



STUDIA
prawnicze
ROZPRAWY I MATERIAŁY

2015 NR 1 (16)

STUDIES IN LAW
RESEARCH PAPERS

2015 NO. 1 (16)

PODSTAWOWE INFORMACJE DLA AUTORÓW

- Do publikacji przyjmowane będą prace prawnicze dotychczas niepublikowane, w tym artykuły naukowe, studia, glosy, recenzje i sprawozdania.
- Teksty winny zostać dostarczone redakcji w języku polskim lub angielskim, drogą elektroniczną (e-mail: sp@ka.edu.pl).
- Tekst artykułu powinien być złożony pismem Times New Roman o wielkości 12 punktów z interlinią 1,5. Pierwsza strona, poza tytułem pracy, winna zawierać imię i nazwisko autora, jego afiliację z podaniem nazwy instytucji, w której pracuje oraz kraju.
- Do tekstu autor powinien dołączyć abstrakt (maksymalnie 200 słów) oraz słowa kluczowe (3–5) – w języku polskim i angielskim.
- Autor winien stosować przypisy dolne – z terminologią łacińską, polską lub angielską – konsekwentnie dla wybranej wersji językowej.
- Teksty będą publikowane wyłącznie po uzyskaniu pozytywnej opinii recenzentów.
- Szczegółowe informacje znajdują się na stronie internetowej czasopisma (www.ka.edu.pl).

THE BASIC INFORMATION FOR AUTHORS

- To publication will be accepted unpublished research papers as well as review articles, case reports, book reviews and reports connected with legal issues.
- Submitted manuscripts should be sent in electronic form by e-mail (sp@ka.edu.pl) and must be written in Polish or English.
- The text should be written in Times New Roman, 12-point font, 1,5 spaced.
The first page of paper should contain: the title, the full name of the author (authors), affiliation with the name of the institution where the paper was written, the town and country.
- Author should also include a 200-word abstract (maximum) and 3–5 keywords in Polish and English.
- Author should use footnotes (at the bottom of the page), including the Latin, Polish or English terminology.
- All papers will be reviewed and published on the basis of opinions submitted in a peer review process.
- Detail information for authors can be find on the website of the journal www.ka.edu.pl).
-

ZASADY RECENZOWANIA PUBLIKACJI W CZASOPISMACH*

1. Do oceny każdej publikacji powołuje się co najmniej dwóch niezależnych recenzentów spoza jednostki.
2. W przypadku tekstów powstałych w języku obcym, co najmniej jeden z recenzentów jest afiliowany w instytucji zagranicznej innej niż narodowość autora pracy.
3. Autor(zy) i recenzenci nie znają swoich tożsamości (tzw. *double-blind review proces*).
4. Recenzja musi mieć formę pisemną i kończyć się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.
5. Zasady kwalifikowania lub odrzucenia publikacji i ewentualny formularz recenzencki są podane do publicznej wiadomości na stronie internetowej czasopisma lub w każdym numerze czasopisma.
6. Nazwiska recenzentów poszczególnych publikacji/numerów nie są ujawniane; raz w roku czasopismo podaje do publicznej wiadomości listę recenzentów współpracujących.

* Zgodnie z wytycznymi Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, obowiązują od roku 2012.

STUDIA prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY 2015 NR 1 (16)

STUDIES IN LAW

RESEARCH PAPERS

2015 NO. 1 (16)

Redakcja / Editorial Office

redaktor naczelny / Editor-in-Chief	– Zbigniew Maciąg
zastępca redaktora naczelnego / Vice Editor	– Mariusz Załucki
redaktor statystyczny / Statistics Editor	– Tadeusz Stanisław
sekretarz redakcji / Managing Editor	– Anna Szuba-Boroń

www.ka.edu.pl · www.sp.ka.edu.pl

Rada naukowa / Scientific Board

Christian Bachhiesl [Graz]	Francesco Morandi [Sassari]
Andrij Bojko [L'viv]	Stephen Riley [Utrecht]
Daniel H. Cole [Bloomington]	Christian Rolfs [Köln]
Janina Czapska [Kraków]	Janusz Szwaja [Kraków]
Tomas Davulis [Vilnius]	Maria Tzanou [Keele]
Tommaso Edoardo Frosini [Napoli]	Emod Veress [Cluj-Napoca]
Aurelijus Gutauskas [Vilnius]	Jan Widacki [Kraków]
Paweł Fries [Ivano-Frankivsk]	Dewi Williams [Stoke-on-Trent]
Egidijus Kuris [Vilnius]	Vincenzo Zeno-Zencovich [Roma]

REDAKCJA/EDITORIAL OFFICE

Studia Prawnicze: Rozprawy i Materiały/ Studies in Law: Research Papers

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego/
Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1C; 30-705 Kraków (Poland)
tel.: +48 12 25 24 659; e-mail: sp@ka.edu.pl; www.sp.ka.edu.pl

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 2015

ISSN: 1689-8052

Korekta: Margerita Krasnowolska, Kamil Jurewicz, Gregory White

Na zlecenie: Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie, ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich.



Wydawca:
Oficyna Wydawnicza AFM
Kraków 2015
oficyna@afm.edu.pl

Sprzedaż prowadzi:
Księgarnia u Frycza
tel./faks: (12) 252 45 93
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Tłumaczenie i korekta streszczeń: Gregory White

Projekt graficzny, DTP: Joanna Sroka

Skład: Oleg Aleksejczuk

Druk i oprawa:
MKpromo

Spis treści

Słowo od redakcji..... 1

Artykuły i studia

Jan Widacki

profesor zwyczajny dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Obrońca wobec opinii biegłego w procesie karnym..... 5

Henriett Rab

profesor nadzwyczajny, Wydział Prawa, Uniwersytet w Debreczynie

Does human resource management correlate with flexible employment?..... 21

Katarzyna Bagan-Kurluta

profesor nadzwyczajny, dr hab., Uniwersytet w Białymstoku

Zawieranie małżeństw przez cudzoziemców. Uwagi na temat zmiany ustawy o aktach stanu cywilnego31

Krisztián Szabó

profesor nadzwyczajny, Wydział Prawa, Uniwersytet w Debreczynie

Societal questions of witness protection in Hungary.....41

Beata Więzowska-Czepiel

dr., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Terminy dla realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne rzeczy sprzedanej – zmiany w wyniku nowelizacji dokonanej ustawą o prawach konsumenta57

Volodymyr Bogoslavets

dr, prawnik, Iwano-Frankiwnsk, Ukraina

Features of Obligations Pertaining to Legal Services Delivery in the Light of Ukrainian Law and Practice.....73

Piotr Rosiak

doktorant, Uniwersytet w Białymstoku

Karny charakter instytucji przepadku świadczenia z art. 412 k.c.87

Anita Curzydło

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Status prawny wspólnoty mieszkaniowej 101

Lilla Kula

doktorantka Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, doradca prawny,

mediator sądowy

Mediacja jako alternatywna metoda rozwiązywania sporów w polskim systemie prawnym..... 113

Glosy

Rafał Bernat

doktorant, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Skutki kwalifikacji samochodu (nabytego w ramach WNT) jako ciężarowego na gruncie podatku akcyzowego (Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 19 marca 2014 r., I SA/Ol 202/14) 139

Agnieszka Baran

aplikant adwokacki Izby Adwokackiej w Rzeszowie

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn.akt. V CSK 109/13 147

Michał Swaldek

student objęty programem tutoringu na Wydziale Prawa, Administracji

i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii

Charakter prawny wyroku sądu cywilnego stwierdzającego nieważność uchwały sprzecznej z ustawą podjętej przez wspólników sp. z o. o. lub walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki akcyjnej oraz rodzaj wadliwości, którą objęta jest taka uchwała 157

Recenzje, Sprawozdania, Varia

Łukasz Kołodziejczyk

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Maciej Giaro, Zawarcie umowy w trybie aukcji internetowej, [Wydawnictwo Lexis Nexis, Warszawa 2014, 198 s.] 169

Arkadiusz Stosur

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Tadeusz Skoczny, Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji, [Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012, 484 s.] 177

Katarzyna Jasińska

dr., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Sprawozdanie z publicznej obrony rozprawy doktorskiej mgr Igi Bałos-Stoczeńskiej 181

Elżbieta Jabłońska

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Sprawozdanie z III Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Miejsce zdarzenia” 185

Contents

From the Editors.....	2
-----------------------	---

Articles and Studies

Jan Widacki

Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

<i>Defender vs expert witness opinion in a criminal procedure.....</i>	5
--	---

Henriett Rab

PhD. Associate Professor, University of Debrecen Faculty of Law, Hungary

<i>Does human resource management correlate with flexible employment?.....</i>	21
--	----

Katarzyna Bagan-Kurluta

Professor, University of Białystok

<i>Conclusion of marriage by foreigners. Changes in legislation regarding marital status</i>	31
--	----

Krisztián Szabó

PhD. Associate Professor, University of Debrecen Faculty of Law, Hungary

<i>Societal questions of witness protection in Hungary.....</i>	41
---	----

Beata Więzowska-Czepiel

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

<i>The periods for making a claim or exercising a right under the statutory warranty for legal defects following the amendments to the Civil Code introduced under the Consumer Rights Act of 30th May 2014.....</i>	57
---	----

Volodymyr Bogoslavets

PhD, licensed practicing lawyer, Ivano-Frankivsk, Ukraine

<i>Features of Obligations Pertaining to Legal Services Delivery in the Light of Ukrainian Law and Practice.....</i>	73
--	----

Piotr Rosiak

Doctoral Student, University of Białystok

<i>The criminal character of the institution forfeiture of article 412 of the Civil Code. 87</i>	
--	--

Anita Curzydło

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

<i>The legal status of housing communities</i>	101
--	-----

Lilla Kula

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Legal adviser and court mediator

<i>Mediation is an alternative method used in finding solutions to disputes in the Polish law system</i>	113
--	-----

Glosses

Rafał Bernat

Doctoral Student, Nicolaus Copernicus University in Toruń

Effects of the classification of the car (of intra-Community acquisition of goods purchased in frames) as load-carrying on land of the excise tax (GLOSS to the verdict of Provincial Administrative Court in Olsztyn from 19th march 2014, I SA/Ol 202/14).....

139

Agnieszka Baran

Applicant attorney, Rzeszow District Bar Council

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. akt. V CSK 109/13.....

147

Michał Swaldek

Department of Law, Administration and International Relations,

Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Charakter prawny wyroku sądu cywilnego stwierdzającego nieważność uchwały sprzecznej z ustawą podjętej przez wspólników sp. z o. o. lub walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki akcyjnej oraz rodzaj wadliwości, którą objęta jest taka uchwała.....

157

Book Reviews, Reports, Varia

Łukasz Kołodziejczyk

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Maciej Giaro, Zawarcie umowy w trybie aukcji internetowej, [Wydawnictwo Lexis Nexis, Warszawa 2014, 198 s.].....

169

Arkadiusz Stosur

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Tadeusz Skoczny, Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji, [Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012, 484 s.].....

177

Katarzyna Jasińska

PhD., Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Sprawozdanie z publicznej obrony rozprawy doktorskiej mgr Igi Bałos-Stoczeńskiej.....

181

Elżbieta Jabłońska

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Sprawozdanie z III Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Miejsce zdarzenia”.....

185

Słowo od redakcji

Do rąk czytelników oddajemy nowy numer czasopisma Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały”. Od roku 2014 zmieniła się nieco formuła czasopisma, a nam powierzono misję jego dalszego rozwoju. Pierwsze nasze decyzje związane były z pragnieniem jego umiędzynarodowienia, stąd nie tylko podkreśliśmy typograficznie angielską nazwę „Studiów”, ale przede wszystkim nadal poszerzaliśmy skład Rady Naukowej. Do jej grona dołączyli ostatnio m.in. Tommaso Edoardo Frosini, Stephen Riley, Maria Tzanou i Vincenzo Zeno-Zencovich. Będziemy publikować prace naukowe przygotowane przede wszystkim w językach angielskim i polskim, wierząc że w ten sposób uda nam się dotrzeć do szerokiego grona odbiorców.

Zbigniew Maciąg, Mariusz Załucki
redaktorzy naczelni

From the Editors

We are delivering a new issue of a journal published by Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University, *Studia Prawnicze: Rozprawy i Materiały*. Beginning with 2014, the formula of the magazine has slightly changed, and we have been entrusted with the mission to develop it further. Our first decisions result from the eagerness to make it more international, hence we not only proposed to increase the emphasis on the English name of the periodical, but we have also extended our Editorial Board. It was recently joined, among others, by Tommaso Edoardo Frosini, Stephen Riley, Mary Tzanou and Vincenzo Zeno-Zencovich. Hoping that our concept of *Studia* will win your recognition, we do encourage you to acquaint yourselves with the content and submit your papers, which we are keen to publish. In our publishing activity, we will focus predominantly on scientific works written in English and Polish, believing that in this way we will manage to reach out to broad circles of recipients.

Zbigniew Maciąg, Mariusz Zatulcki
Editor in Chief & Vice Editor

ARTYKUŁY
i studia

ARTICLES
and Studies

Jan Widacki

prof. zw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Obrońca wobec opinii biegłego w procesie karnym

1. We współczesnym procesie karnym ważną rolę odgrywają biegli, a ich opinie są często istotnym czynnikiem wpływającym na wynik procesu. Jaki wpływ na ten czynnik może mieć z kolei obrońca?

2. Dotychczas obrońca mógł na mocy art. 167 k.p.k. wnioskować o powołanie biegłego, składając organowi procesowemu stosowny wniosek dowodowy. Mógł to zrobić albo wskazując materię (czyli mówiąc językiem kodeksu: „okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, których wyjaśnienie wymaga wiadomości specjalnych”¹ i wnioskować ogólnie powołanie biegłego), albo wnioskować powołanie konkretnego biegłego, wskazanego we wniosku dowodowym indywidualnie lub grupowo (np. przez wskazanie, że ma to być „placówka naukowa lub specjalistyczna” w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k.). Mógł też w fazie postępowania jurysdykcyjnego oponować wnioskowi oskarżyciela, wnoszącego o powołanie biegłego lub o powołanie konkretnego biegłego.

Dotychczas obrońca wniosek dowodowy o powołanie biegłego miał prawo złożyć w każdej fazie postępowania przygotowawczego i jurysdykcyjnego. Mógł go złożyć w zarówno w sytuacji, gdy wskazana przez niego materia nie była dotąd badana przez biegłego, jak i była badana, ale obrońca kwestionował albo poprawność opinii wydanej przez biegłego, albo jego kwalifikacje (zawodowe lub moralne) czy bezstronność.

3. Kwestionowanie poprawności opinii już wstępnie jest ograniczone do kilku sytuacji wymienionych w art. 201 k.p.k. Tak więc można kwestionować opinię, gdy jest ona:

- „niepełna lub niejasna”,
- „zachodzi sprzeczność w samej opinii”,

¹ Por. art. 193 k.p.k.

- „zachodzi sprzeczność między różnymi opiniami [wydanymi] w tej samej sprawie”.

Co w sytuacji, gdy opinia jest „pełna i jasna”, „wewnętrznie niesprzeczna”, ale błędna, na przykład oparta na błędnych przesłankach? Jeśli nie ma innej opinii, z którą byłaby ona sprzeczna, nie ma podstaw do powołania innego biegłego.

4. Nie są to rozważania abstrakcyjne. Tak na przykład, w sprawie toczącej się niedawno przed jednym z sądów okręgowych² biegli psychiatrzy orzekli, że oskarżony nie cierpi na żadną chorobę psychiczną, a w konsekwencji jest w pełni poczytalny. Okazało się, że jeszcze przed wszczęciem sprawy karnej oskarżony przez wiele lat leczył się psychiatrycznie, w tym w kilku renomowanych ośrodkach, z rozpoznaniem psychozy afektywnej dwubiegunowej (zwanej dawniej psychozą maniakalno-depresyjną). Sąd po ujawnieniu tych faktów ograniczył się do zapytania biegłych, czy mimo to podtrzymują swą dotychczasową opinię. Gdy ci swoją opinię podtrzymali, sąd oddalił wniosek dowodowy obrony o powołanie innych biegłych, uzasadniając, że do powołania innych biegłych nie ma w świetle art. 201 k.p.k. podstaw. Nie było podstaw, bo obrona nie wykazała, że dotychczasowa opinia jest „niepełna”, „niejasna”, „wewnętrznie sprzeczna”, nie zachodzi też „sprzeczność między tą opinią a innymi opiniami wydanymi w tej sprawie” – jest jedynie sprzeczność między opinią a dokumentacją lekarską zawierającą diagnozę postawioną wielokrotnie przez innych lekarzy, a taka sprzeczność nie jest uwzględniona w art. 201 k.p.k. Można by przypuszczać, że po wejściu w życie nowelizacji k.p.k. przez dopuszczenie opinii prywatnej, w tym przypadku, co najmniej teoretycznie, poszerzy się możliwość obrońcy kwestionowania opinii biegłego, jednak faktycznie okaże się to więcej niż wątpliwe, o czym niżej.

Nie wdając się w ocenę samej opinii (czy jest pełna, niepełna, jasna czy nie, wewnętrznie sprzeczna czy nie) obrońca może zakwestionować opinię, kwestionując kwalifikacje biegłego. Może to zrobić albo wskazując na istnienie przesłanek wyłączenia biegłego wskazanych w art. 196 k.p.k., albo kwestionując fakt posiadania przez biegłego „wiadomości specjalnych”. To ostatnie nie jest jednak łatwe. Zgodnie z art. 196 § 1 k.p.k., nie mogą być biegłymi osoby wymienione w art. 178 k.p.k., 182 k.p.k. oraz 185 k.p.k. Nie mogą zatem być biegłymi: obrońcy i adwokaci występujący w tej roli w toczącym się procesie (art. 178 k.p.k.), osoby najbliższe oskarżonemu (art. 182 k.p.k.) lub pozostające z nim w szczególnie bliskim stosunku osobistym (art. 185 k.p.k.).

Biegłymi nie mogą być także osoby, co do których odnoszą się odpowiednie przyczyny wyłączenia sędziego, wymienione w art. 40 § 1 pkt 1–3, 5

² Sprawa: V K 70/13 przed SO w Gliwicach, Ośrodek Zamiejskowy w Rybniku.

k.p.k. Nie mogą więc być biegłymi osoby występujące w tej sprawie w charakterze świadka lub które były świadkami czynu.

Wyłączenie biegłego nastąpić może także, „gdy ujawnią się powody osłabiające zaufanie do wiedzy lub bezstronności” biegłego albo „inne ważne powody” (por. art. 196 § 3 k.p.k.).

Tu od razu dwie uwagi. Po pierwsze, nie bardzo wiadomo, o jakie „inne powody” (art. 196 § 3 *in fine*), które nie poddają w wątpliwość bezstronności albo wiedzy biegłego może tu chodzić. Po drugie, można też mieć wątpliwości dotyczące redakcji art. 196 § 1 k.p.k., który odsyła do przepisów art. 178, 182 i 185 k.p.k., w których to przepisach jest mowa tylko o oskarżonym (podejrzanym), a nie o stronach procesu, a nawet sędzię. Tak więc, art. 196 § 1 k.p.k. nie zabrania wprost, by współmałżonek oskarżyciela, adwokat, sędzia, a nawet pokrzywdzony mógł być biegłym. Udział takiego biegłego można w procesie próbować eliminować przez odwołanie się do ogólnego przepisu art. 196 § 3 k.p.k.

W jaki sposób obrońca może kwestionować posiadanie przez biegłego indywidualnego lub instytucję („naukową lub specjalistyczną”) „wiadomości specjalnych”? Zacząć trzeba od przypomnienia, że biegli indywidualni dzielą się na dwie grupy. Pierwsza, to biegli z listy sądowej (prowadzonej przez sądy okręgowe), a druga – tzw. biegli *ad hoc*, którzy do tej roli zostali powołani doraźnie. Muszą to być osoby, „o których wiadomo, że mają odpowiednią wiedzę w danej dziedzinie” (art. 195 k.p.k.).

Biegłymi z listy mogą być osoby, które „posiadają teoretyczne i praktyczne wiadomości specjalne” z danej dziedziny³ i spełniają jeszcze pozostałe warunki: korzystają z pełni praw cywilnych i obywatelskich, ukończyły 25 lat, dają rękojmię należytego wykonywania obowiązków biegłego⁴.

Przed wpisaniem na listę biegłych, kandydat musi posiadanie wiadomości specjalnych potwierdzić dokumentami lub innymi dowodami, zaś ocena, czy „posiadanie wiadomości specjalnych zostało dostatecznie wykazane, należy do prezesa”⁵.

Wydaje się, że prezes sądu okręgowego, nawet na gruncie obowiązujących przepisów, może zorganizować egzamin dla kandydata na biegłego uznając, że wynik takiego egzaminu dostarcza „innego dowodu” (innego niż dostarczone dokumenty) w rozumieniu powołanego wyżej przepisu. W praktyce wpis na listę biegłych dokonuje się wyłącznie na podstawie dokumentów przedstawionych przez osobę ubiegającą się o taki wpis. Jak wykazują badania Marka

³ § 12 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych (Dz.U. Nr 15, poz.133).

⁴ *Ibidem*, § 12 pkt 1–2, 4.

⁵ *Ibidem*, § 12 ust. 2.

Leśniaka i Sylwii Łarentjew i samej Łarentjew⁶ – często w oparciu o dokumenty wątpliwej wartości.

Znaczna część biegłych zostaje wpisana na podstawie zaświadczeń o ukończeniu szkoleń lub studiów podyplomowych organizowanych przez rozmaite instytucje, nieznanne jako ośrodki naukowe czy praktyczne zajmujące się badaniami dokumentów lub – choćby najogólniej – zajmujące się kryminalistyką, tak jak np. Akademia Polonijna w Częstochowie albo prywatna firma „Wolumen” z Bytomia. Nikt nie sprawdza ani liczby godzin kursu, ani tego, kto tam wykłada, ani jaki jest program, czy choćby zakres kursu.

Nie zdarza się, by prezesi sądów organizowali lub choćby wymagali certyfikacji czy atestacji biegłych. Co więcej, dokonując wpisów na listę, prezesi sądów od lat ignorują wyniki atestacji robionej w niektórych dziedzinach (np. w genetyce sądowej). W wyniku tego na listę wpisywane są osoby, których wiadomości specjalne albo nie zostały sprawdzone, albo, co gorsza, zostały przez kompetentne grona sprawdzone, lecz uzyskały ocenę negatywną. Wyjątkiem jest powoływanie biegłych tłumaczy języka migowego. Ich wiadomości specjalne potwierdzone muszą być certyfikatem lub tytułem eksperta języka migowego, wydanego przez Polski Związek Głuchych. Trudno uzasadnić, dlaczego na powołanie biegłego-tłumacza języka migowego Polski Związek Głuchych ma wpływ, a nikt na przykład nie prosi o opinię Polskiego Towarzystwa Medycyny Sądowej i Kryminologii (od lat organizującego atestację laboratoriów wykonujących badania genetyczno-sądowe – badania DNA) o kwalifikacjach osób ubiegających się o wpis na listę biegłych z zakresu genetyki sądowej albo Polskiego Towarzystwa Badań Poligraficznych o opinię o kwalifikacjach osoby ubiegającej się o wpis na listę biegłych z zakresu badań poligraficznych (wariograficznych).

Atestacja polega na tym, że placówki (naukowe lub specjalistyczne), chcące uczestniczyć w wydawaniu opinii na potrzeby wymiaru sprawiedliwości, dobrowolnie poddają się sprawdzaniu jakości i trafności swych badań albo przysyłając zbadane przez siebie próbki innej renomowanej placówce w kraju lub za granicą do ponownego zbadania – dla sprawdzenia prawidłowości swych ustaleń, albo uczestniczą w ogólniejszym programie atestacji, organizowanym przez odpowiednie towarzystwo naukowe z zakresu nauk sądowych. Tak np. Polskie Towarzystwo Medycyny Sądowej i Kryminologii, najstarsze w Polsce stowarzyszenie medyków sądowych i przedstawicieli innych nauk sądowych, od roku 1998 rozpoczęło wydawanie atestów na badania genetyczno-sądowe

⁶ M. Leśniak, S. Łarentjew, *Przestanki wpisu na listę biegłych z zakresu badania dokumentów w sądach okręgowych w Częstochowie, Gliwicach i Katowicach*, [w:] *Dokument i jego badania*, red. R. Cieśla, Wrocław 2014; S. Łarentjew, *Kryteria oceny wiedzy specjalistycznej z zakresu pismoznawstwa przy wpisie na listę biegłych sądowych Sądu Okręgowego w Częstochowie*, [w:] *Kryminalistyka w walce z przestępczością. Materiały z Konferencji*, Katowice 2013, s. 55–61.

(badania DNA). Efektem atestacji jest z jednej strony – wskazanie i rekomendacja wiodących laboratoriów, które badając rozesłane uprzednio próbki materiału biologicznego, wykonują badania bezbłędnie (uzyskując najwyższy wskaźnik trafnych oznaczeń), z drugiej zaś – wskazanie laboratoriów, które popełniają najwięcej błędów. Inaczej mówiąc, w wyniku atestacji uzyskuje się wiedzę, które placówki (laboratoria) wykazują się posiadaniem „wiadomości specjalnych”, a którym takich wiadomości brak. O wynikach atestacji informowane są organy ścigania karnego i sądy. Podobne atesty wydaje wykonującym badania poligraficzne (wariograficzne) Polskie Towarzystwo Badań Poligraficznych. Niestety, jak pokazuje praktyka, ani prokuratury, ani sądy nie przywiązują do wyników atestacji większej wagi, nie rozumiejąc, jak się zdaje, jej sensu i istoty.

Nowelizacja k.p.k. ani projekt ustawy o biegłych nie próbują w żaden sposób uzależnić uznania wiadomości specjalnych od wyników procedury atestacyjnej (certyfikacyjnej), na co słusznie wraca uwagę Stanisław Waltoś⁷. Niezależnie od tego, obrońca powinien na rozprawie dociekać, czy placówka wykonująca badanie, ewentualnie biegły, mają ważny atest (certyfikat), czy ubiegano się o niego i z jakim skutkiem. Należy żywić nadzieję, że prędkiej czy później sądy, doceniając rolę certyfikacji (atestacji), zaczną do tej kwestii przywiązywać należną wagę.

Jedynie w sytuacji, gdy sąd potrzebuje biegłego z zakresu, z jakiego nie ma dotąd na swej liście, prezes może „w szczególności zwrócić się do właściwych stowarzyszeń lub organizacji zawodowych, przedsiębiorstw państwowych, instytucji szkół wyższych oraz urzędów państwowych o wskazanie osób posiadających teoretyczne i praktyczne wiadomości specjalne w danej gałęzi nauki, techniki, sztuki, rzemiosła, a także innych umiejętności”⁸.

Cokolwiek by sędzić o rzetelności i poprawności trybu wpisywania na listę biegłych i uznawaniu przez prezesów sądów okręgowych posiadania przez wpisywanych „wiadomości specjalnych” – podważenie kwalifikacji biegłego z listy jest dla obrony zadaniem niezwykle trudnym i *a priori*, w momencie powoływania biegłego jeszcze przed wydaniem przez niego opinii, w zasadzie niemożliwe.

Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 3 lipca 2002 roku, „decyzja prezesa sądu o wpisie na listę biegłych stanowi rekomendację należytego poziomu, o których wiadomo, że mają odpowiednią wiedzę w danej dziedzinie «fachowego biegłego»”⁹.

⁷ S. Waltoś., *Opinie biegłych – na ostrym zakręcie w polskim procesie karnym*, [w:] *Bezpieczeństwo – Policja – Kryminalistyka*, red. J. Czapska, A. Okrasa, Kraków [w druku].

⁸ Rozporządzenie, *op. cit.* § 14.

⁹ SA w Krakowie, wyrok z 3 lipca 2002, II Aka 3/02, KZS 2002, nr 7–8, s. 53.

Można zatem powiedzieć, że w odniesieniu do biegłych „z listy” istnieje co najmniej domniemanie, że mają oni wiadomości specjalne, bo zostały one sprawdzone i uznane przez prezesa sądu. Dopiero gdy biegły przedstawi opinię (nawet „pełną”, „jasną” i „wewnętrznie niesprzeczną”), w której jednak znajdują się stwierdzenia oczywiście nie do pogodzenia z powszechnie znanymi prawami przyrody albo sprzeczne z pozostałym materiałem dowodowym, można podjąć próbę sprawdzenia na rozprawie kwalifikacji biegłego.

Relatywnie łatwiej jest sprawdzić i ewentualnie zakwestionować posiadanie wiadomości specjalnych przez biegłych powołanych *ad hoc*, czyli niebędących biegłymi wpisanymi na listę biegłych, ale takich, „o których wiadomo, że mają odpowiednią wiedzę w danej dziedzinie” (art. 195 *in fine* k.p.k.). Takich biegłych, o ile sąd uzna to za celowe i wezwie ich na rozprawę, można pytać o wykształcenie, doświadczenie zawodowe, dorobek naukowy, doświadczenie w wykonywaniu podobnych ekspertyz. Z praktyki wiadomo, że dość powszechnie zdarzają się sytuacje, gdy sąd uchyla obrońcy takie pytania jako „nieistotne” – w rozumieniu art. 171 § 6 k.p.k. lub nawet jako „niestosowne” – w rozumieniu art. 370 § 4 k.p.k.

Pytania o kwalifikacje biegłego, zwłaszcza gdy wykracza on w opinii poza swoje kompetencje naukowe i zawodowe, jest jak najbardziej „istotne” i tym bardziej nie może być uznawane za „niestosowne”. Na przykład, w głośnej sprawie o wielokrotne zabójstwo, jako biegły z zakresu osmologii występował pracownik naukowy jednej z wyższych uczelni, mający stopień doktora habilitowanego z weterynarii. Trzeba dodać, że dowód z opinii osmologicznej był jednym z najpoważniejszych dowodów wspierających akt oskarżenia. Przepytany na rozprawie przez obronę biegły przyznał, że cały jego dorobek naukowy dotyczy wylęgu i hodowli drobiu, nie jest autorem żadnej publikacji na temat choćby zbliżony do przedmiotu jego opinii, a nadto, że nigdy dotąd nie wykonywał żadnej próby identyfikacji zapachu z użyciem psa¹⁰. A przecież tego biegłego ktoś powołał w takim właśnie charakterze, ktoś wykorzystał jego opinię do wsparcia aktu oskarżenia!

Bardzo trudno jest też obronie wykazać, że biegły w swej opinii wykracza poza ramy swojej dyscypliny, a tym samym poza zakres wiadomości specjalnych. Szczególnie częste są przypadki, gdy biegły psycholog opiniuje wiarygodność konkretnego zeznania świadka. Czasem robi to z własnej inicjatywy, czasem, niestety, jest zachęcany do tego przez organ procesowy. Jest poza sporem, że biegły wkracza tu w kompetencje organu procesowego, czego czynić mu nie wolno. Jest to nie tylko zasada znana odkąd pojawił się biegły

¹⁰ Sprawa przed SO w Krakowie, sygn. III K 118/97.

w procesie¹¹, którą wielokrotnie przypominał Sąd Najwyższy *expressis verbis* mówiąc, że nie jest zadaniem biegłych ani wypowiadanie się co do winy, ani dokonywanie oceny dowodów¹².

Ponadto poza sporem jest, że w zakresie oceny wiarygodności konkretnego zeznania opinia biegłego nie opiera się na wiadomościach specjalnych z zakresu psychologii, ale na subiektywnym, co najwyżej popartym doświadczeniem życiowym sędzie człowieka, wcale *a priori* nie lepszym niż podobny i podobnie uzasadniony sąd przedstawiciela innego niż psycholog zawodu¹³.

5. Kolejnym problemem jest sprawdzenie, czy powołana do wydania opinii instytucja jest instytucją naukową lub specjalistyczną w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k. Kwestia ta nie zajmowała jak dotąd szczególnej uwagi autorów licznych komentarzy¹⁴ do kodeksu postępowania karnego, a orzecznictwo jest tu niezwykle ubogie i co więcej, tylko w ograniczonym zakresie zasługujące na aprobatę.

Zdumiewająco niechlujne jest postanowienie Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2006 roku¹⁵, w którym sąd przesądza, że „[opinia] Centrum Ekspertyzy Kryminalistycznej Komendy Głównej Policji jest opinią instytutu w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k.”. Niechlujstwo tego orzeczenia polega na tym, że po pierwsze, nie istnieje Centrum Ekspertyzy Kryminalistycznej Komendy Głównej Policji, jest jedynie Centralne Laboratorium Kryminalistyczne Policji. Po drugie, w przywołanym przez Sąd Najwyższy przepisie (art. 193 § 2 k.p.k.) jest mowa o „instytucjach”, a nie „instytutach”. Pomijając fakt, że Sąd Najwyższy przekreślił nazwę instytucji, o której się wypowiadał i to że przekreślił nazwę użytą w przepisie, najważniejsze jest, że nie podał jasnych i przekonujących kryteriów, których spełnienie przesądza o tym, że instytucja naukowa lub specjalistyczna może wydawać opinie w procesie karnym.

¹¹ J.P. Brinkmann, *Wykaz prawideł podług których przy sądowych obdukcjach medycy lub chirurgowie dokładne tak zwane visa reperta zapisywać i sporządzać mogą*, tłum. S. Girtler, Kraków 1811 [reprint], Kraków 2007.

¹² Wyrok SN z 25 października 1977, VI KRN 256/77 OSNPG 1978, 7 poz. 85, wyrok SN z 17 stycznia 1987, V KRN 474/86, OSNPG 1988, 3, poz. 29; wyrok SN z 3 lipca 1987, OSNKW 1988, 1–2, poz. 12.

¹³ J. Widacki, N. Mirska, M. Wrońska, *Werbalne i niewerbalne symptomy kłamstwa w oczach policjantów oraz psychologów*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2012, nr 7 (4), s. 19–30; J. Widacki, *Próby weryfikowania prawdziwości w procesie karnym*, „Palestra” 2012, nr 3–4, s. 13–18.

¹⁴ J. Bartoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, t. 1, Warszawa 1998, s. 524; K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 2012, s. 466, 834–839; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym*, Warszawa 2008, s. 451.

¹⁵ II KK 196/06, OSNwSK, 2006, 1, poz. 2351.

Z kolei Sąd Apelacyjny w Krakowie, w wyroku z 3 lipca 2002 roku¹⁶ podał kryteria, jakie powinna spełniać instytucja, by mogła być uznana za „naukową lub specjalistyczną” w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k. Sąd Apelacyjny słusznie uznał, że za instytucję taką może być uznana tylko taka, której działalność jest nadzorowana przez odpowiednie organy państwowe, co stanowi rekomendację należytego poziomu fachowego. Trudno jednak zaakceptować pogląd tego sądu, że warunek ten spełniają jedynie „jednostki organizacyjne Polskiej Akademii Nauk bądź szkół wyższych albo jednostki badawczo-rozwojowe przewidziane przepisami ustawy z dnia 25 lipca 1985 roku”¹⁷.

Jest to ewidentnie niezgodne z literalną wykładnią przepisu art. 193 § 2 k.p.k., który mówiąc o „instytucjach naukowych lub specjalistycznych”, przewiduje możliwość wydawania opinii przez instytucje specjalistyczne, które nie są instytucjami naukowymi. Takimi instytucjami są na przykład laboratoria kryminalistyczne komend wojewódzkich policji, taką instytucją było też Centralne Laboratorium Kryminalistyczne KG Policji, zanim przekształciło się w instytut naukowy, co stało dopiero w roku 2011, a opinie tych instytucji rutynowo dopuszczane są (i słusznie) w procesie.

Co jest, a co nie jest „instytucją naukową”, da się wywieść z polskiego systemu prawnego. Instytucjami naukowymi są niewątpliwie instytucje (instytuty, katedry, zakłady, pracownie) akademickich uczelni wyższych, instytuty PAN, instytuty badawcze w rozumieniu ustawy z 30 kwietnia 2010 roku o instytutach badawczych¹⁸.

Znacznie trudniej jest uzasadnić, co jest „instytucją specjalistyczną” w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k.¹⁹. Niektóre instytucje prywatne wykonujące ekspertyzy sądowe same przyznały sobie tytuł „instytucji specjalistycznych”, dopisując go sobie do nazwy (tak postąpiło np. lubelskie „Biuro Ekspertyz Sądowych – instytucja specjalistyczna”). Sprawa może nabrać zapewne nowego wymiaru po wejściu w życie nowelizacji k.p.k. i spodziewanego w jej wyniku rozwoju usług opiniodawczych (por. niżej).

Nie ulega wątpliwości, że komercyjnie ekspertyzy sądowe wykonywać mogą także rozmaite prywatne podmioty, o ile zostaną uznane za „instytucje specjalistyczne”. Do takiego uznania konieczne jest jednak, by pozostawały one pod nadzorem organów państwa. Ten nadzór może być wykonywany w rozmaitych formach. W przypadku laboratoriów policyjnych sprawa jest stosunkowo prosta. Policja, a więc organ państwowy, ustala i realizuje progra-

¹⁶ II Aka 3/02, KZS 2002, 7–8, 53.

¹⁷ Dz.U. z 2001 r. Nr 33, poz. 388.

¹⁸ Dz.U. z 2010 r. Nr 96, poz. 618, 620 z późn. zm.

¹⁹ J. Widacki, *Instytucja naukowa lub specjalistyczna w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k.*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 9 (810), s. 45–53.

my szkolenia ekspertów, sprawdza ich umiejętności, nadaje im uprawnienia eksperckie.

W przypadku podmiotów prywatnych ten nadzór jest trudniejszy. Państwo nadaje lub uznaje tytuły zawodowe, stopnie i tytuły naukowe ludzi, którzy w takich podmiotach wykonują ekspertyzy, nadaje w przepisany trybie akredytacje laboratoriów, może postawić prawny obowiązek spełnienia standardów akredytacyjnych lub certyfikacyjnych.

Tego ostatniego z niezrozumiałych względów nie czyni, dopuszczając do pogłębiającej się patologii. Nawet w projekcie ustawy o biegłych, problem ten nie został uregulowany.

W praktyce to właśnie sądy i prokuratury zamawiają w takich instytucjach opinie, dopuszczając je później w celach dowodowych. Opinie te są najczęściej wykonywane przez takie podmioty na zasadzie podzleceń wybranych przez te podmioty osobom, najczęściej niezatrudnionym w tym podmiocie, czasem wpisanym na listę biegłych, czasem nie, czyli faktycznie „biegłych” nie powołują, jak wymaga tego k.p.k., organy procesowe, ale pośrednik, jakim jest ów podmiot, chcący uchodzić za instytucję specjalistyczną. Można mieć uzasadnione wątpliwości, czy podpisywanie opinii przez wskazanego przez takiego pośrednika wykonawcę ekspertyzy jako „biegłego”, nawet gdy jest on wpisany na listę biegłych, jest w ogóle dopuszczalne. Wszak, jak zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w postanowieniu z 11 kwietnia 1996 roku²⁰, tytułu biegłego nie wolno używać „w działalności eksperckiej na zlecenie podmiotów spoza organów wymiaru sprawiedliwości i organów ścigania”. Można też uznać, że jest to nawet dyskredytujące taką osobę jako biegłego. Tak orzekł Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 20 sierpnia 1997 roku²¹ twierdząc, że: „Biegły sądowy jest organem pomocniczym wymiaru sprawiedliwości w przypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Stanowi instytucję sądowego prawa procesowego i może używać tytułu biegłego sądowego tylko sporządzając opinię dla określonego w przepisach kręgu podmiotów. Używanie tytułu biegłego sądowego w innych działaniach jest bezprawne i dyskredytuje daną osobę w stopniu pozwalającym uznać, iż nie daje ona rękojmi należytego wykonywania obowiązków biegłego”.

Ileokroć więc w procesie pojawia się opinia wydana przez instytucję uchodzącą za specjalistyczną, a nawet uznaną za taką przez organ procesowy, obrońca ma prawo, a nawet obowiązek podnieść te wszystkie wątpliwości, dążąc do ich wyjaśnienia. Ma prawo dążyć do ustalenia, czy i w jakiej formie,

²⁰ Sygn. I PRN 30/96, OSNAP 1997, nr 2 poz. 28.

²¹ Sygn. II SA 992/98, MoP 199, nr 8, poz. 47.

i w jakim zakresie, organy państwowe sprawują kontrolę nad taką instytucją. Czy osoby zatrudnione w tej instytucji mają przyznane lub uznane przez organy państwowe tytuły zawodowe, stopnie naukowe, uprawnienia zawodowe itp. Czy instytucja, jej laboratoria, spełniają określone standardy obowiązujące w polskiej normie, czy mają certyfikat Polskiego Centrum Akredytacji, czy podlegały procedurze akredytacyjnej (certyfikacyjnej) i z jakim skutkiem²². obrońca ma także prawo dowieść, czy osoba faktycznie wykonująca ekspertyzę i podpisana pod opinią, jest pracownikiem danej instytucji, czy też działała na zasadzie podzlecenia, a także, czy posiada wiadomości specjalne i kto je potwierdził.

6. Szczególną formą sprawdzenia poprawności opinii biegłego powołanego przez organ procesowy jest zlecenie przez obronę prywatnej opinii o charakterze kontropinii. W obecnie obowiązującej procedurze do czasu ostatniej nowelizacji, podobnie jak w procedurach poprzednio obowiązujących (na gruncie k.p.k. z 1928 czy k.p.k. z 1969 roku), wprowadzenie do procesu, do materiału dowodowego takiej „prywatnej opinii” jest trudne, a nawet gdy się powiedzie, prywatna opinia nie jest traktowana jako równoważna z opinią wydaną przez biegłego, powołanego przez organ procesowy.

Maria Lipczyńska²³ opowiadając się za ograniczoną dopuszczalnością „ekspertyz pozasądowych” wyraźnie zaznaczyła, że nie dostarczają one opinii w rozumieniu k.p.k., niemniej mogą odgrywać w procesie ważną rolę, zwłaszcza w sprawach z oskarżenia prywatnego, w procesach adhezyjnych oraz jako załączniki do pism procesowych przy „zwalczaniu błędnej, zdaniem strony, opinii, która stała się podstawą mylnego wyroku – w trakcie kontroli zwyczajnej, a zwłaszcza nadzwyczajnej (w trybie starań o wznowienie postępowania lub rewizji nadzwyczajnej)²⁴”. Lipczyńska *de lege ferenda* postulowała jeszcze szerszą dopuszczalność dowodu z „prywatnej opinii” pod warunkiem zobowiązania organu procesowego do dokładnego jej rozważenia. Ten ostatni pogląd Lipczyńskiej nie spotkał się z aprobatą ani w doktrynie, ani tym bardziej w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Stefan Kalinowski²⁵ uważał, że niedopuszczalne jest odczytywanie na rozprawie „pozasądowych lub prywatnych opinii biegłych, np. opinii wystawionych na zlecenie strony”. Dopuszczał jednak, że dowód z takiej opinii może być czasem pożyteczny i „w imię

²² Por.: J. Hebenstreit, *Zapewnienie jakości w laboratoriach sądowych*, [w:] *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2000; J. Widacki, *Obrońca wobec dowodu z badań DNA*, „Palestra” 2014, nr 1–2, s. 71–76.

²³ M. Lipczyńska, *O tak zwanej opinii prywatnej*, „Palestra” 1976, nr 3, s. 46–53.

²⁴ *Ibidem*, s. 47.

²⁵ J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 1971, s. 229–236, 404–407.

zasady prawdy obiektywnej”, może być ewentualnie dopuszczony w charakterze dowodu z dokumentu²⁶.

Dystansując się ostrożnie od poglądów Lipczyńskiej i Kalinowskiego, Tadeusz Widła²⁷ postuluje *de lege ferenda* „oddanie stronom inicjatywy w zasięgnięciu opinii biegłych, oczywiście bez pozbawiania sądu tego prawa”²⁸.

W tej sprawie także wielokrotnie wypowiadał się Sąd Najwyższy. W niepublikowanym orzeczeniu z 19 października 1960 roku²⁹ w sprawie I K 521/59 Sąd Najwyższy stwierdził, że „powołanie biegłego przez pokrzywdzonego nie jest dopuszczalne.” W 1969 roku Sąd Najwyższy w wyroku z 20 lutego 1969 roku³⁰ orzekł, że „pozasądowa ekspertyza pozostająca w sprzeczności z ekspertyzą, na której sąd oparł swe orzeczenie, nie może być nowym dowodem w myśl art. 474 § 2 k.p.k.”. Wyrok ten spotkał się z krytyczną glosą Alfreda Kaftala³¹.

Podobnie w wyroku z 6 maja 1985 roku³² Sąd Najwyższy stwierdził m.in.: „pozaprocesowa opinia biegłego zgodnie z ustaloną praktyką sądową nie może stanowić dowodu będącego podstawą oceny, albowiem dowód ten nie został przeprowadzony w sposób przewidziany przez kodeks postępowania karnego i strony nie miały możliwości ustosunkowania się do tego dowodu. Nie można jednak takiego dokumentu pominąć w postępowaniu odwoławczym, zawiera on bowiem informację o dowodzie, który nie jest pozbawiony znaczenia dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy”. Podobnie Sąd Najwyższy wypowiedział się jeszcze kilkakrotnie³³.

W innym wyroku Sąd Najwyższy uznając niedopuszczalność uznania prywatnej opinii, za opinię biegłego w rozumieniu k.p.k., uznał jednak, że nie można takiego dokumentu pominąć, gdyż zawiera on informacje o dowodzie, który nie jest pozbawiony znaczenia dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy³⁴.

²⁶ S. Kalinowski, *Biegły. Ogólne wiadomości z prawa dowodowego. Prawa i obowiązki biegłego. Biegły w postępowaniu karnym*, Warszawa 1973, s. 134. Kalinowski kilkakrotnie zmieniał zdanie w kwestii dopuszczalności opinii prywatnej i ewentualnie formy jej procesowego wykorzystania (tak np. w: *Biegły i jego opinia*, Warszawa 1994, s. 86), uznał jedynie, powołując się na przytoczone wyżej orzeczenie Sądu Najwyższego z 1960 roku (I K 521/59), że powołanie biegłego przez pokrzywdzonego nie jest dopuszczalne.

²⁷ T. Widła, *Ekspertyza pozasądowa*, „Problemy Praworządności” 1989, nr 7, s. 15–22.

²⁸ *Ibidem*, s. 22.

²⁹ Cyt. za: S. Kalinowski, *Biegły i jego opinia...*

³⁰ V KRN 51/68.

³¹ A. Kaftal, *Glosa do wyroku SN z 20.02.1969, V KRN 51/68*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 5, s. 864–871.

³² I KR 105/85, OSNPG 1986, 5 poz. 66.

³³ Np. w postanowieniu z 29 października 1990 V KO 8/90, „Informacja Prawnicza – Prawo Karne” 1993, nr 10–12, poz. 17; czy w wyroku z 6 maja 1985, I KR 105/85, OSNPG 1986, 5, poz. 66.

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 29 października 1990, V 8/90, „Informacja Prawnicza – Prawo Karne” 1991, nr 4–6, poz. 12.

Natomiast w postanowieniu z 14 marca 2013 roku³⁵, Sąd Najwyższy stwierdził wprawdzie, że „opracowana poza postępowaniem karnym, ale dla jego celów tzw. opinia prywatna nie może być odczytana na rozprawie jako dokument, gdyż stoi temu na przeszkodzie przepis art. 393 § k.p.k., który dopuszcza możliwość odczytania w toku rozprawy głównej dokumentów powstałych poza postępowaniem karnym, ale nie do jego celów”. Równocześnie Sąd Najwyższy podzielił wyrażone w kasacji stanowisko Prokuratora Generalnego wskazującego, że Sąd Okręgowy rozpoznając zażalenia nie odniósł się w sposób merytoryczny do zarzutów zawartych w złożonych zażaleniach, wspartych prywatnymi opiniami, „bezkrytycznie uznając”, że znajdująca się w aktach sprawy opinia biegłych powołanych przez organ procesowy „jest pełna, jasna, i nie jest wewnętrznie sprzeczna”, a zatem „uznał wywody skarżących za polemikę z ustaleniami zawartymi w opinii”.

Zdaniem Sądu Najwyższego podzielał zarzut kasacji, „sąd okręgowy nie dopełnił obowiązków wynikających z art. 433 § 2 k.p.k. i art. 92 k.p.k.”. Przywołując ogólnikowo wcześniejsze swe orzecznictwo Sąd Najwyższy uznał, że „obowiązkiem sądu odwoławczego było rozpoznanie środka odwoławczego w taki sposób, aby rozważeniu podlegały wszystkie zarzuty i wnioski ujęte w środku odwoławczym, a uzasadnienie orzeczenia powinno wskazywać na zrealizowanie tego obowiązku”.

Sąd Najwyższy uznał, że niedopełnienie tego obowiązku narusza m.in. art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, narusza bowiem prawo do rzetelnego procesu. Wywód swój Sąd Najwyższy kończy stwierdzając, że „w przedmiotowej sprawie, która toczy się z oskarżenia subsydiarnego, kwestia możliwości wykorzystania w postępowaniu sądowym danych z tzw. „dowodów prywatnych [...] powinna być przedmiotem szerszych rozważań Sądu Okręgowego”.

Sąd Najwyższy stanął więc na stanowisku, że wprawdzie odczytywanie prywatnej opinii nie jest dopuszczalne, jednak argumenty zawarte w takiej opinii (traktowane jako zastrzeżenia strony?) powinny być przez sąd odwoławczy rozpatrzone, co powinno mieć swe odbicie także w uzasadnieniu wyroku. Sąd Najwyższy akcentując, że chodzi o subsydiarny akt oskarżenia i postępowanie odwoławcze, zdaje się te okoliczności uznawać za istotne.

Zdaniem Tomasza Grzegorzycy³⁶, opinia prywatna nie jest opinią biegłego w rozumieniu k.p.k., nie może być zatem postawą do dokonania ustaleń faktycznych, ale może dać asumpt do rozważenia potrzeby powołania no-

³⁵ IV KK 420/12, LEX 129383.

³⁶ T. Grzegorzycy, *Kodeks postępowania karnego – oraz ustawa o świadku koronnym*, Warszawa 2008, s. 451.

wych biegłych lub zażądania od powołanego już biegłego uzupełnienia swej opinii w określonych kwestiach. Zdaniem tego autora, „sąd zawsze powinien wypowiedzieć się odnośnie do przedłożonej mu w postępowaniu przez stronę opinii pozaprosesowej i jeżeli z przyczyn wskazanych w art. 170 § 1 nie oddali wniosku o dołączenie do akt tego dokumentu, winien w uzasadnieniu wyroku wskazać, co sądzi o owym dokumencie i jak go ocenia”.

Ma więc prywatna opinia status zbliżony do oświadczenia strony, a sąd ma obowiązek się do niej ustosunkować. A zatem zarówno Sąd Najwyższy, jak i część doktryny³⁷ akceptują jakiś sposób przedstawienia jej sądowi (mimo zakazu z art. 393 § 3 k.p.k.), choć sposobu tego nie określają.

Pozostaje kwestią nierozstrzygniętą, w jaki formalny sposób opinia prywatna może być zaprezentowana sądowi. Art. 393 § 3 k.p.k. zezwala na odczytywanie na rozprawie „wszelkich dokumentów prywatnych, powstałych poza postępowaniem karnym i nie dla jego celów, w szczególności oświadczeń, publikacji, listów oraz notatek”. *A contrario* nie wolno odczytywać dokumentów prywatnych powstałych poza postępowaniem karnym, ale dla jego celów, a takim dokumentem niewątpliwie jest opinia prywatna.

Teoretycznie pozostają dwie możliwości – albo opinia prywatna wprowadzona zostanie do procesu jako przedmiot dowodu z dokumentu³⁸, albo jako załącznik do pisma procesowego strony. W pierwszym przypadku mielibyśmy do czynienia nie z dowodem z opinii, ale z dowodem z dokumentu przeprowadzonym na wniosek strony przez sąd.

W praktyce zdarza się, że sądy uwzględniają taki wniosek dowodowy. Taki dowód, nie będąc dowodem z opinii biegłego, nie może być w trybie art. 201 k.p.k. konfrontowany z opinią biegłego z wszystkimi tego konsekwencjami, a autor opinii prywatnej, stanowiącej przedmiot dowodu z dokumentu, nie może być konfrontowany na rozprawie z biegłym powołanym przez sąd, choć teoretycznie może być przesłuchany jako świadek, jednak tylko na okoliczność powstania dokumentu.

Teoretycznie można konfrontować świadka i biegłego (art. 172 k.p.k.), ale tylko „w celu wyjaśnienia sprzeczności”. W tym przypadku mamy jednak zupełnie inny przedmiot przesłuchania świadka (okoliczność powstania prywatnego dokumentu, jakim jest „prywatna opinia”), a inny przedmiot opinii biegłego. Zatem sprzeczności *ex definitione* między nimi być nie może.

W drugim przypadku, gdy prywatna opinia jest załącznikiem do pisma procesowego strony, ustosunkowującego się do opinii biegłego powołanego przez sąd, może ewentualnie lepiej i bardziej fachowo niż uczyniłaby to sama

³⁷ Zob. np. *ibidem*.

³⁸ S. Kalinowski, *Biegły. Ogólne wiadomości...*

strona wskazać, że opinia biegłego zawiera sprzeczności, jest niepełna lub niejasna. Te zastrzeżenia i uwagi sąd ma obowiązek rozważyć i odnieść się do nich, tak samo, jak miałyby obowiązek odnieść się do zastrzeżeń i uwag samej strony.

7. Ostatnia duża nowelizacja kodeksu postępowania karnego³⁹, mająca wejść w życie w lipcu 2015 roku, przeprowadzona została pod hasłem zmiany modelu postępowania – w kierunku zwiększenia kontrydiktoryjności.

W interesującym tutaj zakresie, wbrew postulatom zgłaszanym przez doktrynę⁴⁰ nie oddaje ona „stronom inicjatywy w zasięgnięciu opinii biegłych”. Biegli nadal powoływani mogą być tylko przez organ procesowy. Zmiana treści art. 167 k.p.k.⁴¹ oraz art. 393 § 3 k.p.k. – przez usunięcie z niego fragmentu „nie dla jego celów” i przy braku zsynchronizowanych z nimi zmian – w Dziale V kodeksu: „Dowody” – powoduje, że mimo przekonania autorów nowelizacji, że „prezentowany przez komisję projekt stanowi spójną i przemyślaną całość”, będziemy mieli procedurę niespójną, a w sprawie dopuszczalności „prywatnej opinii” – niewiele się zmieni.

Nadal nie będzie więc w kodeksie „prywatnych biegłych”, ale jedynie, jak dotąd „prywatne opinie”. Nie ma racji Piotr Kardas, pisząc, że „modyfikacja art. 393 § 3 k.p.k. może stanowić podstawę do zmiany ujęcia prawnego statusu, sposobu sporządzenia i wykorzystania w procesie tzw. prywatnej opinii biegłego”⁴². Pod rządami znowelizowanego k.p.k., tak, jak pod rządami dotychczasowego, nie ma „prywatnej opinii biegłego”, a jest tylko „prywatna opinia”, a to zasadnicza różnica. Autor takiej opinii nadal nie będzie miał statusu biegłego, z wszystkimi tego konsekwencjami. Jego status nadal nie będzie uregulowany. Co więcej, w projekcie ustawy o biegłych sądowych, która w zamierzeniach Ministerstwa Sprawiedliwości powinna wejść w życie razem z nowelizacją k.p.k., znajduje się art. 4, który po pierwsze, jeszcze bardziej niż dotąd różnicuje biegłych od autorów prywatnych opinii, nadając tym pierwszym ochronę prawną przewidzianą dla funkcjonariuszy (art. 4 ust. 1 projektu ustawy), po drugie, podnosząc do rangi przepisu ustawy to, co dotąd było

³⁹ Ustawa z 27 września 2013 o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013, poz. 1247).

⁴⁰ T. Widła, *Ekspertyza pozasądowa...*

⁴¹ Teraz w § 1 otrzyma brzmienie: w postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, dowody, przeprowadzane są przez strony, po ich dopuszczeniu przez prezesa sądu, przewodniczącego lub sąd. W razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych wypadkach uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych, szczególnymi okolicznościami, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu.

⁴² P. Kardas, *Procesowe czynności obrońcy a tzw. dowody prywatne w świetle nowelizacji procedury karnej*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 133.

jedynie poglądem Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, że „przy wykonywaniu przez biegłego sądowego czynności zawodowych, które nie zostały zlecone przez sąd lub organ prowadzący postępowanie przygotowawcze, nie jest dopuszczalne posługiwanie się tytułem „biegły sądowy” (art. 4 ust. 2 projektu ustawy).

Znowelizowany k.p.k. w żaden sposób nie określa też statusu prywatnej opinii. Jest więc rzeczą wątpliwą, czy jej treść będzie mogła być konfrontowana z treścią opinii biegłego powołanego przez organ procesowy w warunkach art. 201 k.p.k. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przepis art. 201 znajduje się w rozdziale 22 kodeksu: „Biegli, tłumacze, specjaliści”, a więc ilekroć w przepisach tego rozdziału jest mowa o „opiniach”, nie ulega wątpliwości, że chodzi o „opinię biegłego”, a tego statusu nie ma autor prywatnej opinii. Jest również wątpliwe, czy sprzeczność między opinią biegłego a opinią prywatną stanowi przesłankę do powołania kolejnego biegłego.

Kolejną nasuwającą się wątpliwością jest, czy autor prywatnej opinii, niebędący *ex definitione* biegłym, może być wezwany, dla umożliwienia stronie przeprowadzenia dowodu przed sądem w myśl art. 167 k.p.k. (o ile oczywiście dowód taki dopuszczony będzie przez prezesa, przewodniczącego lub sąd), to w jakim charakterze będzie przesłuchiwany? Jako biegły, którym nie jest, czy jako świadek, na okoliczność wydanej przez siebie opinii? Czy będzie on przed sądem składał ustną opinię uzupełniającą, czy będzie zeznawał jako świadek? W jakim charakterze będzie składał ewentualnie przyrzeczenie? Wszystkie te wątpliwości rozstrzygnie kiedyś zapewne praktyka i orzecznictwo.

Jedynie, co w tej sprawie jest pewne, to że prywatna opinia będzie mogła być odczytana na rozprawie, w myśl znowelizowanego art. 393 § 3 k.p.k., podobnie jak wszelkie inne „dokumenty prywatne, w szczególności oświadczenia, publikacje listy oraz notatki”. Tak więc status prywatnej opinii będzie taki, jak status oświadczeń, publikacji i notatek.

Na dobrą sprawę, wbrew temu, co sądzi Waltoś⁴³, prywatna opinia po nowelizacji będzie miała taki sam status, jaki ma dzisiaj, pod rządem obowiązującej dotąd procedury i nowelizacja art. 393 § 3 k.p.k. nic tu zasadniczo nie zmieniła.

Z punktu widzenia obrońcy, nic się więc nie zmieni, w szczególności nie poszerzą się granice prawa do obrony, a przy opiniach biegłych nierówność stron, mimo deklaracji rozszerzania kontradyktoryjności, pozostanie taka sama, jak była dotychczas.

⁴³ S. Waltoś, *Opinie biegłych...*

Abstract
Defender vs expert witness opinion in a criminal procedure

In accordance with the binding criminal procedure, the defender may request that an expert witness is called to court by addressing an appropriate motion to a judicial body (the prosecutor or the court). The body may consider the motion but is not obliged to do so.

Once the witness has been called to court, he or she can be questioned, and his or her expertise and/or impartiality can be examined. Demanding the appointment of a different expert witness is also an option once circumstances that allow or require the exclusion of the previous one have occurred. A motion to appoint another expert witness before the court can be made, yet only if it has been proved that the current expert opinion has been incomplete or unclear, internally contradictory, or contradictory to other opinions issued in the same case.

An expert witness may be called to court only by a judicial body. The defender has no right to the appointment of his or her own expert witness.

The most recent revision of the Code of Criminal Procedure (KPK), whose goal was to increase the degree of fairness of trials, still does not envisage the option to have expert witnesses called to court by the defence. The court and prosecutor will continue to have a monopoly on the appointment of expert witnesses. The defence can only provide 'a private opinion' issued at its behest. This cannot, however, have the status of an expert opinion (with all the due consequences) but only the status of a private statement that may be read out at the trial but cannot be confronted with an expert witness opinion.

Key words: expert witness, expert evidence, evidence and attorney of law

Henriett Rab

PhD. Associate Professor, University of Debrecen Faculty of Law, Hungary

Does human resource management correlate with flexible employment?

Introduction

The title of this paper requires some preliminary explanation. Researchers of human resource (HR) management with an economic slant argue that the answer to the question raised in the title can only be “yes.” This means that HR management (HRM) presumes and requires flexibility in the provisions of labour law and it is merely out of self-interest that it views one aspect of the security of employees with exceptional attention. Fluctuation in job security has a harmful effect of creating a destructive workplace environment, and leads to dissatisfaction, anxiety and insecurity among the employees. Beyond acknowledging these straightforward effects, the issue must also be addressed from another angle, that is the extent to which legal regulation considers the interest of HR management and, in the course of analyzing proceedings, whether legal provisions take into account the requirements and concerns of HR management. The issue discussed here leads us to these basic questions: whether developments of codification and the need for flexibility in labour law accommodate the needs of HR-management and in what ways the right of the employees to social security should be taken into consideration during the strategic utilization of capitalization in human resources.

As a starting point we can state that the world of labour has become increasingly international and this process has resulted in a new direction of the evolution of labour law in Europe, especially in the European Union. This evolution is marked by the concept of flexicurity. Employment has always been closely related to economic stability because of the employers’ interests; yet soaring production and output have been incrementally determined by

the rapid evolution of new technologies.¹ An important human instrument of this is increasingly efficient employment, for which flexible forms of employment are appropriate alternatives. It is always difficult to distinguish correlation from causation when analyzing the links between economic performance, employment creation, and labour market organization.² Employment regulations are constantly changing; and both the interest of the employers and the needs of the labour market are becoming part of this regulation. Flexibility emerges in connection with the establishment of legal frameworks for atypical forms of employment, and these forms are widespread. This phenomenon also plays a key role in connection with guaranteeing fundamental labour rights.

Actors of the economy regard labour law as an instrument that creates equal conditions for competition. This drives them to seek the extension of the boundaries of legal regulations. In other words: their goal is a reduction of labour law guarantees. The recent liberalization of the European Union, in particular, the liberalization of the services market resulting from Directive 2006/123/EC, have shown that in the single market there is a strong imbalance between business interests and the protection of social rights.³

Relation of HRM and social law

Social rights come into play on several accounts: most predominantly, they provide fundamental guarantees in the world of labour, thereby ensuring security and protection for employees. HR management has a vital interest in protecting the feeling of security of employees, since the role of stable work environments is essential. The question here is how to strike the right balance: provisions of labour law and entitlements to social rights also limit economic competition and are thus ambivalent instruments for HRM, which inherently intends to increase work efficiency. This paper discusses the framework for this interrelationship, which hopefully will provide an answer to the question raised in the title.

The institutions of labour law take a basically neutral stance towards aspects of HR management. Elements of labour law are mainly specified by

¹ H. Rab, P. Sipka, *Are social rights obstacles to flexibility?* "Social Justice 2014" conference abstract, 01-02. August 2014.

² M. De Vos, *European Flexicurity and Globalization: A Critical Perspective*, "The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2009, 25, 3, 209.

³ A. Mattei, *Prospects for Industrial Relations: Overriding Mandatory Provisions in the Transnational Labour Market*, in: Blanpain R. (ed.), *Labour Markets, Industrial Relations and Human Resources Management, From Recession to Recovery*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Wolters Kluwer, The Netherlands 2012, 151.

the demands of national and international politics and codified accordingly. The world of economic labour law is intrinsically capable of taking the considerations of HR management into account without particular demand for relevant regulation. On the other hand however, the public sector, which is without such competition, requires some authoritative inclusion of provisions required by HR-management.⁴ A measure of this kind is unacceptable in the labour law of the private sector on account of the principle of the right to enter a contract freely, which is laid down in the code of civil rights. The redressing of labour law in the manner of the regulations of the private sector (if we acknowledge the prior existence of public sector labour law at all) evolved simultaneously with the increasing prevalence of international demand for more flexibility; perhaps it even triggered the process. With the intensification of the effects of civil law the intention to perfect the principle of freedom of contract has appeared.⁵ In this context flexibility can be regarded as a complex concept; it means the regulation of a flexible labour market, flexible forms of employment and also the flexibility of the legal regulation itself.⁶

With the emergence of the notion of flexibility, the need for the protection of social security has resurfaced once again, as this serves as a key element of the aforementioned balance. In my view, these developments are not part of HR management, although they are also not independent of it: the requirements of the private sector for increasing efficiency manifests itself internally as HR-management, however to the outside as the desire to influence employment policies and regulations, which by the end of the day comes down to the urge (often demand) to induce codification. The role of employment policies in influencing the codification of labour law is undeniable, yet this connection is also modified by political considerations.⁷

The demand for the introduction of flexible employment is a constant point on the agenda at international professional labour law fora, with several diverse ideological backgrounds and various sets of instruments and schemes of realization. Beyond the search for the role of labour law, all approaches

⁴ See for example the Hungarian act on public servants (act CXCIX of 2011), which prescribes an obligatory system of aspects for application in connection with performance assessment.

⁵ Firlai K., *Neue Formen und Aspekte atypischer Arbeitsverhältnisse*, [in:] *Österreichische Landesberichte zum Internationalen Kongress für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit in Caracas*, ed. H. Floretta, Manzsche Verlag, Wien 1985, 32.

⁶ C. Brewster, T. Mayne, O. Tregsakis, *Flexible working in Europe*, JWB 1997, 2, 67.

⁷ In Hungary the official reasons behind the creation of the new labour code of 2012 was to adjust the labour law regulation to the changed employment situation, guaranteeing relief for employers affected by the economic crisis and increasing and readjusting productivity in general.

share the desire to offer alternatives to the current regulations that serve the labour market by protecting the security of employees. The debates focus on questions regarding the extent that the economy can influence labour legislation and also whether the law should offer solutions for the economy or can only serve as an underlying instrument. These issues often overlap into the realms of the theory of law and are irrelevant to the deliberations of this paper, since the questions at stake here pertain to the science of labour law and law-making, in particular to the role of these, but ignore the direct connection of labour law to HR management.

A more exciting point could be the investigation of how HR management and labour market demands are related, and in what ways they interact and induce changes in each other. As a starting point we can argue that both are rooted in the same field: HR management serves the requirement of the employers through the purpose of rationalizing human resources in order to increase corporate (and production) efficiency. The well-being of employees is also a factor in this rationalization process. At the same time the labour market aims to maximize employment, in particular market-driven employment, while employees demand guarantees for the job protection. The achievement of employee satisfaction and job security strongly correlate in most of the cases. In the eye of the employers, as economic actors, HR management is an instrument to maximize profits; hence the various practices of HR-management aim to attain more flexible forms of employment. In this respect, the idea of flexicurity is principally the manifestation of the employers' interests through the loosening of the rigid provisions of labour law, the elaboration of individual forms of employment and through the appreciation of alternative solutions for employment regulations. It could be argued that the evolvement of HR management after World War II had a significant impact on the profound transformations in the structure of employment, which as a result constantly reshape the world of labour law. The desire for renewal, per se, relates to the new approaches to HR in organizational development, since the essence of efficiency is the ability to adjust and adapt to changes in the environment, which can be clearly detected in the demand for more flexible employment. As the desire for the protection of social security and the underlying guarantees emerged in connection with striking a balance in flexible employment, procedures of HR management emphasized greater attention to employees and embraced social factors in motivation, assessment of performance and even in exploring reasons for fluctuation.

The level of social protection depends on how it is approached: it encompasses a spectrum from basic labour law guarantees, through work-safety and work-health measures to initiatives that improve the well-being of employees.

In this respect, the different understandings of social protection lead to issues of equality and non-discrimination and to their relation to HR management, especially remuneration.⁸ Several papers and legal practice have proved that equal opportunities are a vulnerable aspect of employment, as discrimination was significantly high in connection with work and employment.⁹ In this respect, flexibility and equal opportunities might be seen as contradictory, though the question is rather this: can both notions exist within the field of labour law?

Taking this idea further, the occurrence of equal opportunities in HR management is an interesting subject to examine,¹⁰ even if it must be admitted that equal opportunities are not a priority for HR management. The principle of fairness is however a standard notion in motivation, performance assessment or even the working environment, which allows for the idea of non-discriminatory employment. In labour law which accepts the principle of private law, the freedom to enter into a contract, and which views employees as human capital, i.e. an instrument for achieving efficiency, the application of the principle of equal treatment is merely an obstacle with a social function. In HR management it is furthermore an incompatible, deterrent instrument.

Beyond doubt, the role of fairness in HR management is important from the point of right proportions: the improvement of efficiency should be combined with the objective of eliminating personal envy and dissatisfaction, as economic efficiency does not allow such risks.

Fairness, from another angle, also means lack of discrimination. Within the boundaries of efficiency, this can be compatible with the doctrines of HR management. For instance, differentiation based on performance assessment cannot be considered discriminatory. On the other hand, remuneration outside a previously agreed salary structure is not just discriminatory, but also contradicts the idea of equal opportunities. Motivation, therefore, as a fundamental element of HR management, can evolve through the observation of the notion of equal opportunities. Another element, the recruitment and selection process, which poses great risks to equal opportunities, is definitely neutral to discrimination: if there no requirement for discrimination

⁸ Z. Gurmai, A. Benedek, *Egyenlő munkáért egyenlő bért? Egy aktuális kérdés európai vizsgálata*, „Európai Tükör” 2009, 14, 4, 65–70.

⁹ See in connection with age discrimination, which is a very typical form of workplace discrimination: E. Barakonyi, *Az életkor szerepe a munkajogi szabályozásban*, „HR & Munkajog” 2013, 10, 47–52.

¹⁰ See for typical aspects: B. Sándor, *Dizkrimináció a munkahelyen*, „Fundamentum” 2002, 6, 3–4, 154–162.

during the formation (descriptive) period of a position, the employer will observe the requirements of equal opportunity. However, if a discriminatory approach appears more convenient for any reason, from a purely HR management point of view, it will not pose an obstacle. Therefore, the role of rules and regulations in labour law and social security is also to restrict HR management by legal provisions.

The connection between HRM and labour law

Regulations of labour law are created primarily in order to define the legal framework of employment. A remarkable feature of the legal status of employment is that the parties can agree on the content of this legal relation within the boundaries set by the liberal regulations of private law.¹¹ The purpose of labour law should solely be to provide a framework. However, in real life, the parties' equal and equivalent status is skewed due to the disparity of leverage, and so the role of labour regulations gains importance. Beyond providing a framework, the principal purpose of labour law is the creation of a set of guarantees that restores the equilibrium between the parties. These elements are set by labour law, however they are considered parts of social rights. The ground for development and alterations in labour law is rooted in this feature, since participants of the labour market are found at the opposite sides of employment, and thus require the interference of labour law in their otherwise liberal legal status (of employment) on a different level and with a diverging purpose. A primary aim of labour law is to find a balance: under stable economic conditions it tilts towards social security, while in gloomy labour market situations the liberalization of regulations and the reduction of guarantees become more dominant. It is significant that some experts of labour law claim that the evolving legislation of the EU is the most important route to maintaining social and labour protection in the face of market fundamentalism.¹²

As a result of these achievements employees become a protected group, and this protection mainly originates from the respect of social rights. At international level similar processes can be observed. The question also appears at EU level, as it is obvious in the case of flexicurity, which was developed as a response.

¹¹ Gy. Nádás, *Miért és hogyan felelünk a munkaviszony esetében? Áttekintő gondolatok a munkajogi kárfelelősség célja és lehetséges módozatai körében*, „Miskolci Jogi Szemle” 2014, 9, 1, 48–56.

¹² B. Hepple, *Fundamental Social rights since the Lisbon treaty*, “European Labour Law Journal” 2011, 2, 2, 151.

With the introduction of flexicurity the situation however was not resolved, since the demand for flexibility derives from the fact that requirements of labour law are continuously transforming with changes in economic trends.¹³ The demand for flexible employment on the one hand leads to the introduction of atypical forms of employment; on the other hand, the framework of labour law also undergoes modification resulting in alterations in the labour regulations that were previously deemed stable. Atypical forms of employment accommodate the requirement that particular needs of the labour market involving a vast number of employees can be met within the rules of labour law, thereby reducing the risks that the employees' social security are exposed to. A feature of employment is that in order to achieve economic efficiency, participants of this legal relationship are willing to transgress the limitations of labour law and find loopholes to reduce the burdens of regular employment. However, in this respect, the social security system – understood here as a legal protection system – appears as a barrier in the implementation of labour law rules. Flexibility is today's ideology¹⁴ to improve the state of the labour market and at the same time for satisfying the need for labour law, which is in accordance with the expectations to improve economic efficiency.

We must not forget that the solutions that offer a competitive method for the employer can mean at the same time uncertainty and danger for the employee.¹⁵ Behind the notion of flexicurity lies an ambivalent situation in which, for the sake of maintaining labour law guarantees, the legislation allows deviation from, and even reductions in general labour regulations.

It is often unfeasible to group elements of HR management within the framework of labour law: for instance the rotation or expansion of the scope of activity, understood as the modification of the employment contract by mutual consent; or – in contrast – the job description, which by definition is a range of duties set by mutual consent on the basis of the principles of HR management, is acknowledged by the labour law as the discretionary directive of the employer. These differences demonstrate the correlation between HR management and labour law. As a general rule, HR management operate within the frameworks of the labour regulations: the remuneration system can be designed with respect to the labour regulations, or the recruitment

¹³ Empirical Analysis of Legal Institutions and Institutional Change: Multiple-Methods Approaches and Their Application to Corporate Governance Research ECGI Law Working Paper 238/2014 February 2014.

¹⁴ B. Caruso, *The Concept of Flexibility in Labour Law. The Italian Case in the European Context*, Università degli Studi di Catania, Catania 2004, 22.

¹⁵ R. Fahlbeck, *Towards a Revolutionised Working Life. The Information Society and the Transformation of the Workplace*, "International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 1998, 14, 3, 256.

process can be brought in harmony with these rules. Nevertheless, the points of contact in these cases are relative: the recruitment process precedes the employment status, which requires labour law regulations, thus legal rules rather aim to maintain equal opportunities, than provide a framework for the employer. The performance assessment process lies even beyond the frontiers of legal guidelines: labour law does not intercede; in other words: performance assessment does not endanger the set of labour law guarantees that protect social security.¹⁶

Demands of HR management were least met in the areas of incentives and also termination of work. In the sphere of incentives the issues to tackle are not related to obstacles set up by labour law: the motivating power of salary and allowances are limited by the laws on taxation, which eventually limit employers' ability to use them. Still, it is interesting to observe that representative organizations of employees refrain from demanding different taxation of benefits and allowances in kind, than those tools with social function. The reason behind this could be in the fact the pressure from society appears in achieving measures with social benefits. On the other hand, anti-discrimination rules, rooted in the principle of equal opportunity, also hinder the employers' intention to pass motivating measures that lead to differentiation among the employees; and of course this kind of differentiation is prohibited.¹⁷ These impediments, in the end, result in the same outcome as a regulation based on labour law (see termination), even if it is not incompatible with the aims of labour law to open windows to pass measures that increase work efficiency, (e.g. performance-linked remuneration, termination of holiday, replacement, etc.).

The termination of a legal relationship is a field in which the most essential aspect is the existence of guarantees. Even reforms intended to make labour law more flexible do not in general aim to eliminate these guarantees that protect employees. Rather, the measures taken specify atypical forms of termination to alternative forms of employment.

The correlation between labour law and HR management is also determined by the support for the set of guarantees in labour regulations emanating from other sources. The demand of HR management, in itself, is insufficient to overturn and abolish labour law regulations. However, in the event

¹⁶ Public sector employment of the is the only sphere of labour law in Hungary where assessment performance emerges as a legal norm at all because of the obligatory application and the strict hierarchy in work organization.

¹⁷ Although this is a common phenomenon especially between women and men. See: K. Koncz, *Munkaerő-piaci szegregáció nemek szerinti jellemzői*, „Munkaügyi Szemle” 2009, 53, 2, 53–62.

demands from the labour market or the requirement to support the economy arise, reforms of the labour law might be anticipated. Regulations pertaining to the termination of work are evidence of this: protection of the employee has remained unaffected despite the growing demand for higher flexibility, and even national ambitions to liberalise rules have been met with obstacles in international law¹⁸. On the contrary, atypical forms of employment were paired with alternative forms of termination regulations. A fundamental obstacle for the creation of unified regulation and protection at EU level is the lack of a unified system of concepts related to employees, the self-employed and even the employment relationship.¹⁹ This gap is the result of the protection of the legal system of the Member States and the primary economic purpose of the regulation of labour law.

Conclusion

To summarize, supposed correlations can be discerned between HR management and labour law, and also between HR management and the new processes that influence labour law. However, the nature of these depends on the developments and demands of the labour market, and should always be examined with a holistic approach. HR management finds its place either within or beyond the boundaries of labour law, yet it apparently does not contradict it directly. In order to precisely map the relationship, the applicability of individual legal instruments of labour law for HR management should be investigated separately.

Also, from another point of view, the recognition of certain HR tools by and in the framework of labour law raises interesting questions to inspect. Furthermore, a thorough study of the labour market processes will also lead to a better understanding of the correlation. The outcome might yield results that are not new for HR management, but could contribute to the innovation efforts aimed at increasing flexibility in labour law. Darwin's thesis – according to which not the strongest or the most intelligent species survives, but the one which can change and adapt the fastest – can be the starting point. This can be imported into labour law as follows: the labour law system that adopts the best solutions in the shortest period of time will be the “winner.”²⁰

¹⁸ European Social Charter, Charter of Fundamental Rights of the European Union, conventions of the International Labour Organization (ILO).

¹⁹ T. Gyulavári, Szürke, *Zóna – A munkaviszony és az önfoglalkoztatás közötti jogviszonyok Európában és Magyarországon*, Habilitációs Értekezés, Eötvös Lóránt Tudományegyetem, Állam-és Jogtudományi Kar, Budapest 2010. (manuscript closed: 07.06.2010), 146–147.

²⁰ Z. Bankó, *Az atipikus munkajogviszonyok*, Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs 2010, 36–37.

Abstrakt
**Czy istnieje korelacja między zarządzaniem personelem
i elastycznością zatrudnienia?**

Artykuł dotyczy zarówno prawa pracy, prawa społecznego, jak i zarządzania personelem, ponieważ analizuje związek między tymi dziedzinami. Zdaniem autorki można wyciągnąć różne wnioski dotyczące elastycznego zatrudnienia. Badania mogą pozwolić sformułować rozwiązania na temat elastyczności zatrudnienia i prawa pracy. Punkt wyjścia może stanowić tu teza Darwina, że to nie najsilniejszy ani najinteligentniejszy gatunek przetrwa, ale raczej ten, który umie najszybszej zmieniać się i dostosowywać do nowych warunków.

Słowa kluczowe: elastyczność i bezpieczeństwo w pracy, zarządzanie personelem, prawo pracy, prawa pracowników, prawo społeczne

Katarzyna Bagan-Kurluta

profesor nadzwyczajny, dr hab., Uniwersytet w Białymstoku

Zawieranie małżeństw przez cudzoziemców. Uwagi na temat zmiany ustawy o aktach stanu cywilnego

Kwestia zawierania małżeństw w relacjach transgranicznych¹ jest w ostatnich latach przedmiotem wielu kontrowersji. Dotyczą one przede wszystkim samej możliwości ich zawierania, a także wystawiania zaświadczeń – dowodów możliwości ich zawierania. Kontrowersje powstają przede wszystkim w związku z akceptacją małżeństw homoseksualnych w licznych państwach, w tym w państwach ościennych Polski. Postępowanie w takich sprawach transgranicznych sprowadza się do przyjęcia pewnych uzupełniających się wzajemnie reguł stosowanych do wskazywania właściwości prawa dla możliwości zawarcia małżeństwa oraz reguł dotyczących udzielania ślubów, rejestracji małżeństw i wydawania aktów ślubu. Na gruncie polskiego prawa pierwszą kwestię uregulowano przepisem art. 48 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r.² Przewidziano w nim stosowanie prawa ojczystego nupturienta do oceny jego możliwości zawarcia małżeństwa. Oznacza to, że możliwość zawarcia związku przez przyszłych małżonków będzie oceniana odrębnie w odniesieniu do każdego z nich przez pryzmat jego prawa ojczystego, a więc prawa, które obowiązuje w państwie jego obywatelstwa. Drugą kwestią jest przedmiotem regulacji ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego, którą ostatnio zreformowano. W miejsce starej ustawy z 1986 r.³, od marca 2015 r. wchodzi

¹ Termin w tym kontekście odnosi się do sytuacji, w których zastosowanie znajdą przepisy prawa prywatnego międzynarodowego, w sytuacjach z tzw. elementem zagranicznym (nupturient – cudzoziemiec, bądź miejsce zawarcia małżeństwa za granicą).

² Art. 48: „O możliwości zawarcia małżeństwa rozstrzyga w stosunku do każdej ze stron jej prawo ojczyste z chwili zawarcia małżeństwa” (Dz.U. z 2011 r. Nr 80, poz. 432 z póź. zm.) (dalej zwana ppm).

³ Dz.U. z 1986 r. Nr 36, poz. 180 z póź. zm (dalej zwana ustawą z 1986 r.).

w życie przepisy ustawy⁴, która w nieco odmienny niż wcześniej sposób reguluje kwestię zawierania małżeństw z cudzoziemcami.

Pod terminem „możność zawarcia małżeństwa” kryją się przesłanki materialne zawarcia małżeństwa, a więc wszystkie warunki, od spełnienia których prawo rodzinne uzależnia ważne zawarcie małżeństwa. Są to więc wszystkie wymagania, z wyjątkiem tych, które dotyczą formy zawarcia takiego związku – w tej kategorii mieszczą się przeszkody tamujące i zrywające oraz wymogi odnośnie do prawidłowego powzięcia i oświadczenia woli⁵. Przedmiotem dowodu możliwości zawarcia małżeństwa mogą być okoliczności, które określane są mianem przesłanek jednostronnych oraz dwustronnych. Trudno jest mówić o jakimś uniwersalnym, zamkniętym katalogu przesłanek. Rozwiązania krajowe są bardzo zróżnicowane, niektóre z nich mogą nawet budzić rozważenie (jak wiek maksymalny czy niedojrzałość do zawarcia małżeństwa, ocenianą po liczbie wcześniejszych rozwodów, czy też bycie w niemowlęctwie karmionym przez tę samą co drugi nupturient mamkę). Jednak można mówić o pewnych powtarzających się rozwiązaniach, a więc o dość powszechnej akceptacji pewnych okoliczności, które w stanowiąc mogą powód do kontestowania ważności zawartego małżeństwa – są to wiek, brak zdolności do czynności prawnych, pokrewieństwo, pozostawanie w związku małżeńskim.

W podziale na jednostronne i dwustronne przeszkody małżeńskie przykładowy katalog mógłby przedstawiać się następująco. W pierwszej grupie mieszczą się:

- 1) wiek minimalny (w pierwszej dekadzie XXI w. 42% afrykańskich kobiet w przedziale wiekowym 15–24 lata wstępowało w związki małżeńskie przed ukończeniem 18 lat⁶, a najniższym wiekiem małżeńskim było jak dotąd zaczerpnięte z prawa rzymskiego 12 lat – w Europie można się spotkać ze wcześnie (np. 14 lat) zawieranymi małżeństwami Romów),
- 2) brak zezwolenia na zawarcie małżeństwa (na przykład w XVII-wiecznej Rumunii nieuzyskanie zgody rodziców przez syna na ożenek mogło łączyć się z jego wydziedziczeniem – a więc pośrednio z niedopuszczeniem jego oblubienicy do nabycia jakiegoś składnika ich majątku⁷),
- 3) brak zdolności do czynności prawnych (powiązany z brakiem dojrzałości do podejmowania decyzji w kwestii zawarcia małżeństwa i w mał-

⁴ Dz.U. z 2014 r. Nr 0, poz. 1888. Ustawa wchodzi w życie 1 marca 2015 r., oprócz kilku przepisów, które obowiązują już od 1 stycznia 2015 r. oraz paru, które zaczną obowiązywać dopiero 1 stycznia 2018 r. (dalej zwana ustawą z 2014 r.).

⁵ K. Bagan-Kurluta, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2011, s. 218–220.

⁶ R. Mutyaba, *Early Marriage: A Violation of Girls' Fundamental Human Rights in Africa*, „International Journal of Children's Rights” 2011, No. 19, s. 339.

⁷ G. Asandului, *Institution of Marriage in Old Romanian Law*, „Acta Universitatis Danubius Juridica” 2009, No. 1, s. 129.

zeństwie – różnie oceniany, na przykład w Kalifornii wymagany stopień zdolności podyktowany zdrowiem psychicznym jest przy zawarciu małżeństwa najniższy, w porównaniu z wymogami dotyczącymi innych czynności dokonywanych w życiu codziennym⁸),

- 4) zakaz zawierania małżeństw ponad pewną liczbę (lub przeszkoda niedojrzałości do zawarcia małżeństwa w USA, ewentualnie potrójnego rozvodu w Tunezji),
- 5) upływ okresu wdowieństwa (w świetle kodeksu prawa osobowego Tunisu jest to przeszkoda tymczasowa, ale kobieta może w tym czasie zawrzeć małżeństwo – tylko ze swoim byłym mężem⁹).

Do dwustronnych przesłanek należą natomiast:

- 1) przeszkody o charakterze zdrowotnym (w Illinois i Luizjanie do końca lat 80. XX w. wymagano zrobienia testów na AIDS, w wielu stanach USA od 1935 r. testów wenerycznych¹⁰),
- 2) istnienie węzła rodzinnego z racji pokrewieństwa, powinowactwa lub adopcji (przykładowo, w Illinois zakazane są małżeństwa między wstępnymi a zstępnymi, rodzeństwem (krewnymi pełnej lub półkwi oraz gdy relacja została ukształtowana w drodze adopcji), między wujkami a siostrzenicami/bratanicami, ciotkami a siostrzeńcami/bratankami (pełnej lub półkwi), między kuzynami pierwszego stopnia, ale nie wówczas, gdy oboje nupturienti mają nie mniej niż 50 lat, ewentualnie, gdy któryś z nich w momencie przedstawiania urzędnikowi dokumentów w celu uznania jego zdolności do zawarcia małżeństwa okaże zaświadczenie wystawione przez licencjonowanego lekarza o całkowitej i nieodwracalnej bezpłodności któregoś z nupturientów¹¹),
- 3) cudzołóstwo,
- 4) wspólne godzenie na życie współmałżonka,
- 5) bigamia lub poligamia (interesującym pozostaje fakt zawierania przez mormonów bigamicznych/poligamicznych związków, wbrew możliwo-

⁸ H.S. Klein, M.E. Green, *Undoing Capacity: Under Marriage of Greenway, the Degree of Mental Capacity Required to End a Marriage is Similar to That Required to Begin One*, „Los Angeles Lawyer” 2014, Vol. 37, No. 5, s. 32.

⁹ Jak wydaje się, nie z tym, który zmarł. Por. Dekret z 13 sierpnia 1956 r., J.O.R.T. Nr 104 z 28 grudnia 1956 r. [za: K. Bagan-Kurluta, *op. cit.*, s. 220].

¹⁰ A. Candeb, M. Kuykendall, *Modernizing Marriage*, „University of Michigan Journal of Law Reform” 2011, Vol. 44, No. 4, s. 775.

¹¹ Sec. 212. Prohibited Marriages, 2–4, 750 ILCS 5/212; from Ch. 40, par. 212, Families (750 ILCS 5) Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act, Illinois Compiled Statutes, Illinois General Assembly, www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs4.asp?DocName=075000050HP.r.+II&ActID=2086&ChapterID=59&SeqStart=900000&SeqEnd=3100000 [06.02.2015].

ści ich uznania przez prawo – na przykład na podstawie statutu stanu Utah¹²).

Większość z ograniczeń zawierania małżeństw – w postaci przeszkód wynikających z prawa materialnego – podyktowana została chęcią ograniczenia zawierania potencjalnie patologicznych związków lub uniknięcia ich skutków. Najlepszym tego przykładem jest przedstawiony powyżej przepis uniemożliwiający małżeństwo kuzynom pierwszego stopnia (a więc na przykład rodzeństwu ciotecznemu lub stryjecznemu), tylko wówczas, gdy mogą mieć potomstwo. Jednak potraktowanie wielu okoliczności jako przeszkód małżeńskich podyktowanych zostało tradycjami i kulturą, czego najlepszym przykładem jest przesłanka monogamiczności małżeństwa obecna w państwach chrześcijańskich (w kontraście z przesłanką poligamiczności małżeństwa, błędnie zresztą utożsamianą ze wszystkimi państwami muzułmańskimi), ale także przesłanka wieku (przekonanie o tym, że w państwach południowych i o gorącym klimacie kobiety wcześniej dojrzewają). To ustawodawca decyduje o katalogu przeszkód małżeńskich i czasem nawet te najbardziej oczywiste okoliczności nie są tam uwzględnione. Na przykład, w świetle polskiego prawa rodzinnego okolicznością, która byłaby przedmiotem badania dla określenia możliwości zawarcia małżeństwa nie może być płeć, ponieważ odmienna płeć nupturientów nie stanowi przesłanki materialnej. W związku z płynnością granicy między przesłankami formalnymi i materialnymi – co stwierdzić można porównując rozwiązania prawnorodzinne różnych państw – może mieć miejsce sytuacja, w której okoliczność, która w państwie, w którym ma się odbyć ceremonia ślubna nupturientów jest postrzegana jako przesłanka materialna, w państwie, którego organ wystawia zaświadczenie jest przesłanką formalną.

Zasada swobody zawierania małżeństw, wyrażona tak w polskim prawie rodzinnym, jak i w aktach z zakresu ochrony praw człowieka o fundamentalnym znaczeniu¹³, interpretowana jest jako prawo każdego mężczyzny i kobiety (bez względu na ich rasę, narodowość, wyznanie) w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Jednakże zakładając, że w świetle niektórych praw wiek nupturientów jest przesłanką formalną zawarcia małżeństwa – na podstawie zaświadczenia o możliwości zawarcia małżeństwa wystawionego w takim państwie nie będzie można stwierdzić, czy nupturient jest w tym tzw. wieku małżeńskim.

¹² K.A. Berberick, *Marrying into the Heaven: Constitutionality of Polygamy Bans under the Free Exercise Clause*, „Willamette Law Review” 2007, Vol. 44, No. 1, s. 106.

¹³ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r., www.hfhrpol.waw.pl/pliki/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf; Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r., Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167; Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

W art. 56 ust. 1 ustawy z 1986 r. przyjęto, że cudzoziemiec zamierzający zawrzeć małżeństwo w Polsce jest obowiązany złożyć kierownikowi urzędu stanu cywilnego dokument stwierdzający, że zgodnie z właściwym prawem może zawrzeć małżeństwo. Oznacza to odniesienie do regulacji kolizyjnoprawnej i przyjęcie za nią, że cudzoziemiec taki obowiązany jest złożyć dokument, w którym znajdują się twierdzenia wynikające z jego prawa ojczystego. W ust. 1 art. 79 ustawy z 2014 r., obok dokumentu stwierdzającego, że zgodnie z właściwym prawem może zawrzeć małżeństwo, chyba że na podstawie przepisów ustawy z 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, jego możliwość zawarcia małżeństwa jest oceniana na podstawie prawa polskiego, cudzoziemiec powinien złożyć:

- 1) zapewnienie,
- 2) odpis aktu urodzenia, a jeżeli pozostawał uprzednio w związku małżeńskim – odpis aktu małżeństwa z adnotacją o jego ustaniu, unieważnieniu albo stwierdzeniu jego nieistnienia, albo odpis aktu małżeństwa z dokumentem potwierdzającym jego ustanie lub unieważnienie albo dokumentem potwierdzającym stwierdzenie nieistnienia małżeństwa, jeżeli na podstawie pozostałych składanych dokumentów nie można ustalić danych niezbędnych do sporządzenia aktu małżeństwa.

Czym jest wspomniane w nowej ustawie zapewnienie? W świetle art. 76 ustawy z 2014 r., jest to pisemne zapewnienie, że nupturient nie wie o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa, które zawiera:

- 1) nazwiska i imiona osób zamierzających zawrzeć małżeństwo, ich nazwiska rodowe, jeżeli można je ustalić, stan cywilny, obywatelstwo, daty i miejsca urodzenia, numery PESEL, jeżeli zostały nadane, oraz oznaczenia przedstawionych dokumentów tożsamości,
- 2) jeżeli osoba zamierzająca zawrzeć małżeństwo pozostawała uprzednio w związku małżeńskim albo prawomocnie stwierdzono nieistnienie małżeństwa – wskazanie miejsca zawarcia małżeństwa,
- 3) informację o wspólnych dzieciach osób zamierzających zawrzeć małżeństwo oraz oznaczenie ich aktów urodzenia i urzędu stanu cywilnego, w którym zostały sporządzone, jeżeli są znane,
- 4) nazwiska, imiona oraz nazwiska rodowe rodziców każdej z osób zamierzających zawrzeć małżeństwo,
- 5) jeżeli małżeństwo ma zostać zawarte w sposób określony w art. 1 § 2 i 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego – oświadczenia o nazwisku (nazwiskach), które będą nosiły osoby zamierzające zawrzeć małżeństwo po jego zawarciu, oraz oświadczenia o nazwisku dzieci zrodzonych z tego małżeństwa,

- 6) oświadczenie, że nie zachodzą przeszkody uniemożliwiające zawarcie małżeństwa określone w art. 10–15 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego,
- 7) informację o pouczeniu o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia,
- 8) adres do korespondencji osób zamierzających zawrzeć małżeństwo,
- 9) podpisy osób zamierzających zawrzeć małżeństwo oraz kierownika urzędu stanu cywilnego albo konsula przyjmującego zapewnienie. Oświadczenie, o którym mowa w pkt 6, składa się pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, a informacja, o której mowa w pkt 7, zastępuje pouczenie organu o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń.

Jak się ma obowiązek złożenia takiego zapewnienia przez cudzoziemca do właściwości prawa ojczystego nupturienta – do oceny jego możliwości zawarcia małżeństwa – w taki, a nie inny sposób określonej przepisami kolizyjnymi? Biorąc pod uwagę konieczność zachowania pewnego rodzaju komplementarności rozwiązań zawartych w obu ustawach (ppm i o aktach stanu cywilnego) względem siebie, zastanawiające wydaje się odniesienia do cudzoziemców obowiązku składania przez nich oświadczeń o braku przeszkód małżeńskich określonych w art. 10–15 polskiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Oznacza to, że wbrew temu, co przewidziano w art. 48 ppm, zdolność cudzoziemca do zawarcia związku małżeńskiego ma być ponadto oceniana z punktu widzenia prawa polskiego – a więc prawa państwa, w którym małżeństwo jest zawierane. Na świecie istnieją dwa sposoby regulowania kwestii możliwości zawarcia małżeństwa. Pierwsze z nich stosuje się w polskim prawie kolizyjnym i najogólniej polega ono na przyjęciu prawa personalnego osoby do oceny jej możliwości zawarcia małżeństwa. Drugim posługują się Amerykanie, przewidując właściwość prawa obowiązującego w miejscu zawarcia małżeństwa, zarówno dla przesłanek formalnych, jak i materialnych jego zawarcia. Obecne polskie rozwiązanie łączące w sobie przepisy ppm i ustawy z 2014 r. wydaje się stawiać cudzoziemców w sytuacji, gdy będą oni musieli spełnić wymogi wynikające z dwóch praw – jakby intencją ustawodawcy było połączenie dwóch metod wskazywania właściwości prawa, ale przede wszystkim wprowadzenie zbędnych utrudnień w zawieraniu małżeństw i umożliwienie tzw. pójścia na skróty, gdy w grę wchodzi mogłoby zastosowanie klauzuli porządku publicznego.

Funkcją klauzuli porządku publicznego, uregulowanej art. 7 ppm, jest wyeliminowania szkodliwych skutków zastosowania prawa obcego, o ile gościć one mogą w podstawowe zasady naszego porządku prawnego¹⁴. Jej sto-

¹⁴ Prawa obcego nie stosuje się, jeżeli jego stosowanie miałyby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej.

sowanie ma być z założenia rzadkie i wyjątkowe, stanowi ona swoistą klępkę bezpieczeństwa przed akceptacją w Polsce stosowania szokujących zagranicznych rozwiązań prawnych. Zastosowanie klauzuli w sprawach małżeńskich możliwe jest dzięki regulacji zawartej w obu ustawach o aktach stanu cywilnego. W świetle art. 56 ustawy z 1986 r., jeżeli otrzymanie przez cudzoziemca dokumentu potwierdzającego jego zdolność zawarcia małżeństwa napotyka trudne do przewyżczenia przeszkody, sąd w postępowaniu nieprocesowym na jego wniosek, może go zwolnić od złożenia dokumentu. W postępowaniu takim sąd na podstawie właściwego prawa ustala, czy osoba ta może zawrzeć małżeństwo. Ta sama formuła została powtórzona w art. 79 ust. 2 ustawy z 2014 r. Sąd badając sprawę posługuje się prawem ojczystym nupturienta, ocenia, bez względu na to co w tej kwestii przewiduje polskie prawo rodzinne, czy w świetle swojego prawa ojczystego nupturient taki jest zdolny do zawarcia związku małżeńskiego. Dopiero po stwierdzeniu jego zdolności określonej przez prawo właściwe i po dojściu do przekonania, że dozwoleństwo na zawarcie przez niego małżeństwa w Polsce wywołałoby skutki godzące w którąś z podstawowych zasad naszego porządku prawnego, sąd może posłużyć się mechanizmem klauzuli porządku publicznego. Takie sytuacje miały miejsce w odniesieniu do przesłanki niepozostawiania w małżeństwie w kontekście zasady monogamiczności małżeństwa¹⁵, przy czym orzeczenia SN nie były jednoznaczne w kwestii odrzucenia możliwości udzielenia w Polsce ślubu cudzoziemcowi, którego prawo zezwala na wielożeństwo, ale nie zawarł on jeszcze małżeństwa, przed tym planowanym w Polsce. Pod reżimem ustawy z 2014 r. to kierownik urzędu stanu cywilnego będzie oceniał zdolność do zawarcia małżeństwa z punktu widzenia polskiego prawa, ponadto cudzoziemiec będzie musiał poznać treść przepisów polskiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, żeby ustrzec się przed odpowiedzialnością karną za złożenie niezgodnego z prawdą oświadczenia.

Tak ukształtowane w nowej ustawie zapewnienie zastąpić ma pisemne i nie obwarowane rygorem odpowiedzialności karnej zapewnienie nupturienta, że nie wie on o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa przewidziane art. 54 ust. 1 pkt 2 ustawy z 1986 r. Już wcześniej sporo wątpliwości budziła kwestia rozciągnięcia na cudzoziemców obowiązku składania takich dokumentów, jakie mają składać wszystkie inne osoby podlegające w sferze swego wstąpienia w związek małżeński polskiemu prawu (polscy obywatele

¹⁵ Uchwała SN z 22 czerwca 1972 r., III CZP 34/72, LexPolonica nr 312209, OSNCP 1973, nr 4, poz. 52; orzeczenie SN z 26 sierpnia 1974 r., I CR 608/74, LexPolonica nr 330596, OSPiKA 1976, nr 7–8, poz. 147; orzeczenie SN z 11 października 1974 r., II CR 735/74, LexPolonica nr 330597, OSPiKA 1976, nr 7–8, poz. 142; orzeczenie SN z 28 grudnia 1979 r., III CRN 253/79, LexPolonica nr 321408.

lub osoby, do których na podstawie przepisów kolizyjnych stosowane jest polskie prawo). Same sformułowania użyte w ustawie z 1986 r.: osoba zamierzająca zawrzeć małżeństwo jest obowiązana (art. 54) i cudzoziemiec zamierzający zawrzeć małżeństwo jest obowiązany (art. 56), mogą stanowić przyczynek do zajęcia dwóch przeciwstawnych stanowisk. Pierwsze z nich polega na przyjęciu, że z racji tego, że pojęcie „osoba” jest pojęciem szerszym niż „cudzoziemiec” – a więc to drugie pojęcie zawiera się w pierwszym¹⁶ – do cudzoziemców należy stosować także przepisy dotyczące wszystkich osób, a raczej odwrotnie – to cudzoziemcy są grupą, która obok spełnienia przyjętych dla wszystkich (ogólnych) wymogów, muszą jeszcze spełnić inne (szczególne) wymogi wynikające z dodatkowej regulacji. Drugie stanowisko polega na przyjęciu, że „osoba” jest w kontekście stosunków transgranicznych pojęciem nie szerszym, ale odmiennym niż pojęcie „cudzoziemiec”, co w konsekwencji skutkować powinno wyłączeniem stosowania do cudzoziemców przepisów do nich bezpośrednio nie adresowanych. Sformułowania użyte w nowej ustawie: osoba zamierzająca zawrzeć małżeństwo (art. 76) i cudzoziemiec zamierzający zawrzeć małżeństwo (art. 79) nie rozwiewają wątpliwości dotyczących stosowania przepisów. Jednakże z przyjęcia w odrębnym przepisie, że cudzoziemiec powinien złożyć wspomniane już zapewnienie wynikałoby chyba przychylenie się do drugiej koncepcji, a więc potraktowania cudzoziemców w sposób odmienny od innych osób.

Gdyby odnieść ten wniosek do starej ustawy, zastosowanie samego przepisu art. 56 (bez art. 54)¹⁷, jako uzupełnienia normy kolizyjnej z art. 48 ppm świadczyłoby o pełnej komplementarności i zgodności ze sobą rozwiązań ustawowych. Na gruncie ustawy nowej odrębne traktowanie cudzoziemców oznacza jednak poddanie ich możliwości zawarcia małżeństwa ich prawu ojczySTEMU (na podstawie ppm i ustawy o aktach stanu cywilnego) i prawu polskiemu (na podstawie ustawy o aktach stanu cywilnego).

Reasumując, według uzasadnienia projektu ustawy z 2014 r., „projektowane regulacje mają przyczynić się do poprawy jakości rejestracji stanu cywilnego, co przełoży się na podniesienie bezpieczeństwa i pewności obrotu prawnego”¹⁸, mają wpłynąć na rozwiązanie problemu w postaci: „nieadekwatne [przepisy] do stanu stosunków społecznych oraz do zmienionych warunków ekonomicznych i ustrojowych, wymagające doprecyzowania, usyste-

¹⁶ Postanowienie SN z 23 września 1977 r., ICR 309/77, LexPolonica nr 312802, OSNCP 1978, nr 8, poz. 139.

¹⁷ Choć w myśl pierwszej koncepcji, do cudzoziemców znajduje zastosowanie także przepis art. 54 ustawy z 1986 r.

¹⁸ www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2620, s. 2 [26.01.2015].

matyzowania, eliminacji wątpliwości interpretacyjnych i luk prawnych¹⁹. Co więcej, „zasadniczym celem projektowanych przepisów pozostaje konieczność uproszczenia i usprawnienia procedury we wskazanym powyżej zakresie oraz wyjścia naprzeciw oczekiwaniom społecznym, zważywszy na istotę ceremonii małżeństwa będącą jednym z fundamentalnych zdarzeń w życiu człowieka i często doniosłym wydarzeniem rodzinno-osobistym. Osiągnięcie powyższych priorytetów wymaga obok uszczegółowienia i doprecyzowania przepisów, wprowadzenia nowych rozwiązań prawnych dostosowanych do realiów życia społecznego²⁰. Analizując dalej uzasadnienie odnaleźć można jedno zdanie odnoszące się, jak by się mogło wydawać, do poruszonych powyżej problemów. Otóż: „dostosowując rozwiązania z zakresu rejestracji stanu cywilnego do ustawy z 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, inaczej niż dotychczas uregulowano zagadnienie wymaganego w procedurze zawarcia małżeństwa przez cudzoziemca dokumentu stwierdzającego, że zgodnie z właściwym prawem może on zawrzeć małżeństwo, zastrzegając, że przedłożenie tego dokumentu jest konieczne, tylko wtedy, gdy możliwość zawarcia małżeństwa przez tego cudzoziemca nie jest oceniana na podstawie prawa polskiego²¹. Z lektury uzasadnienia wynika, że motywem ustawodawcy było wprowadzenie nowoczesnych rozwiązań, jak elektroniczna rejestracja zdarzeń w aktach stanu cywilnego, możliwość przesyłania informacji ich dotyczących za pośrednictwem sieci, bez potrzeby fatygowania petenta, aby dostarczył dokument na okoliczność jakiejś konkretnej sprawy. Jednak sprawa się komplikuje w przypadku cudzoziemców chcących zawrzeć związek małżeński w Polsce, ponieważ nowe rozwiązanie ich dotyczące nie są ani prostsze, ani nowocześniejsze. Co więcej, wydają się także pozostawać w sprzeczności w przepisem ppm. Ponadto, już w opinii eksperckiej Biura Analiz Sejmowych dopatrzono się mankamentu ustawy: „rozbudowa obligatoryjnych elementów zapewnienia pozostaje w sprzeczności z podstawowym celem zmian, jakim jest «uproszczenie i usprawnienie procedury zawierania małżeństwa»²².

Jeśli zastanowić się nad potencjalnymi zagrożeniami jakie mogą płynąć ze zbyt liberalnego traktowania możliwości zawarcia małżeństwa, to zauważyć należy, że z jednej strony w polskim prawie mamy swobodę zawierania małżeństw, której granice określają przepisy chroniące przed patologią, z drugiej

¹⁹ *Ibidem*, s. 67.

²⁰ *Ibidem*, s. 35.

²¹ *Ibidem*, s. 37.

²² P. Sobolewski [ekspert ds. legislacji w Biurze Analiz Sejmowych], *Opinia prawna w sprawie rządowego projektu ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego*, druk sejmowy nr 2620, Opinie Biura Analiz Sejmowych, www.orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2620 [26.01.2015].

strony zaś – klauzulę porządku publicznego, która jest idealnym instrumentem eliminowania potencjalnie szokujących skutków zawarcia małżeństwa.

Abstract
Conclusion of marriage by foreigners.
Changes in legislation regarding marital status

Conclusion of marriage by foreigners in Poland and assessing their right to marry may be a source of many problems. The procedure in such cases comes to the realization of certain complementary rules used to indicate the applicable law for this possibility (substantial impediments to marriage) and the rules for the granting of marriage, marriage registration and issuing marriage acts, according to marital status legislation. The most recent reform of the latter will not eliminate these problems.

Key words: the right to marry, marriage, material impediments to marriage, marriage obstacles, marital status law, conflict of laws

Krisztián Szabó

PhD. Associate Professor, University of Debrecen Faculty of Law, Debrecen, Hungary

Societal questions of witness protection in Hungary

Introduction – international and constitutional background

Besides the approach of witness protection in criminal procedure and evidentiary theory, it is necessary to carry out empirical research mainly with the aim of developing strategies to protect witnesses from intimidation.”¹ As examples of such research are difficult to find both in international and Hungarian scientific literature, I attempted to obtain relevant data by means of questionnaires using the means at my disposal. In my opinion, useful conclusions can be drawn in connection with the practical application and effectiveness of the present Hungarian legislation in force.

It should be emphasized that this kind of empirical test results are missing not only in Hungary, but, in spite of the extensive application of witness protection programmes internationally, also only a relatively small amount of international research has been done on the comparative costs and effectiveness of witness protection.² Different methods of witness protection and protective programmes can be regarded as a reaction to different forms of intimidation, but they do not deal with their causes.

It is essential to examine the issues that lead to witness intimidation during legal proceedings, and how fear can influence the witness during testimony. Zoltán Varga deals with the theoretically important question of witness protection whether the witness’ subjective sense of fear itself can influence the application of means of witness protection or only the authority’s standpoint

¹ I. Kertész, *A még különösebben védett tanú*, “Belügyi Szemle” 2001, 50, 11, 38.

² N. Fyfe, J. Sheptycki, *Facilitating witness co-operation in organised crime cases: an international review*, Home Office Online Report 27/05, <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs05/rdsolr2705.pdf> [15.16.2009], p. 27.

based on objective facts can be regarded as standard.³ The close examination of this question is justified since it is indisputable that “the witness may also be put in an uncertain situation by the authorities”⁴, which may reduce their confidence in the judicial system as well as their willingness to testify. It may happen that the witness really is afraid in spite of the fact that no facts, data or circumstances have emerged that could threaten the witness, only “their abstract sense of fear which prevents them from testifying or influences their testimony”.⁵

It may happen that a witness been the victim of genuine threats and had been intimidated, but it may also happen that she/he is not aware of any real danger. In the latter case, the processing authority has to order the witness to be protected even if the latter definitely protests against it.⁶ However, it can be questioned how such a witness would co-operate during their testimony.

Furthermore, during the application of witness protective means the demand on the fact the guaranteed rights of the accused – mainly cross-examination and the principle of directness – should be infringed insofar as this is strictly necessary, and that witness protection means should not be used only with the aim of making it easier to prove the case. Mihály Tóth expresses the basic question: “are we able to separate justified witness protection from the situation where the aim is to avoid cross-examination for the purpose of convenience?”⁷

From the R (97) 13. Recommendation about the intimidation of witnesses and the right to protection of the Committee of Ministers of the Council of Europe in connection with the above mentioned issue the following statement can be found: in some cases easier forms of witness protection should be ensured for a witness demanding this even if its application is justified by the witness’ sense of fear exclusively, without any other objective reasons (e. g. in the case of confidential disclosure of personal data). Otherwise, the range of Hungarian witness protection enables this, since different forms and levels of witness protection exist.

Nevertheless, the commentary on Act XIX of 1998 on criminal proceedings (in the following: Be.) contains the following: “Judging justification of defence and choosing the applied measure/disposition (...) is the task of the

³ Z. Varga, *A tanúvédelem*, “Magyar Jog” 2001, 48, 5, 268–269.

⁴ Á. Farkas, E. Róth, *Tanúvédelem a büntetőeljáráásban*, “Magyar Jog” 1992, 39, 10, 586.

⁵ Z. Varga, *A tanúvédelem*, 268.

⁶ *Ibid.*, 269.

⁷ M. Tóth, *Adalékok új büntetőeljárási törvényünk mozgalmalms gyermekeihez (Tanúvédelem és iratismertetési jog a módosítási módokról)*, [in:] *Dolgozatok Erdei Tanár Úrnak*, eds. K. Holé, Cs. Kabódi, B. Mohácsi, Eötvös Loránd Tudományegyetem ÁJK, Budapest 2009, 424.

authorities who act on criminal cases and not a circumstance depending on the witness' subjective assessment."⁸ This interpretation is quite contrary to the interpretation of the European Court of Human Rights (in the following: ECHR) in the *Doorson*-case⁹ where, in order to obtain permission for anonymity, it is not necessary that the witness would be subject to genuine intimidation, but it is enough if they believe that they are in danger in the given circumstances.¹⁰

However, the ECHR itself made an opposite decision in the case '*Krasniki vs. the Czech Republic*',¹¹ since it ruled against the Czech authorities on the basis that they permitted the anonymity of two witnesses only because of their subjective sense of fear (the witnesses were afraid of the defendant who was a drug dealer of Yugoslav origin, because they considered South-Slavs to extremely hot-tempered people and they usually restore witnessing against them). In this case the ECHR stated that non-appearance of witness in the hearing does not necessarily mean the infringement of the right to due procedure and in connection with drug dealing potential victimisation means real danger, but in the present case in the lack of appropriate examination of justified anonymity the acting authority restricted the right of the defendant contrary to the Agreement.¹²

In connection with the significant differences between the above mentioned opinions I share Zoltán Varga's standpoint according to which "it must be concluded that official measures and the personal subjective feeling of the witness finally could meet on a common platform."¹³ In my opinion if the success of a criminal case is kept in mind according to the standpoint of the Recommendation and the *Doorson* case, the subjective sense of fear of the witness cannot be ignored, since the witness is going to confess on the basis of their conviction and may conceal certain facts if they feel to be in danger even if they have no reason for it. Furthermore, in spite of the fact that to refuse testimony as a result of alleged threats or intimidation is not possible, the witness may avoid stating relevant facts easily by claiming "not to remember them" at the hearing.

⁸ *A büntetőeljárásról szóló 1998. évi XIX. törvény magyarázata*, eds. K. Holé, E. Kadlót, II. kötet, Magyar Közlöny Lap-és Könyvkiadó, Budapest 2007, 336.

⁹ Paragraph 71. of *Doorson v The Netherlands*, Judgment of 26th March 1996 (case number: 20524/92).

¹⁰ *EU standards in witness protection and collaboration with justice*, ed. G. Vermeulen, Maklu Publishers, Antwerp 2005, 38.

¹¹ *Krasniki v Czech Republic*, Judgment of 28th February 2006 (case number: 51277/99).

¹² Paragraphs 75., 82. and 86. of the judgment.

¹³ Z. Varga, *A tanúvédelem*, 269.

Naturally, the use of means of witness protection should not be unlimited and from the point of justification priority will be given to the conclusions drawn from the objective facts.

I have been emphasizing for years on the basis of the above ideas that in some cases it should be ensured for the judicature to apply weaker forms of witness protection (mainly anonymous means of criminal procedure and the confidential disposal of personal data) discretionally for the witness who needs this if the application of these forms are justified by the witness' sense of fear exclusively, despite the lack of objective evidence for this. The Be. was modified several times during recent years in the case of confidential disposal of personal data of the witness fulfilling this demand. The interest of testimony taken completely, without intimidation is regarded as more important because it leads to successful law enforcement. It may happen that "the witness is afraid of the accused or their relatives or friends in spite of the fact that the witness has not experienced any external influences and this fact itself may influence the witness' testimony."¹⁴ Indisputably, law enforcement and the interests of the injured party as a witness usually coincide and controversy between them can be observed only exceptionally. However, "in such a case the injured party does not intend to testify because of intimidation by the offender even if the accuser counts on her/his testimony."¹⁵ To solve this problem there is witness protection and the former solution. It is of capital importance since it is most widely believed even today that "the best is not to see or hear anything and not to speak at all" (unfortunately, this opinion is not entirely baseless).¹⁶ There is no mercy in organized crime even today and "those who help justice against organized crime, really risk their own lives."¹⁷

The above thoughts are supported by Resolution No. 104/2010. (VI. 10.) of the Hungarian Constitutional Court dated 8th June 2010, which states that in accordance with the right to protection of personal data in criminal procedures the witness within the system of witness protection has the right to informational self-determination to ask to for his personal data to be disposed confidentially and there is no constitutional reason or purpose whereby the investigating authority, public prosecutor or judge would be entitled to refuse such an application after examining the objective basis of intimidation. Consequently, if the witness applies for disposing her/his personal data confi-

¹⁴ B. Elek, *A tanúvallomások befolyásolásának megakadályozása a gazdasági bűntetőperekben*, [in:] *tanú védelmének elméleti és gyakorlati kérdései*, ed. B. Mészáros, Pécsi Tudományegyetem ÁJK, Pécs 2009, 58.

¹⁵ T. Király, *Bűntetőeljárás jog*, Osiris Kiadó, Budapest 2001, 178.

¹⁶ Á. Farkas, E. Róth, *Tanúvédelem...*, 583.

¹⁷ I. Kertész, *A tanú védelemre szorul*, "Magyar Jog" 1993, 40, 4, 193.

dentially, the authorities cannot refuse this, while refusal was possible before 1st January 2011, for example in the case where the witness' data were already known by the parties.¹⁸

In my opinion the stricter forms of witness protection and stronger methods of protection can be applied only on objective basis regarding that in such cases they guarantee rights of protection, the principle of directness and cross-examination are infringed to a great extent. However, witness protection without objective base cannot compete with the right to a fair hearing or any aspects thereof. From this point of view it is worth interpreting the resolution of the ECHR in the Doorson case, which considers the witness' personal sense of fear as sufficient grounds to permit anonymity.

To distinguish the subjective and objective basis of witness protection a brief overview of the factors influencing the witness' testimony seems to be necessary.

Factors influencing witnesses' testimony

Before the close examination of issues in connection with the witness' sense of fear it is worth briefly overviewing the factors influencing witness testimony. In the witness' mind from recognition to testimony a rather long psychological process takes place, and is influenced by factors which cannot be ignored by the judge when interpreting the testimony. In his extremely important monograph, Lajos Nagy classifies the factors according to physiology and psychology.¹⁹ Physiological factors are age, sexual orientation, sensory impairment, and psychological factors are sense, attention, emotion and relevant pathological circumstances.

According to other divisions – for example the relevant parts of the university textbooks by Tibor Király²⁰ and Flórián Tremmel²¹ and Balázs Elek's monograph written on this topic²² – the facts affecting witness testimony can be independent from the witness' personality (objective) or they can depend on their personality (subjective). The objective factors affect recognition according to the nature of the facts of the testimony and at the same time the

¹⁸ It has no significant importance in practice because confidential disposal of personal data can of course be ordered this way as well.

¹⁹ See detailed: L. Nagy, *Tanúbizonyítás a büntetőperben*, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1966, 126–214.

²⁰ T. Király, *Büntetőeljárás* jog, 240–241.

²¹ Cs. Fenyvesi, Cs. Herke, F. Tremmel, *Új magyar büntetőeljárás*, Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs 2005, 238–239.

²² B. Elek, *A vallomás befolyásolása a büntetőeljárásban*, Tóth Könyvkereskedés és Kiadó, Debrecen, 2008 42–44.

subjective factors relate to the witness' personality directly. According to this, objective factors are the following: action, awareness of space and time, recognition of people, sight and hearing, awareness of speech, passage of time and later effects. Subjective factors are: age, sex, sense perception, disability, intelligence, attention, emotion and professional skills.

In this paper I deal briefly only with the following factors related to witness protection: age, sex, attention, emotion (especially fear), action, recognition of people, recognition of speech and later effects.

Age – as an important physiological aspect concerning evaluation – focuses rather on intellectual skills, not only on somebody's actual age. For example – according to the Be. – the witness testimony of a child can be carried into effect only in case it is irrecoverable. At the same time this means the “adequate immaturity of the intellectual skills by age”²³ as well. According to empirical observations the good cognitive skills of a child under 7 are affected by imagination; the observational skills of children between 7 and 10 intensifies but their intellectual boundaries should be taken into consideration in this case as well. Children older than 10 can be reliable witnesses because of their extensive interest but in their case their potential tendency to dream and possible introverted personality should be taken into consideration, too.²⁴ All these data lead to the following: in case of questioning children there are a positive and a negative sides at the same time. On the positive side, we can see their sharp perceptiveness, but, more negatively, their behaviour and attitude to life are both seriously affected by their social environment and families so they can be influenced more easily in connection with “what they have to say” instead of what they really saw or heard. In the case of witness testimony of the elderly the following should be taken into consideration: the possible deterioration of psychological and intellectual skills and weakening of sense perception, all of which can lead to the deterioration of cognitive capability.

Although modern procedural laws do not differentiate between female and male witnesses, historically, this has not always been the case. In slave-owning and feudal societies women were partly or entirely not prohibited from testifying as witnesses. Nowadays witness testimonies of women and men are equal but we must not forget that their physical and physiological characteristics are different and have an effect on the testimonies. In the course of my empirical research I examined with special attention the differences between female and male respondents based on the actual questions.

²³ T. Király, *Büntetőeljárás* jog, 240.

²⁴ R. Zs. Király, *Gyermek a tárgyalóteremben*, “Belügyi Szemle” 2002, 50, 1, 105.

Attention can be seen as a state of intellectual activity which depends on several factors. It is affected by age, state of health and individual experience. People observe phenomena intentionally but the details remain in their memory in a way that does not depend on their will. It depends on how unexpectedly somebody is affected by the given events and their state of mind at the time. Human attention can be divided and can notice numerous things or can concentrate only on one event and this originates mostly from outer impacts.

People are sensitive beings and react to these impacts emotionally, and therefore emotions have great effect on a witness' testimony. All these can make the evaluation of the testimony easier for the judge because the objectivity and reality can mostly be decided based on such external images.

Action noticed by the witness is such a knowledge based on behaviour, which is relevant regarding the actual case. The witness declares how, where and when they noticed the facts. The evaluation of facts should be carried out very carefully because the witness often adds circumstances besides the facts noticed; and they can also draw their own conclusions based on the facts noticed. It can be especially true regarding child witnesses as explained above. So it is crucial to evaluate witnesses' statements concerning the facts they noticed by taking other evidence into consideration

Recognition of people connected to criminal offenses involves identification based on external physical characteristics (for example physique, hair colour, and facial features). The witness can see a fugitive during the commission of the crime if they are "lucky", so their testimony is of significant importance in such situations. The statements of the witness are highly affected by their sense of fear; an obvious example would be when they confront the accused in court.

Speech recognition could be of great help in connection identifying the offender of a criminal offense. Under suitable circumstances the offender's sex and age can be stated. From their accent and tone important conclusions can be drawn but phrases characteristic of their social background can be relevant as well. However this can also be a problem relating to witnesses, co-operating persons because the suspect can recognize them easily based on their speech even if they cannot see their faces and do not know their identity.

In posterior effects, the witness' recollection of the events that they have witnessed is altered. Having a clear memory of the facts becomes more difficult from interrogation to interrogation, and which causes the witness to change their testimony very often. Although there is "significant scientific criminological literature on the effects of fear on the perceptions of events

and the testimony... the affects of later fear and acts of witness protection on the validity of the testimony is not known.”²⁵ But I think it is of essential importance to analyse these questions in connection with the intimidation of witnesses nowadays.

Balázs Elek points out the following: elimination of influencing of intentional change of acquired knowledge is one of the most difficult practical questions of testimonial evidence. The form of influence can be criminal offence, or non-criminal behaviour with great influence. “It can be shown with examples that influence or intimidation can result from the actions of the interested parties or by the authorities; and it is a very practical problem. The most common forms of influence are threats and compulsion and fear triggered by threats.”²⁶

After analysing the objective and subjective factors it can be concluded that the means of witness protection are reliable in that they can eliminate intentional influence as well as fear and intimidation. In the following section, I will examine how these factors are real and existing problems in the legal practice based on empirical research data.

Empirical research data

In connection with witness protection only a certain amount of empirical research has been carried out so far, so this is the main reason why only limited relevant data available is available. However, such data is needed to examine the justifiability and effectiveness of witness protection. In my opinion it is impossible to get a complete and true picture of the state of Hungarian witness protection. I carried out empirical research with the participation of students of different faculties of the University of Debrecen. The sample is representative of the students questioned but it does not reflect the scale of the students of the University of Debrecen in relation to the different faculties. But this latter intention was not a purpose of the research. My research method was a probability sampling procedure or, to be more exact, simple random sampling.

The number of elements of the research was 748 persons in the following apportionment: 472 law students (63%) and 276 other students (37%). 75% (565) of the participants were female and 25% (181) male, so women were over-represented overall and in the actual faculties as well. I think the latter data is important because this way it can be examined whether sex is

²⁵ I. Kertész, *A még különösebben...*, 40.

²⁶ B. Elek, *A vallomás...*, 56–57.

a relevant factor in connection with witness testimony today. The subdivision based on law and other students is important according to special knowledge (for example means of witness protection) in connection with several significant questions.

It is important to mention how many persons from the 748 participants had experience as a witness in criminal or in other cases. 157 participants participated in various cases (civil law, labour law, misdemeanour proceedings and other); 103 persons were law students and 54 persons were other students. From all the participants 142 persons (19%) participated in criminal proceedings as witnesses and from this group 84 were women and 58 men. From the 142 persons there were 94 law students and 48 other students. Among the law students there were 55 female and 39 male participants.

So it can be stated that 20% of the law students and 17% of the other students had been witnesses at least once in a criminal proceeding and this way no significant difference can be pointed out between these two groups. 80 persons (47 law students and 33 other students) testified as witnesses only during investigation, 18 persons (16 law and 2 other students) only during trial and 44 persons (31 law and 13 other students) during both investigation and trial. It can be stated that more than half of the participants deposed witness testimony only during investigation so they have experience in connection with witness testimony only during investigation and about the behaviour of the investigating authorities. 1/3 of the participants could compare their impressions from investigation and trial. It should be highlighted that some participants had already been witnesses in criminal proceedings more than once.

In most of the cases the participants were witnesses in cases in connection with crimes against property (law students 44 times and other students 17 times). In the case of law students crimes against property are followed by crimes against the person (24 times) and traffic offences (18 times). In the case of other students the opposite is the case, as traffic offences were followed (11 times) by crimes against the person (10 times).

From the total number of witnesses in criminal proceedings (142) 80 persons (56%) answered that they felt anxiety or fear before giving testimony. This proves that a great number of witnesses feel anxious or afraid as a result of witness testimony, which in turn implies that the above mentioned facts are real problems, which have to be solved in legal practice. From the 80 persons 50 were female and 30 male. 59% of female witnesses and 52% of male witnesses felt anxiety or fear before testimony according to the following data: from the 142 participants 84 were female and 58 male. So it can be

concluded that significant differences cannot be demonstrated by the sex of the participants.

From the 80 persons who felt fear or anxiety before the witness questioning 54 were law students and 26 others students. Taking into consideration that from the 142 participants who took part in criminal proceedings 94 were law students and 48 other students we can state that 57% of the law student witnesses and 54% of other student witnesses felt anxiety or fear before the testimony so in this regard no significant difference can be concluded either.

To sum up, the above statistics imply that participants who actually took part in a criminal court case, think almost the same way regarding the problems associated with such proceedings, regardless of their education or sex.

Regarding the question as to the origin of these emotions, the most frequent answer was that participation in a criminal case itself generates anxiety and fear even in the absence of concrete threats or violence. This kind of answer was given by 71 persons of 80 so almost in 90% of the cases the witness' subjective sense of fear was in the background. I think this is an important circumstance because according to these data moderate means of witness protection can be applied in the cases where its objective basis is missing. In the opposite situation it is a real danger that without such protection the witnesses do not depose a complete testimony that covers all the parts of facts they know.

8 participants (10%) stated that members of the authority carrying out the questioning acted in such a way that caused them to feel fear before testifying. This figure means that this is a real problem, which has to be solved because members of the authorities should conduct themselves in an appropriate manner when questioning witnesses. Therefore I think – as shown by empirical data – that witness protection cannot be limited only to threats from the suspect or those associated with them. It must be added that only one participant said that there was a threat coming from the suspect or their relatives in connection with their testimony.

To question whether the participants were somehow adversely affected after the questioning from the 142 persons – who were witnesses in criminal proceedings – 141 persons gave answers. 132 persons gave answered in the negative, so 9 (7% of the total number of witnesses) witnesses suffered some negative results after the witness testimony. From the 9 witnesses one stated that they were misused by the suspects and her/his relatives and one was misused by other people. One person was threatened by the suspect and their relatives in connection with the witness testimony. The remaining 5 participants stated that they suffered disadvantages by the officers of the authori-

ties after the questioning because the officer carrying out the questioning behaved in a manner that they found frightening.

I think it is very thought-provoking and at the same time sad that even among university students we can find three witnesses who were physically misused because for performing their civic duty and deposing testimony. But at the same time it is important that more than three participants (five persons) noted inappropriate and intimidating behaviour of the authorities as reasons and this means that this problem is also important. I think that perhaps these latter problems would be the easiest to solve by preparing and training the members of these authorities properly.

From the questions examined above, it is clear that from the 142 participants who had experiences in criminal proceeding as witnesses, 80 persons (56%) answered that they felt anxiety or fear in connection with witness testimony. Based on the whole sample – including the participants who have not been witness yet – from the 748 participants 359 (48%) answered that they would be afraid of deposing witness testimony in a criminal proceeding. This data also proves that the witnesses' sense of fear is a real problem of criminal procedural law; and according to the witnesses' subjective feelings some actions concerning witness protection are needed. It should be highlighted that among the participants who have already been witnesses in criminal proceedings actually the scale of persons who experienced fear was higher than among the participants who have yet not been witness (56% compared to the 48% of the entire sample). So I think this way the supervening of the concrete actions (for example receiving the witness summons and the fact of acknowledgement) can modify these rates.

Taking into consideration the breakdown of the figures according to gender, 291 out of 359 women (51.5% of all the women asked) and 68 men (37% of all the men asked) experienced a feeling of fear, so in this regard a significant difference can be observed between these two groups. According to this data, women are more afraid to depose witness testimony in criminal proceedings than men. As we could see it earlier this kind of discrepancy did not emerge related to the participants who had already been witnesses in criminal proceedings (59% of women and 52% men declared that they had felt anxiety or fear). It can be concluded that these scales and significant differences are dominated by the answers of male participants who do not have these kinds of experiences. Out of the 359 persons, there were 210 law students (44% of all the law students) and 149 other students (54% of all the other students) and this means that among people without real legal knowledge the rate of persons who do not want to depose witness testimony in

criminal proceedings is higher, but this phenomenon did not show up among the participants who had already been witness. So in my opinion the latter data analysed strengthens my previous standpoint as follows: these rates can be modified easily if the obligation for giving evidence becomes real.

From the 359 participants who would be afraid to give evidence in a criminal proceeding 314 persons answered that their fear depends on the nature of the specific criminal case and 45 participants said that this does not affect their fear. The above mentioned 314 participants could choose from more categories of criminal offences – they could choose more categories at the same time – as follows: they would be afraid to depose witness testimony the most in crimes against person (250 votes), crimes against freedom and human dignity (152 votes) and crimes against marriage, family, youth and sexual morality. These are mostly crimes in connection with organized crime and domestic violence and these are referenced in the Recommendation. I therefore think that these are really the types of crimes in connection with which the importance of witness protection is very high.

Another important question is that what kind of knowledge the citizens have about their rights and obligations in a criminal proceeding and especially the possibility and legal means of witness protection. From the 748 respondents 141 persons (19%) declared that they did not have any relevant knowledge about witness protection whatsoever. From these 141 persons 45 persons were law students (32%) and 96 other students (68%). It can be concluded that the lack of relevant information as a problem emerges primarily among the non-law students. 217 respondents said that they did not have precise knowledge in this topic but they knew witness protection at least from hearsay. From this 217 persons 124 were law students (57%) and 93 other students (43%). The specified means of witness protection were known among the 748 respondents as follows:

- confidential disposal of the witness' personal data: 312 respondents (42%), out of which 276 law students (58% of all of the law students) and 36 other students (13% of all of the non-law students);
- confidential disposal of witness' name: 357 respondents (48%), from this 280 law students (59% of all of the law students) and 77 other students (28% of all of the other students);
- declaration as especially protected witness: 328 respondents (44%), from this 261 law students (55% of all of the law students) and 67 other students (24% of all of the other students);
- physical witness protection: 284 respondents (38%), from this 229 law students (48.5% of all of the law students) and 55 other students (20% of all of the other students);

- witness protection programme: 234 respondents (31%), from this 199 law students (27% of all of the law students) and 35 other students (13% of all of the other students).

From these data it can be stated that law students naturally have more information on the legal means of witness protection than non-law students.

The last question of the questionnaire was to judge the compliance of the legal means of witness protection according to the respondent's opinion and possible experience; are they enough to prevent fear and intimidation in the event of witness testimony? The 748 respondents answered as follows:

- 291 respondents (39%) answered that in Hungary the legal possibilities are rather weak and the authorities' procedures are not appropriate regarding witness protection;
- 197 respondents (39%) answered that in Hungary the legal possibilities might be adequately effective but the authorities' procedures are not appropriate regarding witness protection;
- 167 respondents (22.3%) answered that in Hungary there are no effective legal possibilities for the authorities regarding witness protection;
- 93 respondents (12.4%) answered that in Hungary both the legal possibilities and the procedures of the authorities are effective and adequate.

It is clear that the general sense of security of the citizens mentioned in Chapter I. (Introduction – international and constitutional background) should be significantly improved because only 12% of the respondents thought that the present situation was appropriate in every regard. More than 65% of the respondents thought that the authorities' procedures were not adequate (first and second elements of the second list above), which also turns our attention to the fact that often it is not threats on the part the suspect or their relatives that cause the witness' sense of fear, but rather the authorities' behaviour during the proceedings.

Conclusion

In my opinion the witness' sense of fear is indeed a real and current problem of criminal procedural law and it has to be solved as soon as possible. Furthermore the application of moderate forms of witness protection is also justified and they should be applied according to the witness' subjective sense of fear. Also, the authorities' inappropriate behaviour during the questioning is harmful as well. I would like to state that the following proposition – which was declared already previously – generates very urgent tasks: the citizens' faith in criminal judicature and witness protection guaranteed by the state is constantly declining.

There are some spheres of witness protection, which fall beyond the scope of legal sciences but in case of appropriate action they can improve the witness' sense of security to a great extent. One of the most fundamental problems in Hungary is that – in contrast to the layout of court buildings some European countries – the witness and the accused or their relatives have to wait in the same corridor. Most of the Hungarian court buildings were “built in a more peaceful world, when the authority of the judicature was great; when almost nobody wanted to cause trouble in court or to oppose the court etc.”²⁷ Even the staff who are responsible for the security of the courts cannot guarantee an adequate sense of security for the witness. Imre Kertész argues that these findings mean that a special law enforcement organization for courts is needed²⁸ and I also think that this would be necessary and justified.

Uninfluenced witness testimony and the elimination of the sense of fear can also be guaranteed by mean of an independent room in the court buildings where the witness can wait so they can avoid meeting the accused and their relatives. Furthermore, it would be the most helpful if the different parties in criminal proceedings could use different doors to enter the building. “In England new court buildings are built and old buildings are renovated so that witnesses for the prosecution and the defence can wait for their questioning in separate rooms, with different access.”²⁹

In spite of all these issues I can state that the Hungarian legislation does not fall behind most European countries in terms of witness protection; furthermore, compared to for example France, it is a few steps ahead in several aspects. But in the field of effective judicature several problems can be observed, which are not remediable, or have to be remedied by the means of criminal procedural law or by some other area of the law. To achieve this result some solutions which have been used in other countries would be useful; this does not require further legislation but rather effective co-operation of the relevant authorities. As a conclusion I would like to state that all these problems should not lead us to ignore the fact that witness protection has been comprehensively regulated in the Hungarian legal system within a decade. This is a remarkable achievement and should be appreciated, despite all the challenges that the system still faces.

²⁷ E. Bócz, *A tanúvédelem egyes jogértelmezési és egyéb gyakorlati kérdései a magyar büntető igazságszolgáltatásban*, [in:] *A tanúvédelem útjai Európában*, ed. E. Róth, Bíbor Kiadó, Miskolc 2002, 65.

²⁸ I. Kertész, *A büntetőeljárársban résztvevők, az igazságszolgáltatást segítők védelmi programjáról szóló törvény tervezete*, [in:] *A tanúvédelem útjai Európában...*, 70.

²⁹ E. Bócz, *A tanúvédelemről*, “Kriminológiai Közlemények” 1996, 54, 109.

Abstrakt
Společné kwestie dotyczące ochrony świadków na Węgrzech

Autor artykułu bada temat współczesnej ochrony świadków na Węgrzech. Ochrona świadków jest ważną kwestią w procedurach prawa karnego i reguluje ją szereg ustaw na Węgrzech. Pojawia się wiele pytań dotyczących słuszności i podstawy prawnej ochrony świadków. Autor zamierza porównać międzynarodowe przypadki i podstawę konstytucjonalną owej procedury. Autor skupia się na kwestiach praktycznych; jednak bierze pod uwagę najważniejsze podstawowe pytania odnośnie teorii ochrony świadków, zwłaszcza ich bezpieczeństwa i poczucia bezpieczeństwa podczas sądowych spraw karnych. Autor bada tematykę pod względem społecznym w celu udowodnienia głównych tez na podstawie przeprowadzonych badań empirycznych i analizy danych.

Słowa kluczowe: prawo karne proceduralne, ochrona świadków, zeznanie świadków

Beata Więzowska-Czepiel

dr., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Terminy dla realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne rzeczy sprzedanej – zmiany w wyniku nowelizacji dokonanej ustawą o prawach konsumenta

Stan prawny przed nowelizacją

Obecna regulacja dotycząca terminów do wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne rzeczy sprzedanej jest wynikiem zmian dokonanych ustawą o prawach konsumenta z 30 maja 2014 r.¹. Przed jej wejściem w życie stan prawny w tym zakresie wyznaczony był dwutorowo – obok unormowania przewidzianego w d. art. 576 k.c. obowiązywała regulacja odnosząca się do sprzedaży konsumenckiej, zawarta w art. 10 u.s.w.s.k.². Według art. 576

¹ Dz.U. z 2014 r., poz. 827.

² Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego z 27 lipca 2002 r., Dz.U. Nr 141, poz. 1176 ze zm. Art. 10 u.s.w.s.k. wyznaczał czasowe granice odpowiedzialności sprzedawcy w przypadku sprzedaży rzeczy ruchomej dokonywanej w zakresie działalności przedsiębiorstwa osobie fizycznej, która nabywała tę rzecz w celu niezwiązanym z działalnością zawodową lub gospodarczą (art. 1 ust. 1 u.s.w.s.k.). Objęcie zakresem zastosowania ustawy o sprzedaży konsumenckiej materii dotyczącej wad prawnych było kwestią sporną w doktrynie. Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży stanowiła implementację dyrektywy 1999/44/WE z 25 maja 1999 r. w sprawie określonych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych oraz gwarancji na te towary (Dz.Urz. WE L nr 144, s. 19), jej regulacją objęta była odpowiedzialność sprzedawcy względem kupującego za niezgodność towaru z umową w chwili jego wydania, przy czym pojęcie zgodności z umową zdefiniowano, odwołując się do właściwości fizycznych towaru. Jednocześnie art. 1 ust. 4 u.s.w.s.k. wyłączał stosowanie przepisów kodeksowych o rękojmi za wady do sprzedaży konsumenckiej. W tym stanie rzeczy teoretycznie możliwe było zarówno przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym pojęcie niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową obejmuje także wady prawne (tak: J. Pisuliński, [w:] *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajska, Warszawa 2011, s. 196 (System Prawa Prywatnego, t. 7); R. Stefanicki, *Ochrona konsumenta w świetle ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej*, Kraków 2006, s. 161,

§ 1 k.c. w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją dokonaną ustawą o prawach konsumenta uprawnienia z tytułu rękojmi za wady prawne rzeczy sprzedanej wygasają z upływem roku od chwili, kiedy kupujący dowiedział się o istnieniu wady. Jeżeli kupujący dowiedział się o istnieniu wady prawnej dopiero na skutek powództwa osoby trzeciej, termin ten biegnie od dnia, w którym orzeczenie wydane w sporze z osobą trzecią stało się prawomocne. W myśl d. art. 576 § 2 k.c. upływ rocznego terminu nie wyłącza wykonania uprawnień z tytułu rękojmi, jeżeli sprzedawca wadę podstępnie zataił. Zarzut z tytułu rękojmi mógł być podniesiony także po upływie powyższego terminu, jeżeli przed jego upływem kupujący zawiadomił sprzedawcę o wadzie (d. art. 576 § 3 k.c.). Powyższa regulacja miała zastosowanie w obrocie profesjonalnym i powszechnym, oraz w obrocie konsumenckim, poza zakresem zastosowania ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej, tj. w zakresie umów sprzedaży nieruchomości oraz w odniesieniu do skutków prawnych umowy zawieranej przez osobę fizyczną nabywającą rzecz ruchomą w celu pośrednio związanym z działalnością gospodarczą lub zawodową³. W obrocie konsumenckim, w zakresie uregulowanym ustawą o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej, zastosowanie miał art. 10 u.s.w.s.k. W świetle art. 10 ust. 1 u.s.w.s.k. sprzedawca odpowiadał za niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową jedynie w przypadku jej stwierdzenia przed upływem dwóch lat od daty wydania towaru kupującemu. Zgodnie z art. 10 ust. 2 zd. 1 ustawy roszczenia kupującego, określone w art. 8 u.s.w.s.k., polegające na żądaniu naprawy, wymiany bądź obniżenia

164; M. Grochowski, *Wada prawna jako postać niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową*, MoP 2013, nr 7, s. 379 i n.), jak i poglądu, że do wad prawnych, jako nieobjętych tym pojęciem, nadal mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego o rękojmi, a art. 1 ust. 4 u.s.w.s.k. wyłącza zastosowanie przepisów Kodeksu cywilnego tylko w odniesieniu do wad fizycznych (tak: M. Podrecka, *Rękojmia za wady prawne rzeczy sprzedanej*, Warszawa 2011, s. 234 i n.; A. Koniewicz, *Odpowiedzialność z tytułu niezgodności z umową na gruncie ustawy o sprzedaży konsumenckiej a odpowiedzialność za „wady prawne”*, [w:] *Europeizacja prawa prywatnego*, t. 1, red. M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar), Warszawa 2008, s. 591 i n.). Orzecznictwo przychyliło się do pierwszego ze wskazanych stanowisk. W postanowieniu z 14 października 2011 r. (III CZP 50/11, OSNC 2012, nr 4, poz. 54) SN przyjął, że przez niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową rozumieć należy także brak prawa własności po stronie sprzedawcy lub obciążenie rzeczy prawami osób trzecich (zob. też wyrok SN z 3 grudnia 2008 r., V CSK 293/08, Legalis Nr 589250).

³ Wskazana dwutorowość ochrony konsumenta w aspekcie podmiotowym wynikała z tego, że definicja konsumenta zawarta w art. 22¹ k.c. nie pokrywała się z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 u.s.w.s.k. Według art. 22¹ k.c. w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją dokonaną ustawą o prawach konsumenta – za konsumenta uważano osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. Natomiast art. 1 ust. 1 u.s.w.s.k. wskazywał, że ustawa znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy kupującym jest osoba fizyczna, która nabywa rzecz ruchomą w celu niezwiązanym z działalnością zawodową lub gospodarczą.

ceny towaru przedawniały się z upływem roku od stwierdzenia przez kupującego niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową. Przedawnienie nie mogło się skończyć przed upływem terminu do stwierdzenia wady, określonego w art. 10 ust. 1 u.s.w.s.k. W takim samym terminie wygasło uprawnienie kupującego do odstąpienia od umowy. Stosownie do art. 10 ust. 3 u.s.w.s.k. bieg terminu przedawnienia ulegał przerwaniu przez zawiadomienie sprzedawcy o niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową. Przedawnienie nie bieгло w czasie wykonywania naprawy lub wymiany oraz prowadzenia przez strony (nie dłużej jednak niż przez trzy miesiące) rokowań w celu ugodowego załatwienia sprawy. Upływ terminów przewidzianych w art. 10 ust. 1 i 2 nie wyłączał wykonywania uprawnień wynikających z niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową, jeżeli sprzedawca w chwili zawarcia umowy wiedział o niezgodności i nie zwrócił na to uwagi kupującego – art. 10 ust. 4 u.s.w.s.k. W porównaniu z regulacją kodeksową, przepisy ustawy o sprzedaży konsumenckiej – paradoksalnie – zamiast wzmacniać, w znacznym stopniu obniżały poziom ochrony kupującego konsumenta⁴. Pozornie dłuższy, dwuletni termin z art. 10 ust. 1 u.s.w.s.k., liczony od momentu wydania towaru, odpowiadał naturze wad fizycznych, ale nie prawnych, których specyfika wymaga odmiennego określenia początku biegu terminu do realizacji uprawnień z tytułu rękojmi – wada prawna ujawnia się zazwyczaj znacznie później niż wada fizyczna, co uwzględniała regulacja kodeksowa (termin liczony od dnia dowiedzenia się o wadzie). Określony w art. 10 ust. 1 u.s.w.s.k. termin nie był przy tym zharmonizowany z treścią art. 169 § 2 k.c., co prowadzić mogło do sytuacji, w których kupujący, który po upływie dwóch lat od wydania towaru stwierdził, że kupiony towar stanowi własność osoby trzeciej, nie mógł realizować swoich uprawnień w oparciu o przepisy statuujące odpowiedzialność sprzedawcy za niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową, przy czym, jeśli nie upłynęły 3 lata od chwili kradzieży, zgubienia lub utraty rzeczy przez właściciela, nie mógł nabyć jego własności⁵. Nie oznacza to jednak, że ustawa

⁴ Por. J. Pisuliński, *op. cit.*, s. 200; M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej. Komentarz*, Warszawa 2007, s.; W. Dubis, [w:] *Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Komentarz*, red. J. Jezioro, Warszawa 2010, s. 88; A. Koniewicz, *op. cit.*, s. 583, 584; M. Podrecka, *op. cit.*, s. 243, 244; M. Grochowski, *op. cit.*, s. 380.

⁵ W doktrynie wskazywano, że w takim przypadku ochrona kupującego była możliwa jedynie na zasadach ogólnych – kupujący mógłby dochodzić odszkodowania na podstawie art. 471 (w przypadku, gdy szkoda nastąpiła na skutek okoliczności, za które sprzedawca ponosi odpowiedzialność) bądź odstąpić od umowy na podstawie art. 493 lub 495 k.c. (w zależności od tego, czy sprzedawca ponosił odpowiedzialność za brak uprawnienia do rozporządzania rzeczą) i dochodzić zwrotu spełnionego świadczenia na podstawie art. 494 k.c. Możliwe było także stosowanie przepisów o nienależnym świadczeniu (art. 410 k.c.) bądź o odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych (art. 415 k.c.). Por. J. Pisuliński, *op. cit.*, s. 200, 201; A. Koniewicz, *op. cit.*, s. 586.

o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej nie zawierała pewnych bardziej korzystnych dla kupującego rozwiązań w stosunku do regulacji przewidzianej w d. art. 576 k.c. W tym aspekcie można wskazać na przewidzianą w art. 10 ust. 2 zd. 2 ustawy instytucję wstrzymania biegu terminów czy też na brak odwołania się w art. 10 ust. 4 u.s.w.s.k. do zachowania, które można kwalifikować jako podstępne (do dochodzenia uprawnień po terminach określonych w art. 10 ust. 1 i 2 u.s.w.s.k. wystarczało, aby sprzedawca, wiedząc w chwili zawarcia umowy o niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową, nie zwrócił na to uwagi kupującego). Charakter terminów z art. 10 ust. 2 u.s.w.s.k. (terminy przedawnienia roszczeń, co dotyczyło uprawnień polegających na żądaniu naprawy, wymiany bądź obniżenia ceny towaru) pozwalał także na stosowanie, obok regulacji przerwy i zawieszenia ich biegu przewidzianej w art. 10 ust. 3 u.s.w.s.k., ogólnych zasad dotyczących wstrzymania, przerwy i zawieszenia biegu przedawnienia roszczeń⁶ (w przypadku terminów z d. art. 576 k.c., które miały charakter terminów zawitych, w grę wchodziło jedynie stosowanie przez analogię art. 121 pkt 4 k.c. oraz art. 123 § 1 pkt 2 k.c.), jak również konstrukcji nadużycia prawa (co było sporne w odniesieniu do terminów z d. art. 576 k.c.).

Aktualny stan prawny

Dokonana ustawą o prawach konsumenta reforma przepisów dotyczących odpowiedzialności za jakość rzeczy sprzedanej miała na celu ujednoczenie koncepcji odpowiedzialności sprzedawcy. Przepisy dotyczące sprzedaży konsumenckiej zostały włączone do Kodeksu cywilnego w drodze jego nowelizacji i zintegrowane z kodeksowymi przepisami dotyczącymi rękojmi i gwarancji⁷. W odniesieniu do terminów wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi oznaczało to przyjęcie, co do zasady, jednolitych terminów dla umów sprzedaży w obrocie profesjonalnym, powszechnym i konsumenckim, przy zachowaniu pewnych odrębności w obrocie konsumenckim, ujętych jednak już w regulacji kodeksowej. Podstawowy w tym względzie model przyjęty dla terminów wykonywania uprawnień z tytułu wad fizycznych rzeczy, określony w art. 568 k.c., oparty został na rozwiązaniach przewidzianych w art. 10 u.s.w.s.k. – dwuletni termin na stwierdzenie wady liczony od momentu wydania rzeczy (art. 568 § 1 k.c.) i roczny okres przedawnienia roszczeń lub prekluzji terminów zawitych (art. 568 § 2 k.c.). Konstrukcję tę zmodyfikowano

⁶ Por. M. Podrecka, *op. cit.*, s. 247, 248.

⁷ Na mocy art. 52 pkt 2 ustawy o prawach konsumenta ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej została uchylona.

przy określeniu terminów dla realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne. Przepis art. 576 k.c. w brzmieniu nadanym ustawą o prawach konsumenta wskazuje terminy wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne poprzez odesłanie do regulacji odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady fizyczne zawartej w znowelizowanym art. 568 k.c., czyniąc to wybiórczo – odpowiednie zastosowanie znajdują art. 568 § 2–5 k.c., co oznacza, że do wad prawnych nie ma zastosowania określony w art. 568 § 1 k.c. dwuletni termin na stwierdzenie wady. Na podstawie art. 576 w zw. z art. 568 § 2 zd. 1 i § 3 k.c. w przypadku realizacji uprawnień z tytułu wad prawnych obowiązuje natomiast wzorowany na regulacji z art. 10 ust. 2 u.s.w.s.k. termin przedawnienia roszczeń i prekluzji terminów zawitych (w miejsce ogólnego terminu zawitego do wykonywania uprawnień określonego w d. art. 576 k.c.). Modyfikacja dotyczy także określenia początku biegu wskazanego terminu: podczas gdy art. 568 § 2 k.c. nakazuje, podobnie jak czynił to art. 10 ust. 2 u.s.w.s.k., liczyć jego bieg od momentu stwierdzenia wady, art. 576 k.c. przejmuje rozwiązanie z dawnej regulacji kodeksowej – dla wad prawnych bieg terminu rozpoczyna się od dnia, w którym kupujący dowiedział się o istnieniu wady, a jeżeli kupujący dowiedział się o istnieniu wady dopiero na skutek powództwa osoby trzeciej – od dnia, w którym orzeczenie wydane w sporze z osobą trzecią stało się prawomocne. Z rozwiązań przewidzianych w d. art. 10 u.s.w.s.k. przejęta została do aktualnej regulacji terminów do wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi instytucja wstrzymania zakończenia biegu terminów, znajdująca zastosowanie wyłącznie obrocie konsumenckim (art. 568 § 2 zd. 2 i § 3 k.c., który na mocy odesłania z art. 576 k.c. znajduje odpowiednie zastosowanie do wad prawnych). Nowością jest uregulowanie przewidziane w art. 568 § 4 i 5 k.c., które art. 576 k.c. nakazuje odpowiednio stosować do wad prawnych, normujące zawieszenie, w razie dochodzenia przed sądem albo sądem polubownym jednego z uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne bądź w razie wszczęcia postępowania mediacyjnego dotyczącego jednego z tych uprawnień, biegu terminu do wykonania innych uprawnień przysługujących kupującemu z tego tytułu. Należy przy tym zauważyć, że konsekwencją obecnego ujęcia regulacji dotyczącej podstępного zatajenia wady, zawartej w art. 568 § 6 k.c., który inaczej niż art. 10 ust. 4 u.s.w.s.k. dotyczy wyłącznie terminu do stwierdzenia wady z art. 568 § 1 k.c., nie odnosi się natomiast do terminów przedawnienia i terminów zawitych z art. 568 § 2 i 3 k.c., a przy tym rezygnacji przez ustawodawcę z ograniczenia realizacji uprawnień z rękojmi z tytułu wad prawnych terminem do stwierdzenia wady, jest brak odesłania w art. 576 k.c. do unormowania zawartego w art. 568 § 6 k.c. Oznacza to, że podstępne zatajenie wady w obecnie obowiązującym stanie prawnym wywołuje skutki jedynie w odniesieniu do realizacji upraw-

nień z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy, nie ma natomiast wpływu na realizację uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne.

Przedawnienie roszczenia o usunięcie wady lub wymianę rzeczy sprzedanej na wolną od wad

Znajdujący zastosowanie na mocy odesłania z art. 576 k.c. przepis art. 568 § 2 zd. 1 k.c., ustanawiający roczny termin przedawnienia roszczeń z tytułu rękojmi za wady rzeczy sprzedanej dotyczy uprawnień polegających na żądaniu usunięcia wady lub wymiany rzeczy sprzedanej na wolną od wad. Zawierający analogiczne unormowanie przepis art. 10 ust. 2 zd. 1 u.s.w.s.k. przewidywał, że przedawnieniu podlegają roszczenia z art. 8 u.s.w.s.k., do których zaliczono żądanie naprawy, wymiany bądź obniżenia ceny towaru⁸. Ta zmiana jest wynikiem odmiennego ujęcia w obecnym stanie prawnym charakteru uprawnień przysługujących kupującemu: aktualnie jedynie uprawnienia z art. 561 § 1 k.c. (do usunięcia wady i wymiany rzeczy na wolną od wad) przybierają postać roszczeń, natomiast uprawnienie do obniżenia ceny przybiera postać uprawnienia prawokształtującego⁹, stąd ustawodawca konsekwentnie, wraz z uprawnieniem do odstąpienia od umowy, poddaje je skutkom upływu terminu zawitego, zgodnie z zasadą, że przedawnieniu podlegają tylko roszczenia majątkowe.

Na tle dawnej kodeksowej regulacji rękojmi, kwestia przysługiwania kupującemu uprawnień polegających na żądaniu dostarczenia rzeczy wolnych od wad oraz usunięcia wady w przypadku zaistnienia wady prawnej była kontrowersyjna. Dominowało stanowisko, zgodnie z którym uprawnienia powyższe przysługiwały tylko w razie wystąpienia wad fizycznych rzeczy¹⁰, chociaż spotkać się można było również ze stanowiskiem, zgodnie z którym w wyniku stwierdzenia wad prawnych przysługiwało kupującemu, obok

⁸ Por. *M. Pecyna, op. cit.*, s. 204.

⁹ Wskazuje na to użycie przez ustawodawcę w znowelizowanych ustawie o prawach konsumenta przepisach art. 560 § 1 i 568 § 3 zd. 1 k.c. wyrażenia „złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny z powodu wady rzeczy sprzedanej”. W poprzednim stanie prawnym w doktrynie przeważało, na gruncie dawnego brzmienia art. 560 k.c., jak i ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej, pogląd nadający temu uprawnieniu charakter roszczenia (tak: A. Brzozowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, art. 650, Nb 9; J. Jezioro, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2013, art. 560, Nb 12; R. Stefanicki, *op. cit.*, s. 267; J. Szczęotka, *Sprzedaż konsumencka. Komentarz*, Lublin 2004, s. 86). Odmiennie stanowisko, przyjmujące, że uprawnienie to miało charakter prawokształtujący, przyjmowali: J. Skąpski, *Uprawnienie z tytułu rękojmi za wady fizyczne*, NP 1967, nr 11; J.P. Naworski, *Terminy rękojmi za wady fizyczne* – glosa do uchw. SN z dnia 5 lipca 2002 r., III CZP 39/02, MoP 2004, nr 1, s. 35 i n.

¹⁰ Tak: A. Szpunar, *Uwagi o rękojmi za wady prawne przy sprzedaży*, „Rejent” 1997, nr 6, s. 20; J. Skąpski, [w:] *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Wrocław 1976, s. 137.

uprawnienia do odstąpienia od umowy bądź żądania obniżenia ceny, także uprawnienie polegające na żądaniu dostarczenia rzeczy wolnych od wad¹¹. Na tle ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej wyrażony został pogląd przyznający kupującemu zarówno uprawnienie do żądania wymiany rzeczy w przypadku prawnej wadliwości świadczenia sprzedawcy, jak i żądania naprawy poprzez usunięcie niezgodności dotyczącej wadliwości prawnej towaru, np. poprzez zwolnienie spod obciążenia prawem zastawu czy też poprzez uzyskanie odpowiedniej licencji¹². W obecnym stanie prawnym nie ulega wątpliwości, że z tytułu rękojmi za wady prawne kupującemu przysługuje roszczenie o dostarczenie rzeczy wolnej od wad zamiast rzeczy wadliwej, uprawnienie to zostało wyraźnie wymienione w przepisie regulującym stosunek uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne do roszczeń odszkodowawczych (art. 574 § 2 k.c.). Wątpliwości mogą dotyczyć uprawnienia polegającego na usunięciu wady.

W świetle art. 576 k.c. roczny termin przedawnienia biegnie od dnia, w którym kupujący dowiedział się o istnieniu wady, a jeżeli kupujący dowiedział się o istnieniu wady dopiero na skutek powództwa osoby trzeciej – od dnia, w którym orzeczenie wydane w sporze z osobą trzecią stało się prawomocne. Początek biegu terminu wyznaczony datą prawomocności orzeczenia należy przyjąć za zastrzeżony na korzyść kupującego, na wypadek gdyby chciał on wstrzymać się z wykonaniem uprawnień z rękojmi do czasu zakończenia sporu z osobą trzecią¹³.

Z chwilą upływu terminu przedawnienia sprzedawca uzyskuje zarzut o charakterze niweczącym, może uchylić się od zaspokojenia roszczenia, chyba że zrzeka się korzystania z zarzutu przedawnienia – art. 117 § 2 k.c. Zobowiązanie, które ulega przedawnieniu, po upływie terminu przedawnienia przekształca się z zaskarżalnego i podlegającego egzekucji w zobowiązanie o charakterze naturalnym. Roszczenie istnieje nadal, zobowiązany ma prawny obowiązek świadczenia na rzecz uprawnionego, co oznacza, że spełnione przez sprzedawcę świadczenie będzie świadczeniem należnym, niepodlegającym zwrotowi (art. 411 pkt 3 k.c.), ale jego wykonanie nie może być wywołane poprzez użycie środków przymusu państwowego.

¹¹ Tak: W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1994, s. 394, 395.

¹² Tak: M. Pecyna, *op. cit.*, komentarz do art. 8 ust. 1, Nb 7, 8.

¹³ Zob. M. Podrecka, *op. cit.*, s. 258, która wskazuje, że w przypadkach, w których roszczenie osoby trzeciej wynika z prawa stanowiącego wadę prawną, d. przepis art. 576 § 1 nie może być rozumiany w ten sposób, że jak długo brak jest prawomocnego rozstrzygnięcia sądu, kupujący nie może wykonywać uprawnień z tytułu rękojmi, a w wypadku ich wykonania sprzedawca może podnieść zarzut przedwczesności.

Termin do wykonania uprawnienia polegającego na odstąpieniu od umowy lub obniżeniu ceny

Przepis art. 576 k.c. w zw. z 568 § 3 zd. 1 k.c. określa termin do wykonania uprawnienia polegającego na odstąpieniu od umowy lub obniżeniu ceny. Ustawodawca posługuje się w tym przypadku konstrukcją podwójnego odesłania – art. 568 § 3 zd. 1 k.c., do którego odsyła art. 576 k.c., nakazuje stosowanie terminów określonych w art. 568 § 2 k.c. Termin do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy lub obniżeniu ceny, podobnie jak termin przedawnienia roszczeń z art. 576 k.c. w zw. z art. 568 § 1 zd. 1 k.c., wynosi zatem rok.

Zgodnie z art. 576 k.c. bieg wskazanego terminu rozpoczyna się od dnia, w którym kupujący dowiedział się o istnieniu wady, a jeżeli kupujący dowiedział się o istnieniu wady dopiero na skutek powództwa osoby trzeciej – od dnia, w którym orzeczenie wydane w sporze z osobą trzecią stało się prawomocne. Jednakże w przypadku, gdy kupujący zażądał wymiany rzeczy wadliwej na wolną od wad albo usunięcia wady termin do odstąpienia od umowy lub złożenia oświadczenia o obniżeniu ceny rozpoczyna swój bieg z chwilą bezskutecznego upływu terminu do wymiany rzeczy lub usunięcia wady (art. 576 w zw. z art. 568 § 3 zd. 2 k.c.). Wspomniany w treści art. 568 § 3 zd. 2 k.c. termin do wymiany rzeczy lub usunięcia wady określony jest w art. 561 § 2 k.c. Zgodnie z powołanym przepisem sprzedawca jest obowiązany wymienić rzecz wadliwą na wolną od wad lub usunąć wadę w rozsądnym czasie bez nadmiernych niedogodności dla kupującego.

Termin z art. 576 k.c. w zw. z 568 § 3 zd. 1 k.c. ma charakter terminu zawitego¹⁴. Jego upływ skutkuje wygaśnięciem uprawnień kupującego, co sąd jest obowiązany uwzględnić z urzędu.

Wstrzymanie zakończenia biegu terminów w obrocie konsumenckim

W obrocie konsumenckim zastosowanie ma regulacja przewidująca wstrzymanie biegu terminów do wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne, przejęta z art. 10 ust. 2 zd. 2 u.s.w.s.k.¹⁵. Na podstawie art. 576

¹⁴ Tak, odnośnie do terminu z art. 10 ust. 1 u.s.w.s.k.: E. Wieczorek, [w:] *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, red. E. Nowińska, P. Cybula, Kraków 2005, s. 193; M. Pecyna, *op. cit.*, s. 199; R. Stefanicki, *op. cit.*, s. 290 i n.

¹⁵ Regulacja przewidująca wstrzymanie biegu terminu przedawnienia roszczeń o dokonanie naprawy lub wymiany oraz terminu zawitego do odstąpienia od umowy lub obniżenia ceny – ma w obecnym stanie prawnym szerszy zakres zastosowania: art. 10 ust. 2 zd. 2 u.s.w.s.k. obowiązywał w obrocie konsumenckim, w zakresie uregulowanym ustawą o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej, nie dotyczył zatem obrotu konsumenckiego w zakresie umów sprzedaży nieruchomości oraz skutków prawnych umowy zawieranej przez osobę fizyczną nabywającą rzecz ruchomą w celu pośrednio związanym z działalnością gospodarczą

k.c. w zw. z art. 568 § 2 zd. 2 k.c., jeżeli kupującym jest konsument, termin przedawnienia roszczeń o dokonanie naprawy lub wymiany nie może zakończyć się przed upływem terminu do stwierdzenia wady określonego w art. 568 § 1 k.c. Zasadę tę stosuje się także do terminu zawitego do odstąpienia od umowy lub obniżenia ceny w świetle art. 576 k.c. w zw. z art. 568 § 3 zd. 1 k.c., ten ostatni przepis odsyła do terminów określonych w art. 568 § 2 zd. 2 k.c. Wskazany w art. 568 § 1 k.c. termin do stwierdzenia wady wynosi co do zasady dwa lata, licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana. Dłuższy termin obowiązuje w odniesieniu do wad fizycznych nieruchomości, w takim wypadku termin wynosi pięć lat, licząc od dnia, w którym rzecz została kupującemu wydana. Zgodnie z art. 568 § 1 zd. 2 k.c. jeżeli kupującym jest konsument, a przedmiotem sprzedaży jest używana rzecz ruchoma, dwuletni termin do stwierdzenia wady fizycznej może zostać skrócony, jednakże okres, w którym sprzedawca ponosi odpowiedzialność, nie może w takim wypadku wynosić mniej niż rok od wydania rzeczy kupującemu. Terminy z art. 568 § 1 k.c. wyznaczają minimalny okres trwania odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu rękojmi za wady prawne wobec kupującego, który jest konsumentem. Roczny termin do wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne, liczony od momentu, w którym kupujący dowiedział się o istnieniu wady (a jeżeli kupujący dowiedział się o istnieniu wady dopiero na skutek powództwa osoby trzeciej – od dnia, w którym orzeczenie wydane w sporze z osobą trzecią stało się prawomocne) zostanie zawieszony w ostatnim dniu terminu¹⁶, jeżeli miałby zakończyć się przed upływem odpowiednio: dwuletniego, pięcioletniego (w przypadku gdy przedmiotem sprzedaży jest nieruchomość) bądź też innego, jeżeli został wyznaczony umową stron przy sprzedaży używanych rzeczy ruchomych – nie krótszego niż rok – okresu od momentu wydania rzeczy.

Zawieszenie biegu terminu do wykonania uprawnień

z tytułu rękojmi przewidziane w art. 576 k.c. w zw. art. 568 § 4 i 5 k.c.

Artykuł 576 k.c. w związku z art. 568 § 4 i 5 k.c. reguluje zawieszenie¹⁷ biegu terminu do wykonania uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne. Zawiesz-

lub zawodową, obecne unormowanie art. 576 k.c. w zw. z art. 568 § 2 zd. 2 k.c. dotyczy każdej sytuacji, w której kupujący jest konsumentem.

¹⁶ Tak, odnośnie do wstrzymania biegu terminu z art. 10 ust. 2 u.s.w.s.k.: A. Kołodziej, [w:] *Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej...*, komentarz do art. 10, Nb 15.

¹⁷ Zawieszenie biegu terminu polega na przesunięciu początku biegu terminu bądź wstrzymaniu dalszego biegu terminu na czas trwania danej okoliczności. W tym drugim przypadku, na skutek zawieszenia terminu okresu zawieszenia nie wlicza się do biegu terminu. Po ustaniu przyczyny zawieszenia nie biegnie on od początku, lecz w dalszym ciągu: uprawnionemu pozostaje do wykorzystania tylko ta ilość czasu, która jeszcze nie upłynęła pomiędzy początkiem biegu terminu a pojawieniem się przyczyny powodującej zawieszenie biegu.

nie biegu terminu następuje: 1) w razie dochodzenia przed sądem albo sądem polubownym jednego z uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne (art. 576 k.c. w zw. z art. 568 § 4 k.c.); 2) w razie wszczęcia postępowania mediacyjnego dotyczącego jednego z tych uprawnień (art. 576 k.c. w zw. z art. 568 § 5 k.c.)¹⁸. Zawieszeniu ulegają terminy do wykonywania pozostałych uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne. Przepis ten przewidziany jest na wypadek gdyby dochodzenie przed sądem lub przed sądem polubownym wybranego przez kupującego uprawnienia okazało się nieskuteczne (w odniesieniu do postępowania mediacyjnego chodzi tu o sytuację, w której mediacja zakończyłaby się niepowodzeniem, tzn. nie doprowadziła do zawarcia ugody bądź też sąd odmówił zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem – art. 183¹⁴ k.p.c.) i daje kupującemu realną szansę dochodzenia lub wykonania innych uprawnień, które nie były przedmiotem postępowania.

W przypadku gdy kupujący dochodzi jednego z uprawnień z tytułu rękojmi przed sądem albo sądem polubownym, początkiem zawieszenia terminu do wykonywania innych uprawnień jest dzień skutecznego wniesienia pozwu, natomiast początek dalszego biegu terminu następuje w chwili prawomocnego zakończenia postępowania. Zgodnie z art. 363 § 1 k.p.c. orzeczenie sądu staje się prawomocne, jeżeli nie przysługuje co do niego środek odwoławczy lub inny środek zaskarżenia¹⁹. Wyrok sądu polubownego staje się prawomocny formalnie, w zależności od tego, czy postępowanie przed sądem polubownym było jednoinstancyjne, czy obejmowało dwie instancje, odpowiednio: z chwilą jego wydania lub z chwilą wydania orzeczenia przez sąd polubowny drugiej instancji, a także w sytuacji, gdy strona uchybiła terminowi do wniesienia środka zaskarżenia do sądu polubownego drugiej instancji lub nie wniosła go w ogóle. Wyrok sądu polubownego jest prawomocny materialnie po uznaniu go przez sąd państwowy albo po stwierdzeniu przez sąd państwowy wykonalności tego wyroku (art. 1212 § 1 k.p.c.)²⁰.

W przypadku wszczęcia postępowania mediacyjnego, początek zawieszenia biegu terminu należy określić według art. 183⁶ § 1 k.p.c., zgodnie z którym wszczęcie mediacji, o ile istniała między stronami umowa o mediację, następuje z chwilą doręczenia mediatorowi wniosku o przeprowadzenie

¹⁸ Zgodnie z art. 183¹ § 2 zd. 1 k.p.c. mediację prowadzi się na podstawie umowy o mediację albo postanowienia sądu kierującego strony do mediacji. Należy przyjąć, że przepis art. 576 k.c. w zw. z art. 568 § 5 k.c. dotyczy pierwszego z tych przypadków. Skierowanie do mediacji przez sąd następuje zawsze w sytuacji, w której bieg terminu innych uprawnień z tytułu rękojmi ulega zawieszeniu na podstawie przepisu art. 576 k.c. w związku z art. 568 § 4 k.c.

¹⁹ Zob. szerzej: A. Zieliński, [w:] A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2014, komentarz do art. 363.

²⁰ Por. Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 196 i n.

mediacji (art. 183⁷ k.p.c.), z dołączonym dowodem doręczenia jego odpisu drugiej stronie i brakiem wystąpienia przesłanek z art. 183⁶ § 2 k.p.c. Dalszy bieg terminu, zgodnie z treścią art. 568 § 5 k.c., rozpoczyna się od dnia odmowy przez sąd zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem lub bezskutecznego zakończenia mediacji, jeżeli do zawarcia ugody nie doszło. W tym drugim przypadku datę zakończenia mediacji wskazuje protokół sporządzony przez mediatora zgodnie z art. 183¹² k.p.c.²¹.

Inne okoliczności wpływające na bieg terminów z art. 576 k.c.

W doktrynie, na tle dawnego brzmienia art. 576 k.c., wskazywano na dopuszczalność analogicznego stosowania do uregulowanych w tym przepisie terminów zawitych niektórych rozwiązań przyjętych dla przedawnienia, dotyczących biegu terminu. Przyjmowano, że do terminu z art. 576 k.c. zastosowanie mają przepisy o zawieszeniu biegu terminu przedawnienia roszczeń z powodu siły wyższej (art. 121 pkt 4 k.c.) oraz o przerwie biegu terminu przedawnienia na skutek uznania przez sprzedawcę (art. 123 § 1 pkt 2 k.c.)²². W obecnym stanie prawnym, wobec zróżnicowania terminów z art. 576 k.c. na terminy przedawnienia i terminy zawite, uwagi te zachowują swoją aktualność jedynie wobec terminu zawitego do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy lub złożenia oświadczenia o obniżeniu ceny – art. 576 w zw. z art. 568 § 3 k.c. Termin przedawnienia, o którym mowa w art. 576 w zw. z art. 568 § 2 zd. 1 k.c., podlega natomiast, podobnie jak termin z d. art. 10 ust. 2 zd. 1 u.s.w.s.k.²³, ogólnym regułom dotyczącym biegu terminu przedawnienia. Stosownie do tego bieg terminu przedawnienia z art. 576 w zw. z art. 568 § 2 zd. 1 k.c. ulega zawieszeniu w przypadkach określonych w art. 121 k.c.: co do roszczeń, które przysługują dzieciom przeciwko rodzicom – przez czas trwania władzy rodzicielskiej (art. 121 pkt 1 k.c.); co do roszczeń, które przysługują osobom niemającym pełnej zdolności do czynności prawnych przeciwko osobom sprawującym opiekę lub kuratelę – przez czas sprawowania przez te osoby opieki lub kurateli (art. 121 pkt 2 k.c.); co do roszczeń, które przysługują jednemu z małżonków przeciwko drugiemu – przez czas trwania małżeństwa (art. 121 pkt 3 k.c.); gdy z powodu siły wyższej uprawniony nie może dochodzić roszczeń z tytułu rękojmi przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw danego rodzaju – przez czas trwania przeszkody (art. 121 pkt 4 k.c.). Bieg terminu przedawnienia z art. 576 w zw.

²¹ B. Więzowska-Czepiel, [w:] *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz*, red. B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek, Warszawa 2014, s. 474.

²² M. Podrecka, *op. cit.*, s. 397

²³ Por. A. Kołodziej, [w:] *Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej...*, komentarz do art. 10, II, Nb 10 i n.

z art. 568 § 2 zd. 1 k.c. ulega natomiast przerwaniu: 1) przez każdą czynność przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia (art. 123 § 1 pkt 1 k.c.); 2) przez uznanie roszczenia przez sprzedawcę (art. 123 § 1 pkt 2 k.c.); 3) przez wszczęcie mediacji (art. 123 § 1 pkt 3 k.c.). Ponadto zastosowanie znajdzie instytucja uregulowana w art. 122 k.c. (wstrzymanie rozpoczęcia biegu przedawnienia bądź przerwanie już rozpoczętego biegu). Jeżeli kupujący jest osobą, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych, bądź osobą, co do której istnieje podstawa do jej całkowitego ubezwłasnowolnienia, bieg przedawnienia liczy się od dnia ustanowienia przedstawiciela ustawowego albo od dnia, w którym ustała przyczyna jego ustanowienia.

Modyfikacje terminów z art. 576 k.c.

Przed zmianą wynikającą z ustawy o prawach konsumenta, w świetle regulacji art. 558 k.c., nadającej co do zasady przepisom o rękojmi charakter dyspozytywny, w doktrynie powszechnie przyjmowano pogląd o dopuszczalności modyfikacji terminów zawitych przewidzianych w art. 576 k.c.²⁴ Na gruncie przepisów o sprzedaży konsumenckiej kwestia ta nie przedstawiała się już tak jednoznacznie. Nie budziło wątpliwości, że możliwość umownej modyfikacji terminu zawitego do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy należało oceniać z punktu widzenia dyspozycji art. 11 u.s.w.s.k., stanowiącej o semiimperatywnym charakterze norm zawartych w ustawie o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Kontrowersje pojawiały natomiast co do możliwości modyfikacji terminu przedawnienia roszczeń z tytułu rękojmi, polegających na obniżeniu ceny, usunięciu wady czy wymiany rzeczy na wolną od wad z art. 10 ust. 2 zd. 1 u.s.w.s.k. Przepis art. 119 k.c. nadaje bowiem przepisom dotyczącym terminu przedawnienia charakter bezwzględnie obowiązujący, zabraniając zarówno wydłużania, jak i skracania terminów przedawnienia. Stąd wyrażono stanowisko o niedopuszczalności jakichkolwiek modyfikacji terminów do wykonywania uprawnień polegających na żądaniu naprawy, wymiany bądź obniżenia ceny towaru²⁵. W doktrynie istniał jednakże również pogląd o możliwości przedłużenia terminów przedawnienia roszczeń konsumenta z art. 10 ust. 2 zd. 1 u.s.w.s.k., a także włączenia do umowy postanowień, które prowadzą do zawieszenia tego terminu, dając w tym względzie prymat

²⁴ M. Podreka, *op. cit.*, s. 397, 398; Z. Gawlik, [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część szczególna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2010, komentarz do art. 576, Nb 3.

²⁵ Zob. J. Szczotka, *op. cit.*, s. 86.

zasadzie wyrażonej w art. 11 u.s.w.s.k.²⁶. Zaakceptowanie tego ostatniego stanowiska pozwala, podobnie jak na tle ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej, również na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawnych, uniknąć zróżnicowania terminów do wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi, w zależności od rodzaju uprawnienia, z punktu widzenia dopuszczalności ich modyfikacji. W takim ujęciu można przyjąć, że zarówno roczny termin przedawnienia z art. 576 k.c. w zw. z art. 568 § 2 zd. 1 k.c., jak i roczny termin zawity z art. 576 w zw. z art. 568 § 3 k.c. podlegają zasadom wyrażonym w art. 558 k.c. Stosownie do tego przewidziana w art. 558 § 1 zd. 1 k.c. możliwość rozszerzenia lub ograniczenia odpowiedzialności z tytułu rękojmi może polegać także na skróceniu lub wydłużeniu terminów do wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne. Zgodnie z art. 558 § 1 zd. 2 k.c., jeżeli kupującym jest konsument, ograniczenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi jest dopuszczalne tylko w wypadkach określonych w przepisach szczególnych, co wskazuje na semiimperatywny charakter terminów z art. 576 k.c. w obrocie konsumenckim. W świetle tej regulacji roczne terminy do wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne nie mogą zostać skrócone umową stron zawartą z kupującym, który jest konsumentem. Strony nie mogą również ustalić wcześniejszego początku terminu z art. 576 k.c. Nie jest ponadto dopuszczalna modyfikacja rozwiązań przewidzianych w art. 576 k.c. w zw. z art. 568 § 2 zd. 2 k.c. i art. 568 § 3 zd. 1 k.c., przewidujących regulację wstrzymania biegu terminów z art. 576 k.c., poprzez przyjęcie mniej korzystnych dla kupującego postanowień w tym względzie. Dopuszczalne jest natomiast zawarcie w umowie postanowień rozszerzających odpowiedzialność z tytułu rękojmi poprzez przedłużenie terminów przewidzianych w art. 576 k.c., włączenie do umowy postanowień umownych, które prowadzą do ich zawieszenia, czy też określenie dłuższego minimalnego okresu trwania odpowiedzialności sprzedawcy niż przewidziany w art. 576 k.c. w zw. z art. 568 § 2 zd. 2 k.c. i art. 568 § 3 zd. 1 k.c.

Nadużycie prawa

Uregulowany w d. art. 576 k.c. termin do realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne miał charakter terminu zawitego, co przesądzało o niedopuszczalności oceny skutków jego upływu w świetle art. 5 k.c. Według przeważającego w doktrynie²⁷, jak i ugruntowanego w orzecznictwie poglądu

²⁶ Tak: A. Kołodziej, [w:] *Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej...*, s. 323–324.

²⁷ Tak, w odniesieniu do terminu z d. art. 568 § 1 k.c.: C. Żuławska, [w:] G. Bieniek *et al.*, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2011, s. 99; w odniesieniu do terminu z art. 10 ust. 1 u.s.w.s.k.: R. Stefanicki, *op. cit.*, s. 289, 290.

konstrukcja nadużycia prawa nie może bowiem prowadzić do złagodzenia czy pominięcia skutków upływu terminu zawitego. W uchwale SN(7) z 20 czerwca 2013 r.²⁸, w której ocenie poddano możliwość oceny skutku upływu terminu określonego w dawnym art. 568 § 1 k.c. w świetle art. 5 k.c., SN wskazał, że wygaśnięcie uprawnień kupującego następuje wskutek upływu terminu określonego zawitego *ex lege* i jest brane pod uwagę przez sąd z urzędu, wobec tego nie stwarza dla sprzedawcy prawa do powołania się na zarzut jego wygaśnięcia, a tym samym nie stanowi realizacji prawa podmiotowego. Nieco inaczej przedstawiała się kwestia dopuszczalności stosowania art. 5 k.c. do terminów określonych w art. 10 u.s.w.s.k. – wobec tego, że jedynie terminy z art. 10 ust. 1 i art. 10 ust. 3 u.s.w.s.k. miały charakter terminów zawitych, skorzystanie z konstrukcji nadużycia prawa było możliwe co do terminu określonego w art. 10 ust. 2 u.s.w.s.k., jako terminu przedawnienia²⁹ (skorzystanie z zarzutu przedawnienia stanowi realizację przysługującego dłużnikowi prawa podmiotowego, podniesienie zarzutu może zatem zostać w konkretnej sprawie uznane za nadużycie prawa podmiotowego na podstawie art. 5 k.c.). Podobnie, na tle aktualnego brzmienia art. 576 k.c., rysuje się możliwość nieuwzględnienia, w pewnych wyjątkowych okolicznościach, zarzutu sprzedawcy odnośnie do przedawnienia uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne kwalifikowanych jako roszczenia³⁰.

Wnioski

Dokonane ustawą o prawach konsumenta zmiany w obszarze terminów do wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne eliminują najważniejsze mankamenty wcześniejszej regulacji – poprzez wspólne uregulowanie w znowelizowanym art. 576 k.c. terminów do wykonywania uprawnień z tytułu wad prawnych dla umów sprzedaży w obrocie konsumenckim i poza-konsumenckim znoszą dualizm rozwiązań prawnych oraz podnoszą stopień

²⁸ III CZP 2/13, OSN 2014, nr 2, poz. 10. Zob. też wyr. SN z 18 maja 2004 r., II CK 270/03, Legalis nr 268792; wyr. SA w Katowicach z 14 marca 2006 r., I ACa 1947/05, OSA w Katowicach 2005, nr 3, poz. 4.

²⁹ Zob. M. Pecyna, *op. cit.*, komentarz do art. 10 ust. 2, Nb 2.

³⁰ Dla oceny, czy podniesiony zarzut przedawnienia nie nosi znamion nadużycia prawa, konieczne jest rozważenie charakteru dochodzonego roszczenia, przyczyn opóźnienia i jego nadmierności (zob. wyr. SN z 12 grudnia 2007 r., V CSK 334/07, Legalis nr 156425). Stanowisko o nadużyciu prawa przy korzystaniu z zarzutu przedawnienia musi być zbudowane na podstawie kompleksowego rozważenia stosunków i zdarzeń, które doprowadziły do upływu terminu przewidzianego na dochodzenie roszczenia – w tym przy uwzględnieniu wzajemnych powiązań między stronami i staranności oraz zapobiegliwości, jaką powinien wykonać przedsiębiorca w zakresie minimalizowania ryzyka strat w prowadzonej działalności (tak: SN w wyr. z 12 lutego 2009 r., III CSK 272/08, Legalis nr 240861).

ochrony dla stosunków sprzedaży konsumenckiej, wyrównując ją do poziomu przewidzianego dla obrotu powszechnego i profesjonalnego w odniesieniu do przypadków, w których przepisy ustawy o sprzedaży konsumenckiej przewidywały dla konsumenta mniej korzystne rozwiązania (ograniczając kupującego dwuletnim terminem do stwierdzenia wady liczonym od momentu wydania rzeczy). Istotne zmiany w stosunku do d. art. 576 k.c. wiążą się, obok rozciągnięcia regulacji kodeksowej na obrót konsumencki, z przejściem w nowelizowanym art. 576 k.c. konstrukcji z d. art. 10 ust. 2 u.s.w.s.k. wprowadzającej w miejsce ogólnego terminu zawitego do wykonywania uprawnień przewidzianego w d. art. 576 k.c. i terminów odzwierciedlających charakter uprawnień przysługujących kupującemu – terminy przedawnienia w odniesieniu do roszczeń i prekluzji terminów zawitych w odniesieniu do uprawnień prawokształtujących (art. 576 w zw. z art. 568 § 2 zd. 1 i § 3 k.c.). Niejednorodność ujęcia terminów przekłada się na zróżnicowaną ocenę co do skutków upływu terminów w zależności od rodzaju uprawnienia – skutkiem upływu terminu zawitego jest wygaśnięcie uprawnienia, na skutek upływu terminu przedawnienia roszczenie staje się niezaskarżalne – a także wielu szczegółowych kwestii związanych z wykonywaniem uprawnień z tytułu rękojmi, dotyczących problematyki biegu terminów, dopuszczalności ich modyfikacji³¹ czy problematyki nadużycia prawa. Rozwiązanie różnicujące terminy do wykonywania uprawnień ze względu na ich charakter niesie przy tym korzystne dla kupującego skutki. Okoliczność, że terminy do wykonywania uprawnień przybierające postać roszczeń są okresami przedawnienia, oznacza, że podlegają one ogólnym zasadom dotyczącym przerwy, zawieszenia i wstrzymania terminów przedawnienia, w odniesieniu do terminów przedawnienia możliwe jest także stosowanie konstrukcji nadużycia prawa. Pozytywną dla kupującego zmianą jest ponadto wprowadzenie regulacji łączącej z dochodzeniem przed sądem albo sądem polubownym jednego z uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne oraz z wszczęciem postępowania mediacyjnego dotyczącego jednego z tych uprawnień równoczesne zawieszenie biegu terminu do wykonania innych uprawnień z tego tytułu (art. 576 k.c. w zw. z art. 568 § 4 i 5 k.c.), daje to kupującemu realną szansę dochodzenia lub wykonania tych uprawnień z tytułu rękojmi, które nie były przedmiotem postępowania, w przypadku jego negatywnego zakończenia.

W kontekście nowelizacji dokonanej ustawą o prawach konsumenta należy jednakże odnotować również zmiany pogorszające sytuację kupującego w porównaniu do wcześniejszych regulacji. W obecnym stanie prawnym

³¹ W tym przypadku jednak przy przyjęciu poglądu o możliwości umownej modyfikacji terminów przedawnienia z art. 576 k.c. w zw. z art. 568 § 3 k.c. ocena skutków będzie kształtować się jednorodnie w odniesieniu do wszystkich terminów z art. 576 k.c.

upływ terminów do realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady prawne wywołuje ujemne skutki dla kupującego związane z przedawnieniem roszczeń/wygaśnięciem terminów zawitych także wówczas, gdy sprzedawca wadę podstępnie zataił. W tym aspekcie rysuje się różnica w stosunku do poprzednio obowiązujących regulacji, które sankcjonowały naganne zachowanie sprzedawcy polegające na podstępnym zatajeniu wady (d. art. 576 § 2 k.c.), a nawet sam fakt, że sprzedawca w chwili zawarcia umowy wiedział o niezgodności i nie zwrócił na to uwagi kupującego (art. 10 ust. 4 u.s.w.s.k.), przyznając kupującemu możliwość wykonywania uprawnień po upływie terminów. Niekorzystną dla kupującego zmianą jest też rezygnacja przez ustawodawcę z konstrukcji przewidzianej uprzednio w d. art. 576 § 3 k.c., dopuszczającej podniesienie zarzutu z tytułu rękojmi po upływie terminu, jeżeli przed jego upływem kupujący zawiadomił sprzedawcę o wadzie. W obrocie konsumentkim należy ponadto wskazać na brak w obecnym stanie prawnym rozwiązań zawartych uprzednio w art. 10 ust. 3 u.s.w.s.k., przewidujących przerwę biegu terminu przedawnienia w razie zawiadomienia sprzedawcy o wadzie czy zawieszenie jego biegu na czas wykonywania naprawy lub wymiany oraz prowadzenia przez strony rokowań w celu ugodowego załatwienia sprawy, co oznacza obniżenie poziomu ochrony kupującego konsumenta w tym względzie w porównaniu do uprzednio obowiązującego stanu prawnego.

Abstract

The periods for making a claim or exercising a right under the statutory warranty for legal defects following the amendments to the Civil Code introduced under the Consumer Rights Act of 30th May 2014

The article addresses the issues concerning the periods for making a claim or exercising a right under the statutory warranty for legal defects following the Civil Code amendment introduced under the Consumer Rights Act of 30th May 2014. Prior to the Act's entry into force the respective provisions were set out in Art. 576 of the Civil Code and Art. 10 of the Act on Detailed Conditions for Consumer Sales of 27th Jul, 2002 (which applied to business-to-consumer contracts). After the entry into force of the Consumer Rights Act, the related issues are comprehensively regulated under unified rules (with some distinctions in the case of consumer contracts) in the Civil Code, under the amended Art. 576. The article points out the differences between the previous and the new regulations.

Key words: statutory warranty, physical defects, periods for making a claim or exercising a right

Volodymyr Bogoslavets

PhD, licensed practicing lawyer, Ivano-Frankivsk, Ukraine

Features of Obligations Pertaining to Legal Services Delivery in the Light of Ukrainian Law and Practice

The obligation regarding legal services provision is a contractual obligation of services delivery. However, it is necessary to clarify the issue of the characteristic features of such obligations which enable us to distinguish them from the other contractual obligations.

The contract law research used to describe repeatedly the issue of features of services. For instance, according to V.I. Zhukov and B.I. Yurovskiy, the features pertaining to each and every service are the following: 1) intangibility; 2) inseparability from the source; 3) variability of quality; 4) inability of preservation; 5) trust-based (confidential) nature of the process of services provision¹. In addition to the above features, A.V. Tikhomirov pointed to its elusiveness and a high degree of uncertainty². S.L. Spivak notes that services are characterized by uncertain target orientation and cannot exist beyond a specific individual contact with a client³. V.A. Vasylyeva points to the irrevocability of service as its attributive property⁴.

The above features can be considered as elements of civil legal services that may enable the latter to be distinguished from other objects of civil legal relations.

Contractual obligation concerning the delivery of legal services invested with features of civil legal obligation of service provision, has certain aspects that distinguish it from the other obligations of services provision.

¹ V.I. Zhukov, B.I. Yurovskiy, *Legal nature of "service"*, "Express Analysis" 1999, Vol. 15, p. 20.

² A.V. Tikhomirov, *Medical law. Practical guide*, Statut, Moscow 1998, p. 112; idem, *Medical services. Legal aspects*, Information and publishing house "FYLYN", Moscow 1996, p. 98.

³ L.S. Spivak, *Formation of the market for services in transformational economy: Thesis for the degree of Candidate of Juridical Sciences: 08.01.01*, Kiev 2002, p. 26.

⁴ V.A. Vasylyeva, *Civil legal regulation of the provision of intermediary services. Monograph*, Vasyl Stefanyk Precarpathian National University Publishing House, Ivano-Frankivsk 2006, p. 92.

In particular, the legal service is the *object* of such an obligation that nevertheless has its own individual traits even if invested with common features of civil service. There exists a point of view that the legal service is activity of a legal nature serving the protection of the rights and interests of citizens and organizations⁵.

Characteristic of legal service as activity is a positive aspect of this definition. In order to disclose the concept of service in the Article 901 of the Civil Code of Ukraine⁶ the legislator uses such phrases as “doing a certain action” or “carrying out certain activity.” This method is caused by the need to explain the part of the text which is not clear enough, where following the name of the contract is repeatedly used the phrase “to provide the service”. Under “doing a certain action” they understand the physical movement of objects of the material world through mechanical movements, and the term “carrying out certain activities” means the form of influence on the surrounding world, including the purpose, means and result of the process⁷. Strictly speaking, the activity aimed at achieving a certain useful result that can satisfy the interests of the obligee is the object of this obligation and the limit of exercise of the obligee’s rights and the obligor’s actions. However, the latter carries out the specified activity through actions that are the subject matter of the obligation. Therefore, from a legal point of view, for describing the category “legal service” it is more appropriate to use the phrase “carrying out certain activity”.

In the definition of legal services offered by O.M. Schukovskaya, the category of “defence” is distinguished from such categories as “protection”. Such separation is justifiable as in legal science these two terms are seen as connected but not identical. Thus, according to V. Polyukhovych, the concept of “protection” has a broader meaning and engrosses the concept of “defence” because with the direct defence of human rights, i.e. active actions, the concept of “protection” includes all legal means that execute the function of prevention and safety⁸. According to O. Skakun, the protection of each right is permanent and aims to secure the action of the right. Protection anticipates prevention, i.e. prevention of illegal activities, and the need to address defence appears only when there is a barrier to its implementation or violation or the threat of violation⁹.

⁵ A.M. Schukovskaya, *Legal regulation of legal services provision: Thesis for the degree of Candidate of Juridical Sciences: 12.00.03*, St. Petersburg 2001, p. 23.

⁶ Civil Code of Ukraine dated 16.01.2003, № 435-IV, “Official Bulletin of Ukraine” 2003, No. 11, Art. 461.

⁷ V. Vasylyeva, *Civil law regulation...*, p. 25.

⁸ B. Polyuhovych, *Administrative and legal defense of an individual in relationships with public authorities*, “Ukrainian Law” 2003, No. 5, pp. 41–42.

⁹ O.F. Skakun, *Theory of the State and Law: Textbook for Universities*, University Internal Affairs, Firma “Konsum”, Kharkiv 2000, p. 202.

However, in our opinion, the claim that activity of a legal nature of legal services providers serves the defence of human rights and the protection of the interests of citizens and organizations is not precised, at least according to the national legislation. According to the effective legislation it is rather under the competence of the court (art. 55 of the Constitution of Ukraine), and other state law enforcement agencies¹⁰. A provider of legal services can only assist in defence and protection of the rights or interests of an individual. Such assistance is manifested in the totality of the professional actions of a legal services provider – a specialist in the field of law with whose help the procedural, material and legal status of subjects of civil rights and obligations is changed.

Apart from defence and protection of clients' rights and interests, the legal service is often directed to assist in the realization of such rights and interests. In particular, if a person has decided to create a company and ordered legal services for execution of paperwork, neither rights nor interests are violated, and protection of the mentioned is not the point of discussion. A person merely wishes to realise their right to exercise business activity. Jural relationships with legal services provider are intended for the latter to assist in realization of the right mentioned by consultations and other actions.

To sum up, one can state that the legal service is an activity to facilitate the implementation and protection of rights and interests of individuals.

There exists an opinion that legal services are services that *require special classified knowledge in the field of law*. To such criteria, depending on the task, may belong higher or specialized secondary legal education and work experience by profession, and for a legal entity – availability of appropriately qualified employees¹¹.

N.Y. Sokolov points out that a mandatory attribute of each legal profession is the existence of legal knowledge and skills acquired not through personal experience or due to some outstanding talent of the person, but primarily through the adequate educational institutions or practice at the accredited establishments. The performance of such activity is the main feature that allows us to attribute a particular person to the legal profession. As regards legal education, this is the feature subordinated to professional legal activity. Another matter is that with the historical development the role and

¹⁰ Constitution of Ukraine adopted at the fifth session of the Supreme Council of Ukraine on 28.06.1996, "Bulletin of the Supreme Council of Ukraine" 1996, No. 30, Art. 141; Law of Ukraine "On Public Prosecution" dated 14.10.2014, "Bulletin of the Supreme Council of Ukraine" 2015, No. 2–3 (16.01.2015), Art. 12.

¹¹ E. Berlyn, *Legal regulation of quality of legal services*, "Law and Economy" 2002, No. 5, p. 24.

importance of professional legal activity have grown and at present they have acquired the nature of an obligatory qualification requirement¹².

Despite the fact that the special knowledge or skills of legal services provider are not the only distinguishing features of contracts for legal services, they decidedly is an important characteristic of the relations studied.

The obligations under this research are also characterised by client's *peculiar trust* in a legal services provider. As it is noted in the legal literature, according to the character of legal trust civil relations may include ordinary and special, fiduciary trust. The content of ordinary trust consists in the trustee's understanding of accordance between the elements of jural relationship and real declaration of will and the resulting confidence concerning either voluntary execution of the duties by counterparty or enforcement in case of improper execution of thereof. Trust as a legal category is an element of human liberty all stages of the legal relation. Practically all contractual relations arise in the presence of trust between the contracting parties. However, not all relations have a special, fiduciary trust between the parties¹³. Concerning the obligations described, there is a position in the legal literature that the relations of legal services delivery qualitatively characterize deeply personal and private relations of trust; in this case it is presumed that there is a special level of mutual awareness and coordination of actions of the parties from which the fiduciary character of the obligation originates¹⁴. In our opinion, it is necessary to accept the fact that the obligations concerning legal services provision are fiduciary in nature, yet entering into such obligations, the client often has to enter into a special relationships of trust with the service provider. In particular, the client has to disclose private information to the provider or information that is a trade secret, and so on. The fiduciary character of the obligations elucidated consists of a set of rights and obligations that define the relationships between the parties. The share of fiduciary obligations in different legal relations concerning legal services provision may be different, but at the same time the presence of fiduciary obligations should be presumed, that is they exist in these legal relations even if such obligations are not stipulated in the contract or by law because of the character of relationships, and the nature of obligations. Violation of such obligations entails liability (liability for disclosure of confidential information, entry into rela-

¹² N.Ya. Sokolov, *Legal profession: the concept, essence and content*, "The State and Law" 2004, No. 9, p. 24.

¹³ R.A. Maydanyk, *The problems of regulation of trust relationships in civil law: Thesis for the degree of Doctor of Juridical Sciences: 12.00.03*, Kiev 2003, p. 40.

¹⁴ J. Leubsdorf, *Legal Malpractice and Professional Responsibility*, "Rutgers Law Review", Fall 1995, Vol. 48, No. 1, p. 116.

tions with the third parties that violate the interests of the consumer of legal services, and so on).

It is believed that only in relations with individuals can the obligations be fiduciary¹⁵. However, in our opinion, the fiduciary nature is inherent to legal relations of legal services delivery regardless of the subjects. Legal entities as subjects of property and personal non-property rights need reliable defence of thereof by appropriate legal means including entering into obligations that provide for legal services provision. The confidentiality essential to communication between the parties, special order of establishing communication and its suspension and the particular manner of execution make the obligation of legal services fiduciary. The features named are inherent to obligations concerning legal services delivery to both individuals and legal entities and, at the same time, they are principles and guarantees to which both individuals and other entities are entitled, and any subject of rights and responsibilities must not be excluded or given a preference.

Since the concept of service is determined by the activity, the peculiarity of this activity and the specific actions of the person aimed at implementation of thereof should be reflected in the nature of services provided. This, in turn, determines the nature of created beneficial effect that eventually makes it possible to include a particular service obligation to certain types of services: juridical, factual or mixed.

In a broad sense, juridical actions are actions of persons concerning personification of rights as the rule of law is only a general rule of conduct; at the expense of such “right realization” actions the impersonal regulatory guidelines refract into specific subjective rights and legal obligations. Nonetheless, it is necessary to perform a particular set of such actions in order to implement a legal norm: to carry out organizational and various other legally neutral actions and actions that directly lead to a change in the legal status of the subject. Actual actions are the first of the named, they are able to create the preconditions for realisation of the second, specifically juridical actions (or legal in the narrow sense of the word) by which certain rights and obligations are acquired, created or terminated. In this sense, “any action may have legal significance and the so-called juridical actions consist of actual actions”¹⁶.

A number of obligations concerning services delivery such as storage or transportation with a reasonable standards of care can be referred to as actual

¹⁵ *Civil Law. Textbook*, ed. A.P Sergeev., Y.K. Tolstoy, Third edition, revised and expanded, “PBOYuL Rozhnykov L.V.”, Moscow 2001, Vol. 2, p. 550; N.V. Fedorchenko, *Contract of agency: Thesis for the degree of Candidate of Juridical Sciences: 12.00.03*, Kiev 2004, p. 98.

¹⁶ I.V. Shereshevskyy, *Representation. Agency and power of attorney. Practical commentary on the Civil Code of RSFSR*, Publishing House “Law and Life”, Moscow 1925, p. 7.

ones. Activity regarding provision of these services is not intended to create a legal result such as giving the client juridical rights and obligations, while the latter is the subject matter of contracts of agency, commission and trust property management. The specificity of actions in the context of such obligations is manifested by the fact that the activity itself (through actions) is directly aimed at regulating the legal status of the subjects, thus creating a beneficial effect of juridical but not actual nature which lies in realization by the subjects of their rights and obligations. Simultaneously, the obligations of services provision, the content of which is to execute juridical actions, may be also accompanied by the implementation of actual actions. The technological cycle of such services can be different, and if actual actions in their legal sense remain “subordinated” and only help to achieve the legal result, they are absolutely not less important in terms of economic or personal interest of the consumer of these services.

At the same time, with the provision of actual services, juridical actions may be provided as well. However, the nature of service would surely change if the main goal would be absent – that is to carry out the most actual actions.

Services also may acquire a mixed nature either according to the law or under the contract. This occurs when the performance of such services is put in direct dependence on the actions of both juridical and factual nature.

The above analysis leads us to conclude that there is a distinction between juridical and actual actions (activities), and the subject of juridical and actual services discloses through the nature of thereof. As far as the content of any legal relation lies in its focus, the main goal should determine its nature and not related elements. Therefore, it is important to specify what kind of actions, juridical or actual – are the subject matter of a specific jural relationship, describe them. Failure to realize them makes impossible the proper fulfilment of obligation of service, and exactly this determines the actual, juridical or mixed type of service where both elements are closely intertwined. Therefore, depending on the conditions of the specific obligation, the nature of the debtor is determined.

In our opinion, the obligation concerning legal services provision should be attributed to the mixed type, because the *subject matter* of legal service may include both consulting, drafting projects of various documents which are actual actions and representation of the client in the court, other state agencies and so on which are the actions of juridical character. Often enough in practice they conclude contracts for creation of required documents (statement of claim, the articles of association of legal entity and so on) and submission thereof to the appropriate institutions, further representation of the client's interests by the provider of legal services in this case.

With the development of the economy, legislation and society, the overall range of actions that may be the subject matter of contracts for legal services is, as a rule constantly expanding. Nevertheless, the object of obligations regarding legal services provision, that is activity of the provider concerning promoting protection, defence or implementation of the rights and interests of the client, remains relatively unchanged. In our opinion, the subject matter of obligations studied is one of their most important features.

Summarizing the above, it should be noted that some of the listed features of obligations for the delivery of legal services are often manifested in other legal relations. However, their totality allows distinguishing contracts for legal services from other similar obligations.

Characteristic of the contracts allows distinguishing contractual obligations concerning legal services provision from employment relations, especially when the provider is a private person (private practicing lawyer). For example, the subject matter of both employment and civil relations has a physical form of work. However, the subject matter of the labour law relations is not the result of service, but the very process of provision thereof, while civil law relations cover just the result of the activity of the legal services provider¹⁷. Dependence of employees work is also considered as the criterial feature of labour law relations, in contrast to the obligations studied¹⁸. To distinguish labour and civil law relations it is necessary to take into account the nature of relationships – whether they are lasting or immediate. If a lawyer is invited to provide services for a specified period of time (week, month, year), moreover, the performance of a particular work function (legal counsel in the company) is specified, and so this is the field of labour law relations. If we are dealing with a particular task (providing advice, etc.), civil law relations are involved.

However, one should distinguish civil law obligations of a lasting nature from an employment relationship. The particularity of such a relationship is manifested in the fact that between a lawyer, on the one hand, and the person using the services, on the other hand, there is agreement in principle that if so required the needed services will be provided by the lawyer. If such an agreement has been made, then the parties conclude an employment contract and the payment is made not for a specific service rendered, but for the period of time during which the parties are bound by the contractual obligations¹⁹.

¹⁷ *Civil Law. Textbook...*, p. 544.

¹⁸ S. Vyshnevetska, *Labour relations as an object of labour law research*, “Business, Economy and Law” 2004, No. 1, p. 60.

¹⁹ M.I. Fetyukhin, Yu.M. Fetyukhin, A.N. Habarov, *Agreement of fee-based services: Textbook*, Publishing house of BPO MSU, Volgograd 2001, p. 11, 12.

However, as a rule, the person applies for legal services only when this is necessary and correspondingly pays for delivery of a particular order. At any other time the parties are not bound by civil law relations. The object of contractual obligations concerning legal services provision is similar to the same of labour relations between the legal counsel and the employer. However, in contrast to the legal work carried out in the organization by the other structural sub-divisions and officials, the work of legal counsel (legal department) is specific and exclusive; it is the essence of all the activities, the sphere of direct application of work in the field of law combined with implementation of an integrating function of the organizer of the law enforcement activity. The functions of legal counsel end where powerful decision-making is needed and where it is necessary to impose sanctions against people unsubordinated to the legal counsel.

Foreign legal practice is also represented by legal counsels which, particularly in the USA, constitute up to ten percent of all lawyers²⁰ and are called “in-house/corporate counsels”, which points to their official affiliation to the employer²¹. Basically the competence of legal departments of US companies covers the cases concerning labour, contractual relations and real estate, and if they reach the litigation phase, the companies most often use the services of independent law firms²². This practice has already existed among successful Ukrainian companies when being in permanent labour relations with one or even a significant number of legal counsels, the company enters into civil law relations concerning the provision of legal services with law companies or private legal practitioners. Often this is caused by the need to perform certain tasks by more competent professionals because of the complexity of the problem or its high value for the client.

It is necessary to distinguish legal services obligations from works relations. The difference between work and services was recorded in Roman private law. Much has been written on the distinction criteria between these obligations. However, some civil law scholars in their papers admit the categorization of certain kinds of work as services²³. Some scientists consider work as a kind of service²⁴. Conversely, even in modern academic research, one can find iden-

²⁰ *Private practice in the United States (Interview with V.A. Vlasikhin, a consultant at Moscow ABA representation)*, “Legal Consultant” 1997, No. 8, pp. 76–79.

²¹ N.J. Moore, *Conflict of Interest for In-House Counsel: Issues Emerging from the Expanding Role of the Attorney Employee*, “South Texas Law Review”, March 1998, No. 2, p. 499.

²² Price Waterhouse LLP’ 1997 Law Department Spending Survey. October 22, 1997 (online version).

²³ M.I. Fetyukhin, Yu.M. Fetyukhin, A.N. Habarov, *Agreement...*, p. 7, 8.

²⁴ S.S. Shevchuk, *The legal regulation of fee-based medical services: realities and prospects*, North-Caucasian STU, Stavropol 2001, p. 31, 32.

tification of the terms “service” and “work”²⁵. In practice, based on old habit, quite often the legal services providers determine relationships with clients as contracting relations.

The main difference between these obligations is in the particularities of the economic relations generated by them. The subject matter of the obligation regarding legal services is result of the provider, which is inseparable from the activity and has no material expression. In the obligations concerning works the object of the legal relations is the materially embodied result of the provider’s activity. It can lie in the creation of new things, the change of existing things, or be a product of intellectual creativity etc. The result may be different, but its “material character” serves as an established feature of obligations concerning execution of work²⁶. Separation of the concepts of work and services by emphasizing the concrete result to be provided for the client is the main and probably the only undoubted criterion of distinction between these two types of relations in civil law doctrine²⁷.

However, the academic literature points to other differences between the afore-cited legal relations. In particular, it is noted that as the very operation (the process of service provision – the author) is important for the client, they can interfere in the activity of the provider which is not characteristic of relations concerning the performance of work²⁸.

N.V. Fedorchenko indicates that the activity of the services provider is not related to the use of materials intended for transformation into the materialized result²⁹. M.V. Krotov notes that the distinguishing feature of service can be used for differentiation between the obligation of services provision and obligation of work performance rather as an additional feature, because absence of materials for processing and the obligation to provide them is caused by the peculiarities of service as a special form of final result which has no materialized shape³⁰. One can agree with this opinion, but it is necessary to say that acceptable is the situation when in the obligations of legal services delivery are materials used, equipment (computers, copying paper, and so on), but, in contrast to work, they are not used to be converted into a certain new materialized value, but play a very different role – they serve as

²⁵ E.V. Sukmanova, *Commercial contract for consulting services: Thesis for the degree of Candidate of Juridical Sciences: 12.00.04*, Donetsk 2005, p. 120.

²⁶ M.I. Fetyukhin, Yu.M. Fetyukhin, A.N. Habarov, *Agreement...*, p. 11.

²⁷ D. Stepanov, *Who will pay and who will not be paid. To the matter of development of legal services payment procedure*, p. III, “Economy and Law” 2002, No. 2, pp. 59–60.

²⁸ *Ibid.*, p. 60.

²⁹ N.V. Fedorchenko, *Contract of agency...*, p. 188.

³⁰ M.V. Krotov, *Commitment on provision of services in the Soviet Civil Law: Textbook*, Leningrad 1990, p. 91.

technical means of performing an activity, a material form of expression, etc., but this not what the performance of means. In this connection, it is incorrect to refer to the jural relationship of services provision as only actions and activities that do not have any material medium. For instance, some scholars consider consultancy in oral form as service whereas in written form – as work performance³¹.

Based on the nature of work, the latter, unlike services, must necessarily lead to the creation of results which to the extent of their material character will be considered as independent objects of civil law relations. The service has also a material element – its material medium is the subject acting in the materially perceptible form³². The presence of material items in service and provision thereof for the client is quite natural and absolutely not contrary to the idea of service, including legal service. Such substantive realities as a handwritten or typewritten (on a floppy disk or other media) text of explanations, opinions on legal questions, prepared text of the draft of a contract, complaints, and claims, become in the legal sense service only because of the afore-cited inconstant material element, that very external form that embodies the activity of legal services provision because of a certain obligation. Besides, this is a circumstance that does not change the nature of legal service as in the examples given the orientation of obligation in any event lies in activity regarding the provision of advice, explanations, procedural and documentary processing of declarations of intent of the client, in implementing other actions.

It is necessary to state that the role of activity in works performance obligations is important primarily for the purpose of separating work performance obligations from the obligations regarding sales of property, since in work, in other words, importance is of course attached to the unity of production of works and conveyance of their results and not just transfer of property.

However, the activity in work performance does not have the same meaning as it acquires in services. For example, in work performance relations the process of work, i.e. the activity, is important insofar as it is a prerequisite for achieving the final, material result, at the same time in services the activity is not only a prerequisite but its implementation means fulfilment of obligations regarding services provision.

Legal literature, considering the contract for legal services, also notes that there is such a legal model, where the provider undertakes the responsibility to carry out an action and if the action leads to what is called “the effect of

³¹ *Civil Law. Textbook...*, p. 549.

³² M.V. Krotov, *Commitment on provision...*, p. 5.

service”, the provider will be paid another, higher amount³³. In particular, the contract may have as its object the achievement of certain result. Such result may be a court decision in favour the client’s claim, or on the contrary, denying a claim against the client; absolutory sentence concerning the client or other person in whose success the client who signed the contract for legal services is interested. Besides, a positive decision of other entities concerning the client’s rights and interests can also be such a result. It should be noted that this issue has very important practical significance.

In this context the position of High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases specified in the court determination dated 16 April, 2014, case No. 6-6621sv14³⁴, seems to be quite clear. This court case deals with the judicial conflict of debt collection in favour of a services provider under the contract for consulting, legal, and other services provision concerning insurance compensation. In particular, the claimant (services provider) explained that according to the contract, the defendant, after receiving insurance compensation, had to pay to the provider the agreed remuneration in full but the client failed to do so. The courts of first and appeal instances satisfied the claim of the services provider completely. Nonetheless, the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases in its determination in this case, reversing the judgements of previous instances, pointed out that “resolving the judicial conflict the court did not duly clarify exactly what actions the plaintiff had done in pursuance of the contract, when and how it was expressed and what it was proved by, and whether these actions have resulted in the final result that is receiving insurance compensation”.

It is necessary to agree with this position of the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases, since under the provisions of the Civil Code of Ukraine, the parties may determine the conditions of the contract at their discretion, the responsibilities of the provider may include not only the realization of specific actions (activity), but also providing the client with the result of actions (written advice, explanation on legal issues, draft contracts, complaints and other legal documents). However, existence of the clause concerning the provider’s right to remuneration that depends on the decision of the court or other public authority, insurance company and so on, in the future, is not, in our opinion, the realization of freedom of the contract. From our point of view, the essence of legal relations between the client of legal services and the provider implies that the latter should always

³³ O. Smotrov, *Contract of paid medical services: Thesis for the degree of Candidate of Juridical Sciences: 12.00.03*, Kharkiv 2003, p. 52.

³⁴ The determination of High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases dated 16 April, 2014, case № 6-6621sv14.

do everything in their power (of course within the law) for the defence of the rights and interests of the client. If the parties follow this principle, the scheme of dependency of services payment on the decision of the third party is not required as the provider, regardless of the outcome in the future, exerts maximum efforts and, correspondingly, these efforts are paid by the client. From the fact that insurance is paid or not, or the case is “won” or “lost”, the efforts of the provider in this case have neither diminished nor increased. Therefore, there are no reasons for a change in price of services.

Obligations concerning legal services provision in their economic nature are close to the creative relationships. Some authors call services provision a “creative process”³⁵. However, one should understand that creative work is a purposeful human intellectual activity, which results in something qualitatively new, that differs by uniqueness and originality. An important feature of creative work is the novelty of the topic, which can be manifested either in the content of the work, or its form. The activity of an actor or the member of dance ensemble, on the one hand, and a lawyer or representative in the court, on the other hand, have a single economic essence – it is an activity concerning services delivery. They are distinguished on the basis of the presence or absence of a creative character in the activity of the provider that is manifested by the presence of the author’s and artist’s contractual obligations³⁶.

The obligations concerning legal services are similar to obligations which arise from contracts of agency. In particular, the lawyers quite often enter into the contractual relations of agency in order to represent the interests of the client in the court or before the other public authorities. In our opinion, the use of the contract of agency in the sphere of legal services is inappropriate. The subject matter of the contract of agency may be actions of a juridical character – representation. However, as a rule, during effectuation of the representation it is required to provide factual services such as advising, preparing explanations concerning the case and so on that also are the subject of obligation. Such actions cannot be the subject matter of contract of agency. In contrast to the contract of agency, the subject matter of obligation regarding legal services delivery are mixed services, so the use of contracts for legal services is more effective in regulation of the relationships between the provider and the client.

In recent years, the contracts for consulting services have become common. In the subject literature it has been suggested that the contracts for consulting services include juridical services³⁷. In our opinion, such conclu-

³⁵ A. Myhaylov, *Services as a form of business (marketing of services)*, “Business, Economy and Law” 1999, No. 1, p. 51.

³⁶ *Civil Law. Textbook...*, p. 541.

³⁷ E.V. Sukmanova, *Commercial contract...*, p. 14, 17.

siveness is incorrect. One should agree that the subject matter of obligation in the context of consulting services provision can be consultations in the field of law, which, as it has already been stated by us, may also be the subject matter of the contract for legal services provision. However, between consulting obligations and the obligations concerning provision of legal services there are differences that do not allow identifying them or considering one as a part of the other. Firstly, the subject matter of the consulting obligation contract can only be consultations, that is actions of a factual character. The obligation of legal services may include actions both of factual and judicial nature. However, unlike the obligation of legal services, the subject matter of the consulting obligation may be consultations not only in the area of law but also economics, design and so on.

A significant number of new contractual obligations are mixed contracts. According to A.O. Sobchak, the essential feature that characterizes mixed contracts is a combination of the elements of various contracts and the emergence on this basis of a single integrated obligation of two or more obligations, each of which is under the rules of the relevant types of obligations³⁸. This position has been criticized in the scientific literature, and it has been noted that the contract is the basis of the obligation if it contains all the conditions required and sufficient for its independent existence. In case due to the conclusion of a contract there arise two or more independent obligations instead of a single one, then we should not talk about a mixed contract, but rather the range of different independent obligations united by a common purpose, subject matter or certain activities. A mixed contract is a contract that combines the elements of various contracts and serves as the basis for origin of single obligation that combines the features of various kinds of contracts.

The obligations of legal services delivery are civil legal relations concerning services delivery. In practice quite often obligations arise between the lawyer and the client similar to obligations concerning work performance, creative obligations etc. However, this is not evidence of a mixed character of contracts, but only the similarity of legal relations regarding services provision to the obligations mentioned. Creation of a new legal structure is justified only when the known institutions are not cable of regulation relations that are actually occurring in practice and the latter has critical need of thereof³⁹. The obligation of legal services provision “fits” into the general rules of services, and therefore, in our opinion, the contracts studied cannot be called mixed.

³⁸ A.A. Sobchak, *Mixed and complex agreements in civil law*, “The Soviet State and Law” 1989, No. 11, p. 63.

³⁹ N. Slyusarevskyy, *Property trust management agreement: the processes of formation*, “Business, Economy and Law” 1997, No. 6, pp. 6–7.

Conclusion

The contractual obligation concerning provision of legal services, as civil obligation, possesses a number of specific features which distinguish it from similar obligations. Such features are: a particular object, subjective essence, subject matter and fiduciary nature of legal services provision. In addition, the legal relations of legal services provision, being similar to employer-employee contracts, work contracts, creative relations etc., correspond to the general rules of services, and therefore, there are no reasons to consider them as mixed obligations.

Abstrakt **Usługi prawne w świetle ukraińskiego prawa i praktyki**

Celem artykułu jest analiza zobowiązań w usługach prawnych. Autor opisuje typowe cechy takich zobowiązań, wyróżniając je od innych zobowiązań, wynikających z innego rodzaju umów. Na podstawie obowiązującego ukraińskiego ustawodawstwa, procedury sądowej i prac naukowych z zakresu prawa zobowiązań, autor twierdzi, że szczególną cechą usług prawnych jest element zaufania. Jego zdaniem zobowiązania prawne usług prawnych są podobne do umów między pracodawcą i pracownikiem, umów o pracę, relacji w dziedzinach twórczych itd. Są zatem objęte ogólnymi zasadami dotyczącymi usług, więc nie ma powodu, aby uważać je za zobowiązania mieszane.

Słowa kluczowe: zobowiązania, usługi prawnicze, osoby objęte zobowiązaniem z umowy, relacje prawne

Piotr Rosiak

doktorant, Uniwersytet w Białymstoku

Karny charakter instytucji przepadku świadczenia z art. 412 k.c.

Przepis art. 412 k.c. stanowi, że „Sąd może orzec przepadek świadczenia na rzecz Skarbu Państwa, jeżeli świadczenie to zostało świadomie spełnione w zamian za dokonanie czynu zabronionego przez ustawę lub w celu niegodziwym. Jeżeli przedmiot świadczenia został zużyty lub utracony, przepadkowi może ulec jego wartość”¹.

Instytucja przepadku świadczenia niegodziwego, jak na materię i sposób, w jaki prawo cywilne reguluje inne zagadnienia, jest wyjątkowa. O jej wyjątkowości świadczy przede wszystkim fakt, że ma zastosowanie w stanach faktycznych, w których występują czyny zabronione przez ustawę, o celu niegodziwym, jawnie naruszające zasady współżycia społecznego. Co istotne, czyny te nie stanowią jedynie tła zdarzeń, a są, jak wynika z treści przepisu, nieodzownym elementem przesłanek jego zastosowania. Od razu daje się zauważyć, że orzeczenie przepadku, w sytuacji gdy ma się do czynienia z czynami zabronionymi przez ustawę, jest domeną prawa karnego. Tam bowiem obowiązują przepisy art. 44 i 45 k.k., które pozwalają na orzeczenie przepadku korzyści majątkowej pochodzącej z przestępstwa².

Instytucja przepadku świadczenia w prawie cywilnym umożliwia państwu wkraczanie, w bardzo brutalny sposób, w stosunki cywilnoprawne. Odbywa się to poprzez stosowanie sankcji o niejednoznacznym charakterze wobec stron określonych czynności prawnych, której skutkiem jest przepadek świadczenia. Ponadto można mieć wątpliwości, czy państwo występuje w tym przypadku jako podmiot cywilnoprawny, czy też jego rola jest zbliżona do tej, którą pełni wnosząc akt oskarżenia do sądu.

¹ Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.

² Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553.

Cel instytucji przepadku świadczenia

Instytucja przepadku ma przede wszystkim na celu rozstrzygnięcie dylematu świadczenia niegodziwego. Czynność prawna sprzeczna z prawem, dobrymi obyczajami lub zasadami współżycia społecznego jest z mocy art. 58 k.c. nieważna. Świadczenie spełnione na jej podstawie jest w związku z tym nienależne i zgodnie z ogólnymi regułami bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 k.c.) i nienależnego świadczenia (art. 410 § 2 k.c.) powinno zostać zwrócone *solvensowi*³. Te same zasady odnoszą się do sytuacji, gdy czynność prawna zobowiązywała, ogólnie rzecz ujmując, do zachowania niegodziwego. Wówczas powstaje dylemat polegający na wskazaniu, który z uczestników tego czynu lub mającego za cel niegodziwość, może zatrzymać owoce swojego działania. Z jednej strony *solvensowi*, który spełnił świadczenie na podstawie nieważnej czynności prawnej przysługiwać będzie *condictio sine causa*⁴, z drugiej – trudno sobie wyobrazić, aby sąd musiał rozstrzygać spór pomiędzy wręczającym łapówkę a urzędnikiem, który ją przyjął w zamian za wydanie określonej decyzji, czy też podżegaczem a zabójcą, któremu za dany czyn zapłacił. Zarówno uwzględnienie przez sąd roszczenia zwrotnego, jak i jego odrzucenie prowadziłoby w konsekwencji do negatywnie ocenianych skutków. *Solvens* lub *accipiens* mógłby zachować świadczenie mimo, że często obie te strony w równej mierze nie zasługują na to. Stąd też ustawodawca rozwiązał ten dylemat poprzez wprowadzenie możliwości jego przepadku na rzecz Skarbu Państwa. Takie orzeczenie z jednej strony pozbawia wzbogacenia *accipiensa*, bo przepada ono na rzecz Skarbu Państwa, z drugiej zaś wygasa roszczenie zwrotne *solvensa*.

Rozwój historyczny instytucji

Po raz pierwszy kwestię świadczenia niegodziwego na gruncie prawa polskiego uregulowano w Kodeksie zobowiązań z 1933 r. Ówczesny art. 132 § 1 k.z. stanowił: „Kto drugiemu świadomie płaci za spełnienie czynu zabronionego lub przeciwnego dobrym obyczajom, albo w celu skłonienia go do takiego czynu, ten nie ma prawa żądać tego, co zapłacił”. W § 2 natomiast pozbawiono możliwości żądania zwrotu przez wykonawcę zobowiązania z czynności prawnej o celu niegodziwym, jeżeli niegodziwość ta zachodziła po jego stronie⁵. Niedoskonałość ówczesnego rozwiązania wyrażała się w tym, że za-

³ P. Księżak, *Świadczenie niegodziwe*, Warszawa 2007, s. 96 i n.

⁴ *Ibidem*, s. 161.

⁵ Szerzej o interpretacji art. 132 k.z.; R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 227–228.

sadniczo nie rozwiązywało ono problemu. Jednej ze stron czynności prawnej, co oczywiste, odmawiano roszczenia zwrotnego jednakże skutkowało to pozostawieniem wzbogacenia u drugiej strony, która z uwagi na przeważnie występującą obustronną niegodziwość także na to nie zasługiwała.

Formę zbliżoną do obecnego brzmienia przepisu instytucji przepadku nadano w Kodeksie cywilnym z 1964 r. W tytule V Księgi trzeciej zamieszczono art. 412 k.c., który stanowił: „To, co zostało świadczone świadomie w zamian za dokonanie czynu zabronionego przez ustawę lub sprzecznego z zasadami współżycia społecznego albo w wykonaniu czynności prawnej mającej cel spreczny z ustawą lub zasadami współżycia społecznego, ulega przepadkowi na rzecz Skarbu Państwa. Jeżeli przedmiot świadczenia został zużyty lub utracony, przepadkowi ulega jego wartość”. Od tego momentu w odniesieniu do art. 412 k.c. powstały liczne spory i kontrowersje związane z teoretycznym i praktycznym stosowaniem przepisu, ale głównie dotyczyły one charakteru prawnego tej instytucji. Kwestie te rozstrzygnął Sąd Najwyższy uchwalając wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie stosowania art. 412 k.c. i art. 197 k.p.c.⁶ W dużej mierze uchwała ta rozstrzygała również o charakterze prawnym całej instytucji przepadku.

Charakter prawny instytucji przepadku w świetle wytycznych Sądu Najwyższego z 1972 r.

Głównym celem wytycznych Sądu Najwyższego z 1972 r. było rozwiązanie konkretnych problemów i nieścisłości wyłaniających się na tle stosowania art. 412 k.c. i powiązanego z nim art. 197 k.p.c., jak również zapewnienie prawidłowego stosowania tych przepisów oraz zachowanie jednolitość orzecznictwa w tym zakresie. Ponadto zawężono zakres stosowania przepisu poprzez wprowadzenie „niegodziwości” jako przesłanki dodatkowej. Odtąd świadczenie, aby mogło ulec przepadkowi, oprócz okoliczności wynikających bezpośrednio w treści przepisu, musiało charakteryzować się niegodziwością. Z jednej strony ograniczyło to zakres sytuacji, do których przepis miał zastosowanie, z drugiej – umożliwiło sądom, choć w minimalnym stopniu, ocenę zasadności zastosowania instytucji przepadku z punktu widzenia słuszności⁷. Co jednak istotne, wytyczne z 1972 r. rozstrzygały również w sposób kategoryczny o charakterze tego przepisu.

Już na wstępie Sąd Najwyższy stwierdził, że art. 412 k.c. normuje nową instytucję, nie znaną poprzednio obowiązującemu prawu. Stanowi ona je-

⁶ Uchwała SN z 19 grudnia 1972 r., III CZP 57/71, OSNC 1973, nr 3, poz. 37.

⁷ M. Domański, *Orzekanie przepadku świadczenia „niegodziwego” (art. 412 k.c.)*, Warszawa 2007, s. 18.

den ze środków przeciwdziałania przejawom naruszania porządku prawnego, której doniosłość wyraża się przede wszystkim w funkcji prewencyjno-wychowawczej. Takie stwierdzenie było zapowiedzią tego, jak kwestie prawne w poszczególnych wytycznych zostaną zinterpretowane. Nie zaprzeczono wręcz karnemu charakterowi przepisu, wręcz przeciwnie – poprzez podkreślenie funkcji jakie przepis miał spełniać – tylko usankcjonowano takie, a nie inne jego postrzeganie.

Jak już wspomniano wyżej, wprowadzono jako dodatkową przesłankę orzekania o przypadku „niegodziwość”, która od tej pory charakteryzować musiała świadczenie spełnione na podstawie nieważnej czynności prawnej. Pozwoliło to na rozgraniczenie zakresu art. 412 i 58 k.c. Każda więc czynność prawna przewidziana w art. 412 k.c. jest nieważna, lecz nie każda nieważna czynność prawna według art. 58 k.c. daje uzasadnienie do stosowania art. 412 k.c. W ówczesnej praktyce sądowej, co znalazło odzwierciedlenie w wytycznych z 1972 r. przyjmowano błędnie, że zakresy obydwu przepisów w dużej mierze zajądają się, co z kolei powodowało częstą nadinterpretację, a w związku z tym nagminne orzekanie przypadku. Z drugiej strony odtąd sąd musiał rozstrzygać za każdym razem, czy w danym przypadku ma się do czynienia z działaniem niegodziwym, czy też nie. W ten sposób podkreślono „posmak karny” przypadku. Kara bądź *quasi*-kara zależy wprawdzie od orzeczenia sądu w kwestii kwalifikacji czynu, lecz następuje ona dopiero *ex post*, a więc z mocą wsteczną od chwili dokonania świadczenia. Okoliczność ta zdaniem Alfreda Ohanowicza i Edmunda Wengerka, jest niewątpliwie zastrzeżeniem kary, bowiem wytyczne z 1972 r. powracają do zasady, że nie ma kary bez winy⁸. Tym co decydowałoby o „winie” byłaby właśnie przesłanka niegodziwości świadczenia.

Sąd Najwyższy stwierdził w tezie 6 wytycznych z 1972 r., że art. 412 k.c. w zakresie skutków przypadku oraz wynikających z niego obowiązków ma charakter przepisu szczególnego, który uchyla stosowanie normy ogólnej, jaką jest przepis art. 407 k.c. Oznacza to, że do przedmiotu przypadku z art. 412 k.c. nie ma zastosowania przepis art. 407 k.c., dotyczący bezpodstawnego wzbogacenia i stanowiący, że w razie rozporządzenia przez wzbogaconego uzyskaną korzyścią na rzecz osoby trzeciej bezpłatnie obowiązek wydania tej korzyści przechodzi na nabywcę. Z drugiej strony, w tej samej tezie można przeczytać, że jeżeli przyjmujący świadczenie zwrócił jego przedmiot świadczącemu, to wówczas na niego przechodzi obowiązek jego wydania. Sąd Najwyższy uzasadnił to uniknięciem sytuacji, w której *accipiens* poniósłby

⁸ A. Ohanowicz, E. Wengerek, *Przypadek niegodziwego wzbogacenia (na tle wytycznych Sądu Najwyższego)*, NP 1974, nr 9, s. 1096.

ciężar wydania przedmiotu świadczenia dwukrotne. Raz zwrócił świadczenie *solvensowi*, drugi raz musiałyby zwrócić je Skarbowi Państwa. Ma się tu do czynienia z wewnętrzną sprzecznością. Z jednej strony rozporządzenie korzyścią na rzecz osoby trzeciej nie zwalnia *accipiensa* z obowiązku wydania korzyści Skarbowi Państwa, z drugiej – jeżeli zwróci korzyść *solvensowi*, z takiego obowiązku już jest zwolniony. Można w tym odmiennym traktowaniu dopatrzeć się reminiscencji „czynnego żalu” znanego prawu karnemu.

Ponadto obostrzeniu uległy przepisy dotyczące odsetek i zwrotu nakładów na przedmiot świadczenia, które zgodnie z tezą 7 wytycznych z 1972 r. również ulegają przepadkowi. Sąd Najwyższy przyjął jako zasadę, że osoby działające w sposób i w zamiarze niegodziwym nie powinny osiągać z tego tytułu żadnych korzyści. Wszystko zatem podporządkowane jest zasadzie, która właściwa jest prawu karnemu. Pozbawienie sprawców korzyści pochodzących z przestępstwa jest koniecznym elementem każdego procesu karnego. Ma to dwojaki cel – represyjny, poprzez wzmożenie dolegliwości sankcji oraz prewencyjny, poprzez pozbawienie sprawcy zasobów materialnych umożliwiających mu dalszą przestępczą działalność.

Sąd Najwyższy rozstrzygnął także kwestię zbiegu przepisów art. 412 k.c. z przepisami o przepadku według ówczesnego art. 48 k.k. Jako kolejną zasadę przyjęto, że przepis cywilny regulujący przepadek pochłania przepisy kodeksu karnego również właściwe w tym zakresie. Wynika to zdaniem Sądu z szerszego zakresu stosowania art. 412 k.c., jak również z silniejszej skuteczności – przepadek następuje bowiem automatycznie *ex lege*, a nie dopiero, jak w jego karnym odpowiedniku – wskutek konstytutywnego orzeczenia sądowego.

Wytyczne Sądu Najwyższego z 1972 r. w ogromnym stopniu zaważyły na charakterze instytucji przepadku. Późniejsze orzeczenia tylko potwierdzały ugruntowany pogląd, że przepadek jest karą w znaczeniu nadanym jej przez kodeks karny. Dla przykładu przywołać można uchwałę Sądu Najwyższego, w której stwierdzono, że: „Obowiązek zwrotu świadczenia o celu niegodziwym, ulegającego przepadkowi na podstawie art. 412 k.c., jest ściśle związany z osobą dłużnika i nie należy do spadku po nim. Skarb Państwa może jednak domagać się od spadkobiercy wydania przedmiotu świadczenia, jeżeli wszedł on do jego majątku”⁹. Punktem wyjścia dla rozważań Sądu Najwyższego zdaniem Pawła Księżaka było przyjęcie, iż art. 412 k.c. jest *quasi*-karą, której skutki zostały ukształtowane na podobieństwo represji karnej¹⁰. Stąd też przepadek jest ściśle związany z osobą dłużnika i w związku z art. 922 § 2 k.c. nie wchodzi do spadku po nim. Także praktyka sądów nie pozostawiała w tej

⁹ Uchwała SN z 5 kwietnia 1979 r., III CZP 12/79, OSNC 5/1980, poz. 84.

¹⁰ P. Księżak, *op. cit.*, s. 286.

kwestii żadnych wątpliwości. Według Zbigniewa Strusa, przepis był znacznie nadużywany i to do przypadków karykaturalnych¹¹.

Taki stan rzeczy spowodował, że instytucja przypadku traktowana była jako „ciało obce”, której karny charakter nie tylko przekreślał traktowanie jej jako elementu konstrukcyjnego bezpodstawnego wzbogacenia, ale podważał w ogóle zasadność jego bytu w prawie cywilnym¹².

Charakter prawny instytucji przypadku po nowelizacji z 1990 r.

Wraz ze zmianami politycznymi i gospodarczymi powstała konieczność dostosowania art. 412 k.c. do panującej wówczas sytuacji. W toku prac nad reformą Kodeksu cywilnego projekt przeredagowania przepisu zgłosił A. Szpunar, który został ostatecznie przyjęty¹³. Ustawą z 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny¹⁴ rozpatrywana instytucja została zmieniona, a przepis ją regulujący otrzymał brzmienie obowiązujące do dziś. Wprowadzenie dwóch istotnych, podstawowych zmian – wypadek nie następuje już *ex lege*, a wyrok ma charakter konstytutywny, a nie deklaratoryjny – spowodowało, że represyjność przepisu została znacznie zmniejszona. To z kolei spowodowało, że jednoznaczne rozstrzygnięcie o charakterze instytucji przypadku jest trudne. Dokonana w 1990 r. nowelizacja miała zmodyfikować instytucję przypadku w taki sposób, aby mogła znaleźć miejsce nie tylko w systemie prawa cywilnego, ale jako integralny element instytucji bezpodstawnego wzbogacenia. Pomimo takich założeń i przeredagowania treści przepisu tylko w niewielkim stopniu udało się zmienić jej charakter.

Zdaniem autora obecnego brzmienia art. 412 k.c. zmiany wprowadzone nowelą z 1990 r. na tyle zmieniły instytucję przypadku, że można uznać ją za integralną część bezpodstawnego wzbogacenia, a co za tym idzie, również całego prawa cywilnego. Dla uzasadnienia takiej tezy przedstawiany jest argument formalny, jakim jest lokalizacja przepisu, jak również okoliczność, że przepis ten reguluje w istocie sprawę bezpodstawnego wzbogacenia, wyłączając w pewnym zakresie możliwość żądania zwrotu przez spełniającego nienależne świadczenie (zubożonego)¹⁵. Stanowisko to zostało poparte przez Ewę Łętow-

¹¹ Z. Strus, [w:] *Kodeks cywilny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, t. 2, Warszawa 2005, s. 126.

¹² W. Serda, *Nienależne świadczenie*, Warszawa 1989, s. 118.

¹³ A. Szpunar, *Przypadek nienależnego świadczenia na rzecz Skarbu Państwa*, PS 1999, nr 2, s. 10.

¹⁴ Dz.U. Nr 55, poz. 321.

¹⁵ A. Szpunar, *op. cit.*, s. 12.

ską, która wskazuje, że ujęcie przypadku po nowelizacji zniwelowało represyjność przepisu, co z kolei uniemożliwia traktowanie art. 412 k.c. jako kary – jest to jeden z ze szczególnych wypadków *condictio sine causa*¹⁶. Podobnie Józef J. Skoczylas uznał art. 412 k.c. za integralną część przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, a wypadek za instytucję ściśle cywilistyczną¹⁷.

Zanim poddane analizie zostaną kwestie szczegółowe w tym zakresie, należy poczynić kilka uwag natury ogólnej. Konieczna jest uwaga, że wypadek rzeczywiście wykazuje związek z bezpodstawnym wzbogaceniem. Został on zamieszczony w tytule V księgi trzeciej Kodeksu cywilnego zatytułowanym „Bezpodstawne wzbogacenie”. Związek ten uwidacznia się również w określeniu zakresu zastosowania przepisu – przypadkowi podlega świadczenie spełnione w takich okolicznościach, że czynność prawna zobowiązująca do niego jest nieważna z mocy art. 58 k.c., co skutkuje nienależnością takiego świadczenia. przysporzenie dokonane w warunkach określonych przez art. 412 k.c. jest więc bezpodstawnym wzbogaceniem osoby przyjmującej. I w zasadzie na tym związek ten się kończy. Warto zwrócić uwagę, że zakres sytuacji, w których przepis znajdzie zastosowanie nie zmienił się w porównaniu z jego poprzednim brzmieniem. Tak jak i teraz, tak i wówczas znajduje on zastosowanie w sytuacjach przewidzianych dla szczególnych przypadków *condictio sine causa*. Co więcej, bezpośrednie wprowadzenie przesłanki niegodziwości do jego treści ogranicza ten obszar stosowania do takiego, jaki mu nadano w wytycznych z 1972 r. Natomiast argument formalny znajdujący odzwierciedlenie w lokalizacji przepisu nie jest i nie może być decydujący w kontekście jego charakteru, tym bardziej, że jego umiejscowienie nie uległo zmianie. Przed nowelizacją także znajdował się wśród przepisów regulujących bezpodstawne wzbogacenie i nienależne świadczenie. Argumenty, które miały świadczyć o cywilnym charakterze regulacji można byłoby przytoczyć wcześniej, a jednak wówczas przeważająca część doktryny zajęła stanowisko przeciwne. Jedyna zauważalna zmiana odnosi się do metody regulacji z tym, że ten fakt nie może okazać się rozstrzygającym. Równie istotne są w tym kontekście także konstrukcja, skutki, zakres stosowania art. 412 k.c., jego funkcje i cele.

Warto zatem najpierw poddać analizie mechanizm orzekania o przypadku. Wypadek świadczenia następuje po wyroku sądu w związku z wytoczeniem powództwa przez przedstawiciela Skarbu Państwa. Już sam ten fakt znacząco odróżnia tę instytucję od bezpodstawnego wzbogacenia. Konstrukcja oparta na konstytucyjnym wyroku sądu jeszcze bardziej przybliża przepis do

¹⁶ E. Łętowska, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Warszawa 2000, s. 114.

¹⁷ J.J. Skoczylas, *Polskie prawo dewizowe w ujęciu finansowym, cywilistycznym i karnym*, Warszawa 1994, s. 209.

regulacji znanej z prawa karnego. Przepadek w prawie karnym jest uregulowany w art. 44 i 45 k.k., które stanowią, że to właśnie „sąd orzeka przepadek” i „sąd może orzec [...] przepadek”. Instytucja przepadku w prawie karnym zgodnie z art. 39 pkt 1 k.k. jest środkiem karnym. Zatem twierdzenie, że art. 412 k.c. w obecnym kształcie nie jest karą wydaje się nieuzasadnione. Właśnie w tym kształcie widać ogromne podobieństwo instytucji przepadku w ujęciu karnym jako środka karnego i cywilnym. Przesunięcie w czasie, a tak należy traktować konstytutywność wyroku, w kontekście skutków, niczego nie zmienia. To, że przepadek nie następuje w momencie spełnienia świadczenia, ale z chwilą uprawomocnienia się wyroku powoduje jedynie, wydłużenie czasu, w którym *accipiens* utrzymuje się przy niegodziwym wzbogaceniu. Nie wpływa natomiast w ogóle na możliwość orzeczenia przepadku. Co jedynie, ulega skróceniu okres pozostawania w opóźnieniu dłużnika względem Skarbu Państwa, a to z kolei powoduje zmniejszenie kwoty dochodzonych ewentualnie odsetek za opóźnienie, o czym niżej.

Skutek cywilnoprawny w postaci przepadku przedmiotu świadczenia jest tożsamy skutkowi karnoprawnemu na zasadzie art. 44 i 45 k.k. Przepadek korzyści pochodzących z przestępstwa na podstawie przepisów karnych następuje z mocy konstytutywnego orzeczenia, jakim jest wyrok skazujący na dodatkową karę przepadku, a konsekwencje te następują w momencie uprawomocnienia się wyroku. Podobnie mechanizm ten działa w odniesieniu do art. 412 k.c. Ten sam podmiot – Skarb Państwa – staje się właścicielem tak świadczenia niegodziwego, jak i przedmiotów lub korzyści pochodzących z przestępstwa. Konstytutywny charakter wyroku, w którym przepadek świadczenia orzeczono ma identyczny skutek jak wyrok wydany w sprawie karnej. W tym zakresie z pozoru cywilna instytucja przepadku może „wyręczać” instytucję karną. Potwierdzeniem tego stwierdzenia jest stały wzrost spraw z art. 412 k.c. zaobserwowany przez Macieja Domańskiego, który przeprowadził szczegółowe badania w tym zakresie¹⁸. Prokuratorzy, co wydaje się niezrozumiałe, nie wnoszą o przepadek korzyść majątkowych uzyskiwanych z działalności przestępczej w ramach samego procesu karnego, ale później, właśnie na gruncie instytucji cywilnej. W sprawach tych, co znacznie ułatwione jest postępowanie dowodowe. Wystarczające jest w załączeniu do pozwu przesłanie wyroku skazującego oraz wcześniej wystosowanego wezwania do zapłaty (na marginesie należy dodać, że niemającego żadnego uzasadnienia prawnego). Skutek w postaci orzeczenia przepadku jest identyczny patrząc przez pryzmat tak odmiennych postępowań – cywilnego i karnego.

¹⁸ M. Domański, *op. cit.*, s. 109 i n.

Nie zmienił się znacząco, w porównaniu z wcześniej obowiązującym stanem prawnym, zakres stosowania art. 412 k.c. Obejmuje on przede wszystkim sprawy karne z art. 44 i 45 k.k., dochodzi bowiem do pokrywania się zakresów tych przepisów. Sankcja z art. 412 k.c. w ogromnej części odnosi się do zdarzeń, w których świadome spełnienie świadczenia nastąpiło w zamian za popełnienie czynu zabronionego przez ustawy karne. Stąd z kolei wniosek, że świadczenie, o którym mowa w art. 412 k.c., będzie kwalifikowane zawsze jako „przedmiot pochodzący bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa” w rozumieniu art. 44 k.k. lub jako „korzyść majątkowa”, o której mowa w art. 45 k.k. Należy przywołać tu szeroki wachlarz przestępstw i wykroczeń, z powodu których może mieć zastosowanie instytucja przepadku uregulowana w art. 412 k.c. Wymienić można m.in. łapówkarstwo, płatna protekcja, stręczycielstwo, sutenerstwo, przemyt, handel narkotykami, nielegalny handel alkoholem itp. W świetle art. 412 k.c. Skarb Państwa wskutek wyroku orzekającego przepadek obecnie staje się, a uprzednio automatycznie stawał się, właścicielem ogromnych wartości majątkowych, przepływających różnymi kanałami wszelkich nielegalnych, nieuczciwych czy sprzecznych z dobrymi obyczajami transakcji. Takiego zapatrywania na tę kwestię nie zmieniło nadanie konstytucyjnego charakteru temu wyrokowi. Mimo że w wyniku nowelizacji, przyznano sądowi kompetencji w zakresie orzekania, bądź nie, przepadku, nie mogło zmienić się podejście do samego jego stosowania. Sąd w tym zakresie nie ma podstaw do stwierdzenia, że określona, przez reprezentującego Skarb Państwa, korzyść miała charakter słusznej (mającej oparcie w przepisach prawa). Tak, jak obecnie, tak i uprzednio wynik sprawy jest identyczny. Zmienił się jedynie charakter orzeczenia. Czerpanie korzyści z handlu narkotykami, alkoholem, sutenerstwo, traktowane są jako niegodziwe i jako takie, muszą zostać napiętnowane. Wyrazem dezaprobaty jest natomiast orzeczenie przepadku korzyści stąd płynących, czy to w procesie karnym, czy cywilnym.

Analizując normę z art. 412 k.c. można dojść do wniosku, że przepis ten nie należy w ogóle do działu prawa cywilnego. Dystynkcja między prawem publicznym a prywatnym polega na zastosowaniu odmiennej metody regulacji. Na gruncie prawa prywatnego polega ona na kształtowaniu relacji między równorzędnymi podmiotami, dysponującymi autonomią i szerokim zakresem swobody w określaniu treści wiążących je stosunków prawnych. Stosunki prywatnoprawne cechuje brak imperium, a więc podporządkowania podmiotów. Podmiot wyposażony w prerogatywy władcze w relacjach publicznoprawnych w sferze prywatnoprawnej traktowany jest jak każdy inny podmiot. Na gruncie art. 412 k.c. występuje podmiot uprzywilejowany –

Skarb Państwa, który właściwie w sposób władczy może wkraczać w stosunki prawne pomiędzy innymi podmiotami. Takie szczególne uprawnienie przysługuje jedynie Skarbowi Państwa i służyć może w stosunku do wszystkich innych podmiotów prawa cywilnego. Można więc stwierdzić, że regulacja art. 412 k.c. jedynie z pozoru jest regulacją cywilistyczną, a w rzeczywistości – wykorzystując pozór metody cywilistycznej – reguluje władcze uprawnienia państwa. Stąd też mechanizm funkcjonowania przepadku z art. 412 k.c. w znacznym stopniu wykazuje silne cechy właściwe prawu karnemu, a nie cywilnemu.

Taki charakter, jeśli idzie o elementy konstrukcyjne przepisu podkreśla również przesłanka, którą stanowi subiektywne znamię świadomości. Świadczący musi działać bowiem ze świadomością sprzeczności swego czynu z ustawą. Co więcej, świadomość ta musi obejmować karny, zabroniony charakter tego czynu. Innymi słowy, *solvens* spełniając świadczenie musi być świadomy, że to w zamian za co dokonuje przysporzenia jest przestępstwem lub wykroczeniem w rozumieniu prawa karnego. Musi więc działać ze świadomością przestępczego, niezgodnego z prawem, rozumianego na gruncie prawa cywilnego zachowania niegodziwego charakteru.

Istotnym, jeżeli nie decydującym zagadnieniem jest kwestia funkcji jakie obecnie pełni sankcja w postaci przepadku. Zwolennicy cywilistycznego charakteru instytucji na pierwszy plan wysuwają funkcję regulacyjną. Jej istotą jest prawidłowe ukształtowanie stosunków pomiędzy *solvensem* i *accipiensem*¹⁹. Wyraża się ona w rozwiązaniu dylematu świadczenia niegodziwego. Poprzez przepadek świadczącemu nie przysługuje roszczenie o zwrot świadczenia, a odbiorca zostaje pozbawiony wzbogacenia²⁰. Sytuacja między tymi podmiotami zostaje w tym sensie uregulowana. Jednakże na tym w zasadzie funkcje przepadku rozumianego przez pryzmat prawa cywilnego się kończą. Można wprawdzie wskazać tu jeszcze funkcje bezpośrednio związane z powyższą, będące pokłosiem materii, jaką przepadek reguluje – regulacją następstwa nieważnych czynności prawnych²¹ i odebranie ochrony prawnej stronom umowy niegodziwej²².

Należy podkreślić, że owszem, przepadek ma na celu funkcję regulacyjną taką, jaką nadaje jej prawo cywilne. W znacznej mierze instytucja ta znajduje jednak odzwierciedlenie w tym kontekście w prawie karnym. Funkcja

¹⁹ P. Księżak, *op. cit.*, s. 168.

²⁰ Podobnie M. Kozaczek, *Powództwo o orzeczenie przepadku spełnionego w zamian za dokonanie czynu zabronionego lub w celu niegodziwym*, PS 2006, nr 4, s. 24.

²¹ J.J. Skoczylas, *op. cit.*, s. 212.

²² M. Kozaczek, *op. cit.*, s. 24.

ta w prawie karnym polega na afirmacji podstawowych norm postępowania w społeczeństwie. Z jednej strony ustawodawca rekonstruuje istniejące już normy społeczne, z drugiej zaś, dokonując wyboru tych norm i sankcjonując je na płaszczyźnie karnoprawnej – wskazuje, które z nich ze względu na swoją szczególną wagę i charakter, zasługują na ochronę pod groźbą kary kryminalnej. To samo realizuje się na gruncie art. 412 k.c. Ustawodawca wskazał, że pewne czynności prawne o charakterze niegodziwym, jako że godzą w dobra chronione na gruncie różnych gałęzi prawa, muszą spotkać się z adekwatną sankcją – przepadkiem tego, co odbiorca otrzymał do w zamian za naruszenie tych dóbr. Selekcja tych wartości prowadzona jest w oparciu o przesłankę niegodziwości. Zatem funkcja regulacyjna, tak inaczej rozumiana na gruncie prawa cywilnego i karnego, w pełnym zakresie realizowana jest na gruncie obydwu gałęzi prawa przez instytucję przepadku z art. 412 k.c.

P. Księżak wymienia w odniesieniu do art. 412 k.c. również funkcję ochrony porządku publicznego²³, przy czym zakres jej obowiązywania zawęża tylko do jej znaczenia rozumianego przez pryzmat prawa cywilnego – bezpodstawnego wzbogacenia i nienależnego świadczenia. Należy zauważyć, że funkcja ta jest właściwa przede wszystkim prawu karnemu. W prawie cywilnym pojęcie ochrony porządku publicznego używane jest raczej w kontekście ograniczenia swobody umów, co znajduje odzwierciedlenie w art. 58 k.c. Nie ma natomiast charakteru powszechnego tak, jak ma to miejsce na gruncie prawa karnego, w głównej mierze nakierowanego na jej realizację. W uzasadnieniu dla stosowania przepisu art. 412 k.c. pojęcia ochrony porządku publicznego nie należy utożsamiać i zawężać tylko i wyłącznie do tej gałęzi prawa. Powoduje to zafałszowanie rzeczywistej funkcji, jaki ten przepis pełni. Rzecz w tym, że art. 412 k.c. realizuje ją w całej rozciągłości, nie tylko w znaczeniu nadanym przez prawo cywilne, ale również, a nawet przede wszystkim, przez prawo karne. Ochrona porządku publicznego realizuje się poprzez objęcie ochroną – co wyraża się represją – szerokiego wachlarzu dóbr, jak bezpieczeństwo (w różnych jego wymiarach – zewnętrzne, wewnętrzne, powszechne, indywidualne), dobra ściśle osobiste jednostki ludzkiej (życie, zdrowie, cześć, godność, wolność w różnych jej wymiarach, prawa obywatelskie, prawa pracownicze), wreszcie majątek, czyli własność i inne prawa o charakterze majątkowym. Jeżeli pomiędzy niegodziwymi stronami zawarta zostanie umowa, która miałaby na celu naruszenie tych dóbr, to zgodnie z art. 412 k.c. zastosowana zostanie wobec nich sankcja w postaci przepadku świadczenia – wynagrodzenia danego jako jej wykonanie.

²³ P. Księżak, *op. cit.*, s. 168.

W tym wyraża się również element represyjny przypadku. Uzupełnieniem funkcji ochronnej jest element prewencyjno-wychowawczy. Przepis art. 412 k.c. poniekąd informuje strony czynności prawnej, że uzyskana przez nich korzyść majątkowa w postaci świadczenia zostanie im odebrana. Sam fakt, że przypadek korzyści majątkowej następuje na rzecz Skarbu Państwa zdaje się potwierdzać, iż w odczuciu stron niegodziwej transakcji ma on wymiar kary, represji, jaką państwo wobec nich zastosowało. Przeświadczenie to pogłębia objęcie zakresem przypadku również odsetek i pożytków. Większość doktryny dopuszczając taką możliwość powołuje się wprost na tezę 7. wytycznych z 1972 r.²⁴, w której Sąd Najwyższy jako zasadę przyjął, że odbiorca świadczenia nie powinien osiągać żadnych korzyści z tego tytułu. Stąd też w dalszym ciągu utrzymują jej aktualność również na gruncie obecnie obowiązującego art. 412 k.c.

Warto w tym miejscu wskazać, jakie funkcje realizuje sankcja przypadku w prawie karnym. W doktrynie przyjmuje się, że przypadek przedmiotów, korzyści lub równowartości spełnia dwie podstawowe funkcje: represyjną i prewencyjną²⁵. Wyrażają się one w założeniu, że sprawca nie może zatrzymać tego, co pośrednio lub bezpośrednio uzyskał w wyniku popełnienia przestępstwa. Powinien on zdawać sobie sprawę z tego, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż uzyskane w ten sposób mienie zostanie im odebrane. Podobieństwo tych instytucji w ogromnym stopniu rzutuje na postrzeganie przypadku z art. 412 k.c. jako przepisu o charakterze karnym, który tylko niejako przy okazji reguluje kwestie właściwe nienależnemu świadczeniu. W tym miejscu należy wskazać, jak rozumieć należy sens społeczny art. 412 k.c., a więc to, co określić można mianem *ratio legis* tego przepisu. Na gruncie prawa cywilnego niewątpliwie rozwiązuje on dylemat świadczenia niegodziwego. Jednakże w kontekście powyższych ustaleń przepis wskazuje, że jest nim dążność do uniemożliwienia czerpania korzyści z tego, co społecznie naganne, i do uczynienia tego nieopłacalnym na przyszłość. W tym też wyraża się funkcja prewencyjna przypadku, połączona z funkcją represyjną. Przypadek dotknąć powinien tę osobę, która zawiniła akt społecznie naganny, sprzeczny z ustawą lub zasadami współżycia społecznego.

Ponadto należy zauważyć inne elementy, które zdają się realizować tylko funkcję penalną. Skarb Państwa, jako podmiot uprawniony z art. 412 k.c., nie jest zubożony. Brak jest więc podstawowej cechy – przesłanki charakteryzującej bezpodstawne wzbogacenie. Zużycie lub utrata przedmiotu świadcze-

²⁴ A. Szpunar, *op. cit.*, s. 15; E. Łętowska, *op. cit.*, s. 122; K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449¹*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 1080.

²⁵ W. Filipkowski, [w:] *Przypadek przedmiotów i korzyści pochodzących z przestępstwa*, red. E.M. Guzik-Makaruk, Warszawa 2012, s. 212.

nia (nawet w dobrej wierze) nie wyłącza ani nie ogranicza roszczenia z tytułu przepadku. Zasada aktualności wzbogacenia fundamentalna dla bezpodstawnego wzbogacenia, właściwie nie obowiązuje w odniesieniu do art. 412 k.c. Realizacja przepadku w sytuacji zużycia lub utraty w dobrej wierze przedmiotu świadczenia, a więc przy braku wzbogacenia, wydaje się realizować tylko funkcję penalną, ponieważ nie istnieje już ani roszczenie *solvensa*, ani wzbogacenie *accipiensa*. Ponadto zmianie w porównaniu do sytuacji po uchwaleniu wytycznych z 1972 r. nie uległ zakres przepadku. W dalszym ciągu ze świadczeniem niegodziwym będzie się mieć do czynienia w związku z popełnieniem przestępstwa lub wykroczenia.

Ostatnią kwestią rozstrzygającą o charakterze instytucji przepadku jest możliwość dziedziczenia obowiązku wydania przedmiotu przepadku. Aby dokonać prawidłowej wykładni obecnie obowiązującego art. 412 k.c. w tym zakresie, należy rozdzielić dwa stany faktyczne. Pierwszy z nich dotyczy sytuacji, gdy orzeczono już przepadek, ale nie doszło jeszcze do wydania przedmiotu świadczenia Skarbowi Państwa. W tym zakresie należałoby przyjąć powstanie obowiązku majątkowego, który ciąży na spadkobiercy. Zgodnie z art. 922 § 1 k.c. zasadą jest dziedziczenie obowiązków majątkowych. Paragraf 2 tego przepisu ma charakter wyjątkowy i nie może być interpretowany rozszerzająco. Wejście przedmiotu, co do którego orzeczono przepadek, do masy spadkowej rodzi powinność wydania go przez spadkobiercę. Wynika to z faktu, że Skarb Państwa nabył własność takiego przedmiotu świadczenia i jako właściciel może domagać się ich wydania, również od spadkobierców osoby, w stosunku do której przepadek został orzeczony. W takiej sytuacji niewątpliwie obowiązek ten ma charakter majątkowy.

Druga możliwa sytuacja odnosi się do okoliczności, w której śmierć *accipiensa* nastąpiła jeszcze przed orzeczeniem przepadku. Sytuacja prawna jest tu dość skomplikowana. Z jednej strony bowiem Skarb Państwa nie stał się jeszcze właścicielem przedmiotu świadczenia lub jego wartości. Przysługuje mu jedynie roszczenie o sądowe ukształtowanie prawa²⁶. Za uznaniem możliwości dochodzenia przepadku od spadkobierców przemawiają względy celowościowe – nie jest bowiem wskazane, aby spadkobiercy utrzymywali się przy wzbogaceniu, ze świadczenia, które powinno podlegać przepadkowi. Warto przy tym zauważyć, że spadkobiercy niekoniecznie muszą utrzymać się przy tym wzbogaceniu, bowiem może ono przypaść *solvensowi* – będzie mógł dochodzić zwrotu jako przedmiotu swojej własności na tej samej zasadzie, jak Skarb Państwa w sytuacji określonej w akapicie powyżej. Taka sytuacja zdaje się niedopuszczalna.

²⁶ E. Łętowska, *op. cit.*, s. 123.

Z drugiej jednak strony argumentem przeciwnym są względy słusznościowe. Wynikają one z faktu, że ewentualnie pozwanymi byłiby spadkobiercy, którzy z czynem niegodziwym nie mają nic wspólnego. Dlatego rozstrzygającego znaczenia nabiera charakter obowiązku zwrotu świadczenia niegodziwego po śmierci dłużnika, a przede wszystkim odpowiedź na pytanie, czy obowiązek ten przechodzi na spadkobierców. W kontekście tego, co zostało powiedziane wyżej, powinność ta ma zabarwienie ściśle osobiste, bowiem jest tak, jak uprzednio, tak i dziś *quasi*-karą. Funkcje prewencyjne i wychowawcze sankcji przepisu powinny oddziaływać na tę osobę, która zawiniła akt społecznie naganny, sprzeczny z ustawą lub zasadami społecznymi. Nie powinna natomiast oddziaływać w ten sposób wobec osób, które tej kary ponieść nie powinny. Stąd też należy dać prymat względom słuszności w rozstrzygnięciu tego zagadnienia.

Zmiana charakteru orzeczenia z deklaratoryjnego na konstytutywny oraz to, że przepadek nie następuje już z mocy prawa to stanowczo za mało, ażeby zmienić charakter tej instytucji. Nie uległy zmianie w porównaniu z poprzednim stanem prawnym funkcje i cele art. 412 k.c. W dalszym ciągu zakres oddziaływania przepisu jest bardzo szeroki i porównywalny z tym uprzednio obowiązującym. Nie „pozbyto się” ciężaru, jakim jest podobieństwo art. 412 k.c. do instytucji przypadku znanej prawu karnemu. Wręcz przeciwnie – związek ten jeszcze bardziej pogłębiono. Stąd też należy formułować wniosek o karny charakterze przypadku z art. 412 k.c.

Abstract

The criminal character of the institution forfeiture of article 412 of the Civil Code

The article is about the legal character of the institution of forfeiture (article 412 of the Civil Code). It aims to determine the character (civil or criminal) of this institution. It demonstrates the purpose of the regulation and the history of its development. It shows the perceived character of article 412 of the Civil Code in several periods, and presents a detailed analysis of the expression doctrine of individual periods relating to forfeiture. Particular attention is paid to the mechanism of action of the institution, its similarity to forfeiture as known in criminal law. Establishing the nature of the provision is based primarily on functions and purposes of the forfeiture provision.

Key words: forfeiture, provision

Anita Curzydło

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Status prawny wspólnoty mieszkaniowej

Charakter prawny wspólnoty mieszkaniowej na tle obowiązujących przepisów budzi wiele wątpliwości. Sytuacja ta nierozzerwalnie związana jest z niejasną regulacją statusu podmiotów prawa cywilnego. Wciąż wiele kontrowersji wywołuje klasyfikacja niepełnych osób prawnych jako trzeciego podmiotu, tuż obok osób fizycznych i prawnych. Nowelizacja kodeksu cywilnego¹ z 14 lutego 2003 r. regulująca we wprowadzonym art. 33¹ status jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, nie pozwoliła na jednoznaczne umiejscowienie wspólnoty mieszkaniowej w zakresie podmiotów zwanych niepełnymi osobami prawnymi. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo nie przyjęły jednoznacznego stanowiska w omawianej kwestii. Ustalenie statusu prawnego wspólnoty mieszkaniowej nie należy do zadań prostych.

Wspólnota mieszkaniowa, zgodnie z ustawą z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali², powstaje z mocy prawa (*ex lege*), z chwilą wyodrębnienia pierwszego samodzielnego lokalu. Wyodrębnienie takie musi wiązać się z powstaniem dwóch podmiotów właścicielskich³. Jedynie przyjęcie takiego założenia pozwala w pełni realizować desygnat pojęcia wspólnoty. Zgodnie z art. 6 WłLokU, wspólnotę mieszkaniową tworzy ogół właścicieli, których lokale wchodzi w skład określonej nieruchomości. Pomimo mało trafnej nazwy „wspólnota mieszkaniowa”, do wspólnoty mogą należeć także lokale użytkowe wchodzące w skład danej nieruchomości⁴.

¹ Ustawa z 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2003 r. Nr 49, poz. 408.

² Ustawa z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 80, poz. 903 (dalej WłLokU).

³ J. Ignatowicz, *Komentarz do ustawy o własności lokali*, Warszawa 1995, s. 43.

⁴ M. Tertelis, *Wspólnota mieszkaniowa w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa 2008, s. 16.

Wspólnota została wyposażona przez ustawodawcę w wiele uprawnień i nałożono na nią szereg zadań w celu zarządzania i administrowania nieruchomością wspólną. Specyfika funkcjonowania wspólnoty mieszkaniowej jako jednostki organizacyjnej wyłącza ją, co do zasady, z regulacji prawnych odnoszących się do podmiotów działających w obrębie obrotu gospodarczego.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami wspólnota mieszkaniowa nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Tym samym nie podlega ona wpisowi do rejestru przedsiębiorców. Ponadto wspólnota co do zasady nie osiąga żadnych dochodów. Dzieje się tak dlatego, że wszelkie nadwyżki z tytułu między innymi zaliczek na bieżące opłaty, a także pożytki i inne przychody z nieruchomości wspólnej służą pokrywaniu wydatków związanych z jej utrzymaniem, a w części przekraczającej te potrzeby przypadają właścicielom lokali w stosunku do ich udziałów⁵. Każda gospodarcza działalność wspólnoty związana musi być z prawidłowym zarządzaniem nieruchomością. Niedopuszczalne jest podejmowanie przez wspólnotę działalności tylko i wyłącznie zarobkowej. Możliwe jest jednak prowadzenie tzw. działalności pomocniczej, pomagającej w realizowaniu celów wspólnoty. Z natury wspólnoty wynika bowiem zbieżność potrzeb i celów wspólnoty i jej członków.

Sąd Najwyższy w uchwale z 24 listopada 2006 r.⁶ potwierdził niemożność traktowania wspólnoty mieszkaniowej jako przedsiębiorcy. W konsekwencji odmówiono jej zdolności upadłościowej i likwidacyjnej.

Artykuł 6 WłLokU w zdaniu drugim stwierdza, że wspólnota mieszkaniowa może nabywać prawa, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywana. Takie brzmienie omawianego przepisu wywołuje wiele rozbieżności w literaturze i w orzecznictwie. Część doktryny odmawia przyznania statusu niepełnej osoby prawnej wspólnotie mieszkaniowej głównie z uwagi na fakt niezbyt trafnego skonstruowania art. 6 WłLokU. Z normy tej jednoznacznie nie wynika charakter prawny wspólnoty mieszkaniowej.

Analiza przepisu art. 6 zd. 2 WłLokU wydaje się być kluczowa w poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie o status prawny wspólnoty mieszkaniowej. Należy bowiem w pierwszej kolejności ustalić, czy wspólnotę mieszkaniową należy traktować jako jednostkę organizacyjną właścicieli wyodrębnionych lokali posiadających udziały w nieruchomości wspólnej, czy też tylko i wyłącznie jako współwłasność przymusową nieruchomości wspólnej.

Bezspornie można uznać, że wspólnota mieszkaniowa nie jest osobą prawną na gruncie obowiązującego prawa, z uwagi na brak przepisu, który by jej

⁵ E. Bończak-Kucharczyk, *Własność lokali i wspólnota mieszkaniowa. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012.

⁶ Uchwała SN z 24 listopada 2006 r., III CZP 97/06, MoP 2007, nr 1, s. 3.

tego rodzaju osobowość przyznawał. Zgodnie z art. 33 k.c.⁷, osobami prawnymi są Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną.

Część doktryny skłania się ku stanowisku przyjmującemu art. 81 kodeksu handlowego⁸ jako pierwowzór do stworzenia konstrukcji art. 6 zd. 2 WłLokU⁹. Na gruncie nieobowiązującego już kodeksu handlowego ustawodawca nadał spółce jawnej zdolność prawną i zdolność sądową¹⁰. Uznanie takiej argumentacji niesie za sobą daleko idące konsekwencje. Przyznanie wspólnocie mieszkaniowej na wzór spółki jawnej zdolności prawnej utwierdza w przekonaniu o posiadaniu przez nią podmiotowości prawnej. Takie też stanowisko zajął Sąd Najwyższy w jednej z uchwał, w której stwierdza: „Skoro zaś pierwowzorem konstrukcji wspólnoty mieszkaniowej była spółka jawna, a spółka taka należy do trzeciej kategorii podmiotów prawa cywilnego (osób ustawowych), to najlepszym rozwiązaniem jest zaliczenie do tej kategorii także wspólnoty mieszkaniowej, chociaż niewątpliwie dla jasności sytuacji wskazana jest nowelizacja art. 6 WłLokU. Należy więc opowiedzieć się za taką wykładnią art. 6 zd. 2 WłLokU, która uwzględnia zmiany, jakie zaszły w stanie prawnym po wejściu w życie art. 33¹ k.c. Niewłaściwe jest wyciąganie zbyt daleko idących wniosków z dosłownego brzmienia art. 6 zd. 2 WłLokU, z pominięciem faktu, że przepis ten był uchwalany w innym stanie prawnym”¹¹.

Stanowczo przeciwko przyznawaniu podmiotowości prawnej wspólnocie mieszkaniowej opowiada się Mirosław Nazar. Podkreśla on, że konstrukcja art. 6 i 17 WłLokU nie stanowi dostatecznej i wyraźnej podstawy do budowania koncepcji wspólnoty mieszkaniowej jako niepełnej osoby prawnej. Wobec powyższego wspólnoty mieszkaniowe jako jednostki organizacyjne zostały wyposażone w kompetencje do nabywania praw i obowiązków ze skutkiem bezpośrednim dla właścicieli¹². Przyjęcie takiego stanowiska oznacza, że wspólnota mieszkaniowa pozbawiona zdolności prawnej nie może być podmiotem praw i obowiązków, co w konsekwencji wykluczałoby posiadanie przez nią własnego majątku¹³. Podmiotami praw i obowiązków są właściciele lokali tworzących daną wspólnotę. Nabycie jakiegokolwiek prawa przez wspólnotę – rozumianą jako jednostka organizacyjna – stanowi wspólność

⁷ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy, Dz.U. z 1934 r. Nr 57, poz. 502 ze zm. (nie obowiązuje).

⁹ J. Ignatowicz, *Komentarz...*, s. 43; E. Bończak-Kucharczyk, *Własność lokali. Wspólnoty mieszkaniowe*, Warszawa 2000, s. 65.

¹⁰ E. Gniewek, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1997, s. 160.

¹¹ Uchwała SN z 21 grudnia 2007 r., III CZP 65/07, LEX nr 323147.

¹² M. Nazar, *Status cywilnoprawny wspólnoty mieszkaniowej*, „Rejent” 2000, nr 4, s. 144.

¹³ *Ibidem*, s. 139 i n.

wszystkich właścicieli lokali. Pogląd ten wydaje się słuszny z uwagi na brak dostatecznej regulacji prawnej na gruncie obowiązujących przepisów, przyznającej wspólnocie mieszkaniowej majątek własny, odrębny od majątku właścicieli lokali należących do wspólnoty.

Do takich wniosków według niektórych autorów może prowadzić również wykładnia art. 8 i 11 kodeksu spółek handlowych¹⁴. Te przepisy podkreślają, że zarówno spółki osobowe, jak i spółki kapitałowe w organizacji „mogą we własnym imieniu nabywać prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywane”. Sformułowanie „we własnym imieniu” wprowadza znaczącą różnicę w porównaniu z treścią zawartą w art. 6 WłLokU, którego konstrukcja nie pozwala w sposób klarowny wywieść faktu pozyskiwania przez wspólnotę własnego majątku. Zdecydowanie przeciwny stanowisku przyznawania zdolności do czynności prawnych wspólnocie jest również Piotr Bielski. Uważa on, że nadawanie kolejnego przymiotu zdolności do czynności prawnych właścicielom lokali, którzy już na gruncie prywatnoprawnym taką zdolność posiadają, prowadzi do zaburzenia spójności systemu prawa podmiotowego¹⁵.

Do omawianych kwestii odnosił się wielokrotnie Sąd Najwyższy. W postanowieniu z 10 grudnia 2004 r. Sąd Najwyższy przyznaje wspólnocie mieszkaniowej prawo do nabywania majątku¹⁶. W uzasadnieniu podkreśla, że nie można odmówić wspólnocie mieszkaniowej posiadania zdolności sądowej i zdolności prawnej. Wskazuje ponadto, że „z przepisów ustawy o własności lokali można wyciągnąć wniosek, że wspólnota mieszkaniowa może nabywać majątek i to na swoją rzecz, a nie tylko na rzecz właścicieli lokali, będących jej członkami”¹⁷. Kolejnym argumentem uzasadniającym to stanowisko według Sądu Najwyższego jest nowelizacja kodeksu cywilnego z 14 lutego 2003 r., wprowadzająca art. 33¹, który to według Sądu Najwyższego odnosi się także do wspólnoty mieszkaniowej. Mimo takiego uzasadnienia status majątku nabywanego przez wspólnotę wciąż nie był do końca zrozumiały.

Niespełna dwa lata później odmienne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w uchwale z 24 listopada 2006 r., w którym stwierdza, że „Wspólnota mieszkaniowa może nabywać prawa majątkowe tylko do majątku wspólnego właścicieli lokali”. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przyjmuje za prawidłową definicję wspólnoty mieszkaniowej ogół właścicieli lokali. Tak rozumiana wspólnota według Sądu Najwyższego może być traktowana jako niepełna

¹⁴ G. Bieniek, Z. Marmaj, *Własność lokali – komentarz*, Warszawa 2008, s. 103.

¹⁵ P. Bielski, *Zdolność prawna wspólnoty mieszkaniowej – problem modelu regulacji*, „Rejent” 2007, nr 3, s. 40 i n.

¹⁶ Postanowienie SN z 10 grudnia 2004 r., III CK 55/04, LEX nr 148158.

¹⁷ *Ibidem*.

osoba prawna w rozumieniu art. 33¹ k.c. Konsekwencją tego jest możliwość nabywania praw i zaciągania zobowiązań w imieniu wspólnoty rozumianej jako ogół właścicieli, a nie odrębnej od nich jednostki organizacyjnej. Ponadto według Sądu Najwyższego, „Przedstawiona wykładnia art. 6 zd. 2 WłLokU w pełni koresponduje z brzmieniem zdania pierwszego w tym artykule, które utożsamia wspólnotę mieszkaniową z ogółem właścicieli lokali. Pojęcia wspólnoty mieszkaniowej i ogółu właścicieli lokali są zatem synonimami. Wspólnota mieszkaniowa jest jedynie określeniem techniczno-prawnym, zresztą nieprecyzyjnym (skoro może ona obejmować właścicieli nie tylko lokali mieszkalnych, ale również, a nawet wyłącznie, lokali o innym przeznaczeniu), oznaczającym wszystkich właścicieli lokali w budynku lub budynkach znajdujących się na określonej nieruchomości”.

Pogląd ten wydaje się słuszny z uwagi na bezcelowe i wypaczające sens istnienia wspólnoty, która posiada majątek zupełnie odrębny od majątku wspólnego ogółu właścicieli. Zgodnie z art. 18 ust. 1 i nast. WłLokU, właściciele lokali mogą dokonać umownego sposobu zarządu nieruchomością wspólną. Dokonując literalnej wykładni tych przepisów, sposób zarządu odnosi się do „nieruchomości wspólnej”, należącej do ogółu właścicieli, a nie do sposobu zarządu odrębnego majątku należącego do wspólnoty mieszkaniowej, rozumianej jako odrębnej jednostki. Nie wydaje się celowe tworzenie odrębnego majątku wspólnoty mieszkaniowej od majątku należącego do ogółu właścicieli lokali wyodrębnionych w danej nieruchomości. Jak podkreśla Ewa Bończak-Kucharczyk, nieruchomość zakupiona przez wspólnotę mieszkaniową do jej własnego majątku nie należy do nieruchomości wspólnej, o jakiej mowa w ustawie o własności lokali. Tym samym nie ma prawnych możliwości zmuszenia właścicieli lokali do partycypowania w kosztach utrzymania nieruchomości należącej tylko do majątku wspólnoty mieszkaniowej jako jednostki organizacyjnej mającej niepełną osobowość prawną¹⁸. W podobnym tonie wyraził się Sąd Najwyższy w jednej z niedawno wydanych uchwał. Orzeka w niej, że „Składnikiem nieruchomości wspólnej, o której mowa w art. 3 ustawy z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali [...] nie może być udział we współwłasności nieruchomości sąsiedniej”.

Wydaje się, że kres rozbieżnościom na gruncie orzecznictwa postawiła uchwała Sądu Najwyższego z 21 grudnia 2007 r.¹⁹, której została nadana moc zasady prawnej. Uchwała została podjęta na wniosek I Prezesa Sądu Najwyższego, który przedstawił Sądowi Najwyższemu następujące zagadnienie prawne: „Czy zdolność wspólnoty mieszkaniowej do nabywania praw i obo-

¹⁸ E. Bończak-Kucharczyk, *Własność lokali...*

¹⁹ Uchwała SN z 21 grudnia 2007 r., III CZP 65/07, LEX nr 323147.

wiązków (art. 6 ustawy z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 80, poz. 903 z późn. zm.) na swoją rzecz jest równoznaczna ze zdolnością do nabywania ich do wspólnego majątku właścicieli lokali wchodzących w skład określonej nieruchomości?” I Prezes Sądu Najwyższego w uzasadnieniu wskazywał między innymi na niejednolite stanowisko orzecznicze Sądu Najwyższego oraz rozbieżności w doktrynie w omawianej kwestii. W tej uchwale Sąd Najwyższy przyznał wspólnocie mieszkaniowej prawo do nabywania praw i obowiązków do własnego majątku. Tym samym uznał jej podmiotowość prawną, zaliczając ją do kategorii niepełnych osób prawnych. Zaznaczył przy tym, że „charakteryzuje się cechami różniącymi ją nie tylko od osób prawnych, ale także od innych osób ustawowych, w szczególności od handlowych spółek osobowych. Jest to jednostka organizacyjna, której powstanie nie zostało uzależnione od dokonania czynności prawnej; powstaje *ex lege* z chwilą wyodrębnienia w danej nieruchomości lokalu, którego właścicielem jest inna osoba niż właściciel nieruchomości. Wspólnota nie podlega też likwidacji, gdyż istnieje tak długo, jak długo występuje stan, od którego ustawa uzależnia powstanie tego podmiotu. Cechy te nie wykluczają jednak uznania jej za osobę ustawową, która może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania «dla siebie», a więc do własnego majątku”²⁰.

Sąd Najwyższy zaznacza, że wspólnota mieszkaniowa spełnia wszystkie trzy kryteria pozwalające według niego sklasyfikować daną jednostkę jako niepełną osobę prawną, tj. nie posiada osobowości prawnej, czyli nie został jej przyznany status osoby prawnej, natomiast ma ustawowo przyznaną zdolność prawną, a także posiada określoną strukturę organizacyjną. Wobec powyższego Sąd Najwyższy wskazuje jako celowe rozróżnienie konstrukcji współwłasności od jednostki organizacyjnej w postaci wspólnoty mieszkaniowej, gdyż takie wyodrębnienie „stwarza dobre podstawy do podejmowania działań charakteryzujących dobrego gospodarza nieruchomości”. Konsekwencją uznania wspólnoty mieszkaniowej jako niepełnej osoby prawnej jest możliwość odpowiedniego stosowania do niej przepisów o osobach prawnych.

Zdanie odrębne do powyższej uchwały zgłosił między innymi sędzia Krzysztof Pietrzykowski, który sprzeciwia się uznaniu wspólnoty mieszkaniowej jako niepełnej osoby prawnej, a co za tym idzie, odmawia także możliwości nabywania przez nią praw i zobowiązań do własnego majątku. Uważa, że przyznanie zdolności prawnej wspólnocie, a zarazem ograniczenie jej do zakresu spraw związanych z zarządzaniem nieruchomością wspólną zaprzecza „podstawowej tezie uchwały o podmiotowości wspólnoty mieszkaniowej”.

²⁰ *Ibidem.*

Przyjęcie przez Sąd Najwyższy stanowiska przyznającego wspólnocie mieszkaniowej status niepełnej osoby prawnej, tym samym ograniczając jej zakres działania jedynie do czynności zarządu nieruchomością wspólną, nie daje się pogodzić z charakterystyczną cechą podmiotów posiadających osobowość prawną, jaką jest swoboda funkcjonowania i podejmowania decyzji w różnych obszarach jej działania. Wszelkie jej działania powinny być związane z działaniami na rzecz właścicieli lokali. Stanowisko takie w omawianej kwestii wyraził również Piotr Bielski, który stwierdza, że „W spójnym systemie prawa nie ma ważnych powodów, które uzasadniałyby różnicowanie zakresu zdolności prawnej podmiotów stosunków prywatnoprawnych, tym samym również i zawężanie zakresu tej zdolności powinno być uznane za niedopuszczalne”²¹.

Przyznanie wspólnocie mieszkaniowej zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych w ograniczonym przez cele wyznaczone ustawowo zakresie stanowi swoistego rodzaju powrót do tzw. specjalnej zdolności prawnej. W dawniej obowiązującym brzmieniu art. 36 k.c. osoba prawna mogła nabywać prawa i zaciągać zobowiązania w granicach określonych przez ustawę lub opartego na niej statucie.

Nie bez znaczenia wydaje się również fakt „przymusowego” członkostwa we wspólnotie mieszkaniowej. Wspólnota powstaje nie z woli tworzących ją osób, czyli właścicieli lokali, lecz powstaje z mocy prawa w momencie wyodrębnienia co najmniej jednego lokalu i zaistnienia dwóch właścicieli w danej nieruchomości budynkowej. Sytuacja tego rodzaju nie leży w naturze podmiotów prywatnoprawnych.

Powyższe wątpliwości i zastrzeżenia do omawianej uchwały Sądu Najwyższego mają przełożenie na grunt praktyczny. W związku z możliwością nabywania przez wspólnotę mieszkaniową innych nieruchomości, jej działania nie można już utożsamiać tylko z nieruchomością wspólną. Może ona bowiem nabywać także nieruchomości i udziały we własności innych nieruchomości, które nie staną się częścią nieruchomości wspólnej tej wspólnoty, bo staną się odrębną własnością wspólnoty mieszkaniowej jako osoby ustawowej²². Wydaje się bowiem, że Sąd Najwyższy nie ustosunkował się w dostateczny sposób do kolizji pomiędzy przepisami ustawy o własności lokali odnoszących się do stosunków własnościowych występujących we wspólnotie mieszkaniowej, a koncepcją formowania odrębnego majątku wspólnoty od majątku właścicieli lokali.

Dokonując dalszej próby charakterystyki statusu prawnego wspólnoty mieszkaniowej nie sposób pominąć regulacji z art. 17 WłLokU, odnoszącej

²¹ P. Bielski, *Zdolność prawna...*, s. 43.

²² Uchwała SN z 20 listopada 2009 r., III CZP 95/09, Biuletyn SN 2009, nr 11, poz. 9.

się do odpowiedzialności wspólnoty mieszkaniowej. Zgodnie z powyższym przepisem: „Za zobowiązania dotyczące nieruchomości wspólnej odpowiada wspólnota mieszkaniowa bez ograniczeń, a właściciel lokalu – w części odpowiadającej jego udziałowi w tej nieruchomości”. Odmiennie niż art. 370 k.c. uregulowana została odpowiedzialność osób, które zaciągnęły zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia. Konstrukcja tego przepisu uznana została przez Sąd Najwyższy za jeden z tych elementów, które pozwalają zakwalifikować wspólnotę jako niepełną osobę prawną. Odpowiedzialność za dług co do zasady może ponosić podmiot posiadający majątek i na tej między innymi podstawie można dowodzić podmiotowości prawnej wspólnoty²³.

Według niektórych autorów art. 17 WłLokU kształtuje odpowiedzialność *in solidum* wspólnoty i właścicieli lokali²⁴. W tego rodzaju odpowiedzialności przyjmuje się, że wierzyciel może dochodzić tego samego zobowiązania od kilku dłużników zobowiązanych z różnych tytułów prawnych, a brak jest podstawy odpowiedzialności solidarnej. Pogląd taki obecnie jest krytykowany z uwagi na niemożność uznania wspólnoty mieszkaniowej jako dłużnika, a współwłaścicieli odpowiadających za jej zobowiązania w ramach odpowiedzialności gwarancyjnej (subsydiarnej)²⁵.

Artykuł 17 WłLokU wyłączył solidarną odpowiedzialność właścicieli lokali. Natomiast wspólnota ujmowana jako jednostka organizacyjna ponosi pełną odpowiedzialność za dług, przy czym poszczególni właściciele odpowiadają ze swojego majątku w stosunku do udziału posiadanego w nieruchomości wspólnej.

Jednak Krzysztof Pietrzykowski, jako sędzia składu orzekającego w zdaniu odrębnym zgłoszonym do uchwały z 21 grudnia 2007 r.²⁶ podkreśla, że „Przepis ten, który przewiduje odpowiedzialność wspólnoty mieszkaniowej bez ograniczeń oraz odpowiedzialność właścicieli lokali w częściach odpowiadających ich udziałom w nieruchomości wspólnej, oczywiście nie dotyczy odpowiedzialności za zobowiązania niezwiązane z zarządem nieruchomością wspólną. Za takie zobowiązania właściciele lokali powinni odpowiadać bez żadnych ograniczeń”. Stanowisko takie można uznać za właściwe, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę celowość i zakres regulacji zawartych w ustawie o własności lokali, w tym te odnoszące się do zarządu wspólną nieruchomością. Pogląd taki prezentuje także Sąd Najwyższy w wyroku wydanym w 2008 r.²⁷.

²³ W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1999, s. 62.

²⁴ J. Ignatowicz, *Komentarz ...*, s. 70.

²⁵ M. Nazar, *Wspólnota...*, s. 143; M. Wach, *Status ulomnych osób prawnych w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2008, s. 263.

²⁶ Uchwała SN z 21 grudnia 2007 r., III CZP 65/07, LEX nr 323147.

²⁷ Wyrok SN z 8 października 2008 r., V CSK 143/08, LEX nr 485919.

Stwierdza w nim: „Zobowiązania dotyczące nieruchomości wspólnej to zobowiązania wynikające z normalnego jej funkcjonowania, mieszczące się w granicach zwykłego zarządu (zapłata za dostawę prądu, gazu, wody, odbiór ścieków, wywóz nieczystości, wynagrodzenia zarządu lub zarządcy), jak też czynności zakres ten przekraczające, w szczególności wymienione w art. 22 ust. 3 ustawy z 1994 r. o własności lokali. Związek gospodarczy nie może jednak wykraczać poza granice nieruchomości wspólnej w tym znaczeniu, że odnosić się będzie do innych nieruchomości, choćby sąsiednich. Gospodarowanie tymi nieruchomościami w jakikolwiek sposób nie mieści się w zdolności prawnej wspólnoty jako osoby ustawowej. Z cudzej nieruchomości korzystać mogą jedynie członkowie wspólnoty jako właściciele lokali”.

Zwolennicy koncepcji uznającej wspólnotę mieszkaniową jako jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną wysuwają kolejny argument przemawiający za takim statusem prawnym wspólnoty, jakim jest funkcjonowanie zarządu oraz ogółu właścicieli lokali jako organów wspólnoty.

Warto zaznaczyć, że znaczenie pojęcia zarząd w ustawie o własności lokali rozumiane jest dwojako, tj. jako organ wspólnoty oraz jako czynności podejmowane przez osoby fizyczne lub prawne powołane w celu gospodarowania nieruchomością wspólną.

W doktrynie niejednocie dokonuje się klasyfikacji zarządu. Część autorów przyznaje mu rangę organu wspólnoty mieszkaniowej na wzór organu osoby prawnej²⁸. Krytycy tej koncepcji określają zarząd mianem *quasi-organu*. Dzieje się tak między innymi z uwagi na fakt ograniczenia działania zarządu jako organu lub *quasi-organu* w sprawach przekraczających czynności zwykłego zarządu. Zgodnie z art. 22 ust. 2 WłLokU: „Do podjęcia przez zarząd czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu potrzebna jest uchwała właścicieli lokali wyrażająca zgodę na dokonanie tej czynności oraz udzielająca zarządowi pełnomocnictwa do zawierania umów stanowiących czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu w formie prawem przewidzianej”²⁹. Taka konstrukcja ogranicza w dość radykalny sposób działanie zarządu jako organu. W sprawach przekraczających zakres zwykłego zarządu samo podjęcie przez właścicieli lokali uchwały nie jest wystarczające. Dodatkowo właściciele muszą udzielić zarządowi pełnomocnictwa. Dokonując wykładni celowościowej omawianego przepisu pełnomocnictwo takie powinno być udzielone przy dokonywaniu każdej jednej czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu³⁰. Unormowanie takie znacząco odbiega od regulacji

²⁸ G. Bieniek, Z. Marmaj, *Własność lokali...*, s. 106.

²⁹ Art. 22 ust. 2 WłLokU.

³⁰ L. Myczkowski, *Statut wspólnoty mieszkaniowej*, MoP 2000, nr 1, s. 57.

większości innych niepełnych osób prawnych, przy założeniu, że wspólnota do takich należy.

Konstrukcja art. 22 ust. 2 WłLokU daje podstawy do twierdzenia, że wspólnota mieszkaniowa nie nabywa praw i obowiązków do własnego majątku. Dzieje się tak, gdyż udzielenie pełnomocnictwa wiąże się nierozzerwalnie z działaniem na rzecz mocodawcy – w tym wypadku wspólnoty mieszkaniowej rozumianej jako ogół właścicieli. Zarząd (rozumiany jako organ) w zakresie czynności przekraczających zwykły zarząd, jest jedynie pełnomocnikiem właścicieli lokali³¹.

W kwestii statusu procesowego wspólnoty mieszkaniowej w doktrynie panuje jednolite stanowisko, co do zasady nie budzące wątpliwości. Stan taki wynika z zaprzestania utożsamiania zdolności prawnej ze zdolnością sądową³². Zdolność sądowa wspólnoty mieszkaniowej jest odrębna od zdolności sądowej przysługującej właścicielom lokali. Skutkiem tego tytuł egzekucyjny skierowany przeciw wspólnocie jest tylko wobec niej skuteczny i wykonalny³³. Wspólnota mieszkaniowa może występować w procesie jako strona powodowa i pozwana, a także w innych rolach procesowych, jak na przykład interwenient główny, uboczny, wnioskodawca i uczestnik postępowania nieprocesowego. Przyznanie wspólnocie mieszkaniowej zdolności sądowej pozwoliło uprościć postępowania sądowe, z uwagi na możliwość reprezentacji ogółu właścicieli przez jeden podmiot – wspólnotę mieszkaniową.

Zaznaczyć jednak trzeba, że wspólnota mieszkaniowa ma przyznaną zdolność jedynie w zakresie spraw związanych z zarządem nieruchomością wspólną. Fakt ten podkreśla Sąd Najwyższy w uchwale z 23 września 2004 r., gdzie odmawia wspólnocie „legitymacji czynnej do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych, związanych z wadami fizycznymi nieruchomości wspólnej, w stosunku do sprzedawcy odrębnej własności lokalu mieszkalnego, chyba że właściciel lokalu przelał na nią te roszczenia”³⁴.

Ponadto wspólnota mieszkaniowa może być uznana za stronę w zakresie postępowania administracyjnego. Tak wskazuje wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego³⁵, który stwierdza, że wspólnota mieszkaniowa „ma przymiot strony w rozumieniu art. 28 i 29 k.p.a. w sprawie o zezwolenie na usunięcie drzew i krzewów z terenu nieruchomości wspólnej”. Naczelny Sąd Administracyjny podkreśla w powyższym wyroku, że zgodnie z panującymi poglą-

³¹ P. Bielski, *Zdolność prawna...*, s. 36.

³² A. Turlej, *Wspólnota mieszkaniowa. Charakter prawny. Prawa i obowiązki właścicieli. Zarząd nieruchomością wspólną*, Warszawa 2005, s. 91.

³³ M. Nazar, *Wspólnota...*, s. 146.

³⁴ Uchwała SN z 23 września 2004 r., III CZP 48/04, LEX nr 122034.

³⁵ Wyrok NSA z 26 listopada 2001 r., OPK 19/01 LEX nr 50421.

dami, zdolność administracyjnoprawna ujmowana jest szeroko i nie może być utożsamiana z podmiotowością jednostek w innych dziedzinach prawa. Wskazuje także, że jedyną przesłanką pozwalającą uznać, że danemu podmiotowi przysługuje przymiot strony w postępowaniu administracyjnym jest wykazanie interesu prawnego lub obowiązku.

Rozstrzygnięcie przedstawionego zagadnienia prawnego w sposób ostateczny obecnie wydaje się nie do końca możliwe. Biorąc pod uwagę reprezentowane powyżej stanowiska przedstawicieli doktryny, jak również poglądy Sądu Najwyższego nie można z całą pewnością przypisać wspólnocie mieszkaniowej statusu niepełnej osoby prawnej w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Nowelizacja kodeksu cywilnego z 2003 r., wprowadzająca art. 33¹ nie położyła kresu spornym dyskusjom na temat charakteru prawnego wspólnoty mieszkaniowej. Wątpliwości nie rozwiała, jak się wydaje, także uchwała Sądu Najwyższego mająca moc zasady prawnej, która przyznała wspólnocie mieszkaniowej możliwość posiadania własnego majątku, a tym samym uznała ją za tzw. trzeci podmiot prawa cywilnego. Pożądane więc byłoby uporządkowanie przepisów ustawy o własności lokali, które umożliwiłoby jednoznaczne określenie statusu prawnego wspólnoty mieszkaniowej.

W mojej ocenie w obecnym stanie prawnym nie można przypisać wspólnocie mieszkaniowej statusu niepełnej osoby prawnej. Niewłaściwe jest zrównywanie charakteru wspólnoty z innymi tego typu podmiotami jak na przykład z osobowymi spółkami handlowymi. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wspólnota mieszkaniowa jest traktowana jako „ułamny” twór niepełnych osób prawnych, z uwagi na brak podstaw prawnych, które umożliwiłyby tworzenie takich podkategorii podmiotów prawa cywilnego. Nie wydaje się również celowe powracanie do reliktu „specjalnej zdolności prawnej”.

Nie bez znaczenia jest także fakt daleko zaawansowanych prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego nad nowym projektem kodeksu cywilnego. W myśl projektowanego art. 43 nowego kodeksu cywilnego³⁶: „Osobą prawną jest zarówno jednostka organizacyjna, którą ustawa wprost uznaje za osobę prawną, jak i taka, której ustawa przyznaje zdolność prawną”. Przyjęcie takiego rozwiązania i zastosowanie powyższej regulacji do wspólnot mieszkaniowych przy założeniu, że traktujemy je jako niepełne osoby prawne, stanowiłoby pewnego rodzaju przepaść pomiędzy charakterem prawnym wspólnot a charakterem obecnych osób prawnych.

Brak wyraźnie wyodrębnionego majątku wspólnoty mieszkaniowej przemawia za niemożliwością zaliczenia jej do kręgu podmiotów należących do

³⁶ www.bip.ms.gov.pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-cywilnego [23.06.2013].

niepełnych osób prawnych. W takim wypadku należy opowiedzieć się za koncepcją, która traktuje nabyte przez wspólnotę prawa i obowiązki jako wspólność właścicieli lokali. Oznacza to nabycie praw i obowiązków na rzecz członka wspólnoty w stosunku do posiadanych przez niego udziałów w nieruchomości wspólnej. Taka konstrukcja prawna obecnie jest najwłaściwsza i pozwalająca na pełne dysponowanie środkami przeznaczonymi na zarząd nieruchomością wspólną.

Taki niejasny i niepewny stan rzeczy będzie istniał dopóki ustawodawca nie dokona nowelizacji przysparzającego wciąż wielu trudności w interpretacji art. 6 WłLokU. Brak wyraźnej legitymacji normatywnej nie pozwala na jednoznaczną kwalifikację wspólnoty mieszkaniowej jako niepełnej osoby prawnej. Zmiana tego przepisu zapewniłaby stabilność organizacyjną i funkcjonalną właścicielom wyodrębnionych lokali. Jedynie odważne i stanowcze zmiany mogą ostatecznie określić charakter prawny wspólnot mieszkaniowych w sferze obowiązującego prawa. Rozstrzygnięcie podstawowej kwestii, jaką jest problem uznania wspólnoty mieszkaniowej jako jednostki organizacyjnej właścicieli wyodrębnionych lokali w jednej nieruchomości mogącej we własnym imieniu nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, pozwoli na jednoznaczne zaliczenie wspólnoty do kręgu niepełnych osób prawnych. Z powyższych względów nie można podzielić poglądu traktującego wspólnotę mieszkaniową jako niepełną osobę prawną. Tym samym należy się przychylić do propozycji zmian w zakresie obowiązującego prawa, regulującego zagadnienia charakteru i funkcjonowania wspólnoty mieszkaniowej, w celu nadania jej charakterystycznych cech umożliwiających przyporządkowanie w sposób jednoznaczny do jednego z podmiotów prawa cywilnego.

Abstract

The legal status of housing communities

The paper discusses the legal status of housing communities in the context of the legal regulations in force. In particular, case laws and opinions of legal theorists on the legal status of housing communities are analysed. The paper supports the view that the housing community should not be deemed an unincorporated entity. It also briefly presents the rationale behind this opinion and the proposed amendments aiming at an unambiguous definition of the status of housing communities in Polish law.

Key words: housing community, legal personality, unincorporated entity

Lilla Kula

doktorantka Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
doradca prawny, mediator sądowy

Mediacja jako alternatywna metoda rozwiązywania sporów w polskim systemie prawnym

Wstęp

Konflikt, jako specyficzny rodzaj relacji, stanowi naturalny element życia człowieka. Uczestniczą w nim co najmniej dwie strony, które poprzez różnicę zdań mają możliwość wywierania na siebie bezpośredniego wpływu. W przeszłości konflikt traktowany był jako zjawisko negatywne, współcześnie uważa się, że jeżeli jest konstruktywnie rozwiązany, może wręcz przyczynić się do rozwoju, a nawet pogłębiania relacji międzyludzkich¹.

Jednym ze sposobów reagowania podczas konfliktu jest rywalizacja, natomiast jedną z metod na zakończenie sporu – kompromis. Strategię wzajemnej współpracy stron opracowuje się wówczas, gdy jest szansa na dojście do porozumienia.

Wszelkie problemy życiowe i konflikty warto próbować rozwiązywać bez udziału sądu, gdyż nie zawsze wymaga to jego zaangażowania. Rozważenie skorzystania z alternatywnych metod rozwiązywania sporów, do których należą przede wszystkim: mediacja, koncyliacja, negocjacja oraz arbitraż zwany sądownictwem polubownym, zależy od wielu różnych czynników, takich jak np.: rodzaj rozwiązywanego problemu, osobowość stron sporu, bądź charakteru sytuacji.

Alternatywne w stosunku do postępowania sądowego sposoby rozwiązywania sporów zwane są również metodami ADR (ang. *Alternative Dispute Resolution*). W latach 70. XX w. ADR-y wprowadzono w Stanach Zjednoczonych. Ze względu na wysoką skuteczność znalazły również zastosowanie w Wielkiej Brytanii i Kanadzie, czego efektem było wyraźne zmniejszenie

¹ K. Bargiel-Matusiewicz, *Negocjacje i mediacje*, Warszawa 2007, s. 33.

liczby spraw zalegających w sądach przez wiele lat. Niesformalizowane i elastyczne postępowania rozjemcze utworowały drogę nowym rozwiązaniom².

Polski ustawodawca, wprowadzając stosowne przepisy prawne, również dał możliwość pojednawczego działania poza sądem oraz zaakceptował wyniki takich postępowań. W prawie polskim uregulowane są dwie spośród wskazanych metod ADR: mediacja i arbitraż.

Podczas postępowania mediacyjnego, które ma pojednawczy charakter, strony same wybierają technikę prowadzenia sporu i samodzielnie w sposób odformalizowany dążą do znalezienia rozwiązania, które będzie dla nich najbardziej korzystne. Mediacja stwarza możliwość wyjścia poza obszar o charakterze czysto prawnym i daje szansę rozwiązania sporu w sposób satysfakcjonujący dla obu, bądź wszystkich stron biorących udział w postępowaniu. Dla porównania, w postępowaniu arbitrażowym wyrok wydawany jest na podstawie właściwego prawa przez arbitrów wybranych przez strony sporu, gdzie strony mają obowiązek poddania się temu wyrokowi i respektowania decyzji arbitrów. Arbitraż praktykowany jest zatem, gdy strony nie widzą możliwości rozwiązania problemu w drodze ugody. Podstawową cechą odróżniającą mediację od arbitrażu jest samodzielność w wypracowaniu rozwiązania przez strony sporu w trakcie toczącego się postępowania mediacyjnego. Zarówno mediacje, jak i negocjacje oparte są na komunikacji międzyludzkiej, czyli bezpośrednim porozumiewaniu się, przekazywaniu myśli oraz emocji między nadawcą a odbiorcą.

Zasadniczo celem negocjacji jest osiągnięcie porozumienia, ale ich metodą jest wręcz przekonywanie drugiej strony o atrakcyjności własnej oferty, a zarazem zachęcanie jej do podjęcia korzystnych głównie dla siebie i dla własnego interesu decyzji³. W przypadku planowania negocjacji obie strony muszą być gotowe do zawarcia umowy. Istnieją także zagadnienia, które zupełnie nie nadają się do negocjacji⁴. Gdy negocjacje nie dają perspektyw zawarcia porozumienia bądź następuje zaostrzenie konfliktu (eskalacja), wówczas może mieć zastosowanie mediacja.

Można śmiało stwierdzić, że alternatywne metody rozwiązywania sporów są szansą przede wszystkim dla tych osób, które nie potrafią samodzielnie rozwiązać problemu bez pomocy osób trzecich. Pozwalają one jednocześnie zwaśnionym stronom aktywnie uczestniczyć w postępowaniu mającym rozstrzygnąć ich konflikt.

W sferze cywilnoprawnej wiele sporów sądowych toczących się w Polsce to konflikty z udziałem państwowych i samorządowych jednostek organi-

² *Ibidem*, s. 79.

³ *Ibidem*, s. 32.

⁴ Z. Nęcki, *Negocjacje w biznesie*, Kraków 1995, s. 12.

zacyjnych. Jednostki te nie są jednak skłonne do zawierania ugód. Organ władczo rozstrzyga o stosunku administracyjnoprawnym, ponieważ działa na podstawie prawa i w granicach prawa, dlatego też nie może ustąpić stronie, która domaga się rozstrzygnięcia zgodnego z jej interesem, a niezgodnego z prawem.

W postępowaniu administracyjnym mediacja w ogóle nie występuje, gdyż brak jest unormowania tego zakresu w Kodeksie postępowania administracyjnego. Ustawodawca uregulował jedynie instytucję tzw. ugody administracyjnej, która w myśl art. 13 k.p.a. może zostać zawarta w sprawach stron o spornych interesach, przy czym organ administracji publicznej, przed którym toczy się postępowanie, powinien skłaniać strony do jej zawarcia⁵. Ponadto o ugodzie tego rodzaju stanowią również przepisy art. 114–122 k.p.a.⁶.

Celem niniejszej pracy jest przedstawienie instytucji mediacji w świetle polskiego prawa, jak i w praktyce życia codziennego.

Co to jest mediacja?

Termin „mediacja” wywodzi się z języka greckiego (*medos* – pośredniczący, neutralny, nienależący do żadnej ze stron) i języka łacińskiego (*mediatio* – pośrednictwo). Pojęcie to niestety nie jest jeszcze na tyle rozpowszechnione w Polsce, żeby mówić o jego popularności, ale można zauważyć, że mediacja staje się coraz częściej stosowaną formą rozwiązywania sporów.

W polskim ustawodawstwie pierwszy zapis dotyczący mediacji znalazł się w ustawie z 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (Dz.U. nr 55, poz. 236). Z kolei ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555) wprowadziła mediację w postępowaniu karnym. Natomiast w prawie cywilnym znalazła ona zastosowanie na mocy ustawy z 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 172, poz. 1438).

Obecnie w Polsce mediacja unormowana jest przede wszystkim przepisami Kodeksu postępowania cywilnego, Kodeksu postępowania karnego, ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych oraz ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich. Regulację instytucji mediacji w sprawach cywilnych zawierają przepisy art. 183¹ – 18315 Kodeksu postępowania cywilnego⁷.

⁵ Ustawa z 14 czerwca 1960 r., Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 1960 r., nr 30, poz. 168, z późn. zm.).

⁶ *Ibidem*, art. 114–122.

⁷ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r., Kodeks cywilny (Dz.U. z 2011 r., nr 85, poz. 458, z późn. zm.).

We wcześniejszych unormowaniach prawnych również istniała możliwość ugodowego załatwienia sporu między skonfliktowanymi stronami w trakcie postępowania sądowego, o czym stanowią unormowania zawarte w przepisach k.p.c. nakładającego na sędziego obowiązek nakłaniania stron, szczególnie na pierwszym posiedzeniu do wzajemnego pojednania lub ugodowego załatwienia spraw, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne. Normy prawne przyjęte w k.p.c. stwarzają również możliwość uregulowania spraw cywilnych w drodze tzw. zawiązania do próby ugodowej. Z instytucji tej można skorzystać przed wniesieniem pozwu do sądu.

W Polsce mediacje prowadzone są w sprawach rodzinnych, gospodarczych, w sprawach z zakresu prawa pracy, w sporach zbiorowych, jak również w sprawach karnych oraz w sprawach dla nieletnich. Jednakże, jak wykazuje praktyka, przedmiotem postępowania mediacyjnego najczęściej są sprawy z zakresu prawa handlowego, prawa karnego oraz sprawy rodzinne.

Pojęcie mediacji nie jest jednolicie rozumiane ani w praktyce orzeczniczej, ani w doktrynie. W zależności od przedmiotu sporu, którego mediacja dotyczy, eksponowane są różne jej walory. Można jednak stwierdzić, że istnieją pewne wspólne elementy głoszonych definicji mediacji, które mogą być jednocześnie podstawą do skonstruowania definicji jednolitej.

Mediacja to dobrowolne, poufne, pozasądowe postępowanie prowadzone między stronami określonego sporu w sprawach, w których możliwe jest zawarcie ugody.

Mediacja jest najszybszym i najtańszym sposobem rozwiązywania sporów. Jej celem nie jest dogłębna analiza przeszłości – skupia się na poszukiwaniu rozwiązań możliwych do zastosowania w przyszłości. Nie jest również formą terapii rodzinnej.

Mediacja jako alternatywny sposób rozwiązywania konfliktu to porozumiewanie się stron znajdujących się w konflikcie w obecności bezstronnej i neutralnej osoby trzeciej – mediatora⁸. To postępowanie przed osobą asystującą stronom w czasie konfliktu w celu osiągnięcia między nimi porozumienia. To rozmowa stron, w trakcie której dąży się do rozwiązania problemu i znalezienia porozumienia. Wypracowane przez strony w obecności mediatora porozumienie mediacyjne jest akceptowalne i satysfakcjonujące dla zwądnionych stron. Mediator prowadzący postępowanie mediacyjne podczas całego procesu mediacji ułatwia stronom dojście do porozumienia poprzez tworzenie bezpiecznej i poufnej atmosfery. Jest przy tym neutralny, gdyż nie narzuca swojego punktu widzenia i swoich rozwiązań, jest również bezstronny, ponieważ dba o równowagę oraz równorzędność stron w trakcie procesu.

⁸ *Kodeks etyki mediatora*, Warszawa 2003, s. 5.

Taki sposób rozwiązywania sporu daje skonfliktowanym stronom poczucie kontroli i możliwości decydowania o własnych sprawach, co stanowi o mocy mediacji. Strony mogą ponadto ustanowić swoich pełnomocników lub uczestniczyć w postępowaniu mediacyjnym wraz z nimi.

Taka definicja mediacji wyjaśnia istotę tegoż pojęcia – jej celem jest doprowadzenie uczestników postępowania mediacyjnego do satysfakcjonującej ugody.

W większości krajów na świecie mediacja jest uznaną i powszechną metodą rozwiązywania sporów. Dla przykładu w USA tylko 5% spraw zgłoszonych do sądu trafia na wokandę, a reszta rozwiązywana jest polubownie. Porozumienie osiągnięte w wyniku rozwiązania konfliktu, a nie rozstrzygnięcia zgodnie z wolą np.: arbitra czy sędziego, jest akceptowane przez same strony – respektujące decyzję, w której podejmowaniu brały czynny udział i na którą miały bezpośredni wpływ.

Mediacja prowadzona jest zarówno w sprawach sądowych, jak i prywatnych po zgłoszeniu przez strony, które nie radzą sobie z różnymi problemami i konfliktami. Mediacja, która jest prowadzona poza sądem, daje możliwość rozmowy o problemach i konfliktach w neutralnej, a nawet przyjaznej atmosferze, sprzyjającej swobodnym wypowiedziom stron oraz rozładowaniu emocji.

Mediacja w aspekcie prawnym – w zakresie spraw cywilnych i gospodarczych w Polsce uregulowana została przepisami art. 10, 183¹–183¹⁵ oraz 202¹ ustawy Kodeks postępowania cywilnego. Mediacja może być prowadzona w postępowaniu nieprocesowym na podstawie umowy cywilnoprawnej z mediatorem, zamiast postępowania sądowego albo przed jego wszczęciem lub też na mocy postanowienia sądu o skierowaniu stron do mediacji w trakcie trwającego postępowania sądowego w myśl art. 183¹ § 2 k.p.c. Jak wskazuje orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie, przykładem jest pozew o zapłatę, który może być dochodzony w trybie ugodowym lub przed sądami powszechnymi, ze względu na jego cywilny charakter⁹.

Umowa o mediację nie została unormowana w ustawie, co budzi wątpliwości w zakresie jej charakteru prawnego. Uregulowania prawne nie zastrzegają bowiem żadnej formy jej zawarcia ani też nie wskazują elementów przedmiotowo istotnych tej czynności prawnej¹⁰.

Podstawowy element mediacji stanowi protokół jej przebiegu. Przepis art. 183¹² k.p.c. nie określa, kto sporządza protokół, w związku z czym może

⁹ Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 17 listopada 2009 r., sygn. akt I OZ 1059/09.

¹⁰ P. Telenga, Komentarz do art. 183¹ k.p.c., LEX, stan prawny na 1 kwietnia 2014 r.

go sporządzić każda uczestnicząca za zgodą stron w mediacji osoba, przy czym jego ważność zależy wyłącznie od podpisania przez mediatora¹¹. Mediację zakończoną porozumieniem wieńczy ugoda spisana również przez mediatora, którą – jeśli nie jest sprzeczna z prawem – sąd zatwierdza na wniosek którejkolwiek ze stron. Zatwierdzona przez sąd ugoda w sprawach cywilnych ma moc prawną ugody zawartej przed sądem i kończy postępowanie. Natomiast w sprawach karnych oraz w sprawach dla nieletnich, które regulowane są odrębnymi przepisami, mediator spisuje sprawozdanie z przebiegu postępowania mediacyjnego oraz załącza ugode, jeśli dojdzie do jej podpisania. Zawarcie ugody w tych dwóch przypadkach nie kończy jednak postępowania karnego, ale jej treść jest uwzględniana przez prokuratora podczas decyzji kierowania sprawy do sądu, jak również w orzeczeniu sądu.

Mediacja w aspekcie socjologicznym to dobrowolny proces, w którym skonfliktowane strony próbują osiągnąć akceptowalne dla obu z nich porozumienie poprzez polubowne zakończenie konfliktu bez konieczności wdawania się w spór sądowy. Jedyny warunek, jaki musi zostać spełniony, to dobra wola i zgoda obu stron na takie rozwiązanie.

Postępowanie mediacyjne polega na przekazaniu procesu rozstrzygnięcia sporu samym zainteresowanym, którzy w ten sposób mogą kształtować własną rzeczywistość społeczno-prawną. Nie jest to bez znaczenia, gdyż pojednane strony wracają do sądu w ramach kontynuacji sporu zdecydowanie rzadziej aniżeli te, których konflikt rozstrzygnął sąd. Niezwykle ważną korzyścią wynikającą z mediacji jest uchronienie samego procesu sądowego przed przedłużającymi się czynnościami procesowymi, angażowaniem świadków, powoływaniem biegłych czy w ogóle przewlekłością sprawy. Ogromne koszty postępowania sądowego również ulegają znacznemu pomniejszeniu. Najważniejszy jednak jest przede wszystkim fakt, iż podmioty konfliktu będą miały szansę rzeczywistego rozwikłania sporu i to w sposób odformalizowany, bez przeżywania skomplikowanego, często niezrozumiałego dla nich scenariusza procesowego¹².

Zarówno w teorii, jak i w praktyce wyróżnia się dwa podstawowe rodzaje mediacji:

1. Mediację pozasądową (umowną), prowadzoną na wniosek co najmniej jednej ze stron oraz na podstawie umowy o przeprowadzenie mediacji zawartej między mediatorem a stronami.
2. Mediację sądową, do której dochodzi na podstawie skierowania sądu. W tym przypadku sąd wydaje postanowienie o skierowaniu stron do

¹¹ *Ibidem*, Komentarz do art. 183¹² k.p.c., LEX, stan prawny na 1 kwietnia 2014 r.

¹² R. Cebula, *Mediacja w polskim prawie cywilnym*, broszura Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 2011, s. 5.

mediacji, która wszczynana jest w ramach procedury sądowej. Wszczęcie mediacji powoduje przerwanie biegu przedawnienia sprawy.

W przypadku zawarcia i podpisania ugody w mediacji umownej, ugoda pozostaje tylko do wiadomości stron bez skierowania do sądu o jej zatwierdzenie lub w myśl art. 183¹⁴ § 1 k.p.c. na wniosek stron składana jest przez mediatora do właściwego sądu o jej zatwierdzenie¹³. Zgodnie z regulacją art. 183¹⁵ § 1 k.p.c. ugoda zatwierdzona przez sąd ma moc ugody zawartej przed sądem¹⁴ oraz otrzymuje klauzulę wykonalności, jeśli ma podlegać wykonaniu w drodze egzekucji¹⁵. Aby orzeczenie stanowiło tytuł egzekucyjny, należy stwierdzić jego prawomocność, która jest rozważana przez sędziego przed nadaniem klauzuli wykonalności¹⁶. Sąd Apelacyjny w Poznaniu wskazał, że kontrola ugody zawartej przed mediatorem w związku z jej zatwierdzeniem nie może polegać na merytorycznym rozpoznaniu sprawy¹⁷. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, unormowanie art. 183¹⁴ wskazuje, iż wstępną czynnością sądu jest ocena ugody: czy jest zawarta w niej treść nadająca się do wykonania w drodze egzekucji. Jeżeli warunek ten jest spełniony, to przez nadanie jej klauzuli wykonalności zostaje zatwierdzona. W przeciwnym wypadku zatwierdzenie następuje w drodze postanowienia o jej zatwierdzeniu¹⁸. Jeżeli żadna ze stron nie wystąpi o zatwierdzenie zawartej ugody, wywołuje ona skutki prawne ugody pozasądowej, czyli takie, jak ugody, której sąd odmówił zatwierdzenia¹⁹.

Wśród głównych zasad obowiązujących w mediacji, będących jednocześnie jej atutami, można wymienić:

1. Akceptowalność – ta zasada dotyczy zarówno stron konfliktu, które muszą zgodnie zaakceptować osobę mediatora, jak i reguł dotyczących mediacji, które powinny być uzgodnione w początkowym etapie rozmowy pomiędzy mediatorem a stronami i również zaakceptowane.
2. Bezstronność – oznacza, że strony w mediacji mają równe prawa, powinny być jednakowo traktowane i mediator nie może faworyzować żadnej

¹³ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r., Kodeks cywilny, art. 183¹⁴ § 1.

¹⁴ *Ibidem*, art. 183¹⁵ § 1. T. Żywnowski, Komentarz do art. 183¹⁵ k.p.c., LEX, stan prawny na 30 stycznia 2013 r.; P. Telenga, Komentarz do art. 183¹⁵ k.p.c., LEX, stan prawny na 1 kwietnia 2014 r.

¹⁵ Ustawa z 17 listopada 1964 r., Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 r., nr 43, poz. 296), art. 777 § 1 pkt, ust. 3.

¹⁶ P. Telenga, Komentarz do art. 777 k.p.c., LEX, stan prawny na 1 kwietnia 2014 r.; D. Zawistowski, Komentarz do art. 777 k.p.c., LEX, stan prawny na 21 listopada 2013 r.

¹⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 14 stycznia 2014 r., sygn. akt I A Cz 2163/13.

¹⁸ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 16 października 2012 r., sygn. akt I Acz 1593/12.

¹⁹ P. Telenga, Komentarz do art. 183¹⁴ k.p.c., LEX, stan prawny na 1 kwietnia 2014 r.

- z nich. Mediator powinien odmówić prowadzenia postępowania mediacyjnego, jeżeli któraś ze stron jest z nim spokrewniona lub zachodzą inne zależności między nimi. Z zasadą bezstronności wiąże się zasada bezinteresowności, a więc niemożności czerpania przez mediatora żadnych korzyści materialnych lub osobistych z tego, co jest przedmiotem mediacji.
3. Dobrowolność – oznacza, że strony sporu nie mogą być zmuszane do mediacji oraz mogą ją przerwać w dowolnym momencie, mając przy tym możliwość wycofania się na każdym etapie postępowania mediacyjnego. Nie wolno stosować żadnych form nacisku ani wywierać jakiejkolwiek presji na żadną ze stron. Nie ma również obowiązku wypracowania porozumienia.
 4. Neutralność – mediator jest neutralny co do przedmiotu sporu i nie wolno mu narzucać swoich rozwiązań, nawet gdyby według niego były korzystniejsze dla stron lub ułatwiłyby rozwiązanie konfliktu. Mediator nie może też odrzucać propozycji przyjętych przez strony, jeśli nie są sprzeczne z prawem bądź nie stanowią obejścia prawa. Zgodnie z tą zasadą, to strony muszą samodzielnie znaleźć właściwe i satysfakcjonujące dla siebie rozwiązanie konfliktu.
 5. Dyskrecja – o fakcie prowadzenia mediacji wie niewielki krąg osób. Jest to szczególnie istotne w stosunkach handlowych, gdyż informacje o prowadzonych sporach sądowych często źle wpływają na wizerunek przedsiębiorcy,
 6. Skuteczność – ugoda zawarta przed mediatorem (zatwierdzona przez sąd) ma moc równą ugodzie zawartej przed sądem, która z kolei stanowi tytuł wykonawczy uprawniający do prowadzenia egzekucji, ponadto przerywa bieg terminów przedawnienia²⁰.
 7. Poufność – mediator zobowiązany jest do zachowania w tajemnicy wszelkich faktów, o których dowiedział się w związku z prowadzeniem mediacji, zarówno wobec osób trzecich, jak i wobec każdej ze stron mediacji, chyba że strony zwolnią go z tego obowiązku²¹.

W związku z obowiązującą regulacją prawną, mediator nie może zeznawać w sądzie co do faktów, o których dowiedział się podczas mediacji²² oraz na temat propozycji ugodowych lub innych oświadczeń składanych w postępowaniu mediacyjnym²³, poza przypadkiem, w którym strony postępowania mediacyjnego dobrowolnie wyrażą zgodę na zwolnienie go z obowiązku zachowania

²⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, *op. cit.*, art. 123 § 1.

²¹ Ustawa z 17 listopada 1964 r., *op. cit.*, art. 183⁴ § 2.

²² *Ibidem*, art. 259¹. T. Demendecki, Komentarz do art. 259¹ k.p.c., LEX, stan prawny na 1 kwietnia 2014 r.

²³ Ustawa z 17 listopada 1964 r., *op. cit.*, art. 183⁴ § 3.

tajemnicy²⁴. Powołany artykuł 183⁴ § 3 k.p.c. wyłącza zatem możliwość powoływania się przez strony i ich przedstawicieli przed sądem na okoliczności i fakty, jak również propozycje ugodowe zgłoszone w trakcie mediacji²⁵.

Jak wskazuje orzeczenie Sądu Najwyższego, ustawodawca w ramach regulacji prawnej poszczególnych artykułów Kodeksu postępowania cywilnego, w tym art. 259 k.p.c. wprowadził podmiotowe ograniczenia dowodu z zeznań świadków²⁶.

Przedmiot i cel mediacji

Zgodnie z treścią znowelizowanego art. 10 k.p.c., sąd powinien w każdym stanie postępowania dążyć do ugodowego załatwienia spraw, w których zawarciu ugody jest dopuszczalne, uwzględniając, że strony mogą zawrzeć ugodę również przed mediatorem. Przepis ten wychodzi z założenia, że ugodowe załatwienie sprawy jest najkorzystniejszym rozwiązaniem dla stron, jednakże z powodu braku wyraźnego obowiązku informowania stron o takiej możliwości istnieje zróżnicowanie w tej kwestii pomiędzy poszczególnymi sądami. Nie jest też regułą, że przywołana wyżej norma to podstawa do zakończenia sporu we wszystkich postępowaniach cywilnych. Spod regulacji tego przepisu wyłączone są bowiem sprawy, w których zawarciu ugody jest niedopuszczalne. Katalog spraw, które nie mogą być przedmiotem ugody, jest niewielki. Przykładowo można tu wymienić sprawy z zakresu prawa rodzinnego dotyczące ubezwłasnowolnienia, o ustalenie ojcostwa lub macierzyństwa, sprawy z zakresu prawa osobowego, np. uznanie za zmarłego lub stwierdzenie zgonu, czy też sprawy z zakresu prawa spadkowego, takie jak stwierdzenie nabycia spadku. Zdecydowana większość spraw może być przedmiotem mediacji. W prostym ujęciu można je przedstawić według tradycyjnego podziału jako sprawy cywilne, rodzinne, gospodarcze oraz sprawy z zakresu prawa pracy²⁷. W zależności od sprawy, która jest przedmiotem sporu, podejmowana jest decyzja co do wyboru osoby mediatora.

Należy podkreślić, że głównym celem mediacji jest jak najszybsze wypracowanie satysfakcjonującego rozwiązania zwaśnionych stron, a nie udowodnienie kto ma rację w danym sporze, bowiem założeniem mediacji jest złagodzenie lub zupełne wyeliminowanie istniejącego konfliktu.

²⁴ K. Knoppek, Komentarz do art. 259¹ k.p.c., LEX, stan prawny na 30 stycznia 2013 r.

²⁵ T. Żyznowski, Komentarz do art. 183⁴ k.p.c., LEX, stan prawny na 30 stycznia 2013 r.; P. Telenga, Komentarz do art. 183⁴ k.p.c., LEX, stan prawny na 1 kwietnia 2014 r.

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 25 stycznia 2012 r., sygn. akt V CNP14/11.

²⁷ A. Arkuszewska, M. Bosak, *Mediacja jako metoda rozwiązywania indywidualnych i zbiorowych sporów z zakresu prawa pracy*, [w:] *Sądy polubowne i mediacja*, red. J. Olszewski, Warszawa 2008, s. 172.

Przystąpienie do mediacji oznacza same korzyści. Jest nie tylko dużo tańsza od postępowania sądowego, ale i szybsza – można ją ukończyć nawet podczas jednego spotkania mediacyjnego. Dzięki mediacji strony mogą wpłynąć na postanowienia zawieranej ugody. Mediator nie orzeka i nie narzuca sposobu rozwiązania sporu. Jego rolą jest skuteczne i bezpieczne przeprowadzenie stron przez mediację ze stanu konfliktu do stanu porozumienia i doprowadzenie do zawarcia satysfakcjonującej ugody. Jest to ważna korzyść zarówno w życiu prywatnym, jak i w biznesie, gdyż relacje pomiędzy stronami pozwalają na dalsze funkcjonowanie i komunikowanie się.

Kierując sprawę do mediacji, strony zachowują całkowity wpływ na zakończenie sporu. To one przy udziale mediatora ustalają sposób rozwiązania istniejącego pomiędzy nimi sporu, co nigdy nie jest tak łatwe przy skierowaniu sprawy do sądu, gdzie w towarzyszącym stresie związanym z przebywaniem na sali sądowej strony tracą kontrolę nad przebiegiem i wynikiem postępowania. W przeciwieństwie do mediacji, w postępowaniu sądowym strony mają ograniczony wpływ na rozstrzygnięcie sporu i zdane są na ocenę dokonaną przez sędziego wydającego wyrok, który zawsze jest niekorzystny dla jednej ze stron. W mediacji strony przedstawiają nawzajem swoje racje i samodzielnie decydują o sposobie zaspokojenia swoich interesów zgodnie ze swoimi potrzebami. Strony zawierają ugodę tylko w takiej sytuacji, gdy jest to dla nich korzystne. To głównie od stron zależy, jak szybko mediacja się zakończy i jaką treść będzie zawierać ugoda (przy zachowaniu zgodności postanowień z prawem).

Mediacja zakończona ugodą jest sukcesem stron, pozwala im osiągnąć zaspokojenie swoich potrzeb w krótszym czasie, przy zdecydowanie niższych kosztach finansowych. Mediacja pozwala uniknąć eskalacji konfliktu między stronami, a spotkanie na neutralnym gruncie w obecności mediatora jako przyjaznego przewodnika procesu pomaga im nie tylko wypracować ugodę, ale również pozostać w dobrych relacjach w przyszłości.

W poniższym zestawieniu przedstawione zostało w celu porównania postępowanie mediacyjne oraz postępowanie sądowe²⁸.

Kryteria	Postępowanie mediacyjne	Postępowanie sądowe
czas trwania	1–30 dni	bardzo długi (miesiące, lata)
kontrola tempa	strony	sąd
kontrola przebiegu	strony	sąd
kontrola rezultatu	strony i mediator	sąd
komunikacja stron	intensywna	brak

²⁸ M.R. Wysocki, *O mediacji*, www.mediator-wysocki.pl [15.06.2014].

poufność/dyskrecja	pełna/duża	brak/brak
koszty	niskie	wysokie
formalizm	brak	wysoki
dalsza współpraca stron	możliwa	bardzo trudna

Mediator i jego rola w postępowaniach mediacyjnych

Mediować – to pośredniczyć w rozmowie. Uczestnictwo w rozwiązywaniu codziennych ludzkich problemów we wszystkich dziedzinach życia społecznego to priorytetowe zadanie mediatora. Mediator w swojej pracy kieruje się kodeksem postępowania mediatora oraz kodeksem etycznym. Ustawodawca, wprowadzając instytucję mediacji, pozostawił stronom możliwość wyboru mediatora, którego osobę strony winny określić w umowie o mediację²⁹. W przypadku spraw cywilnych (m.in. gospodarczych, rodzinnych, z zakresu prawa pracy), zgodnie z brzmieniem art. 183² k.p.c., mediatorem może być każda osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych i korzystająca w pełni z praw publicznych³⁰. Nie powinno budzić wątpliwości, że mediator nieposiadający pełnej zdolności do czynności prawnych nie może sporządzić ważnego protokołu z przebiegu postępowania mediacyjnego³¹. Artykuł 183² § 1 nie wskazuje ponadto na dodatkowe wymagania w postaci wykształcenia, kwalifikacji, zasobu wiedzy bądź doświadczenia praktycznego³². Nie może być mediatorem sędzia, za wyjątkiem sędziego w stanie spoczynku³³. Dopuszczalne jest natomiast wykonywanie funkcji mediatora przez notariusza, po uprzednim uzyskaniu zgody właściwej Rady Izby Notarialnej³⁴. Z kolei w przypadku spraw karnych lub dotyczących nieletnich kryteria dla osób mogących pełnić funkcję mediatora określają stosowne przepisy.

W sytuacji gdy do mediacji kieruje sąd, mediator wyznaczany jest z listy stałych mediatorów, jednakże strony mają również prawo wybrać innego³⁵. Sąd nie jest związany stanowiskiem stron co do osoby mediatora, ale na ich zgodny wniosek uwzględni wybór tej osoby³⁶. Ułatwieniem dla stron oraz sędziów kierujących do mediacji są listy stałych mediatorów oraz ośrodki mediacyjne prowadzone przez organizacje społeczne i zawodowe. Wpis na

²⁹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, *op. cit.*, art. 183¹ § 2 i 3.

³⁰ *Ibidem*, art. 183² § 1.

³¹ P. Telenga, Komentarz do art. 183² k.p.c., LEX, stan prawny na 1 kwietnia 2014 r.

³² T. Żyznowski, Komentarz do art. 183² k.p.c., LEX, stan prawny na 30 stycznia 2013 r.

³³ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r., Kodeks postępowania cywilnego, *op. cit.*, art. 183² § 2.

³⁴ T. Żyznowski, Komentarz do art. 183² k.p.c., LEX, stan prawny na 30 stycznia 2013 r.

³⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, *op. cit.*, art. 183².

³⁶ P. Telenga, Komentarz do art. 183² k.p.c., LEX, stan prawny na 1 kwietnia 2014 r.

taką listę wymaga zgody mediatora wyrażonej na piśmie. Informację o listach stałych mediatorów oraz ośrodkach mediacyjnych przekazuje się prezesowi właściwego sądu okręgowego³⁷. Listy publikowane są na stronach internetowych sądów, a także udostępniane w sekretariatach wydziałów na wniosek zainteresowanych. Jak dotąd przepisy nie regulują zasad prowadzenia list. Mediator stały może odmówić prowadzenia mediacji skierowanej do niego tylko z ważnych powodów, o których jest obowiązany powiadomić strony bądź sąd – jeśli to sąd kierował sprawę do mediacji³⁸.

Mediator stały to osoba godna zaufania, wpisana do wykazu prowadzonego przez sąd okręgowy, której zadaniem jest pomoc w wypracowaniu porozumienia poprzez ułatwienie stronom rozmowy, czuwanie nad łagodzeniem napięć w trakcie negocjacji, zadawanie pytań, przy czym spór muszą rozwiązać same strony konfliktu. Mediator jest bezstronną osobą pomagającą uczestnikom sporu we wzajemnym wysłuchaniu, przedstawieniu swoich racji i argumentów, odnalezieniu wspólnych interesów, a także w wypracowaniu alternatywnych rozwiązań w ich sporze w celu osiągnięcia obopólnego porozumienia. Jest pośrednikiem między stronami konfliktu. Jako osoba niezaangażowana ma możliwość spojrzenia na konflikt bez emocji, a także wychwycenia wspólnych problemów i wzajemnych oczekiwań stron. Pomaga ustalić najważniejsze kwestie w sporze i nadzoruje przebieg posiedzenia mediacyjnego, dbając o dobrą atmosferę. Jego obecność jest wręcz niezbędna w sprawach o złożonym charakterze, gdzie nie ma sposobności prowadzenia bezpośrednich rozmów, a mediator ułatwia przebrnięcie przez trudne momenty w sporze³⁹. Mediator nie reprezentuje interesu klienta, ale zawsze czuwa nad zachowaniem równowagi stron w mediacji. Jego główną rolą jest szukanie – wspólnie z uczestnikami konfliktu – takich rozwiązań, które może zaakceptować każdy z nich⁴⁰.

Mediator nie może narzucać stronom własnych poglądów i propozycji rozwiązania konfliktu czy sporu. Ważne jest, aby wzbudzał u stron zaufanie i zapewniał poczucie bezpieczeństwa. Nie może czerpać korzyści z tego, co jest przedmiotem mediacji⁴¹. Nie powinien oceniać wypracowanych przez strony ustaleń. Mediator powinien zachować bezstronność⁴², co oznacza, iż nie przychyliła się on do racji żadnej ze stron. Powinien ponadto prowadzić

³⁷ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, *op. cit.*, art. 183¹ § 2 i 3.

³⁸ *Ibidem*, art. 183² § 4.

³⁹ Z. Nęcki, *op. cit.*, s. 88.

⁴⁰ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, *op. cit.*, art. 28.

⁴¹ *Standardy prowadzenie mediacji i postępowania mediatora*, <http://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje> [dostęp 08.06.2014].

⁴² Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, *op. cit.*, art. 183³.

mediację w taki sposób, aby ewentualna nierównowaga między stronami nie wpływała na przebieg mediacji oraz ostateczny rezultat i nie doprowadziła do porozumienia krzywdzącego lub dyskryminującego którąś ze stron.

Ustawodawca nie wprowadził do ustawy instytucji wyłączenia stronnictwego mediatora, gdyż uznał, że strona, która ma uzasadnione powody zakwestionowania swojej bezstronności, sama zrezygnuje w takiej sytuacji z udziału w mediacji, nie wyrażając zgody na jej prowadzenie⁴³.

Istotną rolą mediatora jest zapobieganie nadmiernej eskalacji konfliktu. Może organizować spotkania stron metodą bezpośrednią, czyli w drodze konfrontacji, lub metodą pośrednią poprzez spotkania indywidualne, na osobności, oddzielnie z każdym z uczestników sporu, podczas których uzgadnia z nimi, jaki zakres informacji ma przekazać stronie przeciwnej. W ramach spotkań indywidualnych mediator ma możliwość uzyskania większej liczby szczegółów dotyczących sporu, a tym samym może rozważyć wypracowanie bardziej skutecznego i korzystnego rozwiązania. Mediator pełni funkcję strażnika, dbając o wzajemny szacunek stron, pozwala im nawiązać dialog, stwarza konstruktywną atmosferę spokoju, a także zapewnia wsparcie merytoryczne⁴⁴. Nie ma jednak władzy podejmowania decyzji merytorycznych. Nie jest sędzią, gdyż nie ocenia i nie wydaje werdyktu. Nie jest adwokatem i nie reprezentuje interesów strony. Jest natomiast przewodnikiem w całej procedurze postępowania mediacyjnego, pomagając wytyczyć wspólną drogę. Jest przy tym profesjonalistą i czuwa nad realnością rozwiązań wypracowywanej ugody⁴⁵.

Prawidłowa decyzja co do wyboru osoby mediatora zależy od tego, jaka sprawa jest przedmiotem sporu. Inną wiedzę musi posiadać mediator uczestniczący w postępowaniu w sprawach gospodarczych, inną zaś – mediator w sprawach rodzinnych, który powinien umieć rozpoznać specyficzne źródła konfliktów między osobami bliskimi. Zupełnie odmienne spojrzenie stwarzają natomiast tzw. sprawy cywilne, gdzie w grę wchodzi często stosunki sąsiedzkie, w których mieszają się kwestie majątkowe z emocjonalnymi. Swoją oddzielną specyfikę mają także sprawy z zakresu prawa pracy⁴⁶.

Rola mediatora w postępowaniu mediacyjnym nie jest łatwa. Na nim bowiem spoczywa odpowiedzialność za organizację i atmosferę posiedzenia mediacyjnego⁴⁷. Wymaga się od niego nie tylko znajomości technik prowadze-

⁴³ P. Telenga, Komentarz do art. 183³ k.p.c., LEX, stan prawny na 1 kwietnia 2014 r.

⁴⁴ Michał. R Wysocki, *op. cit.*

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ R. Cebula, *op. cit.*, s. 7.

⁴⁷ *Ibidem.*

nia mediacji⁴⁸, ale również szczególnych predyspozycji. Poza tym, że pomaga w wypracowaniu porozumienia i sporządzeniu ugody między zwaśnionymi stronami, przede wszystkim ułatwia im rozmowę, w jej trakcie zadaje pytania, rozpoznaje źródła konfliktu, łagodzi napięcia, jak również ocenia realność propozycji ugodowych składanych przez strony. Jego zadaniem jest również sformalizowanie samego przebiegu postępowania mediacyjnego przez sporządzenie protokołu oraz uwzględnienie w nim treści ugody.

Mediator nie ponosi odpowiedzialności za treść ugody zawartej pomiędzy stronami, ale wymaga się od niego najwyższej staranności w jej formułowaniu oraz nadzorowania, aby była zrozumiała, zgodna z prawem, z zasadami współżycia społecznego oraz aby nie służyła obejściu przepisów.

Mediacja jest dopuszczalna we wszystkich sprawach, w których możliwe jest zawarcie ugody. Zostaną teraz przedstawione przykładowe płaszczyzny stosowania tej instytucji.

Mediacja w sprawach cywilnych

Pierwsze próby kierowania spraw do mediacji podjęte zostały w połowie lat 90. ubiegłego wieku. Natomiast szczegółowe ramy postępowania mediacyjnego zostały nakreślone w 2001 r. w sprawach nieletnich na podstawie Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach nieletnich. Mediacja wywodzi się właśnie ze spraw cywilnych⁴⁹.

Głównym celem mediacji w sprawach cywilnych jest doprowadzenie do zawarcia takiego układu pomiędzy zwaśnionymi stronami, który będzie dla nich rozwiązaniem konfliktu. Mediacja może być prowadzona we wszystkich sprawach cywilnych, w których dopuszczalne jest zawarcie ugody, np. w sporach:

- o alimenty,
- o dział spadku,
- o zniesienie współwłasności,
- przy realizacji umów cywilnoprawnych,
- o zapłatę,
- o podział majątku wspólnego,
- o należności ze stosunku pracy,
- rozstrzygających o istotnych sprawach rodziny,
- o ustalenie kontaktów z dzieckiem,
- sąsiedzkich i lokalowych, itp.

⁴⁸ J. Waluk, *Konflikt – mediacja w praktyce. Prawo a rozwiązywanie sporów*, Warszawa 2003, s. 15–17.

⁴⁹ I. Orłowska, *Czy tylko mediacja pomiędzy sprawcą a ofiarą*, „Mediator” 2002, nr 1 (20), s. 41–42.

Mediację w sprawach rodzinnych można zakwalifikować do zakresu spraw cywilnych.

Jednym z pierwszych krajów, w których mediacja pojawiła się w postaci normy prawnej, była Wielka Brytania. Do polskiego prawodawstwa instytucja mediacji rodzinnych wprowadzona została na mocy ustawy z 28 lipca 2005 r. Kodeks postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 172, poz. 1438), która weszła w życie 10 grudnia 2005 r.

Art. 1831 § 2 k.p.c. stanowi, że mediacja w sprawach rodzinnych może być prowadzona na podstawie postanowienia sądu kierującego strony do mediacji, bądź też umowy stron (mediacja umowna) poprzez wyrażenie zgody na mediację, gdy druga strona o nią wnioskuje. Spory dotyczące małżeństwa, rozwodów, planów wychowawczych dzieci oraz kontaktów z dziećmi, jak również dotyczące alimentów, zaspokojenia potrzeb rodziny, czy spraw majątkowych między małżonkami, również mogą być rozstrzygane w ramach mediacji.

W myśl art. 436 § 1 i 2 k.p.c. przedmiotem mediacji może być także pojednanie małżonków, nawet jeśli postępowanie sądowe zostało zawieszona. Kodeks rodzinny i opiekuńczy jest aktem prawnym, który wskazuje na potrzebę włączenia mediacji jako formy wsparcia rodziców w przypadku rozwodu.

W świetle art. 58 § 1 k.r.o. sąd w wyroku orzekającym rozwód rozstrzyga przede wszystkim o władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi, o sposobie jej wykonywania oraz o kontaktach z dziećmi po rozwodzie, uwzględniając przy tym zgodny plan rodzicielski. Rolą mediatora jest wówczas jedynie pomoc w znalezieniu satysfakcjonującego rozwiązania dla skonfliktowanych małżonków.

W sprawach o rozwód i separację przedmiotem mediacji może być również pojednanie małżonków, jeżeli istnieją widoki na utrzymanie małżeństwa. Jeśli jednak nie ma szans na pojednanie, celem mediacji może być ugodowe rozwiązanie kwestii dotyczących alimentów, sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej, kontaktów z dziećmi, zaspokojenia potrzeb rodziny bądź też spraw majątkowych.

Mediacja daje doskonałe efekty przy opracowaniach przez zwaśnione strony porozumień dotyczących zwłaszcza sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, czy utrzymywania kontaktów z dzieckiem po rozwodzie. Strony mogą w tym przypadku w bardzo szczegółowy sposób uzgodnić m.in.:

- harmonogram kontaktów z dzieckiem,
- miejsce pobytu dziecka,
- udział w decyzjach dot. rozstrzygnięcia,
- istotnych spraw dziecka,

- sposób i zasady pokrywania kosztów,
- utrzymania oraz wychowania dziecka⁵⁰.

Warto zatem promować mediację w taki sposób, aby rodzice korzystali z niej na zasadach umownych jeszcze przed wszczęciem postępowania sądowego. Natomiast w sprawach, w których jedna lub obie strony są uzależnione od alkoholu lub środków psychoaktywnych, cierpią na chorobę psychiczną bądź też w rodzinie ma lub miała miejsce przemoc, występują przeciwwskazania do prowadzenia mediacji. Mediacja jest również niewskazana w przypadku silnych emocji lub traumatycznych przeżyć jednej lub obu stron, które utrudniają świadome i racjonalne podejście do sprawy.

Można stwierdzić, że mediacja rodzinna ma wszelkie zadatki, aby stać się powszechnym wyborem dla zwaśnionych członków rodzin oraz instrumentem, z którego korzystać będą sędziowie orzekający w sprawach rodzinnych. Wzrost społecznej świadomości mediacji powoduje zwiększanie liczby spraw trafiających do mediacji umownej, co wskazuje na doświadczenie polskich mediatorów oraz świadczy o tym, że wzrasta zaufanie do mediacji.

Mediacja w sprawach gospodarczych

W obrocie gospodarczym trudno jest uniknąć sporów, a w ostatnich latach zaobserwować można znaczny wzrost liczby spraw gospodarczych kierowanych do sądów. Według raportu „Doing Business 2014” przeciętny czas oczekiwania w toku postępowania sądowego w Polsce wynosi 480 dni, co oznacza, że przedsiębiorcy oprócz kosztów prowadzonych spraw sądowych ponoszą olbrzymią stratę czasu. Przewlekłość postępowania jest zatem jedną z głównych przyczyn dalekiej pozycji zajmowanej przez Polskę w rankingu przygotowanym przez Bank Światowy. Jednym z powodów takiego stanu rzeczy jest niewielkie wykorzystanie przez przedsiębiorców alternatywnych dla sądów powszechnych metod rozwiązywania sporów, takich jak mediacja i arbitraż⁵¹. Bariery jakimi są m.in. brak odpowiedniej wiedzy przedsiębiorców w tym zakresie, bądź brak zaufania do osoby mediatora, w dużej mierze przyczyniają się do tego, że przedsiębiorcy jeszcze niezbyt często korzystają z instytucji mediacji czy arbitrażu, wybierając tym samym drogę sądową w celu rozstrzygnięcia swojego sporu.

Upowszechnianie systemu polubownych metod rozwiązywania sporów gospodarczych jest istotne z punktu widzenia interesu przedsiębiorców, gdyż

⁵⁰ Informator Ministerstwa Sprawiedliwości o alternatywnych sposobach rozwiązywania sporów, Warszawa 2010, s. 17.

⁵¹ S. Pieckowski, *Mediacja w sprawach gospodarczych*, broszura Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 2011, s. 8.

wysoki koszt wieloinstancyjnego postępowania sądowego oraz zbyt długie dochodzenie przez przedsiębiorców praw i należności w obrocie gospodarczym w dużej mierze stanowią barierę dla rozwoju przedsiębiorczości. Problem ten jest wskazywany zarówno przez przedsiębiorstwa, jak i organizacje międzynarodowe oceniające warunki funkcjonowania przedsiębiorstw w różnych krajach.

Informacje na temat nieporozumień przedsiębiorcy z kontrahentami mogą zaszkodzić wizerunkowi firmy, dlatego tak ważne jest zachowanie ich w tajemnicy. Możliwość szybkiego odzyskania pieniędzy przy niewielkich kosztach wraz z dyskrecją mediacji gospodarczych tworzą ich atrakcyjność i mają wpływ na ich rosnącą popularność.

Mediacja daje szanse utrzymania dotychczasowych dobrych relacji między stronami. Wypracowana ugoda oznacza akceptację zakończenia sporu przez strony konfliktu. Ocenia się, że około 80% ugód mediacyjnych wykonywanych jest dobrowolnie, co nie wymaga stosowania przymusu egzekucyjnego, co z kolei oszczędza czas i pieniądze związane z postępowaniem komorniczym.

W zasadzie do mediacji z zakresu prawa gospodarczego można kierować każdy spór i konflikt, w którym dopuszczalne jest zawarcie ugody, a w szczególności sprawy dotyczące sporów o zobowiązania finansowe, które zazwyczaj są powodem nieterminowej płatności lub zupełnego jej braku i występują w obrocie gospodarczym najczęściej. Ponadto sprawy dotyczące sporów o nieetyczne działania konkurencyjne, sporów o niezrealizowane usługi, inwestycje oraz inne. W efekcie polubownego załatwienia sprawy istnieje możliwość modyfikacji sposobu spłaty zadłużenia, np.: rozłożenie wierzytelności na raty, zmiana terminów płatności poszczególnych rat, umorzenie części wierzytelności lub odsetek lub możliwość dodatkowego zabezpieczenia interesów wierzyciela choćby przez ustanowienie zastawu, hipoteki, poręczenie osoby trzeciej czy wystawienie weksla.

Najistotniejsze korzyści płynące z mediacji w sprawach gospodarczych to:

- oszczędność pieniędzy – gdyż mediacja jest wielokrotnie tańsza od procesu sądowego,
- oszczędność czasu – ponieważ porozumienie można osiągnąć w ciągu kilku dni, a nawet podczas jednego spotkania w porównaniu z procesem sądowym, który może trwać miesiącami, a nawet latami,
- ochrona zdrowia – gdyż w toku mediacji można uniknąć stresu, wstydu, uzyskując tym samym spokój i ugodę,
- ochrona relacji - ponieważ nie traci się klientów, dostawców, a zwłaszcza w biznesie, gdzie spór jest zawsze ryzykowny. Dzięki mediacji relacja pomiędzy stronami ma szansę pozostać na tym samym poziomie, a nawet może się polepszyć,

- ochrona wizerunku – ponieważ w biznesie łatwo można utracić dobry wizerunek, a dzięki mediacji sprawa nie nabiera niepotrzebnego rozgłosu w porównaniu z procesem sądowym, gdzie głośny konflikt jest wręcz pożywką dla szkodliwych plotek.

Podkreślić również należy, że jeśli dojdzie do zawarcia ugody – zarówno w sprawach gospodarczych, jak i cywilnych – ze skierowania sądu do mediacji, strona, która poniosła koszty, wnosząc sprawę do sądu, otrzyma zwrot 75% opłaty sądowej, co jest ogromną zaletą mediacji.

Reasumując, można stwierdzić, że większość mediacji gospodarczych z udziałem przedsiębiorców kończy się zawarciem ugody, co jest atutem dla tej instytucji, gdyż polubowne rozwiązanie konfliktu jest obecnie w dobrym tonie w przeciwieństwie do drogi sądowej. Nawet w przypadku wygranej sprawy w długotrwałym postępowaniu sądowym, firma uczestnika sporu do momentu rozstrzygnięcia, może ponieść duże straty, a nawet doprowadzić do bankructwa przy jednoczesnym rozgłosie o sprawie, co z pewnością uznane będzie za porażkę.

Aby doszło do zawarcia porozumienia, musi nastąpić przede wszystkim wola rozwiązania sporu. W sytuacji konfliktowej, gdzie dominuje gniew i złość, a każda ze stron uznaje swoją rację, nie jest możliwe rozwiązanie sporu bez wymiany informacji w toku dyskusji i wzajemnych ustępstw.

Mediator szuka przyczyn konfliktu przy pomocy właściwie dobranych pytań, zapewniając przy tym odpowiedni poziom dyskusji, w której nie będą dominować emocje. Po uzyskaniu niezbędnych informacji dotyczących potrzeb i interesów stron poszukuje alternatywnych rozwiązań dla sprawy, mając na celu doprowadzenie do zawarcia ugody stanowiącej jednocześnie konstruktywne rozwiązanie dla każdej ze stron.

Mediacja w sprawach karnych

W przypadku spraw karnych mediacja ma na celu sprawiedliwość naprawczą: zadośćuczynienie i naprawę wyrządzonych przestępstwem szkód materialnych i moralnych. Daje pokrzywdzonemu możliwość wyrażenia jego uczuć, potrzeb oraz oczekiwań. Sprawcy natomiast pozwala przyjąć odpowiedzialność za skutki przestępstwa oraz podjąć związane z nią działania⁵².

Inspiracją rozwoju mediacji karnych w Polsce były wzorce niemieckie. W postępowaniu karnym mediacja oparcie znalazła w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych (wydanego na podstawie art. 23a § 5 k.p.k.)⁵³. Wymagania dla me-

⁵² *O alternatywnych sposobach rozwiązywania sporów*, informator Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 2010, s. 15.

⁵³ R. Cebula, *op. cit.*, s. 4.

diatora w sprawach karnych określone zostały w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 czerwca 2003 roku (Dz.U. z 2003 r., Nr 108, poz. 1020). Sprawy karne do mediacji kieruje głównie sąd lub prokuratura, ale same strony sporu również mogą wnioskować o jej przeprowadzenie.

Głównym przedmiotem zainteresowania w sprawiedliwości karnej jest przestępstwo oraz przestępca. Nie ma w niej niestety zbyt dużo miejsca dla pokrzywdzonego. W sprawiedliwości naprawczej łamanie prawa skutkuje ukaraniem sprawcy i naprawieniem szkody, a pokrzywdzony ma możliwość aktywnego uczestniczenia w podjęciu decyzji. W centrum uwagi są problemy i potrzeby pokrzywdzonego. Mediacja przy pomocy bezstronnej i neutralnej osoby, jaką jest mediator, może ułatwić sprawcy zrozumienie wyrządzonej krzywdy pod względem psychologicznym, a nawet rozwinąć w nim umiejętność empatii⁵⁴.

Idea mediacji w sprawach karnych powstała ze względu na potrzebę nowego spojrzenia na odpowiedzialność karną, co jest symptomem unowocześniania procesu karnego. Daje stronom większą autonomię w zakresie rozporządzania swoimi prawami. Z filozofią odpowiedzialności karnej wiąże się dopuszczalność pertraktacji stron, zwłaszcza w obliczu drobnych przestępstw.

Mediacja ułatwia rozwiązanie konfliktu drogą bez przemocy. Zaczyna się i kończy w prokuraturze (na Policji) lub w sądzie, jednakże odbywa się poza wymiarem sprawiedliwości i jest od niego niezależna. Prowadzona jest w całkowicie odformalizowanej i sprzyjającej swobodnym wypowiedziom atmosferze.

Mimo że zadaniem mediacji jest uzupełnienie istniejącego systemu rozwiązywania konfliktów i sprawienie, aby do sądów trafiały sprawy, których nie udało się rozwiązać przez powołane do tego instytucje pozasądowe, mediacja nadal bywa źle interpretowana. Od postawy wymiaru sprawiedliwości zależy więc będzie praktyczne funkcjonowanie mediacji w społeczeństwie, chociaż formalne ramy jej teoretycznego stosowania wyznaczają przepisy prawa karnego⁵⁵.

Organ kierujący sprawę do postępowania mediacyjnego powinien być przekonany, że zachodzi potrzeba podjęcia takiej decyzji w tym zakresie, mając na uwadze, aby nie doszło do skierowania do mediacji w przypadku braku podstaw oskarżenia na podstawie zebranych dowodów. Dlatego też w momencie kierowania sprawy na drogę postępowania mediacyjnego konieczne jest sprawdzenie, czy nadaje się ona do takiego postępowania, a to zależy nie tylko od wagi czynu przestępczego, ale w dużym stopniu od sytuacji, w jakiej znajdują się strony konfliktu karnego oraz od ich postaw⁵⁶.

⁵⁴ K. Bargiel-Matusiewicz, *op. cit.*, s. 87.

⁵⁵ A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym*, broszura Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 2011, s. 3.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 10–12.

Przykładowo do mediacji nie powinny trafiać sprawy:

- mafijne, dotyczące zorganizowanej przestępczości, gdy sprawca był wielokrotnie karany,
- z których wynika, że oskarżony jest bardzo zdemoralizowany, wykazuje znaczne nasilenie agresji, jest bardzo prymitywny, odznacza się niskim poziomem empatii,
- z których wynika, że pokrzywdzony ma postawę nadmiernie roszczeniową, nietolerancyjną, jest wrogo nastawiony do sprawcy i nieskłonny do kompromisu,
- w których strony są chore psychicznie, upośledzone, o głęboko zaburzonej strukturze osobowości,
- sprawy z dużą liczbą oskarżonych, pokrzywdzonych bądź czynów, gdyż tworzy to przede wszystkim problemy techniczne dla mediatora związane z prowadzeniem postępowania.

Do mediacji mogą natomiast trafiać sprawy, gdy przestępstwo ma charakter jednostkowy, przypadkowy.

Praktyka w postępowaniach karnych, w których występuje konflikt trwający przez wiele lat wskazuje, że widnieje małe prawdopodobieństwo aby mediacja przyniosła pozytywny skutek i zakończyła się sukcesem. Niejednokrotnie ostateczną próbą rozwiązania takiego sporu może być właśnie droga postępowania mediacyjnego. Analizując sprawy karne, warto zauważyć, że najczęściej pozytywnych efektów w wyniku przeprowadzonych mediacji występuje w sprawach o uszkodzenie ciała, pobicia, groźby karalnej, zmuszanie do określonego zachowania się, znęcanie, zniesławienie bądź zniewagę, czy też o naruszenie nietykalności cielesnej. Jednakże do mediacji można kierować również sprawy, w których oskarżonemu lub podejrzanemu zarzuca się popełnienie czynu kwalifikującego się z innego artykułu Kodeksu karnego.

Kierujący sprawę na drogę postępowania mediacyjnego może również wziąć pod uwagę inne okoliczności występujące w konkretnej sprawie. Bardzo wiele zależy od doświadczenia zawodowego i życiowego oraz intuicji osoby kierującej sprawę do mediacji.

Podsumowanie

W podsumowaniu należy podkreślić, że postępowania sądowe rzadko zakończone są zawarciem ugody, ponieważ oficjalność procedur sądowych, stres związany z pobytem w sądzie czy atmosferą panującą na sali rozpraw, jak również niejednokrotnie obecność osób trzecich – nie sprzyjają pojednaniu. W przeciwieństwie do postępowania sądowego, postępowanie mediacyjne

daje możliwość znalezienia wspólnego, satysfakcjonującego rozwiązania podczas prowadzonych przez mediatora sesji mediacyjnych.

Należy przyznać, że niejednokrotnie same sądy dostrzegają w danej sprawie potrzebę skorzystania przez strony z alternatywnego sposobu rozwiązywania sporu. Częściej jednak to same strony proponują taką drogę. Zaleca się więc, aby jeszcze przed wstąpieniem na drogę postępowania sądowego lub tuż po jego wszczęciu rozważyć możliwość zastosowania mediacji.

Połączenie troski o dobro sprawy z troską o dobro wzajemnych relacji stanowi najlepsze z możliwych rozwiązań, gwarantujące uzyskanie znakomitych rezultatów. Skupienie się bowiem na dobrostanie relacji zmniejsza opór i skłania do podejmowania szybkich i ugodowych rozwiązań. Skoncentrowanie natomiast uwagi jedynie na własnych interesach buduje nadmierną rywalizację⁵⁷.

Doświadczenia innych państw członkowskich Unii Europejskiej wskazują, że alternatywne systemy pozasądowego rozwiązywania sporów mogą być o wiele bardziej korzystne dla zwaśnionych stron od postępowania sądowego. Dla stron pozostających w stałych relacjach rodzinnych, sąsiedzkich, handlowych itp. najwyższą zaletą jest możliwość budowania dobrych kontaktów w przyszłości. Podkreślić należy, że w przeciwieństwie do wielu krajów europejskich, gdzie wprowadzone przepisy dotyczące mediacji nadają jej większą rangę w systemie prawa, w obecnym stanie prawnym naszego kraju brak jest jednolitej, ustawowej regulacji dotyczącej tej instytucji, jak również standardów szkoleń i wykonywania zawodu mediatora.

Pilna potrzeba zmian legislacyjnych w Polsce sprawiła, że środowiska mediacyjne, szczególnie reprezentowane w Społecznej Radzie ADR, zgłaszają konieczność wsparcia mediacji przez organy Państwa w drodze reform ustaw mających na celu rozwój mediacji. Ministerstwo Gospodarki, podejmując prace nad problematyką polubownych metod rozwiązywania sporów gospodarczych, dokonało rozpoznania sytuacji rynkowej w obszarze aktualnego zakresu stosowania ADR.

Z badań ankietowych przeprowadzonych wśród przedsiębiorców na początku 2013 r. wynikało, że respondenci, którzy weszli w spór gospodarczy, dotychczas wybierali dwie drogi jego rozwiązania: negocjacje lub rozstrzygnięcie przed sądem powszechnym. Natomiast w chwili obecnej, wśród przedsiębiorców istnieje pozytywne nastawienie do metod ADR. Mimo, iż obecnie wiedza na temat pozasądowych form rozwiązywania tego rodzaju sporów jest nadal niewielka, przedsiębiorcy pozytywnie oceniają możliwość skorzystania z tych metod, widząc szanse wzajemnego porozumienia się, nawet w drodze kompromisu oraz zawarcia ugody.

⁵⁷ Z. Nęcki, *op. cit.*, s. 70.

Zarządzeniem z 23 września 2013 r. Minister Gospodarki, w ramach współpracy z Ministrem Sprawiedliwości, powołał Zespół do spraw systemowych rozwiązań w zakresie polubownych metod rozwiązywania sporów gospodarczych, ułatwiających wykonywanie działalności gospodarczej⁵⁸. Głównym zadaniem Zespołu było wypracowanie rekomendacji oraz opracowanie propozycji ewentualnych działań pozalegislacyjnych w zakresie upowszechnienia polubownych metod rozwiązywania sporów gospodarczych, które wpłynęłyby na rozwój alternatywnych metod rozwiązywania sporów – głównie między przedsiębiorcami – oraz przyczyniłyby się do szerszego wykorzystania polubownych metod rozwiązywania sporów w obrocie gospodarczym. Pakiet zawiera ponad 30 propozycji zmian prawa, zwłaszcza z zakresu Kodeksu postępowania cywilnego, a w szczególności mających na celu: usprawnienie rozwiązywania sporów pomiędzy przedsiębiorstwami, ograniczenie barier hamujących rozwój polubownych metod rozwiązywania sporów, określenie katalogu zachęt do stosowania mediacji, określenie sposobu prezentowania korzyści płynących ze stosowania polubownych metod rozwiązywania sporów, a także zaproponowanie działań mających na celu dotarcie do przedsiębiorców, pełnomocników prawnych oraz sędziów, które zmieniają ich nastawienie do możliwych sposobów rozwiązywania konfliktów i sporów w drodze kompromisu i ugody.

7 sierpnia 2014 r. w Ministerstwie Sprawiedliwości odbyło się spotkanie m.in. w sprawie rekomendacji dotyczących mediacji i polubownego rozwiązywania sporów gospodarczych⁵⁹. W ramach wniesionych postulatów zwrócono uwagę, że jedną z przyczyn, dla których mediacja nie stanowi popularnej w społeczeństwie metody rozwiązywania sporów, jest brak wdrożenia systemowych rozwiązań edukacyjnych w tym zakresie. Obywatele nie są świadomi ani w żaden sposób informowani czy uczeni mechanizmów rozwiązywania konfliktów w środowiskach społecznych takich jak szkoła, praca bądź sfera działalności gospodarczej, co powoduje wpływ do sądów wielu spraw, które z powodzeniem można by rozwiązać w sposób polubowny. To właśnie głównie brak wiedzy społeczeństwa o mediacji powoduje, że nie jest ona wybierana jako metoda rozwiązywania sporów.

W związku z powyższym rekomendowane jest m.in. wprowadzenie do programów edukacyjnych elementów symulacji rozwiązywania sytuacji konfliktowych na wszystkich szczeblach nauczania.

⁵⁸ Zarządzenie Ministra Gospodarki z dnia 23 września 2013 r. w sprawie powołania Zespołu do spraw systemowych rozwiązań w zakresie polubownych metod rozwiązywania sporów gospodarczych, ułatwiających wykonywanie działalności gospodarczej, Dziennik Urzędowy Ministra Gospodarki z 2 października 2013 r., poz. 17.

⁵⁹ Rekomendacje Zespołu do spraw systemowych rozwiązań w zakresie polubownych metod rozwiązywania sporów gospodarczych, ułatwiających wykonywanie działalności gospodarczej, www.mg.gov.pl/node/21234 [18.08.2014].

Zachęcanie państwowych i samorządowych osób prawnych do każdorazowego rozważenia, czy w sprawach spornych możliwe jest zastosowanie metod ADR, w tym mediacji, przed ewentualnym przystąpieniem do postępowania sądowego, to również jeden z wielu postulatów proponowanych w ramach rekomendacji.

W związku z brakiem jednolitej regulacji dotyczącej kwalifikacji mediatorów oraz sposobu prowadzenia list mediatorów, konieczne jest zachowanie względnej spójności tejsze regulacji we wszystkich kategoriach spraw poddawanych mediacji. Proponowana regulacja dotyczyć ma stałych mediatorów z list prowadzonych przez prezesów sądów okręgowych. Konieczne jest również ujednoclenie terminologii związanej z osobą mediatora.

Ponieważ mediacje ze skierowania sądów, których celem jest zapewnienie wysokiej jakości usług mediacyjnych, prowadzone będą przez wysoko wykwalifikowanych mediatorów, wymagana będzie także odpowiednia wiedza i umiejętności praktyczne. Zatem przewidziane w rozporządzeniu Ministra stawki dla mediatorów stałych powinny zapewniać godne wynagrodzenie i umożliwiać im stałe doszktałcanie się oraz podnoszenie kwalifikacji. Wysokie kompetencje mediatorów będą pozytywnie wpływać na efektywność mediacji oraz ocenę wykonywanych usług mediacyjnych przez różne środowiska. Proponowane przez Zespół zmiany są krokiem do ujednoclenia wymogów dla wszystkich mediatorów.

Ostatnie zmiany dotyczące zagadnień arbitrażu i mediacji w Kodeksie postępowania cywilnego zostały wprowadzone w 2005 r., po niemalże 10 latach nadszedł więc dobry moment na rozważenie ewentualnej nowelizacji w tym zakresie. Przygotowane przez Zespół rekomendacje stanowić będą podstawę projektu nowej ustawy.

Zmierzając dalej, w kierunku postulatów *de lege ferenda*, należy stwierdzić, że najwyższy czas, aby w Polsce złamać stereotyp, iż tylko sądy są właściwym podmiotem w rozstrzyganiu sporów, ponieważ mają do tego odpowiednio wykwalifikowaną kadrę oraz stosowne narzędzia. Minister Sprawiedliwości poprzez wprowadzenie inicjatywy ustawodawczej odegrałby znaczącą rolę w przyznaniu należnego miejsca niezbędnej instytucji, jaką jest mediacja, ujednoczeniu przepisów i jednocześnie podniesieniu rangi mediatora w społeczeństwie. Wskazane, a wręcz konieczne byłoby szerokie uświadczenie społeczeństwu istoty mediacji i korzyści z niej płynących.

Upowszechnianie polubownych metod rozwiązywania konfliktów i sporów jest również mechanizmem wspierającym proces kształtowania postaw społeczeństwa obywatelskiego. Instytucja mediacji, to rodzaj zaufania, którym obdarza się jej uczestników poprzez umożliwienie im zarządzania własnym procesem, jakim jest spór. Rozpowszechnianie tych metod wymaga

pogłębionej współpracy pomiędzy środowiskiem sędziów, mediatorów oraz Ministerstwem Sprawiedliwości.

Sądy powinny również odgrywać istotną rolę w promowaniu kultury mediacji i polubownego rozwiązywania sporów w społeczeństwie. Podejmowane w sądach działania mające na celu jak najszerszą i aktywną promocję mediacji, skierowaną bezpośrednio do osób szukających pomocy w rozwiązaniu konfliktu, powinny wyraźnie wskazywać, że Państwo wspiera metody polubownego regulowania sporów cywilnych, co znacznie przyczyni się do odciążenia sądów.

Abstract

Mediation is an alternative method used in finding solutions to disputes in the Polish law system

The alternative methods used in finding solutions to disputes are also called the ADR methods. This is an abbreviation for Alternative Dispute Resolution and it means alternative (in relation to legal proceedings) ways of finding solutions to disputes. We should include mediation among such methods. The word 'mediation' comes from the Greek language (*medos* – mediating, not belonging to any of the sides), and Latin (*mediatio* – mediation). Mediation is a voluntary, confidential, legal proceeding conducted by the parties of the particular dispute in cases in which it is possible to reach a compromise in the presence of an impartial and neutral third party who is called a 'mediator'.

Key words: mediation, mediator, conflict

GLOS Y

GLOSSES

Rafał Bernat

doktorant, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

**Skutki kwalifikacji samochodu
(nabytego w ramach WNT)
jako ciężarowego na gruncie podatku akcyzowego**
(Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego
w Olsztynie z 19 marca 2014 r., I SA/OI 202/14)

Wyrok

W sentencji wyroku odnaleźć można stan faktyczny, wedle którego podatnik nabył samochód w ramach wewnątrzspółnotowego nabycia na terytorium Niemiec samochód marki Suzuki Grand Vitara (typu SUV). Następnie po przeprowadzeniu badań technicznych zarejestrował po raz pierwszy samochód w Polsce jako auto osobowe (wpis w Centralnej Ewidencji Pojazdów, karcie pojazdu oraz zaświadczeniu z okręgowej stacji kontroli pojazdów). Podatnik zbył potem auto innej osobie fizycznej (naliczając podatek od wartości dodanej) z przeświadczeniem o kwalifikacji auta jako ciężarowego. Naczelnik Urzędu Celnego wydał postanowienie o wszczęciu postępowania w przedmiocie określenia zobowiązania w podatku akcyzowym. Organ uznał, że podatnik nie złożył deklaracji uproszczonej nabycia wewnątrzspółnotowego samochodu osobowego i wskutek tego nie uiszczył należności publicznoprawnej. Podatnik odwołał się od tej decyzji do organu II instancji, zarzucając naczelnikowi Urzędu Celnego, że nałożył nienależnie podatek akcyzowy w stosunku do czynności, która (w interpretacji podatnika) nie powodowała powstania obowiązku podatkowego. Dyrektor Izby Celnej podtrzymał stanowisko pierwszej instancji. W uzasadnieniu decyzji organ II instancji stwierdził naruszenie przez podatnika art. 100 ust. 1 i ust. 4, art. 100 ust. 2 pkt 1 ustawy o podatku akcyzowym¹. Zdaniem organu, obowiązek podatkowy

¹ Ustawa z 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. 2014, poz. 752).

z tytułu nabycia wewnątrzspółnotowego samochodu osobowego niezarejestrowanego wcześniej na terytorium kraju zgodnie z przepisami o ruchu drogowym powstaje z dniem przemieszczenia samochodu osobowego z terytorium państwa członkowskiego na terytorium kraju – jeżeli nabycie prawa rozporządzania samochodem osobowym jak właściciel nastąpiło przed przemieszczeniem samochodu na terytorium kraju. Podatnik wniósł skargę na tę decyzję do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie. Zarzucił skarżonej decyzji naruszenie przepisów prawa materialnego – art. 100 ust. 1 pkt 2, art. 101 ust. 2 pkt 1, art. 106 ust. 2 ustawy o podatku akcyzowym oraz przepisów procedury podatkowej – art. 121, art. 122, art. 187 i art. 191 Ordynacji podatkowej². Sąd uznał, że skarga nie zasługuje na uwzględnienie i ją w całości oddalił.

W uzasadnieniu Sąd stwierdził, że skoro nie można było zdefiniować momentu powstania obowiązku w zakresie podatku akcyzowego, to należało za taki moment uznać chwilę dokonania przeglądu technicznego pojazdu. Opodatkowaniu akcyzą z tytułu nabycia wewnątrzspółnotowego podlegają samochody osobowe niezarejestrowane wcześniej na terytorium kraju, przy czym o uznaniu danego pojazdu za samochód osobowy w rozumieniu ustawy o podatku akcyzowym decyduje jego klasyfikacja taryfowa do pozycji CN 8703 i jego zasadnicze przeznaczenie do przewozu osób. WSA w Olsztynie wyraża pogląd, że główne kryterium klasyfikacji pojazdów w ramach pozycji CN 8703 oparte jest na zasadniczym ich przeznaczeniu do przewozu osób. W tym stanie rzeczy klasyfikacja sprowadzonego pojazdu do kategorii samochodów osobowych z pozycji CN 8703 musi być poprzedzona ustaleniami świadczącymi o tym, że główną funkcją użytkową samochodu jest przewóz osób. Muszą o tym świadczyć cechy konstrukcyjne, wyposażenie pojazdu i ogólny wygląd. Sąd w swoim rozumowaniu opiera się na orzeczeniu ETS (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) z 6 grudnia 2007 r., C-486/06 BVBA Van *Landeghem przeciwko Belgische Staat*, którym Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „decydującego kryterium dla klasyfikacji taryfowej towarów należy poszukiwać zasadniczo w ich obiektywnych cechach i właściwościach, takich jak określone w pozycjach CN oraz uwagach do sekcji lub działów; przeznaczenie towaru może stanowić obiektywne kryterium klasyfikacji, jeżeli jest ono właściwe temu towarowi, co należy ocenić według obiektywnych cech i właściwości tego towaru”. Trybunał jest zdania, że o przeznaczeniu pojazdu można mówić mając na względzie wygląd auta i ogół jego cech konstrukcyjnych.

² Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2012, poz. 749).

WSA w Olsztynie podtrzymał opinię dyrektora Izby Celnej, że auto Suzuki Grand Vitara jest samochodem osobowym (powinno się zapłacić podatek akcyzowy z tytułu wewnątrzspółnotowego nabycia tego środka transportu). Uznał, że skoro auto ma 5 siedzeń i posiada jednobryłowe nadwozie, 5 drzwi, dywaniki i głośniki w tylnym rzędzie siedzeń, to należy uznać je za osobowe (przeznaczone głównie do transportu osób). Sąd odrzucił także argumentację podatnika, jakoby zakwalifikowanie zarówno w Niemczech, jak i w Polsce auta jako ciężarowego oraz zawarcie umowy nabycia auta ciężarowego definiuje jednoznacznie przeznaczenie pojazdu. Ważne stwierdzenie zostało użyte na końcu sentencji wyroku: „przepisy podatkowe są przepisami autonomicznymi względem innych przepisów niepodatkowych. Ustawa o podatku akcyzowym jednoznacznie wskazuje, że do celów podatku akcyzowego należy stosować przepisy i definicje zawarte w tej ustawie. A zatem to właśnie w kontekście ustawy podatkowej, należy dokonywać oceny rodzaju nabytego przez skarżącego pojazdu i skutków tego nabycia dla powstania obowiązku w podatku akcyzowym”.

Sąd odniósł się także negatywnie do zarzutu strony skarżącej dotyczącego naruszenia przez organ II instancji art. 123 poprzez uznanie za wiarygodnych oględzin pojazdu dokonanych cztery lata po nabyciu pojazdu. Mimo, że WSA w Olsztynie przyznał rację podatnikowi, że stan pojazdu z momentu WNT mógł odbiegać od tego z chwili przeprowadzenia oględzin, to nie miało to jednak wpływu dla kwalifikacji przez Sąd dowodu z oględzin.

Komentarz

Temat opodatkowania akcyzą samochodów uprzednio sprowadzonych jako zwolnione w ramach WNT stanowi obszerny temat rozważań przedstawicieli doktryny prawa podatkowego³. Nie inaczej ma to miejsce w odniesieniu do judykatury, która także zabiera głos co do sposobu opodatkowania akcyzą samochodów nabywanych w innych państwach członkowskich i rejestrowanych w Polsce. Z uwagi na fakt, że wewnątrzspółnotowe nabycie samochodu ciężarowego jest (zasadniczo) zwolnione na gruncie polskiej ustawy o podatku akcyzowym, istnieje dla podatnika atrakcyjna możliwość zakupu

³ M. Siwiński, *Kontrowersje wokół opodatkowania akcyzą samochodów typu pick-up, suv i innych wielokrotnego przeznaczenia*, „Prawo i Podatki” 2012, nr 6, s. 22-26; K. Włodkowski, *Głosa do wyroku NSA z dnia 11 grudnia 2008 r., I FSK 1447/07*, „Głosa” 2011, nr 1, s. 124; A. Mudrecki, *Wpływ orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego w zakresie podatku akcyzowego*, [w:] *Regulacje w zakresie prawa celnego i podatku po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej. Doświadczenia i perspektywy*, red. P. Stanisławczyński, T. Nowak, Warszawa 2012, s. 183.

takiego auta za granicą. O ile w wypadku samochodów typowo ciężarowych (np. z jednym rzędem siedzeń lub typu van) nie występują wątpliwości co do ich kwalifikacji podatkowej, o tyle problem pojawia się, gdy podatnik chce dokonać czynności zakupu w innym państwie członkowskim samochodu osobowo-ciężarowego (które ma funkcję przewozu osób, ale jednocześnie i ładunku). Organy celne są negatywnie⁴ nastawione do wewnątrzspółnotowego nabycia samochodów ciężarowych, które później właściciel (po rejestracji w Polsce) modyfikuje, przyrównując konstrukcyjnie do samochodu osobowego. Głosowany wyrok stanowi jeden z wielu przykładów na stosowanie sądowej wykładni o charakterze *pro fisci*, która w niektórych aspektach wydaje się wykładnią *contra legem*. Warto zatem dokonać analizy uzasadnienia przedmiotowego wyroku w kontekście przepisów ordynacji podatkowej i ustawy o podatku akcyzowym.

Jak słusznie podnosi Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie – wyrok I SA/Ol 614/2011, pojęcia „samochód osobowy” i „samochód ciężarowy” zdefiniowane odpowiednio w art. 2 pkt 40 i pkt 42 ustawy Prawo o ruchu drogowym⁵, nie odbiegają zasadniczo od kryteriów klasyfikacji CN, bowiem samochód osobowy to pojazd „przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu osób”, a samochód ciężarowy to pojazd „przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków”. Istotna różnica w tym zakresie to ta, że „określenie „samochód ciężarowy” obejmuje również samochód ciężarowo-osobowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków i osób”. Oczywiście w tym wypadku decyduje konkretny stan danego pojazdu, co daje możliwość dowolnych interpretacji. Tym samym samo określenie pojazdu jako umożliwiającego przewóz osób lub rzeczy nie kwalifikuje go *ex lege* jako auta osobowego. W orzecznictwie obok określenia samochód „osobowy” i „ciężarowy”, używa się terminu „samochód osobowo-bagażowy” – wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z 17 listopada 2011 r., I SA/Go 958/2011 jako przeznaczonego do przewozu najwyżej 9 osób. Takie auto jest także samochodem ciężarowym. Jeżeli głównym przeznaczeniem danego samochodu jest przewóz towarów, a przewóz osób stanowi tylko uzu-

⁴ Interpretacja indywidualna z 8 maja 2013 r. Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi, IPTP-P3/443A-12/13-6/KK; Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z 31 stycznia 2011 r., IPTPP3/443A-38/11-9/KK; Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 12 czerwca 2013 r., ITTPP3/443-129/13/MD.

⁵ Ustawa z 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. 2012, poz. 1137). Przepisy tejsze ustawy nie wykluczają opodatkowania wewnątrzspółnotowego nabycia samochodów osobowych podatkiem akcyzowym, lecz zawierają szczególne określenie samochodów ciężarowych, tj. przeznaczonych do przewozu towaru, a także maksymalnie dziewięciu osób. Interpretacja indywidualna Naczelnika Urzędu Celnego w Rzeszowie z 9 grudnia 2004 r., 402000-PA-910-235/2004.

pełnienie funkcjonalności pojazdu, wtedy taki pojazd należy klasyfikować do samochodów ciężarowych CN 8704 niepodlegających opodatkowaniu akcyzą (Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z 8 maja 2013 r., IPTPP3/443A-12/13-6/KK).

Odnosząc się do tezy Sądu o pierwszeństwie dowodu z oględzin auta (cztery lata po nabyciu pojazdu) względem innych dowodów, należy przypomnieć wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 17 września 1999 r., I SA/Łd 1300/97, że „oświadczenia składane przez stronę oraz przedstawiane przez nią dokumenty korzystają z domniemania prawdziwości”. Ponadto prawo pierwszeństwa co do kolejności oceny dowodów przyznane zostało dowodom z dokumentów przedłożonych przez stronę i wyjaśnieniach złożonych przez podatnika (wyrok z 2 marca 1999 r. WSA w Łodzi, I SA/Łd 268/97). Należy zauważyć, że dualizm stosowania prawa administracyjnego (lub cywilnego) obok prawa podatkowego, przy poszanowaniu dla autonomii prawa podatkowego, nie powinien naruszać praw podatnika o charakterze *ius cogens*. Podatnik nie może na podstawie decyzji dyrektora Izby Celnej zmienić kwalifikacji prawnej pojazdu. Dokonując wniosku *a contrario*, skoro podatnik został ukarany za decyzję Okręgowej Stacji Kontroli Pojazdów o określeniu auta jako ciężarowe poprzez nałożenie należności publicznonprawnej, to powinien także dokonać zmiany w dowodzie rejestracyjnym i w Centralnej Ewidencji Pojazdów. Problemem jednak jest to, że organy podatkowe (także celne) nie mają legitymacji do wprowadzania danych do rejestru pojazdów wedle własnej oceny właściwości technicznej pojazdów. Pozostawienie skarżonej decyzji w obrocie prawnym oznaczać będzie naruszenie zasady pewności prawa oraz przekonywania podatnika.

W notach wyjaśniających przyjętych zgodnie z procedurą określoną w art. 10 ust. 1 rozporządzenia Rady (EWG) nr 2658/87⁶, wprowadzono zmianę, polegającą na dodaniu do pozycji 8703, która obejmowała „pojazdy samochodowe i pozostałe pojazdy mechaniczne przeznaczone zasadniczo do przewozu osób (inne niż objęte pozycją 8702) włącznie z samochodami osobowo-towarowymi (kombi) oraz samochodami wyścigowymi” sformułowania, że pozycja ta obejmuje pojazdy wielofunkcyjne, takie jak pojazdy mechaniczne, które mogą przewozić zarówno osoby, jak i towary; typu pickup,

⁶ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 2658/87 z 23 lipca 1987 r. w sprawie nomenklatury taryfowej i statystycznej oraz w sprawie Wspólnej Taryfy Celnej (Dz.U. UE, L. 1987, poz. 256.1). Warto nadmienić, że jeśli podatnik lub organ mają wątpliwości co do kwalifikacji towaru (ponieważ jego właściwości definiować go mogą do dwu lub więcej grup towarów), to należy oznaczać towar w taki sposób, aby był zgodny z rzeczywistym przeznaczeniem – pkt 4 Rozporządzenia Komisji (UE) nr 861/2010, 05.10.2010 r., zmieniające załącznik I do rozporządzenia Rady (EWG) nr 2658/87 w sprawie nomenklatury taryfowej i statystycznej oraz w sprawie Wspólnej Taryfy Celnej (Dz.U.UE, L. 2010, poz. 284.1).

posiadające zazwyczaj więcej niż jeden rząd siedzeń i tworzone przez dwie oddzielne przestrzenie, zamkniętą kabinę do przewozu osób i otwartą lub zakrytą powierzchnię do transportu towarów. Jednakże takie pojazdy mają być klasyfikowane do pozycji 8704, jeżeli maksymalna wewnętrzna długość podłogi powierzchni do transportu towarów jest większa niż 50%. Przy czym za moment nabycia wewnątrzwspólnotowego (czynność podlegająca opodatkowaniu akcyzą, która może mieć zastosowanie do podatnika) uznaje się przemieszczenie samochodów osobowych z terytorium państwa członkowskiego.

Stwierdzić należy, że w ramach autonomii prawa podatkowego ustawodawca ma możliwość tworzenia rozwiązań swoistych dla tej gałęzi prawa, jednocześnie nie zakłóca funkcjonowania instytucji cywilnoprawnych (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 lipca 2007 r. sygn. K 11/06). Zasadą wyższej wagi jest reguła *in dubio pro tributario*⁷. Stosując wykładnie organu celnego, można przyjąć, że w każdym przypadku gdy mamy do czynienia z kolizją przepisów szczególnych, pierwszeństwo ma norma prawa podatkowego. Odnosząc się do poglądów przedstawicieli doktryny⁸ twierdzenie Sądu jest nie w pełni uprawnione. Autonomia prawa podatkowego powinna być rozumiana jako odrębność tej dziedziny prawa – nie może być powodem do podnoszenia rangi dziedziny prawa podatkowego względem prawa administracyjnego lub prawa cywilnego. Rozsądne opieranie się na zasadzie autonomii prawa podatkowego, powinno być rozumiane jako podkreślanie niespotykanych w innych dziedzinach terminów (np. podatek, podatek) oraz objaśnianie (przez przedstawicieli judykatury) innego spojrzenia na normy blankietowe zaczerpnięte z prawa cywilnego.

Sąd utrzymał w mocy decyzję organu, w której stwierdzono, że dyrektor Izby Celnej nie powoływał biegłego z zakresu mechaniki samochodowej, gdyż organem właściwym w zakresie akcyzy są naczelnik Urzędu Celnego i dyrektor Izby Celnej. Warto rozważyć czy norma art. 197 § 1 Ordynacji podatkowej stanowi dla organu *ius cogens* czy *ius dispositivum*. Organ celny, aby rozstrzygnąć daną sprawę wymagającą wiedzy technicznej, musi wykazać się znajomością wiadomości specjalnych. Wiadomości specjalne to niewąt-

⁷ B. Brzeziński, *Analogia legis a przepisy ogólne prawa podatkowego*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Apoloniusza Kosteckiego. Studia z dziedziny prawa podatkowego*, red. B. Brzeziński, A. Kostecki, Toruń 1998, s. 21. Szerzej A. Mariański, *Rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść podatnika. Zasada prawa podatkowego*, Warszawa 2009.

⁸ W. Nykiel, *O potrzebie równowagi między uprawnieniami i obowiązkami podatnika oraz organów podatkowych*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 2, s. 25–29; C. Kosikowski, *Autonomia prawa podatkowego – glos krytyczny*, „Przegląd Podatkowy” 2006, nr 7, s. 5–9; M. Zirk-Sadowski, *Problem autonomii prawa podatkowego*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2001, nr 2, s. 56; A. Dębiec, A. Ferek, *Relacje pomiędzy podatkowym prawem wspólnotowym i krajowym – wybrane aspekty*, „Monitor Podatkowy” 2004, nr 10, s. 13.

pliwie takie, których nie posiadają pracownicy organów podatkowych. Nie może to być wiedza powszechnie dostępna i łatwa do opanowania (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z 8 września 2011 r., I SA/Ke 372/11). Obowiązek odpowiedniego sporządzenia ekspertyz (opinii) z zakresu motoryzacji nakłada także art. 91 Prawa celnego⁹. Na użytek sprawy celnej żaden inny podmiot, oprócz tych wskazanych w art. 91 Prawo celne, nie może wykonywać badań lub analizy towaru (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 1 lutego 2011 r., III SA/Gl 2141/10).

Strona skarżąca przedstawiła niemiecki dowód rejestracyjny oraz zaświadczenie o przeprowadzonym w Polsce badaniu technicznym pojazdu, gdzie określono pojazd jako samochód ciężarowy. Przedmiotowe dokumenty należy klasyfikować jako spełniające łącznie kryteria świadectwa homologacji. Przez takie świadectwo Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok z 15 lutego 2012 r., I GSK 247/2011) rozumie „urzędowe potwierdzenie, że dany typ pojazdu z punktu widzenia bezpieczeństwa może uczestniczyć w ruchu drogowym”. Tym samym wykładnia sądowa jest zgodna z porozumieniem dotyczącym przyjęcia jednolitych warunków homologacji i wzajemnego uznawania homologacji wyposażenia i części pojazdów samochodowych, sporządzonego w Genewie 20 marca 1958 r. (Dz.U. 2001 r. Nr 104 poz. 1135, 1136). W sytuacji, gdy organ nie dostrzegł wagi dowodu z świadectwa homologacji, warto przypomnieć, że Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w Gorzowie Wielkopolskim (wyrok z 17 listopada 2011 r., I SA/Go 960/2011), że „najistotniejszym dokumentem w rozpoznawanej sprawie, na tym etapie prowadzonego postępowania był dokument w postaci przedłożonego przez skarżącą spółkę świadectwa homologacji, mającego charakter dokumentu urzędowego w rozumieniu art. 194 § 1 Ordynacji podatkowej. Jednocześnie w wydanych w tego typu sprawach orzeczeniach sądy administracyjne obu instancji wskazały na możliwość przeprowadzenia kontrdowodu z art. 194 § 3 Ordynacji podatkowej”.

Organ celny przeprowadził dowód w postaci oględzin auta. Czynności te nie należy kwalifikować jako poprawnych. W trakcie przeprowadzenia dowodu z oględzin nie zbadano i nie wykazano proporcji, jakie w przedmiotowym aucie przypadają na część pasażerską i ładunkową. Na potwierdzenie przedstawionej tezy należy przytoczyć wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 4 października 2011 r. (III SA/Łd 686/11), cechy i właściwości przedmiotowego pojazdu, w tym jego wyposażenie i ogólny wygląd nie pozwalają na jednoznaczne określenie charakteru przedmiotowego pojazdu, ponieważ spełnia on przesłanki wskazane w poz. 8703, jak

⁹ Ustawa z 19 marca 2004 r. Prawo celne (Dz.U. 2013, poz. 727).

i część przesłanek wymienionych w komentarzu do poz. 8704. Przesądza to o konieczności zastosowania innych kryteriów pomocniczych, jak chociażby wskazywane przez skarżącego kryterium proporcji ładowności przypadającej na część pasażerską i towarową. Organ w przedmiotowym postępowaniu nie wykazał takich proporcji. Nie jest prawidłowe rozumowanie wedle, którego art. 100 ust. 1 ustawy o podatku akcyzowym oznacza, że podatek akcyzowy występuje zawsze jeśli sprowadzone z zagranicy auto w czasie dalekim po rejestracji zostanie konstrukcyjnie zmienione. Skoro nastąpiły ograniczone możliwości pozyskania dowodów aktualnych ściśle na dzień przemieszczenia przedmiotowego samochodu na terytorium kraju, Sąd winien przeanalizować dowody zarówno sprzed, jak i po tej dacie.

Podsumowanie

Przedmiotowy wyrok należy uznać za ciekawy, zarówno pod względem zawartych w nim tez odnoszących się do podatku akcyzowego, jak i ogólnych zasad prawa podatkowego. Sąd opowiedział się za wykładnią *pro fisci* (korzystną dla organu podatkowego) oraz pierwszeństwem stosowania prawa podatkowego względem ustalenia cywilistycznego wymiaru stosunku prawnego. Przeciwnie do twierdzeń podnoszonych przez WSA w Olsztynie, autami ciężarowymi są także samochody z przeciętną dopuszczalną ładownością 340 kg, z jednym lub dwoma rzędami siedzeń, przeznaczone do przewozu osób i towarów – Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby skarbowej w Łodzi z 23 maja 2011 r., IPTPP3/443-4/11-2/IB; Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby skarbowej w Bydgoszczy z 9 października 2010 r., ITPP3/443-136c/10/JK. Prawo cywilne (i obowiązująca tam wola stron) pełni rolę nadrzędną w przesłuznieniu związanej z interpretacją stosunków cywilnoprawnych. Nie należy aprobować tezy, wedle której organ podatkowy może definiować stosunek pomiędzy stronami przez pryzmat zasady fiskalizmu. Dlatego też jeśli podatnik miał zamiar nabyć (podpisując umowę ze zbywcą) samochód ciężarowy, a auto służy także do przewozu towarów, to podważanie oświadczenia podatnika jedynie na podstawie oględzin przeprowadzonych kilka lat po domniemanym momencie powstania obowiązku podatkowego, jest nieuprawnione.

Agnieszka Baran

aplikant adwokacki Izby Adwokackiej w Rzeszowie

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn.akt. V CSK 109/13

Teza

Katalog ciężkich umyślnych przestępstw, których popełnienie może prowadzić do uznania spadkobiercy za niegodnego dziedziczenia, nie jest ograniczony do przestępstw przeciwko osobie spadkodawcy, rodzinie i opiece. Przesłanki określone w przepisach art. 928 § 1 pkt 1 i art. 1008 pkt 2 k.c., choć bardzo podobne, nie są jednak tożsame i nie można wykluczyć przestępstwa przeciwko mieniu. Musi być to jednak umyślne i ciężkie przestępstwo, za które można uznać jedynie takie, które godzi w podstawy egzystencji spadkodawcy (np. spalenie domu, stanowiącego centrum życiowe spadkodawcy, kradzież wózka inwalidzkiego, w konsekwencji czego spadkodawca zostaje pozbawiony możliwości poruszania się)¹.

1. Teza wyrażona przez Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku dotyczy możliwości uznania, na podstawie art. 928 § 1 pkt 1 k.c.², za niegodnego dziedziczenia spadkobiercy, który dopuścił się umyślnie „ciężkiego przestępstwa” przeciwko mieniu spadkodawcy. Cytowane orzeczenie ma charakter precedensowy w świetle dotychczas przyjętej linii orzeczniczej oraz stanowiska doktryny co do kwestii przesłanek warunkujących na podstawie orzeczenia Sądu uznanie spadkobiercy za niegodnego dziedziczenia, a w szczególności faktu przyjęcia po raz pierwszy, że spadkobierca może zostać uznany za niegodnego dziedziczenia nie tylko na skutek dopuszczenia się umyślnie „ciężkiego przestępstwa” przeciwko samej osobie spadkodawcy, ale także na skutek dopuszczenia się takiego przestępstwa przeciwko jego mieniu.

¹ Wyrok SN wraz z uzasadnieniem, V CSK 109/13 z dnia 9 stycznia 2014 r., LEX nr 1425055;

² Dz.U. 2014 poz. 121.

Z tego też względu należy przyrzeć się orzeczeniu Sądu Najwyższego bliżej i rozważyć, czy w aktualnym stanie prawnym wyrażony pogląd winien zyskać aprobatę.

2. Stan faktyczny, w oparciu o który Sąd Najwyższy wyraził taki pogląd, przedstawia się następująco. Sąd Okręgowy oddalił powództwo X o uznanie pozwanej Y za niegodną dziedziczenia po zmarłym Z. W uzasadnieniu swojego wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że spadkodawca był synem stron postępowania. Na niespełna dwa lata przed swoją śmiercią spadkodawca-syn złożył do odpowiednich organów ścigania zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa kradzieży kilkudziesięciu tysięcy złotych oraz kilku tysięcy dolarów na jego szkodę przez Y. W zawiadomieniu spadkodawca podał, że włożył do swojego prywatnego sejfów kwotę kilkudziesięciu tysięcy złotych, gdzie jednocześnie znajdowała się już w nim wyżej wskazana identyczna kwota kilku tysięcy dolarów. Jednocześnie, spadkodawca oświadczył, że podejrzewał o dopuszczenie się przestępstwa kradzieży znajdujących się w sejfie jego środków pieniężnych pozwaną – matkę, która na kilka dni przed złożeniem przez niego w sejfie kilkudziesięciu tysięcy złotych, założyła w banku rachunek oszczędnościowy, na który wpłaciła taką samą kwotę kilku tysięcy dolarów, jaka znajdowała się w jego sejfie oraz dodatkowo kwotę kilkudziesięciu tysięcy złotych. Na kilka miesięcy przed swoją śmiercią, spadkodawca-syn sporządził własnoręczny testament, na podstawie którego do całości spadku powołał powoda-ojca oraz uczynił zapis testamentowy na rzecz swojej narzeczonej. Do chwili swojej śmierci nie wydziedziczył natomiast pozwanej – matki.

Zdaniem Sądu Okręgowego przedstawiony w przedmiotowej sprawie stan faktyczny nie pozwalał na uwzględnienie powództwa. Jako uzasadnienie swojego stanowiska, skład orzekający wskazał, że pozwana – matka nie dopuściła się kradzieży na szkodę spadkodawcy-syna, skoro bowiem jeszcze kilka dni po założeniu przez nią w banku rachunku oszczędnościowego, pieniądze w kwocie określonej przez spadkodawcę znajdowały się w jego sejfie. Dodatkowo, zdaniem Sądu, niezależnie od tych okoliczności faktycznych sprawy, wymagał podkreślenia fakt, że zgodnie z treścią art. 928 § 2 k.c., uznanie spadkobiercy za niegodnego dziedziczenia, może nastąpić w sytuacji, gdy spadkobierca dopuścił się umyślnie ciężkiego przestępstwa przeciwko spadkodawcy. W ocenie Sądu, mówiąc o ewentualnym dopuszczeniu się umyślnego ciężkiego przestępstwa przeciwko spadkodawcy chodzi zawsze o przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu spadkodawcy, przeciwko jego czci, wolności albo nietykalności cielesnej, a nie o przestępstwo przeciwko mieniu spadkodawcy.

Od powyższego wyroku apelację złożył powód-ojciec spadkodawcy. Sąd Apelacyjny jednak podzielił ustalenia faktyczne oraz ocenę prawną przyjętą przez Sąd Okręgowy. Swoje stanowisko argumentował przyjęciem, że w jego ocenie instytucja niegodności dziedziczenia oraz instytucja wydziedziczenia są praktycznie ze sobą tożsame, stąd też przesłanki, które stanowią podstawę do wydziedziczenia stanowią również podstawę do uznania za niegodnego dziedziczenia. Dodatkowo, orzekł, iż stosowanie w takim przypadku ewentualnej rozszerzającej wykładni, co do katalogu przesłanek warunkujących podstawę do uznania osoby spadkobiercy za niegodną dziedziczenia jest niedopuszczalne.

Powód-ojciec spadkodawcy, złożył skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego, zarzucając mu m.in. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 928 § 1 pkt 1 k.c. poprzez przyjęcie, że przestępstwo kradzieży (przestępstwo przeciwko mieniu) nie jest objęte dyspozycją art. 928 § 1 pkt 1 k.c. oraz nie może być traktowane jako ciężkie przestępstwo przeciwko spadkodawcy.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu glosowanego wyroku, po przeanalizowaniu stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, wskazał, że wbrew stanowisku orzekających w niniejszej sprawie Sądów, „katalog ciężkich umyślnych przestępstw, których popełnienie może prowadzić do uznania spadkobiercy za niegodnego dziedziczenia, nie jest ograniczony do przestępstw przeciwko osobie spadkodawcy, rodzinie, opiece. Przesłanki określone w przepisach art. 928 § 1 pkt 1 k.c. i art. 1008 pkt 2 k.c., choć bardzo podobne, nie są jednak tożsame i nie można wykluczyć przestępstwa przeciwko mieniu. Musi być to jednak umyślne i ciężkie przestępstwo, za które można uznać jedynie takie, które godzi w podstawy egzystencji spadkodawcy (np. spalenie domu, stanowiącego centrum życiowe spadkodawcy, kradzież wózka inwalidzkiego, w konsekwencji czego spadkodawca zostaje pozbawiony możliwości poruszania się)³.

Mimo takich ustaleń, w rozpoznawanej sprawie – zdaniem Sądu Najwyższego – trudno uznać czyn zarzucany pozwanej – matce spadkodawcy za ciężkie przestępstwo przeciwko mieniu, o jakim może być mowa w kontekście **art. 928 § 1 pkt 1 k.c.** Jest tak ze względu na fakt, że spadkodawca nadal dysponował jeszcze środkami finansowymi, o czym świadczyła treść jego rozrządzeń testamentowych. Stąd też, mimo przyjęcia przez Sąd Najwyższy, że nie można wykluczyć z dyspozycji art. 928 § 1 pkt 1 k.c. popełnienia przez spadkobiercę przestępstwa przeciwko mieniu spadkodawcy jako przesłanki dla uznania go za niegodnego dziedziczenia, to jednak na gruncie tak

³ Wyrok SN wraz z uzasadnieniem z dnia 9 stycznia 2014 r., V CSK 109/13, LEX nr 1425307.

prezentującego się stanu faktycznego nie doszło do uznania spadkobiercy za niegodnego dziedziczenia w kontekście dopuszczenia się „ciężkiego przestępstwa” przeciwko spadkodawcy, o którym mowa w art. 928 § 1 pkt 1 k.c. Dlatego też Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną powoda – ojca spadkodawcy.

3. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd, a właściwe składające się na niego dwie kwestie, tj. po pierwsze zasadniczo koncepcja co do możliwości uznania za niegodnego dziedziczenia spadkobiercę dopuszczającego się „ciężkiego przestępstwa” przeciwko mieniu spadkodawcy oraz po drugie, koncepcja możliwości uznania za niegodnego dziedziczenia spadkobiercę wyłącznie w sytuacji wystąpienia skutku w postaci faktycznej realizacji „ciężkiego przestępstwa” przeciwko spadkodawcy wydaje się nie do zaakceptowania.

Zaczynając od zasadniczej kwestii związanej z głosowanym wyrokiem Sądu Najwyższego, czyli przyjętej koncepcji możliwości uznania za niegodną dziedziczenia również osoby, która dopuszcza się przestępstwa przeciwko mieniu spadkodawcy, należy wskazać, że jest to koncepcja, która w świetle obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego z 1964 r. nigdy wcześniej nie została wyrażona oraz nie była przedmiotem dywagacji prawnych.

Założeniem twórców obecnie obowiązującego przepisu art. 928 k.c. z 1964 r. było bowiem stworzenie ściśle zamkniętego katalogu przesłanek, które mogłyby stanowić podstawę do uznania określonego zachowania spadkobiercy za wypełniające znamiona czynu niegodnego, zwłaszcza w odniesieniu do przesłanki dotyczącej popełnienia umyślnie „ciężkiego przestępstwa” przeciwko spadkodawcy. Stąd też takie zamierzenie stale jest podkreślane w doktrynie⁴ i zawsze znajdowało swoje poparcie również w dotychczasowym orzecznictwie

Literalne brzmienie art. 928 § 1 pkt 1 k.c. wskazuje w sposób jednoznaczny, że ustawodawca wprowadził warunek, aby przestępstwo było skierowane „przeciwko spadkodawcy” i w tym zakresie nie ma żadnych podstaw jurydycznych do tworzenia jakichkolwiek ograniczeń. Chodzi tutaj o taki przykładowy katalog przestępstw przeciwko jego życiu, zdrowiu spadkodawcy (rozdział XIX k.k., przestępstwa przeciwko wolności (rozdział XXIII k.k.), przeciwko czci i nietykalności cielesnej (rozdział XXVII k.k.))⁵.

Czy można zatem przyjmować, że ustawodawca w art. 928 § 1 pkt k.c., tworząc sformułowanie, iż popełnione przez spadkobiercę przestępstwo ma

⁴ J. St. Piątoski, PiP 1968 Nr 8–9, s. 409; także: A. Szpunar: *Z problematyki niegodności dziedziczenia*, NP 1981, Nr 2, s. 21–33; M. Pazdan, *Niegodność dziedziczenia w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, NP 1974, Nr 2, s. 148.

⁵ E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4: *Spadki*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 58.

być skierowane „przeciwko spadkodawcy” mógł mieć na myśli nie tylko okoliczność, iż chodzi o czyn bezprawny skierowany przeciwko osobie spadkodawcy, ale także przeciwko jego mieniu?

Taka interpretacja powyższego przepisu dokonana przez Sąd Najwyższy w glosowanym orzeczeniu nie wydaje się trafna.

Sąd orzekający, stosując taką rozszerzającą wykładnię art. 928 § 1 pkt 1 k.c. skonfrontował jego przesłanki, stanowiące podstawę do uznania za niegodnego dziedziczenia, z przesłankami właściwymi dla instytucji wydziedziczenia (art. 1008 pkt 2 k.c.), uzasadniając to faktem, że obie te instytucje są bardzo podobne, aczkolwiek jednocześnie zastrzegając, iż nie oznacza to, że są ze sobą tożsame. Idąc tym tokiem rozumowania, przyjął, że względem przesłanek warunkujących podstawę dla uznania danej osoby za niegodną dziedziczenia, można posłużyć się wykładnią rozszerzającą, a tym samym w uzasadnionych przypadkach, tj. gdy dochodzi do popełnienia umyślnego ciężkiego przestępstwa przeciwko mieniu spadkodawcy, czyli zdaniem Sądu takiego, które godzi w podstawy egzystencji spadkodawcy, wymieniając przykładowo spalenie domu, kradzież wózka inwalidzkiego – przyznać Sądowi możliwość do ewentualnego uznania takiego spadkobiercy za niegodnego dziedziczenia.

Nie sposób zgodzić się z taką argumentacją, gdyż już na wstępie można zauważyć, że katalogi przesłanek warunkujących możliwość uznania osoby za niegodną dziedziczenia oraz ewentualnego wydziedziczenia przyszłego spadkobiercy są różne.

Celem obu tych instytucji jest co prawda wyeliminowanie z kręgu spadkobierców osób, które dopuściły się jakiegoś niewłaściwego zachowania zarówno w stosunku do samego spadkodawcy, jak również innych osób trzecich, natomiast każda z tych instytucji ma odmienny charakter prawny.⁶

Wydziedziczenie określonej osoby następuje bowiem na skutek oświadczenia woli złożonego przez samego spadkodawcę. Ustawodawca wprowadzając instytucję wydziedziczenia dał prawo samemu spadkodawcy, aby ten samodzielnie mógł dokonać wyboru, czy chce, aby ewentualny przyszły spadkobierca dziedziczył po nim jego majątek spadkowy, czy też by został przez niego tego prawa pozbawiony. To w rękach spadkodawcy spoczywa prawo do kształtowania kręgu jego przyszłych spadkobierców.

Niegodność dziedziczenia zaś zostaje stwierdzona dopiero na podstawie orzeczenia sądu wydanego wskutek uprzednio złożonego przez osobę, mającą w tym interes prawny, powództwa cywilnego. W przypadku instytucji niegodności dziedziczenia, chodzi zatem o ochronę tzw. dorozumianej woli

⁶ M. Załucki, *Wydziedziczenie w prawie polskim na tle porównawczym*, Warszawa 2010, s. 91.

spadkodawcy. To znaczy wtedy, gdy już sam spadkodawca, nie jest w stanie wyrazić swojej ostatniej woli i wpłynąć na porządek dziedziczenia, np. poprzez wyłączenie z niego osób, które dopuściły się wobec niego czynu niegodnego.

Odnosząc się jeszcze do samego katalogu przesłanek obu tych instytucji, nie bez znaczenia jest fakt, że w przypadku wydziedziczenia przewidziana jest możliwość powoływania się na zachowania, które są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Natomiast w przypadku art. 928 k.c. nie jest możliwe uznawanie za niegodnego z innych przyczyn niż te wymienione w ustawie, czyli np. właśnie ze względu na zachowanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego⁷.

Trudno zatem zgodzić się na stosowanie wykładni rozszerzającej, chociażby nawet z moralnego punktu widzenia zachowanie pozwanej w niniejszym stanie faktycznym sprawy było naganne i zasługiwało na dezaprobatę. Nie może być jednak sytuacji, kiedy to Sąd decyduje za samego spadkodawcę, mimo że ten wcześniej już dysponował stosownymi instrumentami prawnymi, które pozwoliły mu na zabezpieczenie jego majątku spadkowego. Nie można bowiem w zaistniałym stanie faktycznym tracić z pola widzenia, że spadkodawca-syn, wiedział za swego życia o zaistniałym zdarzeniu kradzieży pieniędzy przez jego matkę-pozwaną, skorzystał z instrumentu prawnego jakim jest testament w celu dokonania stosownych rozporządzeń swoim majątkiem, co było wystarczającym według niego narzędziem, aby zabezpieczyć i w ten sposób zrealizować swoją ostatnią wolę.

Nie znajduje uzasadnienia możliwość przyjmowania, że przestępstwo przeciwko mieniu spadkodawcy mogłoby, w świetle art. 928 § 1 pkt 1, stanowić podstawę do uznania danej osoby za niegodną dziedziczenia, albowiem z praktycznego punktu widzenia mogłoby to doprowadzić w przyszłości do dewaluacji znaczenia samej instytucji, których pierwszorzędną funkcją ma być ochrona spadkodawcy, gdy sam już nie jest w stanie wpłynąć na porządek dziedziczenia, a w konsekwencji powodować dalsze rozszerzanie *per analogiam* tego przepisu na inne zachowania, które nie są w dyspozycji art. 928 § 1 pkt 1, ale które przecież z moralnego, czy też etycznego punktu widzenia mogłyby się wydawać nie do zaakceptowania w kontekście zasad współżycia społecznego.

Przechodząc do drugiej kwestii poruszanej w tezie głosowanego orzeczenia, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, że skoro nie doszło w niniejszej sprawie, w wyniku kradzieży, do skutku w postaci całkowitego

⁷ Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 1955, III CR 999/55, OSNCK 1956, Nr 2, poz. 52, także: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 1999, II CKN 627/98, LEX nr 1233517.

pozbawienia spadkodawcy przez spadkobiercę wszelkich środków finansowych, uniemożliwiając mu tym samym dalsze egzystowanie, to takie zachowanie spadkobiercy nie kwalifikuje się do uznania go za „ciężkie przestępstwo” przeciwko mieniu spadkodawcy, mimo że faktycznie spadkobierca podjął działania przestępcze przeciwko spadkodawcy, które miały na celu uszczuplenie jego majątku.

Przyjmowanie takiego stanowiska przez Sąd Najwyższy, które zakłada, że dyspozycja art. 928 § 1 pkt 1 k.c. wymaga zawsze wystąpienia skutku „ciężkiego przestępstwa” przeciwko spadkodawcy, jest nie do zaakceptowania. Oznaczałoby to bowiem, iż moglibyśmy uznać spadkobiercę za niegodnego dziedziczenia wyłącznie w razie wystąpienia skutku „ciężkiego przestępstwa przeciwko spadkodawcy”, np. w postaci jego śmierci, całkowitego zniszczenia mienia, kradzieży wszystkich oszczędności, nie zaś w sytuacji, gdy spadkodawcy udałooby się zniweczyć podjęte względem niego działania spadkobiercy.

Dodatkowo należy podnieść, że pogląd wyrażony w uzasadnieniu niniejszego wyroku pozostaje w całkowitej sprzeczności z dotychczasowo przyjętą linią orzeczniczą oraz stanowiskiem doktryny.

Czyn spadkobiercy, stanowiący podstawę do uznania go za niegodnego dziedziczenia jest *ex definitione* przestępstwem, jednakże do oceny sądu cywilnego należy rozstrzygnięcie kwestii, czy przestępstwo jest „ciężkie”. Z uwagi na fakt, że w przepisach prawa karnego brak jest definicji „ciężkiego przestępstwa” przyjmuje się, iż pod pojęciem tym należy rozumieć zarówno zbrodnię, jak i występpek. Ponadto decydujące znaczenie w każdej sprawie mają przede wszystkim okoliczności popełnienia danego przestępstwa⁸.

Nie zawsze bowiem zbrodnia w świetle art. 7 § 2 k.k. będzie wywoływała skutek „ciężkiego przestępstwa” w rozumieniu art. 928 § 1 pkt 1 k.c. Możliwe jest również że w konkretnym stanie faktycznym występpek w rozumieniu art. 7 § 3 k.k., nie będzie „lekkim przestępstwem”, a będzie mógł stanowić podstawę niegodności dziedziczenia⁹.

Taki sam pogląd wyraził również w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 czerwca 2000 r., sygn. akt. I ACa 262/00 Sąd Apelacyjny w Gdańsku, który uznał, że pojęcie „ciężkiego przestępstwa” nie zostało w art. 928 k.c. bliżej zdefiniowane przez ustawodawcę, zatem do sądu cywilnego należy ocena, czy konkretny czyn spadkobiercy jest „ciężkim” przestępstwem. Omawiane pojęcie nie jest jednak tożsame z terminem „zbrodnia”, użytym przez kodeks karny. W konkretnych okolicznościach, „ciężkim przestępstwem” w rozumieniu art. 928 § 1 pkt 1 k.c. może okazać się również występpek.

⁸ H. Witczak, A. Kawalko, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2011, s. 25–26.

⁹ E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2012, s. 45.

Należy mieć tu bowiem na względzie, że ustawodawca w dyspozycji art. 928 § 1 pkt 1 nie wskazał jakoby „ciężkie przestępstwo” przeciwko spadkodawcy miało być wyłącznie przestępstwem skutkowym. Po pierwsze, świadczy o tym użyte w tymże przepisie sformułowanie „kto dopuścił się...”, a nie „kto dokonał...”. Wystarczy zatem, dla wypełnienia znamion „uznania za niegodnego dziedziczenia” sam fakt podjęcia przez spadkobiercę przeciwko niemu działań, pod warunkiem, że mogłyby zostać zakwalifikowane jako „ciężkie przestępstwa przeciwko spadkodawcy”.

Powszechnie przyjęta koncepcja traktowania, że przestępstwo przeciwko spadkodawcy może być bezskutkowe, tj. nie musi wywoływać żadnych ujemnych następstw w stosunku do spadkodawcy, np. spadkodawca uciekł przed sprawcą, powstrzymał bezpośredni, bezprawnych zamach na jego życie¹⁰ wynika również z przepisów Kodeksu karnego, który na równi z dokonaniem przez sprawcę przestępstwa w zakresie ewentualnej odpowiedzialności karnej traktuje usiłowanie (art. 14 § 1 k.k.)¹¹, podżeganie do popełnienia przestępstwa, czy też pomocnictwo (art. 19 § 1 k.k.)¹².

Również *ratio legis* samego art. 928 § 1 pkt 1 k.c. przemawia za przyjęciem koncepcji traktowania w sposób równorzędny z dokonaniem przestępstwa jego usiłowanie, podżeganie lub pomocnictwo, jako przesłanki dla niegodności dziedziczenia, a tym samym, by do uznania za niegodnego dziedziczenia wystarczyło, aby spadkobierca popełniając przestępstwo przeciwko spadkodawcy wyczerpał swoim zachowaniem jedną z powyższych form stadialnych przestępstwa¹³. Byłoby bowiem całkowicie nietrafnym, sprzecznym z zasadami współżycia społecznego przyjmowaniem, że jedyną przyczyną niegodności dziedziczenia jest dokonanie np. zabójstwa przez spadkobiercę na spadkodawcy, zaś usiłowanie zabójstwa spadkodawcy już nie. Uznanie spadkobiercy za niegodnego dziedziczenia ma z natury rzeczy odsunąć od dziedziczenia osoby, która „dopuściła się” czynu o charakterze przestępnym, który był skierowany przeciwko spadkodawcy. Sam fakt, natomiast czy doszło do skutku w postaci realizacji czynu przestępnego, czy też spadkodawcy udało się po-

¹⁰ Cz. Kłak, *Głosa do wyroku SA w Gdańsku, z dnia 14 kwietnia 2000 r., I ACa 262/00*, OSA 2005, nr 9, s. 81–90.

¹¹ Wymiar kary za usiłowanie następuje w granicach zagrożenia przewidzianego za dokonanie przestępstwa, co dotyczy zarówno kar, jak i środków karnych, tak: A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 40.

¹² Wymiar kary za podżeganie następuje w granicach przewidzianych za dokonanie przestępstwa. Wiąże się to z oceną, że stopień winy podżegacza może być znaczny, w szczególności wtedy, gdy bez jego działania do dokonania przestępstwa w ogóle by nie doszło (np. nakłonienie płatnego zabójcy do dokonania przestępstwa w zamian za korzyść majątkową, tak: A. Marek, *op. cit.*, s. 49).

¹³ B. Rystewej-Markiewicz, *Niegodność dziedziczenia*, PS 2006, nr 9, s. 95.

wstrzymać spadkobiercę od wystąpienia skutku czynu przestępnego – nie ma tutaj już żadnego znaczenia. Wystarczy bowiem, by takie „dopuszczenie się” miało charakter umyślnego, „ciężkiego przestępstwa” i było skierowane przeciwko spadkodawcy.

Konkludując dotychczasowe rozważania dotyczące kwestii uznania spadkobiercy za niegodnego dziedziczenia w kontekście formy popełnienia „ciężkiego przestępstwa” przeciwko spadkodawcy, uznać należy, że stanowisko Sądu Najwyższego, iż brak jest podstaw do uznania spadkobiercy-matki za niegodną dziedziczenia, gdyż popełnione przez nią względem spadkodawcy-syna przestępstwo kradzieży nie doprowadziło do skutku w postaci całkowitej utraty środków finansowych jest błędne. Dla uznania spadkobiercy za niegodnego dziedziczenia należałoby zatem rozważyć, czy w okolicznościach sprawy mamy do czynienia z przestępstwem ciężkim.

Podsumowując, głosowane orzeczenie jest przejawem zbyt liberalnej wykładni art. 928 § 1 pkt 1 k.c. w zakresie możliwości przyjmowania, że „ciężkie przestępstwo” przeciwko mieniu spadkodawcy również może stanowić podstawę do osoby spadkobiercy za niegodną dziedziczenia.

Nie wydaje się jednak, aby taka „liberalizacja” była uzasadniona i należało ją stosować. Należy podkreślić, że niegodność dziedziczenia jest szczególnego rodzaju karą w stosunku do osoby, która zachowała się w sposób określony m.in. w art. 928 § 1 pkt 1 k.c. Ze względu na ten wyjątkowy charakter niegodności dziedziczenia należałoby raczej wykluczyć możliwość stosowania wykładni rozszerzającej na tle przepisów normujących tę instytucję, tak jak to uczynił Sąd Najwyższy w głosowanym wyroku. Przyjęcie stanowiska Sądu Najwyższego *de lege lata* wymagałoby zmiany ustawodawczej.

Michał Swaldek

student objęty programem tutoringu na Wydziale Prawa, Administracji
i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii

Charakter prawny wyroku sądu cywilnego stwierdzającego nieważność uchwały sprzecznej z ustawą podjętej przez wspólników sp. z o. o. lub walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki akcyjnej oraz rodzaj wadliwości, którą objęta jest taka uchwała

*Krytycznie o Uchwale SN z 18.09.2013 r.,
III CZP 13/13, Biul. SN Nr 9/2013, s. 7.*

**Teza: Wyrok sądu stwierdzający nieważność sprzecznej z ustawą uchwały
wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub uchwały wal-
nego zgromadzenia akcjonariuszy ma charakter konstytutywny**

Cywilnoprawna instytucja zaskarżania uchwał organów prywatnoprawnych jednostek korporacyjnych, jakimi są spółki kapitałowe jest przedmiotem kontrowersji w judykaturze i piśmiennictwie *ab initio* od momentu wejścia w życie Kodeksu spółek handlowych¹ tj. od 1 stycznia 2001 r. Zasadnicze rozbieżności wywołuje ocena charakteru wadliwości uchwał sprzecznych z ustawą podejmowanych przez wspólników spółki z o. o. oraz walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki akcyjnej. Implikuje to z kolei zadanie pytania o charakter orzeczenia sądowego uwzględniającego powództwo legitymowanych czynnie podmiotów do zaskarżenia wadliwej uchwały tzn., czy orzeczenie takie ma charakter konstytutywny, czy deklaratoryjny.

Wobec ujawniających się rozbieżności w wykładni przepisów prawnych normujących kontrowersyjną problematykę, Pierwszy Prezes Sądu Najwyż-

¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks Spółek Handlowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 1030 ze zm.), zwana dalej k.s.h.

szego wniośł 7.03.2013 r. o podjęcie przez skład siedmiu sędziów SN uchwały w przedmiocie rozstrzygnięcia powyższych zagadnień prawnych.

W głosowanym judykacie SN podtrzymał *opinio communis* formułowane przez dotychczasową linię orzeczniczą (np. w wyroku SN z 13 lutego 2004 r.², uchwale SN z 17 lutego 2004 r.³) opowiadając się jednoznacznie za koncepcją, w myśl której uchwała wspólników lub walnego zgromadzenia akcjonariuszy spółki kapitałowej sprzeczna z ustawą dotknięta jest nie nieważnością bezwzględną a pewną *sui generis* wadą zbliżoną konstrukcyjnie do nieważności względnej (zaczepialności, unieważnialności, wzruszalności). Podmioty legitymowane czynnie wskazane przez prawodawcę, w **art. 250 k.s.h. (422 k.s.h.)** są jednakże uprawnione do tego, aby na podstawie **art. 252 k.s.h. (425 k.s.h.)** wytoczyć przeciwko spółce powództwo o stwierdzenie nieważności powziętej uchwały. Dopiero prawomocny wyrok sądowy, uwzględniający powództwo miałby skutkować wyeliminowaniem przedmiotowej uchwały z obrotu prawnego. W związku z tym wyrok taki, zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez SN w głosowanym judykacie, miałby charakter konstytutywny. Przesądza o tym, wywodząca się z klasycznego prawa cywilnego konstrukcja nieważności względnej, polegająca na tym, że czynność prawna, choć wadliwa, jest ważna i wywołuje skutki prawne dopóty, dopóki nie zostanie unieważniona przez kompetentny podmiot (określony podmiot prawa cywilnego, jak stanowi **art. 88 Kodeksu cywilnego**⁴ bądź sąd – o czym przesądza w szczególności **art. 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego**⁵).

„Istota wzruszalności polega na tym, że czynność prawna wywołuje skutki prawne określone w treści oświadczenia, jednakże są to skutki niepewne. Zależą one bowiem od tego, czy składający wadliwe oświadczenie woli lub inna osoba kompetentna do tego, w myśl przepisów prawnych, nie doprowadzi do ich unicestwienia”⁶.

W doktrynie prawa spółek kapitałowych dominuje jednakże zgoła odmienny pogląd w przedmiocie spornego, rozstrzyganego przez SN w głosowanym judykacie zagadnienia.

„Z faktu, iż ustawodawca, regulując omawiane zagadnienie, posługuje się terminem stwierdzenie nieważności uchwały, należy wnioskować, iż uchwała

² II CSK 438/02 (OSP 2006, nr 5, poz. 53).

³ III CZP 116/03 (OSNC 2005, nr 5, poz. 78).

⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r. poz. 827), zwana dalej k.c.

⁵ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst. jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 1439), zwana dalej k.r.o.

⁶ Z. Radwański, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 430.

taka jest nieważna z mocy prawa zaś wyrok stwierdzający nieważność ma charakter deklaratoryjny⁷⁷.

SN formułując swój pogląd argumentuje go wielorako i na różne sposoby. Przede wszystkim przeciwko sankcji bezwzględnej nieważności przemawiają względy systemowe. **Art. 1 w zw. z art. 2 k.s.h.** w ocenie SN przesądza o tym, że zamiarem ustawodawcy była względnie kompleksowa regulacja materialnego prawa spółek w **k.s.h.** z wyłączeniem zaś rozwiązań stricte proceduralnych. Z tak postawioną tezą można się zgodzić, pamiętając jednak, że wiele kwestii materialno prawnych dotyczących również prawa spółek uregulowanych jest wprost w **k.c.** (np. firma, prokura, problematyka składania oświadczeń woli, sposobów zawierania umów, przedawnienia roszczeń, umów zobowiązaniowych, generalnie podstawowe instytucje prawa cywilnego). SN kontynuuje swój wywód stwierdzając, że skoro w **k.s.h.** ustawodawca zasadniczo zrezygnował z uregulowania kwestii proceduralnych, to również **art. 252 i 425 k.s.h.** normujące problematykę zaskarżania uchwał przepisami takimi nie są, *ergo* stanowią przykład norm materialno prawnych formułujących autonomicznie przesłanki wadliwości uchwał korporacyjnych osób prawnych – spółek kapitałowych, wyłączając, zgodnie z regułą *lex specialis derogat legi generali* zastosowanie **art. 58 k.c.** Skoro zaś wyłączają zastosowanie **art. 58 k.c.** regulującego bezwzględną nieważność czynności prawnej, to wadliwość objęta ich hipotezami nie jest sankcjonowana bezwzględną nieważnością, lecz sankcją *sui generis* zbliżoną konstrukcyjnie do nieważności względnej.

Z wywodem tym, aczkolwiek spójnym nie sposób się zgodzić. Prawdą jest, że wiele regulacji proceduralnych z zakresu prawa spółek objętych jest zasadniczo zakresem przedmiotowym **Kodeksu postępowania cywilnego**⁸ oraz **ustawy o k.r.s.**⁹. Nie oznacza to jednak, że w **k.s.h.** regulacje formalnoprawne nie są zawarte. **Art. 252 § 2 k.s.h.** stanowi, że w zakresie powództwa o zaskarżenie uchwały sprzecznej z ustawą nie należy stosować **art. 189 k.p.c.** – regulującego tzw. powództwo o ustalenie istnienia prawa podmiotowego lub stosunku prawnego. Jeżeli więc podstawą powództwa nie może być **art. 189 k.p.c.**, to jakież inne normy prawne, jeśli nie **art. 252 i 425 k.s.h.**? **Art. 252 i 425 k.s.h.** mają moim zdaniem charakter formalnoprawny nie mogąc stanowić samodzielnej przesłanki materialnoprawnej powództwa.

⁷⁷ R. Pabis, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Fotel, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 901.

⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., poz. 101), zwana dalej k.p.c.

⁹ Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. – o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 1203), zwana dalej k.r.s.u.

Wskazują jedynie podmioty legitymowane czynnie do wytoczenia powództwa oraz termin zawity, w którym uprawnienie takie winno być zrealizowane. Podstawą materialnoprawną powództwa w takim *status quo* będzie w związku z tym **art. 58 § 1 k.c.** w zw. z **art. 2 zd. 2 k.s.h.** w zw. z **art. 252 (425 k.s.h.)**. **Art. 58 § 1 k.c.** stosowany będzie *mutatis mutandis*. Ponadto, decyzja ustawodawcy w **art. 252 § 1 k.s.h. in fine** w przedmiocie wyłączenia zastosowania **art. 189 k.p.c.** ma, w ocenie SN świadczyć o zamknięciu „furtki” do możliwości wskazania jako materialno prawnej podstawy powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały spółki kapitałowej **art. 58 k.c.** Uzasadnienie tegoż twierdzenia jest następujące:

„Wyłączenie *expressis verbis* w przepisach **k.s.h.** możliwości występowania z powództwem o ustalenie na podstawie **art. 189 k.p.c.**, które służy właśnie co do zasady stwierdzeniu wystąpienia bezwzględnej nieważności, dowodzi, że wolą ustawodawcy było konsekwentne zastrzeżenie w **art. 252 i 425 k.s.h.** odmiennej sankcji, polegającej na wzruszeniu uchwały sprzecznej z ustawą prawomocnym wyrokiem, eliminującym tę uchwałę z obrotu prawnego. Wyrokowi takiemu należy więc przypisać konstytutywny charakter”¹⁰.

Argumentacja ta jest wątpliwa, wszak **art. 189 k.p.c.** znajduje również często zastosowanie w sytuacji wystąpienia nieważności względnej czynności prawnej (wskazać można powództwo o ustalenie istnienia stosunku cywilnoprawnego w sytuacji dokonania czynności prawnej pod wpływem błędu, groźby, podstęp). Następnie wyłączenie przez ustawodawcę w interesującym nas zakresie zastosowania **art. 189 k.p.c.** samo przez się nie może stanowić asumptu do formułowania tezy, zgodnie z którą do czynienia mamy z wadliwością *sui generis*, zaś prawomocny wyrok, odnoszący się do tejże nieważności ma charakter konstytutywny. *Ratio legis* takiej regulacji prawnej sprowadza się zasadniczo do tego, że prawodawca wyraził wolę zaistnienia ograniczeń czasowych oraz podmiotowych w przedmiocie wytoczenia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały niezgodnej z ustawą. Kolejnym argumentem wskazywanym przez SN przemawiającym za niedopuszczalnością stosowania **art. 58 k.c.** jest wiązanie w **art. 252 i 425 k.s.h.** przesłanek wadliwości uchwały tylko i wyłącznie z jej niezgodnością z ustawą, pomijając sprzeczność z zasadami współzycia społecznego oraz działaniem *in fraudem legis*. Jest to argument chybiony, bowiem w **art. 58 k.c.** ustawodawca *expressis verbis* wyodrębnił trzy przesłanki alternatywne bezwzględnej nieważności czynności prawnej: jej niezgodność z normami imperatywnymi oraz semiimperatywnymi, sprzeczność z zasadami współzycia społecznego (element prawnonaturalny), a także działanie *in fraudem legis*. Sam fakt niewskazania

¹⁰ Uchwała SN z 18. 09. 2013 r., III CZP 13/13 s. 5.

w art. 252 i 425 k.s.h. innych niż sprzeczność uchwały z ustawą przesłanek, nie może przesądzać o prawdziwości tezy, iż sankcja bezwzględnej nieważności jest wyłączona.

W piśmiennictwie słusznie podniesiono, że w pewnym zakresie rozumowanie SN obarczone jest błędem logicznym: „SN używa argumentu, że przeciwko kwalifikowaniu uchwały jako *ex lege* bezwzględnie nieważnej przemawia obowiązek uzyskania orzeczenia sądowego stwierdzającego tę nieważność. Sąd Najwyższy uzasadnia przyjęty pogląd tezą, która jest właśnie przedmiotem sporu. Obowiązek uzyskania orzeczenia sądowego stwierdzającego nieważność uchwały, a tym samym niemożność uznawania jej za nieważną przez sądy w innych postępowaniach, a także przez inne podmioty, jest właśnie kwestią sporną, którą SN przesądził w przyjętej uchwale, nie może zatem tym samym owego poglądu uzasadniać”¹¹.

Kolejną pobudką, którą kierował się SN jest argument odnoszący się do hipotezy i dyspozycji art. 252 § 4 i 425 § 4 k.s.h. Z treści tych uregulowań wynika, że również w sytuacji upłynięcia terminu do wniesienia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały określonego w art. 252 § 3 i 425 § 3 k.s.h., dozwolone jest podnoszenie zarzutu nieważności uchwały sprzecznej z ustawą. Według stanowiska SN w głosowanej uchwale: „**Przeciwko kwalifikowaniu sankcji jako bezwzględnie nieważności dotyczącej *ex lege* sprzeczną z ustawą uchwałę współników przemawia również nieograniczone czasowo i podmiotowo uprawnienie podniesienia zarzutu nieważności uchwały. Wydaje się to celowe i racjonalne jedynie w razie braku wcześniej wydanego orzeczenia sądowego stwierdzającego tę nieważność**”¹².

Argumentacja ta jest wątpliwa, w szczególności biorąc pod uwagę wytłuszczone fragmenty. W zdaniu drugim *de facto* SN potwierdza tezę (której zaprzeczył w zdaniu pierwszym), że uchwała sprzeczna z ustawą jest bezwzględnie nieważna. Skoro bowiem każdy może podnosić zarzut nieważności uchwały sprzecznej z ustawą w sytuacji nawet, gdy nie doszło do wydania wyroku sądowego stwierdzającego tę nieważność, to dojszć należy do wniosku, że uchwała taka jest bezwzględnie nieważna już wcześniej. Wadliwość taka jest zupełnie niezależna od istnienia wyroku stwierdzającego nieważność. SN kwalifikuje więc jurydycznie ten wyrok, oczywiście niecelowo i pośrednio jako deklaratoryjny, wbrew sformułowanej w głosowanym judykacie tezie.

SN argumentuje swe stanowisko względami natury celowościowej. Wskazuje bowiem, że ryzykownym jest przyjęcie poglądu, zgodnie z którym wyrok sądu cywilnego ma charakter deklaratoryjny, ponieważ w pewnych sy-

¹¹ A. Kappes, *Konstytucyjny charakter wyroku stwierdzającego nieważność uchwały*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 9, s. 34.

¹² Uchwała SN z 18. 09. 2013 r., III CZP 13/13 s. 7.

tuacjach dojść może do rozbieżnej oceny kwestii ważności uchwały, która to ocena dokonywana jest przez ten sąd i sąd rejestrowy. Egzemplifikacją przedstawianą przez SN jest stan faktyczny, w którym sąd rejestrowy odmawia dokonania wpisu w k.r.s., którego podstawą jest wadliwa uchwała, ponieważ stwierdza, że jest ona bezwzględnie nieważna *ab initio*. Sąd cywilny natomiast oddala powództwo o stwierdzenie nieważności tej samej uchwały. Pojawia się w związku z tym pewien „zgrzyt”. Tego typu rozbieżności judykacyjne pojawić się mogą również wtedy, gdy przyjmiemy pogląd o konstytutywnym charakterze orzeczenia sądu cywilnego. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, *a contrario* do powyższego stanu faktycznego, w której sąd rejestrowy nie stwierdzi nieważności uchwały i dokona odpowiedniego wpisu, natomiast, to sąd cywilny zasądzi zgodnie z żądaniem powoda, stwierdzając nieważność uchwały.

Ponadto, nawiązując do stanu faktycznego wskazanego przez SN w głosowanym judykacie, sama okoliczność oddalenia przez sąd cywilny powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały sprzecznej z ustawą nie stanowi wystarczającego asumptu do sformułowania tezy, że sąd cywilny uznał uchwałę za ważną.

Moim zdaniem teza zawarta w głosowanym judykacie jest wątpliwa z kilku względów. Przede wszystkim przeciwko koncepcji, w myśl której wyrok sądu stwierdzający nieważność wadliwej uchwały ma charakter konstytutywny przemawia oczywista racja językowa. „Stwierdzać”, „stwierdzić” – „skonstatować, poświadczyc istnienie czegoś”¹³. Wobec braku w języku prawnym definicji słowa „stwierdzać” posłużyć się wolno *definiensem* wynikającym z języka potocznego. Słowo to oznacza potwierdzenie zaistnienia określonej zmiany w przeszłości, przy czym sama taka konstatacja ma charakter jedynie dowodowy, nie powodując zaistnienia określonej modyfikacji w świecie rzeczywistym, normatywnym. Ustawodawca posługuje się również sformułowaniem „stwierdzenie” w **art. 669 k.p.c.** regulującym kwestie związane ze stwierdzeniem nabycia spadku. Skoro na gruncie tej problematyki nikt nie polemizuje z faktem, że użycie przez prawodawcę sformułowania „stwierdzenie” implikuje deklaratoryjność postanowienia o stwierdzenie nabycia spadku, to dłużej nie wyciągać odmienny wniosek w odniesieniu do orzeczenia stwierdzającego nieważność sprzecznej z ustawą uchwały wydanej przez organ stanowiący spółki kapitałowej?

Zgodnie z dyrektywami przyzwoitej wykładni przepisów prawnych, należy przede wszystkim dekodować ich znaczenie poprzez odwoływanie się do językowego znaczenia określonych zwrotów. Wykładnia teleologiczna zaś

¹³ St. Dubisz [w:] *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2006, s. 1434.

w grę wchodzić może w sytuacjach, gdy racje ekonomiczne, społeczne bądź inne równie istotne przemawiają za odstępniem od dosłownego, językowego znaczenia wyrazu będącego immanentną częścią wykładanego przepisu. Brak jednakże w omawianym zakresie uzasadnienia celowościowego dla stanowiska przyjmowanego przez SN. Daleko bardziej bowiem bezpieczna dla obrotu prawnego będzie sytuacja, gdy powzięta przez spółkę kapitałową uchwała oczywiście sprzeczna z ustawą (przy czym nie chodzi tutaj tylko i wyłącznie o sprzeczność treści uchwały z ustawą, ale również o bezprawność związaną z samą procedurą podejmowania uchwały) zostanie *ab initio* wyeliminowana z rzeczywistości normatywnej, nie stwarzając tym samym zagrożenia dla funkcjonowania obrotu prawnego.

Pogląd taki jest z kolei zasadny w razie opowiedzenia się za konstrukcją bezwzględnej nieważności uchwały a co za tym idzie deklaratoryjnością orzeczenia sądowego stwierdzającego tę nieważność. Zapatrywanie odmienne wyrażone przez SN w głosowanym judykacie prowadzić może *in concreto* do absurdalnej sytuacji, w której zarząd spółki kapitałowej zobowiązany będzie do respektowania oraz wykonywania uchwały oczywiście sprzecznej z ustawą do chwili, w której zostanie prawomocnie unieważniona.

Oczywiście przesłanka sprzeczności uchwały z ustawą – wynikająca z **art. 252 (425) k.s.h.** – nie powinna być interpretowana ściśle. Nie każde bowiem naruszenie przez uchwałę ustawy uzasadnia sankcjonowanie tej uchwały wadliwością bezwzględnej nieważności. *In casu* fakt sprzeczności uchwały wspólników spółki z o. o. z **art. 238 § 1 k.s.h.** tylko z tego powodu, że zaproszenia na zgromadzenie wspólników zostaną wysłane wspólnikom na 13 dni przed terminem zgromadzenia wspólników (zgodnie z **art. 238 k.s.h.** winny zostać wysłane na co najmniej 14 dni przed terminem zgromadzenia wspólników) nie uzasadnia przyjęcia stanowiska, zgodnie z którym uchwała taka jest bezwzględnie nieważna. Jest to bowiem uchybienie tak niewielkie, że kompetencja do wiązania z nim konstytutywnego skutku prawnego w postaci nieważności powinna przysługiwać sądowi cywilnemu.

Przykłady praktyczne, które w ewidentny sposób unaocniają nieprawidłowość podjętej przez SN tezy mogą być następujące: zgromadzenie wspólników spółki kapitałowej podejmuje uchwałę w przedmiocie przymusowego umorzenia wszystkich udziałów wspólnika mniejszościowego na podstawie **art. 199 § 1 k.s.h.** podczas, gdy umowa spółki kapitałowej możliwości takiej nie przewidywała. W związku z tym niewątpliwie wyczerpana została hipoteza **art. 252 § 1 k.s.h.**, gdyż podjęta uchwała jest sprzeczna z **art. 199 k.s.h.** Zgodnie ze stanowiskiem SN przedstawionym w głosowanym judykacie, uchwała jest ważna i skuteczna, *ergo* w wyniku umorzenia udziałów wspólnik mniejszościowy przestaje być udziałowcem spółki. Prowadzi to do

paradoksalnej sytuacji, w której bezspornie pokrzywdzonemu podmiotowi (byłemu wspólnikowi) nie przysługuje legitymacja czynna do wniesienia stosownego powództwa przeciwko spółce o stwierdzenie nieważności uchwały oczywiście sprzecznej z ustawą. Sąd bowiem rozpoznający sprawę winien powództwo oddalić z powodu braku legitymacji czynnej do wniesienia powództwa. W związku z tym byłemu wspólnikowi nie będzie przysługiwała ochrona prawna.

Gdyby uznać za prawidłową koncepcję odmienną od tej prezentowanej w głosowanym orzeczeniu, to sytuacja wspólnika, któremu umorzono udziały przedstawiałaby się diametralnie inaczej. Uchwała sprzeczna z ustawą byłaby bezwzględnie nieważna *ab initio*, ergo również bezskuteczna w zakresie umorzenia udziałów. Fakt ten z kolei implikuje, że status prawny w spółce z o. o. interesującego nas udziałowca nie zmieniłby się, tzn. byłby on wciąż współnikiem spółki. Co za tym idzie przysługiwałaby mu legitymacja czynna do wniesienia pozwu o unieważnienie sprzecznej z ustawą uchwały. Sąd zaś przesądzając o nieważności uchwały potwierdziłby tylko prawo wspólnika do jej zaskarżenia.

Kolejnym argumentem przemawiającym na rzecz aprobowanego przeze mnie poglądu, zgodnie z którym uchwała sprzeczna z ustawą jest bezwzględnie nieważna, zaś wyrok sądu stwierdzającego tę nieważność – deklaratoryjny, jest fakt że na gruncie polskiego systemu prawa cywilnego orzeczenia wydawane przez sądy mają zasadniczo charakter deklaratoryjny. Konstytutywność wynikać zaś winna z wyraźnej normy rangi ustawowej np. **art. 7 ust. 2 in fine ustawy o własności lokali**¹⁴. W związku z tym *exceptiones non sunt extendendae*.

Założyć tu można sytuację, w której powzięta przez zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenia akcjonariuszy uchwała w sposób oczywisty i ewidentny narusza ustawowe przepisy publicznoprawne – na przykład zawarte w Kodeksie karnym¹⁵. Jeśli zgodzić się z prawidłowością tezy wyrażonej przez SN w głosowanym judykacie, to należałoby konsekwentnie przyjąć, że uchwała powzięta przez zgromadzenie wspólników sp. z o. o. zawierająca w swej treści postanowienia nakazujące zarządowi podjęcie zachowań ewidentnie przestępnych, sprzecznych z punktu widzenia karnoprawnego, jest w pełni ważna i skuteczna oraz, że należy ją wykonywać i respektować. Z kolei uznanie za prawidłowe takiej konsekwencji byłoby niemożliwe do pogodzenia nie tylko z podstawowymi zasadami demokratycznego państwa prawnego, ale również z regułami uczciwości (*aequitas*). Ponadto nie jest

¹⁴ Ustawa z dnia 24 czerwca 1994 r. – o własności lokali (tekst jedn.: Dz.U. z 2004 r., poz. 1492), zwana dalej WŁokU.

¹⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., poz. 538), zwana dalej k.k.

możliwe, aby uchwała wspólników sp. z o. o. a więc specyficzna czynność prawna wyrażająca korporacyjną wolę spółki wyłączać mogła obowiązywanie **k.k.** zawierającego normy imperatywne.

Prawodawca konstruując problematykę zaskarżania uchwał podejmowanych przez spółki kapitałowe przewiduje, obok powództwa o stwierdzenie nieważności również instytucję powództwa o uchylenie uchwały regulowaną w **art. 249 § 1 k.s.h. (422 § 1 k.s.h.)**. Odmienne są przesłanki uzależniające możliwość wniesienia obydwu powództw. O ile w przypadku pierwszego powództwa powód winien udowodnić sprzeczność uchwały z ustawą, o tyle w powództwie o uchylenie uchwały kwestia jest bardziej złożona. Uchwała taka winna być bowiem albo sprzeczna z dobrymi obyczajami, albo z umową spółki (jedna z tych przesłanek musi być alternatywnie spełniona) oraz (przesądza o tym fakt posłużenia się przez ustawodawcę spójnikiem „i” oznaczającym w logice formalnej koniunkcję) godzić w interes spółki, albo krzywdzić wspólnika. Ustawodawca *expressis verbis* wyodrębnił odmienne przesłanki uzasadniające wytoczenie obydwu powództw. *Ratio legis* takiego rozwiązania miało na celu wskazanie różnych skutków prawnych powzięcia wadliwych uchwał, a co za tym idzie, odmiennego charakteru wyroku stwierdzającego nieważność uchwały i wyroku uchylającego ją. Przesłanka wytoczenia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały tzn. sprzeczność tejże uchwały z ustawą, daje asumpt do zasadnego twierdzenia, że jest to wadliwość zasadnicza. Co za tym idzie uzasadniona jest teza, że uchwała taka winna być bezwzględnie nieważna *ab initio*.

Inaczej kwestia przedstawia się z przesłankami wytoczenia powództwa o uchylenie uchwały. Sprzeczność jej z dobrymi obyczajami a także na przykład godzenie uchwały w interes spółki – siłą rzeczy stanowią uchybienia mniejszej wagi. W związku, że nie jest konieczne sięganie w tym zakresie „aż” do wadliwości bezwzględnej nieważności, lecz zasadne jest poprzestanie na nieważności względnej. Ponadto, wykładnia językowa sformułowania „uchylać” sugeruje konstytutywne pozbawienie uchwały mocy prawnej, skutków prawnych. Takie skutki prawne uchwały musiały więc zaistnieć wcześniej, tzn. z chwilą jej podjęcia. Sumując, wyrok sądu uchylający wadliwą uchwałę ma charakter konstytutywny, zaś wyrok stwierdzający jej nieważność – deklaratoryjny.

RECENZJE

sprawozdania · varia

BOOK REVIEWS
reports · varia

Łukasz Kołodziejczyk

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

**Maciej Giaro, *Zawarcie umowy w trybie aukcji internetowej*,
[Wydawnictwo Lexis Nexis, Warszawa 2014, 198 s.]**

Monografia powstała na podstawie rozprawy doktorskiej obronionej w listopadzie 2012 r. w Instytucie Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Recenzowana praca dotyczy istotnego i złożonego elementu obrotu gospodarczego, jakim jest aukcja internetowa. Pojęcie to jest niezwykle pojemne, zaś regulacja prawna w wielu obszarach budzi wątpliwości. Rynek aukcji internetowych jest niezwykle dynamiczny, w 2014 r. liczba aukcji na jedenastu najpopularniejszych portalach aukcyjnych przekroczyła 45 199 504¹, dane te obrazują, jakie praktyczne znaczenie ma poruszany przez Macieja Giaro temat.

Publikacja składa się ze wstępu, pięciu rozdziałów oraz obszernego wykazu bibliografii, co ciekawe, autor nie przewidział zakończenia zawierającego uogólnione wnioski z zakresu prezentowanej tematyki. Rozdział pierwszy jest próbą zdefiniowania pojęcia aukcji, zatem pojęcia, które *prima facie* nie budzi wątpliwości. Z uwagi na brak definicji legalnej oraz niedoskonałość metody semantycznej w tym zakresie, autor podejmuje się opisanie zasadniczych cech postępowania aukcyjnego. Czytelnik zwróci uwagę, że dokonując analizy cech postępowania aukcyjnego, sporo uwagi poświęca autor problematyce przybicia. Rozważania Giaro opiera na założeniu o dyspozytywności normy zawartej w art. 70 (2) § 2 k.c.² Nie oznacza to oczywiście, że założenie takie jest błędne, jednakże zdaje się wymagać nieco szerszego uzasadnienia. Ustalenia charakteru normy dokonuje się zasadniczo w drodze wykładni danego przepisu, czego zdaje się autor nie uczynił w sposób szczegółowy. Art. 70 (2) k.c. nie zawiera określenia charakteru mocy wiążącej normy tam zawartej, będąc

¹ Dane za: www.aukcjostat.pl [22.12.2014].

² M. Giaro, *Zawarcie umowy w trybie aukcji internetowej*, Warszawa 2014, s. 40.

jednocześnie jasnym pod względem językowym, bez jakichkolwiek odesłań do klauzul generalnych czy pojęć nieostrych. Z uwagi na to, w celu ustalenia jego mocy wiążącej, właściwe jest zastosowanie dyrektyw celowościowo-funkcjonalnych wykładni³. W ujęciu dyrektywnym, można tej normie przypisać charakter imperatywny. Odwołując się do celu normy przyjęć można, że intencją ustawodawcy było skonstruowanie spójnej instytucji prawnej, jaką jest zawieranie umowy w formie aukcji. Ponadto, jak przyjmuje się w doktrynie⁴, za imperatywnym charakterem danej normy przemawiać może w szczególności cel ustawodawcy, polegający na organizowaniu pewnych powtarzalnych zjawisk. Można więc próbować obronić odmienne stanowisko o imperatywnym charakterze normy wysłownej przez normodawcę w art. 70 (2) k.c., powołując się na argumenty o naturze prakseologicznej.

W drugim rozdziale autor przedstawia charakter prawny stosunków pomiędzy podmiotami zaangażowanymi w aukcję internetową, ze szczególnym uwzględnieniem roli administratora platformy. Czytelnik może więc zapoznać się ze szczególnym charakterem stosunków łączących administratora platformy aukcyjnej z uczestnikami oraz charakterem stosunków łączących uczestników aukcji.

Rozważania autora we wskazanym wyżej przedmiocie poprzedzone są (analogicznie do rozdziału pierwszego) prezentacją zagadnień dotyczących organizacji aukcji tradycyjnej, ze wskazaniem na podstawowe typy aukcji z punktu widzenia sposobu jej organizacji i pozycji aukcjonera.

W ramach podjętej próby określenia charakteru prawnego umowy łączącej organizatora aukcji oraz administratora platformy aukcyjnej autor dokonuje szerokiej prezentacji poglądów doktryny w analizowanym zakresie. W ślad za prezentowanymi koncepcjami dokonuje porównania umowy zawieranej przez organizatora aukcji z administratorem portalu aukcyjnego do takich umów, jak umowa oświadczenia usług (w istocie umowa nienazwana z art. 750 k.c.), umowa o dzieło, umowa agencyjna, umowa użyczenia oraz umowa najmu. Wywód ten kończy postawieniem tezy (w zakresie analizowanego zagadnienia), że stosunek ten powstaje na mocy umowy *sui generis*. Teza ta zdaje się być na podstawie przytoczonych argumentów przekonująca.

Sporo uwagi w tej części monografii poświęcono analizie charakteru prawnego stosunków zachodzących między uczestnikami aukcji ze szczególnym uwzględnieniem oddziaływania regulaminów platform aukcyjnych na stosunki między uczestnikami aukcji. Już na wstępie rozważań autor dokonuje

³ P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353 (1) k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 230.

⁴ *Ibidem*, s. 235.

oceny koncepcji przyjmowanej przez przedstawicieli polskiej doktryny w tym zakresie, jako nieznajdującą oparcia w praktyce. W myśl tej koncepcji dokonanie przez uczestnika ogłaszającego aukcje odesłania do regulaminowych warunków postępowania określonych przez administratora platformy aukcyjnej czyniłoby te warunki wiążącymi dla uczestników, a to zgodnie z treścią art. 70 (1) § 2 k.c. Czytelnik może jednak odnieść wrażenie, że argumenty przytaczane na uzasadnienie tezy o nietrafności takiego poglądu sformułowane są zbyt kategoriycznie. Po pierwsze, wykładnia art. 70 (1) § 2 *in fine* k.c. jest niewątpliwym argumentem przemawiającym za słusznością tezy prezentowanej w polskiej doktrynie; po drugie, przyjęte założenie o nieprawidłowych (pod względem wymogów z art. 70 (1) k.c.) formach odesłań do regulaminów portali aukcyjnych dokonywanych przez uczestników aukcji w zakresie warunków aukcyjnych jest nazbyt kategoriiczne, szczególnie w świetle art. 60 k.c.

W dalszej części tego rozdziału, pozostając w nurcie rozważań dotyczących charakteru prawnego stosunków zachodzących między uczestnikami aukcji, ze szczególnym uwzględnieniem oddziaływania regulaminów platform aukcyjnych na stosunki między uczestnikami aukcji przedstawiane są takie koncepcje wysunięte przez doktrynę, jak koncepcja umowy ramowej, koncepcja umowy na rzecz osób trzecich czy koncepcja, w myśl której postanowienia regulaminu platformy aukcyjnej należy uwzględnić przy wykładni woli uczestników aukcji. Rozważania autora opierają się głównie na prezentacji poglądów wysuwanych przez przedstawicieli doktryny, głównie niemieckiej i szwajcarskiej, nie wyczerpują tematu, który, jak stwierdza sam autor, jest otwarty do dalszych studiów.

Rozdział trzeci poświęcony został przebiegowi aukcji internetowej. Tematyka tego rozdziału odpowiada więc następującym po sobie etapom aukcji, tj. ogłoszeniu, wywołaniu, oraz zawarciu umowy. Dokonując opisu pierwszego z etapów postępowania – ogłoszenia aukcji autor podejmuje polemikę z ugruntowanym w doktrynie stanowiskiem, prezentowanym chociażby przez Zbigniewa Radwańskiego⁵, jakoby brak określenia w ogłoszeniu elementów wskazanych w dyspozycji normy art. 70 (1) par 2 k.c. skutkowałoby jego nie-relevantnością dla postępowania aukcyjnego, a tym samym implikowałoby przypisanie przymiotu zwykłego zaproszenia do składania ofert⁶. Teza postawiona przez autora o nieprawidłowości takiej koncepcji, wynika z wykładni funkcjonalnej przepisu przedstawionej w dalszej części pracy.

⁵ Z. Radwański, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 362.

⁶ Stanowisko takie prezentuje również E. Wójtowicz, [w:], *Zawieranie umów między przedsiębiorcami*, Warszawa 2010, s. 111.

Autor poświęca również sporo uwagi różnicy zdań na temat charakteru prawnego ogłoszenia o aukcji, stawiając jednocześnie tezę, że ogłoszenie takie stanowi w istocie zaproszenie do udziału w aukcji – w celu składania ofert, co jak wynika z dalszej analizy zagadnienia, nie jest oczywiste. Niestety, nie poświęca uwagi innemu z prezentowanych poglądów doktryny, które może wydawać się kontrowersyjne. Chodzi mianowicie o koncepcję, w myśl której domniemywa się istnienie zastrzeżenia o możliwości zmiany lub odwołania warunków aukcji, o ile takie ogłoszenie kierowane jest *ad incertis personas*. Przypomnijmy, że zgodnie z treścią art. 70 (1) § 3 k.c. ogłoszenia, a także warunki aukcji lub przetargu, mogą być zmienione lub odwołane tylko wtedy, gdy zastrzeżono to w ich treści, bez względu na to, do jakiego kręgu podmiotów ogłoszenie takie zostało skierowane.

Dużo miejsca poświęcono problematyce przybicia, zarówno w aspekcie swobody jego dokonania, jak i pojęcia przybicia w aukcji internetowej w ogóle. Jest to zdecydowanie najciekawsza część monografii. Autor zajmuje bardzo wyraziste stanowisko, wbrew dominującemu pogładowi doktryny, o swobodzie udzielenia przybicia, swoje rozważania uzupełniając prezentacją poglądów doktryny niemieckiej i szwajcarskiej. Polemika autora z dominującym poglądem polskiej doktryny jest logiczna, rzeczowa, poparta licznymi argumentami przemawiającymi za stawianą tezę.

W dalszej części publikacji czytelnik może zapoznać się wątpliwościami, jakie budzi przybicie w aukcji internetowej, co wynika z charakteru takich aukcji (zamykane są one zasadniczo z chwilą upływu czasu nie na skutek przybicia). Równie ciekawie przedstawiają się rozważania dotyczące swobody udzielania przybicia w aukcji internetowej. Autor w pełni podtrzymuje postanowioną uprzednio hipotezę o swobodzie udzielenia przybicia, dostrzegając jednak dywergencję zachodzącą pomiędzy prezentowanym przez niego stanowiskiem a praktyką aukcyjną na popularnych platformach aukcyjnych (głównie Allegro), wyrażaną w postanowieniach regulaminów takich platform.

W rozdziale czwartym autor podejmuje się opisanie nieuczciwych praktyk aukcyjnych. Rozważania autora mają charakter uniwersalny, tzn. dotyczą aukcji tradycyjnych i aukcji internetowej, jednak część rozdziału poświęcona została specyficznym dla aukcji internetowej praktykom wpływającym na aukcje w sposób niezgodny z prawem czy dobrymi obyczajami. Autor prezentuje więc *shill bidding*, *puffing* (składanie ofert pozornych), *deadbeat bidding* (działanie licytantów, którzy zapewniają sobie wygrana, ale nie wykonują zobowiązania), *bid shielding* czy *sniper bidding*. Większą część tego rozdziału stanowi jednak analiza środków prawnych służącym przeciwdziałaniu „nieuczciwym” praktykom aukcyjnym, w istocie poświęcona jest ona omówieniu środka prawnego przewidzianego w art. 70 (5) k.c., tj. zaskarżalności umowy zawar-

tej w wyniku aukcji wobec wpłynięcia na wynik aukcji w sposób spreczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Przedstawiane są tu kolejno: przesłanki skargi, zakres podmiotowy, legitymacja czynna, skutek skargi czy wzajemne relację środka prawnego przewidzianego w art. 70 (5) k.c. do ogólnych środków podważenia umowy przewidziany w kodeksie cywilnym. Szkoda jednak, że nie dokonano tu szerszej analizy jednej z przesłanek zaskarżenia umowy, a mianowicie naruszenia dobrych obyczajów. Przesłanka ta cechuje się ocennym charakterem, determinowanym użyciem pojęcia nieostrego, jakim niewątpliwie jest odwołanie się do dobrych obyczajów.

Na uznanie zasługuje dokonana przez autora analiza wzajemnych relacji pomiędzy skargą przewidzianą w art. 70 (5) k.c. a środkami ogólnymi przewidzianymi przez kodeks cywilny, w szczególności chodzi tu o wzruszalność umowy z powodu wad oświadczenia woli. Kwestia ta budzi na gruncie doktryny wątpliwości. Autor w spójny sposób przeprowadza polemikę w tym zakresie, używając trafnej argumentacji natury logiczno-językowej, dokonując funkcjonalnej wykładni normy art. 70 (5) k.c. w celu uzasadnienia przyjmowanej przez niego tezy (trzeba jednakże podkreślić, że teza ta jest zaczerpnięta z doktryny⁷). Dla porządku nadmienić tu należy, że autor dopuszcza wzruszenie umowy zawartej w wyniku aukcji również na podstawie reguł ogólnych.

Nie do końca natomiast przekonuje stanowisko autora w zakresie legitymacji czynnej podmiotów uprawnionych do złożenia zaskarżenia umowy. Ma się tu do czynienia z dwoma wątpliwymi obszarami w zakresie legitymacji czynnej do żądania unieważnienia umowy zawartej w drodze aukcji. Przypomnieć należy, że o ile treść normy art. 70 (5) par. 1 k.c. jest jednoznaczna pod względem językowym, o tyle rozwiązania tam przyjęte budzą dwojakie wątpliwości. Po pierwsze, czy legitymacja do żądania unieważnienia umowy przysługuje podmiotowi, którego zachowanie stanowi przesłankę unieważnienia umowy; po drugiej, czy w przypadku aukcji fakultatywnych przyznanie legitymacji czynnej uczestnikom aukcji jest w ogóle zasadne⁸. W odniesieniu do pierwszego z zagadnień autor opowiada się za prezentowaną w literaturze koncepcją, w myśl której przyznanie legitymacji czynnej takim osobom jest niedopuszczalne, wywodząc swoje stanowisko z celu przedmiotowej normy prawnej⁹. Stwierdzenie takie, biorąc pod uwagę literalne brzmienie art. 70 (5) k.c. wydaje się nazbyt kategoryczne. Autor pomija tu powszechnie akceptowane w doktrynie stanowisko, w myśl którego nie wolno w wyniku zastoso-

⁷ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001; A. Kaźmierczyk-Henzelmann, *Unieważnienie umowy zawartej w drodze przetargu*, PS 2000, nr 7–8, s. 72–73.

⁸ Uchwała SN z 25 kwietnia 1996, III CZP 36/96 (OSNC 1996, nr 9, poz. 115).

⁹ M. Giaro, *op. cit.*, s. 180.

wania wykładni funkcjonalnej przełamać jednoznaczny językowo przepis przyznającego określone uprawnienia obywatelom¹⁰. Dlatego też stanowisko takie można rozważać ewentualnie w kategoriach postulatów *de lege ferenda*, tak licznych w recenzowanej publikacji.

Prezentując poglądy doktryny odnoszące się do drugiego z wyżej wymienionych obszarów budzących wątpliwości, autor referuje poglądy prezentowane przez takich autorów, jak Fryderyk Zoll¹¹, Maria Boratyńska¹² czy Małgorzata Bednarek¹³. Autorzy ci podają w wątpliwość zasadność przyznania legitymacji czynnej do żądania unieważnienia umowy uczestnikom aukcji. M. Giaro polemizuje z prezentowaną przez nich koncepcją¹⁴. Stwierdza, że stanowisko takie cechuje zbyt wąska perspektywa, skupiającą się jednowymiarowo na aspekcie prawnych możliwości, jakimi wobec organizatora aukcji dysponowałby skarżący umowę. Prezentowana przez autora argumentacja może nie przekonać czytelnika; przyjęta przez niego koncepcja przypisuje bowiem nadrzędną rolę interesowi powszechnemu czy nawet interesom rynku (stosując tu pewien skrót myślowy). Argumentom przytaczanym przez autora można przeciwstawić kontrargumenty, wynikające z jednej z naczelnych zasad prawa cywilnego – zasady autonomii woli oraz wynikającej z niej zasady swobody umów. Nie ulega wątpliwości, że swoboda umów, wyrażona w stosownej normie kompetencyjnej, jako zasada prawa cywilnego, ma swoje umocowanie w konstytucji¹⁵, fakt że nie wynika to *explicite* z treści ustawy zasadniczej w niczym nie umniejsza mocy tej zasady, ma ona również silne umocowanie aksjologiczne. Jak podkreśla się w doktrynie, w zakresie swobody umów wyróżnia się w szczególności swobodę zawierania umów w szerokim znaczeniu, a więc możliwość decydowania o zawarciu albo niezawarciu umowy, oraz o zmianie lub rozwiązaniu już istniejącego zobowiązania¹⁶.

¹⁰ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 324.

¹¹ F. Zoll, *Pytanie o celowość rozszerzenia grona osób uprawnionych do żądania unieważnienia umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia aukcji*, TPP 2003, nr 2, s. 11–12.

¹² M. Boratyńska, *Osiem lat przetargu w kodeksie cywilnym*, [w:] *Czterdzieści lat kodeksu cywilnego. Materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Rzeszowie*, red. M. Sawczuk, Kraków 2006, s. 288.

¹³ M. Bednarek, *Odpowiedzialność z tytułu niewłaściwego zachowania w toku postępowania przetargowego, zagadnienia koncepcyjno-interpretacyjne*, KPP 2011, z. 2, s. 322.

¹⁴ M. Giaro, *op. cit.*, s. 181.

¹⁵ P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 234; wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r. Zdaniem Z. Radwańskiego, swoboda umów stanowi emanację konstytucyjnej zasady gospodarki rynkowej (Z. Radwański, *Prawo cywilne, część ogólna*, Warszawa 1994, s. 27).

¹⁶ Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 120, takie stanowisko zajmuje również A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1989, s. 91 (za: T. Mróz, *Dekompozycja zasady swobody umów? Próba klasyfikacji i oceny niektórych czynników kształtujących tę zasadę*, [w:] *Ustawowe ograniczenia swobody umów*, red. B. Gnela, Warszawa 2010, s. 42).

Autonomia woli i wynikająca z niej swoboda umów nie jest bezwzględna; jednak jej ograniczenie determinowane jest stosownymi rozwiązaniami wprowadzonymi przez normodawcę, co wcale nie oznacza że ingerencja w sferę autonomii podmiotów jest dowolna. Odnosząc treść normy art. 70 (5) k.c. do powyższych rozważań stwierdzić można, że przyznanie legitymacji czynnej do żądania unieważnienia umowy uczestnikom aukcji w przypadku aukcji fakultatywnych w istocie ogranicza zasadę swobody umów, może bowiem doprowadzić do unieważnienia umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia aukcji wbrew woli stron.

Podkreślić należy, że obowiązywanie umowy zawartej w wyniku aukcji, w toku której uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, niekoniecznie musi kreować stosunek prawny sprzeczny z ustawą. Analogicznie stwierdzić należy odnosząc się do innych kryteriów ograniczających swobodę umów; umowa taka nie musi pozostawać w sprzeczności z powszechnie akceptowanymi regułami moralnymi¹⁷, a zatem nie musi naruszać zasad współżycia społecznego. Obowiązywanie takiej umowy nie musi również pozostawać w sprzeczności z naturą zobowiązania. Dokonując dalszej argumentacji, tym razem od strony pozytywnej, można odwołać się do aksjologicznych podstaw swobody umów takich, jak wolność człowieka i wypływająca z tego autonomia woli¹⁸. Oczywiście rozważania te mają znaczenie jedynie w kategorii wniosków *de lege ferenda*, a to wobec jednoznacznej językowo treści art. 70 (5) k.c., w zakresie, w jakim norma ujęta w tym przepisie określa zakres podmiotowy w zakresie legitymacji czynnej do zaskarżenia umowy.

Oceniając monografię stwierdzić należy, że M. Giaro dokonuje sprawnej analizy zagadnienia aukcji internetowej w ujęciu cywilnoprawnym, referując poglądy doktryny, posiłkując się przy tym metodą prawnoporównawczą, porównując regulacje prawa szwajcarskiego i niemieckiego w opisywanych temacie. Ocena dokonań autora w zakresie analizy komparatystycznej wymaga uwagi, że choćby skrótowe przedstawienie rozwiązań prawnych aukcji internetowej w prawie anglosaskim zwiększyłoby walor poznawczy publikacji. W kilku aspektach poruszanego tematu M. Giaro zajmuje stanowisko odbiegające od utrwalonych w polskiej doktrynie poglądów, dokonując przy tym logicznego i związłego uzasadnienia prezentowanych tez. Jednakże w odniesieniu do niektórych obszarów budzących wątpliwości ogranicza się do przedstawienia dominujących w analizowanym przedmiocie poglądów, nie

¹⁷ P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 123.

¹⁸ *Ibidem*, s. 6 i n.

podejmując analizy krytycznej prezentowanych tez, co niewątpliwie podniosłoby, i tak wysoki, poziom publikacji. Mimo pewnych usterek publikacja ta stanowi ciekawe i wartościowe pod względem poznawczym opracowanie naukowe dotyczące aukcji internetowej, z którym warto się zapoznać.

Arkadiusz Stosur

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

**Tadeusz Skoczny, *Zgody szczególne
w prawie kontroli koncentracji*,
[Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012, 484 s.]**

Monografia *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji* to pierwsze całościowe opracowanie poświęcone koncepcji zgód szczególnych (wyjątkowych, nadzwyczajnych i warunkowych) w prawie konkurencji w polskiej literaturze prawniczej. Porusza niezwykle ważną tematykę kontroli koncentracji przedsiębiorstw w prawie publicznym gospodarczym. W światowej literaturze naukowej zagadnieniem zgód w ramach procedury koncentracji przedsiębiorstw zajmują się: D.A. Balto, T. Hoen, I. Knable-Gotts, J.L. McDavid, M. Motta, R.G. Parker, S. Rab, G. Sagers, czy W. Eeitbrecht.

Znaczenie publikacji Tadeusza Skoczno¹, mimo że wydanej w 2012 roku, dla polskiego prawa konkurencji pozostaje z wielu powodów duże. Po pierwsze, monografia jest wynikiem wieloletnich studiów. Po drugie, Autor formułował własną klasyfikację zgód szczególnych, co sprawia, że powstała nowatorska i udana zarazem próba przedstawienia koncepcji zgód wyjątkowych, zgód nadzwyczajnych oraz zgód warunkowych w ramach systemu prawa kontroli koncentracji. Po trzecie, praca obejmuje swoim zakresem różne systemy prawne, przede wszystkim polski, Unii Europejskiej a także amerykański, australijski, kanadyjski czy meksykański. Po czwarte, jest to

¹ Tadeusz Skoczny jest profesorem nauk prawnych, kieruje Samodzielnym Zakładem Europejskiego Prawa Gospodarczego (*Jean Monnet Chair on European Economic Law*) oraz Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego. Przewodniczy również Radzie Doradczej przy prezie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Profesor specjalizuje się w europejskim i polskim prawie konkurencji. Jest autorem kilkudziesięciu pozycji naukowych, w tym redaktorem naukowym *Komentarza do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* (1 wyd. 2009, 2 wyd. 2015). Jest także redaktorem naczelnym *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* oraz internetowego czasopisma naukowego *Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*.

wnikliwa i precyzyjna analiza miejsca zgód szczególnych w systemie prawa kontroli koncentracji. Po piąte, zawiera wyczerpującą bibliografię, opis ustawodawstwa krajowego oraz unijnego, orzecznictwa sądowego (Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Sądu Pierwszej Instancji, Sądu Najwyższego USA), a także decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz decyzji Komisji Europejskiej w sprawach koncentracji przedsiębiorstw. Po szóste, erudycja, jasność wypowiedzi oraz dyscyplina myślowa powodują, że wykład jest przemyślany konstrukcyjnie, bogaty w treści, a zrazem przejrzysty.

T. Skoczny stawia na wstępie dwie hipotezy, które są rozwijane, weryfikowane oraz potwierdzane w kolejnych rozdziałach recenzowanej monografii. Pierwsza zakłada, że zgody szczególne mają w praktyce decydujące znaczenie w koncentracji przedsiębiorstw rodzących zagrożenia dla istnienia konkurencji; druga – że zgody warunkowe mają priorytet wśród zgód szczególnych. Tezy te są obecne w czterech rozdziałach pracy, które kolejno dotyczą: zgód szczególnych, zgód wyjątkowych (niedopuszczalność zakazu), zgód nadzwyczajnych (nieskuteczność zgody albo uchylene lub odstąpienie od zakazu) i wreszcie zgód warunkowych (uniknięcie zakazu). Autor przeanalizował trzydzieści dwie decyzje prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz wyroki SOKiK w zakresie spraw koncentracji przedsiębiorstw.

Rozdział drugi zawiera zarys funkcjonowania zgód wyjątkowych w kontekście zakazu koncentracji z udziałem upadającego przedsiębiorstwa (niedopuszczalność wydania zakazu koncentracji po stronie organu antymonopolowego) jako rodzaju zgody szczególnej. W tym kontekście Autor skupia się na wszechstronnym wyjaśnieniu koncepcji tzw. doktryny upadającej firmy (ang. *failing firm defence*) pod kątem jej przesłanek materialnoprawnych (w tym zagadnień cząstkowych i rozumienia pojęć: upadające przedsiębiorstwo, brak alternatywy oraz utrata aktywów), jak również formalnoprawnych. Jest to zarazem pierwsze kompleksowe opracowanie zagadnienia doktryny upadającej firmy na gruncie prawa w literaturze polskiej. Opisana tu procedura zgód nadzwyczajnych (okoliczności, w których następuje nieskuteczność zgody na koncentrację albo uchylene lub odstąpienie od zakazu koncentracji), a także wewnętrzne relacje pomiędzy pojęciem interesu publicznego w ochronie konkurencji a różnymi innymi interesami publicznymi, w szczególności: prawem interwencji państw członkowskich Unii Europejskiej w postępowaniu w sprawach koncentracji. Autor weryfikuje przy tym trzy hipotezy badawcze:

- 1) testy inne aniżeli test konkurencji powinny być formułowane i stosowane wyjątkowo oraz w ograniczonym zakresie,

- 2) prawidłowość systemu kontroli koncentracji jest łatwiej zapewnić, gdy testy niezwiązane z konkurencją są formułowane i stosowane na gruncie innych ustaw aniżeli ustawa dotycząca zagadnień ochrony konkurencji,
- 3) testy inne aniżeli test konkurencji powinny być stosowane przez organ władzy publicznej inny niż organ ochrony konkurencji.

Najobszerniejszy rozdział czwarty (ok. 40% całości monografii) dotyka kwestii zgód warunkowych, które pozwalają na uniknięcie wydania przez organ antymonopolowy decyzji zakazującej koncentracji. Rozdział zawiera omówienie istoty prawnej, a także rodzajów warunków (nazwane i nienazwane; modyfikacyjne i gwarancyjne; strukturalne i behawioralne). Autor szczegółowo analizuje następnie modyfikacyjne warunki strukturalne (zbycie przedsiębiorstwa, usunięcie powiązań z konkurentami, udzielenie niedyskryminacyjnego dostępu do infrastruktury, udzielenie licencji praw wyłącznych, rozwiązanie lub zmiana długoterminowych umów na wyłączność) oraz modyfikacyjne warunki behawioralne. W końcowej części rozdziału omówione zostały kwestie związane z regułami proceduralnymi i sankcyjnymi zgód warunkowych. Są to głównie zagadnienia dotyczące formułowania i nakładania warunków oraz instrumenty prawne służące zapewnieniu skuteczności zgód warunkowych.

Zakończenie monografii zawiera rozbudowane podsumowanie i wnioski, stanowiące syntetyczne zebranie zaprezentowanych wywodów.

Jak podsumowuje Autor w zakończeniu pracy: „Właściwie ukształtowane i prawidłowo stosowane instytucje prawne zgód wyjątkowych, nadzwyczajnych i szczególnych pozwalają zapewnić równowagę między wolnością gospodarczą przedsiębiorców, w tym ich prawem do koncentrowania własności i kapitału, a koniecznością interwencji publicznej w procesy koncentracji gospodarczej w interesie ochrony konkurencji i publicznym, a niekiedy także w innym – przeważającym – interesie publicznym” (T. Skoczny, *Zgody szczególnie...*, s. 442-443).

Praca ma charakter nowatorski, ale warto, aby w kolejnym wydaniu została poszerzona o rozważania z zakresu istoty konkurencji oraz mechanizmu udzielania zgód na koncentrację w prawie polskim na tle porównawczym.

Wydaje się, że poza kompleksowym ujęciem problemu badawczego, twórczym podejściem oraz szeroko zakrojonymi elementami prawnoporównawczymi docenić należy jasny, przystępny i precyzyjny język.

Na koniec należy się zgodzić ze zdaniem Stanisława Piątka, który w recenzji wydawniczej napisał, że „na podkreślenie zasługuje bogate instrumentarium badawcze, w tym kontekst porównawczy monografii i szeroko wykraczający poza tradycyjne prezentowanie tylko wybranych przykładów rozwiązań stosowanych w niektórych porządkach prawnych”.

Katarzyna Jasińska

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Sprawozdanie z publicznej obrony rozprawy doktorskiej mgr Igi Bałos-Stoczewskiej

11 marca 2015 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego odbyła się publiczna obrona rozprawy doktorskiej mgr Igi Bałos-Stoczewskiej, asystentki w Katedrze Prawa Handlowego i Własności Przemysłowej w Instytucie Prawa Prywatnego, pt. „Zdatność arbitrażowa sporów dotyczących patentu”. Na wstępie podkreślić należy, że była to pierwsza obrona doktoratu absolwenta Krakowskiej Akademii, która się odbyła w murach tej uczelni. Po drugie, o wyjątkowości wydarzenia świadczą niewątpliwie także osoba promotora pracy oraz jej recenzenci. W skład tego znakomitego grona wchodził wybitnie specjaliści z zakresu szeroko pojętego prawa własności intelektualnej, prawa handlowego i prawa cywilnego: prof. dr hab. Janusz Szwaja (promotor) oraz recenzenci: prof. dr hab. Marian Kępiński i prof. dr hab. Maksymilian Pazdan. Przewodniczącym komisji był dziekan Wydziału Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych prof. dr hab. Jan Widacki.

W znakomicie przygotowanym i z pasją wygłoszonym autoreferacie (z wykorzystaniem prezentacji) doktorantka przedstawiła swoją pracę oraz wyniki badań. Rozprawa doktorska została poświęcona niezwykle ciekawemu, niezgłębionemu dotychczas w polskiej literaturze, problemowi zdatności arbitrażowej sporów dotyczących patentu. W pracy autorka poszukiwała odpowiedzi na pytania, w jakim zakresie i z jakim skutkiem tego typu spory mogą być w świetle prawa polskiego przedmiotem postępowania przed sądem polubownym. Zasadniczym (głównym) celem rozprawy było zbadanie, które spory dotyczące patentu posiadają w polskim systemie prawnym zdatność arbitrażową.

Analizie zostały poddane typowe spory spośród wliczonych w art. 255 i 284 ustawy z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz.U.

z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 ze zm). Na wartość pracy niezwykle pozytywnie wpłynęło niewątpliwie skupienie się przez doktorantkę także na praktycznej stronie zagadnienia, poprzez analizę orzecznictwa polskich sądów państwowych i polubownych, dotyczącego przedmiotowego zagadnienia oraz przeprowadzenie ankiet wśród 10% polskich rzeczników patentowych na temat proponowanego utworzenia stałego sądu polubownego, rozstrzygającego spory dotyczące patentów. Istotnym walorem pracy było również zaprezentowanie rozwiązań analizowanego w rozprawie problemu w systemach prawnych wybranych państw (Francji, Szwajcarii oraz Stanów Zjednoczonych Ameryki).

Na wszystkie wspomniane wyżej cechy rozprawy doktorskiej mgr Igi Bałos-Stoczewskiej (a także na znakomitą polszczyznę, która posługiwała się zarówno w pracy, jak i podczas autoreferatu, co niestety, nie jest ostatnio zjawiskiem powszechnym) zwrócili uwagę recenzenci, oceniając ją wysoko i zdecydowanie zachęcając do kontynuowania badań w tym przedmiocie. Recenzenci mieli oczywiście również uwagi krytyczne, choć precyzyjniej można ująć, że w pewnych kwestiach prezentowali odmienny od doktorantki pogląd, o co nietrudno, zważywszy na poziom trudności i skomplikowania badanej przez nią materii.

W szczególności, zdaniem prof. dr. hab. Maksymiliana Pazdana, w przypadku rozstrzygnięcia przez arbitra sporu, w którym jedna ze stron podnosi zarzut nieważności patentu, podstawą skargi o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego winien być brak zdadności arbitrażowej sporu, a nie klauzula porządku publicznego, jak widziała to doktorantka. Z kolei prof. dr. hab. M. Kępiński zdecydowanie sprzeciwił się stwierdzeniu, że arbitraż jest zjawiskiem odrębnym od postępowania cywilnego. Profesor dr. hab. Marian Kępiński wyraził także wątpliwość co do zasadności wyboru przez doktorantkę rzeczników patentowych, jako grupy poddanej ankiecie w przedmiocie doświadczeń z arbitrażem w sporach patentowych. Jego zdaniem, przedstawiciele tego zawodu rzadko bywają prawnikami, przez co ich doświadczenie w reprezentowaniu stron w sporach patentowych jest wątpliwe. Lepszym pomysłem byłoby zbadanie adwokatów lub radców prawnych. Prof. Kępiński pytał także o kryteria, którymi doktorantka kierowała się dobierając systemy prawne, poddane analizie w ramach metody prawnoporównawczej. W jego opinii zabrakło w nich systemu niemieckiego i poruszenia problematyki patentu europejskiego.

Doktorantka wyczerpująco ustosunkowała się do wszystkich uwag, niezwykle przekonywująco uzasadniając swoje stanowisko oraz broniąc poglądów i zasadności przeprowadzonych przez siebie badań, a następnie odpowiedziała na pytania członków komisji i publiczności.

Pytanie zadał dr hab. Mariusz Załucki wyrażając wątpliwość, czy utworzenie stałego sądu polubownego ds. własności przemysłowej ma w ogóle sens, skoro, jak wskazała w swoim wystąpieniu doktorantka, sporów z zakresu własności przemysłowej jest rozstrzyganych w Polsce niewiele. W ramach publicznej dyskusji pytanie zadała także dr Agnieszka Damasiewicz. Zapytała o relację prawa stanowego i federalnego w ramach systemu prawa Stanów Zjednoczonych Ameryki, ze względu na odniesienie się przez doktorantkę także i do tego porządku prawnego w ramach analizy prawnoporównawczej.

Potwierdzeniem niezwykle wysokiego poziomu rozprawy mgr Igi Bałos-Stoczewskiej było podjęcie dodatkowej uchwały o przyjęciu obrony z wyróżnieniem. Przebieg obrony obserwowała publiczność. Co znamienne, szczególnie liczne było grono uczestniczących w tym wydarzeniu studentów Krakowskiej Akademii, przede wszystkim biorących udział w programie „Tutoring”. Z pewnością ich obecność stanowiła doskonałe potwierdzenie słów promotora prof. Janusza Szwai, który przybliżając postać doktorantki, zwrócił uwagę na jej niezwykle zaangażowanie w pracę dydaktyczną, nieustępujące jej zaangażowaniu w pracę naukową.

Na zakończenie pozostaje serdecznie pogratulować pani dr Idze Bałos-Stoczewskiej i życzyć jej, w imieniu własnym oraz całej społeczności Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, a szczególnie Wydziału Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych, dalszych sukcesów naukowych i dydaktycznych oraz tego, żeby nie straciła charakterystycznego entuzjazmu i zaangażowania we wszystko, czego się podejmuje.

Elżbieta Jabłońska

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Sprawozdanie z III Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Miejsce zdarzenia”

W dniach 18–19 marca 2015 roku odbyła się w Warszawie III Międzynarodowa Konferencja Naukowa „Miejsce Zdarzenia”, którą patronatem honorowym objęli: Komendant Główny Policji oraz Ministerstwo Sprawiedliwości. Konferencja była częścią XVII Międzynarodowych Targów Analityki i Techniki Pomiarowych EuroLab oraz IV Międzynarodowych Targów Techniki Kryminalistycznej CrimeLab.

Uroczystego otwarcia spotkania – połączonego z przywitaniem gości – dokonał insp. dr Waldemar Krawczyk – dyrektor Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Policji.

Tegoroczne spotkanie było już trzecim, poświęconym miejscu zdarzenia. Konferencja została podzielona na sześć sesji, moderatorem pierwszej był prof. zw. dr hab. Brunon Hołyst – przewodniczący Komitetu Naukowego Konferencji. Tematem przewodnim tej części było omówienie zmian wynikających z nowelizacji Kodeksu postępowania karnego. Referat zatytuowany „Postępowanie dowodowe w świetle znowelizowanego Kodeksu postępowania karnego” wygłosiła prof. dr hab. Maria Rogacka-Rzewnicka z Uniwersytetu Warszawskiego; następnie na temat „Kontradyktoryjności procesu karnego w świetle obowiązujących przepisów oraz nowelizacji procedury karnej” – mówił podinsp. Krzysztof Sawicki z Zakładu Służby Kryminalnej, Szkoły Policji w Pile. W referatach omówiono zmiany w procesie dowodowym oraz porównano polskie k.p.k. z systemem prawa karnego w krajach anglosaskich. Nadto przedstawiono korzyści wynikające z nowego systemu karnego, jak również rolę osób zaangażowanych w czynności procesowe od miejsca zdarzenia – po rozprawę sądową.

Część pierwszą zakończył prof. zw. dr hab. Jan Widacki z Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego referatem o intrygującym

tytule „Kontrydiktoryjność po polsku”. Profesor jest nie tylko adwokatem o długoletniej praktyce, ale i biegłym sądowym, mógł więc kompleksowo odnieść się do roli „prywatnego biegłego” i „prywatnej opinii” oraz ich statusu w przyszłym postępowaniu dowodowym.

Sesję drugą na temat „Zabezpieczenia dowodów na miejscu zdarzenia – rola technika kryminalistyki” poprowadził dr Mieczysław Goc – wiceprezes Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego. W tej części interesujący referat wygłosił mł. insp. Piotr Trojanowski z Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Policji na temat „Doskonalenia sposobu wykonywania czynności kryminalistycznych na miejscu zdarzenia”, prezentując nowości techniczne i elektroniczne ułatwiające obowiązki osób pracujących na miejscu zdarzenia. Następnie przedstawiciele EC Test System z Krakowa – prezes Dariusz Knapik i Piotr Gawęcki w formie prezentacji omówili produkty służące do zabezpieczenia miejsca zdarzenia.

Sesję drugą zamknął Jeremy Smith z Humberside Police referatem na temat „Rola techniki kryminalistyki w brytyjskim procesie karnym”.

Sesję trzecią (po przerwie obiadowej) zainicjował mł. insp. Piotr Trojanowski, który przedstawił metody pracy grupy techników kryminalistyki z dwóch państw. Dwa zespoły techników, polski i angielski, każdy liczący po dwie osoby – równolegle dokonywały oględzin miejsca zabójstwa, prezentując kolejne czynności, jakie należy podjąć na miejscu zdarzenia.

Pierwszy dzień konferencji zakończyła wymiana doświadczeń związanych z badaniem miejsca zdarzenia, oraz informacji o nowoczesnych technologiach i standardach wykorzystywanych w procesie zabezpieczania miejsca zdarzenia między przedstawicielami organów ścigania i organów procesowych z Polski, Europy i USA. Ta owocna dyskusja miała na celu wypracowanie jeszcze bardziej efektywnych procedur stosowanych na miejscu zdarzenia, aby spełniały one wymagania nowej ustawy oraz uniemożliwiły podważenie dowodu w sądzie.

Dzień drugi konferencji (sesja czwarta), której myślą przewodnią były „Zasady działania techników kryminalistyki w polskim i brytyjskim systemie prawnym” poprowadziła kom. dr n. med. Renata Zbieć-Piekarska – naczelnik Wydziału Rozwoju Naukowego CLKP.

Pierwszy referat wygłosił dr Kamil Januszkiewicz (z CLKP), który w sposób klarowny przedstawił „Nowoczesne technologie wykorzystywane w czasie oględzin miejsca zdarzenia”. Prelegent zaprezentował skaner do dokumentacji miejsca zdarzenia, po czym pokazał, w jaki sposób trójwymiarowa, cyfrowa rekonstrukcja miejsca zdarzenia ułatwia pracę. Opracowanie modułów wizualizacyjnych umożliwia integrację pozyskanych materiałów z wykorzystaniem różnych technologii, zabezpieczenie i rekonstrukcję obrazu, w tym mobilnych

skanerów 2D i 3D. Wielowidmowy system rejestracji obrazów przedstawił mgr inż. Dariusz Bułka z firmy CYBID sp. z o.o. sp.k. Zaprezentowany przez niego program PLAN służy do sporządzania planów sytuacyjnych z miejsca zdarzenia drogowego oraz do gromadzenia informacji o miejscu zdarzenia i do ilustrowania przeprowadzanej późniejszej rekonstrukcji przebiegu wypadku drogowego. Skierowany jest zarówno do służb policyjnych, zabezpieczających ślady na miejscu zdarzenia, jak i do biegłych sądowych i ekspertów zajmujących się rekonstrukcją wypadków drogowych. Szkice sporządzone w programie PLAN mogą być importowane i wykorzystywane bezpośrednio jako środowisko ruchu w programie symulacyjnym V-SIM. Program skraca, automatyzuje i ułatwia wykonanie czynności.

Kolejną prezentację przedstawił Igor Olewicki z GE Healthcare. Zdemontował on aparat do analizy DNA, który można wykorzystać zarówno bezpośrednio na miejscu zdarzenia, jak i w laboratorium. Służy on do szybkiej analizy próbek, maksymalny czas analizy wynosi 90 minut, a osoba obsługująca nie musi być specjalnie przeszkolona w zakresie analizy DNA, wystarczy bowiem tylko, aby włączyła i wyłączyła aparat.

Informacje o zapewnieniu jakości podczas oględzin miejsca zdarzenia w Niemczech przekazała Maria Kambosos z Instytutu Kryminalistyki Krajowego Urzędu Kryminalnego w Niemczech. Omówiła również trudności, jakie sprawia im koordynacja systemu pracy wszystkich szesnastu landów. W związku z tym, iż w poszczególnych landach Niemiec działalność policyjna leży w gestii policji danego landu, Federalny Urząd Śledczy może włączyć się do działania tylko na prośbę lokalnych służb, federalnego MSW lub gdy wymagają tego inne względy, takie jak szczególna złożoność sprawy. Z drugiej strony Urząd koordynuje walkę z przestępczością prowadzoną przez poszczególne landy.

Akredytację czynności podejmowanych podczas oględzin miejsca zdarzenia w Europie przedstawił Fernando Viegas – szef grupy kryminalistycznej z portugalskiej policji, który mówił o problemach związanych z właściwą organizacją pracy na miejscu zdarzenia, strategią pracy, metodyką oraz właściwą oceną dowodów. W swojej wypowiedzi podniósł jak ważne jest stworzenie wzorca wg którego będzie mogła działać Policja w całej Europie. Bez takiego wzorca współpraca jest bardzo trudna, gdyż w każdym kraju obowiązują inne przepisy.

Kolejni referenci: Ewa Jędrych i Krzysztof Biskup z Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Policji zademonstrowali pracę mobilnej platformy Robota PIAP-GRYF. Urządzenie to ma wyręczyć technika kryminalnego w sytuacjach zagrożenia życia i zdrowia. Przeprowadza on rozpoznanie wizyjne, chemiczne i radiologiczne, ma także możliwość adaptacji z aparatem fotograficznym, wiertarką, pobieraczem prób i przecinakiem.



Robot do rozpoznania PIAP GRYF®
(zdjęcie pobrano z ulotki GRYF)

Wartość interpretacyjną materiału dowodowego przedstawił na zakończenie sesji czwartej prof. z Tajwanu Chi Chung Yu, reprezentujący Sam Houston State University. Profesor jedynie od strony teoretycznej zajmuje się miejscem zdarzenia, rekonstruuje je i dokonuje wizualizacji tego, co się stało. Jego wystąpienie było zbyt jednostronne i przeteoretyzowane.

Sesję piątą na temat roli biegłego w kontradiktoryjnym procesie karnym rozpoczął moderator – prof. dr hab. Tadeusz Tomaszewski z Uniwersytetu Warszawskiego.

Pierwszy referat pt. „Dowód z opinii biegłego w nowym kodeksie postępowania karnego” wygłosił prof. dr hab. Piotr Girdwoyń z Katedry Kryminalistyki Uniwersytetu Warszawskiego. W swoim wystąpieniu podzielił on wątpliwości profesora Jana Widackiego co do „prywatnych dowodów” i „prywatnej opinii”, nadto podniósł, że dowody będą przeprowadzane przed sądem przez tę stronę, na wniosek której został on dopuszczony, co oznacza, że właśnie ta strona w pierwszej kolejności będzie zadawać pytania. Taka amerykańskizacja procesu zmusi biegłych do większej aktywności na rozprawie.

O dopuszczalności dowodu z opinii biegłego w USA opowiedział dyrektor projektu prof. Peter Bilous z Washington University. Rozważania swoje oparł na przykładzie spraw: Dauberta (1993), Melendez-Diaz v. Massachusetts (2009), Maryand v. Rose (2007). Przykłady przedstawiono obrazowo, jednak wnioski były niezbyt jasne i mało zrozumiałe.

Następnie Pani Mira Prausnitz reprezentująca firmę Thermo Fisher Scientific, przedstawiła innowacyjne rozwiązania dla laboratoriów kryminalistycznych, które zwiększą nie tylko jakość pracy ale i szybkość ich działania.

Sesję piątą zakończył dr Alfred Staszak – szef zielonogórskiej Prokuratury Okręgowej przedstawiając współpracę prokuratora z biegłym w warunkach kontradyktoryjnego procesu. Prokurator w swoim wystąpieniu nawiązał do wcześniejszych referatów, podniósł, że rola biegłego jest inna przed sądem, a inna przed organami ścigania. W rozpoczynającym się procesie biegły nie musi być biegłym, może pełnić jedynie rolę konsultanta prokuratora, a „dobra opinia obroni się sama w swojej treści”.

Po przerwie obiadowej rozpoczęła się szósta – ostatnia sesja konferencji. Przewodniczył jej jako moderator dr Kamil Januszkiewicz. Jako pierwszy wystąpił dr Sebastian Ładoś – sędzia z warszawskiego Sądu Rejonowego przedstawiając sędziowską ocenę opinii biegłego. Dr Ładoś podniósł wiele kwestii, m.in. czy opinia biegłego może być przedmiotem krytycznej oceny laika?; czy organy procesowe są w stanie nadążyć za wciąż rosnącym postępowaniem techniki? Wystąpienie było bardzo interesujące i ciekawie zaprezentowane.

Ostatni referat konferencji wygłosił kom. Artur Dębski z Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Policji. Prelegent zaprezentował obrazowo obieg materiału dowodowego w badaniach kryminalistycznych.

Podczas drugiego dnia konferencji omówiono rolę biegłego oraz organów procesowych, ze szczególnym uwzględnieniem poszczególnych etapów oględzin i prac badawczych, a także prawidłowego obiegu materiału dowodowego od momentu zabezpieczenia na miejscu zdarzenia do przedstawienia go na sali sądowej w kontekście nowelizacji Kodeksu postępowania karnego.

Poziom i organizacja konferencji były bardzo dobre, co jest zapewne zasługą Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Policji, świetnego organizatora, a przy tym wysokiej klasy profesjonalisty w swojej dziedzinie. Obie prezentacje CLKP: oględzin miejsca zdarzenia oraz pokaz mobilnej platformy potwierdziły wysokie kwalifikacje i fachowość gospodarzy.

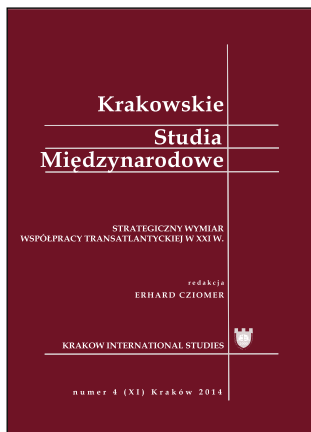
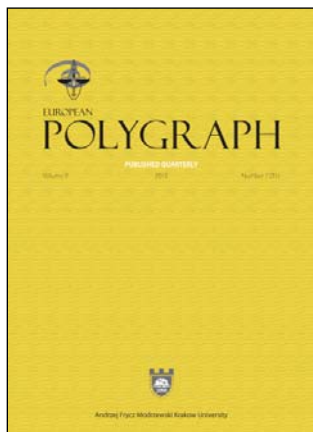
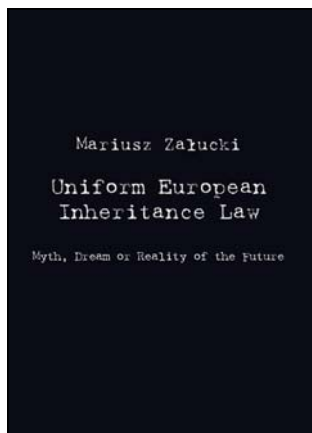
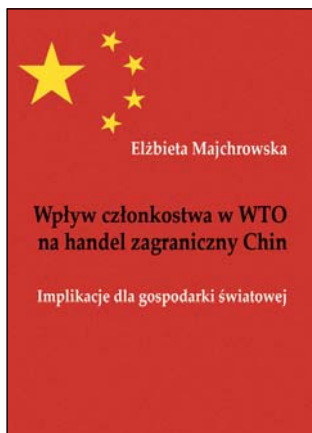
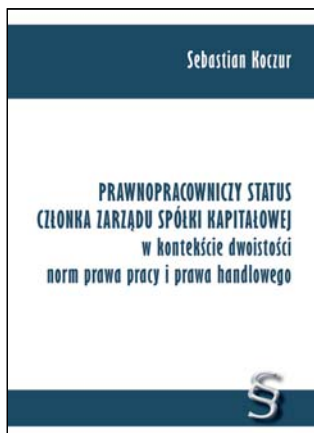
Polecamy publikacje
Wydziału Prawa, Administracji
i Stosunków Międzynarodowych
Oficyny Wydawniczej AFM



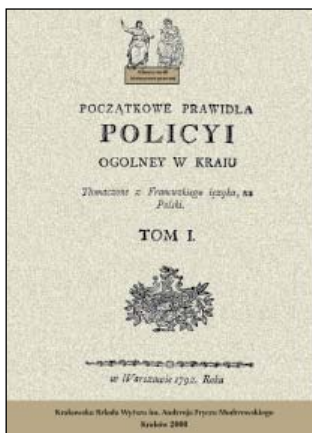

u Frycza
KSIĘGARNIA

tel./faks: (12) 252 45 93

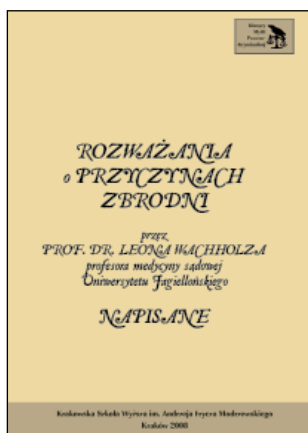
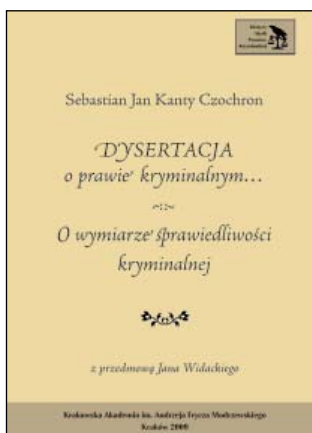
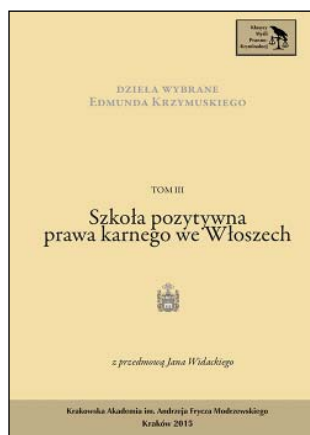
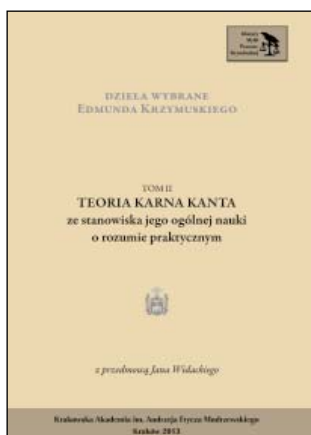
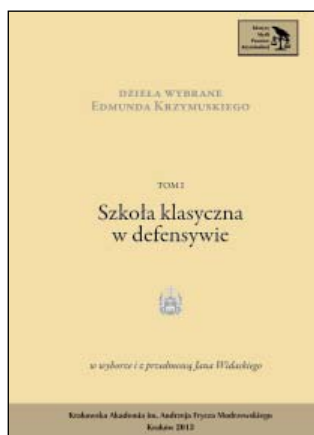
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

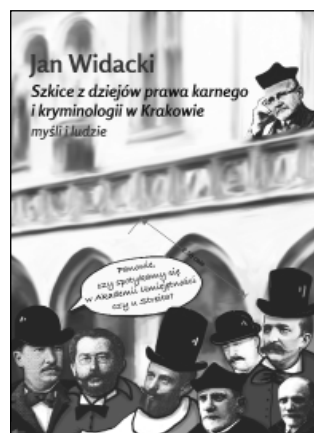
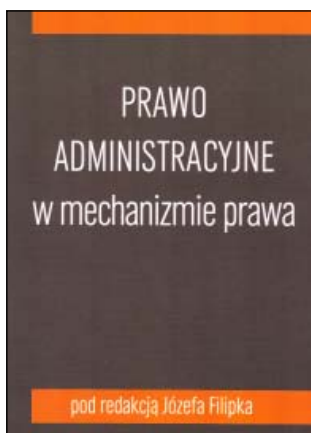
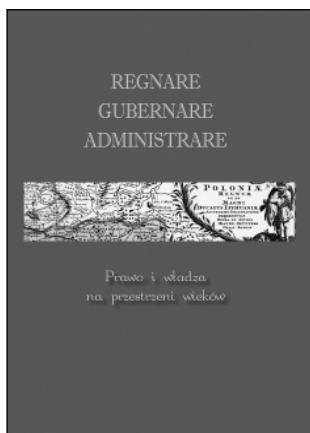
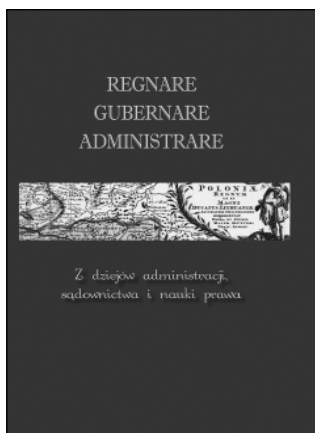


Seria „Klasycy myśli historyczno-prawnej”



Seria „Klasycy myśli prawnokryminalnej”





tel./faks: (12) 252 45 93

e-mail: ksiegarnia@kte.pl