europe and around the world, cooperation with foreigners domestically, and the application of modern international law institutions in national and international legal transactions. Therefore, a pilot study was required to be designed to include all possible components of such a broadly outlined project. The identification of substantive, as well as technical and methodological fields for further empirical research was crucial. Therefore, the pilot study was used as a cognitive interview conducted of the opinion poll technique (intensive interview). Exactly this type of preliminary research facilitates verification of the future study on the substantive as well as methodological and technical grounds. Furthermore, this technique gives a picture of possible mistakes and respondents' reactions (Collins, 2003, pp. 229–238; Grzeszkiewicz-Radulska, 2012, pp. 116–127; Miński, 2017, pp. 35–44).

The pilot study was conducted on a targeted sample of five people. Special attention was paid to ensure that the selected population included persons with various statistical characteristics important for the study, distinguished by gender, age, legal profession, size of the law firm, membership of various bar associations and education. The study involved lawyers:

1. Agnieszka Herda - Kancelaria Adwokacka adwokat Agnieszka Herda (“Agnieszka Herda - adwokat”);
2. Janusz Jabłoński - Kancelaria Radcy Prawnego radca prawny Janusz Jabłoński (“Radca prawny Janusz Jabłoński”);
3. Piotr Bochenek - Kancelarie Radców Prawnych Sabynicz & Bochenek (“Kancelarie radców prawnych Sabynicz & Bochenek”);
4. Karol Lizak;
5. Łukasz Lechowicz.

The pilot study was conducted in field conditions, usually in law firms where the respondents worked. Interviews lasted between 40 and 180 minutes. They took place in July and August 2019; most were recorded. The interviews consisted of two main components: the substantive interview and the parallel cognitive interview (interview in the interview) (Miński, 2017, pp. 42–48). The substantive interview was conducted based on a pre-conceptualised scenario designed to properly guide the research (scenario draft). Second part was conducted based on the scenario for the specific cognitive intensive interview (Grzeszkiewicz-Radulska, 2012, pp. 116–127; Tourangeau, 1984, pp. 73–101).

The research participants were treated as if they were representatives of the regional bars of legal advisers (okręgowa izba radców prawnych, OIRP) and regional bars of advocates (okręgowa rada adwokacka, ORA) participating in the research. The researcher developed each issue in depth. The questions were asked about opinions on the topic, participants were encouraged to feel into the situation, as well as to imagine the situation and themselves in the future, to put themselves in a different position, etc. Additionally, the research participants were encouraged to share their opinions on their understanding of the issues, the design of the questions, the manner, form, sequence, attitude of the researcher and potential research errors. Concurrently, the interviewees' reactions, attitudes and body language were observed. Side topics, sometimes private, were often discussed, but this was deliberate and generally intended. Efforts were made to keep the conversations in an informal and friendly atmosphere.

Notes (reports) were made on the basis of each interview, including explicit statements (answers to the topics discussed and substantive explanations), as well as observations and opinions on the applied research techniques and respondents' attitudes. A detailed conversation transcription was made if the interview was recorded, including non-verbal elements (verbatim transcription). Research conclusions were prepared after each interview, regardless of the recording, later were modified and generalised in subsequent interviews. Interviews were not coded because of the strictly qualitative and experimental nature (Lofland et al., 2006, pp. 54–119; Miński, 2017, pp. 30–51).

The participants of the pilot study may be characterised as follows:

Table 1 Study participants' profile

Sex	female- 1 male - 4
Age	over 60 years -1 25-35 years - 4
Workplace	Tomaszów Lubelski, Częstochowa, Dąbrowa Górnicza, Szczecin, Kraków
Graduate in law	Jagiellonian University - 3 University of Silesia - 2
Additional education	postgraduate studies for legal advisers - 1 economics, administration - 1 classical philology -1
Foreign languages ("European Language Portfolio (ELP)," n.d.)	English at B2 level or higher - 2 English at a lower level - 3 Additional: German, French, Spanish, Russian, Latin
Professional titles	advocate -1 legal adviser - 2 lawyer (without professional titles) -2
Specialization	general specialisation - 5
Legal form of the professional practice	sole practitioner - 2 partnership of a solicitor -1 employment in a law firm -2
Bar membership	ORA Lublin -1 OIRP Katowice -1 OIRP Opole -1 without membership -2

The interviewees represent different backgrounds, opinions, attitudes, problems and achievements, therefore the next stages of the study could be constructed on the basis of the conversations with them. The interviews with the pilot group were divided into the same thematic sections as the interviews in the full study. The meetings with the interviewees concerned:

1. possessed competences, expectations, resources, opinions, opportunities, chances and fears related to a lawyer's work abroad, cooperation with foreign clients in Poland or use of international law instruments; also professional career development, gaining competences and professional life changes;
2. international work experience;
3. the activities of professional corporations, universities, governmental institutions, courts and international bodies;
4. constraints, difficulties and barriers to international legal activity in the country and abroad.

Furthermore, the interviews concerned the research assumptions, the method of research and other methodological issues:

1. construction of research questions and issues, their consistency, sequence, quality;
2. appropriate use of the research tool - semi-structured in-depth interview (SSI) and other methods used in the research;
3. relevance of the research hypotheses and outlined research fields;
4. the population, research samples and research cohorts;
5. possible errors and weaknesses, interview methods, recording, transcription, confidentiality and personal data protection.

The preliminary interviews offered sufficient opportunity to test many different interview scenarios, types of questions and their sequence, accuracy, question forms, setting up interactions with the respondent, and sensitivity to the situation of the professional group. Some of the researcher's behaviour aimed to investigate the interlocutor's feedback to better preparation for the main study.

SUBSTANTIVE CONCLUSIONS

The pilot study participants put particular importance on competence and the educational process. They unanimously emphasise that university studies, lawyer's training and courses received upon legal practice are not designed to familiarise with the problems of international cooperation, working abroad, working with foreign clients, use of international legal instruments. Additionally, they emphasize that educational institutions do not shape soft and language skills. The process of education does not promote the acquisition of international experience through internships, apprenticeships, and the training. Although there are some individual examples of educational initiatives (foreign law schools, international teachers, Erasmus programme, European Union law courses), however these are only superficial activities. The situation is even worse in lawyer's training and in continuous legal training for advocates and legal advisers.

The interviewees indicate that they do not have the right competences to practice abroad or cooperate with foreign clients, particularly because of imperfect language skills, unfamiliarity with foreign law, mainly procedural, and lack of experience in foreign law cases. Educational institutions are blamed for this situation. Low educational engagement in foreign affairs is

more noticeable among lawyers practicing in smaller towns and among mature-aged lawyers. The interviewees believe that competence usually determines the transnational activity of Polish lawyers (Braun, 2018; Dziurnikowska, 1997; Łojko, 2011, 2005a; Pałeczka et al., 1997; Stępień and Gaca, 2018; Wiktorska, 2016, pp. 498–515; Zych, 2016).

Almost all interviewees (4/5) emphasise that they do not, did not and do not intend to practice law abroad and do not want to work with foreign clients in Poland. They also intentionally do not use the international law institutions in the legal procedures, even when they are supposed to. They believe that have an enormous amount of work to do locally and do not see any benefits of expanding internationally. Furthermore, foreign clients in Poland are not numerous. If there are present, it is mainly in big cities, especially in Warsaw. Simultaneously, the lack of appropriate competences, high expenses and the day-to-day routine prevent them from such a decision consideration.

Although, all interlocutors have heard of cases where lawyers work with foreign clients in corporate law firms, other lawyers working abroad and international legal institutions used in domestic proceedings. However, this information is rare and not directly relevant. Everyone agrees that in Poland they "work on Polish law" and are not interested in foreign law. International law institutions, especially those introduced by European Union legislation, are very occasionally used, and are supervised by the courts, and lawyers do not participate in it. The actors have certainly heard about tools such as the European Arrest Warrant, extradition, the possibility to take evidence abroad, or the European Payment Order, but they have never actually had to use them and do not have a deeper knowledge of them. In most cases they also did not have contacts with foreign lawyers. The interviewees report that this is a common situation in the entire Polish lawyer's community (Balcerzak; Łojko, 2005b).

One respondent (a woman) emphasised that in her practice international elements appear and every year more and more Ukrainians appear both in criminal and business cases. Additionally, she has the opportunity to work with an Italian lawyer and consider the activity in the United Kingdom. However, all these elements are considered as additional, usually accidental or as a result of cooperation in larger cities, mainly in Warsaw. The cooperation with an Italian lawyer permanently based in Warsaw results in the idea of developing activity between Poland, England and Italy. However, a large number of local clients, time and competence limitations and distance significantly undermine these ideas (Lubicz-Miszewski, 2018; "Ukrainiec też klient").

Persons interviewed were very reserved about bar associations, public institutions, courts, government and the European Commission. They emphasised that the activities of these entities in the area of international cooperation of lawyers are very inadequate. These institutions do not establish real international cooperation, do not promote foreign cooperation of lawyers, do not provide training and do not facilitate the work of lawyers in a foreign environment. However, if any activity does take place, it is usually in the field of social relations. Alternatively, the activity is promoted by individual activists who do not have institutional support. When their activity disappears, the institutions' commitment also disappears. This problem affects both central and local government institutions (Antkowiak, 2011, pp. 79–94; Wiktorska, 2016, pp. 518–526).

Interviewees revolve around the difficulties encountered upon acquisition of new competences, provision of legal services on the market (competition), interaction with professional corporations and universities, financial, social and cultural difficulties, as well as the day-to-day struggle. These are the most significant problems limiting specialisation in the provision of international legal services (Borowska.; Dziurnikowska-Stefańska, 2005; Koška, 2018; Pacocha, 2019).

Respondents do not see the impact of European Union legislation on their legal activity. They do not observe that EU activities facilitate them to work abroad or with foreign clients. The activities of Brussels or Warsaw are isolated and engage only lawyers and politicians at the top level, without much impact on routine work. A handful group of international law specialists exists, but they are usually associated with Warsaw corporate-type law firms (Balcerzak; Mika, 2015).

All lawyers participating in the preliminary research are proud of their foregoing achievements and satisfied with their current professional position. They have high hopes and plans for local activity, delivering a sufficient number of current cases. Alternatively, they would be ready to abandon the legal profession completely if there were not sufficient cases. Almost nobody (4/5) declares the necessity to be active in the field of provision of legal services to foreign markets or to specialise in legal work with foreigners or to use international legal institutions in national proceedings.

METHODOLOGICAL CONCLUSIONS

Discussions with lawyers helped to adapt and clarify the topics included in the previously prepared scenario. Hence, modifications were decided especially in several scopes:

1. The assumed population (members of OIRP and ORA councils) is a well-chosen research group, as the issues raised are not strictly related to the lawyer's age, experience, education, professional position and place of practice;
2. Much attention in the main study should be given to the process of competence acquisition by lawyers in international matters as the main determinant of non-national activity;
3. The diagnosis of barriers, difficulties and problems in access to the provision of international legal services must be a key element of the study
4. The aforementioned "Ukrainian problem" should be further explored in qualitative research;
5. The quantitative study should clearly distinguish between types, genera and sizes of legal practices spatially;
6. The survey scenario should be supplemented with questions on the application of international law institutions in domestic and cross-border proceedings, because these issues were omitted by the respondents;
7. It is necessary to verify the extent to which the research pilot study is applicable to the population of ORA and OIRP members and the general population of Polish lawyers.

The second part of the pilot research exploration concerned the course of the interviews as such, the research process and the technical elements. All participants actively commented on the research tool, gave advice and identified strengths and weaknesses of the pilot study. The scope of the study, the construction of the questions, their sequence were generally considered to be correct and understandable. Conversations were also considered to be conducted in a friendly atmosphere of openness and trust. Some doubts were expressed about the protection of sensitive information, personal data and the recording of interviews (Rutakumwa et al., 2019, pp. 1–16; Sztabiński et al., 2005, pp. 140–142, 391–401, 411–414).

Some methodological and technical elements were noticed during the preliminary survey, which were decided to improve or modify:

1. Semi-structured in-depth interviews is the best method to identify details and obtain qualitative information about legal practice;
2. Extensive research on a representative sample is necessary to check the general population represents similar characteristics as the members of ORA and OIRP councils;
3. Interviews should be conducted in a relatively open form (preferably semi-structured SSI interviews) because of the complexity of the research issue and the tendency of the respondents to reveal important themes when digging deeper. Therefore, questionnaire-type interviews would result in the disappearance of many important conversational plots (Horton et al., 2004; McIntosh and Morse, 2015);
4. The interviewees are quite distrustful at the beginning. The reason for this is a professional specificity where confidentiality is important. Therefore, confidentiality must be guaranteed and sensitive issues avoided at the beginning of the conversation. Therefore, it is important to deepen the interviewees' statements at later stages of the interview rather than to ask questions directly;
5. Interviews must remain formal and respect the dignity of the profession of advocate and legal adviser. However, the addition of personal topics can give a friendly conversation and only then can reliable information be obtained;
6. Interviews should be longer than 40 minutes because only after this time are interviewees inclined to talk about personal experiences. Before that, they often quote common opinions and assessments of their communities;
7. The structure of the topics is correct, they should not be tightened. However, it is necessary to be very flexible to raise or omit them, depending on the openness of the interviewee, his/her position and experience. Unfortunately, some issues should be skipped because they may arouse negative emotions;
8. Allow interlocutors to speak at length and freely, even on side topics, accepting the communication needs involved.

The pilot study proved to be essential for the appropriate design of the main study. The substantive and methodological information obtained

is valuable for the preparation of specific research tools and the choice of an appropriate methodological approach.

The pilot study appears to be an essential element for the projected large-scale research. It is impossible to properly design and conduct the final survey without it. Preliminary research conducted even on a small group of respondents proves to be an optimal solution. The cognitive pilot study method should be particularly appreciated here. The pilot study is the only way to estimate initially the substantive results of the main study and to examine the planned research methods and techniques, to better design the research objectives and hypotheses and to understand the research environment. Obviously, the difficulties associated with cognitive piloting may discourage its implementation, but its successful implementation results in desirable and significant outcomes. Also, the financial and organisational costs of cognitive preliminary survey are much lower than extended pilot studies performed with methods such as focus interviews.

All field research should be followed by pilot research. Among them, cognitive pilot studies should be preferred. Furthermore, they should be expanded to include a detailed study of respondents' non-verbal and emotional reactions. Video recording and subsequent analysis of the video footage could bring additional important results. Particularly, when conducting preliminary research in special social groups, e.g. prisoners, youth subcultures, professionals, a recorded cognitive pilot could produce spectacular results. Definitely, we recommended that every social empirical study should be preceded by a pilot study, preferably as a cognitive pilot study.

BIBLIOGRAPHY

Agnieszka Herda - adwokat, <https://www.adwokat-herda.pl/> [dostęp 20 maja 2020 r.].

Antkowiak P.,

2011 *Samorząd zawodowy adwokatów w opinii jego członków*, „Przegląd Politologiczny”, nr 4.

Balcerzak M.,

Korporacje to istny raj dla prawników, „Gazeta Prawna.pl”, nr 28.02.2014.

- Bereza A.,
2012 *System pomocy prawnej w Hiszpanii* [w:] Świadczenie pomocy prawnej w państwach europejskich, M. Baranowska (red.), t.1. Wielka Brytania, Hiszpania, Turcja, Warszawa
- A. Boon (red.),
2017 *International Perspectives on the Regulation of Lawyers and Legal Services*, Oxford and Portland.
- Borowska K.,
Bariery dla prawników z UE, „Rzeczpospolita”, nr 7.05.2014.
- Braun T.,
2018 *Uwagi o studiach prawniczych i aplikacjach z perspektywy współczesnych oczekiwań rynku*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem”, t. 10, nr 3.
- Claessens S.,
2008 *Free movement of lawyers in the European Union*, Nijmegen.
- Collins D.,
2003 *Pretesting survey instruments: An overview of cognitive methods*, „Quality of Life Research”, t. 12, nr 3.
- Dezalay Y., Garth B.,
2011 *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Abington.
- Drolshammer J.I., Pfeifer M.,
2001 *The Internationalization of the Practice of Law*, The Hague, London, Boston.
- Dziurnikowska M.,
1997 *Adwokat i inne zawody prawnicze w opinii studentów prawa: wyniki ankiety „Studenci prawa o swojej przyszłości zawodowej”*, „Palestra”, nr 5/6.
- Dziurnikowska-Stefańska M.,
2005 *Bariery i trudności w pełnieniu roli zawodowej sędziego w świetle badań empirycznych*, „Studia Iuridica: miscellanea”, nr 44.
- European Language Portfolio (ELP)*, <https://www.coe.int/en/web/portfolio>
[20 maj 2020 r.].
- Galloway K., Castan M., Flood J.A.,
2020 *The global lawyer*, Chatswood.

- Gnusowski M.,
2014 *Wpływ jakości usług na konkurencyjność kancelarii prawnych*, Poznań.
- Grzeszkiewicz-Radulska K.,
2012 *Metody badań pilotażowych*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Sociologica”, nr 42.
- Horton J., Macve R., Struyven G.,
2004 *Qualitative Research: Experiences in Using Semi-Structured Interviews* [w:] *The Real Life Guide to Accounting Research*, C. Humphrey, B. Lee (red.), Oxford.
- Hunt S.D., Sparkman R.D., Wilcox J.B.,
1982 *The Pretest in Survey Research: Issues and Preliminary Findings*, „Journal of Marketing Research”, t. 19, nr 2.
- Kancelarie radców prawnych Sabynicz & Bochenek*, <http://kspb.pl> [dostęp 20 maja 2020 r.].
- Klatka Z.,
2003 *Ustawa o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej: sytuacja prawna spółek z udziałem prawników zagranicznych*, „Monitor Prawniczy: miesięcznik prawa polskiego”, nr 20.
- Kośka M.,
2018 *Młodzi prawnicy gorzko o swojej sytuacji*. „Nawet koleżanka po etnologii ma wyższą pensję”, „www.money.pl”.
- M. Kozuch (red.)
2016 *Konkurencja na rynku usług prawnych: nowe obszary działalności i dobre praktyki rynkowe*, Kraków.
- Lofland J., Snow D.A., Anderson L., Lofland L.H.,
2006 *Analyzing social settings a guide to qualitative observation and analysis*, Belmont.
- Lubicz-Miszewski M.,
2018 *Imigranci z Ukrainy w Polsce: potrzeby i oczekiwania, reakcje społeczne, wyzwania dla bezpieczeństwa*, Wrocław.
- Łojko E.,
2005 *Nowe konteksty wykonywania zawodów prawniczych* [w:] *Normatywność współczesnej Polski*, J. Kwaśniewski (red.), Warszawa.
2011 *Studenci prawa o studiach i perspektywach zawodowych*, Warszawa.

2005 Ścieżki kariery zawodowej młodych prawników, „Studia Iuridica : miscellanea”, nr 44.

McIntosh M.J., Morse J.M.,

2015 *Situating and Constructing Diversity in Semi-Structured Interviews*, „Global Qualitative Nursing Research”, nr 2.

Mika E.,

Radca prawny na planecie Korporacja, https://www.temidium.pl/artykul/radca_prawny_na_planecie_korporacja-1848.html [dostęp 20 maja 2020 r.].

Miński R.,

2017 *Wywiad pogłębiony jako technika badawcza. Możliwości wykorzystania IDI w badaniach ewaluacyjnych*, „Przegląd Socjologii Jakościowej”, t. 13, nr 3.

Nascimbene B., Bergamini E.,

2009 *The Legal Profession in the European Union*, Alphen aan den Rijn.

Pacocha M.,

Co jest ważne dla młodych prawników?, <https://www.legaljobs.pl/blog/co-jest-wazne-dla-mlodych-prawnikow/> [dostęp 20 maja 2020 r.].

Pałęcka A. i in.,

1997 *Studenci prawa - jacy jesteśmy?*, „Studia Iuridica: miscellanea” 1997, nr 34.

Radca prawny Janusz Jabłoński, <http://www.radcaprawny.tk/> [dostęp 20 maja 2020 r.].

Rutakumwa R. i in.,

2019 *Conducting in-depth interviews with and without voice recorders: a comparative analysis*, „Qualitative Research”.

Stępień K., Gaca A.,

2018 *Badanie „Studenci prawa w Polsce” 2018*, Warszawa.

Sztabiński P., Sawiński Z., Sztabiński F.,

2005 *Fieldwork jest sztuką: jak dobrać respondentów, skłonić do udziału w wywiadzie, rzetelnie i sprawnie zrealizować badanie: praca zbiorowa*, Warszawa.

Tabaszewski R.K.,

2017 *Prawnicy zagraniczni jako uczestnicy profesjonalnego obrotu prawnego w Polsce*, „Roczniki Nauk Prawnych”, t. 22, nr 2.

Tourangeau R.,

1984 *Cognitive sciences and survey methods*, „Cognitive aspects of survey methodology: Building a bridge between disciplines” 1984, nr 15.

Ukraińiec też klient. Powstają dla niego w Polsce portale, gazety, sklepy, a nawet kancelarie prawne, „www.money.pl”, nr 4.09.2018.

Wiktorska P.,

2016 *Prawnicy o prawie i swojej profesji*, „Rocznik Towarzystwa Naukowego Płockiego”, nr 8.

Zych T.,

2016 *Więcej teorii i więcej praktyki? Kształcenie interdyscyplinarne i niedogmatyczne w programach studiów prawniczych amerykańskich uczelni*, „Zeszyty Prawnicze”, t. 16, nr 1.

ANALIZA KONSTYTUCJI ISLANDII W UJĘCIU HISTORYCZNYM, PRAWNYM I SPOŁECZNYM

WPROWADZENIE

Islandia to państwo wyspiarskie położone na Oceanie Atlantyckim, które określane jest mianem wyspy „lodu i ognia”, ze względu na występujące na niej zarówno lodowce jak i wulkany. Powierzchnia Islandii wynosi 103,000 km², a liczba ludności około 376 tys. (statice.is.). Islandia należy do czołówki krajów, uznawanych za najszczęśliwsze do życia i niemal rokrocznie plasuje się na podium wśród najszczęśliwszych państw świata. Islandia uplasowała się na 3 miejscu w 2022 r. (World Happiness Report).

Islandzki parlament uznawany jest za jeden z najstarszych na świecie, a jego początek datuje się na rok ok. 930, kiedy to „Islandia została w takim stopniu zasiedlona jak nigdy do tej pory” – Ari Thorgillson (Foryt, 2013, s.19). Powstanie Parlamentu Islandii wpłynęło na rozwój prawa i pierwszych kodyfikacji, które miały miejsce w XI w., a to głównie za sprawą tego, że oprócz funkcji ustawodawczej, pełnił on również funkcję sądowniczą (Byock, 1993, s.10-11).

Mimo, że islandzki parlament uznawany jest za jeden z pierwszych na świecie, to pierwsza wersja islandzkiej Konstytucji powstała znacznie później, bo dopiero w XIX w. Szerszy kontekst historycznego ujęcia islandzkiej Konstytucji zostanie przedstawiony w kolejnej części pracy. Następnie przedstawię Konstytucję Islandii w ujęciu prawnym i społecznym, wskazując przede wszystkim na próbę zmiany Konstytucji Islandii przez samych obywateli. Działalność obywateli na rzecz zmiany Konstytucji w głównej mierze

uwarunkowana była powszechnym niezadowoleniem, które towarzyszyło Islandczykom po kryzysie finansowym i jego następstwach. Na zakończenie mojej pracy przedstawię krótkie podsumowanie, a także wskaże na perspektywy na przyszłość dla islandzkiej Konstytucji.

ANALIZA KONSTYTUCJI ISLANDII W UJĘCIU HISTORYCZNYM

Dokonując analizy Konstytucji Islandii należy wskazać przede wszystkim na jej historyczne uwarunkowania, a przede wszystkim fakt, że w Islandia przez bardzo długi okres znajdowała się pod panowaniem Danii i Norwegii.

Pierwsze zasiedlenia terytorium Islandii miały miejsce w IX wieku (Johannesson, 2013, s. 7-8), a wraz z nimi nastąpił rozwój instytucji państwowych – wspomnianego już wcześniej przeze mnie zgromadzenia parlamentarnego, a także pierwszych sądów i Sądu Najwyższego, który powstał w XI w. (Leffman, Proctor, 2004, str. 339). Od momentu powstania i zasiedlenia przez pierwszych osadników na Islandii panował względny pokój i stabilizacja, jednak zmieniło się to pod koniec XIII w., gdyż wówczas Islandia utraciła niepodległość i przeszła pod panowanie Norwegii. Norwegia traktowała Islandię jako tzw. „tributary land”, w staro nordyckim jako „skattland” co można przetłumaczyć jako „ziemia lennicza”. Sam termin „skattland” w języku staro nordyckim posiadał kilka definicji m.in. „ziemia, która płaci podatki do zagranicznego władcy” (Waerdahl, 2011, s.69). Wraz z przejściem pod panowanie Norwegii na Islandii wprowadzono przepisy prawne opierające się na dwóch norweskich księgach prawnych, które wprowadziły nowy model administracyjny na wzór norweskiego (Sigurdsson, 2021, s. 178).

Islandia znajdowała się pod panowaniem norweskim niemal do końca XIV w. , a następnie została włączona do Unii Kalmarskiej, w skład której wchodziły ponadto Dania i Szwecja. Kluczową rolę w Unii Kalmarskiej odgrywała Dania, która jej przewodziła (Arter, 1999, s.14). Unia Kalmarska rozpadła się na początku XVI w. i tym samym zwierzchnictwo nad Islandią utrzymywała Dania.

Wiek XIX obfitował w ruchy narodowowyzwoleńcze w Europie, które nie były obce Islandii. Na czele ruchu na rzecz uzyskania niepodległości Islandii stał Jon Sigurdsson, który uważany jest za bohatera narodowego Islandii. Opublikował on wiele publikacji, których celem miało być wzbudzenie chęci do odzyskania niepodległości wśród Islandczyków (Arter, 1999, s.37). Działalność Sigurdssona, a także innych Islandczyków przyczyniła się do tego,

że król Danii Christian VIII przyznał Islandii prawo do posiadania własnego zgromadzenia parlamentarnego (Jespersen, 2019, s. 24-25). W 1849 r. Dania uchwaliła pierwszą Konstytucję, jednak nie odnosiła się ona do Islandii i jej statusu (Karlsson, 199, s.40). W 1851 r. Islandia zaproponowała aby powstało zgromadzenie, które stworzy własną Konstytucję (Suksi, 2018 s.31). W 1871. Dania wydała akt, który stwierdzał, że „Islandia stanowi nierozdzielalną część Królestwa Danii i posiada specjalne przyznane prawa” (Bregnsbo, Jensen, 2022, s. 201).

Pierwszą Konstytucję skierowaną do Islandii wydał król Danii w 1874 r., był to istotny krok ku większej islandzkiej niezależności, gdyż Konstytucja przewidywała odnowienie władzy ustawodawczej na rzecz islandzkiego parlamentu Althingi, jednak władza wykonawcza i sędownicza pozostawała w kompetencji duńskich organów (Bregnsbo, Jensen, 2022, s. 201). Przyznanie konstytucji w 1874 roku miało również wymiar symboliczny, gdyż Islandia obchodziła 1000lecie istnienia (Sigurdsson, 2008, s. 567).

W 1903r. wprowadzono poprawki do uchwalonej wcześniej Konstytucji, a zakładały one m.in. uzyskanie pewnej autonomii, a także stałą obecność Ministra Islandii, który sprawował funkcję wykonawczą, odpowiadał przed islandzkim parlamentem (Suksi, 2018 s.31).

1915 r. zostały wprowadzone kolejne poprawki do Konstytucji, a także przyznano prawo wyborcze kobietom (Haavio-Mannila, Skard 1983, s.39). W 1918 r. Islandia została niepodległym państwem połączonym unią personalną z Danią pod panowaniem króla Danii (Jespersen, 2019, s. 24-25), a zmiany te zostały odzwierciedlone w nowej Konstytucji Islandii uchwalonej w 1920 r. Unia personalna Islandii z Danią została podpisana na 25 lat i miała zostać odnowiona w 1943 r., jednak trwająca II wojna światowa i okupacja Danii, spowodowały, że Islandia jednostronnie zakończyła Unię Personalną z Danią i przeprowadziła referendum w 1944r., w którym obywatele mieli opowiedzieć się za tym, czy chcą uzyskać pełną niepodległość i utworzyć niepodległą republikę (Gylfason, 2020, s. 219). Islandczycy opowiedzieli się niemal jednogłośnie za zerwaniem ówczesnych więzi z Danią w postaci Unii Personalnej i stworzeniem niepodległej republiki. W 1944 r. uchwalono pierwszą Konstytucję Republiki Islandii, która wciąż obowiązuje (Suksi, 2018 s.32).

ANALIZA KONSTYTUCJI ISLANDII W UJĘCIU PRAWNYM

Konstytucja Islandii została uchwalona 17 czerwca 1944 r. Od tego czasu była ona kilkakrotnie nowelizowana m.in. w 1984 r., 1991 r., 1995 r.

i 1999r. Konstytucja Islandii składa się z VII rozdziałów i 79 artykułów (Constitution of Iceland).

Rozdział I wskazuje, że Islandia jest republiką z parlamentarną formą rządów (Konstytucja Islandii, art. 1.) , a także to, że Althingi i Prezydent sprawują funkcję ustawodawczą. Prezydent ponadto sprawuje władzę wykonawczą wraz z innymi władzami rządowymi, a sędziowie sprawują władzę sądowniczą (Konstytucja Islandii, art. 2).

Rozdział II i artykuły od 3 do 30 poświęcone są Prezydentowi Islandii. Definiują kryteria wyboru prezydenta Islandii, jego wybór, czas trwania kadencji, a także kompetencje i uprawnienia.

Rozdział III Konstytucji Islandii w artykułach 31- 34 skupia się na instytucji Parlamentu Islandii – Althingi. W art. 31 określono, że Parlament Islandii składa się z 63 deputowanych wybieranych na 4 letnią kadencję. Artykuł 32 z kolei wskazuje, że na Islandii panuje unikameralizm – jednoizbowy Parlament. Artykuły 33 i 34 odnoszą się do wyborów do Parlamentu, które przysługują wszystkim obywatelom Islandii, którzy ukończyli co najmniej 18 lat i mają prawo udziału w głosowaniu w wyborach do Parlamentu Islandii.

Rozdział IV stanowi kontynuację rozdziału III i precyzuje funkcjonowanie Parlamentu Islandii. W szczególności tryb zwoływania, funkcjonowania i obradowania.

Rozdział V i artykuły 59-61 dotyczą wymiaru sprawiedliwości Islandii, której organizacja może zostać ustanowiona jedynie w drodze ustawy. Rozdział ten odnosi się również do roli sędziego, precyzując, iż przy wykonywaniu swoich obowiązków służbowych kierują się jedynie ustawami (Konstytucja Islandii, art. 61.)

W rozdziale VI Konstytucji Islandii nawiązuje do kwestii religii. Art. 62 tego rozdziału stanowi, że Kościół Ewangelicko-Augsburski w Islandii jest Kościołem państwowym i jako taki jest chroniony i wspierany przez państwo (Konstytucja Islandii). W artykułach 63 i 64 podkreślono wolność wyznania i praktykowania własnych religii.

Rozdział VII zawiera artykuły odnoszące się m.in. do równości wobec prawa, wolności, swobód obywatelskich, prawa własności i prywatności. Co więcej w ostatnim rozdziale Konstytucji – art. 77 i 78 znalazły się odniesienia do kwestii podatkowych i funkcjonowania gmin. Z kolei ostatni artykuł tego rozdziału, a zarazem Konstytucji wskazuje tryb wnoszenia propozycji poprawek lub uzupełnień do obecnej Konstytucji.

Jak już wcześniej wspomniałam Konstytucja Islandii zawiera niewielką liczbę poprawek, które miały miejsce w 1959 r., 1968 r., 1984 r., 1991 r.

1995 r. i 1999r., a zmiany te dotyczyły m.in. zmiany liczby posłów Althingi, wprowadzenia katalogu praw oraz wolności zgodnych z Europejską Konwencją Praw Człowieka (Meuwese, 2013, s. 473).

ANALIZA KONSTYTUCJI ISLANDII W UJĘCIU SPOŁECZNYM

W tej części mojej pracy pragnę przede wszystkim poruszyć próbę reformy Konstytucji Islandii, która miała miejsce głównie w okresie 2010-2013 r. Próba zmiany Konstytucji Islandii wyszła z inicjatywy samych obywateli, stąd można jej nadać społeczny wymiar.

Jedną z przyczyn próby zmiany Konstytucji Islandii przez samych obywateli były niewątpliwie skutki kryzysu finansowego z 2008 r. Wówczas dochodziło również do pokojowych protestów Islandczyków, którzy gromadzili się pod Parlamentem Islandii domagając się wyciągnięcia konsekwencji dla osób odpowiedzialnych za kryzys finansowy na wyspie. Islandczycy demonstrowali swoje niezadowolenie przy pomocy garnków, patelni i narzędzi kuchennych, którymi generowali hałas, chcąc zwrócić na siebie uwagę, dlatego też w literaturze wystąpienia te noszą miano „rewolucji garnków i patelni” (Gudmundstottir, 2022, s. 48). Protesty i wystąpienia Islandczyków doprowadziły do zorganizowania przedterminowych wyborów w 2009 r., które wygrali socjademokraci i zielona lewica, odsuwając tym samym na bok Partię Niepodległości, która zdobywała większość poparcia wyborców przez ostatnie 18 lat (Thorarensen, 2013, s. 276).

W 2010 r. rozpoczął się proces zmiany Konstytucji „imagined recovery”, który miał sprzyjać „wyobrażonemu odrodzeniu” Islandii po kryzysie finansowym (Bergmann, 2014 s. 10). Parlament Islandii zaproponował, aby zmiana Konstytucji Islandii dokonała się w ramach pracy tzw. Konstytucyjnego Zgromadzenia, które tworzyć będzie grupa przedstawicieli obywateli Islandii. Wybory do Konstytucyjnego Zgromadzenia odbyły się w 2010 r. do których zgłosiło się 522 osoby, spośród których wybrano 25 osób (Meuwese, 2013, s. 479). Jednym z wymogów ubiegania się o miejsce w Konstytucyjnym Zgromadzeniu był brak wcześniejszego mandatu parlamentarnego (Meuwese, 2013, s. 479). Po zorganizowanych wyborach do Zgromadzenia Konstytucyjnego wpłynęło wiele skarg dotyczących naruszeń prawa i nieprawidłowości, w efekcie czego Sąd Najwyższy uznał, że zorganizowane wybory do Zgromadzenia Konstytucyjnego są nieważne (Thorarensen, 2013, s. 279). Mimo, że Sąd Najwyższy uznał wybory do Zgromadzenia Konstytucyjnego za nieważne, to Parlament Islandii zaprosił grupę wybranych w nieważnych

wyborach członków do pracy w nowopowstałym Komitecie Konstytucyjnym (Thorarensen, 2013, s. 279).

Komitet Konstytucyjny rozpoczął pracę w kwietniu 2011 r. i postanowił dać szansę obywatelom jak najbardziej aktywnego udziału w procesie zmiany konstytucji m.in. poprzez aktywne informowanie o postępach prac, ale też o możliwości wypowiedzania się i zgłaszania własnych pomysłów dotyczących zmian w Konstytucji Islandii. Odbywało się to w ramach crowdsourcingu, czyli „procesu, który wykorzystuje pracę, informację, opinie większej grupy osób, które wyrażają swoje zdanie, opinie, czy dzielą się informacjami lub pracą poprzez Internet, media społecznościowe czy aplikacje” (Hargrave, Crowdsourcing). Komitet Konstytucyjny na bieżąco informował o pracach nad zmianą Konstytucji za pośrednictwem dedykowanej strony, a także mediów społecznościowych Facebooka i Twittera (Antoni, 2021, 111).

Propozycja zmiany Konstytucji została zaprezentowana w Althingi w lipcu 2011 r., która następnie miała być głosowana w narodowym referendum. Nowa Konstytucja Islandii składała się z 9 rozdziałów i 114 artykułów, a zmiany dotyczyły m.in. roli prezydenta, wymiaru sprawiedliwości, zmian związanych z społeczną aktywnością obywatelską, spraw zagranicznych i środowiska (Proposal for a new Constitution...). Ponadto projekt nowej konstytucji wprowadził Preambułę, która wskazywała m.in. na to, że wszyscy mieszkańcy mają równe szanse i możliwości, a Islandia jest wolnym i niepodległym państwem, szanującym wolność, równość, demokrację i prawa człowieka. Preambuła odnosiła się również do poszanowania tradycji, historii i przodków, ale i do zapewnienia harmonii, bezpieczeństwa i szczęścia dla przyszłych pokoleń (Proposal for a new Constitution...).

W 2012 r. zostało przeprowadzone referendum dotyczące zmian w Konstytucji, które uzyskało poparcie większości przy frekwencji wynoszącej około 49% (Referendum 20 October 2012 - Statistical Series). W tym samym roku Projekt zmiany Konstytucji trafił do islandzkiego Parlamentu, który zasięgnął ponadto opinii Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji przez Prawo tzw. „Komisji Weneckiej”, składającej się z grupy Europejskich specjalistów do spraw prawnych, która bardzo przychylnie przyjęła projekt nowej konstytucji (Venice Commission). Czy mimo pozytywnego poparcia społeczeństwa Islandii i Komisji Weneckiej udało się wprowadzić w życie nową Konstytucję? Niestety odpowiedź na to pytanie, póki co pozostaje negatywna. Wybory parlamentarne z 2013 r., które z powrotem doprowadziły do władzy partie konserwatywne, przeciwne zmianie Konstytucji stanowiły jedną z przeszkód, ale też nie jedyną, gdyż brak było jednomyślności nad kształtem i wyglądem

nowej Konstytucji. Obecnie prace nad rewizją Konstytucji Islandii zostały zaplanowane na okres 2018-2025 r. i ponownie zostało uruchomione forum crowdsourcingowe, umożliwiające obywatelom śledzenie postępów prac i wypowiedzanie się w kwestii zmian konstytucyjnych (Democratic Constitutional Design).

PODSUMOWANIE

Ze względu na uwarunkowania historyczne islandzka Konstytucja w swojej formie i kształcie jest zbliżona do Konstytucji Danii. Dokonując analizy Konstytucji Islandii pod kątem prawnym należy zauważyć, iż ma ona prostą formę, a ponadto obecnej Konstytucji Islandii zarzuca się, że nie reguluje wszystkich istotnych kwestii i powinna być zmieniona. Osoby bezpośrednio zaangażowane w proces zmiany Konstytucji Islandii jak m.in. Helga Baldvins Bjargardóttir, która pełni funkcję Prezydenta Stowarzyszenia Kobiet dla Nowej Konstytucji wskazuje, że w obecnej ustawie zasadniczej brakuje m.in. odniesienia do środowiska naturalnego, które powinno traktować się jak dobro wspólne Islandczyków (Fontaine, Most Icelanders still want a new constitution).

Próba reformy nad zmianą Konstytucji Islandii powstała głównie oddolnie ukazując bezpośrednio zaangażowanie obywateli, zarówno w sam proces inicjatywy zmiany Konstytucji po nadanie jej projektowi ostatecznego kształtu. Pytanie, które może nasunąć się to przede wszystkim powody i przyczyny dlaczego Islandia chce zmienić Konstytucję? Powodów i wyjaśnień ku temu może być wiele, szczególnie jeśli dokona się pełnej analizy społeczeństwa islandzkiego, które jest wyjątkowo zintegrowane, zaangażowane i aktywne. Przede wszystkim fakt, że Islandia znajdowała się przez wiele lat pod panowaniem Norwegii i Danii to wciąż potrafiła zachować odrębność m.in. w postaci utrzymania własnego języka. Islandczyków charakteryzuje olbrzymia determinacja, co można było m.in. zaobserwować podczas Strajku Kobiet w październiku 1975 r., kiedy to 90% kobiet wyszło na ulicę protestować w celu uzyskania równych praw (Brewer, The day Iceland's women went on strike). Nastroje społeczne związane ze skutkami kryzysu finansowego z 2008 r. również doprowadziły do tego, że Islandczycy żywo protestowali w ramach „rewolucji garnków i patelni” i tym samym udało, im się doprowadzić do przedterminowych wyborów, a osoby odpowiedzialne za kryzys finansowy w państwie zostały pociągnięte do odpowiedzialności karnej (Robinson, Valdimarsson, This is where bad bankers go to prison). Konstytucja

Islandii z 1944 r. w dużej mierze nawiązuje do Konstytucji Danii i nie reguluje wielu kwestii, które z punktu widzenia Islandczyków są istotne, nie ma m.in. preambuły, która nadaje unikalny i niepowtarzany charakter każdej ustawie zasadniczej. To sprzyja temu, że Islandczycy chcieli dokonać zmiany Konstytucji, a przede wszystkim wprowadzić jej nową wersję, która miała być owocem działalności całego społeczeństwa i przykładem jego jedności i integralności szczególnie w ciężkim okresie bezpośrednio po kryzysie finansowym.

Mimo, że jak dotąd nie udało się wprowadzić zmian w Konstytucji, to wciąż żywe jest dążenie do przeprowadzenia zmian wśród części społeczeństwa a manifestują to m.in. organizując kolejne kampanie i badania opinii społecznej nad zmianą Konstytucji. Powstał ponadto mural w centrum Reykjavíku zadający pytanie rządzącym „hvar er nýja stjórnarskráin?” – „co oznacza gdzie jest nowa Konstytucja”? (Fontaine, Where is the new constitution).

BIBLIOGRAFIA

Akty prawne:

Constitution of Iceland, https://www.government.is/library/01-Ministries/Prime-Ministers-Office/constitution_of_iceland.pdf

Konstytucja Islandii, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/islandia.html>

Proposal for a new Constitution..., http://stjornlagarad.is/other_files/stjornlagarad/Frumvarp-enska.pdf

Venice Commission, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)020-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)020-e)

Źródła

Afsah E., Sigurdsson J.V.

2021 Medieval and Modern Civil Wars: A Comparative perspective, Leiden

Antoni A and N.

2021 Constitutional Crowdsourcing: Democratising Original and Derived Constituent Power in the Network Society, Cheltenham

Arnasson A.P, Dupre C.

2020 Icelandic Constitutional Reform: People, Processes, Politics, Routledge

- Arter. D,
1999 Scandinavian Politics Today, Manchester
- Bergmann E.
2014 Iceland and the International Financial Crisis. Boom, Bust and Recovery, Palgrave Macmillan
- Bregnsbo M, Jensen K. V
2022 The Rise and Fall of the Danish Empire, Cham, Switzerland
- Byock J.L.
1993 *Alþingi* w: P. Pulsiano, K. Wolf (red.), Medieval Scandinavia: An Encyclopedia, New York.
- Foryt A.
2013 Księga Islandczyków, Sandomierz.
- Gudmundsdottir G., Fionnuala D.
2022 Iceland – Ireland: Memory, Literature, Culture on the Atlantic Periphery, Leiden
- Gylfason T.
2020 The Anatomy of Constitution making w: Negretto G.L, Redrafting Constitutions in Democratic Regimes. Theoretical and Comparative Perspectives, Cambridge
- Haavio-Mannila E, Skard T.
1983 Unfinished Democracy: Women in Nordic Politics, Oslo
- Jespersen K. J.V.
2019 A History of Denmark, London
- Johannesson G.H.
2013 The history of Iceland, Greenwood
- Karlson G.
1995 The emergence of nationalism in Iceland w: Tagil. S. wEthnicity and Nation Bulding in the Nordic World, London
- Leffman D., Proctor J. ,
2004 The Rough Guide to Iceland, London
- Meuwese A.
2013 Popular constitution Making w: Galligan D.J., Versteeg M. Social and Political Foundations of Constitutions, Cambridge

Sigurdsson G.

2008 Iceland w: Brink. S. The Viking world, New York

Suksi M.

2008 Common Roots of Nordic Constitutional Law? w: H. Krunke, B. Thorarensen, The Nordic Constitutions: A Comparative and Contextual Study, Oxford 2018

Thorarensen B.

2016 The impact of Financial Crisis in Icelandic Constitutional Law: Legislative Reforms, Judicial Review and Revision of the constitution w: Contiades X., Constitutions in the global Financial Crisis: A comparative Analysis, New York

Tlemann-Kollipost J.

2020 Political participation in the digital age. An Ethnographic comparison between Iceland and Germany, Wetzlar

Waerdahl R.B.

2011 The Incorporation and Integration of the King's Tributary Lands into the Norwegian Realm c. 1195-1397, Leiden

Źródła internetowe:

Althingi, <https://www.althingi.is/pdf/enska.pdf>

Brewer K. The day Iceland's women went on strike, <https://www.bbc.com/news/magazine-34602822>

Democratic Constitutional Design, <https://stjornarskra.hi.is/en/resources/constitutional-revision-in-iceland/icelandic-constitutional-revision-2018-2025/>

Fontaine A.S. Most Icelanders still want a new constitution, <https://grapevine.is/news/2021/07/13/poll-most-icelanders-still-want-a-new-constitution/>

Fontaine A.S. Where is the New Constitution

<https://grapevine.is/mag/feature/2020/11/09/where-is-the-new-constitution/>

Hargrave M. Crowdsourcing

<https://www.investopedia.com/terms/c/crowdsourcing.asp>

History of Iceland from 1944, <https://nordics.info/show/artikel/history-of-iceland-from-1944>

Opozycja wygrała wybory parlamentarne na Islandii, <https://www.gazeta-prawna.pl/wiadomosci/artykuly/700734,opozycja-wygrala-wybory-parlamentarne-na-islandii.html>

Nowa Konstytucja, <https://nystjornarskra.is/pl/>

Referendum 20 October 2012 - Statistical Series, <https://statice.is/publications/news-archive/elections/referendum-20-october-2012/>

Robinson E., Valdimarsson O. This is where bad bankers go to prison, <https://www.bloomberg.com/news/features/2016-03-31/welcome-to-iceland-where-bad-bankers-go-to-prison>

World Happiness Report, <https://worldhappiness.report/ed/2022/happiness-benevolence-and-trust-during-covid-19-and-beyond/#ranking-of-happiness-2019-2021>

Statice.is., <https://statice.is/statistics/population/inhabitants/overview/>

MYŚL PRZEWODNIA (*DER ROTE FADEN*) NIEMIECKIEGO ŁADU KORPORACYJNEGO NA TLE NOWYCH SYSTEMÓW *CORPORATE GOVERNANCE*. ROZWÓJ INSTYTUCJONALNY

UWAGI WPROWADZAJĄCE

Zasadne wydaje się rozpoczęcie wywodu od charakterystyki definicyjnej pojęcia *corporate governance*. Jak wskazuje się w literaturze, definicyjne określenie tegoż pojęcia jest niełatwe ze względu na szereg perspektyw, z których może być rozpatrywane. Zaznacza się jednak dwie zasadnicze i ugruntowane definicje. Po pierwsze, poprzez pojęcie *corporate governance* rozumieć należy wzorem amerykańskich ekonomistów szereg sposobów na zapewnienie dostarcicielom kapitału zwrotu inwestycyjnego (Zarzycka 2021, s. 9). Innymi słowy, inwestorzy przenoszą swój kapitał na spółki w zamian za co otrzymują ich akcje, zaś dzięki kapitałowi inwestorskiemu spółki podejmują aktywności przynoszące zwroty i zyski. Całość ram proceduralnych tego procesu może być identyfikowana jako ład korporacyjny. Po drugie zaś, opierając się również na dokonaniach piśmiennictwa polskiego powiedzieć należy, że *corporate governance* jest systemem zróżnicowanych instytucji prawnych i ekonomicznych (także nieformalnych), które mają na celu zapewnienie zgodności i równowagi między wszystkimi zainteresowanymi i zaangażowanymi w korporację podmiotami (*stakeholders*) (*Ibidem*).

Zauważyć należy, że praktyka wypracowała zróżnicowane podejścia do ładu korporacyjnego, nauka zaś dokonała szeregu klasyfikacji systemów ładu korporacyjnego, w tym podziału ze względu na siłę oddziaływania danej kultury prawnej. Wedle klasyfikacji jednym z wiodących systemów *corporate governance* jest system niemiecki (Studziński 2016, s. 122-128). Przedmiotem rozważań poczynionych w niniejszej pracy jest problematyka cech charakterystycznych (niem. *der rote Faden* jako motyw przewodni, myśl przewodnia) niemieckiego ładu korporacyjnego na tle nowych modeli z perspektywy ich rozwoju. Przyjęto jednak, że na początku pracy zostaną scharakteryzowane modele inne, niż niemiecki, zaś w drugiej części punktem odniesienia stanie się bezpośrednio system niemiecki. Ujęcie takie ma pozwolić na zarysowanie szerszej perspektywy – od ekspozycji konstytutywnych cech różnicujących poszczególne, nowe modele - ku modelowi niemieckiemu jako jednemu z wielu zidentyfikowanych systemów *corporate governance*. Tezą jest stwierdzenie, że model niemiecki wciąż zachowuje wyraźne punkty różnicujące względem pozostałych systemów, mimo że niekiedy dostrzega się tendencje konwergencyjne (Jeżak 2010, s. 178-1811), a przy tym jest źródłem inspiracji dla konstruowania reguł typu *corporate governance* w gospodarkach wzrastających, mimo odmiennych ścieżek rozwojowych (1). Tezą uboczną, odnoszącą się do wewnątrz systemu niemieckiego jest zaś przekonanie, że zaobserwować można znaczne odejście modelu niemieckiego od jego własnych uwarunkowań historycznych (2).

SYSTEMY ŁADU KORPORACYJNEGO INNE NIŻ NIEMIECKI

Jak trafnie wskazuje A. Krzysztofek, typologia *corporate governance* może być rozbudowana i odnosić się do klasyfikacji ze względu na koncepcję korporacyjną, formę organu nadzorczego, kwestię wpływu akcjonariatu, ważność giełdy, aktywność rynku, kontrolę korporacji, koncentrację własności, zależności wynagrodzeń od rezultatu, horyzont czasowy, w którego perspektywie prowadzone są interesy spółki, czy podejście (rynkowe albo oparte na relacjach w środowisku, tj. „sieciowe”) (Krzysztofek 2012, s. 343). A. Krzysztofek dokonuje nadto podziału typów *corporate governance* ze względu na modele i kraje (*Ibidem*). W tym miejscu do znanych modeli *corporate governance* zaliczyć można model angloamerykański, niemiecki, łaociński oraz japoński. Wśród krajów, w których przyjęto model angloamerykański rozpoznać można takie kraje jak Stany Zjednoczone, Wielka Brytania, Kanada, Australia

(*Ibidem*). Z kolei do grupy krajów, w których realizowany jest model niemiecki należą według A. Krzysztofek oprócz Niemiec: Austria, Dania, Finlandia, Norwegia Szwajcaria i Szwecja. Natomiast jako kraje preferujące model łaćniński zostały wskazane przykładowo takie kraje jak Belgia, Francja, Hiszpania i Włochy (*Ibidem*). Państwem, w którym obowiązuje wyrazisty model japoński zdaje się być wyłącznie Japonia, przy czym należy dodać, że systemy te mogą się częściowo przenikać, stąd odnotowuje się na przykład zjawisko „amerykanizacji japońskiego systemu nadzoru” (Jerzemska 2017, s. 33-47).

Inną typologię proponują zaś J. Napierała i T. Sójka, którzy generalnie ujmują modele *corporate governance* dychotomicznie. Wyróżnione zostają dwa zasadnicze typy ładu korporacyjnego, tj. system otwarty i system zamknięty (Napierała i Sójka 2019, s. 449-450). Do krajów, w których z pewnością obowiązuje system otwarty zaliczyć należy Stany Zjednoczone i Wielką Brytanię (*Ibidem*, s. 449), natomiast do państw, dla których reprezentatywny jest model zamknięty zalicza się większość krajów kontynentalnej Europy, przykładowo Francję i Niemcy (*Ibidem*, s. 450).

Biorąc pod uwagę kryteria takie jak m.in.: koncepcja na prowadzenie przedsiębiorstwa, rodzaj podmiotu, który jest akcjonariuszem dominującym, pozycja rynku kapitałowego w gospodarce krajowej, koncentracja własności w spółkach Skarbu Państwa, czy wewnątrzorganizacyjne czynniki prowadzenia przedsiębiorstwa można dokonać podziału na cztery naczelną typy ładu korporacyjnego (Jeżak 2010, s. 166-178; Stępień 2016, s. 225). Mowa o modelu anglosaskim, niemieckim, łaćnińskim i japońskim. Jak widać, typologia ta zgodna jest z klasyfikacją, którą proponuje również A. Krzysztofek.

Jak zauważa M. Stępień, model anglosaski stosowany jest w krajach takich jak m.in. Stany Zjednoczone, Wielka Brytania, Nowa Zelandia i Australia (*Ibidem*). M. Stępień wymienia także państwa, w których obowiązuje model łaćniński, wyróżniając w tym miejscu Belgię, Francję, Hiszpanię oraz Włochy (*Ibidem*, s. 227). Jednakże trzeba zauważyć, że w analizie M. Stępień nie podane zostały państwa, w których funkcjonuje model niemiecki albo model japoński. Dla dokonania pogłębionej analizy nie wystarczające jest, intuicyjne przypisanie modelu niemieckiego jedynie do Niemiec. Wpływ Niemiec na inne państwa europejskie jest niekwestionowany. Owo oddziaływanie dokonuje się nie tylko poprzez aspekty ekonomiczne i prawne, ale w ogromnej mierze poprzez sugestywność perswazji polityczno-społecznej. Wydaje się zatem słuszne, by do każdego modelu ładu korporacyjnego przypisywać konkretne państwa, które go urzeczywistniają. W celu takiego określenia częściowo można polegać na samej warstwie semantycznej,

gdyż określnik każdego z modeli narzuca automatyczne skojarzenie z obszarem geograficznym, w ramach którego jest ów model realizowany. Często zatem właściwe przypisanie ładu korporacyjnego do obszaru geograficznego, na którym jest realizowany jest prawniczo-skojarzeniowe. Można bowiem powiedzieć, że nazwa „model niemiecki”, czy określenie „model japoński” *per se* prowadzi do rozpoznania państw, w których się do niego odwołują. Podobnie jest także z charakteryzowaniem modelu anglosaskiego czy łaćnińskiego poprzez przypisanie do nich konkretnych państw. Intuicyjnie poprzez kraje kultury angloamerykańskiej (kraje anglosferyczne) rozumie się państwa wywodzące się z kultury brytyjskiej, gdzie językiem urzędowym jest język angielski. Nie budzi wątpliwości, że krajami takimi jest Wielka Brytania, Irlandia, Stany Zjednoczone, Kanada, Australia, Nowa Zelandia czy część państw Afryki. Analogicznie rzecz ujmując, do opisu państw stosujących model łaćniński przewidywalnie należałoby zakwalifikować państwa tzw. „Europy łaćnińskiej”, czyli państwa, w których językiem urzędowym są języki romańskie, a więc w pierwszym rzędzie język francuski, hiszpański, portugalski i włoski. Bazując zatem na dobrze ugruntowanych w nauce typologiach można bez trudu próbować osadzić konkretne państwa (spośród największych światowych gospodarek) w realiach ładu korporacyjnego reprezentującego określony model. Wydaje się, że systematyzacja dokonana bez precyzyjnego wskazania konkretnych państw jako punktów odniesienia dla obowiązywania modeli ładu korporacyjnego jest niewystarczająca, gdyż ład korporacyjny kładzie się w sieci prawno-ekonomicznych zawiłości rynku kapitałowego charakterystycznych dla danego kraju. Przyjąć trzeba, że zasady *corporate governance* standaryzują się i integrują „na przecięciu” kultur prawnych; tym bardziej, jeśli chodzi o zasady *soft law*, odgraniczone od bezpośredniej autorytatywnej ingerencyjności władzy publicznej, gdyż ogniwem pośrednim jest sama giełda papierów wartościowych, która choć odznacza się statusem podmiotu regulującego rynek, opiera się na prawie rynku kapitałowego i prawie spółek handlowych, a jej kodeksy dobrych praktyk są instrumentami porządkującymi pomiędzy przedsiębiorcami aspekty „wewnętrzcechowe” (Wyrwiński 2012, s. 265-266). W tym sensie przepisy kodeksów dobrych praktyk na giełdach, a także kodeksy dobrych praktyk wewnątrz grup kapitałowych są prostsze do wprowadzenia i modyfikacji, niż prawo ustanawiane w procesie legislacyjnym. Toteż splot skojarzeń semantycznych (związanych z kulturą prawną i aspektami społecznymi) może być trafniejszy, niż samo ścisłe odnoszenie się do prawa rynku kapitałowego jako animatora i propagatora określonego ładu korporacyjnego, gdyż rzeczywiste krajowe porządki korporacyjne, otoczenie

biznesowe, czy uwarunkowania rynku w przestrzeni społecznej mogą być dostarczycielami wiedzy o przewadze danego modelu, gdyż jak powiedziano na początku (zob. uwagi wprowadzające), na ład korporacyjny składa się szereg instytucji, również nieformalnych. Przy czym po dokonaniu analizy piśmiennictwa niemieckiego trzeba odnotować, że o kodeksie dobrych praktyk jako o „pośrednim źródle prawa” (*mittelbare Rechtsquelle*) mówi m.in. P. Ulmer, a także J. Koch (Wilken 2016, s. 93). Z kolei kodeks dobrych praktyk jest określany mianem *soft law* przez W. Goette oraz P. Sestera (*Ibidem*). Pojawia się ponadto stanowisko zajmowane przez M. Wittmanna i T. Kirschbauma, którzy traktują kodeks dobrych praktyk jako *soft law sui generis*. Warty odnotowania wydaje się także głos, który każe uznawać kodeks dobrych praktyk za tzw. „DIN-Norm” (tak m.in. K. Schmidt; zob. *Ibidem*).

Wobec coraz większego wyrafinowania i wielopłaszczyznowego wymiaru prawa rynku kapitałowego zasadnym wydaje się mówić już nie tylko o wymienionych wyżej czterech modelach ładu korporacyjnego (anglosaskim, niemiecki, łańciszkim i japońskim), lecz także o nowych systemach o rozpoznawalnej autonomii. *Differentia specifica* ładu korporacyjnego odnaleźć można dodatkowo choćby w zasadach korporacyjnych obowiązujących w Chińskiej Republice Ludowej (1), a także w Indiach (2). Te dwa modele przyjęte zostały jako modele porównawcze i wyodrębnione zostały jako nowe (nowo kształtujące się).

Ad 1. Pamiętając o tym, że porządek gospodarczy w Chinach jest regulowany przez centralny aparat partii komunistycznej dostrzec należy, że model centralnego zarządzania nie musi być oczywisty w przypadku przedsiębiorczości spółek giełdowych, nie wyłączwszy spółek państwowych (jak przekonują M. Janik i G. Gliszczyński, „Komunistyczna Partia Chin to wielka rada nadzorcza (...)”; zob. Janik i Gliszczyński 2016, s. 23-39). Jak wartościowo zauważa S. Rudolf, budowę chińskiego modelu nadzoru korporacyjnego należy podzielić na etapy (Rudolf 2018, s. 289). Proces przemian rozpoczął się w 1978 roku wraz z uruchomieniem pakietu reform gospodarczych w Chinach (*Ibidem*) (w przypadku zaś Niemiec system kapitalistyczny działał już dużo wcześniej. Można nawet powiedzieć, że jednym z czynników, który doprowadził do wybuchu II wojny światowej było załamanie systemu kapitalistycznego, posiadającego wewnętrzną sprzeczność, mianowicie paradygmat monopolistyczny; zob. Eisenbach 1955, s. 5). Można wskazać, że data ta jest demarkacyjna i stanowi cezurę dla rozwoju ładu korporacyjnego, gdyż w okresach wcześniejszych trudno doszukiwać się w Chinach elementów *corporate governance*. Jednakże w końcu lat siedemdziesiątych XX wieku, otwarcie

się gospodarki chińskiej na inwestorów zagranicznych doprowadziło do konieczności modernizacji przedsiębiorstw, co objęło także modele zarządzania w chińskich przedsiębiorstwach narodowych (Rudolf 2018, s. 289). Władzę dyskrecyjną w zakresie rozwoju przedsiębiorstwa coraz częściej „cedowano” na kadrę menedżerską, tak, by mogła ona choć częściowo uelastyczniać struktury chińskich przedsiębiorstw. Uplastycznienie struktur było konieczne do efektywnej wymiany tworców i usług z państwami trzecimi.

W kwestii rozwoju rynku kapitałowego w Chinach można wyróżnić zasadniczo cztery etapy (*Ibidem*). W pierwszym etapie rozpoczęto proces dostosowywania zarządów przedsiębiorstw do funkcjonowania w ekosystemie konkurencji; w drugim etapie doprowadzono do częściowego oddzielenia własności od zarządzania (w głównej mierze poprzez wprowadzenie agencji, sprawujących kontrolę nad przedsiębiorstwami państwowymi); w kolejnym etapie, który można datować na koniec XX wieku i początek XXI wieku, zaczęto przyjmować ustawodawstwo z zakresie nadzoru korporacyjnego, co wiązało się z umocnieniem walnego zgromadzenia akcjonariuszy, a także uściślono kompetencje rady dyrektorów i rady nadzorczej; z kolei w czwartym etapie, który rozpoczął się w 2004 roku zaczęto przyjmować programy nowotechnologiczne dla przedsiębiorstw, tak by wykazywały one zdolność ekspansyjną na rynku globalnym (*Ibidem*, s. 289-294) (procesy te dokonały się dość późno; jak dostrzega A.S. Nartowski, w Chinach, gdy „gospodarka już mknie po odległych orbitach, porządek korporacyjny dopiero wsiada na rower”; zob. Nartowski, źródło internetowe, dostęp: 12.03.2022 r.).

Istotę chińskiego modelu *corporate governance* S. Rudolf upatruje we wzmocnieniu rady dyrektorów i rady nadzorczej (Rudolf 2018, s. 295-296). Od 2003 roku spółki giełdowe obowiązane są w Chinach do powoływania w skład rady dyrektorów specjalistów, którzy powinni stanowić 1/3 składu, a także powinni spełniać kryteria przejrzystości, takie jak brak powiązań rodzinnych, czy kryteria formalne: nie mogą być akcjonariuszami ze znaczącym pakietem akcji (wyjątkowo rygorystyczny próg 1%) i nie mogą prowadzić działalności ze spółką (*Ibidem*). Jeśli chodzi zaś o radę nadzorczą, w 2006 roku stała się ona obligatoryjna dla spółek notowanych (*Ibidem*). Do jej zasadniczych obowiązków należeć ma kontrola i ocena działań rady dyrektorów (*Ibidem*).

Już *prima facie* widać zatem, że szczególny rozwój chińskiego modelu ładu korporacyjnego wiąże się przede wszystkim ze wskazanym powyżej czwartym etapem rozwoju rynku. Podkreśla się, że główne zmiany ładu korporacyjnego wiążą się ze zmianami strukturalnymi. Jeśli chodzi o pozycję organów

w spółce, nie jest to model kontynentalnie dualistyczny. S. Rudolf zaznacza, iż ów dwupoziomowy model nie jest tożsamy z modelem spotykanym w Niemczech (*Ibidem*, s. 296). Jest to zatem model atypowy, będący stopem modelu niemieckiego i anglosaskiego. Podkreśla się także silną rolę kodeksu dobrych praktyk i ich obszerność (*Ibidem*).

Podobnie, lecz z nieco inaczej rozłożonymi akcentami analizuje chiński model *corporate governance* J. Niemiec. Zdaniem J. Niemca w pierwszym etapie kształtowania się *corporate governance* w Chinach państwo przydało pewne minimum kompetencyjne menedżerom w celu uzyskania przez nich niezależności wymaganej do efektywniejszej lokalizacji kapitału (Niemiec 2018, s. 334-335). W drugim etapie wprowadzono zmiany w zakresie redystrybucji zysku, a także zreformowano system odpowiedzialności menedżerskiej (*Ibidem*, s. 335). Najlapidarniej rzecz ujmując można powiedzieć, że od tego momentu menedżerowie byli wynagradzani na zyski spółki, a ponosili odpowiedzialność za niedochodową relokację kapitału. W trzecim etapie starano się rozdzielić w spółkach publicznych strukturę właścicielską od struktur politycznych wewnątrz przedsiębiorstw (*Ibidem*, s. 336). Istotną datą jest w tym miejscu rok 1993, który był kamieniem węgielnym dla *corporate governance* w Chinach, bowiem Narodowy Kongres Ludowy ogłosił wytyczne w zakresie ładu korporacyjnego (*Ibidem*). W 1993 uchwalono także „Company Law of the People's Republic of China”, czyli ustawodawczą podstawę chińskiego prawa gospodarczego (*Ibidem*, s. 337). Wśród wytycznych ramowego aktu prawnego znajduje się postulat dopuszczenia innych form własności, takich jak przede wszystkim własność prywatna, zaś w zakresie struktury spółek trwale przesądzono, że akcjonariusze są właścicielami majątku spółki, a zasiadając w walnym zgromadzeniu powinny nakreślać strategiczne kierunki jej działań; przy czym akcjonariusze wspierani są przez radę dyrektorów, która ma odpowiadać za wdrażanie konkretnych decyzji biznesowych; ponadto wzmocniono pozycję rady nadzorczej jako wewnątrz-spółkowego organu kontrolnego, w którym zasiadają również przedstawiciele akcjonariatu i załogi pracowniczej (*Ibidem*, s. 336-337). Etap czwarty dotyczyć miał zaś potrzeb wolnorynkowych. Regulatorzy wprowadzali ład korporacyjny, a nowelizacje „Company Law” osłabiały strukturalną centralizację spółek (*Ibidem*, s. 338). W okresie zwiększano niezależność rady dyrektorów, dokonano poszerzenia kompetencji walnego zgromadzenia, tworzone wyspecjalizowane komitety, zwiększano obowiązki informacyjne, a także przeprowadzono reformy natury proceduralno-technicznej, które wydają się kluczowe dla utrzymywania silnej pozycji

akcjonariatu, gdyż zapewniono możliwość e-głosowania oraz dopuszczono możliwość głosowania grupami (*Ibidem*, s. 338-339).

Ad 2. Oprócz modelu chińskiego warto wyodrębnić również indyjski model ładu korporacyjnego. Pierwszy okres rozwoju *corporate governance* w Indiach datuje się już na połowę XVII wieku, co związane było z prowadzeniem handlu bawełną z państwami Europy Zachodniej (Jerzemowska 2013, s. 129). Sytuacja kolonizacyjna w Indiach spowodowała zaimplementowanie niektórych zasad korporacyjnych (zwłaszcza w zakresie administracji) z systemu anglosaskiego (*Ibidem*). Brytyjscy kupcy jako pierwszy menedżerowie w Indiach przekazywali wiedzę z dziedziny finansów i zarządzania, promując spółki już istniejące oraz zakładając nowe formy działalności gospodarczej (*Ibidem*). Oczywistym jest, że na początku indyjskie spółki zmuszone były działać w gorsecie reguł rynku kolonialnego. Jednakże nawet w okresie brytyjskiej supremacji, na skutek dynamiki industrializacyjnej Indii, dochodziło do konsolidacji imperiów handlowych, a operując współczesną terminologią – do transakcji *mergers and acquisitions* (w skrócie: M&A; poprzez ogólne pojęcie „M&A” rozumieć należy fuzje i przejęcia. Pamiętać jednak trzeba, że pojęcia te są bliskoznaczne, a w praktyce bywają niekiedy używane zamiennie. Nadto istnieją autorzy, którzy posługują się wyłącznie określeniem fuzja. Powiedzieć jednak trzeba, że jest to ujęcie błędne, gdyż każda z tych dwóch prawnych form konsolidacyjnych posiada odmienne uregulowania i cechy charakterystyczne. Język polski do zdefiniowania „fuzji” przywołuje takie określniki, jak „łączenie” lub „połączenie” przedsiębiorstw. Wskutek fuzji poprzez połączenie dwóch uprzednio autonomicznych podmiotów powstaje jedna spółka, przy czym owe dwa podmioty tracą swoją odrębność prawną. W przypadku zaś „przejęcia” chodzi o „wchłanianie” przedsiębiorstw bez utraty ich podmiotowości prawnej (zob. Buchwald 2013, s. 107.), co wiązało się z potrzebą wykształcenia prawnych metod kontrolno-nadzorczych i kompetencji menedżerskich.

W pierwszej połowie XX wieku Indie borykały się z zapaścią gospodarczą (Kontek 1956, s. 177), jednak po odzyskaniu niepodległości w 1947 roku w Indiach rozpoczął się proces socjalistycznej centralizacji (Jerzemowska 2013, s. 129) prowadzony przez Komunistyczną Partię Indii (Mrozek 1973, s. 97). Był to czas szczególnie niekorzystny dla akcjonariatu mniejszościowego, którego prawa były notorycznie łamane, a akcje nieme stały się instrumentem do nadużywania pozycji przez pozostałych akcjonariuszy, co prowadziło do wykluczania z dywidendy, czy szerzej, do „tunelowania spółki” (Jerzemowska

2013, s. 132) (jak wskazuje m.in. E. Rychłowska-Musiał, zjawisko „tunelowania spółki” (*tunnelling*) oznacza proces transferu kapitału spółki na korzyść podmiotów kontrolujących wbrew prawu, czy gospodarczemu przeznaczeniu środków. Zjawisko to odnotowuje się także na ugruntowanych rynkach kapitałowych. Tunelowanie odbywać się można np. poprzez rozwodnienie kapitału (*dilution*), wykluczenie akcjonariatu mniejszościowego (*freeze-out/squeeze-out/minority buyout*), a także w formie transakcji „z samym sobą” (*self-dealing transaction*), czy mega-dywidendy lub zaniżanie ceny odkupu akcji (zob. Rychłowska-Musiał 2011, s. 201-203; Lai 2013, s. 31-32) (pierwszego przykładu tunelowania spółki upatruje się w historii funkcjonowania francuskiej spółki rodzinnej – SARL „Peronnet”, która powstała w celu prowadzenia przedsiębiorstwa wyspecjalizowanego w pracach konstrukcyjnych, szczególnie murarskich; zob. Johnson, La Porta, Lopez-de-Silanes i Shleifer 2000, s. 22-27). Organy spółki były zaś nieefektywne (Jerzemowska 2013, s. 132).

Koniec lat osiemdziesiątych XX wieku nakreślił konieczność otwarcia się na kapitał międzynarodowy, czego skutkiem była liberalizacja rynku i dekoncentracja kapitału w kolejnym dziesięcioleciu (*Ibidem*). Formalne zaś zasady indyjskiego *corporate governance* wyodrębniły się na przełomie drugiego tysiąclecia, zastępując model promotorski modelem anglosaskim (*Ibidem*, s. 136). System ten jednak dostosowywano do specyfiki rynku indyjskiego i tym sposobem tamtejszy model ładu korporacyjnego uznawać można za model hybrydowy (zewnętrzno-wewnętrzny), bowiem akcjonariusze mniejszościowi także uczestniczą w nadzorze korporacyjnym (*Ibidem*). O ile pozytywnie należy ocenić wzrost znaczenia rady dyrektorów i wyraźne polepszenie jakości jej działań, zbliżonej do jakości międzynarodowej, tak w dalszym ciągu mankamentem indyjskiego *corporate governance* jest problem akcjonariatu mniejszościowego i jego niski poziom aktywności (udziału w głosowaniu), czy poziom sądowego dochodzenia swoich praw (*Ibidem*, s. 137).

Należy zatem dostrzegać model indyjski, choć dla obiektywności wywodu, niejako przecząc własnej tezie, można wysnuć wnioski, że odmienność modelu indyjskiego opartego o system anglosaski wynika nie tyle z dalece szczególnej charakterystyki reguł rynku kapitałowego, lecz ze słabości jego ukształtowania. Mankamenty te trafnie diagnozuje A.S. Nartowski, który zaznacza, iż indyjski model *corporate governance* potrzebuje reformy, która powinna rozpocząć się od oddzielenia funkcji CEO i przewodniczącego rady dyrektorów w największych spółkach notowanych, a także wiązać się z oczyszczeniem parkietu z tzw. „spółek-wydmuszek”

(Nartowski, źródło internetowe). A.S. Nartowski krytykuje nadto problemy związane z korupcją i niestaranność audytorską (*Ibidem*).

Początkiem „łańcucha wielkich oszustw” ma być zdaniem A.S. Nartowskiego skandal związany z „Infrastructure Leasing & Financial Services” („IL&FS”), czyli holdingiem, który popadł w głębokie kłopoty finansowe, podczas gdy audytorzy prezentowali „dekorowane, kolorowane, różowiutki zdrowie spółki” (*Ibidem*). O ile Niemcy nie zmagają się z analogicznymi problemami natury korupcyjnej, co Indie, czy nie borykają się z erozją wymiaru sprawiedliwości, w Niemczech również ujawnia się skandale związane ze spółkami giełdowymi. Ilustratywnym przykładem może być afera „cum-ex”. Skróto to można powiedzieć za P. Rudzkim, że uczestnicy tego procederu przestępczego doprowadzili organy nadzorcze do błędnego przekonania w czasie dywidendy, że te same akcje mają wielu właścicieli, którym oprócz dywidendy należy się ulga podatkowa (Rudzki, źródło internetowe, dostęp: 12.03.2022 r.). Obrót akcjami toczył się między krajowymi i zagranicznymi ośrodkami inwestycyjnymi w dniu wypłaty dywidendy, co pozwalało na zwielokrotnienie zwrotu podatku, gdyż fiskus nie potrafił dokładnie ustalić właścicieli akcji. Wskazuje się, że wielka różnica między Niemcami a Indiami leży w sposobie obchodzenia się z korupcją, gdyż rząd indyjski dokonuje zaniechania w tej kwestii, co prowadzi do zakłócenia mechanizmów konkurencyjnych, a także – długoterminowo – zwiększa się ryzyko dla spółek, że ich menedżerowie będą szantażowani (Koch 2008, s. 173).

Warto zwrócić uwagę, że w Indiach system ładu korporacyjnego uznawany jest za hybrydowy względem modelu zewnętrznego i wewnętrznego, gdyż do nadzoru korporacyjnego włączeni są także mali akcjonariusze (Jerzemska, Golec i Zamojska 2015, s. 215). Jednak głównymi akcjonariuszami stają się bardzo często dyrektorzy i ich rodziny (*Ibidem*). Uwaga ta będzie miała znaczenie wobec skoncentrowania modelu niemieckiego na przedsiębiorczości rodzinnej.

NIEMIECKI ŁAD KORPORACYJNY

Patrząc pod względem historycznym niemiecka formuła ładu korporacyjnego bierze swój początek w drugiej połowie XIX wieku, kiedy to zintensyfikowały się działania ustawodawcze i instytucjonalne w zakresie prowadzenia przedsiębiorstwa (Jerzemska, Golec i Zamojska 2015, s. 109). Trzeba zwrócić uwagę na rozwój dwóch linearnych instytucji „poprzeplątanych” ze strukturą korporacyjną przedsiębiorstwa – tj. banków oraz komitetów

zainteresowanych akcjonariuszy, których działalność skoncentrowana wokół nieformalnego nadzoru decyzji menedżerskich i prób oddziaływania na decyzje zarządcze stała się forpocztą dla kształtowania się rady nadzorczej – przy czym niejednokrotnie akcjonariusze ci korzystali z opinii ekspertów bankowych, co było jedną z przyczyn postrzegania banków jako interesariuszy (obok ich zaangażowania kapitałowego) (*Ibidem*). Ład korporacyjny na ziemiach niemieckich był następnie reformowany w 1884 roku, po fali upadłości wielkich przedsiębiorstw, gdzie reforma zezwoliła bankom na wykonywanie praw właścicielskich w imieniu akcjonariuszy; a następnie w 1896 roku, kiedy to obok zaostrzonej odpowiedzialności i wymagań w zakresie prospektów emisyjnych wprowadzono instytucję nadzoru giełdowego (*Ibidem*, s. 110). Natomiast w okresie powojennym *corporate governance* w Niemczech może być charakteryzowany przez silną orientację na interesariuszy przedsiębiorstw (co wpływało i wpływa pozytywnie na stabilność systemu – dla porównania można wskazać, że w latach 90. XX wieku w Niemczech ponad 80% interesariuszy spółek uważało, że spółka należy do nich, podczas, gdy w tym samym okresie ponad 70% akcjonariuszy spółek amerykańskich uznawało przedsiębiorstwo za swoją własność – zob. *Ibidem*). Zaszłości historyczne nie pozostają bez wpływu na obecne standardy ładu korporacyjnego w Niemczech, choć część uwarunkowań uległa reorientacji.

K. Olak i C. Musiał wymieniają cechy dystynktywne niemieckiego systemu ładu korporacyjnego odnosząc się do elementów strukturalnych (Olak i Musiał 2017, s. 159). Autorzy uwidaczniają, że pryncypium modelu niemieckiego jest dualistyczny podział na organ zarządczy oraz nadzorczy (*Ibidem*). Owa dwudzielność determinuje zakaz pełnienia funkcji w obu tych organach jednocześnie. Zaznacza się również pozycję rady nadzorczej. Rada nadzorcza ma w niemieckim systemie prawnym szczególny charakter. Zasiadają w niej osoby reprezentujące interesy zaangażowanych podmiotów. Zwraca się uwagę, że w skład rady nadzorczej powoływani są m.in. pracownicy, a także udziałowcy mniejszościowi, co ma przeciwdziałać nadużywaniu wyrazistej pozycji zarządu i zrównoważyć siłę względem akcjonariuszy posiadających znaczne pakiety akcji (*Ibidem*).

Według P.J. Mackiewicza cechami charakterystycznymi dla modelu niemieckiego są: wysoka koncentracja własności, słaba współzależność pomiędzy wynagrodzeniami a rezultatami, średnie znaczenie rynku kapitałowego (w przeciwieństwie do modelu anglosaskiego obecnego częściowo w Indiach, w którym znaczenie rynku kapitałowego jest wysokie) (Mackiewicz 2015, s. 165). Nadto zostało wskazane, że silnymi grupami interesów w realiach

niemieckich są banki, grupy kapitałowe oraz załoga pracownicza (w systemie anglosaskim kluczową rolę mają zaś odgrywać akcjonariusze indywidualni oraz instytucjonalni) (*Ibidem*), w Chinach zaś z powodu kapitalizmu państwowego dominuje własność państwowa, zcentralizowana.

W niemieckim modelu ładu korporacyjnego kapitał skoncentrowany jest głównie w spółkach publicznych (*Ibidem*, s. 166). Zasadniczo decydującą rolę jeden główny inwestor, posiadający większościowy pakiet akcji (*Ibidem*). Dominacja ta jest całkowicie wolnorynkowa (w odróżnieniu od realiów chińskich). P.J. Mackiewicz zauważa, że system taki jest z jednej strony korzystny, gdyż znaczna koncentracja kapitału po stronie jednego akcjonariusza gwarantuje większą siłę oddziaływania na zarząd i ułatwia w tym sensie „sterowalność” spółką; z drugiej jednak strony dominacja jednego wyraźnego akcjonariusza prowadzić może do nadużyć względem akcjonariatu mniejszościowego (*Ibidem*). Można zatem żurnalistycznie powiedzieć, że sytuacja taka ma „zalety swoich wad i wady swoich zalet”.

P.J. Mackiewicz wskazuje, że niezmiernie istotne jest usztywnienie wynagrodzenia dla członków zarządu, bo choć menedżerowie pozbawieni są istotnej motywacji do wypracowywania zysku, o tyle niemiecki rynek kapitałowy cechuje się szczególną stabilnością, gdyż chęć szybkiego pomnażania zysków nie wybija się na plan pierwszy w sposób radykalny (*Ibidem*). Pozwala to stwierdzić, że ryzyko transakcyjne zostaje znacząco zminimalizowane, co w świetle kryzysu z lat 2006-2008 wydaje się pryncypialne (*Ibidem*).

Podkreślenia wymaga fakt, że choć akcjonariat niemiecki kojarzony jest z silnym zaangażowaniem kapitału państwowego (co dostrzeżono powyżej: „(...) kapitał skoncentrowany jest głównie w spółkach publicznych”) (w tym sensie modelowi chińskiemu byłoby bliżej do systemu niemieckiego aniżeli anglosaskiego z dominacją prywatnych inwestycji), to jednak cechą charakterystyczną dla niemieckiego rynku kapitałowego jest silna pozycja rodzin, które były założycielami przedsiębiorstw, i które do *de facto* wytyczają kierunki zarządcze i strategię finansową (Eisenschmidt i Vanini 2019 s. 168). Jest co cecha widoczna również w modelu indyjskim, gdzie ukształtowanie ładu korporacyjnego zagwarantowało duży udział w akcjonariacie dyrektorów i ich rodzin.

Jak pisze I.-D. Metzner, biorąc pod uwagę sto największych przedsiębiorstw w Niemczech, aż połowa z nich jest przedsiębiorstwami rodzinnymi (Metzner, źródło internetowe, dostęp: 12.03.2022 r.). Podkreśla się, że żadne inne państwo nie wyróżnia się tak znacznym udziałem przedsiębiorstw rodzinnych w przemyśle (*Ibidem*). Z punktu widzenia *corporate governance* istotne jest, że niemieckie przedsiębiorstwa rodzinne są traktowane jako dobra

narodowe, a fundusze inwestycyjne, które działają w celu uzyskania krótkoterminowego zysku bywają oceniane podejrzliwie, a nawet nazywane „rynkową szarańczą” (Bernat 2012, s. 290). Zatem model nadzoru korporacyjnego ukierunkowany jest na zabezpieczenie przed wypracowywaniem ryzykownie szybkiego zysku. Ważna jest długookresowa perspektywa rozwoju spółki (*Ibidem*). Stąd A. Gromelska podkreśla odporność wielu niemieckich przedsiębiorstw na czynniki dekonjunkury (Gromelska 2012, s. 328). W tym sensie model niemiecki odznacza się elastycznym podejściem do organizacji pracy, a także wysokim zaangażowaniem członków rodzin (*Ibidem*). Skomasowana struktura własnościowa pozwala skuteczniej opierać się kryzysom i unikać postępowania upadłościowego (*Ibidem*, s. 327-328).

PODSUMOWANIE

W literaturze wskazuje się, że swobodna inicjatywa podejmowania działalności gospodarczej, konkurencja oraz warunki kapitalistyczne (co składa się na triadę systemu ekonomicznego) pozwoliły na znaczne podniesienie standardów życia w XXI wieku, zapewniając obywatelom państw preferujących taki model ekonomiczny widoczny poziom dobrobytu (Colley, Doyle, Logan i Stettinius 2005, s. 1). Jednocześnie czynniki te umożliwiły rozkwit wielkich przedsięwzięć gospodarczych, których rozmiar i poziom złożoności często wykraczał poza dotąd znane skale rozwojowe (co oczywiście jest skorelowane z owym osiąganiem dobrobytu) (*Ibidem*, s. 2). W konsekwencji naturalnym pytaniem stało się pytanie o to, jak zarządzać i nadzorować tak duże przedsięwzięcia, które co prawda były prowadzone w dobrze już ugruntowanych formach korporacyjnoprawnych, jednak kluczowa pozostawała linearnie kwestia wyważenia interesów akcjonariuszy i interesariuszy (*Ibidem*). Procesy nadzorczo-zarządcze doprowadziły do ukonstytuowania się pewnych standardów, które zaczęto zbiorczo określać jako ład korporacyjny (*corporate governance*). Ład korporacyjny realizowany jest wedle różnych modeli. Do najważniejszych modeli zaliczyć należy model angloamerykański, niemiecki, łańciński oraz japoński, przy czym uwyrażniają się także modele gospodarek wysoce rozwijających się, jak model chiński czy indyjski. Systemy nowo kształtujące się, jak chiński, czy indyjski, absorbują niektóre cechy modelu niemieckiego jako wzorca. Można zatem stwierdzić, że niemiecki model ładu korporacyjnego wciąż zachowuje egzemplifikacyjny charakter i może stanowić podłoże dla konwencjonalizowania nowych form ładu korporacyjnego. Jednocześnie

jednak widać, że sam model niemiecki nie jest statyczny, przeciwnie – daje się zaobserwować jego dyskretnie fluktuujący charakter.

W kontekście modelu chińskiego można zauważyć, że rozwojowo wychodził on – podobnie jak model niemiecki – od umocnienia rady nadzorczej. Dalszy progres kazał jednak pozostać w Chinach przy niejasnych podziale na radę dyrektorów i radę nadzorczą, co zbliża go pod tym względem do modelu anglosaskiego (monizm). Zbliżony koncepcyjnie punkt wyjściowy nie doprowadził modelu chińskiego do kontynentalnej, bliskiej modelowi niemieckiemu, idei o wyraźnym „przećięciu” kompetencyjnych zależności między zarządem a radą nadzorczą. W działalność na rzecz spółki angażowany był w Chinach aparat państwowy, a nie grupy menedżerskie, w przeciwieństwie do Niemiec, gdzie zarząd i nadzór kształtował się w typowo wolnorynkowy sposób, a powiązania rodzinne stanowią często o faktycznej sile danej spółki, jej stabilizacji i przewidywalności w realizacji jej interesów (trwałość interesu rodzinnego może być podobnie stabilna jak trwałość interesu publicznego państwa, a nawet bardziej stabilna). Błędem byłoby jednak utożsamiać chiński model jedynie ze schematem centralizacyjnym (państwowo-partyjnym), gdyż i w tym obszarze odnotowano istotne reformy. Natomiast „przechrzył” modelu indyjskiego - jako naturalnego następcy modelu anglosaskiego - w stronę modelu niemieckiego polega w dużej mierze na umocnieniu akcjonariatu mniejszościowego, czy wspieraniu przedsiębiorczości związanej rodzinnie. Wsparcie akcjonariatu mniejszościowego w Niemczech dokonywane było jednak z powodu zaszczości rozwojowej – dominującymi akcjonariuszami są duże podmioty instytucjonalne, w Indiach zaś wspieranie rozdrobnionego akcjonariatu mniejszościowego wynikało z problemów z nieustabilizowanym „kontraktem społecznym”.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

Bernat M.

2012 *Rola przedsiębiorstw rodzinnych w niemieckiej gospodarce i społeczeństwie*, „Przedsiębiorczość i Zarządzanie” t. XIII, z. 7.

Buchwald T.

2013 *Fuzje i przejęcia - podstawowe pojęcia i definicje w literaturze*, [w:] *Współczesne aspekty gospodarki - analizy, strategie i diagnozy*, red. J. Olszewski, Szczecin.

- Colley J.L., Doyle J.L., Logan G.W., Stettinius W.
2005 *Ład korporacyjny*, Warszawa
- Eisenbach A.
1955 *Pertraktacje anglo-amerykańskie z Niemcami a los ludności żydowskiej podczas II wojny światowej*, Warszawa.
- Eisenschmidt K., Vanini U.
2019 *Compliance with the German Corporate Governance Code: Can the heterogeneous implementation be explained?*, „Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości”, t. 101 (157).
- Gromelska A.
2012 *Rola biznesu rodzinnego w gospodarce niemieckiej*, „Przedsiębiorczość i Zarządzanie” t. XIII, z. 7.
- Janik M., Gliszczynski G.
2016 *Korporacja Chiny – strategiczne i kulturowe czynniki globalnego sukcesu*, „Marketing i Zarządzanie”, nr 44 (3).
- Jerzemska M.
2017 *Modernizacja czy amerykanizacja japońskiego nadzoru korporacyjnego - zarys problemu*, „Zarządzanie i Finanse”, nr 2 (15).
- Jerzemska M., Golec A., Zamojska A.
2015 *Corporate governance. BRIC i Polska na tle krajów rozwiniętych*, Gdańsk.
- Jerzemska M.
2013 *Przyczynek do poznania indyjskiego corporate governance*, „Zarządzanie i Finanse”, nr 2 (11).
- Jeżak J.
2010 *Ład korporacyjny. Doświadczenia światowe oraz kierunki rozwoju*, Warszawa.
- Johnson S., La Porta R., Lopez-de-Silanes F., Shleifer A.
2000 *Tunnelling*, „American Economic Association”, t. 90 (2).
- Koch M.
2008 *Strategien der deutschen pharmazeutischen Industrie in Indien*, [w:] *Gesundheitsmegamarkt Indien. Sourcing-, Produktions- und Vermarktungsstrategien*, red. P. Da-Cruz, S. Cappallo, Wiesbaden.

Kontek W.

1956 *Notatki z podróży do Indii*, Warszawa.

Krzysztofek A.

2012 *Teoretyczne aspekty funkcjonowania nadzoru korporacyjnego*, „Zarządzanie i Finanse”, nr 4 (10).

Lai R.

2013 *Operations Forensics: Business Performance Analysis Using Operations Measures and Tools*, Cambridge-Londyn.

Mackiewicz P.J.

2015 *Corporate governance w polskich spółkach publicznych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Współczesne Problemy Ekonomiczne. Globalizacja. Liberalizacja. Etyka”, nr 11.

Mrozek B.

1973 *Historia najnowsza Azji południowo-wschodniej: 1917-1970. Zarys polityczny*, Warszawa.

Napierała J., Sójka T.

2019 *Pojęcie systemu corporate governance*, [w:] *Prawo spółek handlowych*, red. A. Koch, J. Napierała, Warszawa.

Niemiec J.

2018 *Uwagi na temat ładu korporacyjnego w Chińskiej Republice Ludowej*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny”, nr 44 (2).

Olak K., Musiał C.

2017 *Systemy nadzoru korporacyjnego w Polsce i w Niemczech – analiza porównawcza*, [w:] *Różne kraje – ta sama rachunkowość? VII Ogólnopolska Konferencja Naukowa Sigma Maraton*, red. E. Śniezek, J. Piłacik, S. Doroba, Łódź.

Rudolf S.

2018 *Uwarunkowania rozwoju chińskiego systemu nadzoru korporacyjnego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne”, t. CIX.

Rychłowska-Musiał E.,

2011 *Podstawowe formy tunelowania spółek*, „Zeszyty Naukowe”, nr 203.

Stępień M.

2016 *Nadzór korporacyjny - perspektywa międzynarodowa*, „Studia Ekonomiczne”, nr 271.

Studziński J.

2016 *Ład korporacyjny w Polsce*, Warszawa.

Wilken L.

2016 *Die virtuelle Mitgliederversammlung*, Münster-Nowy Jork.

Wyrwiński M.

2012 *Kodeksy dobrych praktyk*, [w:] *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*, red. E. Nowińska, D. Kasprzycki, Kraków.

Zarzycka K.

2021 *Corporate governance oczami Warrena Buffetta*, Warszawa 2021.

Źródła internetowe

Metzner I.-D.

2022 *Niemieckie firmy rodzinne na topie*, <https://www.dw.com/pl/niemieckie-firmy-rodzinne-na-topie/a-16182727> [dostęp: 12.03.2022].

Nartowski A.S.

2022 *Corporate governance w Chinach. Raport ACGA 2018*, <https://www.andrzejnartowski.pl/corporate-governance-w-chinach-raport-acga-2018/> [dostęp: 12.03.2022].

Nartowski A.S.

2022 *Indie: łańcuch wielkich oszustw*, <https://www.parkiet.com/Felietony/306259959-Indie-lancuch-wielkich-oszustw.html> [dostęp: 12.03.2022].

Rudzki P.

2022 *Kolejny skandal w Deutsche Banku, tym razem podatkowy z cum-ex*, <https://www.rp.pl/Banki/190109679-Kolejny-skandal-w-Deutsche-Banku-tym-razem-podatkowy-z-cum-ex.html> [dostęp: 12.03.2022].

ISBN 978-83-67074-89-6